

CONCLUSIONI DELL'AVVOCATO GENERALE

JULIANE KOKOTT

presentate il 3 luglio 2007¹

I — Introduzione

1. Quali sono le circostanze in base alle quali un comportamento anticoncorrenziale nel quale è incorsa un'impresa già operante sul mercato rilevante possa essere imputato al suo successore? Questa è, in sostanza, la questione per la quale la Corte di giustizia è stata adita dal Consiglio di Stato italiano nel presente procedimento.
2. Sullo sfondo di tale caso di specie si trova un'intesa che tra il 1993 e il 2001 aveva influito, in violazione delle norme in materia di concorrenza, sui prezzi di vendita al dettaglio sul mercato delle sigarette in Italia e che è stata scoperta dall'autorità italiana garante della concorrenza. A tale intesa in origine partecipava l'Amministrazione Autonoma dei Monopoli di Stato. L'attività economica di quest'ultima nel settore della produzione e della commercializzazione di prodotti di tabacco, compresa la sua partecipazione all'intesa, dal marzo 1999 veniva però rilevata dall'Ente Tabacchi Italiani, di nuova fondazione e successivamente privatizzato. Ormai — sempre secondo la volontà dell'autorità italiana garante della concorrenza — a quest'ultimo deve essere imputata, e punita con una ammenda, non solo la sua stessa partecipazione all'intesa dal marzo 1999, ma anche la precedente partecipazione all'intesa dell'Amministrazione dei Monopoli di Stato.
3. I limiti di una siffatta imputazione di comportamenti anticoncorrenziali nel caso di successione di imprese sono di rilevante importanza pratica per effettuare in concreto l'alienazione, la riorganizzazione o la privatizzazione di imprese poiché i rischi di responsabilità per chi aliena e chi acquisisce imprese variano a seconda dei criteri che le autorità garanti della concorrenza e i giudici pongono a fondamento dell'imputazione di comportamenti anticoncorrenziali.
4. Anche sotto un altro profilo la presente fattispecie è di grande interesse: la decisione con la quale l'autorità italiana garante della concorrenza infligge l'ammenda è essenzialmente fondata sulla normativa nazionale in materia di concorrenza, la quale è tuttavia orientata al diritto comunitario, la cui

¹ — Lingua originale: il tedesco.

interpretazione viene qui richiesta alla Corte di giustizia. È di grande importanza per la futura collaborazione tra la Corte di giustizia e i giudici nazionali se una domanda di pronuncia pregiudiziale in tali circostanze sia ricevibile, tanto più che il diritto nazionale e il diritto comunitario in questa materia sono tra loro in sempre più stretto rapporto.

renza e del mercato², il cui titolo I contiene, in particolare, le seguenti disposizioni:

«Articolo 1

II — Contesto normativo

5. Il *contesto normativo comunitario* della presente fattispecie viene stabilito dagli artt. 81 e seguenti, CE e 3, n. 1, lett. g), CE. Per quanto riguarda la *normativa nazionale*, si deve fare rinvio, da un lato, alle disposizioni del diritto italiano in materia di concorrenza e, dall'altro, a talune disposizioni relative all'amministrazione del monopolio italiano del tabacco.

1. Le disposizioni della presente legge in attuazione dell'articolo 41 della Costituzione a tutela e garanzia del diritto di iniziativa economica si applicano alle intese, agli abusi di posizione dominante e alle concentrazioni di imprese che non ricadono nell'ambito di applicazione degli articoli 65 e/o 66 del Trattato istitutivo della Comunità europea del carbone e dell'acciaio, degli articoli 85 e/o 86 del Trattato istitutivo della Comunità economica europea (CEE), dei regolamenti della CEE o di atti comunitari con efficacia normativa equiparata.

(...)

A — La normativa italiana in materia di concorrenza

6. Per quanto riguarda la normativa italiana in materia di concorrenza, viene in considerazione la legge 10 ottobre 1990, n. 287, recante norme per la tutela della concor-

4. L'interpretazione delle norme contenute nel presente titolo è effettuata in base ai principi dell'ordinamento delle Comunità europee in materia di disciplina della concorrenza.

2 — Legge 10 ottobre 1990, n. 287, Norme per la tutela della concorrenza e del mercato (GURI n. 240 del 13 ottobre 1990, pag. 3; in prosieguo: la «legge 287/1990»).

Articolo 2

1. Sono considerati intese gli accordi e/o le pratiche concordate tra imprese nonché le deliberazioni, anche se adottate ai sensi di disposizioni statutarie o regolamentari, di consorzi, associazioni di imprese ed altri organismi simili.
2. Sono vietate le intese tra imprese che abbiano per oggetto o per effetto di impedire, restringere o falsare in maniera consistente il gioco della concorrenza all'interno del mercato nazionale o in una sua parte rilevante, anche attraverso attività consistenti nel:
 - a) fissare direttamente o indirettamente i prezzi d'acquisto o di vendita ovvero altre condizioni contrattuali;
 - b) impedire o limitare la produzione, gli sbocchi o gli accessi al mercato, gli investimenti, lo sviluppo tecnico o il progresso tecnologico;
 - c) ripartire i mercati o le fonti di approvvigionamento;
 - d) applicare, nei rapporti commerciali con altri contraenti, condizioni oggettivamente diverse per prestazioni equivalenti, così da determinare per essi ingiustificati svantaggi nella concorrenza;
 - e) subordinare la conclusione di contratti all'accettazione da parte degli altri contraenti di prestazioni supplementari che, per loro natura o secondo gli usi commerciali, non abbiano alcun rapporto con l'oggetto dei contratti stessi.
3. Le intese vietate sono nulle ad ogni effetto».
 7. Il Titolo II della legge n. 287/90 istituisce un'autorità nazionale in materia di concorrenza denominata *Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato* (in prosieguo: l'«Autorità Garante»), alla quale l'art. 15 n. 1 della detta legge attribuisce le seguenti competenze:

«Se (...) l'Autorità ravvisa infrazioni agli articoli 2 o 3, fissa alle imprese e agli enti interessati il termine per l'eliminazione delle infrazioni stesse. Nei casi di infrazioni gravi,

tenuto conto della gravità e della durata dell'infrazione, dispone inoltre l'applicazione di una sanzione amministrativa pecuniaria fino al dieci per cento del fatturato realizzato in ciascuna impresa o ente nell'ultimo esercizio chiuso anteriormente alla notificazione della diffida, determinando i termini entro i quali l'impresa deve procedere al pagamento della sanzione».

(in prosieguo: l'«AAMS»). L'AAMS è un organo dell'amministrazione dello Stato che a tutt'oggi dipende dal Ministero dell'Economia e delle Finanze⁵. È un ente autonomo sotto il punto di vista amministrativo come anche finanziario e di bilancio, ma non ha una propria personalità giuridica. Fino al febbraio 1999 compreso, all'AAMS veniva affidato, tra l'altro, il monopolio italiano dei tabacchi.

8. L'art. 31, figurante nel titolo VI della legge n. 287/90, ha il seguente tenore:

«Per le sanzioni amministrative pecuniarie conseguenti alla violazione della presente legge si osservano, in quanto applicabili, le disposizioni contenute nel capo I, sezioni I e II, della legge 24 novembre 1981, n. 689».

10. Con decreto legislativo⁶ del presidente della Repubblica 9 luglio 1998, n. 283⁷, veniva istituito un ente pubblico economico⁸ denominato *Ente Tabacchi Italiani* (in prosieguo: l'«ETI»). In forza di legge venivano ad esso affidate tutte le attività produttive e commerciali attribuite all'AAMS, ad esclusione delle attività inerenti alle lotterie. Per i settori ad esso attribuiti, l'ETI è succeduto all'AAMS in tutti i rapporti attivi e passivi, e i diritti e beni patrimoniali⁹. L'ETI iniziava la sua attività il 1° marzo 1999.

B — *Le disposizioni di legge sull'amministrazione del monopolio italiano dei tabacchi*

9. Con Regio decreto legge³ 8 dicembre 1927, n. 2258⁴, veniva istituita l'*Amministrazione Autonoma dei Monopoli di Stato*

11. Inizialmente l'ETI era assoggettato al controllo del Ministero dell'Economia e delle Finanze, il quale gli impartiva gli indirizzi programmatici, nominava i suoi organi

3 — [n.d.t.: nota irrilevante per la traduzione italiana].

4 — Trasformato in legge 6 dicembre 1928, n. 3474.

5 — [n.d.t.: nota irrilevante per la traduzione italiana].

6 — [n.d.t.: nota irrilevante per la traduzione italiana].

7 — GURI n. 190 del 17 agosto 1998, pag. 3 (in prosieguo: il «decreto 283/1998»).

8 — [n.d.t.: nota irrilevante per la traduzione italiana].

9 — Art. 3, n. 1, del decreto 283/1998.

amministrativi ed esercitava il controllo sulle sue deliberazioni¹⁰. Come però previsto ab initio¹¹, l'ETI, il 23 giugno 2000, veniva trasformato in una società per azioni, l'Ente Tabacchi Italiani — ETI SpA. Il suo capitale sociale dapprima veniva detenuto dal Ministero dell'Economia e delle Finanze al 100 %. Nel 2003 l'ETI veniva infine privatizzato e da allora è sotto il solo controllo della British American Tobacco plc, una società holding di diritto inglese che appartiene al gruppo BAT — British American Tobacco.

12. A partire dal 1° marzo 1999 l'AAMS assumeva dal canto suo solo le attribuzioni di diritto pubblico nel settore dei tabacchi¹² e in tale settore non esercita più alcuna attività economica. Nel settore delle scommesse e dei giochi d'azzardo, in particolare in quello delle lotterie, l'AAMS — stando alle informazioni di cui dispone la Corte — continua anche successivamente a svolgere le sue attività economiche.

III — I fatti e il procedimento principale

13. Con provvedimento 13 marzo 2003, n. 11795¹³, l'Autorità Garante accertava

che, tra il 1993 e il 2001, varie società del gruppo Philip Morris¹⁴ avevano costituito, dapprima con l'AAMS e successivamente con l'ETI, un'intesa avente ad oggetto e per effetto considerevoli e durature restrizioni della concorrenza per quanto riguarda il prezzo al dettaglio delle sigarette sul mercato interno italiano. L'Autorità Garante infliggeva ai partecipanti all'intesa un'ammenda per violazione dell'art. 2, n. 2, lett. a) e b), della legge n. 287/1990, la quale per la Philip Morris ammontava complessivamente a EUR 50 000 000 e per l'ETI a EUR 20 000 000. L'Autorità Garante faceva inoltre obbligo ai partecipanti all'intesa di porre termine al comportamento illecito.

14. Nel provvedimento, l'Autorità Garante imputava all'ETI anche la partecipazione all'intesa dell'AAMS nel periodo precedente il 1° marzo 1999, motivandola con la cessazione dell'attività dell'AAMS nel settore della produzione e della commercializzazione di prodotti di tabacco, come pure nel rilevamento di tale attività economica da parte dell'ETI.

15. La Philip Morris, come pure l'ETI, adiva il Tribunale amministrativo regionale del Lazio — Roma¹⁵ (in prosieguo: «TAR») con ricorso avverso la decisione dell'Autorità

10 — V. risposte del governo italiano ai quesiti della Corte.

11 — Art. 1, n. 6, del decreto 283/1998.

12 — Come esempio sono stati citati il controllo sulla circolazione dei prodotti da fumo e il rilascio di concessioni per la rivendita di tabacchi lavorati al pubblico.

13 — Provvedimento 13 marzo 2003, n. 11795, I 479 «Variazione di prezzo di alcune marche di tabacchi» (*Bollettino settimanale*, Anno XIII, n. 11/2003, pag. 5). Tale decisione è stata preceduta da un'indagine promossa nel giugno 2001.

14 — Philip Morris Products SA, Philip Morris Holland BV, Philip Morris GmbH, Philip Morris Products Inc. e Philip Morris International Management SA. Queste imprese in prosieguo, per motivi di praticità, verranno indicate congiuntamente: la «Philip Morris».

15 — [n.d.t.: nota irrilevante per la traduzione italiana].

Garante. Mentre il ricorso della Philip Morris in primo grado restava infruttuoso, il TAR accoglieva il ricorso dell'ETI in quanto a quest'ultimo non avrebbe potuto essere imputata la partecipazione dell'AAMS all'intesa. Ciò determinava il parziale annullamento del provvedimento dell'Autorità Garante. Il TAR fondava tale decisione sul principio della responsabilità personale ai sensi degli artt. 1 e 7 della legge 689/81, cui rinvia l'art. 31 della legge 287/1990, e affermava che il medesimo principio vige anche nel diritto comunitario. Il criterio dell'oggettiva continuità economica avrebbe potuto trovare applicazione solo in casi eccezionali, da interpretare restrittivamente, che non ricorrerebbero in questa fattispecie.

16. Dal momento che sia l'ETI sia la Philip Morris, come pure l'Autorità Garante, hanno impugnato la sentenza di primo grado, la controversia è ora pendente dinanzi al Consiglio di Stato¹⁶ (in prosieguo anche: il «giudice a quo») nella sua qualità di supremo giudice amministrativo. Il Consiglio di Stato ha respinto dapprima le censure dell'ETI e della Philip Morris circa il sussistere di un comportamento anticoncorrenziale e ha quindi esaminato la questione sollevata nel gravame dall'Autorità Garante circa l'imputabilità della partecipazione all'intesa dell'AAMS all'ETI per il periodo «precedente alla sua istituzione».

IV — Le domande di pronuncia pregiudiziale e procedimento dinanzi alla Corte di giustizia

17. Con ordinanza 8 novembre 2005, pervenuta in cancelleria il 27 giugno 2006, il Consiglio di Stato ha sospeso il procedimento e ha sottoposto a questa Corte le seguenti questioni affinché si pronunci in via pregiudiziale:

- «a. quale sia, ai sensi degli artt. 81 e seguenti [CE] e dei principi generali del diritto comunitario, il criterio da seguire nell'individuazione dell'impresa da sottoporre a sanzione per violazione delle norme in tema di concorrenza nel caso in cui, nell'ambito di una condotta unitariamente sanzionata, la parte finale del comportamento sia stata tenuta da una impresa succeduta nel settore economico di riferimento all'impresa originaria, qualora l'ente originario, pur non essendo estinto, non operi più, quanto meno nel settore economico interessato dall'intervento sanzionatorio, come impresa commerciale;
- b. se, in sede di individuazione del soggetto sanzionabile, residui in capo all'Autorità amministrativa competente nell'applicazione della normativa antitrust il compito di valutare discrezionalmente la ricorrenza di circostanze che giustifichino l'imputazione al successore economico della responsabilità per violazioni concorrenziali commesse dalla persona giuridica cui subentra,

16 — [n.d.t.: nota irrilevante per la traduzione italiana].

anche quando quest'ultima non abbia cessato di esistere alla data della decisione, affinché l'effetto utile delle norme sulla concorrenza non risulti pregiudicato dalle modificazioni apportate alla figura giuridica delle imprese».

18. L'ETI, la Philip Morris, il governo italiano e la Commissione delle Comunità europee hanno presentato alla Corte osservazioni scritte e orali.

V — Analisi

A — Ricevibilità della domanda di pronuncia pregiudiziale

19. Oggetto del procedimento principale pendente dinanzi ai giudici italiani è una decisione dell'autorità italiana garante della concorrenza, l'Autorità Garante, in un procedimento in materia di intesa tra imprese. Tale decisione è fondata soltanto sulla normativa nazionale in materia di concorrenza, o, più esattamente, sulla legge 287/1990. Per sindacarne la legittimità il giudice a quo ritiene comunque necessaria l'interpretazione della normativa comunitaria in materia di concorrenza. A tal riguardo fa riferimento all'art. 1, n. 4, della legge 287/1990, secondo il quale i principi della normativa comunitaria in materia di concor-

renza costituiscono le basi per l'interpretazione delle disposizioni di cui al titolo I della detta legge e sono pertanto rilevanti anche per il diritto nazionale.

20. Alla luce di quanto sopra esposto, sono quindi consentite alcune considerazioni circa la ricevibilità delle domande di pronuncia pregiudiziale, in particolare circa la loro rilevanza ai fini della decisione.

1. Osservazioni introduttive

21. La mera circostanza che, nel caso di specie, il diritto comunitario sia rilevante unicamente per via di un riferimento nel diritto nazionale non depone contro la rilevanza delle questioni pregiudiziali del Consiglio di Stato ai fini della decisione, né contro la competenza della Corte di giustizia a risolvere tali questioni.

22. Secondo la costante giurisprudenza, che risale alla sentenza Dzodzi (in prosieguo anche: la «giurisprudenza Dzodzi»)¹⁷, né il

17 — Sentenza 18 ottobre 1990, cause riunite C-297/88 e C-197/89, Dzodzi (Racc. pag. I-3763, punto 36); v., inoltre, sentenze 8 novembre 1990, causa C-231/89, Gmurzynska-Bscher (Racc. pag. I-4003, punto 25), 17 luglio 1997, causa C-28/95, Leur-Bloem (Racc. pag. I-4161, punto 25), e causa C-130/95, Giloy (Racc. pag. I-4291, punto 21), 11 gennaio 2001, causa C-1/99, Kofisa Italia (Racc. pag. I-207, punto 21), 17 marzo 2005, causa C-170/03, Feron (Racc. pag. I-2299, punto 11), 16 marzo 2006, causa C-3/04, Poseidon Chartering (Racc. pag. I-2505, punto 15), e 14 dicembre 2006, causa C-217/05, Confederación Española de Empresarios de Estaciones de Servicio (Racc. pag. I-11987, punto 19); similmente sentenza 7 gennaio 2003, causa C-306/99, BIAO (Racc. pag. I-1, punto 90).

dettato dell'art. 234 CE né la ratio e la finalità del procedimento di pronuncia pregiudiziale ostano alla soluzione di questioni pregiudiziali relative all'interpretazione di disposizioni di diritto comunitario alle quali il diritto nazionale fa rinvio soltanto al fine di regolare una situazione puramente interna.

23. Ben al contrario, come la Corte di giustizia ha avuto più volte modo di rilevare, l'ordinamento giuridico comunitario ha manifestamente interesse, al fine di evitare divergenze interpretative, a garantire un'interpretazione uniforme di tutte le norme di diritto comunitario, a prescindere dalle condizioni in cui verranno applicate¹⁸.

24. Nel settore del diritto della concorrenza questo interesse ad un'interpretazione e ad un'applicazione il più possibile uniformi delle disposizioni vigenti a livello comunitario è particolarmente spiccato¹⁹ poiché in questo campo il diritto nazionale si orienta sul diritto comunitario con particolare frequenza. Ciò non vale soltanto a partire

dall'entrata in vigore del regolamento (CE) n. 1/2003²⁰, con il quale si è pervenuti ad una correlazione particolarmente stretta tra la normativa nazionale in materia di concorrenza e il diritto comunitario. Già prima, cioè ancora ai tempi in cui vigeva il regolamento n. 17²¹, la normativa nazionale in materia di concorrenza di numerosi Stati membri si ispirava, anche per dirimere situazioni puramente interne, al diritto comunitario. Questo si verifica, non da ultimo, anche per la legge italiana 287/1990, la quale trova applicazione nella controversia di cui alla causa a qua.

25. Di fronte a tali circostanze di fondo, assume un particolare significato anche la collaborazione tra la Corte di giustizia e i giudici nazionali nel settore del diritto della concorrenza. Essa apporta nella più grande misura del possibile la certezza del diritto e garantisce condizioni di concorrenza comparabili per tutti gli operatori economici ai quali il diritto comunitario trova direttamente o indirettamente applicazione.

26. Pur tuttavia la Commissione esprime qui dubbi circa la ricevibilità della domanda di

18 — Sentenze Dzodzi (già citata alla nota 17, punto 37) e 25 giugno 1992, causa C-88/91, Federconsorzi (Racc. pag. I-4035, punto 7); analogamente le sentenze citate alla nota 17 Leur-Bloem (punto 32), Giloy (punto 28), Kofisa Italia (punto 32), Poseidon Chartering (punto 16) e Confederación Española de Empresarios de Estaciones de Servicio (punto 20), come pure le sentenze 11 ottobre 2001, causa C-267/99, Adam (Racc. pag. I-7467, punto 27), 15 gennaio 2002, causa C-43/00, Andersen e Jensen (Racc. pag. I-379, punto 18), 15 maggio 2003, causa C-300/01, Salzmann (Racc. pag. I-4899, punto 34), e 29 aprile 2004, causa C-222/01, British American Tobacco (Racc. pag. I-4683, punto 40). V., inoltre, la giurisprudenza della Corte di giustizia circa le sue competenze in materia di interpretazione di disposizioni di convenzioni miste di diritto internazionale, in particolare sentenza 16 giugno 1998, causa C-53/96, Hermès (Racc. pag. I-3603, punto 32).

19 — V., a tal riguardo, anche le mie conclusioni del 13 luglio 2006 nella causa Confederación Española de Empresarios de Estaciones de Servicio (citata alla nota 17, paragrafo 21 e seguenti).

20 — Regolamento del Consiglio 16 dicembre 2002, n. 1/2003, concernente l'applicazione delle regole di concorrenza di cui agli artt. 81 e 82 del Trattato (GU L 1, pag. 1; in prosieguo: il regolamento n. 1/2003). Con questo regolamento sono state ammoderate le norme relative all'applicazione degli artt. 81 CE e 82 CE, e il coinvolgimento delle autorità e dei giudici nazionali nell'applicazione delle norme comunitarie in materia di concorrenza è stato rafforzato. V., ad esempio, il sesto, il settimo ed il quindicesimo 'considerando' del regolamento n. 1/2003, nonché i suoi artt. 5 e 6.

21 — Regolamento (CEE) del Consiglio 6 febbraio 1962, n. 17: primo regolamento di applicazione degli artt. 85 e 86 del Trattato (GU n. 13, pag. 204).

pronuncia pregiudiziale. Per vari motivi non ritiene pertinente nel caso di specie la giurisprudenza Dzodzi.

2. Le eccezioni di irricevibilità della Commissione

27. Premetto che nessuna delle obiezioni sollevate dalla Commissione mi convince. Quest'ultima si perde nei dettagli delle disposizioni italiane e dimentica così che in un procedimento di pronuncia pregiudiziale non è compito della Corte di giustizia interpretare norme di diritto nazionale²². Trascura anche il fatto che le questioni proposte dal giudice nazionale, nel contesto che esso definisce sotto la propria responsabilità sia in diritto sia in fatto e della cui esattezza non spetta alla Corte giudicare, godono di una presunzione di rilevanza²³. Se le questioni sollevate riguardano l'interpretazione del diritto comunitario, la Corte di giustizia, in linea di principio, è tenuta a statuire²⁴.

29. La Commissione solleva complessivamente quattro motivi di irricevibilità delle domande di pronuncia pregiudiziale del Consiglio di Stato. Ritiene, in primo luogo, che le disposizioni di diritto italiano applicabili non contengano alcun rinvio al diritto comunitario. In secondo luogo, deduce che un eventuale rinvio non sarebbe comunque incondizionato e vincolante. In terzo luogo, la Commissione non ravvisa alcun interesse all'interpretazione del diritto comunitario. In quarto luogo, fa valere l'assenza di precetti di diritto comunitario.

28. Di seguito procederò ad analizzare singolarmente le obiezioni sollevate dalla Commissione.

a) Primo motivo di irricevibilità: mancanza di qualsiasi rinvio al diritto comunitario

22 — Costante giurisprudenza: v., tra le altre, in particolare, le sentenze 10 gennaio 2006, causa C-222/04, Cassa di Risparmio di Firenze (Racc. pag. I-289, punto 63), e 13 luglio 2006, cause riunite da C-295/04 a C-298/04, Manfredi (Racc. pag. I-6619, punto 70).

23 — Sentenze Salzmann (citata alla nota 18, punto 31); 1° dicembre 2005, causa C-213/04, Burtscher (Racc. pag. I-10309, punto 35), e 7 giugno 2007, cause riunite da C-222/05 a C-225/05, Van der Weerd e a. (Racc. pag. I-4233, punto 22).

24 — Costante giurisprudenza, v., tra le altre, sentenze 15 dicembre 1995, causa C-415/93, Bosman (Racc. pag. I-4921, punto 59), Dzodzi (già citata alla nota 17, punto 35), 23 novembre 2006, causa C-238/05, Asnef-Equifax (Racc. pag. I-11125, punto 15), e Confederación Española de Empresarios de Estaciones de Servicio (già citata alla nota 17, punto 17).

30. Con il primo motivo di irricevibilità, la Commissione contesta che il diritto italiano faccia, per casi come quelli qui in esame, un qualche rinvio al diritto comunitario. Solo il titolo I della legge 287/1990 andrebbe interpretato conformemente a tale diritto. Nella presente fattispecie non sarebbero affatto pertinenti le disposizioni sostanziali del detto titolo I, bensì le disposizioni sanzionatorie di cui al titolo II e al titolo VI della legge 287/1990, dal momento che si

tratterebbe esclusivamente di «ascrivibilità della sanzione» a una concreta persona fisica o giuridica. Sotto tale aspetto il diritto italiano non si ispirerebbe assolutamente al diritto comunitario. Soltanto il diritto nazionale sarebbe pertanto decisivo per dirimere la controversia.

31. Tale argomento non mi convince. A differenza di quanto la Commissione sembra voler affermare, non mi pare affatto ovvio che l'imputazione di comportamenti anti-concorrenziali nei casi di successione di imprese debba ascriversi esclusivamente al settore delle *norme sanzionatorie* e debba essere valutata in modo tale da prescindere del tutto dalle *norme di diritto sostanziale in materia di concorrenza*, come pure dal concetto di impresa. La Corte di giustizia, infatti, procede ad esaminare la questione della imputazione di comportamenti anti-concorrenziali non solo nel contesto delle pertinenti disposizioni sulle sanzioni (art. 15 del regolamento n. 17 e, ormai, art. 23 del regolamento n. 1/2003), ma anche nell'ambito delle disposizioni di diritto sostanziale di cui all'art. 81 CE²⁵, dove gioca, non da ultimo, un ruolo importante il criterio della continuità economica e dell'identità delle imprese²⁶.

32. Se il Consiglio di Stato, nell'ambito delle norme nazionali italiane in materia di concorrenza, ha ora l'intenzione di percorrere un'analogia strada, la Corte di giustizia non può ignorarlo considerandolo irrilevante, a meno che non voglia porsi in contrasto con la sua stessa giurisprudenza.

33. Certo, la Corte di giustizia potrebbe senz'altro dichiarare la domanda di pronuncia pregiudiziale del Consiglio di Stato irricevibile, qualora fosse manifesto che l'interpretazione del diritto comunitario richiesta non ha alcuna relazione con l'effettività o con l'oggetto della controversia di cui alla causa principale²⁷. Dovesse pertanto essere accertato che il diritto italiano non fosse orientato sul diritto comunitario per casi come quello di cui alla presente fattispecie, le questioni sottoposte alla Corte di giustizia per l'interpretazione del diritto comunitario dovrebbero essere allora respinte in quanto irricevibili per irrilevanza ai fini della decisione²⁸.

34. Tuttavia, nella presente fattispecie, ciò non si verifica affatto. Il Consiglio di Stato, nell'ordinanza di rinvio, ritiene che il titolo I della legge 287/1990, con il suo rinvio al diritto comunitario, sia determinante ai fini

25 — Il nesso tra l'art. 81 CE (già art. 85 del Trattato CE) e la questione dell'imputazione è particolarmente chiaro nelle sentenze 28 marzo 1984, cause riunite 29/83 e 30/83, C RAM e Rheinink/Commissione (Racc. pag. 1679, punto 9), e 7 gennaio 2004, cause riunite C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P e C-219/00 P, Aalborg Portland e a./Commissione (Racc. pag. I-123, punto 59).

26 — Sentenze C RAM e Rheinink/Commissione (già citata alla nota 25, punto 9), come pure 8 luglio 1999, causa C-49/92, Commissione/Anic Partecipazioni (Racc. pag. I-4125, punto 145).

27 — Per costante giurisprudenza si vedano, tra le altre, le sentenze Bosman (già citata alla nota 24, punti 59 e 61), 10 gennaio 2006, causa C-344/04, IATA e ELFAA (Racc. pag. I-403, punto 24), Asnef-Equifax (già citata alla nota 24, punto 17) e Confederación Española de Empresarios de Estaciones de Servicio (già citata alla nota 17, punto 17).

28 — V., nello stesso senso, le sentenze citate alla nota 17, Dzodzi (punto 40), Gmurzynska-Bscher (punto 23), Leur-Bloem (punto 26), Giloy (punto 22) e Kofisa Italia (punto 22).

della soluzione della controversia di cui alla causa a qua²⁹. Solo questa constatazione relativa all'ambito giuridico nazionale è vincolante per la Corte di giustizia nel contesto del procedimento di pronuncia pregiudiziale.

35. Come già osservato, non spetta alla Corte pronunciarsi, nell'ambito di un rinvio pregiudiziale, sull'interpretazione delle disposizioni nazionali, né giudicare se l'interpretazione fornita dal giudice del rinvio è corretta³⁰. In particolare, in un caso come quello qui in esame, spetta soltanto al giudice a quo determinare l'esatta portata di un rinvio operato dal diritto nazionale al diritto comunitario; la Corte di giustizia, nel risolvere le questioni sottoposte dai giudici nazionali, non può tener conto del sistema generale delle disposizioni di diritto interno le quali, nel rinviare al diritto comunitario, determinano l'ampiezza del rinvio³¹.

36. Il primo motivo di irricevibilità sollevato dalla Commissione non sortisce pertanto esito fruttuoso.

b) Secondo motivo di irricevibilità: assenza di un rinvio incondizionato e vincolante al diritto comunitario

37. Con il secondo motivo di irricevibilità, la Commissione sostiene che il rinvio al diritto comunitario di cui all'art. 1, n. 4, della legge 287/1990, quand'anche fosse applicabile, non sarebbe diretto e incondizionato; inoltre l'interpretazione del diritto comunitario da parte della Corte non sarebbe vincolante per i giudici nazionali. Come nella causa Kleinwort Benson³², la domanda di pronuncia pregiudiziale nella presente fattispecie sarebbe pertanto irricevibile.

38. Neanche questo argomento convince.

39. Anche nell'ottica della sentenza Kleinwort Benson è infatti determinante se il legislatore nazionale ponga una differenza tra le situazioni puramente interne e quelle relative al diritto comunitario, ovvero intenda trattare entrambi i tipi di situazione allo stesso modo e pertanto si orienti per entrambi sul diritto comunitario³³. A questo proposito è irrilevante se la normativa

29 — Nel corso della fase orale del procedimento la Philip Morris, «ad integrandum», ha fatto rinvio alla sentenza del Consiglio di Stato 2 marzo 2001, n. 1189 (in particolare ai punti 4 e seguenti), secondo cui il giudice del rinvio stesso ai fini delle disposizioni sulle sanzioni si orienta sul diritto comunitario come pure sulla giurisprudenza della Corte.

30 — Sentenze 3 ottobre 2000, causa C-58/98, Corsten (Racc. pag. I-7919, punto 24), 29 aprile 2004, cause riunite C-482/01 e C-493/01, Orfanopoulos e Oliveri (Racc. pag. I-5257, punto 42), e 12 gennaio 2006, causa C-246/04, Turn- und Sportunion Waldburg (Racc. pag. I-589, punto 21).

31 — Sentenza Dzodzi (punti 41 e 42) e Leur-Bloem (punto 33), entrambe citate alla nota 17.

32 — Sentenza 28 marzo 1995, causa C-346/93, Kleinwort Benson (Racc. pag. I-615).

33 — V., in questo senso, le considerazioni relative alla causa Kleinwort Benson contenute nelle successive sentenze, in particolare Leur-Bloem (punto 29 in fine e 31), Giloy (punto 25 in fine e 27) e Confederación Española de Empresarios de Estaciones de Servicio (punto 21 in fine e 22), ciascuna citata nella nota 17. Sulle medesime considerazioni è basata la sentenza Poseidon Chartering (citata alla nota 17, punto 17).

nazionale faccia rinvio al diritto comunitario espressamente o soltanto implicitamente; risulta decisivo, piuttosto, l'*allineamento del contenuto* al diritto comunitario³⁴.

diritto europeo, ma non conteneva alcun rinvio diretto ed incondizionato ad esso, ed anzi prevedeva espressamente la possibilità di discostarsene, come pure di adottare modifiche «destinate a produrre divergenze»³⁵.

40. Il legislatore italiano non ha posto, a quanto pare, alcuna differenza tra le situazioni puramente interne e quelle relative al diritto comunitario. In entrambi i casi trova anzi applicazione il rinvio al diritto comunitario ai sensi dell'art. 1, n. 4, della legge 287/1990. Già questo elemento depone per la ricevibilità delle questioni pregiudiziali del Consiglio di Stato ai sensi della giurisprudenza Dzodzi, compresa la sentenza Kleinwort Benson.

41. Contrariamente a quanto sostenuto dalla Commissione, la presente fattispecie, per il resto, non è in alcun modo comparabile alla causa Kleinwort Benson.

42. Da un lato, nella causa Kleinwort Benson il legislatore nazionale si limitava a prendere parzialmente a modello il diritto europeo (si trattava della Convenzione di Bruxelles) riproducendone solo parzialmente i contenuti. La normativa nazionale si ispirava al

43. Nulla di simile è dato ravvisare nella presente fattispecie con riferimento all'art. 1, n. 4, della legge 287/1990. Tale disposizione contiene invece un espresso rinvio ai «principi dell'ordinamento delle Comunità europee in materia di disciplina della concorrenza». Né dalla formulazione di detta disposizione, né dall'ordinanza di rinvio, né dagli atti è dato comunque dedurre che siffatto rinvio al diritto comunitario sia subordinato ad una qualche condizione.

44. Dall'altro lato, i giudici nazionali, sulla base delle disposizioni nazionali applicabili nella causa Kleinwort Benson, nel caso di situazioni interne dovevano solamente «tener(...) conto» della giurisprudenza della Corte di giustizia, senza però essere ad essa vincolati³⁶.

34 — Di particolare significato in questo senso è la sentenza BIAO (già citata alla nota 17, punti 92 e 93).

35 — Sentenza Kleinwort Benson (già citata alla nota 32, punti 9 e 10 nonché 16-18). Tali aspetti della sentenza Kleinwort Benson vengono sottolineati dalla Corte di giustizia anche successivamente, come nella sentenza Leur-Bloem (punto 29), Giloy (punto 25), Kofisa Italia (punto 30), BIAO (punto 93) e Confederación Española de Empresarios de Estaciones de Servicio (punto 21), ciascuna citata nella nota 17.

36 — Sentenza Kleinwort Benson (già citata alla nota 32, punti 10 e 20-23). Tali aspetti della sentenza Kleinwort Benson vengono sottolineati dalla Corte anche successivamente, come nella sentenza Leur-Bloem (punto 29) e Giloy (punto 25), ciascuna di esse citate alla nota 17.

45. Contrariamente all'opinione della Commissione, nella presente fattispecie non è dato parlare di tale mancanza di vincolo per i giudici nazionali: l'interpretazione delle disposizioni contenute nel titolo I della legge 287/1990 «è effettuata in base ai principi dell'ordinamento delle Comunità europee in materia di disciplina della concorrenza» (art. 1, n. 4, della legge 287/1990). Né dal tenore di detta disposizione, né dall'ordinanza di rinvio, né dagli atti è dato desumere che nell'ambito di siffatta interpretazione la giurisprudenza della Corte di giustizia non sia vincolante³⁷.

46. La stessa Commissione non fornisce alcun giustificativo a sostegno del suo assunto secondo cui, da un lato, il diritto comunitario sarebbe, per chi in Italia è chiamato ad applicare la legge, solo uno tra i tanti elementi di interpretazione delle pertinenti norme nazionali, senza essere però decisivo, e dall'altro, i giudici italiani non sarebbero obbligati per legge a trasporre nel diritto nazionale la giurisprudenza della Corte di giustizia. Tutte le altre parti nel procedimento hanno sottolineato, nel corso della trattazione orale, che i giudici italiani, in un caso come quello qui in esame, sarebbero vincolati alla giurisprudenza della Corte di giustizia.

47. In ogni caso, dovrebbe essere decisivo capire se la soluzione della questione pregiudiziale *possa essere utile* al giudice a quo o no. Infatti, il procedimento di rinvio pregiudiziale ai sensi dell'art. 234 CE costituisce uno strumento di cooperazione giudiziaria,

grazie al quale la Corte fornisce ai giudici nazionali gli elementi d'interpretazione del diritto comunitario che possono essere loro utili per valutare gli effetti di una disposizione di diritto nazionale rilevante nell'ambito della controversia sulla quale essi sono chiamati a pronunciarsi³⁸. Relativamente a tale utilità, il giudice del rinvio gode di un margine di discrezionalità³⁹.

48. Sulla base di tutto quanto sopra considerato, anche il secondo motivo di irricevibilità dedotto dalla Commissione risulta inconferente.

c) Terzo motivo di irricevibilità: assenza di interesse all'interpretazione del diritto comunitario

49. Con il terzo motivo di irricevibilità, la Commissione deduce che nel caso di specie — a differenza delle cause Bronner⁴⁰ e Asnef-Equifax⁴¹ — non sussiste alcun interesse a che sia interpretato il diritto comunitario, poiché questo non può trovare fin dal principio applicazione parallela con il diritto nazionale.

37 — In analoghe circostanze, la Corte di giustizia ha negato un parallelo con la causa Kleinwort Benson. Ad esempio nelle sentenze Kofisa Italia (punto 31) e Poseidon Chartering (punto 18), ciascuna citata alla nota 17.

38 — Sentenze Salzmann (citata alla nota 18, punto 28) e 4 dicembre 2003, causa C-448/01, EVN und Wienstrom (Racc. pag. I-14527, punto 77).

39 — In questo senso la costante giurisprudenza relativa alla rilevanza delle questioni pregiudiziali ai fini della decisione; tra altre, sentenze Bosman (citata alla nota 24, punto 59), EVN e Wienstrom (citata alla nota 38, punto 74), Asnef-Equifax (citata alla nota 24, punto 15) e Confederación Española de Empresarios de Estaciones de Servicio (citata alla nota 17, punto 16).

40 — Sentenza 26 novembre 1998, causa C-7/97, Bronner (Racc. pag. I-7791).

41 — V. sentenza citata alla nota 24.

50. Neppure questo argomento è convincente. La Commissione omette di considerare che la giurisprudenza Dzodzi non si limita soltanto a quei casi nei quali il diritto comunitario e il diritto nazionale possono essere, se del caso, contemporaneamente pertinenti.

51. Certo, il diritto della concorrenza è caratterizzato dal fatto che non di rado ad una stessa situazione possono essere al contempo applicabili sia disposizioni nazionali sia disposizioni di diritto comunitario⁴². Questa ipotesi si verifica sempre quando i rispettivi ambiti d'applicazione del diritto nazionale e del diritto comunitario in materia di intese si intersecano, vale a dire quando gli accordi tra imprese ricadono non solo sotto il diritto nazionale della concorrenza, ma anche sotto l'art. 81 CE, in particolare perché possono pregiudicare il commercio tra Stati membri ai sensi di detta disposizione. Già prima dell'entrata in vigore del regolamento n. 1/2003, in siffatti casi l'interesse all'interpretazione e all'applicazione unitaria del diritto comunitario era particolarmente evidente⁴³.

52. Tuttavia, da ciò non consegue assolutamente che solo in caso di applicazione parallela delle disposizioni di diritto nazionale e comunitario sussista un interesse alla soluzione delle domande di pronuncia pregiudiziale ai sensi della giurisprudenza Dzodzi. Ben al contrario, detta giurisprudenza fino ad ora ha riguardato prevalentemente casi nei quali non si entrava neanche nel campo di applicazione del diritto comunitario in quanto tale, cosicché un'applicazione parallela del diritto comunitario e del diritto nazionale non poteva assolutamente venire in considerazione⁴⁴.

53. Anche nel diritto in materia di concorrenza l'interesse ad un'interpretazione ed applicazione uniformi del diritto comunitario non si limita a quei casi in cui il diritto comunitario e nazionale trovano applicazione parallela, in quanto sono coinvolti gli ambiti di applicazione di entrambi. Anzi, la legislazione di molti Stati membri si orienta, *anche per questioni di rilievo puramente interno*, che rientrano esclusivamente nel campo di applicazione del diritto nazionale in materia di concorrenza, alle corrispondenti disposizioni del diritto comunitario, di modo che questo trova ivi *applicazione indiretta*. È dato di osservare tale tendenza non solo dall'entrata in vigore del regolamento n. 1/2003, non ancora applicabile nel caso in esame. Le disposizioni del diritto italiano in materia di concorrenza qui in

42 — Sentenza 13 febbraio 1969, causa 14/68, Walt Wilhelm (Racc. pag. 1, punto 3); nello stesso senso sentenze 10 luglio 1980, cause riunite 253/78 e 1/79-3/79, Giry e Guerlain (Racc. pag. 2327, punto 15), e 16 luglio 1992, causa C-67/91, Asociación Española de Banca Privada e a. (Racc. pag. I-4785, punto 11), Bronner (citata alla nota 40, punto 19) e Asnef-Equifax (citata alla nota 24, punto 20).

43 — Dall'entrata in vigore del regolamento n. 1/2003 è addirittura espressamente vietata alle autorità nazionali in materia di concorrenza e ai giudici un'isolata applicazione del loro diritto nazionale in materia di concorrenza se il caso rientra contemporaneamente anche nell'ambito di applicazione dell'art. 81 CE. D'ora innanzi, secondo il regolamento n. 1/2003, a siffatti casi deve anzi essere applicato, parallelamente al diritto nazionale in materia di concorrenza, anche l'art. 81 CE (art. 3, n. 1, del regolamento) tenendo conto del sovraordinato rango del diritto comunitario (v., in questo senso, art. 3, n. 2, prima frase, del regolamento).

44 — Ciò risulta particolarmente evidente in sentenze come Leur-Bloem (punto 27), Giloy (punto 23), BIAO (punto 90), Feron (punto 10) e Poseidon Chartering (punto 17), tutte citate alla nota 17; e ancora nella sentenza Andersen e Jensen (citata alla nota 18, punti 16 e 19).

esame, emanate già nel 1990, mostrano, davvero, che già molto prima veniva operato un siffatto allineamento, per quanto riguarda il contenuto, al diritto comunitario.

indirettamente mediante un rinvio contenuto nella normativa nazionale⁴⁶.

54. Il diritto comunitario in materia di concorrenza, sia che trovi applicazione *parallela* al diritto nazionale in materia di concorrenza, sia che diventi *indirettamente* rilevante per le situazioni giuridiche puramente interne semplicemente tramite un rinvio contenuto nella normativa nazionale sulla concorrenza, dovrebbe comunque essere interpretato e applicato in modo uniforme, al fine di assicurare nella più ampia misura possibile la certezza del diritto e analoghe condizioni di concorrenza a tutti gli operatori economici ai quali il diritto comunitario trova applicazione diretta o indiretta. Garantire questo risultato nelle fattispecie rientranti nella normativa in materia di concorrenza è uno degli obiettivi principali dei procedimenti di pronuncia pregiudiziale ai sensi dell'art. 234 CE.

55. Di conseguenza la Corte di giustizia, nelle fattispecie in materia di concorrenza, considera ricevibili le domande di pronuncia pregiudiziale non solo quando appare possibile un'applicazione parallela del diritto comunitario in materia di concorrenza e del diritto nazionale sulla concorrenza⁴⁵, ma anche quando trova applicazione soltanto il diritto nazionale e la normativa comunitaria in materia di concorrenza assume rilievo solo

56. Neppure il terzo motivo di irricevibilità sollevato dalla Commissione sortisce pertanto effetto.

d) Quarto motivo di irricevibilità: assenza di precetti di diritto comunitario

57. Il quarto e ultimo motivo di irricevibilità della Commissione è fondato sull'art. 5 del regolamento n. 1/2003, più esattamente sul suo quarto trattino. In base a tale disposizione, risulta che le autorità nazionali garanti della concorrenza, nei procedimenti per comportamenti anticoncorrenziali, *applicano solo le sanzioni previste nei loro rispettivi diritti nazionali*, e questo anche quando applicano il diritto comunitario (art. 81 CE). Da ciò la Commissione deduce che il diritto comunitario, per un caso quale quello in esame, in cui si tratta solo di «ascrivibilità della sanzione», non stabilisce alcun precetto. Non vi sarebbe pertanto alcun interesse alla sua interpretazione.

45 — Sentenze Bronner (citata alla nota 40, punti 18-20) e Asnef-Equifax (citata alla nota 24, punti 19-21).

46 — Sentenza Confederación Española de Empresarios de Estaciones de Servicio (citata alla nota 17, in particolare punti 19-22).

58. Siffatto punto di vista non è convincente. Infatti, come già considerato ⁴⁷, non è affatto ovvio che l'imputazione del comportamento anticoncorrenziale in casi di successione di imprese debba ascriversi soltanto all'ambito delle *disposizioni sanzionatorie*, né che essa debba essere valutata in modo del tutto distinto *dalle norme sostanziali in materia di concorrenza*.

59. A tal riguardo, non si tratta tanto della questione se possano trovare applicazione sanzioni penali o amministrative e se siffatte sanzioni, se del caso, possano essere inflitte a persone fisiche, come gli amministratori delle imprese che hanno preso parte all'impresa; si tratta piuttosto di chiarire se un'impresa possa essere dichiarata responsabile per un comportamento anticoncorrenziale in cui è incorsa in un determinato periodo un'altra impresa. A differenza di quanto ritenuto dalla Commissione, questo problema non si limita alla semplice «imputazione della sanzione», ma piuttosto *all'imputazione del comportamento anticoncorrenziale* nel suo complesso. Di conseguenza, la Corte di giustizia valuta tale questione non esclusivamente nel contesto delle disposizioni sanzionatorie, bensì anche in quello delle disposizioni di diritto sostanziale di cui all'art. 81 CE ⁴⁸.

60. Il quarto trattino dell'art. 5 del regolamento n. 1/2003 fornisce però soltanto

indicazioni circa le *disposizioni sanzionatorie* che un'autorità nazionale può applicare in un procedimento in materia di concorrenza per il quale è stata adita. Di conseguenza, da tale disposizione non si desume alcuna chiara indicazione per la soluzione della questione qui rilevante, relativa all'*imputazione di un comportamento anticoncorrenziale* in caso di successione di imprese.

61. Anche il quarto motivo di irricevibilità della Commissione va pertanto respinto.

3. Osservazioni conclusive sulla ricevibilità

62. Solo per ragioni di completezza, va ancora notato che anche dalla sentenza Ynos ⁴⁹ non risulta nulla che osti all'applicazione della giurisprudenza Dzodzi nella presente fattispecie.

63. Nella causa Ynos, la Corte di giustizia non si è discostata dalla giurisprudenza Dzodzi. Essa ha ivi piuttosto negato la propria competenza a risolvere una domanda di pronuncia pregiudiziale perché i fatti oggetto di quel procedimento si erano verificati ancora prima dell'adesione dello Stato membro interessato all'Unione europea e quindi *si ponevano al di fuori*

47 — V., a tal riguardo, le considerazioni al primo motivo di irricevibilità della Commissione, in particolare il paragrafo 31 di queste conclusioni.

48 — V., ancora, il paragrafo 31 di queste conclusioni come pure le sentenze CRAM e Rheinink/Commissione (punto 9) e Aalborg Portland e a./Commissione (punto 59), citate alla nota 25.

49 — Sentenza 10 gennaio 2006, causa C-302/04, Ynos (Racc. pag. I-371).

dell'ambito di applicazione *ratione temporis* del diritto comunitario⁵⁰. Solo a decorrere dalla data di adesione la Corte di giustizia considera sussistente la propria competenza ad interpretare il diritto comunitario per quanto attiene alla sua applicazione in un nuovo Stato membro⁵¹.

4. Conclusione provvisoria

64. Sulla base di quanto sopra considerato, giungo alla conclusione che la domanda di pronuncia pregiudiziale è ricevibile.

B — Valutazione del merito delle questioni pregiudiziali

65. Con le due questioni, il giudice a quo vuole in sostanza sapere in base a quali circostanze il diritto comunitario consente di imputare un comportamento anticoncorrenziale al successore nel mercato di colui che ha preso parte all'intesa⁵² (prima questione)

e se le autorità garanti della concorrenza abbiano eventualmente un potere discrezionale nell'ambito di siffatta imputazione (seconda questione).

66. La soluzione della causa a qua dipende dalla circostanza se l'Autorità Garante abbia giustamente imputato alla ETI la partecipazione all'intesa dell'AAMS o se invece l'AAMS e l'ETI avrebbero dovuto essere dichiarate responsabili separatamente e solo per la durata delle rispettive partecipazioni all'intesa. Mentre il governo italiano si pronuncia per l'imputazione alla ETI, la stessa ETI, come pure la Philip Morris e la Commissione, esprimono un punto di vista opposto.

1. I criteri per l'imputazione di un comportamento anticoncorrenziale (prima questione)

67. La prima questione del Consiglio di Stato verte sui criteri per l'imputazione di un comportamento anticoncorrenziale nel caso di successione di imprese.

68. Il problema principale dell'imputazione di un comportamento anticoncorrenziale trova le sue radici nel fatto che i destinatari delle norme in materia di concorrenza e i destinatari delle decisioni delle autorità garanti della concorrenza non sono necessariamente identici.

50 — Sentenza Ynos (già citata alla nota 49, punto 37).

51 — Sentenza Ynos (già citata alla nota 49, punto 36).

52 — Il problema correlato dell'imputazione di un comportamento anticoncorrenziale nell'ambito di un gruppo di società, come ad esempio tra la società affiliata e la società capogruppo, non è oggetto della presente specie e pertanto non viene trattato in modo dettagliato in prosieguo. Non riguarda la presente fattispecie neppure la questione se e in base a quali circostanze il successore nel mercato debba rispondere dei debiti sorti da un'ammenda che è stata inflitta ancora al suo predecessore.

69. Mentre, infatti, le norme in materia di concorrenza si rivolgono alle *imprese* e, indipendentemente dalla loro organizzazione e forma giuridica, sono ad esse immediatamente applicabili, le decisioni delle autorità garanti della concorrenza intese a reprimere violazioni alle norme di concorrenza possono essere rivolte solo a *persone*, non da ultimo perché siffatte decisioni, se del caso, debbono essere eseguite⁵³. Pertanto, in tutti i casi in cui un'autorità garante della concorrenza punisce un comportamento anticoncorrenziale, si pone la questione circa l'imputazione di tale infrazione ad una concreta persona⁵⁴.

a) Responsabilità personale e continuità economica

70. Nella scelta dei criteri di imputazione occorre tener conto sia del carattere sanzionatorio della misura adottata, sia della ratio e dell'obiettivo di questa. Le misure servono per l'effettiva attuazione delle norme in materia di concorrenza al fine di garantire che questa non sia falsata [art. 3, n. 1, lett. g), CE]; pertanto, dette misure devono dissua-

dere gli operatori economici dal tenere comportamenti anticoncorrenziali⁵⁵.

— Il principio della responsabilità personale

71. Dal carattere sanzionatorio delle misure adottate dalle autorità garanti della concorrenza per punire comportamenti anticoncorrenziali — in particolare dalle ammende — consegue che si tratta di un settore quantomeno affine al diritto penale. Determinante per imputare comportamenti anticoncorrenziali è pertanto il *principio della responsabilità personale*⁵⁶ che, dal canto suo, trova fondamento nel principio dello stato di diritto e nel principio della colpevolezza⁵⁷. Responsabilità personale significa che un comportamento anticoncorrenziale, in linea di massima, dev'essere imputato a quelle

53 — Secondo l'art. 256, n. 1, CE, le decisioni della Commissione che importano un obbligo pecuniario costituiscono titolo esecutivo. Mentre nella versione tedesca del Trattato manca un chiaro riferimento, da molte altre versioni linguistiche consegue che deve trattarsi del carattere esecutivo di decisioni pronunciate nei confronti di persone fisiche o giuridiche; v., ad esempio, le «personnes» in francese, le «persone» in italiano, le «persons» in inglese, le «persoas» in portoghese, le «personas» in spagnolo come pure, particolarmente chiaro, nella versione olandese «natuurlijke of rechtspersonen».

54 — È particolarmente significativa a tal riguardo la sentenza 17 dicembre 1991, causa T-6/89, Enichem Anic/Commissione (Racc. pag. II-1623, punto 236); nello stesso senso sentenza Aalborg Portland e a./Commissione (già citata alla nota 25, punto 60).

55 — V., in proposito, già la sentenza 15 luglio 1970, causa 41/69, ACF Chemiefarma/Commissione (Racc. pag. 661, punto 173), secondo cui lo scopo della sanzione per comportamenti anticoncorrenziali è «di reprimere comportamenti illeciti, come pure di prevenire il loro ripetersi»; v. anche sentenza 7 giugno 2007, causa C-76/06 P, Britannia Alloys & Chemicals/Commissione (Racc. pag. I-4405, punto 22). Quanto all'obiettivo della prevenzione di future infrazioni mediante la dissuasione, si vedano, inoltre, le sentenze 29 giugno 2006, causa C-289/04 P, Showa Denko/Commissione, Racc. pag. I-5859, punto 61), e causa C-308/04 P, SGL Carbon/Commissione (Racc. pag. I-5977, punto 37).

56 — Sentenza Commissione/Anic Partecipazioni (citata alla nota 26, punto 145). Anche nell'ordinamento giuridico nazionale degli Stati membri, il principio della responsabilità personale costituisce di norma il punto di partenza per l'imputazione dei comportamenti anticoncorrenziali.

57 — V., a tal riguardo, anche le conclusioni dell'avvocato generale Ruiz-Jarabo Colomer presentate l'11 febbraio 2003 nella causa C-204/00 P, Aalborg Portland/Commissione (Racc. pag. I-123, I-133, in particolare paragrafi 63-65). Il principio della colpevolezza viene in considerazione ad esempio, anche nell'art. 23, n. 2, del regolamento n. 1/2003, a norma del quale comportamenti *intenzionali* o *negligenti* vengono puniti con un'ammenda.

persone, fisiche o giuridiche che gestiscono l'impresa che ha partecipato all'intesa⁵⁸. In altre parole, risponde il soggetto giuridico di tale impresa.

72. Con l'orientamento alla responsabilità personale, di regola, viene dato un contributo all'effettiva attuazione delle norme in materia di concorrenza e, allo stesso tempo, viene attribuita al gestore di un'impresa anche un'influenza determinante sul comportamento di quest'ultima sul mercato; tale gestore, sotto la pressione delle sanzioni inflitte, deve organizzare il suo comportamento ex novo, cosicché l'impresa, in futuro, agisca in modo conforme alle regole di concorrenza. Allo stesso tempo, la sanzione svolge una funzione generale preventiva, in quanto scoraggia anche altri operatori economici dal tenere comportamenti anticoncorrenziali.

73. In ragione di riorganizzazioni, alienazioni di imprese e altri cambiamenti, può ovviamente succedere che la persona che al momento in cui è stata inflitta la sanzione per il comportamento anticoncorrenziale gestisce un'impresa partecipante all'intesa non sia più la stessa che gestiva l'impresa all'epoca in cui l'infrazione è stata commessa. Quindi, dal principio della responsabilità personale consegue che un comportamento anticoncorrenziale deve essere imputato, in linea di principio, alla persona fisica o

giuridica che gestiva l'impresa al momento dell'infrazione (*il gestore originario*), anche se, al momento della decisione dell'autorità garante della concorrenza, il responsabile della gestione della detta impresa è un'altra persona (*nuovo gestore*)⁵⁹; qualora l'impresa abbia continuato nell'infrazione anche sotto la responsabilità del nuovo gestore, il comportamento anticoncorrenziale deve essere imputato al nuovo gestore solo dal momento in cui ha assunto la responsabilità dell'impresa⁶⁰.

— I rischi di un'applicazione eccessivamente formalistica del principio della responsabilità personale

74. Qualora, tuttavia, l'originario gestore dell'impresa non esista più, o non svolga più alcuna attività economica significativa, la sanzione per il comportamento anticoncorrenziale rischia di andare a vuoto. Una troppo formalistica applicazione del principio della responsabilità personale potrebbe quindi comportare che la ratio e la finalità delle sanzioni per comportamenti anticoncorrenziali, in particolare l'effettiva attuazione delle norme in materia di concorrenza, vengano eluse⁶¹. Inoltre, i gestori di imprese

58 — V., in questo senso, sentenze 16 novembre 2000, causa C-248/98 P, KNP BT/Commissione (Racc. pag. I-9641, punto 71), causa C-279/98 P, Cascades/Commissione (Racc. pag. I-9693, punto 78), causa C-286/98 P, Stora Kopparbergs Bergslags/Commissione (Racc. pag. I-9925, punto 37), e causa C-297/98 P, SCA Holding/Commissione (Racc. pag. I-10101, punto 27); v. altresì sentenza della Corte 14 maggio 1998, causa T-327/94, SCA Holding/Commissione (Racc. pag. II-1373, punto 63).

59 — V., a tal riguardo, ancora la giurisprudenza citata alla nota 58. Nello stesso senso sentenza Commissione/Anic Partecipazioni (citata alla nota 26, punto 145).

60 — V., in particolare, sentenza Cascades/Commissione (citata alla nota 58, punti 77-80).

61 — Il fatto che la Corte di giustizia presti a questa circostanza un particolare attenzione risulta nelle sentenze CRAM e Rheinink/Commissione (citata alla nota 25, punto 9), Commissione/Anic Partecipazioni (citata alla nota 26, punto 146, ultima frase) e Ålborg Portland e a./Commissione (citata alla nota 25, punto 59); v. anche le sentenze del Tribunale 11 marzo 1999, causa T-134/94, NMH Stahlwerke/Commissione (Racc. pag. II-239, punto 127), e 20 marzo 2002, causa T-9/99, HFB e a./Commissione (Racc. pag. II-1487, punti 106 e 107).

sarebbero incentivati a sottrarsi alla loro responsabilità di fronte alle norme in materia di concorrenza proprio mediante modifiche organizzative mirate.

— Il criterio della continuità economica

75. Ai fini di un'effettiva attuazione delle norme in materia di concorrenza può pertanto rivelarsi necessario che un comportamento anticoncorrenziale, *in via eccezionale*, venga imputato non già all'originario, bensì al nuovo gestore dell'impresa che ha partecipato all'intesa.

76. Una siffatta imputazione al nuovo gestore viene però in considerazione esclusivamente quando questi, sotto l'aspetto economico, possa essere effettivamente considerato successore del gestore originario⁶², quando cioè gestisce l'impresa che ha preso parte all'intesa⁶³ (*criterio della continuità economica*)⁶⁴.

62 — V., in questo senso, sentenza 16 dicembre 1975, cause riunite da 40/73 a 48/73, 50/73, da 54/73 a 56/73, 111/73, 113/73 e 114/73, Suiker Unie e a./Commissione (Racc. pag. 1663, punto 84).

63 — V., in questo senso, sentenze CRAM e Rheinink/Commissione (punto 9) e Aalborg Portland e a./Commissione (punto 59), citate alla nota 25.

64 — Sentenze Commissione/Anic Partecipazioni (citata alla nota 26, punto 145) e Aalborg Portland e a./Commissione (citata alla nota 25, punto 359).

77. Oltre a ciò debbono sussistere particolari circostanze che giustificino la deroga al principio della responsabilità personale. A tal riguardo, nella giurisprudenza sono venute a crearsi in sostanza due casistiche.

78. In primo luogo, il criterio della continuità economica trova applicazione in caso di cambiamenti che riguardano soltanto il gestore dell'impresa che ha preso parte all'intesa e dai quali consegue che il predetto abbia cessato di esistere giuridicamente⁶⁵. In tal modo, la considerazione della continuità economica assicura che le persone giuridiche non si sottraggano alle loro responsabilità in materia di concorrenza mediante una mera modifica della loro forma giuridica o denominazione⁶⁶. Altrettanto deve valere in caso di fusione, dove l'originaria persona giuridica responsabile della gestione dell'impresa che ha preso parte all'intesa rinuncia alla propria personalità giuridica per trasmetterla ad un'altra persona giuridica, la quale le subentra come successore giuridico.

79. In secondo luogo, la giurisprudenza relativa al criterio della continuità economica trova applicazione anche alle ristrutturazioni nell'ambito di un gruppo di imprese, dove l'originario gestore non cessa necessariamente di esistere giuridicamente, ma non svolge più alcuna attività economica signifi-

65 — Sentenza Commissione/Anic Partecipazioni (citata alla nota 26, punto 145).

66 — V., in tal senso, sentenze CRAM e Rheinink/Commissione (punto 9) e Aalborg Portland e a./Commissione (punto 59), citate alla nota 25.

cativa neanche su un mercato diverso da quello interessato dall'intesa⁶⁷. Qualora, infatti, tra l'originario e il nuovo gestore dell'impresa che ha preso parte all'intesa sussista un nesso strutturale⁶⁸, gli interessati potrebbero sottrarsi alla loro responsabilità in materia di concorrenza grazie alle possibilità di configurazioni giuridiche loro consentite, a prescindere dal fatto che ciò sia avvenuto intenzionalmente o no. In tal modo l'originario gestore dell'impresa potrebbe, a seguito di una ristrutturazione interna del gruppo, ridursi ad una «scatola vuota». Una sanzione inflittagli per violazione delle norme di concorrenza sarebbe pertanto priva d'effetto⁶⁹.

zione all'intesa⁷⁰ e, dall'altro lato, che anche la sanzione in quanto tale non resti priva di effetti, poiché solo il nuovo gestore può agire in modo tale che l'impresa in futuro si comporti in modo conforme alle regole di concorrenza. La sanzione difetterebbe di un analogo effetto se fosse inflitta all'originario gestore dell'impresa, non più economicamente attivo. Anche l'effetto generale preventivo e dissuasivo sugli altri operatori economici verrebbe ad essere quantomeno inferiore.

— I limiti dell'applicazione del criterio della continuità economica

80. Solo imputando il comportamento anti-concorrenziale al nuovo gestore dell'impresa è possibile assicurare, nella detta casistica, che, da un lato, venga chiamata a rispondere quella persona che ha tratto vantaggio da eventuali profitti e aumenti di valore dell'impresa in conseguenza della partici-

81. Tuttavia, il principio della responsabilità personale non può essere rimosso in nome della continuità economica e in pratica trasformato nel suo contrario. Il criterio della continuità economica non deve infatti sostituire il principio della responsabilità personale, ma semplicemente integrarlo, nella misura in cui ciò si rende necessario per punire il comportamento anticoncorrenziale in modo proporzionato alla responsabilità, nonché efficace, e contribuire in

67 — V., in questo senso, sentenza *Aalborg Portland e a./Commissione* (citata alla nota 25, punto 359); l'inapplicabilità del criterio della continuità economica viene sottolineata nel caso di «due imprese esistenti ed operative, una delle quali aveva semplicemente ceduto all'altra una certa parte delle sue attività»; analogamente la sentenza *NMH Stahlwerke/Commissione* (citata alla nota 61, punti 127-137).

68 — Circa il significato del «nesso strutturale», v. sentenza *Aalborg Portland e a./Commissione* (citata alla nota 25, punto 359, letto congiuntamente col punto 344). In detto caso, la Corte di giustizia ha ritenuto che una partecipazione del 50% del gestore originario dell'impresa che ha preso parte al cartello nel nuovo gestore sia sufficiente per ritenere tra i due l'esistenza di un «nesso strutturale».

69 — Si deve, in particolare, tenere presente che nel calcolo dell'ammenda il fatturato delle imprese gioca un ruolo decisivo (v., ad esempio, art. 23, n. 2, del regolamento n. 1/2003). Se l'impresa non sviluppa un fatturato apprezzabile, non può essere applicata nei suoi confronti alcuna effettiva ammenda.

70 — Secondo la giurisprudenza, il profitto che un'impresa ha potuto trarre dalla sua condotta anticoncorrenziale fa parte dei fattori che possono entrare nella valutazione della gravità dell'infrazione e la presa in considerazione di tale elemento mira a garantire il carattere dissuasivo dell'ammenda (v. sentenza 28 giugno 2005, cause riunite C-189/02 P, C-202/02 P, da C-205/02 P a C-208/02 P e C-213/02 P, *Dansk Rørindustri e a./Commissione*, Racc. pag. I-5425, punti 260 e 292).

questo modo alla effettiva attuazione delle norme in materia di concorrenza. Di conseguenza il ricorso al criterio della continuità economica deve avere carattere eccezionale.

82. Ciò non esclude che nuove casistiche possano aggiungersi alle due già menzionate⁷¹. Tuttavia, all'applicazione del criterio della continuità economica vengono posti limiti particolarmente rigorosi qualora l'impresa che ha preso parte all'intesa venga venduta ad un terzo indipendente e tra il gestore originario e il nuovo non sussista alcun nesso strutturale. In tal caso, il ricorso al criterio della continuità economica, e quindi anche l'imputazione del comportamento anticoncorrenziale al nuovo gestore, può esser consentito solo se l'impresa gli è stata trasferita *fraudolentemente*, cioè con l'intenzione di eludere le sanzioni previste dalle norme in materia di concorrenza⁷².

83. Qualora, per contro, l'elemento costituito da un siffatto abuso faccia difetto e l'impresa sia stata acquisita dal terzo indipendente alle condizioni di mercato, non si dovrebbe far ricorso al criterio della continuità economica. In tal caso, infatti, ai fini dell'effettiva attuazione delle norme in materia di concorrenza non è necessariamente richiesta una deroga al principio della responsabilità personale. La sanzione per le

infrazioni al diritto della concorrenza, di norma, può produrre i suoi effetti anche nei confronti dell'originario gestore dell'impresa.

84. Per di più, nel caso di un'alienazione alle condizioni di mercato, non per forza soltanto il nuovo gestore beneficia di eventuali profitti e aumenti di valore dell'impresa dovuti alla partecipazione di questa all'intesa. Ciò dipende piuttosto dagli accordi contrattuali tra il venditore e l'acquirente, in particolare dalla circostanza che siano state o no prese in considerazione, ai fini della riduzione del prezzo, le incumbenti ammende per il comportamento anticoncorrenziale

b) Particolarità della presente fattispecie

85. Sebbene la Corte di giustizia non sia chiamata a valutare anche i fatti oggetto della causa a qua, essa può però fornire al giudice del rinvio, in considerazione delle particolarità di tali fatti, tutti gli elementi utili che possano facilitarli la soluzione della causa a qua. In tale contesto si deve rilevare quanto segue.

86. Il caso in esame si contraddistingue in quanto lo Stato italiano, tramite la propria azienda AAMS, operava dapprima in due settori, da un lato in quello dei giochi

71 — V. supra, paragrafi 78 e 79.

72 — V., in questo senso, sentenze Commissione/Anic Partecipazioni (citata alla nota 26, punti 145 e 146, ultima frase) e HFB/Commissione (già citata alla nota 61, punto 107); v. ancora conclusioni dell'avv. generale Ruiz-Jarabo Colomer presentate nella causa C-204/00 P (citata alla nota 57, nn. 66 e 67).

d'azzardo e delle lotterie e, dall'altro, in quello dei tabacchi. Solo uno di questi due settori, ossia la produzione e il commercio di tabacchi, veniva in seguito trasmesso dallo Stato ad un suo ente economico pubblico all'uopo costituito, l'ETI, il quale inizialmente era soggetto al controllo del Ministero dell'Economia e delle Finanze e in seguito veniva trasformato in una società per azioni e privatizzato.

87. Si è così proceduto ad un primo passo, operando una ristrutturazione interna, dove le interessate attività economiche dello Stato nei settori del gioco d'azzardo e del tabacco continuavano a restare unite sotto il tetto del Ministero dell'Economia e delle Finanze, nonché sotto il suo controllo. Con un secondo passo, le attività economiche dello Stato nel settore del tabacco venivano sottratte alla sfera di influenza del Ministero dell'Economia e delle Finanze e trasferite in mani private.

88. È pacifico che l'ente economico pubblico ETI e la società per azioni ETI Spa debbono considerarsi *successori economici* dell'AAMS nel settore della produzione e del commercio dei tabacchi. Depone in tal senso non solo la formale trasmissione di dette attività all'ETI e la posizione dell'ETI come successore dell'AAMS in tutti i rapporti attivi e passivi

e in tutti i diritti e beni patrimoniali⁷³. Anche sotto l'aspetto dell'attività economica l'ETI, sulla base delle informazioni disponibili, ha rilevato a tutto campo il ruolo dell'AAMS, compresa la partecipazione all'intesa con la Philip Morris.

89. La sola circostanza che l'ETI continui a gestire l'attività imprenditoriale dell'AAMS nel settore della produzione e del commercio dei tabacchi, e che quindi sia così soddisfatto il criterio della continuità economica, non è però sufficiente per potere imputare all'ETI il comportamento anticoncorrenziale dell'AAMS in deroga al principio della responsabilità personale dato che, come già considerato⁷⁴, il criterio della continuità economica non deve sostituire il principio della responsabilità personale, ma semplicemente integrarlo, nella misura in cui ciò si rende necessario per punire il comportamento anticoncorrenziale in modo proporzionato alla responsabilità, nonché efficace, e contribuire in questo modo all'effettiva attuazione delle norme in materia di concorrenza.

90. Una siffatta necessità, in un caso quale quello di cui alla presente fattispecie, non è ravvisabile.

73 — Decreto legislativo 283/1998; v. supra, paragrafo 10.

74 — V. supra, paragrafo 81.

— Continuazione dell'attività economica dell'AAMS

91. Si deve in primo luogo considerare che alla ETI non è stata trasmessa interamente l'attività economica dell'AAMS, anzi, secondo le indicazioni fornite dal giudice a quo, l'AAMS continua a esistere come operatore economico a sé stante con importanti attività nel settore dei giochi d'azzardo e delle lotterie. Il caso qui in esame non è pertanto paragonabile a quello ove il gestore originario dell'impresa che ha preso parte all'intesa non esiste più giuridicamente o, comunque, non svolge più alcun ruolo come operatore economico⁷⁵.

92. Di conseguenza, la ratio e la finalità della sanzione non esigono che questa venga inflitta all'ETI invece che all'AAMS. Una sanzione inflitta all'AAMS come originario gestore dell'impresa può ancora produrre un effetto preventivo specifico e in tal modo offrire un contributo all'effettiva attuazione delle norme in materia di concorrenza. L'AAMS continua infatti ad essere partecipe dell'economia e mediante una sanzione può essere obbligata a comportarsi in futuro in modo conforme alle regole di concorrenza.

75 — V., a tal riguardo, paragrafi 78 e 79 delle presenti conclusioni.

93. È vero che un'ammenda che l'AAMS, azienda di stato, dovesse pagare rientrerebbe nuovamente nelle casse dello Stato, ma l'autonomia finanziaria e contabile dell'AAMS induce a ritenere che la sanzione possa ciononostante avere effetto sul comportamento individuale dell'AAMS sul mercato⁷⁶.

94. Neppure il fatto che la stessa AAMS non sia più economicamente attiva nel settore del tabacco osta a che il comportamento anti-concorrenziale le venga imputato sulla base del principio della responsabilità personale⁷⁷. Un'ammenda da essa pagata può in ogni caso produrre ancora un effetto preventivo generale, con la conseguenza che d'ora in avanti le imprese che operano in quel determinato settore economico si atterranno ad un comportamento conforme alle norme di concorrenza e saranno dissuase dal tenere comportamenti anticoncorrenziali.

76 — V. supra, paragrafo 9. Nel corso della trattazione orale, il rappresentante del governo italiano ha a tal riguardo precisato che il bilancio dell'AAMS è distinto da quello del Ministero dell'Economia e delle Finanze.

77 — V., a tal riguardo, la causa Commissione/Anic Partecipazioni (sentenza citata alla nota 26, punto 145), dove l'Anic si era ritirata dal settore economico interessato dal cartello e ciononostante è stata dichiarata responsabile sulla base del principio della responsabilità personale; tale principio è stato ulteriormente precisato nella successiva sentenza Aalborg Portland e a./Commissione (già citata alla nota 25, punto 359), in cui la causa Commissione/Anic Partecipazioni viene descritta come «il caso di due imprese esistenti ed operative, una delle quali aveva semplicemente ceduto all'altra una parte delle sue attività» (il corsivo è mio).

— Privatizzazione e vendita dell'ETI ad un terzo indipendente

95. Deve in secondo luogo rilevarsi che l'ETI, nel frattempo, è stata trasformata in una società per azioni e privatizzata, secondo quanto, del resto, fin dall'inizio era stato preventivato. In tale contesto non vi è alcun elemento che deponga per una trasmissione fraudolenta dell'impresa all'ETI allo scopo di eludere le sanzioni previste dalle norme in materia di concorrenza.

96. Inoltre, per quanto è dato di riscontrare, al momento dell'imposizione della sanzione non sussistevano nessi strutturali tra l'AAMS, quale precedente gestore dell'impresa che ha partecipato all'intesa, e l'ETI, quale suo nuovo gestore. Anzi, l'impresa, al momento dell'irrogazione della sanzione, già si trovava nelle mani di un terzo indipendente.

97. Quindi il caso di specie rassomiglia meno ad una riorganizzazione all'interno di un gruppo di imprese che ad un'alienazione di un'impresa ad un terzo indipendente alle condizioni di mercato, alla quale, come già indicato⁷⁸, non dovrebbe trovare applicazione il criterio della continuità economica.

98. Diversamente dal governo italiano, non ravviso un motivo per derogare al principio della responsabilità personale neppure in caso di un eventuale aumento di valore, determinato dall'intesa, dell'impresa di cui l'ETI continua la gestione. Infatti, come già indicato, di un siffatto aumento di valore non beneficia necessariamente solo il nuovo gestore dell'impresa. Al contrario, un tale aumento di valore avrebbe potuto ripercuotersi sul prezzo di acquisto delle quote azionarie della ETI Spa al momento della sua completa privatizzazione e avrebbe pertanto potuto essere stato realizzato dal venditore, cioè lo Stato italiano.

99. Concludendo, va notato che, per quanto riguarda l'imputazione del comportamento anticoncorrenziale, non può essere operata alcuna differenza in base al fatto che sia stato un privato o lo Stato ad alienare l'impresa che ha partecipato all'intesa ad un terzo indipendente. Ad ogni modo, lo Stato non deve essere posto in una posizione più favorevole di quella di un privato venditore.

100. Certo, la Commissione ritiene che, in determinate circostanze, la responsabilità per il comportamento anticoncorrenziale di un'impresa di diritto pubblico nell'ipotesi della sua privatizzazione debba essere trasferita, sulla base del principio della continuità economica, al suo nuovo, privato gestore. Svolge tale considerazione in particolare per il caso in cui lo Stato non eserciti più, nell'ambito della particolare struttura

78 — V. *supra*, paragrafi 81-84.

organizzativa alla quale apparteneva originariamente l'impresa privatizzata, alcuna attività economica dopo la privatizzazione, pur essendo ancora economicamente operante nell'ambito di altre strutture — ad esempio nell'ambito delle competenze di altri ministeri⁷⁹.

Infatti, comunque, nella presente fattispecie, secondo le informazioni fornite dal giudice a quo, risulta accertato che lo Stato italiano continua a svolgere un'attività economica tramite l'AAMS. La sua attività economica continua quindi proprio in quella struttura organizzativa dalla quale deriva il settore di attività che successivamente è stato trasferito all'ETI e privatizzato.

101. Contro tale argomentazione depone tuttavia il fatto che la mera privatizzazione di un'impresa pubblica non dovrebbe liberare lo Stato dalle sue responsabilità per eventuali comportamenti anticoncorrenziali da parte dell'impresa che in precedenza gestiva. Tale responsabilità dello Stato è anzi la logica conseguenza della sua attività economica, nello svolgimento della quale non può sottrarsi alle regole sulla concorrenza che vigono per tutte le altre imprese (v. anche art. 86, n. 1, CE). Pertanto, se una persona privata risponde, secondo il principio della responsabilità personale, per il comportamento anticoncorrenziale di un'impresa da essa gestita anche dopo che questa è stata alienata, non può essere altrimenti per lo Stato.

103. In definitiva, sono pertanto dell'opinione che le autorità garanti della concorrenza e i giudici, in un caso come quello di cui alla presente fattispecie, non debbano discostarsi dal principio della responsabilità personale e non debbano imputare il comportamento anticoncorrenziale in base al criterio della continuità economica.

2. Su eventuali poteri discrezionali delle autorità in materia di concorrenza nel quadro dell'imputazione (seconda questione)

102. In ultima analisi, non è necessario pronunciarsi qui in maniera definitiva sul problema sollevato dalla Commissione.

104. Con la seconda questione il Consiglio di Stato vuole sapere, in sostanza, se le autorità competenti in materia di concorrenza, per garantire che non vengano pregiudicati gli effetti pratici delle norme di concorrenza, possano imputare un comportamento anticoncorrenziale sulla base del loro potere di valutazione discrezionale

79 — La Commissione indica, a titolo di esempio, che le aziende di Stato nel settore delle poste e delle ferrovie in Italia appartenevano per tradizione ad altre strutture organizzative e, in particolare, rientravano sotto il controllo di Ministeri diversi da quello dell'AAMS.

all'originario oppure al nuovo gestore dell'impresa che ha partecipato all'intesa.

107. Capire se una sanzione prevista dalle norme in materia di concorrenza non raggiungerebbe il suo obiettivo può, in determinati casi, richiedere una valutazione di rapporti economici complessi.

105. Come già detto, l'imputazione del comportamento anticoncorrenziale in caso di successione di imprese deve avere luogo secondo il principio della responsabilità personale. Il criterio della continuità economica non deve sostituire il principio della responsabilità personale, ma semplicemente integrarlo, nella misura in cui ciò si rende necessario per punire il comportamento anticoncorrenziale in modo proporzionato alla responsabilità, nonché efficace, e contribuire in questo modo all'effettiva attuazione delle norme in materia di concorrenza.

108. Così, può essere necessario valutare se l'originario gestore dell'impresa che ha partecipato all'intesa al momento della punizione dell'infrazione svolga ancora una significativa attività economica, di modo che una sanzione inflitta nei suoi confronti possa costituire un efficace contributo all'attuazione delle norme di concorrenza. Anche l'esistenza o meno di un nesso strutturale tra l'originario e il nuovo gestore dell'impresa può rendere necessaria una siffatta valutazione di complesse situazioni economiche; lo stesso dicasi della questione se l'impresa sia stata alienata al nuovo gestore alle condizioni di mercato oppure fraudolentemente.

106. Da ciò consegue che le autorità garanti della concorrenza, come pure i giudici competenti, non hanno alcuna facoltà di scegliere se imputare il comportamento anticoncorrenziale di un'impresa all'originario ovvero al nuovo gestore. Il criterio della continuità economica può invece venire in considerazione solo qualora le sanzioni previste dalle norme in materia di concorrenza, in caso di mera applicazione del principio della responsabilità personale, dovessero mancare il loro obiettivo.

109. Come la Commissione ha giustamente sottolineato, nel procedere a siffatte valutazioni la competente autorità garante della concorrenza dispone, ai sensi del diritto comunitario, di un margine di valutazione⁸⁰.

80 — Come da costante giurisprudenza; v., tra altre, sentenze 11 luglio 1985, causa 42/84, Remia e a./Commissione (Racc. pag. 2545, punto 34), 17 novembre 1987, cause riunite 142/84 e 156/84, BAT e Reynolds/Commissione (Racc. pag. 4487, punto 62), e Aalborg Portland e a./Commissione (già citata alla nota 25, punto 279).

VI — Conclusione

110. Sulla base di quanto sopra considerato, suggerisco alla Corte di giustizia di risolvere le questioni sollevate dal Consiglio di Stato come segue:

- 1) a) Secondo il principio della responsabilità personale, il comportamento anticoncorrenziale di un'impresa dev'essere imputato, in linea di massima, al suo gestore originario, che al momento dell'infrazione era responsabile per l'impresa, anche nel caso in cui, al momento della decisione dell'autorità garante della concorrenza, responsabile dell'impresa è un nuovo gestore.

Questo vale anche nel caso in cui l'impresa, al momento dell'infrazione, era gestita dallo Stato e, successivamente, è stata trasferita ad una persona privata.

- b) Solo in via eccezionale il comportamento anticoncorrenziale può essere imputato al nuovo gestore dell'impresa, qualora:

— il nuovo gestore abbia continuato a gestire l'impresa fino al momento della decisione dell'autorità garante della concorrenza,

— l'originario gestore, al momento della decisione dell'autorità garante della concorrenza, abbia cessato di esistere giuridicamente, ovvero non svolga più alcuna attività economica significativa, neanche su un mercato diverso da quello interessato dall'intesa; e

— tra l'originario e il vecchio gestore sussista un nesso strutturale, ovvero l'impresa sia stata trasferita al nuovo gestore fraudolentemente per eludere le sanzioni previste dalla normativa in materia di concorrenza.

- 2) L'autorità garante della concorrenza non ha potere discrezionale nell'imputazione dei comportamenti anticoncorrenziali. Dispone tuttavia di un margine di valutazione nei limiti in cui, nell'ambito di tale imputazione, deve vagliare rapporti economici complessi.