

membri dal momento che ciascuna di dette legislazioni si applica a chiunque sia ad essa soggetto, secondo criteri oggettivi e indipendentemente dalla nazionalità.

Così deciso a Lussemburgo, il 13 febbraio 1969.

| | | | | |
|--------|---------|-----------|--------------------|-----------|
| | Lecourt | Trabucchi | Mertens de Wilmars | |
| Donner | | Strauß | Monaco | Pescatore |

Letto in pubblica udienza a Lussemburgo, il 13 febbraio 1969.

Il cancelliere
A. Van Houtte

Il presidente
R. Lecourt

CONCLUSIONI DELL'AVVOCATO GENERALE KARL ROEMER DEL 19 DICEMBRE 1968 ¹

*Signor Presidente,
Signori Giudici,*

La controversia odierna verte su questioni di diritto della concorrenza nell'ambito del trattato CEE, che hanno avuto origine dai seguenti fatti :

Le quattro imprese tedesche Badische Anilin-& Soda-Fabrik AG, di Ludwigshafen, Farbenfabriken Bayer AG, di Leverkusen, Farbwerke Hoechst AG, di Francoforte, e Casella Farbwerke Mainkur AG, pure di Francoforte, producono fra l'altro coloranti derivati dal catrame e colori minerali. A quanto afferma il Bundeskartellamt di Berlino, i rappresentanti di dette società s'incontrano periodicamente con i rappresentanti di altri produttori (francesi, inglesi e svizzeri) di coloranti derivati dal catrame e di pigmenti, allo scopo di unificare la politica dei prezzi. Una riunione in questo senso si sarebbe

tenuta nell'agosto del 1967. In seguito (cioè entro il 19 settembre 1967) tutte le imprese che avevano partecipato alla riunione avrebbero deciso di aumentare dell'8 % i prezzi dei coloranti derivati dal catrame, a partire dal 16 ottobre 1967. L'aumento sarebbe stato comunicato alla clientela e a tutte le altre imprese interessate. Questa decisione avrebbe indotto diversi clienti a reclamare presso il Bundeskartellamt.

Il Bundeskartellamt ravvisava in tale comportamento la stipulazione di un contratto in contrasto col paragrafo 1 della legge tedesca contro le restrizioni alla concorrenza, e quindi nullo. Per di più gli aderenti alla convenzione, comunicando alla propria clientela l'aumento dei prezzi, avrebbero deliberatamente ignorato la nullità del loro accordo e quindi violato il paragrafo 38 della stessa legge. Con provvedimento 28 novembre 1967 venivano inflitte

¹ — Traduzione dal tedesco.

ammende di varia entità alle quattro imprese sopra menzionate, come pure a due consiglieri d'amministrazione e ad un direttore delle vendite.

Come previsto dal paragrafo 54 della legge sulle contravvenzioni amministrative (Ordnungswidrigkeiten), gli interessati adivano, a norma del paragrafo 82 della legge contro le restrizioni della concorrenza, il Kammergericht di Berlino, negando di aver posto in essere un contratto ai sensi del paragrafo 1 di detta legge, ed eccependo inoltre l'incompetenza del Bundeskartellamt a procedere secondo il diritto tedesco, poiché della questione si stava già occupando la Commissione della CEE.

In effetti, con decisione 31 maggio 1967 la Commissione ha instaurato, nei confronti dei quattro produttori summenzionati nonché di altri produttori di coloranti della Comunità e dei paesi terzi, un procedimento a norma degli articoli 9, n. 3; e 3 del regolamento n. 17. Oggetto di tale procedimento sono in primo luogo gli aumenti di prezzo per i coloranti derivati dal catrame, praticati dal gennaio 1964 sui mercati extra tedeschi, e in secondo luogo gli aumenti di prezzo per gli stessi coloranti, praticati in Germania dal 1° gennaio 1965 (questi ultimi avevano già costituito oggetto di un procedimento dinanzi al Bundeskartellamt, procedimento in seguito cancellato dal ruolo per insufficienza di prove). Il procedimento dinanzi alla Commissione riguarda infine anche gli aumenti di prezzo del 16 ottobre 1967, già perseguiti dal Bundeskartellamt. Questo è quanto ci è dato di desumere dagli addebiti mossi alle imprese interessate nel dicembre 1967, a norma dell'articolo 19 del regolamento n. 17, in relazione all'articolo 2 del regolamento n. 99/63. La Commissione, che il 10 dicembre 1968 ha sentito gli interessati, non si è ancora pronunciata definitivamente.

In questa situazione, il Kammergericht ha ravvisato la possibilità di un conflitto tra il diritto comunitario in materia di concorrenza e il diritto tedesco in materia d'intese e quindi, accogliendo

la richiesta degli attori, ha sospeso il procedimento e, con ordinanza 18 luglio 1968, ha deferito a questa Corte, a norma dell'articolo 177 del trattato CEE, le seguenti questioni :

« 1. Se, a norma dell'articolo 85, nn. 1 e 3, del trattato CEE, e dell'articolo 9 del regolamento 6 febbraio 1962, n. 17, come pure in base ai principi del vigente diritto comunitario, a una pratica concertata che può rientrare tra le ipotesi previste da detto articolo 85, n. 1, oltre a questo articolo possano essere congiuntamente applicate le norme repressive di uno Stato membro (nel caso nostro il paragrafo 1, in relazione al paragrafo 38, 1° comma, n. 1 GWB), qualora la Commissione delle Comunità europee si stia già occupando della cosa in forza dell'articolo 3 del trattato CEE e mediante iniziative a norma dell'articolo 14 del regolamento n. 17 (pratica IV/26.267/E1 della Commissione delle Comunità europee).

2. Ovvero si debba evitare una duplice sanzione, da parte della Commissione delle Comunità europee e da parte delle autorità nazionali (nel nostro caso, il Bundeskartellamt).

3. Se l'articolo 5 del trattato CEE, in relazione agli articoli 3 f) dello stesso trattato e 9 del regolamento n. 17, osti a quanto prospettato sub 1, soprattutto perché gli Stati membri devono astenersi dall'applicare il proprio diritto delle intese nelle ipotesi in cui potrebbe essere compromessa l'unità di valutazione di un caso determinato e/o nelle ipotesi in cui detta applicazione provocherebbe una distorsione della concorrenza sul mercato comune a carico delle persone soggette a detto diritto.

4. Se l'articolo 7 del trattato CEE osti a quanto sopra, soprattutto se le autorità nazionali (nel nostro caso, il Bundeskartellamt) possono colpire unicamente i cittadini del loro Stato e possono quindi porli in una situazione più sfavorevole rispetto ai cittadini di altri Stati membri che si trovino in una situazione comparabile. »

A norma dell'articolo 20 dello statuto della Corte di giustizia, hanno presentato osservazioni scritte le parti nel giudizio di merito, il governo della Repubblica federale di Germania, il governo della Repubblica francese, il governo del Regno dei Paesi Bassi e la Commissione della Comunità economica europea; ad eccezione dei governi francese e olandese, essi hanno pure svolto osservazioni orali all'udienza del 27 novembre.

Basandomi su quanto è stato detto in giudizio, cercherò di suggerire *la soluzione delle questioni deferite*.

I — Sulla ricevibilità

Quanto alla ricevibilità la situazione mi pare chiara : si chiede se sia conciliabile l'applicazione di norme nazionali e di norme di diritto comunitario. In effetti, non s'intende chiedere se questa Corte debba applicare il diritto comunitario alla fattispecie (vale a dire al provvedimento nazionale) ovvero stabilire la compatibilità del diritto interno col diritto comunitario, il che, in base alla nostra giurisprudenza, non sarebbe possibile. Il giudice a quo intende piuttosto far stabilire, mercè l'interpretazione del diritto comunitario, dei principi la cui applicazione gli consenta di risolvere un determinato problema in materia d'intese. Nel far ciò, è naturalmente possibile pure interpretare il diritto comunitario secondario (come il regolamento n. 17) applicando o chiarendo al tempo stesso i principi generali del diritto comunitario. Ciò premesso, affronterò le questioni deferite.

II — La soluzione delle singole questioni

In sostanza la fattispecie, sotto il profilo del diritto comunitario, pone un'unica questione, cioè se l'applica-

zione delle norme di diritto interno che contengono un divieto vada esclusa qualora un determinato comportamento ricada sotto l'articolo 85, n. 1, del trattato CEE e la Commissione sia già intervenuta instaurando un procedimento.

Secondo il Kammergericht per risolvere il problema si deve tener conto di una serie di quesiti, esposti in parte nella prima, in parte nelle rimanenti questioni. Ciò però non esclude che si possa effettuare un esame della controversia secondo la suddivisione fatta dal Kammergericht, cui anch'io mi atterrò.

1 — Sulla prima questione

Il Kammergericht ritiene che si debba esaminare innanzitutto se dall'articolo 85, nn. 1 e 3, del trattato CEE, dall'articolo 9 del regolamento n. 17, nonché dai principi generali del diritto comunitario, si possano trarre elementi per stabilire il rapporto tra diritto comunitario e diritto interno.

Su questo punto sono state sostenute le tesi più disparate.

Gli attori 1, 2, 3, 5, 6 e 7 nel giudizio di merito sostengono che l'articolo 85 è l'*unico* applicabile nella sfera che esso disciplina.

La tesi dell'attrice n. 4 pare leggermente più circoscritta, in quanto essa afferma che le norme nazionali non possono venire applicate nei casi interamente disciplinati dal divieto comunitario in materia d'intese (quindi nei casi in cui i divieti di diritto interno non hanno portata superiore al divieto comunitario).

Per contro i governi — pur se non concordano interamente sui particolari — sono contrari alla teoria secondo cui gli accordi che cadono sotto l'articolo 85, n. 1, sono disciplinati esclusivamente dal diritto comunitario ed affermano che il diritto comunitario e il diritto interno devono coesistere e possono quindi venire applicati cumulativamente agli stessi fatti.

La Commissione, infine, sceglie la via di mezzo, sostenendo che in sostanza non vi è nulla da eccepire all'applicazione cumulativa dei divieti di diritto comunitario e delle norme di diritto interno. È però assolutamente escluso che si possano frapporre ostacoli all'uniforme applicazione ed esecuzione del diritto comunitario. Quindi i procedimenti nazionali (eccezion fatta per i provvedimenti conservativi) devono per lo meno venire sospesi finché la Commissione non abbia portato a termine il procedimento comunitario. Vi è quindi una molteplicità di atteggiamenti in proposito, che ci fanno capire immediatamente la difficoltà del problema. L'impressione è confermata dal gran numero di pubblicazioni scientifiche in merito, che trattano l'argomento sotto vari profili. Dalla dottrina si desume che la maggioranza accoglie la teoria della « doppia barriera », la quale ritiene regolari solo gli accordi in materia di concorrenza che possiedano tutti i requisiti richiesti sia dal diritto nazionale che dal diritto comunitario, ed ammette la possibilità di cumulare le conseguenze dei divieti. D'altra parte, bisogna riconoscere che i problemi specifici del caso in esame, connessi alla possibilità di una *duplice sanzione*, non sono ancora stati studiati a fondo in modo così ampio e i dibattiti dottrinali su questo punto non hanno dato grandi risultati. Sarà quindi inevitabile esaminare a fondo la questione.

Volendo trovare la soluzione in base al tenore del trattato e delle relative disposizioni di esecuzione (mi pare fuori luogo far ricorso anche ai lavori preparatori cui si richiama la relazione Spaak), si rileva che, negli articoli menzionati dal Kammergericht, nulla lascia intendere che, qualora sussistano i presupposti di cui all'articolo 85, n. 1, il diritto interno in materia d'intese debba cedere il passo al diritto comunitario, a differenza di quanto avviene nel settore carbosiderurgico nel quale, com'è noto, agli accordi fra imprese si applica unicamente l'articolo 65 del trattato CECA.

Soprattutto, l'articolo 9, n. 3, del regolamento n. 17, non consente affatto di affermare che l'articolo 85 si arroghi efficacia esclusiva nella propria sfera d'applicazione. L'articolo 9 — come voi ben sapete — dispone che le autorità degli Stati membri conservano la competenza ad applicare l'articolo 85, n. 1, e l'articolo 86, *finché* la Commissione non abbia instaurato un procedimento a norma degli articoli 2, 3 o 6. La disposizione mira però evidentemente a delimitare la competenza di varie autorità nell'applicazione dello stesso ed unico diritto, cioè di quello *comunitario*, e non intende invece definire i rapporti tra i vari ordinamenti giuridici. Da questa conclusione, cioè dal fatto che l'articolo 9 non dispone la sospensione *radicale* dei procedimenti interni vertenti su materie disciplinate dal trattato, si potrebbe anzi desumere al contrario che lo stesso regolamento n. 17 parte dal presupposto che il diritto comunitario ed il diritto interno vanno applicati *parallelamente*.

La tesi è corroborata dall'articolo 87, n. 2 *e*) del trattato CEE, come giustamente rilevano alcuni partecipanti al giudizio e come ammette la Commissione. L'articolo 87 prescrive che il Consiglio emani tutti i regolamenti o le direttive utili ai fini dell'applicazione dei principi posti dagli articoli 85 e 86, e in particolare fissi le norme che mirano a « 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 ». Se si cerca il significato di questa norma, non si deve certo dimenticare — come più d'uno ha rilevato — che essa avrebbe un certo senso anche se si parte dal presupposto dell'applicabilità esclusiva del diritto comunitario a determinate situazioni giuridiche. Si potrebbe cioè pensare a norme *processuali* miranti ad evitare conflitti di competenza in caso d'intese puramente interne, e quindi sottratte alla disciplina comunitaria, ma evidentemente soggette alle norme nazionali.

Tuttavia non si può negare che il tenore della norma suggerisce piuttosto l'idea della *coesistenza* di due ordinamenti giuridici (cioè quello comunitario e quello interno) e della loro contemporanea rilevanza nel caso concreto. Si tratta infatti di *definire i rapporti* tra le norme giuridiche interne e il diritto comunitario (« *définir les rapports entre les législations nationales et les dispositions de la présente section* »). Ciò potrebbe riferirsi alle norme di diritto *sostanziale*, mentre si deve escludere ogni rapporto *fisso*, che implicherebbe soltanto norme di carattere processuale.

Anche l'articolo 88 del trattato CEE contiene indicazioni in questo senso. A norma di esso, finché non siano entrate in vigore le norme da emanarsi in forza dell'articolo 87, le autorità degli Stati membri decidono della liceità delle intese, ecc. in conformità al diritto nazionale e alle disposizioni degli articoli 85 e 86. Poiché nell'articolo 88 si parla di « conformità al diritto nazionale », non pare logico riferirsi solo ai limiti formali, cioè alle formalità e alle norme processuali nazionali, come fa talvolta la dottrina. Poiché in principio (prima dell'adozione del regolamento n. 17) non vi erano norme processuali *comunitarie*, l'attribuzione di una competenza generale alle autorità nazionali in virtù dell'articolo 88 non poteva non implicare da parte loro l'applicazione del diritto processuale interno.

Se si vuole quindi attribuire alla disposizione testè menzionata un contenuto autonomo, oltre a quello evidente indicato sopra, si deve necessariamente tener conto del diritto *sostanziale* nazionale, beninteso nei limiti in cui esso esisteva e non era *incompatibile* coi principi dell'articolo 85 (il che si può dire ad esempio della legislazione in materia di abusi vigente in alcuni Stati membri). Ciò significa che anche l'articolo 88 in sostanza presuppone la contemporanea applicabilità del diritto interno e del diritto comunitario. Poiché per di più l'articolo 9 del regolamento

n. 17 si richiama all'articolo 88, si può concludere inoltre che il regolamento n. 17 non è ancora una norma che ponga termine al periodo transitorio nel senso dell'articolo 88, ma che a questo scopo si devono ancora emanare le norme previste dall'articolo 87, n. 2 e) — e pare che questa sia la tesi accolta anche dalla più volte ricordata Commissione politico-economica del Parlamento tedesco.

Il tenore del trattato fornisce indubbiamente solidi argomenti a favore delle tesi sostenute dai governi partecipanti al giudizio. A ciò si aggiunge la constatazione che, ove si accogliesse la tesi contraria (cioè l'efficacia esclusiva del diritto comunitario nella sua sfera d'applicazione), per operare la delimitazione nei confronti della sfera tipicamente nazionale si dovrebbe applicare un criterio del tutto incerto, instabile e cangiante, vale a dire il pregiudizio per il commercio fra Stati membri.

Sarebbe ciò nondimeno prematuro risolvere la questione deferita soltanto in base alle considerazioni che precedono.

Se infatti la cosiddetta « teoria della doppia barriera » appare accettabile qualora il diritto nazionale imponga di prendere in considerazione altri aspetti (ad esempio, quando una fattispecie contiene elementi irrilevanti per il diritto comunitario, ma non per il diritto interno), è lecito chiedersi se sia possibile applicare alla stessa fattispecie due divieti sostanzialmente uguali, cioè se un caso concreto — come quello attuale — possa venir esaminato da due tribunali alla luce di norme sostanzialmente identiche.

Darò subito la risposta : non ravviso la necessità di porre limitazioni in questo senso. Mi rendo conto che la diversità dei settori nei quali si esercita la tutela del diritto comunitario (concorrenza negli scambi internazionali) e, rispettivamente, del diritto interno (concorrenza nel commercio interno) non è decisiva, in quanto il pregiudizio alla concorrenza sul mercato internazionale si ripercuote anche sul mercato di

almeno uno Stato membro, e d'altro lato è certo che la disciplina comunitaria della concorrenza mira necessariamente a tutelare anche la concorrenza sul mercato interno.

Decisiva è quindi un'altra considerazione. Si deve cioè ammettere che, anche presupponendo una compenetrazione delle rispettive sfere di efficacia, l'applicazione di analoghi divieti tratti dal diritto comunitario e dal diritto interno non dà luogo ad una completa coincidenza. Il perché è chiaro: da un lato abbiamo la politica della concorrenza praticata dagli organi comunitari e che va man mano sviluppandosi, mentre dall'altro lato — come elemento fondamentale della politica economica nazionale, per la quale il trattato stabilisce solo un obbligo di *coordinamento* — sussiste una politica nazionale della concorrenza, più o meno caratterizzata. La diversità dei principi fondamentali può condurre a valutazioni del tutto difformi della stessa fattispecie, anche se le norme che contengono il divieto sono pressoché identiche. Si pensi solo alla tesi, elaborata dalla Commissione, del pregiudizio « sensibile » per la concorrenza, che può venir applicata ad esempio quando le intese internazionali non superano una certa entità, oppure ai casi che dal punto di vista comunitario appaiono meno interessanti, poiché il pregiudizio per la concorrenza ha luogo prevalentemente in campo nazionale, mentre gli effetti sugli scambi internazionali hanno importanza solo secondaria.

In tali situazioni i criteri interni possono essere i più rigorosi, e i relativi divieti vanno applicati, a differenza di quelli di diritto comunitario.

Fino a quale punto simili divergenze siano accettabili lo si può stabilire solo chiedendosi se vi sia una vera *contraddizione* tra diritto comunitario e diritto interno. Ciò si verificherebbe qualora all'applicazione di un divieto comunitaria si opponesse un'autorizzazione concessa in base al diritto nazionale, il che tuttavia appare inaccettabile anche ai fautori dell'applicazione

cumulativa del diritto comunitario e del diritto interno. Una siffatta contraddizione però non sussiste se il diritto nazionale è più rigido, in quanto ciò implica — come rileva giustamente il governo francese — che il diritto nazionale ha lo *stesso orientamento* dell'articolo 85, n. 1, cioè mira a completare le condizioni di concorrenza.

Nella fattispecie si può anche fare a meno di stabilire se vi potrebbe essere effettiva contraddizione nel caso in cui l'applicazione di un divieto interno venisse a contrapporsi all'aspettativa di un'esenzione a norma dell'articolo 85, n. 3: posto che l'accordo (o la pratica concertata) non è stato denunciato, è inimmaginabile che la Commissione conceda l'esenzione; a questa osterebbe inoltre — e su ciò i partecipanti al giudizio concordano — la natura della presente restrizione della concorrenza. La questione, come sostiene il governo olandese, è quindi irrilevante ai fini della decisione. Se si vuole cionondimeno affrontarla, in considerazione del rilievo di taluni partecipanti secondo cui i nn. 1 e 3 dell'articolo 85 costituiscono un tutto inscindibile, o in vista del fatto che in molti casi un giudice nazionale non può pronunciarsi sull'articolo 85, n. 3, con la stessa sicurezza con cui può risolvere la presente fattispecie, se si tiene quindi conto dell'articolo 85, n. 3, d'accordo con tutti i governi si può come regola generale negare che sussista una contraddizione anche qualora l'esenzione comunitaria non possa avere effetto a causa di divieti di diritto interno. Che avviene sotto il profilo comunitario? A ben vedere, il divieto comunitario non si applica se un accordo presenta determinati aspetti positivi che inducono a *rinunciare* all'applicazione dell'articolo 85, n. 1. Come sottolinea il governo tedesco, si ricostituisce con ciò quella sfera di libertà che l'articolo 85 aveva in un primo tempo eliminato. In tale sfera, anche le autorità nazionali devono poter tener conto degli interessi della politica nazionale, cioè di aspetti che non potrebbero esser presi in consi-

derazione nello stesso modo sotto il profilo comunitario, né — nonostante l'articolo 10 del regolamento n. 17 — dal punto di vista processuale né — dati i criteri particolari dell'articolo 85, n. 3 — sotto il profilo sostanziale.

Le autorità nazionali, ove procedano in questo modo, cioè rendano inoperante l'esenzione applicando un divieto nazionale, non pregiudicano affatto il raggiungimento degli scopi del trattato, esattamente come non lo pregiudicano i partecipanti ad un'intesa che rinuncino a darle esecuzione. Questa conclusione s'impone, poiché le intese in linea di massima non possono venir considerate come strumenti per l'organizzazione del mercato comune. Anche se, in via del tutto eccezionale, la Commissione, esaminando gli elementi della fattispecie, dovesse giungere ad un giudizio positivo, cioè accertasse che un cartello *giova* agli interessi comunitari o coopera al perseguimento degli scopi del trattato (ad esempio intensificando la concorrenza), la possibilità di contraddizione con i provvedimenti nazionali sarebbe puramente teorica (condivido l'opinione del governo federale) poiché, mediante regolari contatti sul piano amministrativo, si può giungere all'uniformità di indirizzi. Al massimo, in tali situazioni si potrebbe pensare, onde assicurare *giuridicamente* l'esenzione sancita dalla Commissione, all'emanazione di un provvedimento in forza dell'articolo 87, n. 2, cioè ad una disciplina particolare dei rapporti tra diritto comunitario e norme interne sulla concorrenza.

Senza addentrarmi nel diritto americano, che presenta problemi analoghi, concludo quindi proponendo una soluzione positiva per la prima questione.

2 — Sulla seconda questione

La seconda questione pone il problema del se il pericolo di una duplice repressione dello stesso fatto, da parte dell'autorità nazionale e della Commissione, costituisca un argomento con-

trario alla tesi dell'applicazione cumulativa del diritto interno e del diritto comunitario:

Tutti i governi assumono un atteggiamento negativo, corroborandolo con vari argomenti, mentre gli attori nel giudizio di merito sostengono il contrario. La Commissione ritiene che il procedimento nazionale vada sospeso, per lo meno fino alla conclusione del procedimento da essa instaurato.

In vista della natura della fattispecie e degli argomenti svolti dai partecipanti al giudizio, mi pare che sia questo il punto fondamentale della domanda d'interpretazione.

Prima di addentrarmi nei particolari, devo rilevare che il rischio di una doppia condanna sussiste solo per una parte degli interessati, cioè le *imprese*. Per contro, le persone *fisiche* colpite da un'ammenda di carattere interno, posto che l'articolo 15 del regolamento n. 17 commina sanzioni unicamente alle imprese, non devono avere alcun timore di venir condannate dalla Commissione.

Premessa tale limitazione, gli attori nel giudizio di merito sollevano in primo luogo la questione del se il fatto che la Commissione abbia instaurato un procedimento precluda l'avvio di un procedimento in sede nazionale. A sostegno della soluzione affermativa, essi si richiamano al principio del *ne bis in idem*, valido in tutti gli Stati membri e quindi da considerarsi come parte integrante del diritto comunitario; esso implicherebbe inoltre che, in caso di litispendenza, è escluso che si possa dare l'avvio ad un secondo procedimento avente lo stesso scopo.

La questione va risolta, anche se sussistono dubbi circa la data d'inizio del procedimento (è noto che gli illeciti ritenuti dal Bundeskartellamt sono stati presi in considerazione dalla Commissione solo con molto ritardo). Il Kammergericht, come risulta dalla formulazione delle questioni deferite, ritiene evidentemente che la Commissione si sia valsa dei suoi poteri *prima* che il Bundeskartellamt intervenisse.

Un esame approfondito ci rivela che le considerazioni degli attori sono infondate. Non sono s'accordo col governo olandese né col governo francese, i quali affermano che la sanzione nazionale non ha la stessa natura di quella comunitaria (sanzione penale da un lato e sanzione amministrativa dall'altro); tale punto di vista può essere fondato per quanto riguarda i loro ordinamenti giuridici, ma non ha alcun valore per la presente fattispecie. Dovrebbe essere pacifico che le ammende comminate dalla legge contro le limitazioni alla concorrenza, che nell'ordinamento tedesco sono considerate come ammende amministrative, hanno la stessa natura giuridica di quelle previste dall'articolo 15 del regolamento n. 17.

Ritengo piuttosto che il principio di cui trattasi, nell'interpretazione datane dagli attori, vale solo nell'ambito di un dato ordinamento giuridico, ma non ha alcun valore nei rapporti fra diritto comunitario e diritto interno. A questo proposito la giurisprudenza ha ripetutamente affermato che i due ordinamenti sono distinti ed autonomi. Finché per le Comunità non si potrà parlare di un ordinamento federale, appare quindi più opportuno avvicinare gli atti degli organi comunitari agli atti emananti da uno Stato estero e, per quanto riguarda l'esercizio del potere repressivo, adottare criteri analoghi a quelli che regolano i rapporti tra ordinamenti giuridici distinti. Ne consegue che il semplice fatto dell'*instaurazione* di un procedimento da parte della Commissione non può automaticamente impedire alle autorità nazionali di valersi dei loro poteri repressivi.

A questo punto si profila una seconda tesi, basata sull'inammissibilità che lo stesso comportamento possa essere punito due volte, per motivi giuridici sostanzialmente identici.

I fautori di tale teoria, partendo dal presupposto che, dal punto di vista nazionale, l'ammenda irrogata dalla Commissione deve considerarsi irrogata da un ordinamento giuridico

estraneo, tentano di trovare un principio che possa valere per i rapporti tra la potestà repressiva comunitaria e quella degli Stati membri. A questo proposito essi rilevano che due Stati membri ammettono il principio secondo cui la sanzione inflitta dal giudice straniero esclude una successiva condanna per lo stesso fatto da parte del giudice nazionale. Invocando la teoria secondo cui il diritto comunitario non deve aver riguardo al grado minimo, bensì al grado massimo di tutela giuridica, essi si adoperano a dimostrare che il principio sopra menzionato fa parte del diritto comunitario. Di conseguenza, in caso di condanna da parte del giudice nazionale, la Commissione non potrebbe più intervenire. Per evitare che il diritto nazionale prevalga sul diritto comunitario, rimane solo la possibilità che le autorità nazionali si astengano dall'esercitare i loro poteri qualora la Commissione sia intervenuta in materia d'intese.

È innegabile che si tratta di argomenti suggestivi; in ultima analisi, però, si rivelano anch'essi infondati.

Anzitutto si può obiettare che la seconda condanna andrebbe esclusa se il giudice che si pronuncia per primo potesse valutare la fattispecie sotto tutti i profili. Secondo il governo federale, non è però questo il caso nei rapporti tra autorità nazionali e Commissione. In effetti un'autorità nazionale, una volta instaurato il procedimento comunitario, deve limitarsi a giudicare l'illecito sotto il profilo del diritto nazionale, mentre la Commissione giudica la fattispecie alla luce del diritto comunitario.

Inoltre è pur vero che la Francia e l'Olanda hanno ammesso il principio che la condanna all'estero esclude il procedimento penale nei rispettivi paesi, ma il principio è sorto nell'ambito del diritto *penale* ed è dubbio che possa venire applicato anche nel diritto *amministrativo*. Va comunque rilevato che pure il governo francese e il governo olandese menzionano la possibilità che la Commissione *tenga conto* delle ammende già inflitte in sede nazionale.

Ciò non avverrebbe se nella materia che c'interessa valessero i principi testè menzionati.

Se da queste considerazioni si vuole desumere il principio da applicarsi al rapporto diritto comunitario — diritto nazionale in materia di ammende, appare equo dare la preferenza ai sistemi italiano, tedesco, belga e lussemburghese, che ammettono il computo (pur se secondo criteri diversi) delle pene già inflitte all'estero. Si può inoltre affermare — considerazione essenziale per colmare, mediante il diritto comparato, le lacune di diritto comunitario — che va applicato il principio *più evoluto*. L'articolo 90, 2° comma, del trattato CECA prescrive già di procedere in questo modo, cioè l'Alta Autorità (ora la Commissione), nell'infliggere una sanzione di diritto comunitario, deve tener conto delle eventuali pene nazionali già inflitte. D'altro canto, in materia d'intese, il trattato CECA non contiene una disposizione analoga unicamente perché — come ho detto — l'articolo 65 ha efficacia *esclusiva* e preclude quindi l'applicazione cumulativa col diritto interno.

Si deve perciò concludere che l'irrogazione di un'ammenda di diritto nazionale non preclude la repressione in forza del diritto comunitario e non si dà alcuna compressione di quest'ultimo che sia in contrasto con la sua preminenza. Al contrario la Commissione, in caso di previo intervento delle autorità nazionali, è al massimo tenuta e computare le sanzioni già irrogate.

Questa tesi del resto evita anche il pericolo di notevoli inconvenienti in campo nazionale, inconvenienti che, come abbiamo visto, potrebbero consistere nell'aggravamento dell'onere della prova o nella prescrizione, qualora le autorità nazionali fossero obbligate a sospendere il processo fino a che la Commissione non si sia pronunciata.

Riassumendo, si deve dire a proposito della seconda questione che nemmeno il rischio di una doppia condanna

obbliga a disapplicare — anche solo temporaneamente — il diritto nazionale in materia d'intese.

3 — Sulla terza questione

Si pone a questo punto il problema del se il combinato disposto degli articoli 5 e 3, lettera f) del trattato CEE, e 9 del regolamento n. 17, nonché l'esigenza di una valutazione giuridica uniforme della fattispecie in materia d'intese e la necessità di evitare distorsione della concorrenza, giustifichino l'imperativo di non tener conto del diritto nazionale.

Anche su questo punto le tesi dei partecipanti al giudizio divergono; più precisamente, le tesi di quelli che non hanno rinunciato a pronunciarsi in proposito.

È particolarmente degno di nota il punto di vista della Commissione, che attribuisce importanza fondamentale all'articolo 5, il cui secondo comma impone agli Stati membri di astenersi dall'adottare qualsiasi provvedimento che possa ostacolare la realizzazione degli scopi del trattato. A questo proposito la Commissione fa il seguente ragionamento: in caso di applicazione dell'articolo 85, n. 1, il regolamento n. 17 offre all'esecutivo comunitario diverse possibilità. La Commissione può accontentarsi di emanare raccomandazioni a norma dell'articolo 3 (mezzo la cui importanza per l'organizzazione dei rapporti concorrenziali è stata sottolineata anche da taluni attori nella causa di merito); può adottare decisioni che invitino a porre termine ad un comportamento in contrasto con l'articolo 85, senza applicare sanzioni; infine, può infliggere ammende per violazione dell'articolo 85, n. 1. Se le autorità nazionali avessero facoltà di procedere contemporaneamente, applicando il diritto nazionale della concorrenza, e d'irrogare quindi ammende, il procedimento sul piano comunitario potrebbe risentirne in modo grave. Ciò implicherebbe un pericolo per la sistematica applicazione ed esecuzione

del diritto comunitario sulla concorrenza, fatto inconciliabile con l'imperativo dell'articolo 5.

Nemmeno questo argomento, di per sé allettante, mi pare convincente. È necessario rifarsi alla conclusione cui sono giunto a proposito della prima questione, cioè che lo stesso trattato — vi sono chiari argomenti testuali in questo senso — presuppone l'applicazione *cumulativa* del diritto comunitario e del diritto nazionale, non quindi l'esclusione del secondo, per lo meno finché tra i due ordinamenti non vi sia aperto contrasto. Questo fatto non si può mettere in ombra invocando l'articolo 5, come la Commissione cerca di fare affermando che i provvedimenti da essa adottati in applicazione dell'articolo 85, n. 1, non possono venir modificati da atti nazionali, e in particolare che uno Stato non può irrogare un'ammenda quando la Commissione ha ritenuto sufficiente invitare gli interessati a modificare il loro comportamento.

In realtà, l'articolo 5 a questo proposito non fornisce alcun argomento irrefutabile. Anzitutto non si può dimenticare che l'articolo mira solo a far sì che non vengano messi in pericolo gli scopi del trattato. Come giustamente osservano i governi partecipanti al giudizio, gli scopi del trattato non sono pregiudicati dall'applicazione di un diritto nazionale più rigido, poiché in tal caso viene rispettato uno dei principi fondamentali del trattato, cioè l'intensificazione della concorrenza.

D'altro canto, dall'articolo 5 non si può ricavare nemmeno l'obbligo di sospendere almeno il procedimento in sede nazionale. Come giustamente rileva il governo federale, manca il presupposto fondamentale dell'efficacia immediata della norma. In effetti è incontestabile che l'articolo 5 ha un tenore troppo generale e impreciso per poter essere applicato immediatamente senza gravi inconvenienti.

Dal regolamento n. 17 non è dato trarre conclusioni diverse. La motivazione del regolamento afferma, è vero, che si deve garantire l'applicazione uniforme

degli articoli 85 e 86; nel dispositivo, però, non si rintraccia alcuna norma che imponga alle autorità nazionali di sospendere il procedimento nelle cause vertenti sul diritto nazionale della concorrenza. Al contrario, l'articolo 9, n. 3, si presta alla conclusione opposta, poiché detta solo una norma di competenza per l'applicazione degli articoli 85 e 86.

Infine, nemmeno il richiamo all'articolo 3 f) del trattato CEE mi pare atto a corroborare l'argomento della Commissione. È noto che l'articolo 3 f) stabilisce che l'attività della Comunità implica « la creazione di un regime inteso a garantire che la concorrenza non sia falsata nel mercato comune ». Come già si rileva dal suo tenore, la norma ha la funzione di caratterizzare una delle varie attività della Comunità che dev'essere realizzata sulla scorta di altre norme del trattato e inoltre secondo il ritmo da queste stabilito, vale a dire gradualmente. Come sottolinea soprattutto il governo francese, si tratta quindi di una semplice enunciazione di principio, che del resto non lascia nemmeno chiaramente intendere fino a qual punto si debbano unificare le condizioni di concorrenza.

Va comunque assolutamente escluso che lo scopo di tale norma sia quello di eliminare le distorsioni della concorrenza già in atto, attribuendo al diritto comunitario la facoltà di sostituirsi (sia pure solo temporaneamente) alle norme nazionali nella rispettiva sfera d'applicazione.

È d'altro canto innegabile — e i partecipanti al giudizio sono concordi nell'ammetterlo — che la situazione giuridica da me delineata alla lunga diviene insostenibile. In molti casi, infatti, il diritto nazionale più restrittivo può acquistare grande rilevanza sul piano comunitario e pregiudicare le imprese cui si applica. Onde eliminare questa situazione, inevitabile per le intese i cui effetti si esercitano solo in campo nazionale, rimane solo la via *legislativa*, cioè l'emanazione, da parte del Consiglio, di norme che disciplinino i

rapporti tra diritto comunitario e diritto interno, in forza dell'articolo 87, n. 2 e), oppure — se nell'articolo 87 non si ravvisa un fondamento adeguato per ampi interventi nel diritto interno — l'armonizzazione a norma degli articoli 100-102 del trattato CEE. L'esigenza della certezza del diritto impedisce di perseguire lo stesso scopo mediante la *tacita* disapplicazione delle norme interne.

Quindi nemmeno gli argomenti invocati a proposito della terza questione possono modificare le conclusioni cui sono giunto finora.

4 — Sulla quarta questione

La quarta questione mira a far stabilire se l'articolo 7 del trattato CEE osti in qualche modo all'applicazione del diritto nazionale in materia d'intese. In proposito sarò breve.

Concordo con la Commissione nell'ammettere l'immediata efficacia dell'articolo 7, e quindi l'applicazione diretta del divieto di discriminazione per motivi di nazionalità, indipendentemente dall'emanazione delle norme contemplate dal secondo comma.

Ritengo inoltre sostenibile che l'articolo 7 miri anche a tutelare i cittadini di uno Stato membro. Si deve stabilire chi sia cittadino secondo l'ordinamento giuridico di ciascuno Stato ed estendere il concetto di cittadinanza alle persone giuridiche.

Le conseguenze nella fattispecie non sono del tutto evidenti, poiché la questione si presta a più interpretazioni.

Se si chiede (e la formulazione della questione lo lascia presumere) se le autorità nazionali possano limitarsi ad applicare le norme ai loro concittadini, anche se il diritto nazionale (in forza

del paragrafo 98 della legge contro le restrizioni della concorrenza) consente un'applicazione più ampia, in altre parole, se si chiede se sia possibile applicare diversamente le leggi nazionali in materia economica a seconda della nazionalità degli interessati, la risposta è chiara: un siffatto modo di procedere sarebbe incompatibile coi principi dell'articolo 7, a meno che vi siano giustificati motivi per effettuare una differenziazione (ad esempio, la difficoltà di fornire prove nei confronti dei contraenti stranieri, oppure il fatto che il loro comportamento non può avere rilevanza pratica sul mercato a causa dell'esiguità delle loro vendite).

Se invece s'intendesse chiedere se costituisca discriminazione a norma del trattato il fatto che la Repubblica federale ha una disciplina delle intese più rigida di quella di altri Stati membri (il che può rappresentare uno svantaggio per le intese concluse in Germania), la risposta dev'essere senz'altro negativa. Come giustamente rilevano vari partecipanti al giudizio, l'unica funzione del divieto di discriminazione è quella di eliminare i sistemi che discriminano, a seconda della nazionalità, nell'ambito di uno Stato membro. Esso non ha invece la funzione d'impedire le conseguenze pregiudizievoli della limitazione territoriale dei poteri statali e delle leggi nazionali, cioè realizzare l'unificazione del diritto nella Comunità. A questo scopo servono gli articoli 100-102 del trattato CEE. L'unificazione non può quindi avvenire al livello dello Stato membro che ha adottato la legislazione meno rigida.

Perciò, nemmeno l'esame della quarta questione apporta alcun elemento decisivo per il problema dell'applicazione del diritto nazionale ad un caso che si trovi contemporaneamente all'esame presso la Commissione.

III — Conclusioni finali

Ecco quindi come vi propongo di risolvere le questioni deferite :

Nessuno dei punti di vista esposti dal Kammergericht osta all'applicazio, in materia d'intese, dei divieti nazionali (con le relative conseguenze sul piano interno) a casi che possono ricadere sotto l'articolo 85, n. 1, del trattato CEE e per i quali anche la Commissione ha instaurato un procedimento inteso ad accertare se sia stato violato l'articolo 85.

L'articolo 7 del trattato CEE ha efficacia immediata e vieta alle autorità nazionali di applicare le leggi in materia economica in modo diverso a seconda della nazionalità dei partecipanti ad un'intesa.

Nessuna osservazione quanto alle spese che, per quanto riguarda le parti nella causa di merito, verranno liquidate dal giudice proponente.