Raccolta della giurisprudenza

CONCLUSIONI DELL'AVVOCATO GENERALE
JULIANE KOKOTT
presentate il 6 settembre 2012 [1]

Causa C-226/11

Expedia Inc.

(Domanda di pronuncia pregiudiziale proposta dalla Cour de cassation, Francia)

«Concorrenza — Articolo 81 CE — Influenza sensibile sulla concorrenza — Valutazione della significatività delle restrizioni della concorrenza per oggetto — "Comunicazione de minimis" della Commissione ("comunicazione sugli accordi bagatellari") — Attestazione al di sotto delle soglie basate sulle quote di mercato di cui alla comunicazione de minimis — Potere delle autorità nazionali garanti della concorrenza di applicare l'articolo 81 CE e di infliggere comunque sanzioni — Articolo 3, paragrafo 2, del regolamento (CE) n. 1/2003»

I – Introduzione

1. Le comunicazioni della Commissione europea nel settore del diritto della concorrenza sono vincolanti per le autorità garanti della concorrenza e i giudici nazionali? Tale è, in sostanza, la questione di diritto che la Corte deve affrontare nel presente procedimento pregiudiziale. La suddetta questione si pone nell'ambito della cosiddetta «comunicazione de minimis» [2] (definita talvolta anche «comunicazione sugli accordi bagatellari»), nella quale la Commissione espone in quali circostanze essa ritiene sussistere una *restrizione sensibile* nell'accezione dell'articolo 81 CE (attualmente articolo 101 TFUE).

2. La presente questione è stata sottoposta dalla Cour de cassation [3] francese, chiamata a pronunciarsi su una controversia fra l'agenzia di viaggi on line Expedia e l'autorità francese garante della concorrenza [4]. Expedia aveva fondato con la società ferroviaria statale francese Société nationale des chemins de fer (SNCF) un'impresa comune per la vendita di biglietti ferroviari e di altri servizi di viaggio. Attraverso questa cooperazione Expedia ha ottenuto un accesso privilegiato al sito web creato dalla SNCF, «voyages-sncf.com» e, pertanto, ha potuto godere di un trattamento privilegiato per i servizi della stessa, precluso agli altri intermediari di viaggi. L'autorità francese garante della concorrenza ha ravvisato in ciò una restrizione della concorrenza vietata e ha inflitto sanzioni pecuniarie contro Expedia e SNCF, ritenendo sussistente una violazione sia dell'articolo 81 CE che della rispettiva norma nazionale antitrust.

1 — Lingua originale: il tedesco.

2 — Comunicazione della Commissione relativa agli accordi di importanza minore che non determinano restrizioni sensibili della concorrenza ai sensi dell'articolo 81, paragrafo 1, del trattato che istituisce la Comunità europea (de minimis), GU C 368, pag. 13.

3 — Corte di cassazione.

4 — Autorité de la concurrence, ex Conseil de la concurrence.

3. Fra le parti del procedimento principale vi è disaccordo soprattutto circa il fatto se l'accordo controverso fra Expedia e SNCF costituisca una restrizione sensibile della concorrenza nell'accezione dell'articolo 81 CE. Expedia ritiene che la soglia basata sulle quote di mercato del 10% posta alla base dalla Commissione nella comunicazione de minimis non sia stata raggiunta nella fattispecie, per cui l'autorità francese garante della concorrenza, a suo parere, non avrebbe dovuto ritenere sussistente una restrizione sensibile della concorrenza.

4. In questo contesto, la Cour de cassation intende sapere se alle autorità nazionali sia consentito, ai sensi dell'articolo 3, paragrafo 2, del regolamento (CE) n. 1/2003 [5], ritenere sussistente una restrizione sensibile anche al di sotto della suddetta soglia basata sulle quote di mercato del 10%. A questo riguardo la Corte suprema francese sottolinea in particolare che, sulla base degli accertamenti effettuati nel procedimento principale, l'accordo controverso fra Expedia e SNCF aveva non solo un effetto ma anche un oggetto anticoncorrenziale.

5. Con la sua risposta alla presente domanda di pronuncia pregiudiziale la Corte determinerà in modo estremamente rilevante l'ambito di discrezionalità di cui disporranno le autorità garanti della concorrenza e i giudici nazionali nell'applicare l'articolo 101 TFUE. Il presente caso, inoltre, offre l'occasione di precisare ulteriormente – sia a livello dell'Unione che a livello nazionale – i requisiti necessari per l'accertamento delle *restrizioni della concorrenza per oggetto*. Entrambi gli aspetti rivestono un'importanza non trascurabile per il funzionamento del regime decentralizzato di applicazione della normativa in materia di intese, creato con il regolamento (CE) n. 1/2003.

II – Contesto normativo

A – *Normativa dell'Unione*

6. Nel rispondere alla presente domanda di pronuncia pregiudiziale ci si deve basare sul divieto di accordi anticoncorrenziali (in prosieguo anche: il «divieto di intese»), nella versione precedente all'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, in quanto la decisione controversa nel procedimento principale è stata presa nel febbraio 2009 dal Conseil de la concurrence francese. Il contesto normativo dell'Unione di questo caso, pertanto, è determinato dall'articolo 81, paragrafo 1, CE e dal regolamento n. 1/2003, adottato per l'attuazione dello stesso. Le mie considerazioni in merito all'articolo 81 CE, tuttavia, sono applicabili mutatis mutandis al disposto di cui all'articolo 101 TFUE citato dal giudice a quo.

7. Il «rapporto fra [l'art. 81 CE] e le legislazioni nazionali in materia di concorrenza» è disciplinato come segue all'articolo 3 del regolamento n. 1/2003, per la parte che qui interessa:

«1) Quando le autorità garanti della concorrenza degli Stati membri o le giurisdizioni nazionali applicano la legislazione nazionale in materia di concorrenza ad accordi, decisioni di associazioni di imprese o pratiche concordate ai sensi dell'articolo 81 [CE] che possano pregiudicare il commercio tra Stati membri ai sensi di detta disposizione, esse applicano anche l'articolo 81 [CE] a siffatti accordi, decisioni o pratiche concordate. (…)

2) Dall'applicazione della legislazione nazionale in materia di concorrenza non può scaturire il divieto di accordi, decisioni di associazioni di imprese o pratiche concordate che possano pregiudicare il commercio tra Stati membri che non impongono restrizioni alla concorrenza ai sensi dell'articolo 81, paragrafo 1, [CE], che soddisfano le condizioni dell'articolo 81, paragrafo 3, [CE] o che sono disciplinati da un regolamento per l'applicazione dell'articolo 81, paragrafo 3, [CE]. (…)

5 — Regolamento (CE) n. 1/2003 del Consiglio, del 16 dicembre 2002, concernente l'applicazione delle regole di concorrenza di cui agli articoli 81 e 82 del Trattato, GU L 1, pag. 1.

(…)».

8. Relativamente alla «[c]ooperazione fra la Commissione e le autorità garanti della concorrenza degli Stati membri» si legge all'articolo 11, paragrafo 1, del regolamento n. 1/2003:

«La Commissione e le autorità garanti della concorrenza degli Stati membri applicano le regole di concorrenza comunitarie in stretta collaborazione».

9. A titolo integrativo occorre fare riferimento alle spiegazioni di cui ai considerando primo, sesto, ottavo, quattordicesimo, quindicesimo, ventiduesimo e trentaquattresimo del preambolo del regolamento n. 1/2003:

«1) Per istituire un sistema che impedisca distorsioni della concorrenza nel [mercato interno] occorre provvedere all'applicazione efficace e uniforme degli articoli 81 e 82 del trattato [nell'Unione] (…).

(…).

6. Per garantire un'efficace applicazione delle regole di concorrenza [dell'Unione] sarebbe opportuno coinvolgere in maggior misura le autorità garanti della concorrenza degli Stati membri. A tal fine, ad esse dovrebbe essere conferito il potere di applicare il diritto [dell'Unione].

(…).

8. Per garantire l'effettiva applicazione delle regole di concorrenza [dell'Unione] e il corretto funzionamento del meccanismo di cooperazione contenuto nel presente regolamento è necessario imporre alle autorità garanti della concorrenza e alle giurisdizioni degli Stati membri di applicare anche gli articoli [81 CE e 82 CE] allorché applicano il diritto nazionale in materia di concorrenza ad accordi e prassi che possono pregiudicare il commercio tra Stati membri. Per creare condizioni eque per gli accordi, per le decisioni di associazioni di imprese e per le pratiche concordate nel mercato interno è inoltre necessario definire, a norma dell'articolo 83, paragrafo 2, lettera e), del trattato, i rapporti fra le legislazioni nazionali e il diritto comunitario in materia di concorrenza. A tal fine è necessario prevedere che l'applicazione delle legislazioni nazionali in materia di concorrenza agli accordi, decisioni o pratiche concordate ai sensi dell'articolo 81, paragrafo 1, [CE] non possa comportare il divieto di siffatti accordi, decisioni o pratiche concordate se essi non sono vietati anche a norma del diritto [dell'Unione] in materia di concorrenza. (…)

(…).

14) Può inoltre essere utile, in casi eccezionali dettati da ragioni di interesse pubblico [dell'Unione], che la Commissione adotti decisioni di natura dichiarativa in ordine all'inapplicabilità del divieto di cui all'articolo 81 [CE] o all'articolo 82 [CE], al fine di rendere chiara la legislazione e di garantirne un'applicazione coerente nell'[Unione], in particolare per quanto riguarda nuovi tipi di accordi o di pratiche non consolidati nella giurisprudenza e prassi amministrativa esistenti».

15) La Commissione e le autorità garanti della concorrenza degli Stati membri formano insieme una rete di pubbliche autorità che applicano le regole di concorrenza [dell'Unione] in stretta cooperazione. (…).

(…).

22) Per assicurare il rispetto dei principi della certezza del diritto e dell'applicazione uniforme delle regole di concorrenza [dell'Unione] in un sistema di competenze parallele devono essere evitati i conflitti fra decisioni. (…).

(…).

34) Secondo la disciplina (…) relativa all'attuazione dei principi sanciti agli articoli 81 [CE] e 82 [CE] del Trattato agli organi [dell'Unione] spetta una posizione centrale che è opportuno mantenere, pur coinvolgendo maggiormente gli Stati membri nell'applicazione delle regole di concorrenza [dell'Unione]. (…).

(…)».

10. Ai fini della presente fattispecie, inoltre, è rilevante la comunicazione de minimis della Commissione del 2001. In essa si legge, nella parte che qui interessa:

«(…).

2 Nella presente comunicazione, la Commissione, con l'ausilio di soglie basate sulle quote di mercato, stabilisce criteri quantitativi per determinare ciò che non costituisce una restrizione sensibile della concorrenza ai sensi dell'articolo 81, paragrafo 1, del trattato CE. (…).

(…).

4. Nei casi contemplati dalla presente comunicazione la Commissione non inizierà nessun procedimento, né d'ufficio, né su domanda. Nell'ipotesi in cui le imprese ritengano in buona fede che un accordo rientri nel campo d'applicazione della presente comunicazione, la Commissione non infliggerà ammende. Sebbene non vincolante nei loro confronti, la presente comunicazione intende inoltre fornire indicazioni ai giudici e alle autorità degli Stati membri che siano chiamati ad applicare l'articolo 81.

(…).

6. La presente comunicazione non pregiudica l'interpretazione dell'articolo 81 [CE] da parte della Corte di giustizia o del Tribunale (…).

(…).

7. La Commissione ritiene che gli accordi tra imprese che incidono sul commercio tra Stati membri non restringono sensibilmente la concorrenza ai sensi dell'articolo 81, paragrafo 1, [CE]:

a) quando la quota di mercato aggregata detenuta dalle parti all'accordo non supera il 10% su nessuno dei mercati rilevanti interessati dall'accordo, se l'accordo è concluso tra imprese che sono concorrenti effettivi o potenziali su uno di tali mercati (accordi tra concorrenti), (…)

(…).

(…).

11. I punti 7, 8 e 9 non si applicano agli accordi contenenti una delle seguenti restrizioni gravi: (…)

(…)».

B – *Normativa nazionale*

11. Nel diritto francese è innanzitutto rilevante l'articolo L 420-1 del Code de commerce (codice di commercio), che disciplina sostanzialmente il medesimo divieto di accordi di cartello, previsto anche a livello dell'Unione all'articolo 81 CE (ora articolo 101 TFUE).

12. L'articolo L 464-6-1 del Code de commerce ha inoltre recepito le soglie di cui alla comunicazione de minimis della Commissione e stabilisce la discrezionalità delle autorità garanti della concorrenza nello svolgimento di un procedimento per casi bagatellari[6]. Conseguentemente, qualora le soglie basate sulle quote di mercato citate nella suddetta comunicazione non vengano superate, l'autorità garante della concorrenza può decidere di non dare ulteriore corso al procedimento.

III – Fatti e causa principale

13. La società statale ferroviaria francese SNCF aveva intenzione di promuovere le vendite di biglietti ferroviari e di viaggi su Internet e, a tale fine, ha cercato un partner esperto. La sua scelta è caduta su Expedia, una società di diritto statunitense specializzata nella vendita di viaggi su Internet. Nel settembre 2001 SNCF e Expedia concludevano, in virtù della loro cooperazione, diversi accordi e costituivano una controllata comune, la GL Expedia, che cambiava denominazione nel 2004 in Agence Voyages-sncf.com (Agence VSC). Il sito web voyages-sncf.com, che sino ad allora era dedicato solo alle informazioni, alla prenotazione e alla vendita di biglietti ferroviari su Internet, ha ospitato da allora l'attività della società comune ed è stato riorganizzato per fornire, accanto ai servizi originari, anche quelli di un'agenzia di viaggi on line.

14. A seguito della denuncia di talune società concorrenti, l'autorità francese garante della concorrenza, con decisione n. 09-D-06 del 5 febbraio 2009, affermava che SNCF e Expedia avevano posto in essere pratiche di intesa vietate dagli articoli L 420-1 del Code de Commerce e 81 CE. Secondo le informazioni fornite dal giudice a quo, essa ha constatato che le pratiche concordate da SNCF e da Expedia avevano un oggetto anticoncorrenziale. Essa infliggeva ad Expedia una sanzione pecuniaria pari a 500 000 EUR e a SNCF una sanzione pecuniaria pari a 5 000 000 EUR.

15. Nel procedimento amministrativo dinanzi all'autorità garante della concorrenza Expedia aveva sostanzialmente eccepito che i valori soglia di cui alla comunicazione de minimis della Commissione nonché i rispettivi limiti di cui all'articolo L 464-6-1 del Code de Commerce non erano stati raggiunti, riconducendone il motivo ad un presunto errore di calcolo[7]. Non essendo stata raggiunta una quota di mercato del 10%, pertanto, ai sensi dell'articolo 3, paragrafo 2, del regolamento n. 1/2003 non avrebbe dovuto essere inflitta una sanzione da parte dell'autorità nazionale, dal momento che la comunicazione de minimis stabilisce le condizioni per la sussistenza di una restrizione sensibile nell'accezione dell'articolo 81 CE. Il diritto nazionale antitrust non deve essere più severo su questo punto rispetto a quello europeo.

16. L'autorità garante della concorrenza ha respinto i suddetti motivi di Expedia asserendo che quest'ultima e SNCF sono concorrenti sul mercato interessato di servizi on line delle agenzie di viaggio e detenevano più del 10% delle quote di mercato. Essa, inoltre, ha affermato che l'accordo fra Expedia e SNCF aveva un oggetto anticoncorrenziale.

6 — Qualora non sia coinvolto un contratto disciplinato dal Code des marchés publics (codice degli appalti pubblici).

7 — Expedia è dell'avviso che, per determinare la quota di mercato sul mercato interessato dei servizi on line delle agenzie di viaggio, il Conseil de la concurrence non avrebbe dovuto prendere in considerazione la quota di mercato realizzata con l'intero sito web voyages-sncf.com. Alla società comune controversa Agence VSC è invece riconducibile solo una quota del 20% del fatturato del suddetto sito web.

17. Expedia ha presentato appello avverso la decisione dell'autorità garante della concorrenza dinanzi alla Cour d'appel de Paris. Esso non aveva direttamente ad oggetto la questione del calcolo delle quote di mercato dell'Agence VSC sul mercato interessato. La sentenza del 23 febbraio 2010 del suddetto giudice, richiamandosi alla disposizione di cui all'articolo L 464-6-1 del Code de Commerce che conferisce una facoltà, ha invece affermato che è possibile perseguire e sanzionare le intese anche nel caso in cui non siano raggiunte le soglie basate sulle quote di mercato. Qualora siano soddisfatti i requisiti di cui all'articolo 81 CE – come la Cour d'appel ritiene lo siano nella fattispecie – neanche l'articolo 3, paragrafo 2, del regolamento n. 1/2003 osta all'imposizione di sanzioni.

18. A seguito del ricorso per cassazione presentato da Expedia avverso la sentenza della Cour d'appel il procedimento è attualmente pendente dinanzi alla Cour de Cassation [8], il giudice a quo.

IV – Domanda di pronuncia pregiudiziale e procedimento dinanzi alla Corte di giustizia

19. Con la sentenza del 10 maggio 2011, pervenuta alla Corte di giustizia il 16 maggio 2011, la Cour de cassation francese ha deciso di sospendere il procedimento e di sottoporre alla Corte la seguente questione pregiudiziale:

«Se l'articolo 101, paragrafo 1, TFUE e l'articolo 3, paragrafo 2, del regolamento n. 1/2003 debbano essere interpretati nel senso che ostano a che una pratica, consistente in accordi, decisioni di associazioni di imprese o avente natura concordata, che possa pregiudicare il commercio tra Stati membri ma che non superi le soglie fissate dalla Commissione europea nella sua comunicazione de minimis, sia perseguita e sanzionata da un'autorità nazionale garante della concorrenza sul duplice fondamento dell'articolo 101, paragrafo 1, TFUE e della legislazione nazionale in materia di concorrenza».

20. Nel procedimento dinanzi alla Corte di giustizia hanno presentato osservazioni scritte Expedia e l'autorità francese garante della concorrenza, oltre ai governi di Francia, Irlanda, Italia e Polonia, la Commissione europea nonché l'autorità di vigilanza EFTA. Ad eccezione dei governi di Irlanda, Italia e Polonia, le medesime parti erano anche rappresentate all'udienza del 27 giugno 2012.

V – Valutazione

21. Il punto di partenza per le considerazioni relative alla soluzione del presente caso dovrebbe essere l'articolo 3 del regolamento n. 1/2003. La suddetta norma stabilisce uno stretto legame fra la disciplina relativa alle intese dell'Unione e quella dettata dal diritto nazionale [9]. Se ad un accordo tra imprese che possa pregiudicare il commercio tra Stati membri viene applicato il divieto interno di intese, a norma dell'articolo 3, paragrafo 1, prima frase, del regolamento n. 1/2003, deve in parallelo applicarsi anche l'articolo 81 CE (articolo 101 TFUE) [10].

22. Nel caso in cui si pervenga ad una siffatta applicazione parallela della normativa dell'Unione sulle intese e di quella nazionale, l'articolo 3, paragrafo 2, del regolamento n. 1/2003 garantisce inoltre la preminenza delle valutazioni operate della disciplina dell'Unione sulle intese. In sintesi, gli accordi fra le imprese possono essere vietati secondo il diritto nazionale sulle imprese solo se lo sono anche secondo il diritto dell'Unione [11]. Il diritto antitrust nazionale, pertanto, non può condurre ad esiti più rigorosi rispetto all'articolo 81 CE.

8 — Chambre commerciale, financière et économique.

9 — Sentenza del 14 febbraio 2012, Toshiba Corporation e a. («Toshiba», C-17/10, punto 77).

10 — Conclusioni da me presentate l'8 settembre 2011 nella causa Toshiba (cit. alla nota 9, paragrafo 78).

11 — Ottavo considerando del regolamento n. 1/2003.

23. Dal momento che, secondo una giurisprudenza costante, nel contesto dell'articolo 81 CE possono essere perseguiti e sanzionati solo gli accordi fra imprese [12] che hanno per effetto o per oggetto una *restrizione sensibile* della concorrenza [13], l'articolo 3, paragrafo 2, del regolamento n. 1/2003 prescrive che sia osservato il parametro della significatività anche qualora – come in questo caso – trovino applicazione parallelamente la disciplina sulle intese dell'Unione e quella nazionale dinanzi alle autorità amministrative o ai giudici degli Stati membri.

24. In questo contesto la Cour de cassation intende sapere se il giudizio circa la significatività di una restrizione della concorrenza da parte di autorità nazionali deve necessariamente orientarsi secondo i criteri che, a livello dell'Unione, sono resi noti nella comunicazione de minimis della Commissione. La Cour de cassation è particolarmente interessata a sapere se un'autorità nazionale possa affermare una restrizione sensibile della concorrenza qualora l'intesa fra imprese da essa esaminata si attesti al di sotto delle soglie basate sulle quote di mercato fissate dalla comunicazione de minimis ma abbia un oggetto anticoncorrenziale.

25. Fra le parti del procedimento che hanno presentato osservazioni dinanzi alla Corte di giustizia solo Expedia ritiene che le autorità garanti della concorrenza e i giudici nazionali debbano attenersi alle soglie basate sulle quote di mercato di cui alla comunicazione del minimis, e questo anche qualora sussista un oggetto anticoncorrenziale. Tutte le autorità e i governi che hanno preso parte al procedimento sono invece dell'avviso che la comunicazione de minimis non sia vincolante per le autorità nazionali. Alcuni di essi esprimono inoltre l'opinione che per perseguire un accordo fra imprese che abbia un oggetto anticoncorrenziale non sia necessario verificare concretamente la significatività della restrizione della concorrenza.

A – *Assenza di effetti giuridici vincolanti della comunicazione de minimis*

26. Come la Corte di giustizia ha già affermato in un altro contesto, le comunicazioni della Commissione nel settore del diritto europeo in materia di concorrenza non hanno effetti giuridici vincolanti per le autorità amministrative e i giudici nazionali [14]. Ciò si verifica anche nel caso di specie con la comunicazione de minimis e le soglie basate sulle quote di mercato ivi contenute. Questo si evince non solo dal tenore letterale della suddetta comunicazione, ma anche dai suoi scopi e dal contesto nel quale è stata adottata.

27. Già dal *tenore letterale* della comunicazione de minimis discende senza alcun dubbio che essa esprime solamente la tesi giuridica della Commissione [15] e «non [è] vincolante» per i giudici e le autorità degli Stati membri [16]. È anche escluso a priori un vincolo dei giudici dell'Unione: la comunicazione afferma infatti esplicitamente che il suo contenuto «non pregiudica» [17] l'interpretazione dell'articolo 81 CE da parte della Corte di giustizia o del Tribunale.

12 — Per semplificare rinuncio in questa sede e in prosieguo a citare le decisioni di associazioni di imprese e le pratiche concordate menzionate del pari dall'articolo 81 CE. Ad esse si applicano, mutatis mutandis, le considerazioni esposte nelle presenti conclusioni.

13 — Sentenze del 30 giugno 1966, LTM/MBU (56/65, Racc. pagg. 282, 303); del 9 luglio 1969, Völk (5/69, Racc. pag. 295, punto 7); del 6 maggio 1971, Cadillon (1/71, Racc. pag. 351, punto 9); del 25 novembre 1971, Béguelin (22/71, Racc. pag. 949, punto 16); del 28 aprile 1998, Javico (C-306/96, Racc. pag. I-1983, punto 12); del 28 maggio 1998, Deere/Commissione (C-7/95 P, Racc. pag. I-3111, punto 77); del 23 novembre 2006, Asnef-Equifax (C-238/05, Racc. pag. I-11125, punto 50), nonché sentenza del 2 aprile 2009, Pedro IV Servicios (C-260/07, Racc. pag. I-2437, punto 68).

14 — Sentenza del 14 giugno 2011, Pfleiderer (C-360/09, Racc. pag. I-5161, punto 21); analogamente, già sentenza del 28 giugno 2005, Dansk Rørindustri e a./Commissione (C-189/02 P, C-202/02 P, da C-205/02 P a C-208/02 P e C-213/02 P, Racc. pag. I-5425, punto 209), secondo cui le comunicazioni emesse dalla Commissione non possono essere qualificate come norme giuridiche, nonché la sentenza del 29 settembre 2011, Arkema/Commissione (C-520/09 P, Racc. pag. I-8901, punto 88), secondo cui gli orientamenti pubblicati dalla Commissione rappresentano solo norme di comportamento.

15 — V. al riguardo soprattutto punto 2 («(…) la Commissione (…) stabilisce criteri quantitativi»), punto 7 («La Commissione ritiene (…)») e punto 9 della comunicazione de minimis («La Commissione ritiene inoltre (…)»).

16 — Punto 4, ultima frase, della comunicazione de minimis.

17 — Punto 6 della comunicazione de minimis.

28. L'*obiettivo* perseguito con la comunicazione de minimis depone del pari a sfavore della natura vincolante delle affermazioni enunciate in essa. Con questa comunicazione, infatti, la Commissione mirava solo a rendere trasparente la sua prassi amministrativa nell'applicazione dell'articolo 81 CE [18] nonché a fornire indicazioni con spunti interpretativi utili per le imprese operanti sul mercato unico e per le autorità e i giudici degli Stati membri [19].

29. Questa impressione si consolida se si considera il *contesto* in cui si inserisce la comunicazione de minimis. Nella suddetta comunicazione, la Commissione non ha esercitato affatto competenze legislative, ma ha invece agito in veste di autorità garante della concorrenza dell'Unione europea. Da un lato, questa comunicazione rappresenta una spiegazione della prassi amministrativa della Commissione, dall'altro in essa quest'ultima espone un parere o una raccomandazione generale in materia di concorrenza, nel quadro della responsabilità ad essa attribuita ai fini del mantenimento e dello sviluppo di un sistema di concorrenza non falsato nel mercato unico europeo [20]. Essa ne ha facoltà ai sensi dell'articolo 85 CE in combinato disposto con l'articolo 211, secondo trattino, CE (ora articolo 105 TFUE in combinato disposto con l'articolo 292, quarta frase, TFUE) [21].

30. Siffatti pareri e raccomandazioni, tuttavia, non sono vincolanti (articolo 249, quinto comma, CE, ora articolo 288, quinto comma, TFUE). Norme giuridicamente vincolanti per l'attuazione della disciplina della concorrenza contenuta nei trattati europei possono essere adottate esclusivamente dal Consiglio sotto forma di regolamenti o direttive (articolo 83 CE, ora articolo 103 TFUE [22]). Da parte della Commissione possono essere emanati solo regolamenti relativi ad esenzioni di gruppo, e anche ciò solo su delega del Consiglio (articolo 85, paragrafo 3, CE, ora articolo 105, paragrafo 3, TFUE).

31. A prescindere da ciò, ai sensi dell'articolo 10 del regolamento n. 1/2003, la Commissione ha invero il potere, in casi eccezionali, di emettere decisioni dichiaratorie per affermare la non applicabilità dell'articolo 81 CE. Siffatte decisioni, tuttavia, possono riguardare solo singoli casi («un accordo») e, inoltre, si riferiscono soprattutto a nuovi tipi di accordi o di pratiche [23]. Affermazioni di politica della concorrenza di natura generale di altro tipo, come quelle sulla rilevanza delle restrizioni della concorrenza di cui alla comunicazione de minimis, esulerebbero dal contesto tracciato dall'articolo 10 del regolamento n. 1/2003.

32. Inoltre, la pubblicazione della comunicazione de minimis nella serie C della *Gazzetta ufficiale delle Comunità europee* testimonia che essa non era finalizzata all'adozione di norme giuridiche vincolanti. Infatti, contrariamente alla serie «L» di quest'ultima, la serie «C» non ha ad oggetto la pubblicazione di atti giuridicamente vincolanti, ma soltanto la pubblicazione delle informazioni, delle raccomandazioni e dei pareri riguardanti l'Unione [24].

18 — Punto 4, prima e seconda frase, della comunicazione de minimis.

19 — Punto 4, ultima frase, della comunicazione de minimis.

20 — Sull'importanza della disciplina europea della concorrenza per il funzionamento del mercato unico v. sentenze del 1° giugno 1999, Eco Swiss (C-126/97, Racc. pag. 3055, punto 36); del 20 settembre 2001, Courage e Crehan (C-453/99, Racc. pag. I-6297, punto 20), e – con riferimento alla situazione giuridica successiva all'entrata in vigore del Trattato di Lisbona – sentenza del 17 febbraio 2011, TeliaSonera (C-52/09, Racc. pag. I-527, punto 20).

21 — Sul ruolo della Commissione nel determinare la politica della concorrenza dell'Unione europea, v. la sentenza fondamentale del 14 dicembre 2000, Masterfoods (C-344/98, Racc. pag. I-11369, punto 46, prima frase).

22 — Nello stesso senso, per il settore degli aiuti concessi dagli Stati, articolo 89 CE (ora articolo 109 AEUV).

23 — V. il quattordicesimo considerando del regolamento n. 1/2003 nonché la sentenza del 3 maggio 2011, Tele 2 Polska (C-375/09, Racc. pag. I-3055, punto 25).

24 — Sentenza del 12 maggio 2011, Polska Telefonia Cyfrowa (C-410/09, Racc. pag. I-3853, punto 35).

33. Infine, anche il principio di legalità delle pene (*nulla poena sine lege*) [25], riconosciuto a livello dell'Unione, non richiede di considerare la comunicazione de minimis come norma giuridica vincolante. Diversamente da quanto sembra intendere Expedia, infatti, il fondamento giuridico sul quale le autorità garanti della concorrenza procedono nei confronti degli accordi anticoncorrenziali fra imprese non è rinvenibile nella comunicazione de minimis in quanto tale. Il divieto di intese di cui al diritto dell'Unione, piuttosto, è già sancito a livello di diritto primario all'articolo 81 CE, ossia in una disposizione di un trattato che ha effetti diretti sia a favore che a sfavore delle imprese [26]. E per quanto attiene alle sanzioni inflitte dall'autorità garante della concorrenza francese, esse discendono dalla normativa statale [27].

34. In sintesi, si deve pertanto ritenere che la comunicazione de minimis di per sé non è destinata a produrre effetti giuridici vincolanti.

B – *La comunicazione de minimis come orientamento indicativo per l'applicazione dell'articolo 81 CE (articolo 101 TFUE)*

35. Sebbene, dunque, la comunicazione de minimis, come sopra illustrato, sia priva di effetti giuridici vincolanti, sarebbe errato negarle qualsivoglia importanza ai fini dei procedimenti relativi alle intese [28]. Pubblicazioni quali la comunicazione de minimis, infatti, hanno la natura di «soft law», il cui valore nei procedimenti relativi alle intese – sia a livello europeo sia a livello nazionale – non deve essere sottovalutato.

36. Per quanto riguarda i procedimenti amministrativi relativi alla normativa sulle intese *a livello dell'Unione*, è pacifico nella giurisprudenza che la Commissione, adottando comunicazioni relative alla prassi dell'amministrazione, si autolimita. Si tratta di norme di comportamento da cui la Commissione non può discostarsi nel singolo caso senza fornirne le ragioni e rimanendo nell'osservanza del principio della parità di trattamento [29]. Una siffatta autolimitazione discende anche dalla comunicazione de minimis di cui trattasi, in cui la Commissione afferma esplicitamente che essa «non inizierà nessun procedimento, né d'ufficio, né su domanda» nei casi bagatellari [30]. Inoltre la Commissione comunica che non infliggerà ammende nell'ipotesi in cui le imprese ritengano in buona fede che un accordo rientra nel campo di applicazione della comunicazione de minimis [31].

37. Per quanto attiene ai procedimenti relativi alla disciplina sulle intese *a livello di Stati membri*, la comunicazione de minimis rivendica espressamente il diritto di «fornire indicazioni» ai giudici e alle autorità degli Stati membri che siano chiamati ad applicare l'articolo 81 CE, «sebbene [essa] non [sia] vincolante nei loro confronti» [32]. Siffatte indicazioni rivestono un'importanza decisiva per il funzionamento del sistema decentralizzato di attuazione della disciplina sulle intese, così come è stata

25 — V., da un lato, l'articolo 49 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e, dall'altro, le sentenze del 7 gennaio 2004, X (C-60/02, Racc. pag. I-651, punto 63); del 3 maggio 2007, Advocaten voor de Wereld (C-303/05, Racc. pag. I-3633, punto 49), nonché la sentenza del 29 marzo 2011, ThyssenKrupp Nirosta/Commissione (C-352/09 P, Racc. pag. I-2359, punto 80).

26 — Giurisprudenza costante: v. sentenze del 30 gennaio 1974, BRT/SABAM (127/73, Racc. pag. 51, punti 15-17); del 20 settembre 2001, Courage e Crehan, citata alla nota 20, (C-453/99, Racc. pag. I-6297, punto 23); del 13 luglio 2006, Manfredi e a. (da C-295/04 a C-298/04, Racc. pag. I-6619, punti 39, 58 e 59), nonché sentenza del 4 giugno 2009, T-Mobile Netherlands e a. («T-Mobile», C-8/08, Racc. pag. I-4529, punti 49 e 50).

27 — V. anche articolo 5, paragrafo 1, ultimo trattino, del regolamento n. 1/2003.

28 — Nello stesso senso, sentenza Dansk Rørindustri e a./Commissione (cit. alla nota 14, supra, punto 211, ultima frase).

29 — Sentenze Dansk Rørindustri e a./Commissione (cit. alla nota 14, supra, punti 209-211); del 21 settembre 2006, JCB Service/Commissione (C-167/04 P, Racc. pag. I-8935, punti 207 e 208); Arkema/Commissione (cit. alla nota 14, supra, punto 88), nonché sentenza dell'8 dicembre 2011, KME e a./Commissione (C-272/09 P, Racc. pag. I-12789, punto 100); nello stesso senso, con riferimento alla normativa sugli aiuti concessi dagli Stati, v. ad esempio la sentenza del 5 ottobre 2000, Germania/Commissione (C-288/96, Racc. pag. I-8237, punto 62); v. inoltre – al di fuori del diritto della concorrenza – sentenza del 1° dicembre 1983, Blomefield/Commissione (190/82, Racc. pag. 3981, punto 20).

30 — Punto 4, prima frase, della comunicazione de minimis.

31 — Punto 4, seconda frase, della comunicazione de minimis.

32 — Punto 4, ultima frase, della comunicazione de minimis.

realizzata dal regolamento n. 1/2003 [33]. Esse contribuiscono allo scopo fondamentale di un'applicazione il più possibile efficace ed uniforme degli articoli 81 CE e 82 CE (ora articoli 101 TFUE e 102 TFUE) a livello dell'Unione [34]. Allo stesso tempo esse aiutano la creazione delle medesime condizioni per la concorrenza nel mercato interno («level playing field») [35] ed incrementano la certezza del diritto per le imprese interessate [36]. Expedia ha del resto correttamente fatto riferimento a quest'ultima circostanza.

38. Il ruolo di guida della Commissione nell'organizzazione della politica europea della concorrenza sancito espressamente dal regime di cui al regolamento n. 1/2003 [37] risulterebbe vanificato qualora le autorità e i giudici degli Stati membri ignorassero con leggerezza una comunicazione della Commissione avente ad oggetto la politica della concorrenza. Dall'obbligo di leale cooperazione incombente a tutte le autorità degli Stati membri (articolo 10 CE, ora articolo 4, paragrafo 3, TUE) [38] discende pertanto che le autorità e i giudici nazionali nell'esercitare i poteri ad essi spettanti ai sensi del regolamento n. 1/2003 sono tenuti a prendere debitamente in considerazione le comunicazioni della Commissione in materia di politica della concorrenza – quali appunto la comunicazione de minimis [39].

39. Sebbene, dunque, le autorità garanti della concorrenza e i giudici nazionali non possano desumere dalla comunicazione de minimis della Commissione precetti vincolanti ai fini della valutazione degli accordi fra imprese sotto il profilo del diritto della concorrenza, essi devono nondimeno avere riguardo per la valutazione ivi espressa dalla Commissione circa la significatività delle restrizioni della concorrenza e addurre i motivi, sindacabili da un giudice, di eventuali deroghe alla stessa [40].

40. Ovviamente da ciò non discende un divieto assoluto per le autorità garanti della concorrenza e i giudici nazionali di procedere contro intese di imprese che si attestano al di sotto delle soglie basate sulle quote di mercato definite dalla Commissione nella comunicazione de minimis.

41. Da un lato, infatti, le quote di mercato rappresentano solo uno degli elementi di natura quantitativa e qualitativa in base ai quali si può valutare se da un accordo fra imprese risulti o meno una restrizione sensibile della concorrenza. Come osserva correttamente il governo italiano, al di là della rispettiva quota di mercato detenuta dalle imprese interessate rileva l'intero contesto economico e giuridico in cui si inserisce un determinato accordo [41].

33 — V. in proposito anche il sesto e il trentaquattresimo considerando del regolamento n. 1/2003.

34 — V. in proposito il preambolo del regolamento n. 1/2003, in particolare il primo e il ventiduesimo considerando. L'importanza dell'effettiva applicazione degli articoli 81 CE e 82 CE (ora articolo 101 TFUE e 102 TFUE) è stata sottolineata recentemente anche, ad esempio, nelle sentenze dell'11 giugno 2009, X (C-429/07, Racc. pag. I-4833, punti 33-35), e del 7 dicembre 2010, VEBIC (C-439/08, Racc. pag. I-12471, soprattutto punti 59 e 61).

35 — V. in proposito anche l'ottavo considerando del regolamento n. 1/2003 nonché il paragrafo 169 delle conclusioni da me presentate il 29 aprile 2010 nella causa Akzo Nobel Chemicals e Akcros Chemicals (C-550/07 P, Racc. pag. I-8301) e il paragrafo 118 delle conclusioni da me presentate nella causa Toshiba (cit. alla nota 9, supra).

36 — V. in proposito anche il ventiduesimo considerando del regolamento n. 1/2003 nonché il paragrafo 36 delle conclusioni presentate dall'avvocato generale Geelhoed il 27 aprile 2006 nella causa Vulcan Silkeborg (C-125/05, Racc. pag. I-7637).

37 — Sentenza Masterfoods (cit. alla nota 21, supra, punto 46, prima frase); v. inoltre il trentaquattresimo considerando del regolamento n. 1/2003, in cui viene evidenziato il ruolo centrale degli organi dell'Unione nell'attuazione dei principi enunciati negli articoli 81 CE e 82 CE.

38 — Sul significato del principio di leale cooperazione fra gli Stati membri e gli organi dell'Unione nella politica della concorrenza, v. soprattutto le sentenze Masterfoods (cit. alla nota 21, supra, punto 56); X (cit. alla nota 34, supra, punto 21) e Tele 2 Polska (cit. alla nota 23, punto 26). L'importanza di una stretta collaborazione fra la Commissione e le autorità garanti della concorrenza degli Stati membri, inoltre, è sottolineata all'articolo 11, paragrafo 1, e nel preambolo del regolamento n. 1/2003 (v., ad esempio, l'ottavo e il quindicesimo considerando).

39 — Nello stesso senso, con riferimento ad una raccomandazione della Commissione, sentenza del 13 dicembre 1989, Grimaldi (C-322/88, Racc. pag. 4407, punti 18 e 19).

40 — Siffatti motivi possono essere addotti caso per caso o sotto forma di una comunicazione delle rispettive autorità nazionali garanti della concorrenza sulla prassi da esse adottata per perseguire le intese.

41 — In questo senso, sentenze Cadillon (cit. alla nota 13, supra, punto 8); dell'8 novembre 1983, IAZ International Belgium e a./Commissione («IAZ», da 96/82 a 102/82, 104/82, 105/82, 108/82 e 110/82, Racc. pag. 3369, punto 25); del 12 settembre 2000, Pavlov e a. (da C-180/98 a C-184/98, Racc. pag. I-6451, punto 91); del 20 novembre 2008, Beef Industry Development Society e Barry Brothers («BIDS», C-209/07, Racc. pag. I-8637, punti 16 e 21); T-Mobile (cit. alla nota 26, supra, punto 27), nonché sentenza del 13 ottobre 2011, Pierre Fabre Dermo-Cosmétique (C-439/09, Racc. pag. I-9419, punto 35).

42. D'altro canto, sui diversi mercati negli Stati membri possono esistere problemi specifici di concorrenza nazionali o regionali, ai quali la rispettiva autorità e il rispettivo giudice devono poter reagire in modo efficace. Peraltro, l'autorità francese garante della concorrenza ha osservato correttamente, nel procedimento dinanzi alla Corte di giustizia, che vi possono essere diversità oggettive nella prassi procedurale adottata dalle autorità garanti della concorrenza, anche qualora tutte queste autorità facciano parte della rete europea della concorrenza (REC) [42] e agiscano in modo strettamente concertato [43].

43. Conseguentemente, le autorità garanti della concorrenza e i giudici nazionali sono liberi di procedere anche nei confronti di accordi fra imprese che si attestino al di sotto delle soglie enunciate nella comunicazione de minimis qualora abbiano preso in debita considerazione le indicazioni della Commissione nella suddetta comunicazione e, nel singolo caso concreto, sussistano ulteriori elementi rispetto alle quote di mercato detenute dalle imprese interessate che permettano di desumere la significatività del pregiudizio arrecato alla concorrenza.

C – *Irrilevanza delle soglie basate sulle quote di mercato di cui alla comunicazione de minimis nella valutazione degli accordi fra imprese aventi oggetto anticoncorrenziale*

44. Resta ancora da verificare quale validità debba essere attribuita alle soglie basate sulle quote di mercato di cui alla comunicazione de minims in quanto indicazioni per le autorità e i giudici nazionali, nel caso in cui siano coinvolti accordi fra imprese aventi un *oggetto anticoncorrenziale*. Dalle informazioni fornite dal giudice a quo, infatti, risulta che l'accordo controverso fra Expedia e SNCF aveva un oggetto anticoncorrenziale [44], per quanto Expedia, il governo francese e la Commissione abbiano messo in dubbio questo aspetto dinanzi alla Corte.

45. In questo contesto si deve chiarire se, secondo la comunicazione de minimis, sia possibile presupporre una restrizione sensibile della concorrenza nell'accezione della comunicazione de minimis qualora ci si attesti al di sotto delle soglie minime basate sulle quote di mercato fissate dalla Commissione ma si persegua un oggetto anticoncorrenziale. Come è emerso soprattutto in udienza, un chiarimento della giurisprudenza della Corte su questo punto sarebbe particolarmente auspicabile.

46. Occorre innanzi tutto osservare che l'assenza di effetti giuridici vincolanti di un atto della Commissione come la comunicazione de minimis non impedisce alla Corte di giustizia di interpretarlo nel contesto di un procedimento di rinvio pregiudiziale ai sensi dell'articolo 267, paragrafo 1, lettera b), TFUE [45].

47. Sotto il profilo del contenuto, la comunicazione de minimis si basa sulla giurisprudenza della Corte, secondo cui il divieto di intese di cui all'articolo 81 CE (ora articolo 101 TFUE) comprende solo restrizioni *sensibili* della concorrenza [46]. La Corte ha effettuato questa affermazione fondamentale sia con riferimento ad intese aventi un oggetto anticoncorrenziale che ad intese aventi un effetto anticoncorrenziale [47]. In altre parole, il requisito della significatività si applica in linea di principio sia alle restrizioni della concorrenza per oggetto che alle restrizioni per effetto.

42 — In inglese: European Competition Network (ECN).

43 — V., sulla suddetta rete, il quindicesimo considerando del regolamento n. 1/2003.

44 — Nell'ordinanza di pronuncia pregiudiziale della Cour de cassation si afferma espressamente, con riferimento all'accordo fra Expedia e SNCF, che «il Conseil ha affermato, senza essere smentito, che [questa] pratica aveva un oggetto anticoncorrenziale».

45 — In questo senso, sentenza Grimaldi (cit. alla nota 39, supra, punti 8 e 9, con riferimento al diritto del lavoro); anche nella sentenza del 2 aprile 2009, Lodato Gennaro (C-415/07, Racc. pag. I-2599, con riferimento agli aiuti concessi dagli Stati), la Corte, partendo da una domanda di pronuncia pregiudiziale, ha interpretato indicazioni giuridicamente non vincolanti della Commissione.

46 — V. al riguardo la giurisprudenza cit. alla nota 13.

47 — Sentenze Völk (cit. alla nota 13, supra, punto 7) e Cadillon (cit. alla nota 13, supra, punti 9 e 10), relative ad un accordo di esclusiva con protezione territoriale assoluta, ossia avente un oggetto anticoncorrenziale; v. inoltre le sentenze del 24 ottobre 1995, Bayerische Motorenwerke (C-70/93, Racc. pag. I-3439, punto 18), e Pedro IV Servicios (cit. alla nota 13, supra, punto 68), con la formulazione «(…) se ha per oggetto o per effetto di restringere sensibilmente la concorrenza all'interno del mercato comune (…)».

48. Ciò non comporta, tuttavia, che i requisiti relativi alla *prova della significatività* siano gli stessi in entrambi i casi. Al contrario, questi requisiti si differenziano a seconda del fatto se un accordo fra imprese abbia un oggetto anticoncorrenziale o solamente produca l'effetto di restringere la concorrenza.

49. Solo qualora non vi siano elementi sufficienti che depongano a favore dell'esistenza di un oggetto anticoncorrenziale, infatti, l'applicazione dell'articolo 81, paragrafo 1, CE richiede la prova dei concreti effetti anticoncorrenziali di un accordo. Qualora invece risulti che l'accordo interessato ha un oggetto anticoncorrenziale, secondo una costante giurisprudenza la prova concreta degli effetti pregiudizievoli di questo accordo sulla concorrenza è superflua. È sufficiente dunque spiegare che il suddetto accordo è idoneo in concreto ad impedire, restringere o falsare il gioco della concorrenza nel mercato comune [48].

50. Questi diversi requisiti probatori si fondano sulla circostanza che le restrizioni della concorrenza per oggetto possono essere considerate, per loro stessa natura, nocive al buon funzionamento del normale gioco della concorrenza [49]. Gli accordi aventi un oggetto anticoncorrenziale sono notoriamente nocivi sotto il profilo sociale [50]. Difficilmente possono essere ritenute infrazioni bagatellari; al contrario, si deve partire dal presupposto che le imprese che concludono un accordo avente un oggetto anticoncorrenziale intendono sempre influenzare in modo sensibile la concorrenza mediante tale accordo, indipendentemente dall'entità delle rispettive quote di mercato e dal fatturato.

51. La Commissione non può, nella sua comunicazione de minimis, assumere posizioni contrarie ai suddetti precetti, discendenti direttamente dall'articolo 81 CE [51]. Conseguentemente, anche la comunicazione de minimis sottrae espressamente determinate «restrizioni gravi» alla vigenza delle soglie basate sulle quote di mercato [52]. Come la stessa Commissione ha ammesso all'udienza dinanzi alla Corte di giustizia, ad esse non è collegata ovviamente un'elencazione esaustiva di tutti gli accordi aventi un oggetto anticoncorrenziale [53].

52. La disapplicazione delle soglie basate sulle quote di mercato di cui alla comunicazione de minimis ad accordi aventi un oggetto anticoncorrenziale ha senso non solo giuridicamente, ma anche sotto il profilo della politica della concorrenza: soglie basate sulle quote di mercato come quelle di cui alla suddetta comunicazione sono finalizzate a creare certezza del diritto. Esse costituiscono un'area sicura (in inglese: «safe harbour»), all'interno della quale le imprese che stipulano un'intesa non devono temere di commettere un'infrazione contro il divieto di intese. Un siffatto trattamento preferenziale può difficilmente giovare ad imprese che concludono accordi aventi un oggetto anticoncorrenziale.

48 — Sentenza T-Mobile (cit. alla nota 26, supra, punti 28-31); v. inoltre sentenze del 13 luglio 1966, Consten e Grundig/Commissione (56/64 e 58/64, Racc. pagg. 322, 390); BIDS (cit. alla nota 41, supra, punti 15 e 16); del 6 ottobre 2009, GlaxoSmithKline Services e a./Commissione e a. (C-501/06 P, C-513/06 P, C-515/06 P e C-519/06 P, Racc. pag. I-9291, punto 55); del 4 ottobre 2011, Football Association Premier League e a. («FAPL», C-403/08 e C-429/08, Racc. pag. I-9083, punto 135); KME e a./Commissione (cit. alla nota 29, punto 65), nonché sentenza Pierre Fabre Dermo-Cosmétique (cit. alla nota 41, supra, punto 34).

49 — Sentenze BIDS (cit. alla nota 41, supra, punto 17) e T-Mobile (cit. alla nota 26, supra, punto 29).

50 — V., in generale, anche le conclusioni da me presentate il 19 febbraio 2009 nella causa T-Mobile (cit. alla nota 26, supra, in particolare paragrafi 42-47), nonché le conclusioni presentate dall'avvocato generale Geelhoed il 12 settembre 2006 nella causa Dalmine/Commissione (C-407/04 P, Racc. pag. I-829, paragrafo 136).

51 — In questo senso – sulle comunicazioni della Commissione nel settore degli aiuti concessi dagli Stati – sentenze Germania/Commissione (cit. alla nota 29, supra, punto 62), e dell'11 settembre 2008, Germania e a./Kronofrance e a. (C-75/05 P e C-80/05 P, (Racc. pag. I-6619, punti 65 e 66).

52 — Punto 11 della comunicazione de minimis.

53 — A titolo di esempio, la Corte, nella sentenza T-Mobile (cit. alla nota 26, supra, in particolare punti 32-39) ha ritenuto sussistente l'oggetto anticoncorrenziale dello scambio di informazioni sensibili sui prezzi fra concorrenti. Una siffatta pratica delle imprese potrebbe invece essere qualificabile come «restrizione grave» nell'accezione della comunicazione de minimis tutt'al più qualora si adottasse un'interpretazione particolarmente ampia dell'«accord[o] (…) che, direttamente (…), [ha] per oggetto (…) la fissazione dei prezzi in caso di vendita dei prodotti a terzi», di cui al punto 11.1, lettera a), della comunicazione de minimis.

Diversamente, le imprese le cui quote di mercato si attestano al di sotto delle soglie di cui alla comunicazione de minimis sarebbero addirittura invitate a rinunciare ad una reciproca concorrenza effettiva e ad unirsi in cartelli, contravvenendo così a principi fondamentali del mercato interno. Il governo polacco in particolare ha correttamente fatto riferimento a questo aspetto.

53. Complessivamente non resta dunque che concludere che le soglie basate sulle quote di mercato di cui alla comunicazione de minimis sono prive di rilevanza nel caso in cui si debba valutare la significatività di restrizioni della concorrenza derivanti da accordi fra imprese aventi un oggetto anticoncorrenziale. Ciò è stato correttamente segnalato dall'autorità francese garante della concorrenza nonché dai governi francese, italiano e irlandese. Anche la Commissione si è sostanzialmente associata a questa opinione all'udienza dinanzi alla Corte.

54. Invero, nella giurisprudenza della Corte sono rinvenibili sentenze isolate che dichiarano inapplicabile il divieto di intese anche nel caso di accordi fra imprese aventi un oggetto anticoncorrenziale, qualora tali accordi, «tenuto conto della debole posizione dei partecipanti sul mercato dei prodotti di cui trattasi, (…) pregiudichi[no] il mercato in misura irrilevante» [54]. Ciò, tuttavia, non deve essere frainteso nel senso che la significatività delle restrizioni della concorrenza per oggetto deve essere misurata con riferimento alle soglie basate sulle quote di mercato e non già sulla base delle medesime soglie che costituiscono il parametro per la verifica della significatività delle restrizioni della concorrenza per effetto [55]. Altrimenti si cancellerebbe in modo illegittimo la differenza fondamentale fra restrizioni della concorrenza per oggetto e per effetto.

55. Conseguentemente, nel caso di quote di mercato relativamente ridotte che si attestavano chiaramente al di sotto della «soglia de minimis» del 10% di cui alla fattispecie, la stessa Corte non ha esitato ad affermare la significatività delle restrizioni della concorrenza nei casi in cui le imprese coinvolte perseguivano con le proprie pratiche un oggetto anticoncorrenziale [56]. Alcune sentenze dei giudici dell'Unione, addirittura, non richiedevano la sussistenza di elementi concreti indicativi della significatività della restrizione della concorrenza laddove risultava che un accordo fra imprese aveva un oggetto anticoncorrenziale [57].

56. Tutto ciò permette di concludere che per la prova della significatività di una restrizione della concorrenza per oggetto non possono in alcun caso essere imposti requisiti più severi rispetto a quelli richiesti nell'ambito del «requisito del pregiudizio per il commercio fra Stati membri» di cui all'articolo 81, paragrafo 1, CE (articolo 101, paragrafo 1 TFUE), relativamente alla prova della significatività del pregiudizio del commercio fra Stati membri [58].

54 — Sentenze Völk (cit. alla nota 13, supra, punto 7) e Cadillon (cit. alla nota 13, supra, punto 9).

55 — Le affermazioni che la Corte ha effettuato nella sentenza Völk (cit. alla nota 13, supra, punto 7) devono essere valutate nel contesto di quote di mercato inferiori all'1%.

56 — Sentenze del 1º febbraio 1978, Miller International Schallplatten/Commissione («Miller», 19/77, Racc. pag. 131, punto 7 in combinazione con i punti 9 e 10); del 7 giugno 1983, Musique Diffusion française e a./Commissione («Musique Diffusion française», da 100/80 a 103/80, Racc. pag. 1825, punti 82 in combinazione con i punti 3 e 4), nonché sentenza del 25 ottobre 1983, AEG-Telefunken/Commissione («AEG», 107/82, Racc. pag. 3151, punto 43 in combinazione con il punto 58).

57 — Fra la giurisprudenza della Corte è d'uopo citare soprattutto le sentenze LTM/MBU (cit alla nota 13, supra, pag. 306, punto 3 del dispositivo); Deere/Commissione (cit. alla nota 13, supra, punto 75); BIDS (cit. alla nota 41, supra, punto 15) e FAPL (cit. alla nota 48, supra, punti 135 e 136), in cui il criterio della significatività è citato esclusivamente in relazione agli *effetti* anticoncorrenziali e non già in relazione all'*oggetto* anticoncorrenziale di un accordo fra imprese. Nell'ambito della giurisprudenza del Tribunale, v. ad esempio le sentenze dell'8 luglio 2004, Mannesmannröhren-Werke/Commissione (T-44/00, Racc. pag. II-2223, punti 129-131); Dalmine/Commissione (T-50/00, Racc. pag. II-2395, punto 225), nonché JFE Engineering e a./Commissione (T-67/00, T-68/00, T-71/00 e T-78/00, (Racc. pag. II-2501, punti 383 e 384), oltre alla sentenza dell'8 luglio 2008, BPB/Commissione (T-53/03, Racc. pag. II-1333, punto 90, ultima frase).

58 — Secondo la giurisprudenza si deve presumere una restrizione sensibile del commercio fra Stati membri già a partire da una quota di mercato sensibilmente inferiore al 10% – normalmente intorno al 5% – (v., ad esempio, sentenze cit. alla nota 56, Miller, punto 9, Musique Diffusion française, punto 86, in combinazione con il punto 82, e AEG, punti 56-58, cit. alla nota 56, supra). Anche la Commissione, nelle linee direttici sulla nozione di pregiudizio al commercio tra Stati membri di cui agli articoli 81 e 82 del trattato (GU 2004, C 101, pag. 81), ha stabilito la soglia basata sulle quote di mercato del 5% quale uno di molteplici criteri relativi alla quantificazione della significatività del pregiudizio al commercio (v. ivi, soprattutto punto 52).

57. Qualora – come nel caso di specie – risulti acclarato che un accordo fra imprese avente oggetto anticoncorrenziale è idoneo a pregiudicare sensibilmente il commercio fra Stati membri[59], da ciò si può desumere senz'altro che questo accordo è idoneo anche a impedire, restringere o falsare sensibilmente la concorrenza nell'ambito del mercato interno.

VI – Conclusione

58. Considerato quanto precede, propongo alla Corte di fornire la seguente risposta alla questione sottopostale dalla Cour de cassation francese:

1) L'articolo 81, paragrafo 1, CE e l'articolo 3, paragrafo 2, del regolamento (CE) n. 1/2003 devono essere interpretati nel senso che l'autorità garante della concorrenza di uno Stato membro può perseguire e sanzionare un accordo anticoncorrenziale fra imprese anche qualora non siano superate le soglie basate sulle quote di mercato fissate dalla Commissione europea nella «comunicazione de minimis», a condizione che l'autorità dello Stato membro abbia preso in debita considerazione la suddetta comunicazione e dimostri in altro modo che sussiste una restrizione sensibile della concorrenza per oggetto o per effetto.

2) La «comunicazione de minimis» della Commissione deve essere interpretata nel senso che le soglie basate sulle quote di mercato ivi definite sono irrilevanti qualora si debba valutare la significatività delle restrizioni della concorrenza discendenti da accordi fra imprese aventi un oggetto anticoncorrenziale.

59 — L'idoneità dell'accordo controverso concluso fra Expedia e SNCF a pregiudicare il commercio fra Stati membri è l'ipotesi di base su cui poggia la questione pregiudiziale e l'intera domanda di pronuncia pregiudiziale della Cour de cassation nel caso di specie.