

Diritto Civile Contemporaneo

Rivista trimestrale *online* ad accesso gratuito ISSN 2384-8537

www.dirittocivilecontemporaneo.com

Anno I, numero III, ottobre/dicembre 2014

Da Düsseldorf a Lussemburgo e ritorno: “Towards Horizontal Effect For the Free Movement of Goods?”

Armando Plaia

Da Düsseldorf a Lussemburgo e ritorno: “Towards Horizontal Effect For the Free Movement of Goods?”

di Armando Plaia

A seguito di rinvio pregiudiziale deciso da CGUE 12 luglio 2012 C-171/11, Fra.bo/DVGW, che ammette, per la prima volta, l'efficacia orizzontale, e cioè nei rapporti privatistici, del principio della libera circolazione delle merci, già affermata dalla giurisprudenza europea per le altre libertà fondamentali di circolazione (CGUE 12 luglio 2012 C-171/11, Fra.bo/DVGW, in *European Review of Contract Law*, 2013, 186, con commento di Harm SHEPEL; nonché, H. van HARTEN, T. NAUTA, *Towards Horizontal Direct Effect For the Free Movement of Goods. Comment on Fra.Bo.*, in *European Law Review*, 2013, 677; SHUIBHNE, *The Coherence of EU Free Movement Law. Constitutional Responsibility and the Court of Justice*, Oxford, 2013), con sentenza 14 agosto 2013 i giudici di seconda istanza di Düsseldorf hanno applicato il citato principio di diritto nel giudizio a quo.

In sostanza, la libertà di circolazione delle merci avrebbe come destinatari non solo gli stati membri, ma anche i soggetti privati, le cui condotte sarebbero dunque sindacabili dal giudice alla stregua delle misure degli Stati membri.

Sin qui si era soltanto ammesso l'effetto verticale, e cioè la possibilità di sindacare la misura statale lesiva della libertà di circolazione, e comunque, quanto alle condotte private (ad es. distruzione di prodotti agricoli importati da altro stato membro, blocco delle strade da parte degli autotrasportatori) si era ritenuto che solo lo Stato potesse essere chiamato a rispondere per non aver impedito dal condotta del soggetto privato.

Il caso Fra.bo riguarda la elaborazione di norme tecniche da parte di un'associazione di diritto privato (DVGW) e la certificazione di prodotti da parte di detta associazione. Poiché a tale certificazione è correlata una presunzione ex lege secondo cui i prodotti certificati (da DVGW) sono conformi ai requisiti in vigore per il loro impiego, ci si chiede se ciò costituisca una forte restrizione della commerciabilità di prodotti non certificati.

La vicenda interessa un settore ed un tipo di prodotto rispetto a cui non c'è un marchio CE, non c'è stata cioè armonizzazione nella regolamentazione né tantomeno uniformazione. Sicché le caratteristiche tecniche dei prodotti importabili le dettano i singoli stati o gli enti cui tale attività viene delegata, formalmente o di fatto.

Fra.bo. afferma dunque un principio in un ambito non armonizzato, in cui opera la tecnica del mutuo riconoscimento - il paese importatore (Germania) è tenuto a riconoscere le caratteristiche con cui è fabbricato il prodotto in altro stato membro (Italia) -, la quale come è noto è a sua volta strumentale alla piena affermazione delle libertà fondamentali, prima fra tutte quella di libera circolazione delle merci (cfr da ultimo C. JANSSENS, *The Principle of Mutual Recognition in EU Law*, Oxford, 2013, pp. 62 e 104; SHUIBHNE, *The Coherence of Free UE Movement Law*, Oxford, 2013, p. 102).

E se non può escludersi che un'armonizzazione a monte delle regole tecniche possa essere influenzata da potenti lobbies, il rischio è assai più alto quando le caratteristiche del prodotto importabile ed i test cui lo stesso deve superare vengono dettate all'interno del singolo stato membro.

Lo Stato, tenuto al rispetto delle libertà fondamentali, può tuttavia "delegare" l'attività di normazione e di certificazione ad un ente privato, in teoria soggetto non destinatario delle disposizioni del Trattato che sanciscono le libertà, sin che si ritiene che le stesse abbiano efficacia meramente verticale.

Il pericolo dell'elusione, nei settori non armonizzati, è dunque dietro l'angolo.

Più in particolare, il caso. Fra.bo riguarda un'azienda del bresciano della famiglia Bonetti, produttrice di raccordature in rame per condutture idrauliche, che è stata tenuta per quasi dieci anni fuori dal proprio principale mercato di sbocco, quello tedesco.

La Fra.bo, fortemente interessata al mercato tedesco, presentava alla DVGW, alla fine del 1999, una domanda di certificazione delle sue raccordature in rame per il settore dell'acqua, certificazione non obbligatoria ma determinante per la collocazione sul mercato dei prodotti del settore idraulico in germania.

La DVGW rilasciava la certificazione, ma nel giugno 2005 comunicava alla Fra.bo che la sua raccordatura non aveva superato un certo test.

La revoca della certificazione era provocata dall'introduzione di una nuova regola tecnica. Infatti, al fine di garantire una durata maggiore dei prodotti da certificare (non dunque la salute né la sicurezza dei consumatori), veniva introdotto il cosiddetto test delle 3000 ore, in base al quale il materiale viene esposto per 3000 ore in acqua bollente ad una temperatura di 110 gradi Celsius. Nel giugno 2005, dunque, la DVGW revocava alla Fra.bo il certificato relativo alle sue raccordature in rame, in considerazione dell'omessa produzione di un rapporto di collaudo positivo concernente il test delle 3 000 ore. Avverso la revoca ed il diniego di proroga del certificato relativo alle sue raccordature in rame la Fra.bo proponeva ricorso davanti al Tribunale di Colonia (Landgericht Köln), che lo respingeva. La Fra.bo impugnava tale sentenza di rigetto con appello dinanzi al giudice del rinvio, cioè la Corte di appello di Düsseldorf.

A fronte di dubbi in ordine alla questione se e, in caso affermativo, quali norme di diritto dell'Unione dovessero essere rispettate dalla DVGW nell'ambito della sua attività di elaborazione di norme tecniche e di certificazione, il giudice a quo sottoponeva alla CGUE le seguenti questioni pregiudiziali: se l'articolo 34 TFUE (libertà di circolazione delle merci) debba essere interpretato nel senso che (anche) gli organismi di diritto privato costituiti al fine di elaborare norme tecniche in un determinato settore, nonché di certificare i prodotti sulla scorta di tali norme tecniche, siano assoggettati, nell'elaborazione delle norme tecniche e nel processo di certificazione, alle summenzionate disposizioni, qualora il legislatore nazionale consideri espressamente conformi alla legge i prodotti provvisti di certificati, cosicché, nella prassi, la distribuzione di prodotti sprovvisti di tale certificato sia perlomeno resa notevolmente più difficoltosa.

In caso di soluzione negativa della questione precedente:

Se l'articolo 101 TFUE (divieto di cartelli) debba essere interpretato nel senso che l'elaborazione di norme tecniche e la certificazione sulla scorta di tali norme da parte di un ente certificatore possa considerarsi "attività economica" in quanto riferibile ad un'associazione di imprese, e se la stessa sia idonea ad ostacolare il commercio tra gli Stati membri, qualora un prodotto realizzato e distribuito legalmente in un altro Stato membro non possa essere distribuito nello Stato membro d'importazione o possa esserlo solo con

notevole difficoltà, in quanto esso non soddisfa i requisiti della norma tecnica e la distribuzione senza un tale certificato è praticamente impossibile, avuto riguardo alla preponderanza sul mercato della norma tecnica e ad una disposizione del legislatore nazionale secondo la quale un certificato dell'associazione di imprese attesta l'osservanza dei requisiti di legge, e qualora la norma tecnica, se fosse stata emessa direttamente dal legislatore nazionale, sarebbe inapplicabile perché in contrasto con i principi di libera circolazione delle merci.

Essendo positiva la risposta al quesito circa l'efficacia orizzontale, tale seconda questione viene ritenuta dalla Corte di Lussemburgo assorbita dalla prima, in quanto posta in subordine e cioè soltanto nell'ipotesi in cui alla prima questione, relativa all'ammissibilità di un'efficacia orizzontale della libertà di circolazione delle merci, si fosse data risposta negativa.

In effetti, già nelle conclusioni dell'Avvocato Generale Verica Trstenjak presentate il 28 marzo 2012 a seguito della domanda di pronuncia pregiudiziale proposta dalla Corte di Appello (Oberlandesgericht) di Düsseldorf si afferma l'efficacia orizzontale nei confronti dei terzi della libera circolazione delle merci (art. 34 TFUE).

A seguito della decisione del 12 luglio 2012 della CGUE, il 14 agosto 2013 i giudici di seconda istanza di Düsseldorf hanno finalmente riconosciuto la possibilità di Fra.bo di tornare a commercializzare in Germania il suo più innovativo prodotto, una guarnizione che viene utilizzata per mettere in sicurezza le grandi condutture di acqua e gas.

Dunque, il 14 agosto 2013 l'Oberlandesgericht Düsseldorf ha decretato che, in applicazione della sentenza della Corte di giustizia, la revoca del certificato da parte dell'ente di certificazione privato tedesco DVGW, da esso stesso emesso, era illegittima, in quanto tale ente era soggetto al rispetto dell'articolo 34 del TFUE e non poteva introdurre test e prove ingiustificate che producessero l'effetto di ostacolare l'accesso al mercato dei prodotti importati.

In particolare, il giudice di seconde cure ha ritenuto: 1. Che la revoca del certificato fosse dovuta a dolo o negligenza dell'ente (art. 280 § 1 co. 2 BGB); 2. Che non fosse giustificata dal diritto fondamentale di associazione previsto dalla Carta dei Diritti fondamentali UE (come asserito dalla difesa); 3. Che il risarcimento fosse dovuto (art. 311 co. 1 280 co 1

249 252 BGB) in ragione dell'alta probabilità che la Fra.bo abbia subito un danno cagionato dalla DVGW.

Malgrado la vicenda coinvolgesse soltanto soggetti privati, deve notarsi come la stessa sia stata risolta non già ricorrendo alla disciplina sulla concorrenza (secondo quesito pregiudiziale, assorbito dal primo), ma appunto affermando l'operatività orizzontale del principio della libera circolazione delle merci.

Per comprendere il caso Fra.bo e la sua portata innovativa occorre premettere che:

Il regolamento tedesco concernente le condizioni generali relative alla fornitura di acqua così recita:

«Possono essere impiegati unicamente prodotti e apparecchi conformi alle regole generalmente riconosciute della tecnica. Il rispetto dei requisiti di cui al primo periodo viene presunto in presenza di una marcatura CE per l'impiego espresso nel settore dell'acqua potabile. Qualora tale marcatura CE non sia prescritta, la presunzione ricorre anche qualora il prodotto o l'apparecchio presenti un contrassegno di un ente certificatore accreditato del settore, in particolare il contrassegno DIN-DVGW o il contrassegno DVGW.

I prodotti e gli apparecchi legalmente prodotti in un altro Stato contraente dell'Accordo sullo Spazio economico europeo o che legalmente prodotti o immessi in commercio in un altro Stato membro dell'Unione europea o in Turchia e che non siano conformi alle specificazioni tecniche del contrassegno ai sensi del terzo periodo vengono trattati in maniera equivalente – comprese le verifiche e le attività di vigilanza condotte negli Stati summenzionati – qualora con essi venga conseguito in maniera parimenti duratura il livello di tutela richiesto in Germania».

E' bene tuttavia precisare che in Fra.bo non si pone la questione della compatibilità con l'art. 34 TFUE della disposizione normativa appena citata, contenente un presunzione di conformità (effetto verticale) e ciò, deve ritenersi, in ragione della natura derogabile di tale disposizione.

Come è noto, nel settore della libera circolazione dei lavoratori, la Corte, specie con la sentenza Angonese, ha già compiuto un passo importante nel senso dell'assoggettamento (anche) dei privati alle libertà fondamentali. Detta sentenza è stata espressamente confermata dalla sentenza Raccanelli (CGUE 17 luglio 2008, C-94/07, Racc. pag. I-5939, punto 46).

D'altro canto, osserva la Corte di giustizia, qualora gli Stati membri potessero eludere tale obbligo di rispetto delle libertà fondamentali nell'elaborazione e applicazione di norme tecniche mediante un trasferimento – di diritto o de facto – dei propri poteri ad associazioni private, ne deriverebbe un'applicazione non uniforme del diritto dell'Unione. Infatti, negli Stati membri in cui il potere di normazione e di certificazione resta riservato alle autorità in quanto funzione pubblica, essa dovrebbe essere esercitata nel rispetto delle libertà fondamentali. Negli Stati membri, invece, in cui tale compito venga svolto – de facto – da un'associazione di diritto privato, le libertà fondamentali resterebbero, a tal riguardo, inefficaci.

Ecco perché l'introduzione del test delle 3 000 ore nella scheda tecnica DVGW è stata considerata un ostacolo alla libera circolazione delle merci posto dalla DVGW, tanto più che il test delle 3000 ore non sarebbe funzionale alla tutela della salute del consumatore di acqua potabile, ma piuttosto al prolungamento della vita dei tubi.

Come ha scritto Harm Shapel, che pure ha ritenuto la decisione “disastrously ambiguous” (anche perché non parla mai testualmente di "efficacia orizzontale", espressione, in effetti, rinvenibile solo nelle Conclusioni dell'Avvocato generale), una conclusione può agevolmente essere tratta dal caso Fra.bo: “la libertà di circolazione dei beni ha raggiunto la libertà di circolazione delle persone, dei servizi e di stabilimento, essendo applicabile, in certi casi, alle parti private” (*European Review of Contract Law*, 2013, 188).

Sin da subito, occorre tuttavia notare che la questione non sembra tanto se la libertà di circolazione delle merci abbia efficacia orizzontale – abbia cioè come destinatari anche i soggetti privati e non solo lo Stato membro -, ma in quali casi ciò accade, ad esempio se ciò debba dirsi solo in presenza di un soggetto privato con poteri regolatori.

In questo senso, come si è osservato, la questione che si pone dopo Fra.bo sarebbe analoga a quella attualmente oggetto di discussione relativa all'ammissibilità di un'efficacia orizzontale dei diritti della Carta fondamentale (D. LECZYKIEWICZ, *Horizontal application of the Charter of Fundamental Rights*, in *Europ. Law Rev.*, 2013, 493, che riflette proprio sul “regulatory effect doctrine”). In realtà, non deve sfuggire che la questione è assai diversa: le libertà fondamentali, infatti, sottendono interessi strumentali e non finali, come accade per le disposizioni costituzionali o per i diritti fondamentali.

Ad ogni modo, è innegabile che il caso *Fra.bo* esibisce un approccio funzionalista e poco formale della Corte di Giustizia UE che, in realtà, sembra guardare con poco interesse alla natura pubblica o privata del soggetto la cui condotta viene sindacata, concentrandosi piuttosto l'impianto argomentativo sugli effetti di tale condotta sulla libertà fondamentale.

D'altro canto, l'efficacia orizzontale, se presa sul serio, reca con sé due corollari non irrilevanti.

a) Si accetta che l'autonomia dei privati possa essere compressa dalle libertà fondamentali (si pensi ad un'impresa distributrice che voglia negoziare soltanto con fornitori di determinati prodotti, provenienti da un determinato Paese e non da altri);

b) I "confini" tra il diritto della concorrenza, e in particolare del diritto antitrust, che regola le condotte (anche) dei privati, e il diritto delle libertà fondamentali, formalmente applicabile soltanto agli Stati, divengono sempre più labili.

Quanto al secondo corollario, la convergenza è inevitabile tanto più se l'approccio è funzionalista: non a caso, come nel diritto della concorrenza, anche qui la dottrina ha intravisto l'utilizzo di una regola "de minimis", che cioè tollera le condotte poco rilevanti e scarsamente lesive del mercato concorrenziale (A. CRESPO VAN DE KOOIJ, *The Private Effect of the Free Movement of Goods: Examining Private-Law Bodies' Activities under the Scope of Article 34 of the Treaty of the Fof the Europea Union*, in *Legal issues of economic integration*, 40, no. 4 (2013), 363).

Ci si potrebbe chiedere, allora, perché sino a *Fra.bo* la giurisprudenza CGUE non abbia riconosciuto anche alla libertà di circolazione delle merci un'efficacia orizzontale.

a) Una prima spiegazione potrebbe rinvenirsi nella circostanza che il principio di non discriminazione ha una correlazione assai più stretta con le altre libertà fondamentali: in altre parole, si è efficacemente osservato in letteratura, la discriminazione tra persone è assai più rilevante rispetto alla "discriminazione" tra merci.

b) Ma c'è almeno un'altra spiegazione possibile e cioè che il c.d. effetto orizzontale rinvenibile nella casistica riferibile alle altre libertà fondamentali sia stato talora una sorta di effetto verticale "esteso".

In effetti, in altre circostanze, in cui non si pone un problema di discriminazione, l'approccio orizzontale delle altre libertà, in casi molto noti come *Bosman* o *Viking*, è consistito in una sorta di "extended vertical effect", come lo ha chiamato la dottrina: SHAPPEL, *Constitutionalising the Market, Marketising the Constitution, and to tell the Difference: On the Horizontal Application of the Free Movement Provisions in EU Law*, 18 *Europ. Law J.* 177 (2012).

E cioè, la condotta del soggetto privato diviene sindacabile perché questo agisce "di fatto" nella sfera dello stato.

Questo, si è rilevato, sarebbe proprio quanto accade in *Fra.bo*, poiché qui il legislatore tedesco ha introdotto nelle condizioni generali di contratto di settore, derogabili dalle parti, una presunzione di conformità correlata alla certificazione da parte dell'ente privato; non solo, una raccordatura in rame può circolare in Germania anche senza la certificazione in questione, ma se la certificazione viene (spontaneamente) chiesta ed ottenuta si ritiene (per indicazione espressa delle condizioni generali di contratto predisposte dal legislatore, ancorché derogabili) che il prodotto abbia le caratteristiche per poter circolare in Germania.

Insomma, formalmente le condizioni generali di contratto che richiamano la certificazione dell'ente privato sono derogabili e la certificazione non è obbligatoria. In questo senso, la DVGW non è un ente privato formalmente delegato a svolgere una funzione per conto dello Stato. Di fatto, però, ed è questo ciò che rileva (più che il dato formale), in Germania è molto difficile che venga acquistata una raccordatura in rame priva della certificazione in questione. E poiché ciò accade anche, o soprattutto, in ragione della norma dispositiva contenente la presunzione di conformità, alla vicenda lo stato legislatore non può dirsi del tutto estraneo. E' in questo senso - e solo in questo senso - che DVGW opererebbe "di fatto" nella sfera dello Stato.

c) Infine, la spiegazione del perché sin qui la giurisprudenza non abbia applicato alla libertà di circolazione delle merci un'efficacia anche orizzontale, può risiedere nell'esigenza di preservare il confine tra tale libertà fondamentale (e l'interesse pubblico cui è correlata) e il diritto della concorrenza (che tendenzialmente coinvolge interessi privati). Un confine esplicitato anche nella regola del "de minimis" elaborata dalla Commissione per le violazioni del diritto della concorrenza poco rilevanti: almeno sino ad ora, la Corte di giustizia non ha invece elaborato una regola analoga per le libertà fondamentali, proprio perché qui vengono in considerazione interessi generali e non interessi individuali.

Non può sfuggire che in *Fra.bo*, la Corte nel valutare "in che misura" l'attività di certificazione abbia impedito la libera circolazione delle merci (non certificate), ha in sostanza utilizzato una sorta di *de minimis* rule (A. CRESPO VAN DE KOOIJ, *The Private Effect of the Free Movement of Goods: Examining Private-Law Bodies' Activities under the Scope of Article 34 of the Treaty of the Fof the Europea Union*, in *Legal issues of economic integration*, 40, no. 4 (2013), 363).

Come si è detto, anche in ragione del "monopolio di fatto" dell'ente certificatore, seppur agevolata dalla sussistenza di una norma statale contenente una presunzione di conformità, l'interrogativo è se la vicenda possa essere ricondotta ad un'ipotesi "tipica" del diritto antitrust europeo (sul tema cfr. almeno LIBERTINI, in *Manuale di diritto privato europeo*, a cura di Castronovo e Mazzamuto, III, Milano, 2007, p. 159 ss.). Qui in effetti si ammette, sotto le mentite spoglie dell'effetto orizzontale, un sindacato di una condotta anticorrenziale che (in ipotesi) non rientra in una delle fattispecie tipiche del diritto della concorrenza.

In altre parole, poiché il dato formale non consente l'applicazione del diritto antitrust (e cioè dell'art. 101 TFUE), in quanto DVGW non svolge un'attività "economica", né la sua attività è formalmente riconducibile ad un'associazione di imprese, si ripiega su un utilizzo a maglie larghe delle libertà fondamentali, in teoria rivolte soltanto alle misure degli Stati membri; così facendo, si concepisce un congegno normativo in grado di disinnescare condotte anticoncorrenziali poste in essere dai privati (che non svolgono attività economica e non sono riconducibili ad un'associazione di imprese).

Questo è un passaggio fondamentale: la specificità del caso *Fra.bo*. non consiste nella natura privata del soggetto la cui condotta viene sindacata, quanto nella circostanza che lo stesso non svolge un'attività economica e non è riconducibile ad un'associazione di imprese. Il che equivale a dire che, diversamente, la condotta di DVGW sarebbe stata

sindacabile secondo il diritto antitrust, ancorché la Corte di giustizia, formalmente per ragioni processuali, non si sia spinta sino a questa affermazione.

E' in questo senso che più che di "efficacia orizzontale" è forse opportuno parlare di estensione dell'effetto verticale: non già nel senso di un collegamento formale tra l'ente regolatore e lo Stato, quanto piuttosto per sottolineare che siamo comunque nell'ambito della sfera applicativa "sostanziale" del diritto antitrust, e che soltanto per ragioni meramente "formali" si è costretti a ripiegare sulla libertà fondamentale e a declinarla in senso orizzontale.

Con diversità di sfumature, ad una considerazione non dissimile sembra pervenire anche la dottrina specialistica più accreditata.

Secondo il giurista canadese Peter Oliver, infatti, Fra.bo rappresenterebbe un caso di "falso effetto orizzontale", quello che Catherine Barnard ha chiamato "forme étendue de l'effet vertical" (C. BARNARD, *The Substantive Law of the UE: the Four Freedoms*, 3° éd., Oxford University Press, 2010, p. 234).

La Corte di Giustizia, cioè, non avrebbe potuto non applicare l'art. 34 in ragione della specificità dello status del soggetto privato in questione (e semmai la novità sta nella circostanza che questo status peculiare trova legittimazione più de facto, nel monopolio esercitato dal soggetto certificatore, che in un riconoscimento di diritto): P. OLIVER, *L'article 34 TFUE Peut-Il Avoir un effet direct horizontal*, in *Cahiers de droit européen*, 2014, p. 77.

Si è anche scritto che la circostanza che si tratti di un falso caso di efficacia orizzontale, che dunque non avrebbe affatto allineato la libertà di circolazione delle merci con le altre libertà fondamentali, non significa che Fra.bo. non abbia alcuna rilevanza. Esso infatti vale a rassicurare chi ha temuto che il processo del c.d. *New approach* e la "normalisation", e cioè l'attribuzione di un ruolo determinante ad organismi europei di normalizzazione e non più ad organismi nazionali di normalizzazione potesse sottrarsi ad un controllo giudiziario (R. VAN GESTEL, H.W. MICKLITZ, *European Integration through Standardisation: How Judicial Review is Breaking Down the Clubhouse of Private Standardisation Bodies*, in *Comm. Mar. Law Review*, 2013, p. 145).

In sostanza, Fra.bo non può significare l'affermazione di una generalizzata efficacia orizzontale della libertà di circolazione delle merci. Piuttosto, il caso in questione ha evidenziato come tale ultima libertà fondamentale possa e debba porsi in rapporto di complementarità rispetto al diritto antitrust, e che l'esigenza di ripristinare il dinamismo concorrenziale imponga di reprimere una condotta che le fattispecie tipizzate del diritto antitrust non consentono di sindacare.

Se questo è vero, è possibile anche tracciare un limite oltre il quale il ricorso al grimaldello delle libertà fondamentali, e segnatamente di quella di libera circolazione delle merci, non possa operare. Lo stesso deve collocarsi proprio sul crinale del danno che si intende rimuovere; per essere più chiari, non dovrebbe ammettersi, ad esempio, che una condotta anticoncorrenziale non sindacabile in ragione della regola de minimis, possa invece essere inibita e sanzionata perché lesiva della libertà di circolazione delle merci.

In altre parole, al netto del dato formale che, in un determinato e specifico caso, come accade in Fra.bo, può rendere non applicabile la fattispecie antitrust, la logica che deve alimentare e innescare l'operatività del sindacato di una condotta privata, e dunque l'efficacia orizzontale della libertà fondamentale, deve replicare quella del diritto antitrust. Il dispiegarsi di un'efficacia orizzontale della libertà di circolazione delle merci si giustifica in ordine ad un'occasionale inadeguatezza "formale" del diritto antitrust, ma per ciò stesso rimane ancorata alla sua ratio sostanziale.

Queste considerazioni sulla funzione ausiliare e complementare che la libertà di circolazione, quasi fosse una sorta di clausola generale, può svolgere rispetto al diritto antitrust, rendono anche ragionevole che, come affermato il 14 agosto 2013 dai giudici di seconda istanza di Düsseldorf, a rispondere civilisticamente per il danno arrecato a Fra.bo sia l'ente privato, e non invece lo Stato tedesco che non ha impedito all'ente privato DVGW di violare la libertà di circolazione delle merci.

E' questa l'ennesima conferma che il c.d. effetto orizzontale è in realtà un "effetto verticale esteso" in funzione ausiliare del diritto antitrust.

Come anticipato, infatti, in fase "discendente", a seguito della decisione della CGUE, la Corte di appello tedesca ha ritenuto: 1. Che la revoca del certificato fosse dovuta a dolo o negligenza dell'ente; 2. Che non fosse giustificata dal diritto fondamentale di associazione previsto dalla Carta dei diritti UE (come invece asserito dalla difesa); 3. Che il risarcimento fosse dovuto in ragione dell'alta probabilità che la Fra.bo abbia avuto un danno cagionato dalla DVGW.

D'altro canto, qui lo Stato tedesco non avrebbe potuto impedire la violazione della libertà di circolazione da parte dell'ente privato (come, ad esempio, nel caso del blocco dell'autostrada del Brennero), e siamo fuori dall'ambito operativo del Regolamento 2679/98 (che prevede l'intervento della Commissione a fronte dell'inerzia dello Stato per un comportamento di privati lesivo della libertà di circolazione). E semmai, con applicazione verticale, allo Stato si sarebbe potuto imputare l'adozione di una disposizione normativa che di fatto genera una situazione di monopolio, il che probabilmente non è accaduto anche in ragione del fatto che tale norma statale ha carattere derogabile, con la conseguenza che è mancato il fisiologico dispiegarsi in senso verticale della libertà fondamentale di libera circolazione.

Le considerazioni sin qui sviluppate sembrano trovare riscontro anche nella formulazione del quesito del rinvio pregiudiziale, il quale contiene un esplicito riferimento all'art. 81 CE (o 101 TFUE) e cioè al divieto di comportamenti da parte di associazioni di imprese lesivi della concorrenza.

Il giudice di seconda istanza chiede infatti nel rinvio pregiudiziale, ancorché in subordine, e ove non si possa ritenere l'efficacia orizzontale della libertà fondamentale, se l'attività dell'ente certificatore privato possa considerarsi come "attività economica" riferibile ad un'associazione di imprese, come tale lesiva del divieto di intese o pratiche restrittive della concorrenza.

Con il consueto pragmatismo che caratterizza la giurisprudenza della Corte di Giustizia, celato da ragioni formalmente processuali, a tale seconda questione, relativa alla sussistenza di un cartello vietato dall'art. 101 TFUE, la CGUE non ritiene necessario rispondere, in quanto assorbita dalla prima, e poiché posta "in subordine" e cioè soltanto nell'ipotesi in cui alla prima questione, relativa all'ammissibilità di un'efficacia orizzontale, si fosse data risposta negativa.