



Raccolta della giurisprudenza

CONCLUSIONI DELL'AVVOCATO GENERALE

MICHAL BOBEK

presentate il 6 maggio 2021¹

Causa C-819/19

**Stichting Cartel Compensation,
Equilib Netherlands BV
contro**

**Koninklijke Luchtvaart Maatschappij NV,
Martinair Holland NV,
Deutsche Lufthansa AG,
Lufthansa Cargo AG,
British Airways plc,
Société Air France SA,
Singapore Airlines Ltd,
Singapore Airlines Cargo Pte Ltd,
Swiss International Air Lines AG,
Air Canada,
Cathay Pacific Airways Ltd,**

Scandinavian Airlines System Denmark-Norway-Sweden, SAS AB, SAS Cargo Group A/S

[domanda di pronuncia pregiudiziale proposta dal Rechtbank Amsterdam (Tribunale di Amsterdam, Paesi Bassi)]

«Rinvio pregiudiziale – Articolo 101 TFUE, e articolo 53 dell'Accordo SEE – Norme di attuazione dell'articolo 103 TFUE – Regime transitorio degli articoli 104 e 105 TFUE – Accordi e pratiche concordate relativamente a vari elementi dei prezzi dei servizi per il trasporto aereo di merci (istituzione di supplementi per il carburante e per la sicurezza, rifiuto di pagare una commissione sui supplementi) – Azione di risarcimento del danno – Effetto diretto – Competenza dei giudici nazionali»

¹ Lingua originale: l'inglese.

I. Introduzione

1. Le società Stichting Cartel Compensation e Equilib Netherlands BV (in prosieguo: le «ricorrenti») chiedono una sentenza di accertamento e il risarcimento del danno nei confronti delle società convenute² per aver violato l'articolo 101, paragrafo 1, TFUE e l'articolo 53, paragrafo 1, dell'accordo sullo Spazio economico europeo (in prosieguo: l'«accordo SEE»), avendo coordinato vari elementi del prezzo da applicare ai servizi di trasporto aereo di merci sulle rotte tra aeroporti all'interno dell'Unione europea e dello Spazio economico europeo (in prosieguo: il «SEE») e provenienti dagli stessi.

2. Tale prassi ha avuto asseritamente luogo in un periodo in cui il Consiglio non aveva ancora adottato disposizioni di attuazione per alcune parti del settore del trasporto aereo al fine di dare «piena efficacia» ai principi stabiliti dall'articolo 101 TFUE. Per questo motivo, le convenute sostengono che la competenza a far rispettare l'articolo 101 TFUE è rimasta esclusivamente in capo alle autorità amministrative degli Stati membri e alla Commissione europea, in virtù del «regime transitorio» previsto dagli articoli 104 e 105 TFUE.

3. La presente causa solleva la questione della competenza dei giudici nazionali in merito all'applicazione dell'articolo 101, paragrafo 1, TFUE e dell'articolo 53, paragrafo 1, dell'accordo SEE alle pratiche anticoncorrenziali verificatesi durante detto «regime transitorio». Tale questione, forse tecnica e circoscritta temporalmente, fa tuttavia sorgere a sua volta una questione più fondamentale che riguarda l'(inter)dipendenza dell'esecuzione pubblica (amministrativa) e privata (giudiziaria) delle norme dell'Unione in materia di concorrenza.

II. Contesto normativo

A. Trattato FUE

4. Gli articoli da 101 a 105 dettano le norme in materia di concorrenza. Sono rilevanti ai fini della presente causa le seguenti disposizioni:

«Articolo 101

(ex articolo 81 del TCE)

1. Sono incompatibili con il mercato interno e vietati tutti gli accordi tra imprese, tutte le decisioni di associazioni di imprese e tutte le pratiche concordate che possano pregiudicare il commercio tra Stati membri e che abbiano per oggetto o per effetto di impedire, restringere o falsare il gioco della concorrenza all'interno del mercato interno ed in particolare quelli consistenti nel:

(...)

2. Gli accordi o decisioni, vietati in virtù del presente articolo, sono nulli di pieno diritto.

² Koninklijke Luchtvaart Maatschappij NV; Martinair Holland NV; Deutsche Lufthansa AG; Lufthansa Cargo AG; British Airways plc; Société Air France SA; Singapore Airlines Ltd; Singapore Airlines Cargo Pte Ltd; Swiss International Air Lines AG; Air Canada; Cathay Pacific Airways Ltd; Scandinavian Airlines System Denmark-Norway-Sweden; SAS AB; e SAS Cargo Group A/S (in prosieguo, congiuntamente: le «convenute»).

3. Tuttavia, le disposizioni del paragrafo 1 possono essere dichiarate inapplicabili:

- a qualsiasi accordo o categoria di accordi fra imprese,
- a qualsiasi decisione o categoria di decisioni di associazioni di imprese, e
- a qualsiasi pratica concordata o categoria di pratiche concordate,

che contribuiscano a migliorare la produzione o la distribuzione dei prodotti o a promuovere il progresso tecnico o economico, pur riservando agli utilizzatori una congrua parte dell'utile che ne deriva, ed evitando di:

- a) imporre alle imprese interessate restrizioni che non siano indispensabili per raggiungere tali obiettivi;
- b) dare a tali imprese la possibilità di eliminare la concorrenza per una parte sostanziale dei prodotti di cui trattasi.

(...)

Articolo 103

(ex articolo 83 del TCE)

1. I regolamenti e le direttive utili ai fini dell'applicazione dei principi contemplati dagli articoli 101 e 102 sono stabiliti dal Consiglio, su proposta della Commissione e previa consultazione del Parlamento europeo.

2. Le disposizioni di cui al paragrafo 1 hanno, in particolare, lo scopo di:

(...)

- b) determinare le modalità di applicazione dell'articolo 101, paragrafo 3, avendo riguardo alla necessità di esercitare una sorveglianza efficace e, nel contempo, semplificare, per quanto possibile, il controllo amministrativo;
- c) precisare, eventualmente, per i vari settori economici, il campo di applicazione delle disposizioni degli articoli 101 e 102;

(...)

Articolo 104

(ex articolo 84 del TCE)

Fino al momento dell'entrata in vigore delle disposizioni adottate in applicazione dell'articolo 103, le autorità degli Stati membri decidono in merito all'ammissibilità di intese e allo sfruttamento abusivo di una posizione dominante nel mercato interno, in conformità del diritto nazionale interno e delle disposizioni dell'articolo 101, in particolare del paragrafo 3, e dell'articolo 102.

Articolo 105

(ex articolo 85 del TCE)

1. Senza pregiudizio dell'articolo 104, la Commissione vigila perché siano applicati i principi fissati dagli articoli 101 e 102. Essa istruisce, a richiesta di uno Stato membro o d'ufficio e in collegamento con le autorità competenti degli Stati membri che le prestano la loro assistenza, i casi di presunta infrazione ai principi suddetti. Qualora essa constati l'esistenza di un'infrazione, propone i mezzi atti a porvi termine.

2. Qualora non sia posto termine alle infrazioni, la Commissione constata l'infrazione ai principi con una decisione motivata. Essa può pubblicare tale decisione e autorizzare gli Stati membri ad adottare le necessarie misure, di cui definisce le condizioni e modalità, per rimediare alla situazione.

3. La Commissione può adottare regolamenti concernenti le categorie di accordi per le quali il Consiglio ha adottato un regolamento o una direttiva conformemente all'articolo 103, paragrafo 2, lettera b)».

B. Accordo SEE

5. L'accordo SEE «persegue l'obiettivo di promuovere il rafforzamento costante ed equilibrato delle relazioni commerciali ed economiche fra le Parti contraenti in pari condizioni di concorrenza e il rispetto delle stesse regole, nell'intento di instaurare [un SEE] omogeneo (...)»³.

6. Ai sensi dell'articolo 6 dell'accordo SEE:

«Fatti salvi futuri sviluppi legislativi, le disposizioni del presente accordo, nella misura in cui sono identiche nella sostanza alle corrispondenti norme del trattato [sul funzionamento dell'Unione europea] e del trattato che istituisce la Comunità europea del carbone e dell'acciaio e degli atti adottati in applicazione di questi due trattati, devono essere interpretate, nella loro attuazione ed applicazione, in conformità delle pertinenti sentenze pronunciate dalla Corte di giustizia delle Comunità europee prima della data della firma del presente accordo».

7. L'articolo 53 dell'accordo SEE è identico nella sostanza all'articolo 101 TFUE.

8. A norma dell'articolo 55 dell'accordo SEE:

«1. Fatte salve le disposizioni di applicazione degli articoli 53 e 54 contenute nel protocollo 21 e nell'allegato XIV del presente accordo, la Commissione delle Comunità europee e l'Autorità di vigilanza AELS (EFTA) istituita dall'articolo 108, paragrafo 1 provvedono a che siano applicati i principi previsti agli articoli 53 e 54.

Il competente organo di vigilanza, come previsto dall'articolo 56 esamina, di propria iniziativa o a richiesta di uno Stato nell'ambito del territorio in questione o dell'altro organo di vigilanza, i casi di presunta infrazione ai principi suddetti. L'organo di vigilanza competente effettua questi esami in cooperazione con i competenti organi nazionali nell'ambito del territorio in questione ed in

³ Accordo sullo Spazio economico europeo (GU 1994, L 1, pag. 3), articolo 1, paragrafo 1.

collaborazione con l'altro organo di vigilanza, che gli presta assistenza nel rispetto della propria normativa interna.

Qualora constati l'esistenza di un'infrazione, esso propone i mezzi atti a porvi termine.

2. Qualora non sia posto termine alle infrazioni, l'organo di vigilanza competente constata l'infrazione ai principi con una decisione motivata.

Il competente organo di vigilanza può pubblicare la propria decisione ed autorizzare gli Stati nell'ambito del territorio in questione ad adottare le necessarie misure, di cui definisce le condizioni e le modalità, per rimediare alla situazione. Esso può anche chiedere all'altro organo di vigilanza di autorizzare gli Stati nell'ambito del territorio in questione ad adottare tali misure».

III. Fatti, procedimento nazionale e questione pregiudiziale

9. Il 9 novembre 2010 la Commissione europea ha adottato la decisione C(2010) 7694 definitivo, relativa a un procedimento a norma dell'articolo 101 [TFUE], dell'articolo 53 dell'accordo SEE, e dell'articolo 8 dell'accordo tra la Comunità europea e la Confederazione Svizzera sul trasporto aereo⁴ (Caso C.39258 – Trasporto aereo) (in prosieguito: la «decisione del 2010»)⁵.

10. Agli articoli da 1 a 4, la decisione del 2010 conteneva constatazioni secondo cui una serie di vettori era coinvolto nel coordinamento di vari elementi del prezzo da praticare per i servizi di trasporto aereo sulle rotte tra aeroporti all'interno dell'Unione europea e/o del SEE; tra aeroporti all'interno dell'Unione e/o del SEE e paesi terzi; e tra aeroporti all'interno dell'Unione e la Svizzera, in violazione dell'articolo 101 TFUE, dell'articolo 53 dell'accordo SEE e dell'articolo 8 dell'accordo svizzero, per diversi periodi di tempo (in prosieguito: il «comportamento di cui trattasi»). Ai sensi della decisione del 2010, la durata complessiva di tale infrazione si è protratta dal dicembre 1999 al febbraio 2006.

11. Con le sentenze del 16 dicembre 2015, il Tribunale dell'Unione europea ha parzialmente annullato la decisione del 2010 nei confronti delle ricorrenti nelle cause di cui è stato investito⁶. In sostanza, il Tribunale ha ritenuto che la decisione del 2010 fosse viziata da contraddizioni tra la motivazione e il dispositivo⁷.

⁴ In prosieguito: l'«accordo svizzero».

⁵ Caso C.39258 – Trasporto aereo (GU 2014, C 371, pag. 11)

⁶ Sentenze del 16 dicembre 2015, Air Canada/Commissione (T-9/11, non pubblicata, EU:T:2015:994); del 16 dicembre 2015, Koninklijke Luchtvaart Maatschappij/Commissione (T-28/11, non pubblicata, EU:T:2015:995); del 16 dicembre 2015, Japan Airlines/Commissione (T-36/11, non pubblicata, EU:T:2015:992); del 16 dicembre 2015, Cathay Pacific Airways/Commissione (T-38/11, non pubblicata, EU:T:2015:985); del 16 dicembre 2015, Cargolux Airlines/Commissione (T-39/11, non pubblicata, EU:T:2015:991); del 16 dicembre 2015, Latam Airlines Group e Lan Cargo/Commissione (T-40/11, non pubblicata, EU:T:2015:986); del 16 dicembre 2015, Singapore Airlines e Singapore Airlines Cargo/Commissione (T-43/11, non pubblicata, EU:T:2015:989); del 16 dicembre 2015, Deutsche Lufthansa e a./Commissione (T-46/11, non pubblicata, EU:T:2015:987); del 16 dicembre 2015, British Airways/Commissione (T-48/11, non pubblicata, EU:T:2015:988); del 16 dicembre 2015, SAS Cargo Group e a./Commissione (T-56/11, non pubblicata, EU:T:2015:990); del 16 dicembre 2015, Air France-KLM/Commissione (T-62/11, non pubblicata, EU:T:2015:996); del 16 dicembre 2015, Air France/Commissione (T-63/11, non pubblicata, EU:T:2015:993), e del 16 dicembre 2015, Martinair Holland/Commissione (T-67/11, EU:T:2015:984).

⁷ V., ad esempio, sentenza del 16 dicembre 2015, Air Canada/Commissione (T-9/11, non pubblicata, EU:T:2015:994, punto 60).

12. Il 17 marzo 2017, la Commissione ha adottato la decisione C(2017) 1742 final relativa a un procedimento a norma dell'articolo 101 TFUE, dell'articolo 53 dell'accordo SEE e dell'articolo 8 dell'accordo svizzero (caso AT.39258 – Trasporto aereo) (in prosieguo: la «decisione del 2017»)⁸. La decisione del 2017 ha ribadito la decisione del 2010 nel merito. Essa ha inoltre confermato la durata complessiva dell'infrazione dal dicembre 1999 al febbraio 2006.

13. In base alla sintesi della decisione del 2017, la Commissione ha riscontrato il coinvolgimento di alcuni vettori in un cartello relativo al comportamento di cui trattasi. Detto comportamento avrebbe violato l'articolo 101 TFUE, l'articolo 53 dell'accordo SEE e l'articolo 8 dell'accordo svizzero. Esso riguardava: i) rotte tra aeroporti all'interno dell'Unione europea («rotte intra-UE»); ii) rotte tra aeroporti all'interno dell'Unione e aeroporti al di fuori del SEE («rotte UE-paesi terzi»); iii) rotte tra aeroporti all'interno del SEE («rotte intra-SEE»); iv) rotte tra aeroporti in paesi che sono parti contraenti dell'accordo SEE, ma non sono Stati membri dell'Unione, e aeroporti in paesi terzi («rotte SEE-paesi terzi non UE»); e v) rotte tra aeroporti nell'Unione e in Svizzera («rotte UE-Svizzera»).

14. La sintesi della decisione del 2017 specifica l'infrazione e l'imposizione di ammende per periodi di tempo diversi con riferimento a rotte diverse come segue:

- Per le rotte intra-UE, la Commissione era competente ad accertare violazioni e infliggere ammende per i comportamenti riguardanti il trasporto aereo tra aeroporti dell'Unione antecedentemente al 1° maggio 2004. Questo perché, *antecedentemente* al 1° maggio 2004, il regolamento (CEE) n. 3975/87⁹ conferiva alla Commissione i poteri di esecuzione per l'applicazione dell'articolo 101 TFUE solo relativamente ai trasporti aerei tra aeroporti dell'Unione. I trasporti aerei tra aeroporti dell'Unione e aeroporti di paesi terzi non rientravano tuttavia nel campo di applicazione di detto regolamento.
- Per le rotte UE-paesi terzi, per le stesse ragioni, la competenza della Commissione era limitata ai comportamenti posti in essere *successivamente* al 1° maggio 2004.
- Per le rotte intra-SEE, la Commissione era competente ad accertare violazioni e infliggere ammende per tutto il periodo dal 1999 al 2006.
- Per le rotte SEE-paesi terzi non UE, la decisione n. 130/2004¹⁰ e la decisione n. 40/2005¹¹ sono entrate in vigore il 19 maggio 2005. A partire da tale data, il regolamento (CE) n. 411/2004¹² e il regolamento (CE) n. 1/2003¹³ sono divenuti applicabili nel quadro dell'accordo SEE. Pertanto, la Commissione non ha accertato violazioni o inflitto ammende per comportamenti

⁸ La decisione del 2017 non è stata resa pubblica, ma è disponibile una sintesi delle conclusioni. V. sintesi della decisione della Commissione, del 17 marzo 2017, relativa a un procedimento a norma dell'articolo 101 del trattato sul funzionamento dell'Unione europea, dell'articolo 53 dell'accordo SEE, e dell'articolo 8 dell'accordo tra la comunità europea e la confederazione svizzera sul trasporto aereo (GU 2017, C 188, pag. 14) (in prosieguo: la «sintesi della decisione del 2017»).

⁹ Regolamento del Consiglio del 14 dicembre 1987, relativo alle modalità di applicazione delle regole di concorrenza alle imprese di trasporti aerei (GU 1987, L 374, pag. 1).

¹⁰ Decisione del Comitato misto SEE, del 24 settembre 2004, che modifica l'allegato XIV (Concorrenza), il protocollo 21, sull'attuazione delle regole di concorrenza applicabili alle imprese, e il protocollo 23, sulla cooperazione tra le autorità di vigilanza, dell'accordo SEE (GU 2005, L 64, pag. 57).

¹¹ Decisione del Comitato misto SEE, dell'11 marzo 2005, che modifica l'allegato XIII (Trasporti) e il protocollo 21, sull'attuazione delle regole di concorrenza applicabili alle imprese, dell'accordo SEE (GU 2005 J 198, pag. 38).

¹² Regolamento del Consiglio, del 26 febbraio 2004, che abroga il regolamento (CEE) n. 3975/87 e modifica il regolamento (CEE) n. 3976/87 e il regolamento (CE) n. 1/2003 relativamente ai trasporti aerei tra la Comunità e i paesi terzi (GU 2004, L 68, pag. 1).

¹³ Regolamento del Consiglio, del 16 dicembre 2002, concernente l'applicazione delle regole di concorrenza di cui agli articoli 81 e 82 del trattato (GU 2003, L 1, pag. 1).

riguardanti rotte tra i paesi del SEE che non erano Stati membri dell'Unione e paesi terzi prima del 19 maggio 2005.

15. La decisione del 2017 è stata a sua volta impugnata dinanzi al Tribunale¹⁴. Queste cause sono tuttora pendenti.

16. Al contempo, le ricorrenti hanno avviato un procedimento civile contro le convenute dinanzi al Rechtbank Amsterdam (Tribunale di Amsterdam, Paesi Bassi). Detto giudice spiega che le ricorrenti sono società specificamente costituite al fine di riscuotere i crediti loro ceduti a titolo di risarcimento dei danni derivanti dall'accertamento da parte della Commissione di violazioni delle norme sulla concorrenza.

17. Le ricorrenti chiedono una sentenza di accertamento e il risarcimento del danno. In primo luogo, chiedono di constatare che le convenute hanno agito illecitamente nel periodo dal 1999 al 2006. Vale a dire, anche anteriormente i) al 1° maggio 2004 (per le rotte UE-paesi terzi); ii) al 19 maggio 2005 (per le rotte SEE-paesi terzi non UE); e iii) al 1° giugno 2002 per le rotte UE-Svizzera (in prosieguo: i «periodi controversi»). In secondo luogo, esse chiedono che il giudice del rinvio condanni le convenute in solido al risarcimento del danno con relativi interessi per il comportamento anticoncorrenziale in questione.

18. Secondo il giudice del rinvio, nelle loro domande, le ricorrenti si basano sull'effetto diretto dell'articolo 101 TFUE per stabilire la competenza del giudice nazionale e, per i periodi controversi, indipendentemente dall'esecuzione amministrativa del diritto in materia di concorrenza.

19. Nella sua domanda di pronuncia pregiudiziale, il giudice del rinvio si ritiene competente ad applicare l'articolo 101 TFUE al comportamento di cui trattasi e per i periodi controversi. Tuttavia, il giudice del rinvio rileva espressamente che tale posizione si discosta dalla sentenza della High Court of Justice of England and Wales [Alta Corte di giustizia (Inghilterra e Galles), Regno Unito] nella causa Emerald Supplies Ltd/British Airways Plc¹⁵, confermata dalla Court of Appeal (England and Wales) [Corte d'appello (Inghilterra e Galles), Regno Unito] nella causa La Gaitana Farms SA & Ors/British Airways Plc¹⁶.

20. Nutrendo dubbi sulla sua competenza ad applicare l'articolo 101, paragrafo 1, TFUE e l'articolo 53, paragrafo 1, dell'accordo SEE ai periodi controversi, il Rechtbank Amsterdam (Tribunale di Amsterdam) ha deciso di sospendere il procedimento e di sottoporre alla Corte di giustizia la seguente questione pregiudiziale:

«Se, in una controversia tra le parti lese (nel caso di specie gli speditori, gli acquirenti di servizi di trasporto aereo di merci) e le compagnie aeree, il giudice nazionale sia competente – in virtù dell'effetto diretto dell'articolo 101 TFUE, o quantomeno dell'articolo 53 dell'accordo SEE, oppure in virtù dell'effetto diretto dell'articolo 6 del regolamento n. 1/2003 – ad applicare

¹⁴ Cause Air Canada/Commissione (T-326/17), Koninklijke Luchtvaart Maatschappij/Commissione (T-325/17), Japan Airlines/Commissione (T-340/17), Cathay Pacific Airways/Commissione (T-343/17), Cargolux Airlines/Commissione (T-334/17), Latam Airlines Group e Lan Cargo/Commissione (T-344/17), Singapore Airlines e Singapore Airlines Cargo PTE/Commissione (T-350/17), Deutsche Lufthansa e a./Commissione (T-342/17), British Airways/Commissione (T-341/17), SAS Cargo Group e a./Commissione (T-324/17), Air France – KLM/Commissione (T-337/17), Air France/Commissione (T-338/17) e Martinair Holland/Commissione (T-323/17).

¹⁵ Sentenza della High Court of Justice of England and Wales, Chancery Division [Alta Corte di giustizia (Inghilterra e Galles), divisione della Chancery], del 4 ottobre 2017 nella causa Emerald Supplies Ltd/British Airways Plc [2017] EWHC 2420 (Ch).

¹⁶ Sentenza della Court of Appeal of England and Wales (Civil Division) [Corte d'appello (Inghilterra e Galles) (sezione civile)], del 29 gennaio 2019 nella causa La Gaitana Farms SA & Ors/British Airways Plc [2019] EWCA Civ 37.

integralmente l'articolo 101 TFUE, o quantomeno l'articolo 53 dell'accordo SEE, in relazione alle intese/pratiche concordate delle compagnie aeree relative a servizi di trasporto di merci su voli effettuati prima del 1° maggio 2004 su rotte tra aeroporti all'interno dell'[Unione] e aeroporti al di fuori del SEE, o, rispettivamente prima del 19 maggio 2005, su rotte tra Islanda, Liechtenstein, Norvegia e aeroporti al di fuori del SEE, o, rispettivamente su voli effettuati prima del 1° giugno 2002 tra aeroporti all'interno dell'[Unione] e la Svizzera, anche per il periodo in cui vigeva il regime transitorio di cui agli articoli 104 e 105 TFUE, oppure se detto regime transitorio osti a siffatta competenza».

21. Osservazioni scritte sono state presentate dalle ricorrenti, dalle convenute, dal governo norvegese, dall'Autorità di vigilanza EFTA, e dalla Commissione. Ad eccezione del governo norvegese, le suddette parti hanno anche presentato osservazioni orali all'udienza che si è svolta il 21 gennaio 2021.

IV. Analisi

22. Le presenti conclusioni sono articolate come segue. In primo luogo, inizierò con un esame del contesto giuridico del caso di specie (A). Passerò quindi all'applicazione dell'articolo 101, paragrafo 1, TFUE da parte del giudice del rinvio (B). In seguito, considererò le norme equivalenti ai sensi dell'accordo SEE (C). Infine, concluderò con osservazioni più generali sull'esecuzione giudiziaria delle norme sulla concorrenza (D).

A. Quadro del trattato e «regime transitorio»

23. Data l'importanza del quadro del trattato in materia di norme sulla concorrenza nel caso di specie, ritengo necessario iniziare le presenti conclusioni esponendo i vari elementi dell'articolo 101 TFUE ed esaminare da vicino la presunta «transitorietà» del regime di esecuzione di cui agli articoli 104 e 105 TFUE (1). Riassumerò poi brevemente gli argomenti delle parti e li collocherò nel contesto della questione sollevata dal giudice del rinvio (2).

1. «Transitorietà» rispetto a cosa?

24. L'articolo 101 TFUE ha una struttura semplice. Il primo paragrafo vieta *tutti* gli accordi che abbiano per oggetto o per effetto di restringere la concorrenza. Il secondo paragrafo spiega la conseguenza di tale divieto: *tutti* gli accordi che rientrano nel primo paragrafo sono nulli di pieno diritto. Il terzo paragrafo prevede poi un'eccezione al divieto del primo paragrafo: «(...) il paragrafo 1 (...) [può] essere dichiarat[o] inapplicabil[e]» in alcuni casi.

25. L'articolo 101 TFUE è una disposizione sostanzialmente completa e autonoma. Esso è formulato in termini generali. Non fa riferimento ad alcuna misura di attuazione, né in detto articolo vi è alcun elemento intrinseco che possa far pensare che esso abbia portata o applicazione limitate. Soprattutto, per il caso di specie, l'articolo 101 TFUE è istituzionalmente cieco. Non favorisce un'istituzione (o tipo di istituzione) rispetto ad un'altra. A questo proposito, si può contrapporre la formulazione di questa disposizione all'articolo 65, paragrafo 4, del Trattato che istituisce la Comunità europea del carbone e dell'acciaio. Quest'ultimo aveva precisato che «l'Alta Autorità ha competenza esclusiva» a stabilire se un accordo vietato fosse compatibile con tale disposizione.

26. Basandosi esclusivamente sulla sua formulazione, è quindi difficile suggerire che l'articolo 101 TFUE debba essere applicato diversamente da *qualsiasi altra* disposizione del trattato che faccia riferimento a un'istituzione che applica il diritto dell'Unione, sia essa un'istituzione degli Stati membri o dell'Unione europea.

27. È solo in virtù degli articoli da 103 a 105 TFUE che vengono introdotti elementi di differenziazione e di «transitorietà» nell'applicazione dell'articolo 101 TFUE.

28. Così, nel suo primo paragrafo, l'articolo 103 TFUE precisa che spetta al Consiglio stabilire «[i] regolamenti o le direttive utili ai fini dell'applicazione dei principi contemplati» dall'articolo 101 TFUE. Il secondo paragrafo fornisce esempi non esaustivi di come detto potere possa essere esercitato. Ai fini del presente caso, le lettere b) e c) sono di maggiore interesse. Esse riguardano, rispettivamente, le «modalità di applicazione dell'articolo 101, paragrafo 3, avendo riguardo alla necessità di esercitare una sorveglianza efficace e, nel contempo, semplificare (...) il controllo amministrativo» e la definizione, «per i vari settori economici, [del] campo di applicazione delle disposizioni» dell'articolo 101 TFUE. In altre parole, l'articolo 103 TFUE pone a carico del Consiglio l'onere di stabilire il campo di applicazione e il controllo amministrativo dell'articolo 101 TFUE.

29. Ciò premesso, cosa succede finché il Consiglio non decide di esercitare i suoi poteri, come previsto dall'articolo 103 TFUE?

30. Proprio in questo ambito sono pertinenti gli articoli 104 e 105 TFUE. Tali disposizioni istituiscono il «regime transitorio». Nell'ambito di tale regime, le autorità (amministrative) degli Stati membri erano incaricate dell'attuazione dei principi (attualmente) contenuti nell'articolo 101 TFUE. Ciò includeva la concessione di deroghe in forza dell'articolo 101, paragrafo 3, TFUE. Durante il periodo di applicazione di tale regime, la Commissione ha svolto solo un ruolo secondario nell'esecuzione delle norme sulla concorrenza, e solo «fatte salve» le attribuzioni delle autorità nazionali degli Stati membri.

31. Alla luce di questo quadro costituzionale, il concetto di regime «transitorio» è una sorta di termine improprio. È vero che, nella sua formulazione *iniziale*, l'articolo 87 del Trattato che istituisce la Comunità economica europea (in prosieguo: il «Trattato CEE») stabiliva che il Consiglio doveva esercitare i propri poteri ai sensi (dell'attuale) articolo 103 TFUE *nel termine di tre anni*. Tale termine è scaduto senza che il Consiglio avesse esercitato tali poteri. Tuttavia, il Trattato di Amsterdam ha sostituito il riferimento (ormai obsoleto) al termine di attuazione di tre anni con un obbligo generale per il Consiglio di stabilire i regolamenti e le direttive utili ai «fini dell'applicazione» di (quello che attualmente è) l'articolo 101 TFUE¹⁷. In tal modo, nel confermare de iure ciò che era già in vigore de facto da tempo, è venuta meno la presunta «transitorietà» del regime «transitorio» stabilito da (quelli che attualmente sono) gli articoli 104 e 105 TFUE.

32. Visto in quest'ottica, l'articolo 104 TFUE ha di fatto previsto una *regola di base* sulla gestione dell'ammissibilità degli accordi che rientrano nell'ambito di applicazione dell'articolo 101 TFUE. Ai sensi di detta disposizione, le autorità degli Stati membri sarebbero state competenti a garantire il rispetto delle norme del trattato in materia di concorrenza per un periodo indefinito *finché* il Consiglio non fosse intervenuto mettendo in atto un diverso meccanismo amministrativo per l'esecuzione delle norme del trattato in materia di concorrenza.

¹⁷ Articolo 6, paragrafo 46, del Trattato di Amsterdam che modifica il Trattato sull'Unione europea, i trattati che istituiscono le Comunità europee e alcuni atti connessi (GU 1997, C 340, pag. 1).

33. In altre parole, benché in origine fosse stato istituito per un periodo limitato, il regime «transitorio» è diventato sempre meno «transitorio» nel tempo, poiché non c'è stata alcuna «transizione», nel senso ordinario del termine, da una situazione all'altra. Invece, quel regime era piuttosto «potenzialmente modulare» per quanto riguarda gli elementi specifici del decentramento (e della ridistribuzione) della competenza in materia di esecuzione di taluni elementi dell'articolo 101 TFUE. Quest'ultimo punto è confermato dall'evoluzione dell'intero regime, che nel corso degli anni, ha continuato a progredire e a retrocedere: dal decentramento totale alla centralizzazione di alcuni elementi, e poi di nuovo verso un parziale decentramento, con le norme sulla competenza fissate dall'articolo 103, paragrafo 2, TFUE che si sono adattate testualmente a questi cambiamenti senza alcun problema.

2. Ruolo dei giudici nazionali nell'ambito del «regime transitorio»

34. Gli articoli da 103 a 105 TFUE tacciono sul ruolo dei giudici nazionali nell'applicazione dell'articolo 101 TFUE, sia nel contesto del regime «transitorio» che altrimenti. Questo è l'oggetto del presente caso. Infatti, il giudice del rinvio si chiede se il divieto di cui all'articolo 101, paragrafo 1, TFUE possa essere applicato dai giudici nazionali, quando le pratiche anticoncorrenziali in questione si sono svolte, per la maggior parte, durante il periodo di applicazione del «regime transitorio».

35. A prima vista, questa discussione sembrerebbe riguardare i tempi andati. Tutte le parti in causa concordano sul fatto che il regolamento n. 1/2003 abbia conferito ai giudici nazionali il potere di applicare integralmente l'articolo 101 TFUE o ne abbia quanto meno confermato l'esistenza. Tuttavia, in concreto, la soluzione della questione sollevata dal Rechtbank Amsterdam (Tribunale di Amsterdam) inciderà sulla più ampia rivendicazione dei diritti privati volti a ottenere il risarcimento del danno causato da un comportamento idoneo a limitare o falsare la concorrenza – indipendentemente dal momento in cui tale comportamento abbia avuto luogo e indipendentemente da quale autorità amministrativa abbia indagato su tale comportamento.

36. Le ricorrenti nel procedimento principale cercano in tal modo di far valere diritti privati. Questo perché, nella decisione del 2017, la Commissione ha riscontrato l'esistenza di prove di pratiche continuate di coordinamento dei prezzi nel settore del trasporto aereo, dal 1999 al 2006. Tuttavia, a causa del sistema di diritto derivato messo in atto dal Consiglio ai sensi dell'articolo 103 TFUE, la Commissione ha limitato i propri accertamenti circa una violazione dell'articolo 101, paragrafo 1, TFUE e dell'articolo 53, paragrafo 1, dell'accordo SEE rispettivamente per le rotte UE-paesi terzi dopo il 1° maggio 2004 e per le rotte SEE-paesi terzi non UE dopo il 19 maggio 2005. Di conseguenza, se le obiezioni delle convenute sulla competenza del giudice nazionale fossero accolte, il periodo precedente tali date sarebbe di fatto escluso dalla portata delle azioni private volte al risarcimento del comportamento anticoncorrenziale ai sensi dell'articolo 101, paragrafo 1, TFUE.

37. La questione generale sottesa alla presente causa è quindi, in larga misura, se l'applicazione dell'articolo 101, paragrafo 1, TFUE da parte dei giudici nazionali possa essere circoscritta o esclusa del tutto dal diritto derivato che limita l'esecuzione amministrativa delle norme dell'Unione in materia di concorrenza.

38. Nelle osservazioni delle parti interessate, la risposta a questa domanda è nascosta dietro molti strati di giurisprudenza e di diritto derivato. In sostanza, le ricorrenti, l'Autorità di vigilanza EFTA e il governo norvegese spiegano che il «regime transitorio» ha limitato l'applicazione dei principi alla base dell'articolo 101, paragrafo 1, TFUE solo attraverso la «via amministrativa». Ciò, tuttavia,

non ha limitato l'effetto diretto dell'articolo 101, paragrafo 1, TFUE e dell'articolo 53, paragrafo 1, dell'accordo SEE quando sono invocati dinanzi ai giudici nazionali, vale a dire l'autonoma «via giudiziaria».

39. Le convenute, in gran parte sostenute dalla Commissione, contestano quanto sopra. A loro avviso, i giudici nazionali non erano competenti ad applicare l'articolo 101, paragrafo 1, TFUE per due ragioni. In primo luogo, il Consiglio, agendo ai sensi dell'articolo 103 TFUE, avrebbe limitato il campo di applicazione *ratione materiae* dell'articolo 101 TFUE. Pertanto, il settore del trasporto aereo non sarebbe stato pienamente esposto ai «principi» contenuti in tale disposizione prima della data di applicazione del regolamento n. 1/2003. In secondo luogo, in base al «regime transitorio», solo un'autorità nazionale garante della concorrenza, e in alcuni casi la Commissione, potrebbero prendere posizione sulla compatibilità di un accordo anticoncorrenziale con l'articolo 101 TFUE. Tenuto conto di tali limitazioni dell'articolo 101, paragrafo 1, TFUE, il principio di omogeneità esigerebbe una analoga limitazione dell'effetto diretto dell'articolo 53, paragrafo 1, dell'accordo SEE.

40. A mio avviso, la risposta corretta alla suddetta tesi deriva direttamente dall'articolo 101 TFUE, dall'articolo 53 dell'accordo SEE e dalle inequivocabili norme in senso ampio. Pertanto, passerò ora a esaminare tale questione.

B. Applicazione dell'articolo 101, paragrafo 1, TFUE da parte del giudice del rinvio nel caso di specie

41. In via generale, per quanto riguarda l'applicazione dell'articolo 101, paragrafo 1, TFUE da parte dei giudici nazionali devono essere discusse tre questioni. In primo luogo, gli eventuali effetti di limitazione del «regime transitorio», di cui agli articoli 104 e 105 TFUE, sull'articolo 101 TFUE rispetto alle competenze ordinarie dei giudici nazionali (1). In secondo luogo, la misura in cui l'effetto diretto dei principi ora contenuti nell'articolo 101, paragrafo 1, TFUE è invocato da una parte che cerca di far valere i propri diritti dinanzi ai giudici nazionali (2). In terzo luogo, l'ambito *ratione materiae* dell'articolo 101, paragrafo 1, TFUE nel caso specifico in questione, ossia nel settore del trasporto aereo (3). Affronterò le singole questioni in sequenza.

1. Effetto del «regime transitorio» sull'articolo 101 TFUE

42. Nelle loro osservazioni, le convenute fanno valere, in sostanza, che il «regime transitorio» delineato negli articoli 104 e 105 TFUE priverebbe i giudici nazionali della loro competenza ad applicare l'articolo 101 TFUE. In risposta a una domanda posta dalla Corte, la Commissione ha adottato la stessa posizione. A suo giudizio, gli articoli 104 e 105 del TFUE potrebbero avere l'effetto di «mettere in pausa» la competenza dei giudici nazionali ad applicare l'articolo 101 TFUE in determinate circostanze.

43. Non condivido questa tesi.

44. Non vedo nulla nel testo degli articoli 104 e 105 TFUE che equivalga a un «pulsante di pausa» con riferimento alla competenza dei giudici nazionali. In realtà, nessuna delle due disposizioni limita l'applicazione dell'articolo 101 TFUE nei confronti dei giudici nazionali. Gli articoli 104 e 105 TFUE si limitano a stabilire le modalità dell'esecuzione amministrativa

dell'articolo 101 TFUE nelle more della decisione del Consiglio di agire ai sensi dell'articolo 103 TFUE. Tuttavia, la suddetta azione non riguarda l'applicazione *giudiziaria* dell'articolo 101 TFUE da parte dei giudici nazionali.

45. Per essere chiari: a mio avviso, l'applicazione giudiziaria dell'articolo 101, paragrafo 1, TFUE naturalmente *non si limita al controllo giurisdizionale* delle decisioni amministrative che in precedenza applicavano ed eseguivano le norme in materia di concorrenza dell'Unione. Il controllo di una decisione amministrativa che dà applicazione all'articolo 101, paragrafo 1, TFUE è certamente una delle modalità con cui i giudici nazionali possono essere chiamati ad applicare tale disposizione. Esistono nondimeno altri settori del diritto o altri mezzi di ricorso nell'ambito dei quali i giudici nazionali potrebbero eventualmente, in virtù del diritto dell'Unione o del diritto nazionale, essere chiamati ad applicare la medesima disposizione: si pensi, ad esempio, ad altri tipi di controllo amministrativo, alle azioni civili o persino ai procedimenti penali.

46. Ritengo importante sottolineare preliminarmente il suddetto elemento. Infatti, sembra esservi al riguardo una chiara tendenza riduzionista nelle argomentazioni delle convenute e della Commissione. A loro avviso, in sostanza, l'«applicazione» dell'articolo 101 TFUE equivale all'«esecuzione» di detta disposizione, che, a sua volta, si collega all'«accertamento e all'imposizione di sanzioni amministrative». Tale compito sarebbe stato affidato solo alla Commissione o alle autorità amministrative nazionali. Secondo questa logica, i giudici nazionali sarebbero implicitamente competenti in base al «regime transitorio» solo ove investiti del controllo giurisdizionale dell'esecuzione amministrativa effettuata dall'autorità amministrativa nazionale.

47. Non condivido questa tesi. Ove un giudice nazionale fosse stato chiamato ad applicare l'articolo 101, paragrafo 1, TFUE nell'ambito della propria competenza e del procedimento in corso, prima che il Consiglio avesse posto in essere atti di diritto derivato ai «fini dell'applicazione» dei principi sottesi all'articolo 101 TFUE, è *ovvio* che tale giudice nazionale avrebbe dovuto dare piena attuazione a tale disposizione¹⁸.

48. Ciò illustra una caratteristica comune che l'articolo 101 TFUE condivide con una serie di altre disposizioni del trattato, quali gli articoli 45 e 46 TFUE (libera circolazione dei lavoratori), gli articoli 49 e 50, paragrafo 2, TFUE (libertà di stabilimento) e l'articolo 157 TFUE (principio della parità di retribuzione per uno stesso lavoro). In tutti questi casi, così come in altri, la disposizione del trattato in questione stabilisce dapprima il principio per poi continuare con la designazione dell'istituzione o delle istituzioni dell'Unione appropriate per «dare corpo» a tale principio adottando specifiche norme aggiuntive che talvolta indicano anche esattamente ciò che tali norme «di attuazione» dovrebbero coprire. Tuttavia, per decenni, l'approccio di questa Corte è stato che, anche quando le norme «di attuazione» richieste non sono ancora in vigore, il «principio di base», quale enunciato nella disposizione del trattato, se direttamente efficace, va applicato in modo indipendente da tutte le autorità nazionali competenti, compresi, in particolare, i giudici nazionali quando chiamati ad applicare le suddette norme alle cause di cui sono investiti.

49. L'articolo 157 TFUE e il principio della parità di retribuzione per uno stesso lavoro potrebbero fornire un esempio al riguardo: anche prima che il legislatore dell'Unione adottasse a tal fine atti di diritto derivato, era evidente che i giudici nazionali erano incaricati di garantirne la piena efficacia e dovevano applicare tale principio alle cause (civili) di cui erano investiti¹⁹, indipendentemente da

¹⁸ In linea con la sentenza del 16 dicembre 1976, Rewe-Zentralfinanz e Rewe-Zentral (33/76, EU:C:1976:188, punto 5).

¹⁹ Già nella sentenza dell'8 aprile 1976, Defrenne (43/75, EU:C:1976:56, punti 12, 24 e 39).

qualsiasi «esecuzione amministrativa». Detta conclusione non dovrebbe sorprendere: secondo una giurisprudenza costante della Corte, l'assenza di misure di attuazione, qualunque sia la forma, non osta a che un singolo invochi disposizioni di diritto dell'Unione aventi effetto diretto²⁰.

50. Di conseguenza, da un punto di vista strutturale del trattato, l'applicabilità di (quello che attualmente è) l'articolo 101 TFUE da parte dei giudici nazionali è presente sin dall'entrata in vigore del trattato CEE. Inoltre, il primo e il secondo paragrafo di (quello che attualmente è) l'articolo 101 TFUE producevano pieni effetti anche prima che il Consiglio agisse in virtù del suo «conferimento di potere» ai sensi dell'articolo 103, paragrafo 1, TFUE²¹.

51. Alla luce di quanto precede, è comunque necessario esaminare in che misura l'articolo 101, paragrafo 1, TFUE fosse davvero dotato di effetto diretto prima che il Consiglio determinasse «le modalità di applicazione dell'articolo 101, paragrafo 3, TFUE».

2. Effetto diretto dell'articolo 101, paragrafo 1, TFUE

52. In risposta a una questione posta dalla Corte, le convenute e la Commissione hanno espresso l'opinione che l'articolo 101, paragrafo 1, TFUE non avesse alcun effetto diretto prima che il Consiglio agisse ai sensi dell'articolo 103, paragrafo 2, lettera b), TFUE. Non si potrebbe pervenire ad alcuna conclusione di segno contrario, dal momento che, già nel 1962, la Corte aveva interpretato l'articolo 101 TFUE nel senso che esso va considerato «come inscindibil[e]»²². Inoltre, la sentenza *Courage e Crehan*²³ costituirebbe una prova della necessità di una previa azione del Consiglio, poiché tale causa ha, in realtà, riconosciuto l'esistenza di un effetto diretto solo *dopo* che il Consiglio aveva adottato misure di attuazione in forza dell'articolo 101 TFUE. Detta disposizione non poteva quindi, di per sé, avere effetto diretto.

53. Le ricorrenti contestano invece tale posizione, basandosi principalmente sulla sentenza *SABAM*²⁴ per sostenere che l'effetto diretto dell'articolo 101, paragrafo 1, TFUE non necessita prelieve misure di attuazione.

54. Concordo con le ricorrenti. A mio avviso, la posizione delle convenute e della Commissione, in senso figurato, mette «il carro davanti ai buoi».

55. Secondo una giurisprudenza consolidata, l'effetto diretto deve essere esaminato considerando la natura, lo spirito e la lettera della disposizione di cui trattasi²⁵. Una disposizione sarà dotata di effetto diretto se è sufficientemente chiara, precisa²⁶ e incondizionata²⁷. In quanto tale, non è necessario che un'intera disposizione sia dotata di effetto diretto o sia direttamente applicabile

²⁰ V., a titolo illustrativo, sentenze del 9 marzo 1978, *Simmenthal* (106/77, EU:C:1978:49, punti 19 e 20); del 17 settembre 2002, *Baumbast e R* (C-413/99, EU:C:2002:493, punto 80), nonché del 4 febbraio 2016, *Ince* (C-336/14, EU:C:2016:72, punto 59).

²¹ Come è spiegato in prosieguo, ai paragrafi 58 e da 70 a 78 delle presenti conclusioni, il Consiglio non ha mai limitato tali effetti.

²² Sentenza del 6 aprile 1962, *de Geus* (13/61, EU:C:1962:11, punto 52).

²³ Sentenza del 20 settembre 2001, *Courage e Crehan* (C-453/99, EU:C:2001:465) (in prosieguo: la «sentenza *Courage*»).

²⁴ Sentenza del 30 gennaio 1974, *BRT e Société belge des auteurs, compositeurs et éditeurs* (127/73, EU:C:1974:6) (in prosieguo: la «sentenza *SABAM*»).

²⁵ V., ad esempio, sentenza del 4 dicembre 1974, *Van Duyn* (41/74, EU:C:1974:133, punto 12).

²⁶ V., ad esempio, sentenze del 1° luglio 2010, *Gassmayr* (C-194/08, EU:C:2010:386, punto 45); del 7 settembre 2017, *H.* (C-174/16, EU:C:2017:637, punto 69); e del 6 novembre 2018, *Bauer e Willmeroth* (C-569/16 e C-570/16, EU:C:2018:871, punto 72).

²⁷ V., ad esempio, sentenze del 15 maggio 2014, *Almos Agrárkúllerkeskedelmi* (C-337/13, EU:C:2014:328, punto 32); del 12 ottobre 2017, *Lombard Ingtatlan Lizing* (C-404/16, EU:C:2017:759, punto 36); e del 14 gennaio 2021, *RTS infra e Aannemingsbedrijf Norré-Behaegel* (C-387/19, EU:C:2021:13, punto 46).

letteralmente. Al contrario, la Corte procede per estrazione: vale a dire tenta di determinare se dalla disposizione (eventualmente più estesa e complessa) di diritto dell'Unione possa essere estratta una particolare regola di comportamento applicabile²⁸.

56. Le sentenze SABAM e Courage e Crehan sono esempi calzanti di questo approccio «relazionale» all'effetto diretto. Nella sentenza SABAM, la Corte ha ritenuto che il divieto contenuto nell'articolo 85, paragrafo 1, del trattato CEE (attualmente articolo 101, paragrafo 1, TFUE) potesse essere utilizzato come «scudo» *in relazione ai* diritti specifici di un compositore di non vedersi opposta una clausola di cessione esclusiva in un contratto con una società di gestione dei diritti d'autore²⁹. Analogamente, nella sentenza Courage e Crehan, la Corte ha ritenuto che la stessa disposizione potesse essere utilizzata come «spada» *in relazione a* una richiesta di risarcimento danni derivante da una clausola contrattuale contraria all'articolo 85 del trattato CEE (attualmente articolo 101 TFUE)³⁰. In entrambe le cause, la Corte ha così estratto dall'articolo 101 TFUE *nel suo insieme* la parte della disposizione che produce effetti diretti tra i singoli: il divieto di taluni accordi anticoncorrenziali, contenuto nel primo paragrafo di tale disposizione³¹.

57. Tale divieto è inequivocabile e stabilisce un obbligo giuridico chiaro ed esecutivo: «non fare cartello». Il suddetto comando non è subordinato ad alcuna condizione: *qualsiasi* accordo di questo tipo tra imprese è «incompatibile con il mercato interno». È questo diritto direttamente applicabile che i singoli traggono direttamente dal trattato, che essi possono invocare per far valere le proprie pretese e che i giudici nazionali devono tutelare³².

58. Contrariamente a quanto sostenuto dalla Commissione in udienza, la natura dei diritti tutelati dall'articolo 101, paragrafo 1, TFUE non è inficiata dall'*attribuzione procedurale*, ai sensi dell'articolo 103, paragrafo 2, lettera b), TFUE, con cui l'istituzione, dal punto di vista della procedura, potrebbe «giungere» ad un accordo ai sensi dell'articolo 101, paragrafo 3, TFUE. Infatti, è palese che, in alcuni casi, un giudice è tenuto solo ad applicare l'articolo 101, paragrafo 1, TFUE per condannare al risarcimento del danno in sede civile in caso di attività anticoncorrenziale³³. Allo stesso modo, un giudice potrebbe doversi basare sull'articolo 101, paragrafo 2, TFUE solo per stabilire l'esclusione di clausole contrattuali incompatibili³⁴. In altre parole, in considerazione della *specificità di talune domande* presentate a un giudice nazionale, i singoli elementi dell'articolo 101 TFUE possono benissimo essere *scindibili*. In tali circostanze, non occorre che i giudici nazionali facciano ricorso all'articolo 101, paragrafo 3, TFUE.

59. Infatti, le sentenze SABAM e Courage e Crehan dimostrano perfettamente il rapporto di indipendenza tra il primo e il terzo paragrafo dell'articolo 101 TFUE. Entrambi i casi sono sorti in un periodo in cui il Consiglio aveva esercitato i propri poteri ai sensi dell'articolo 103, paragrafo 2, lettera b), TFUE e aveva attribuito alla Commissione la competenza esclusiva ad adottare una decisione ai sensi dell'articolo 85, paragrafo 3, del trattato CEE (attualmente articolo 101,

²⁸ Sentenza dell'8 aprile 1976, Defrenne (43/75, EU:C:1976:56, punti da 30 a 39). V., altresì, conclusioni presentate dall'avvocato generale Trabucchi nella causa Defrenne (43/75, EU:C:1976:39, dispositivo), nonché conclusioni da me presentate nella causa Klohn (C-167/17, EU:C:2018:387, paragrafo 42).

²⁹ Sentenza SABAM, punto 16.

³⁰ Sentenza Courage, punti da 24 a 26.

³¹ Sentenze SABAM, punto 16, e Courage, punti 23 e 24.

³² In tal senso, v. sentenza del 5 giugno 2014, Kone e a. (C-557/12, EU:C:2014:1317, punti 20 e 22 e giurisprudenza citata).

³³ V., ad esempio, sentenza Courage, punto 26.

³⁴ V. sentenza del 18 dicembre 1986, VAG France (10/86, EU:C:1986:502, punto 15).

paragrafo 3, TFUE). Il fatto che una diversa istituzione, la Commissione, fosse incaricata di decidere sull'applicabilità dell'allora articolo 85, paragrafo 3, del trattato CEE non rappresentava un problema per l'azionabilità dei diritti contenuti nell'articolo 85, paragrafo 1, del trattato CEE³⁵.

60. Questa conclusione non è inficiata dalla descrizione dell'articolo 85 del Trattato CEE «come inscindibil[e]» nella sentenza de Geus³⁶. In detta causa, il distributore tedesco di frigoriferi di marca Bosch invocava a sua difesa l'articolo 85 del trattato CEE per annullare una clausola di «divieto di esportazione» contenuta in un contratto di distribuzione esclusiva che aveva stipulato con la Bosch. I fatti di detta causa, tuttavia, si sono verificati prima dell'entrata in vigore del regolamento n. 17/62. Ciò significa che non esisteva *nessuna procedura amministrativa* per gestire gli effetti derivanti dall'articolo 85, paragrafi 1 e 2, del trattato CEE (attualmente articolo 101, paragrafi 1 e 2, TFUE). In tale contesto, la Corte non aveva altra scelta che continuare a dare attuazione all'accordo in questione, *fino a quando non fosse stata istituita una procedura amministrativa* per gestire l'eventuale applicazione dell'articolo 85, paragrafo 3 del trattato CEE (attualmente articolo 101, paragrafo 3, TFUE)³⁷.

61. È entro detti limiti di fatto che la Corte ha considerato l'articolo 85 del trattato CEE «come inscindibil[e]»³⁸. L'interpretazione contraria avrebbe comportato una conseguenza inammissibile: «colpire di nullità assoluta determinate intese ancor prima di aver avuto la possibilità di sapere e quindi di constatare a quali accordi vada applicato l'articolo 85 nel suo complesso»³⁹.

62. La sentenza de Geus è stata quindi pronunciata alla luce della mancata elaborazione da parte delle istituzioni di un dispositivo amministrativo per gestire gli effetti dell'«applicabil[ità] dell'articolo 85 del trattato CEE] dal momento dell'entrata in vigore del trattato»⁴⁰. Come l'Autorità di vigilanza EFTA giustamente afferma, all'epoca la questione dell'effetto diretto (e quindi l'invocazione individuale dell'articolo 85, paragrafo 1 del Trattato CEE dinanzi ai giudici nazionali) non si poneva, poiché la sentenza de Geus è stata emessa *prima* che la Corte chiarisse per la prima volta la nozione dell'effetto diretto delle disposizioni del Trattato CEE⁴¹.

63. Per tutte queste ragioni, ritengo che possa essere tratto solo un orientamento molto limitato da una sentenza della Corte pronunciata nel 1962 in circostanze giuridiche e costituzionali molto diverse. In particolare, in assenza di qualsiasi effetto diretto delle disposizioni del trattato, naturalmente solo la questione della competenza amministrativa esecutiva espressamente attribuita, o piuttosto la sua assenza, sarebbe stata davvero determinante.

64. Non mi convincono neppure le argomentazioni delle convenute per quanto riguarda le sentenze Asjes e a.⁴² e Saeed Flugreisen e Silver Line Reisebüro⁴³, invocate a sostegno della propria posizione sulla questione dell'effetto diretto dell'articolo 101, paragrafo 1, TFUE. Tali cause non sono state definite nel contesto di una parte che invocava l'effetto diretto di tale disposizione. Esse riguardavano invece la questione della *nullità* ipso iure, ai sensi

³⁵ V. altresì sentenze SABAM, punto 21, e Courage, punti 22 e 28.

³⁶ V. sentenze del 6 aprile 1962, de Geus (13/61, EU:C:1962:11, punto 52), e del 9 luglio 1969, Portelange (10/69, EU:C:1969:36, punti 10 e 13).

³⁷ Sentenza del 6 aprile 1962, de Geus (13/61, EU:C:1962:11, punti da 51 a 53).

³⁸ Ibidem, punto 52.

³⁹ Ibidem.

⁴⁰ Ibidem, punto 51.

⁴¹ Sentenza del 5 febbraio 1963, van Gend & Loos (26/62, EU:C:1963:1, pag. 13).

⁴² Sentenza del 30 aprile 1986, Asjes e a. (da 209/84 a 213/84, EU:C:1986:188) (in prosieguo: la «sentenza Asjes»).

⁴³ Sentenza dell'11 aprile 1989, Saeed Flugreisen e Silver Line Reisebüro (66/86, EU:C:1989:140) (in prosieguo: la «sentenza Saeed»).

dell'articolo 85, paragrafo 2, del trattato CEE, delle tariffe aeree approvate dal governo prima che un'autorità amministrativa si pronunciasse sulla loro compatibilità con l'articolo 85, paragrafo 3, del trattato CEE, sia in base al regime applicabile nel «periodo transitorio» di cui agli articoli 88 e 89 del trattato CEE (attualmente articoli 104 e 105 del TFUE) o del regolamento n. 3975/87⁴⁴. Poiché né le «autorità degli Stati membri»⁴⁵ né la Commissione⁴⁶ si erano pronunciate sull'applicabilità dell'articolo 85 del trattato CEE agli accordi in questione, la Corte ha statuito che l'eventuale nullità di tali accordi non poteva essere presunta ipso iure per il solo fatto che l'articolo 85 del trattato CEE potesse eventualmente essere applicabile agli accordi in questione.

65. Le sentenze *Asjes e a.* e *Saeed Flugreisen e Silver Line Reisebüro* sono quindi intrappolate nella logica del loro tempo: in circostanze in cui le autorità degli Stati membri o la Commissione non avevano preso alcuna decisione amministrativa in merito a presunti accordi o pratiche anticoncorrenziali ai sensi dell'articolo 85, paragrafo 3, del trattato CEE, ma *una futura autorizzazione retroattiva era ancora possibile* in base al sistema in vigore all'epoca, era evidente che gli operatori economici potessero presumere, in buona fede, che le loro relazioni commerciali non sarebbero state risolte ipso iure *finché* le autorità amministrative in questione non avessero adottato una decisione sui loro accordi o pratiche⁴⁷.

66. Nel caso di specie, cosa ancora più importante, le convenute *non possono invocare il rischio di conflitto* derivante da un'eventuale autorizzazione retroattiva dei comportamenti di cui trattasi. Infatti, il sistema di «esenzione» del regolamento n. 1/2003, come modificato, che ha abrogato il precedente regime di cui ai regolamenti n. 17/62 e n. 3975/87, non consente un intervento retroattivo. Inoltre, come dimostra l'articolo 34, paragrafo 1, del regolamento n. 1/2003, gli accordi che rientravano nell'ambito di applicazione dei regolamenti n. 17/62 e n. 3975/87, e che *sono stati* notificati alla Commissione, sono decaduti a partire dal 1° maggio 2004. In altri termini, anche se le convenute avessero notificato i propri accordi alla Commissione⁴⁸, tali notifiche non fungerebbero, in ogni caso, da «rete di protezione» al trattamento di detti accordi nell'ambito del sistema istituito dal regolamento n. 1/2003.

67. Quindi, ancora una volta, vale la pena sottolineare specificamente che nelle circostanze del caso di specie, la coerenza interna fondamentale dell'«imperativo di cui all'articolo 101 TFUE», così come l'esigenza di certezza del diritto per gli operatori economici, non sussistono. Questa finestra è stata chiusa da tempo.

68. In sintesi, è quindi chiaro che l'articolo 101, paragrafo 1, TFUE e i suoi predecessori erano direttamente applicabili dall'entrata in vigore del trattato CEE. Essi hanno continuato ad avere effetto diretto lungo l'intero periodo, cosicché i singoli potessero azionare i propri diritti dinanzi ai giudici nazionali competenti. Soprattutto, questo potere autonomo conferito ai giudici nazionali di applicare l'articolo 101, paragrafo 1, TFUE conformemente a detto potere e in linea con il tipo di procedimento di cui venivano investiti in base al diritto nazionale, in realtà non è mai stato limitato dal Consiglio mediante l'applicazione dell'attuale articolo 103 TFUE.

⁴⁴ Sentenze *Saeed*, punto 29, e *Asjes*, punti da 52 a 56 e 59.

⁴⁵ Sentenze *Saeed*, punti 4 e 29, e *Asjes*, punto 57.

⁴⁶ Sentenze *Saeed*, punti 4 e 29, e *Asjes*, punto 59.

⁴⁷ V., per analogia, il ragionamento seguito dalla Corte nella sentenza del 22 marzo 1961, *Snupat/Alta Autorità* (42/59 e 49/59, EU:C:1961:5, punto 87).

⁴⁸ Circostanza che le ricorrenti nel procedimento principale negano, ma la cui verifica in ultima analisi spetta al giudice del rinvio.

69. Rimane tuttavia la questione se vi siano o vi siano state limitazioni quanto all'applicazione *ratione materiae* dell'articolo 101, paragrafo 1, TFUE al caso specifico del settore del trasporto aereo.

3. Ambito di applicazione *ratione materiae* dell'articolo 101, paragrafo 1, TFUE

70. Le convenute e la Commissione sostengono che, poiché il Consiglio non ha esercitato la competenza di cui all'articolo 103, paragrafo 2, lettera c), TFUE per sottoporre l'intero settore del trasporto aereo alle norme in materia di concorrenza del Trattato, i giudici nazionali non avrebbero potuto agire nell'ambito di un'azione avviata ai sensi dell'articolo 101, paragrafo 1, TFUE per dichiarare incompatibili detti accordi. Sarebbe stato così anche se l'effetto diretto fosse stato disponibile. Le suddette parti sottolineano la specifica esclusione dell'intero settore del trasporto aereo dal regolamento n. 17/62 e la limitata apertura delle norme in materia di concorrenza alle «rotte intra-UE» del trasporto aereo mediante il regolamento n. 3975/87. Solo a partire dal 1° maggio 2004, data di applicazione del regolamento n. 1/2003, come modificato, il settore del trasporto aereo sarebbe stato aperto alle norme del diritto dell'Unione in materia di concorrenza⁴⁹.

71. Non condivido tali argomentazioni.

72. In virtù dell'articolo 103, paragrafo 1, TFUE, il Consiglio stabilisce «[i] regolamenti o le direttive utili ai fini dell'applicazione dei principi contemplati» dall'articolo 101 TFUE. L'articolo 103, paragrafo 2, TFUE elenca poi esempi di quanto il Consiglio può intraprendere a tal fine. La lettera c) stabilisce che il Consiglio può «precisare, eventualmente, per i vari settori economici», il campo di applicazione dell'articolo 101 TFUE.

73. Il carattere espressamente *facoltativo* di tale azione è ciò che distingue la lettera c) dalla lettera b) nell'articolo 103, paragrafo 2, TFUE e l'*obbligo* di «dare corpo» all'articolo 101, paragrafo 3, TFUE. Infatti, il ricorso nella lettera c) di detto articolo all'espressione «eventualmente»⁵⁰ indica chiaramente che il campo di applicazione dei principi contenuti nell'articolo 101 TFUE era destinato, *per difetto*, a coprire l'intera economia, potendo il Consiglio decidere se discostarsi da questo stato di fatto per settori specifici dell'economia.

74. L'imperativo del mercato unico sotteso a tale disposizione è sconcertante: naturalmente, il campo di applicazione dell'articolo 101 TFUE avrebbe potuto essere redatto con l'obiettivo di ampliare gradualmente, in tranci «digeribili», il campo di applicazione del diritto dell'Unione in materia di concorrenza. In tal modo, per lo specifico settore dei trasporti, come è stato fatto nel caso della politica agricola comune, si sarebbe potuto accordare preminenza a questi approcci settoriali (specifici) rispetto alle norme (generali) sulla concorrenza⁵¹.

75. Nel caso di specie, tuttavia, ciò non si è verificato⁵². Pertanto, a mio avviso, e soprattutto alla luce della struttura degli articoli 101 e 103 TFUE, il trattato presuppone la piena applicazione delle norme sulla concorrenza a tutti i settori dell'economia. Al fine di adempiere tale compito, esso ha stabilito un ambito di applicazione *ratione materiae* generalmente illimitato

⁴⁹ V. articolo 45 del regolamento n. 1/2003.

⁵⁰ Analogamente «v případě potřeby» in ceco; «in voorkomende gevallen» in neerlandese; «if need be» in inglese; «le cas échéant» in francese; «gegebenfalls» in tedesco; o «eventualmente» in spagnolo.

⁵¹ V., in proposito, articolo 42 TFUE e sentenza del 14 novembre 2017, APVE e a. (C-671/15, EU:C:2017:860, punti da 36 a 38).

⁵² Sentenza Asjes, punto 45.

dell'articolo 101 TFUE nell'interesse della realizzazione del funzionamento di un mercato unico⁵³, fatta salva solo la possibilità «eventualmente» dell'esclusione settoriale specifica di cui all'articolo 103, paragrafo 2, lettera c), TFUE.

76. Contrariamente a quanto sostenuto dalle convenute e dalla Commissione, i regolamenti n. 17/62 e n. 3975/87 non dimostrano che il Consiglio abbia cercato di limitare l'ambito di applicazione *ratione materiae* dell'articolo 101, paragrafo 1, TFUE. Infatti, il regolamento n. 17/62 ha principalmente istituito un sistema *procedurale* per l'applicazione da parte della Commissione dell'allora articolo 85, paragrafi 1 e 3, del Trattato CEE (attualmente articolo 101, paragrafi 1 e 3, TFUE)⁵⁴. Esso non precisava nulla sull'ambito di applicazione *ratione materiae* dell'articolo 101, paragrafo 1, TFUE. Analogamente, il regolamento (CEE) n. 141/62 del Consiglio, che modifica il regolamento n. 17/62, si limitava a disporre che il sistema *amministrativo* istituito dal regolamento n. 17/62 non si applicasse al settore dei trasporti (e quindi al trasporto aereo)⁵⁵. Tale esclusione, tuttavia, non riguarda l'ambito di applicazione *ratione materiae* dell'articolo 101, paragrafo 1, TFUE quando è applicato dai giudici nazionali al settore dei trasporti aerei.

77. Infine, il regolamento n. 3975/87 ha «fatto aderire» parzialmente il settore del trasporto aereo alla sola applicazione *amministrativa* delle norme dell'Unione in materia di concorrenza. Come spiegato nel secondo considerando di detto regolamento, tale adesione parziale era necessaria dato che «la Commissione non [disponeva] (...) dei mezzi che le consent[issero] di istruire direttamente i casi di presunta infrazione degli articoli 85 e 86 del trattato nel settore dei trasporti aerei»⁵⁶. Anche in questo caso, tuttavia, tale regolamento non contiene alcuna limitazione dell'ambito di applicazione dell'articolo 101, paragrafo 1, TFUE in un'azione risarcitoria privata dinanzi ai giudici nazionali.

78. In altre parole, l'intero meccanismo volto alla presunta esclusione del settore del trasporto aereo da (quello che attualmente è) l'articolo 101 TFUE era limitato all'esecuzione *amministrativa* dei principi contenuti in detta disposizione⁵⁷. I regolamenti n. 17/62 e n. 3975/87 non pregiudicavano l'applicazione *giudiziaria* da parte dei giudici nazionali, nell'ambito delle rispettive competenze, che essi possedevano autonomamente in base al diritto nazionale, dei principi ora contenuti nell'articolo 101, paragrafo 1, TFUE⁵⁸. Invero, a tal proposito, concordo con le ricorrenti e con l'Autorità di vigilanza EFTA: questo «percorso parallelo» per l'eventuale esecuzione del divieto di cui all'articolo 101, paragrafo 1, TFUE è rimasto impregiudicato dal diritto derivato adottato dal Consiglio.

⁵³ V., in tal senso, sentenza del 1° giugno 1999, *Eco Swiss* (C-126/97, EU:C:1999:269, punto 36).

⁵⁴ V. ad esempio il secondo, sesto e ottavo considerando del regolamento n. 17/62. V. altresì articolo 2, articolo 6, paragrafo 1, articolo 8, paragrafo 1, e articolo 9, paragrafo 3, di detto regolamento.

⁵⁵ Come spiegato nel primo considerando del regolamento n. 141/62 (GU 1962, 124, pag. 2751). V. altresì l'articolo 1 del medesimo regolamento.

⁵⁶ Secondo considerando del regolamento n. 3975/87.

⁵⁷ Come la stessa Commissione ha spiegato nelle sue osservazioni nella causa *Asjes*, «l'assenza dei provvedimenti di applicazione di cui all'art[icolo] 87 [relativo all'ambito di applicazione *ratione materiae* dell'articolo 85 del Trattato CEE] non osta a che i giudici nazionali siano eventualmente chiamati a pronunciarsi sulla compatibilità di un accordo o di una prassi determinata con le regole di concorrenza, essendo queste ultime direttamente efficaci».

⁵⁸ Come già spiegato in precedenza ai paragrafi da 43 a 47 delle presenti conclusioni, nell'attribuire semplicemente la competenza amministrativa per l'accertamento di eventuali violazioni del diritto della concorrenza, tali regolamenti hanno indirettamente attribuito anche la competenza a procedere al controllo giurisdizionale di tali decisioni amministrative (v. rispettivamente articolo 9 del regolamento n. 17/62 e articolo 7 del regolamento n. 3975/87). Tuttavia, e ancora una volta, tali disposizioni non hanno naturalmente avuto alcun impatto su altri possibili casi di applicazione giudiziaria dell'articolo 101 TFUE in qualsiasi *altro tipo di procedimento* in cui tale applicazione possa essere sorta dinanzi ai giudici nazionali.

79. Pertanto, la mancanza di ogni specifica disposizione nel diritto nazionale che disciplini l'applicazione giudiziaria dell'articolo 101 TFUE non può impedire al Rechtbank Amsterdam (Tribunale di Amsterdam) di applicare l'articolo 101, paragrafo 1, TFUE al settore del trasporto aereo, quando tale disposizione è invocata dinanzi a detto giudice al fine di ottenere una sentenza di accertamento e il risarcimento del danno derivante dal comportamento anticoncorrenziale delle convenute per le rotte UE-paesi terzi prima del 1° maggio 2004.

C. Rapporto tra l'articolo 53 dell'accordo SEE e le norme in materia di concorrenza del diritto primario dell'Unione

80. Il governo norvegese e l'Autorità di vigilanza EFTA sostengono che, poiché l'articolo 53 dell'accordo SEE è identico nella sostanza all'articolo 101 TFUE, il principio di omogeneità impone un'interpretazione uniforme delle due disposizioni. Nel corso dell'udienza, l'Autorità di vigilanza EFTA ha inoltre spiegato che l'assenza di una disposizione equivalente all'articolo 104 TFUE nell'accordo SEE non pregiudicherebbe detta lettura omogenea dell'articolo 101 TFUE e dell'articolo 53 dell'accordo SEE, poiché, in ogni caso, l'articolo 104 TFUE non limita l'articolo 101 TFUE.

81. La Commissione concorda sulla necessità di una lettura armoniosa dell'articolo 101 TFUE e dell'articolo 53 dell'accordo SEE. Tuttavia, all'udienza, la stessa Commissione ha chiesto se l'assenza di una disposizione equivalente all'articolo 104 TFUE non pregiudichi tale compito, tanto più che l'effetto degli articoli 104 e 105 TFUE sarebbe quello di eliminare la competenza dei giudici nazionali ad applicare direttamente l'articolo 101, paragrafo 1, TFUE.

82. In sostanza, le convenute adottano al riguardo la medesima posizione della Commissione. A loro avviso, il «regime transitorio» di cui all'articolo 104 e all'articolo 105 TFUE avrebbe impedito all'articolo 101, paragrafo 1, TFUE di avere effetto diretto, per cui anche l'articolo 53, paragrafo 1, dell'accordo SEE deve essere considerato privo di effetto diretto prima che il comitato misto dichiarasse il regolamento n. 1/2003 applicabile nel SEE dal 19 maggio 2005.

83. Alla luce delle mie deduzioni nella sezione B delle presenti conclusioni, concordo con le affermazioni del governo norvegese e dell'Autorità di vigilanza EFTA.

84. È pacifico che l'accordo SEE costituisce parte integrante del diritto dell'Unione⁵⁹. Quando le sue disposizioni sono incondizionate e sufficientemente precise, esse hanno un effetto diretto negli Stati membri⁶⁰. La Corte ha anche affermato che, in virtù del principio di omogeneità⁶¹, le disposizioni dell'accordo SEE, che sono identiche nella sostanza a quelle del trattato, devono essere interpretate in maniera uniforme⁶².

⁵⁹ Sentenze del 15 giugno 1999, Andersson e Wåkerås-Andersson (C-321/97, EU:C:1999:307, punti 26 e 27), e del 2 aprile 2020, Ruska Federacija (C-897/19 PPU, EU:C:2020:262, punto 49 e giurisprudenza ivi citata).

⁶⁰ V., a questo proposito, sentenze del 5 febbraio 1976, Conceria Bresciani (87/75, EU:C:1976:18, punto 25), e del 26 ottobre 1982, Kupferberg (104/81, EU:C:1982:362, punto 23). Per quanto riguarda l'accordo SEE, v. sentenza del 22 gennaio 1997, Opel Austria/Consiglio (T-115/94, EU:T:1997:3, punti 101 e 102).

⁶¹ V. articoli 6, 105 e 106 dell'accordo SEE e articolo 3 dell'accordo tra gli Stati EFTA sull'istituzione di un'Autorità di vigilanza e di una Corte di giustizia.

⁶² Sentenze del 23 settembre 2003, Ospelt e Schlössle Weissenberg (C-452/01, EU:C:2003:493, punto 29 e giurisprudenza ivi citata), e del 6 ottobre 2009, Commissione/Spagna (C-153/08, EU:C:2009:618, punti 48 e 49).

85. L'articolo 101 TFUE e l'articolo 53 dell'accordo SEE stabiliscono rispettivamente un divieto, gli effetti di quest'ultimo e una possibile deroga. Alla luce del principio di omogeneità, queste due disposizioni devono quindi essere interpretate in modo uniforme⁶³. Di conseguenza, come nel caso dell'articolo 101, paragrafo 1, TFUE, si deve ritenere che anche l'articolo 53, paragrafo 1, dell'accordo SEE sia dotato di effetto diretto e crei diritti in capo ai singoli interessati, che i giudici nazionali devono tutelare⁶⁴.

86. Alla luce dell'equivalenza tra l'effetto dell'articolo 101 TFUE e dell'articolo 53 dell'accordo SEE, non vedo come le constatazioni a cui sono giunto ai paragrafi da 55 a 68 delle presenti conclusioni sull'articolo 101, paragrafo 1, TFUE debbano essere diverse per l'articolo 53, paragrafo 1, dell'accordo SEE. Pertanto, i giudici nazionali possono applicare l'articolo 53, paragrafo 1, dell'accordo SEE per dichiarare incompatibili con tale disposizione alcuni comportamenti anticoncorrenziali.

87. Per ragioni analoghe a quelle relative all'articolo 101 TFUE, devo anche respingere le argomentazioni delle convenute circa l'ambito di applicazione *ratione materiae* limitato dell'articolo 53, paragrafo 1, dell'accordo SEE. È vero che l'articolo 1 del protocollo 21 dell'accordo SEE precisa che l'Autorità di vigilanza EFTA deve innanzitutto «applicare i principi di cui» all'articolo 53 dell'accordo SEE. Almeno in questo senso, esso rispecchia l'articolo 103 TFUE. Tuttavia, non vi è nulla nel fascicolo della causa che suggerisca che l'articolo 1 del protocollo 21 dell'accordo SEE sia stato utilizzato per limitare il campo di applicazione dell'articolo 53 dell'accordo SEE o la competenza dei giudici nazionali ad applicare tale disposizione. Infatti, come ho spiegato ai paragrafi da 76 a 78 delle presenti conclusioni, i vari atti di diritto derivato adottati dal Consiglio ai sensi dell'articolo 103, paragrafo 2, lettera c), TFUE, e integrati nell'accordo SEE dalla data della loro notifica, non hanno mai avuto l'effetto di limitare il campo di applicazione *ratione materiae* dell'articolo 53 dell'accordo SEE.

88. L'assenza di una disposizione equivalente all'articolo 104 TFUE nell'accordo SEE non inficia tale conclusione. Come ho spiegato al paragrafo 44 delle presenti conclusioni, l'effetto dell'articolo 104 TFUE non è quello di limitare la portata strutturale o l'applicazione dell'articolo 101 TFUE. La sua assenza non può quindi incidere sulla portata o sull'applicazione dell'articolo 53 dell'accordo SEE. In ogni caso, l'articolo 104 TFUE era destinato a colmare il periodo che intercorre tra l'entrata in vigore delle norme sulla concorrenza del Trattato e il momento in cui il Consiglio avrebbe agito per porre in essere un dispositivo amministrativo per gestire l'articolo 101 TFUE, in particolare il suo paragrafo 3⁶⁵.

89. Tuttavia, un tale periodo transitorio non è mai esistito nemmeno per l'accordo SEE. I regolamenti n. 17/62, n. 141/62 e n. 3975/87 sono divenuti parte integrante dell'accordo SEE ai sensi dell'allegato XIV, a partire dalla data di notifica di tale accordo. Analogamente, l'articolo 56 dell'accordo SEE non incide su tale conclusione, poiché si limita a stabilire la competenza condivisa (e bipolarizzata) tra la Commissione e l'Autorità di vigilanza EFTA per l'applicazione dell'articolo 53 dell'accordo SEE⁶⁶.

⁶³ V., per analogia, sentenza della Corte EFTA del 30 maggio 2018, *Fjarskipti/Síminn* (E-6/17, Relazione della Corte EFTA 2018, pag. 81, punto 28).

⁶⁴ *Ibidem*, punti 29 e 32, e giurisprudenza ivi citata. V. altresì sentenza della Corte EFTA del 17 settembre 2018, *Nye Kystlink AS/Color Group AS e Color Line AS* (E-10/17, Relazione della Corte EFTA 2018, pag. 293, punto 71).

⁶⁵ V. supra paragrafi da 30 a 33 delle presenti conclusioni.

⁶⁶ V. punto 29 della Comunicazione relativa alla cooperazione tra i giudici nazionali e l'Autorità di vigilanza EFTA nell'applicazione degli articoli 53 e 54 dell'accordo SEE (GU 1995, C 112, pag. 7).

90. Pertanto, a mio avviso, non vi sono nemmeno restrizioni all'ambito di applicazione ratione materiae dell'articolo 53, paragrafo 1, dell'accordo SEE che ostacolino la facoltà delle ricorrenti di invocare l'effetto diretto dell'articolo 53, paragrafo 1, dell'accordo SEE dinanzi al giudice del rinvio per chiedere una sentenza di accertamento e il risarcimento del danno in relazione al coordinamento da parte delle convenute di vari elementi del prezzo da applicare ai servizi di trasporto aereo su rotte SEE-paesi terzi non UE prima del 19 maggio 2005.

D. Quadro più ampio: esecuzione pubblica e privata delle norme sulla concorrenza

91. Benché faccia parte anch'esso della questione del giudice del rinvio, alla luce delle osservazioni già formulate nelle presenti conclusioni, non ritengo necessario affrontare separatamente la natura dell'articolo 6 del regolamento n. 1/2003. Invero, come suggerito nelle sezioni precedenti, i giudici degli Stati membri sono sempre stati competenti ad applicare l'articolo 101, paragrafo 1, TFUE (il divieto sostanziale ivi contenuto) *nell'ambito delle rispettive competenze e ai fini dei procedimenti dinanzi ad essi*. Non è quindi necessario che la Corte esamini, nel contesto del caso di specie, se, e a partire da quale momento preciso, vi fosse anche una «fonte» di diritto derivato che conferisse le suddette attribuzioni ai sensi dell'articolo 6 del regolamento n. 1/2003.

92. Ancora una volta, desidero sottolineare «l'ambito delle “rispettive competenze”» di cui detti giudici nazionali già godono in base al diritto nazionale. Come ricordano correttamente le convenute e la Commissione, il «regime transitorio» degli articoli 103 e 104 TFUE non conferiva alcun potere esplicito ai giudici nazionali. Infatti, i giudici nazionali, in mancanza di una legge nazionale che lo preveda espressamente, non possono trarre dall'articolo 101, paragrafo 1, TFUE o dall'articolo 53, paragrafo 1, dell'accordo SEE poteri investigativi o inquirenti analoghi a quelli conferiti alle autorità amministrative competenti degli Stati membri, che sono normalmente incaricate di indagare sulle violazioni delle norme in materia di concorrenza nell'ambito di procedimenti amministrativi o addirittura penali. Tuttavia, allo stesso modo, questo quadro *non avrebbe potuto togliere nulla* ai giudici nazionali. Detto semplicemente, questo quadro costituzionale non ha dato né tolto nulla a questi ultimi. Nessuna forma di diritto primario o derivato dell'Unione ha cercato di limitare la competenza dei giudici nazionali ad applicare direttamente l'articolo 101, paragrafo 1, TFUE o l'articolo 53, paragrafo 1, dell'accordo SEE, quando dette disposizioni sono invocate in un procedimento dinanzi a essi, per proteggere i diritti soggettivi derivanti dal diritto dell'Unione.

93. L'azione risarcitoria avviata dalle ricorrenti nella presente causa illustra questo punto. Come ogni altro giudice nazionale nell'Unione europea, il giudice del rinvio è competente ad accertare la suddetta responsabilità in base alle norme nazionali pertinenti. Ai fini della valutazione di un illecito che dà luogo a tale responsabilità, la questione se una società abbia o meno violato i propri obblighi di legge è tipicamente il primo elemento da stabilire al riguardo. Tuttavia, questa valutazione fa naturalmente parte della decisione (di diritto privato) sull'eventuale responsabilità, e non è un sistema di esecuzione di diritto pubblico (e azionato da un'autorità amministrativa).

94. Se così non fosse, tali azioni esecutive sarebbero sempre e solo di natura «successiva» e, in sostanza, dipenderebbero da una precedente dichiarazione di diritto pubblico (avente presumibilmente la stessa portata) a tale scopo. In tutti gli altri casi, le azioni «autonome» sarebbero escluse dall'ambito di applicazione dell'articolo 101, paragrafo 1, TFUE.

95. Tuttavia, siffatta visione (o certamente questo risultato) è semplicemente incompatibile con la natura del sistema e con la giurisprudenza di questa Corte⁶⁷. Certamente, in considerazione dell'onere probatorio piuttosto pesante probabilmente gravanti su qualsiasi ricorrente in azioni di diritto privato «autonome» per violazioni del diritto della concorrenza, in pratica tali azioni saranno presumibilmente rare. Pertanto, la decisione di un'autorità pubblica, come la Commissione, nell'ambito di un'indagine parallela o preliminare è probabilmente di importanza fondamentale per le azioni «autonome»⁶⁸. Tuttavia, è errato affermare che, sotto il profilo del diritto, l'esigenza di coerenza e coordinamento in questo settore del diritto significa precludere ai giudici nazionali l'esercizio dei propri doveri in base al diritto dell'Unione e nazionale: tutelare i diritti individuali derivanti anche da disposizioni del diritto dell'Unione aventi effetto diretto.

96. Il carattere particolare di una simile tesi diventa ancora più evidente se si considerano le modalità standard con cui viene data attuazione a qualsiasi altro settore del diritto amministrativo, sia esso, ad esempio, il diritto ambientale, la salute pubblica, la sicurezza pubblica o le norme relative alla sicurezza sul lavoro. In questi settori, è probabile che esista un'autorità pubblica specializzata a livello nazionale incaricata di controllare e far rispettare le norme sostanziali pertinenti. Ci si chiede tuttavia se qualcuno potrebbe suggerire che solo perché una data autorità pubblica non ha indagato o perseguito (o in effetti lo ha fatto, ma per qualsiasi motivo ha interrotto o limitato il procedimento amministrativo), il medesimo comportamento non potrebbe dar luogo a richieste di risarcimento del danno di natura privatistica da parte del soggetto eventualmente danneggiato.

97. Per tutte queste ragioni, non posso condividere l'acuta analisi della High Court of Justice of England and Wales [Alta Corte di giustizia (Inghilterra e Galles)] nella sentenza *Emerald Supplies Ltd/British Airways Plc*⁶⁹, invocata dal giudice del rinvio e discussa dalle parti nel presente procedimento. Come ho cercato di evidenziare nelle sezioni precedenti delle presenti conclusioni, in primo luogo, la competenza dei giudici nazionali ad applicare autonomamente il contenuto dell'articolo 101, paragrafo 1, TFUE, nell'ambito delle rispettive competenze già previste dal diritto nazionale, come l'azione di risarcimento del danno, non richiedeva, a differenza dell'esecuzione amministrativa, alcuna clausola espressa di abilitazione in base al diritto dell'Unione⁷⁰. In secondo luogo, le sentenze *de Geus*, *Asjes* e *Saeed*, sono, a mio avviso, parzialmente obsolete. Esse non possono essere applicate alle circostanze specifiche del procedimento principale, in quanto nessuna delle questioni che hanno condizionato l'approccio ivi adottato si pone di fatto nella fattispecie di cui al procedimento principale⁷¹.

98. In altre parole, pur riconoscendo pienamente la necessità di coerenza interna per l'articolo 101 TFUE, semplicemente non sottoscrivo, nel contesto specifico del presente caso, la riduzione *pars pro toto* proposta da alcune parti interessate. Il fatto che *una parte della*

⁶⁷ V., in particolare, sentenze del 20 settembre 2001, *Courage e Crehan* (C-453/99, EU:C:2001:465, punto 26); del 13 luglio 2006, *Manfredi e a.* (da C-295/04 a C-298/04, EU:C:2006:461, punto 60); del 6 novembre 2012, *Otis e a.* (C-199/11, EU:C:2012:684, punto 41); del 6 giugno 2013, *Donau Chemie e a.* (C-536/11, EU:C:2013:366, punto 21); del 14 giugno 2011, *Pfleiderer* (C-360/09, EU:C:2011:389, punto 28); del 5 giugno 2014, *Kone e a.* (C-557/12, EU:C:2014:1317, punto 21); del 14 marzo 2019, *Skanska Industrial Solutions e a.* (C-724/17, EU:C:2019:204, punto 25); e del 12 dicembre 2019, *Otis Gesellschaft e a.* (C-435/18, EU:C:2019:1069, punto 22).

⁶⁸ Inoltre, al fine di prevenire qualsiasi rischio di decisioni contrastanti – v., in generale, sentenza del 14 dicembre 2000, *Masterfoods e HB* (C-344/98, EU:C:2000:689, punti 59 e 60), dando eventualmente luogo a una «richiesta Zwartveld» – v. ordinanza del 13 luglio 1990, *Zwartveld e a.* (C-2/88-IMM, EU:C:1990:315, punto 22).

⁶⁹ Sentenza della High Court of Justice of England and Wales, (Chancery Division) [Alta Corte di giustizia (Inghilterra e Galles), divisione della Chancery], del 4 ottobre 2017 nella causa *Emerald Supplies Ltd/British Airways Plc* [2017] EWHC 2420 (Ch), come confermata dalla Court of Appeal of England and Wales (Civil Division) [Corte d'appello (Inghilterra e Galles) (sezione civile)] del 29 gennaio 2019 in *La Gaitana Farms SA & Ors/British Airways Plc* [2019] EWCA Civ 37.

⁷⁰ Confrontare con la sentenza *Emerald Supplies Ltd/British Airways Plc* [2017] EWHC 2420 (Ch), da [41] a [52].

⁷¹ Confrontare con la sentenza *Emerald Supplies Ltd/British Airways Plc* [2017] EWHC 2420 (Ch), da [53] a [63].

procedura per l'applicazione amministrativa dell'articolo 101 TFUE sia stata in alcune fasi *centralizzata* non può significare che *nessun altro* avrebbe potuto applicare la sostanza derivante da tale disposizione, anche in casi in cui non sono chiaramente possibili esenzioni o eccezioni.

99. Il presente procedimento è stato effettivamente un intrigante viaggio a ritroso nel tempo, se non un vero e proprio esercizio di archeologia giuridica, che è risalito fino al 1962. Tuttavia, se le presenti conclusioni sono effettivamente ampiamente circoscritte da questo quadro giuridico ormai obsoleto, la logica ad esso sottesa non lo è. A livello strutturale, le disposizioni del diritto dell'Unione, dotate di effetto diretto, per difetto, sono esecutive dinanzi ai giudici nazionali, indipendentemente dall'eventuale centralizzazione della (parte della) competenza amministrativa per la loro esecuzione presso determinate autorità amministrative. Nel particolare contesto del diritto in materia di concorrenza, ciò significa che le imprese che infrangono le regole di concorrenza leale non possono nascondersi dietro la mancanza di esecuzione amministrativa, e devono aspettarsi che le azioni di risarcimento del danno siano intentate direttamente dinanzi ai giudici competenti degli Stati membri dalle parti asseritamente lese.

V. Conclusioni

100. Propongo alla Corte di rispondere alla questione pregiudiziale proposta dal Rechtbank Amsterdam (Tribunale di Amsterdam, Paesi Bassi) nei seguenti termini:

Una parte asseritamente lesa dal coordinamento di vari elementi del prezzo da applicare ai servizi di trasporto aereo di merci sulle rotte tra aeroporti situati all'interno dell'Unione e/o dello Spazio economico europeo, nonché tra aeroporti situati all'interno di tali territori e in paesi terzi, può invocare la violazione dell'articolo 101, paragrafo 1, TFUE e dell'articolo 53, paragrafo 1, dell'accordo sullo Spazio economico europeo dinanzi a un giudice nazionale per ottenere un risarcimento da tali vettori anche per il periodo in cui erano ancora applicabili gli articoli 104 e 105 TFUE.