

UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI ROMA TRE

**SCUOLA DOTTORALE INTERUNIVERSITARIA INTERNAZIONALE IN
"DIRITTO EUROPEO, STORIA E SISTEMI GIURIDICI DELL'EUROPA"**

sez. Diritto europeo

XXI Ciclo

TESI DI DOTTORATO

**IL SISTEMA *ANTITRUST* NEL MERCATO COMUNITARIO ALLA LUCE
DELLA PRASSI APPLICATIVA DEL REGOLAMENTO 1/03:
CONVERGENZA NORMATIVA E COOPERAZIONE ISTITUZIONALE**

Relatore:

Chiar. mo Prof. Paolo Benvenuti

Dottoranda:

Eleonora Vergnano

INDICE

PREFAZIONE	9
Struttura dell'Elaborato	12
CAPITOLO I IL DECENTRAMENTO DELL'APPLICAZIONE DELLE REGOLE DI CONCORRENZA NEL PROCESSO DI INTEGRAZIONE EUROPEA	15
1. Introduzione: ambito normativo di riferimento	15
1.1. Programma di lavoro	19
2. Il decentramento dell'applicazione delle regole di concorrenza alle autorità nazionali, fondamento del coordinamento istituzionale	20
2.1. L'inefficienza del sistema centralizzato all'indomani dell'allargamento e le ragioni del decentramento	22
2.2. I principi e gli obiettivi della disciplina <i>antitrust</i> introdotta con il regolamento 1/03	25
2.3. Gli strumenti di applicazione della disciplina <i>antitrust</i> introdotti con il regolamento 1/03: norme sul coordinamento istituzionale e linee guida della Commissione	27
2.3.1. Le Comunicazione della Commissione sulla cooperazione tra le istituzioni nazionali e la Commissione	31
2.3.2. Le consultazioni pubbliche e i conseguenti provvedimenti adottati in tema di programmi di clemenza, modalità di calcolo delle ammende	32
2.4. Il coordinamento del sistema di applicazione delle norme comunitarie <i>antitrust</i> con il principio di sussidiarietà	34
2.4.1. I caratteri della sussidiarietà nel sistema comunitario	35
2.4.2. Il principio di sussidiarietà nel processo di decentramento dell'applicazione del diritto comunitario della concorrenza	37
2.4.3. Il contrasto tra decentramento e sussidiarietà nell'applicazione delle regole comunitarie della concorrenza secondo una recente dottrina	39
2.5. Il coordinamento del sistema di applicazione delle norme comunitarie <i>antitrust</i> con i principi di proporzionalità e di prossimità	41

2.6.	Il sistema di applicazione delle norme comunitarie <i>antitrust</i> e leale cooperazione.....	43
2.6.1.	La leale collaborazione secondo il previgente sistema: la partecipazione delle Autorità nazionali nell'applicazione delle norme comunitarie della concorrenza.....	45
2.6.2.	La leale collaborazione alla luce del regolamento 1/03, quale presupposto del sistema di coordinamento tra i membri della rete ..	47
2.7.	Il decentramento nell'ordinamento comunitario: l'orientamento della Commissione volto a conservare funzioni direttive anche in altri settori del diritto comunitario	49
2.7.1.	Il processo di decentramento dell'attività di attuazione delle politiche di coesione negli Stati membri	50
2.7.2.	Alcune considerazioni sul parallelo sviluppo del decentramento nelle politiche di coesione e in materia antitrust	55
3.	L'applicazione diretta della normativa comunitaria <i>antitrust</i> negli Stati membri e la convergenza tra normativa nazionale e normativa comunitaria	55
3.1.	Il principio di eccezione legale, ultimo stadio nel processo di decentramento dell'applicazione delle regole comunitarie antitrust.....	56
3.2.	Il coordinamento tra normativa interna e normativa comunitaria in materia di concorrenza nel sistema decentrato delle competenze parallele	58
3.2.1.	Il potere di disapplicare la normativa interna contrastante con la normativa comunitaria da parte delle Autorità nazionali secondo la Corte di Giustizia (Sentenza <i>Cif</i>).....	61
3.2.2.	L'applicazione parallela della normativa comunitaria e nazionale ..	64
3.2.3.	La convergenza della normativa interna alla normativa comunitaria	67
3.2.3.1.	L'applicazione della regola di convergenza nel coordinamento tra le Autorità.....	70
3.2.3.1.1.	L'adeguamento delle normative nazionali al sistema delle competenze parallele - il mantenimento del sistema della barriera unica ai sensi della legge 287/90	72

3.2.3.2.L'osservanza dell'obbligo di convergenza da parte dei giudici nazionali: gli strumenti del regolamento 1/03	76
4. Decentramento e convergenza nel coordinamento tra Autorità, Commissione e giudici nazionali: rinvio all'analisi dei successivi capitoli.....	79
CAPITOLO II IL PUBLIC ENFORCEMENT DEL DIRITTO ANTITRUST: LA COOPERAZIONE TRA AUTORITA' GARANTI DELLA CONCORRENZA NELL'APPLICAZIONE DEL DIRITTO COMUNITARIO ANTITRUST	81
1. <i>L'European Competition Network</i> : il centro della convergenza normativa e del coordinamento istituzionale nell'applicazione delle regole di concorrenza.....	81
1.1. L'ambito soggettivo di applicazione delle regole sul funzionamento dell'ECN: la designazione delle Autorità garanti della concorrenza degli Stati membri	83
1.2. Le regole di funzionamento dell'ECN: l'allocazione dei casi tra i membri della rete e il principio della <i>well placed Authority</i>	85
1.2.1. Il coordinamento <i>ex ante</i> : la cooperazione orizzontale tra Autorità e verticale tra Autorità e Commissione all'interno della rete.....	86
1.2.2. Il coordinamento <i>ex post</i> : il potere di avocazione della Commissione	89
1.2.2.1.La facoltà di sospensione dei procedimenti avviati dalle Autorità nazionali	90
2. Decentramento, coordinamento istituzionale e convergenza interpretativa.....	91
3. La definizione dei poteri in capo alle Autorità nazionali e la convergenza con poteri in capo alla Commissione.....	94
3.1. L'accertamento e la repressione delle infrazioni.....	95
3.1.1. La recente prassi della Commissione sui rimedi comportamentali imposti alle imprese: il caso MasterCard e Microsoft.....	100
3.1.2. Alcune considerazioni sulla prassi delle Autorità nazionali in tema di rimedi strutturali o comportamentali	102
3.2. Le misure cautelari: il potere della Commissione di adottare d'ufficio decisioni d'urgenza.....	104
3.2.1. I presupposti dell'azione cautelare: il <i>fumus boni iuris</i> e il <i>periculum in mora</i>	105

3.2.2.	La decisione della Commissione in materia cautelare.....	107
3.2.3.	La prassi delle Autorità nazionali: l'adozione di misure cautelari in Italia.....	108
3.3.	La decisione di impegni: poteri della Commissione e delle Autorità nazionali	111
3.3.1.	La procedura di adozione delle decisioni con impegni da parte della Commissione	115
3.3.2.	Il potere dell'AGCM di adottare decisioni con impegni: l'adeguamento dell'ordinamento italiano al regolamento 1/03.....	116
3.4.	Il sistema sanzionatorio: principi comuni e peculiarità nazionali.....	122
3.4.1.	<i>Gli Orientamenti in tema di calcolo delle ammende</i>	127
3.4.2.	I programmi di clemenza.....	134
3.4.2.1.	Il <i>Model Leniency Programme</i>	138
3.4.2.2.	L'adeguamento delle normative nazionali al <i>Model Leniency Programme</i> : il caso italiano	140
4.	Cenni sul rapporto tra <i>public</i> e <i>private enforcement</i> del diritto <i>antitrust</i>	144
CAPITOLO III IL PRIVATE ENFORCEMENT DEL DIRITTO ANTITRUST: RUOLO E COMPETENZE DEI GIUDICI NAZIONALI		147
1.	Il <i>private enforcement</i> del diritto <i>antitrust</i> e la complementarità tra il ruolo delle giurisdizioni e delle Autorità nazionali nell'applicazione degli articoli 81 e 82 TCE	147
2.	Lo sviluppo del <i>private enforcement</i> del diritto <i>antitrust</i> a seguito dell'adozione del regolamento 1/03	151
2.1.	L'attività della Commissione nella definizione di una normativa comune in tema di risarcimento del danno <i>antitrust</i> : il <i>Libro verde sulle Azioni di risarcimento del danno per violazione delle norme antitrust comunitarie</i>	152
2.2.	I principi della giurisprudenza in tema di azioni a risarcimento del danno: la sentenza <i>Manfredi c. Lloyd Adriatico</i>	155
2.3.	L'adozione del Libro Bianco <i>sulle Azioni di risarcimento del danno per violazione delle norme antitrust comunitarie</i>	161

2.3.1.	Gli obiettivi del Libro Bianco: la funzione compensativa del risarcimento del danno e l'equilibrio tra promozione delle azioni da parte dei consumatori e il rischio di azioni pretestuose.....	162
2.3.2.	Le misure proposte: le innovazioni in tema di legittimazione attiva e passiva e le azioni collettive	164
2.3.3.	Le azioni collettive nel Libro Bianco	167
2.3.3.1.	Le azioni collettive a risarcimento del danno <i>antitrust</i> nell'ordinamento italiano.....	168
3.	La convergenza del sistema di applicazione delle regole di concorrenza da parte dei Giudici nazionali nel coordinamento con la Commissione europea e Autorità nazionali alla luce del Regolamento 1/03, della Comunicazione della Commissione e le proposte del Libro Bianco.....	170
3.1.	La cooperazione tra i giudici nazionali e la Commissione europea: il primato delle decisioni della Commissione sulla giurisprudenza nazionale e il rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia	171
3.1.1.	La sospensione dei procedimenti da parte delle giurisdizioni nazionali	173
3.1.2.	Il coordinamento <i>ex ante</i> tra giurisdizioni nazionali e Commissione europea: la trasmissione di informazioni dalla Commissione a richiesta della giurisdizione nazionale.....	175
3.1.3.	La formulazione di pareri da parte della Commissione a richiesta della giurisdizione nazionale	177
3.1.4.	La formulazione di osservazioni, d'ufficio, da parte della Commissione e l'obbligo di invio delle sentenze.....	178
3.2.	La cooperazione tra i giudici nazionali Autorità <i>antitrust</i> alla luce del Regolamento 1/03 e le proposte della Commissione nel Libro Bianco sulle azioni a risarcimento del danno	181
3.2.1.	La proposta del Libro Bianco: gli effetti vincolanti per i giudici nazionali delle decisioni definitive di qualsiasi Autorità garante degli Stati membri e il loro valore probatorio inconfutabile con riferimento alla violazione.....	181

3.2.2. Le considerazioni della Corte di Cassazione sulla vincolatività delle decisioni dell'AGCM e delle Autorità di altri Stati membri nei confronti del giudice italiano.....	187
3.2.3. Il rapporto tra i procedimenti giurisdizionali ordinari e i procedimenti dell'AGCM.....	189
4. Alcuni considerazioni conclusive sulla complementarità tra <i>public</i> e <i>private enforcement</i>	191
4.1. Alcune considerazioni critiche sugli strumenti di intervento da parte della Commissione nella definizione di una normativa comune in materia di azioni di risarcimento danni da illecito <i>antitrust</i>	192
CONSIDERAZIONI CONCLUSIVE	194
BIBLIOGRAFIA	199

PREFAZIONE

L'applicazione decentrata delle regole di concorrenza del Trattato CE introdotta con il regolamento 1/03 e la tendenziale omogeneità delle norme sostanziali nazionali in materia con la disciplina comunitaria sembrano orientare i sistemi giuridici interni verso un parallelo allineamento delle regole di procedura rispetto al modello comunitario. Nei quasi cinque anni dall'entrata in vigore del regolamento 1/03 si sta assistendo a un processo di convergenza (o "comunitarizzazione") anche delle regole procedurali in materia *antitrust* che origina contemporaneamente dalla prassi applicativa della Commissione, delle Autorità e dei giudici nazionali.

Nella maggior parte dei paesi dell'Unione Europea, infatti, il meccanismo di attuazione delle norme poste a tutela della concorrenza ha una struttura «binaria», pubblica e privata. Da un lato, su un piano pubblicistico, opera l'Autorità amministrativa cui è istituzionalmente affidata dalla legge la funzione di tutelare la concorrenza e che agisce anche d'ufficio nell'interesse pubblico e in posizione di indipendenza, per dare attuazione alle norme che vietano intese ed abusi di posizione dominante, sia nazionali che comunitarie (articoli 81-82 CE). In quest'ultimo caso, ciascuna Autorità nazionale opera come parte dell'*European Competition Network* nel quadro creato dal regolamento 1/03 ed avvalendosi degli strumenti di cooperazione e coordinamento ivi previsti. Le Autorità hanno poteri di accertamento degli illeciti *antitrust*, poteri di ordinarne la cessazione (anche in via cautelare) e di infliggere sanzioni pecuniarie di natura amministrativa idonee a svolgere una funzione deterrente, nonché in molti casi, poteri di segnalazione, espressione della missione pubblicistica di tutela oggettiva del mercato. Al tempo stesso, l'inserimento delle Autorità in tale circuito assoggetta ciascuna di esse a una sorta di "peer review"¹, cioè ad un controllo di fatto, reciproco e paritario tra le stesse, che concorre a risolvere, almeno in parte, il problema della loro responsabilità.

Dall'altro lato, in sede civile, operano i giudici ordinari che, su domanda di singoli interessati, garantiscono la tutela delle loro posizioni giuridiche soggettive che siano state lese da condotte d'impresa in violazione delle norme *antitrust*, nazionali e

¹ Vedi Catricalà A., *La modernizzazione, tendenze e prospettive in Italia*, in Raffaelli E. A., (a cura di), *Antitrust between EC Law and National Law. Antitrust fra diritto comunitario e diritto nazionale*, Bruxelles, Milano, 2007, p. 2.

comunitarie dotate di efficacia diretta. I giudici possono condannare gli autori di un'infrazione *antitrust* a risarcire i danni causati, possono accertare la nullità dei negozi tramite cui si è realizzato l'illecito, ordinare l'esecuzione o la non esecuzione di un'obbligazione, nonché disporre misure cautelari strumentali a tali azioni. In linea di principio, l'azione davanti al giudice civile non è subordinata ad una previa pronuncia dell'Autorità, in via dell'autonomia dei rapporti tra azione amministrativa e giudiziaria. Pertanto, a differenza delle Autorità — che anche quando si attivano a seguito di denuncia perseguono la loro missione istituzionale coincidente con l'efficace applicazione delle norme *antitrust* alle condotte oggetto di indagine nella loro complessità — l'applicazione delle stesse da parte dei giudici è sempre in via incidentale. Esso quindi presuppone l'avvio, su istanza di parte, di un giudizio tra privati, risolvibile dal giudice con ricorso alle previsioni delle predette norme *antitrust*, nei limiti della domanda.

Nonostante tale distinzione di ruoli e funzioni, lo scopo della tutela offerta dalle norme comunitarie *antitrust* è pur sempre “*la concorrenza, non i concorrenti*”, come pacificamente ricordato dalla giurisprudenza statunitense², dalla stessa disciplina comunitaria³ ed anche dalla Corte di Cassazione⁴. Ciò vuol dire che anche in sede di *private enforcement* il presupposto della tutela individuale — ad esempio, risarcitoria — è pur sempre costituito dall'accertamento di una condotta avente per oggetto o per effetto un pregiudizio alla struttura concorrenziale del mercato da cui sia derivata la lesione di posizioni giuridiche soggettive dei singoli. E' anche per questo che la giurisprudenza comunitaria (caso *Courage*⁵) ed il regolamento 1/03 hanno chiarito che il *private enforcement* delle norme comunitarie a tutela della concorrenza (con

² Corte Suprema, *Copperweld Corp. v Independence Tube Corp.*, 467 US 752, 767 n. 14 (1984). Sul punto, anche in relazione ai rischi di *over-enforcement* connessi agli strumenti di *private enforcement* presenti nel diritto statunitense, si veda GINSBURG D.H., *Comparing antitrust enforcement in the United States and Europe*, *Journal of competition law & economics*, Vol. I, number 3, Sept. 2005, p. 427.

³ Cfr. considerando 9, del regolamento 1/03.

⁴ La Corte di Cassazione, Sezioni Unite civili, nella sentenza n. 2207/05 ha chiarito che la disciplina a tutela della concorrenza, risponde all'esigenza di “*tutela della struttura e della logica competitiva del mercato*” e che “*oggetto immediato della tutela della legge non è il pregiudizio del concorrente bensì un più generale bene giuridico*” (pag. 12). Tuttavia, un illecito *antitrust*, può ledere anche il patrimonio del singolo, concorrente o meno, dell'autore dell'illecito stesso. In precedenza la Cassazione aveva chiarito che (nel fondamento delle tutele che la legge [n. 287/ 90] introduce sta il libero mercato in quanta tale, cioè l'interesse pubblico a conservarlo e non quello del singolo a difendere il proprio diritto (Cass., Sez. I, sent. n. 827/99).

⁵ Corte di Giustizia, 20 settembre 2001, causa C-453/99, cit., punti 25-27. Da ultimo si veda anche la sentenza 13 luglio 2006, cause riunite C-295/04 — C298/04, *Manfredi ed altri*, cit., punti 90-91.

particolare riguardo alla tutela risarcitoria) contribuisce a “*garantire la piena efficacia di tali norme*”. In particolare, il regolamento 1/03 (considerando 7) afferma che le giurisdizioni nazionali svolgono un ruolo “*complementare*” rispetto a quello delle Autorità *antitrust* nazionali e della stessa Commissione. I vari aspetti di questa complementarietà sono caratterizzati da un tratto comune, quello per cui forme distinte di tutela della concorrenza (pubblica e privata), possono tuttavia accrescere l’efficacia complessiva della tutela offerta dalle norme *antitrust*.

In definitiva, il doppio ambito di tutela — caratteristico della disciplina *antitrust* — arricchisce le possibilità e le conseguenze giuridiche della sua attuazione, determinando così un rafforzamento dell’efficacia della disciplina stessa e della sua deterrenza⁶. In altri termini, è indubbio che l’accertamento della nullità di un contratto contrastante con le norme a tutela della concorrenza così come il risarcimento del danno causato dall’illecito *antitrust* disposto dal giudice a favore del singolo finiscano per svolgere, di fatto, anch’essi, una funzione dissuasiva, complementare a quella propria delle sanzioni inflitte dalle autorità *antitrust*.

In tale quadro, la Commissione europea vede rafforzato il suo ruolo di autorità responsabile della definizione e dell’orientamento della politica della concorrenza nel mercato europeo, mediante l’adozione di decisioni, regolamenti e linee guida. Come lo stesso regolamento 1/03 (considerando 34) sostiene, i principi contemplati dagli articoli 81 e 82 del Trattato CE, così come sono stati applicati nella vigenza del precedente regolamento 17/62, hanno conferito agli organi della Comunità (Commissione e Corte di Giustizia, in primo luogo) un “*ruolo centrale*” che è opportuno mantenere⁷. Inoltre, al considerando 22, il regolamento afferma che per assicurare il rispetto dei principi della certezza del diritto e dell’applicazione uniforme delle regole comunitarie in un sistema di competenze parallele devono essere adottati strumenti volti a prevenire ed evitare i conflitti di decisioni. Pertanto, la Commissione dovrà individuare quali effetti attribuire

⁶ In tal senso si vedano anche le conclusioni dell’Avvocato Generale Geelhoed, del 26 gennaio 2006, cause riunite C-295/04, C-296/04, C-297/04 e C-298/04, Manfredi ed altri, punto 64.

⁷ Sulla riforma del ruolo della Commissione in vista dell’allargamento, cfr. White Paper “Reforming the Commission” COM/2000/0200 final, dove la Commissione sostiene che al fine di raggiungere l’obiettivo di migliorare la sua efficienza, “*we must keep the best of the past and combine it with new systems designed to face the challenges of the future. The world around us is changing fast. The Commission itself, therefore, needs to be independent, accountable, efficient and transparent, and guided by the highest standards of responsibility*”. In questo sistema coerentemente si colloca la nuova disciplina *antitrust*.

alle proprie decisioni e ai procedimenti dalla stessa avviati sulle giurisdizioni e sulle Autorità garanti della concorrenza degli Stati membri.

Se, dal punto di vista comunitario, il potere conferito alla Commissione può trovare una sua giustificazione nel principio della prevalenza del diritto comunitario sul diritto interno, dal punto di vista dell'ordinamento giuridico interno, il coordinamento "verticale" non sempre trova facile attuazione specie qualora siano coinvolte istanze giurisdizionali.

Il presente elaborato, quindi, si pone come obiettivo quello di ricostruire, alla luce della prassi degli anni successivi all'adozione del regolamento 1/03, i ruoli degli attori del nuovo sistema *antitrust* che operano in ordinamenti diversi e ciascuno nel proprio ambito di competenza, ma secondo un obiettivo comune, l'applicazione efficace ed uniforme delle regole comunitarie della concorrenza (considerando 1 del regolamento 1/03).

Struttura dell'Elaborato

A tal fine, il presente elaborato sarà strutturato nel seguente modo:

- il **Capitolo I** evidenzierà le ragioni della nuova disciplina, alla luce delle inefficienze dimostrate dal precedente sistema. I principi introdotti dal regolamento 1/03 hanno rappresentato, infatti, il completamento di un processo di decentramento amministrativo che nel sistema *antitrust* è culminato con il conferimento del potere di applicare l'articolo 81, paragrafo 3 anche alle Autorità nazionali, ma che si inserisce in un più generale orientamento che negli ultimi anni ha portato ad una ridefinizione delle competenze della Commissione nell'ottica della sussidiarietà.
- Il **Capitolo II** sarà interamente dedicato alle Autorità garanti della concorrenza degli Stati membri e ai poteri che vengono esplicitamente alle stesse conferiti dal regolamento 1/03 nell'ottica della convergenza tra normative nazionali e comunitaria. Tale analisi sarà svolta anche alla luce della prassi applicativa del regolamento, al fine di comprendere l'effettivo raggiungimento dei risultati

previsti. In particolare, saranno evidenziati i problemi di coordinamento sollevati nell'ambito della rete delle suddette Autorità e la Commissione nella definizione dei rispettivi ruoli e nella prevenzione del rischio della duplicità di giudicati in un sistema di competenze parallele.

- Il **Capitolo III** sarà a sua volta dedicato alle giurisdizioni nazionali e al ruolo che essi rivestono nella tutela della concorrenza. In particolare, saranno analizzate le modalità della cooperazione tra le autorità giudiziarie e la Commissione tenendo in considerazione i piani di rispettiva competenza, l'uno giudiziario, l'altro amministrativo, e gli ordinamenti di riferimento, l'uno interno, l'altro comunitario. Particolare attenzione sarà riservata alle azioni a risarcimento del danno e al rafforzamento della tutela del singolo alla luce del Libro Bianco della Commissione.

CAPITOLO I

IL DECENTRAMENTO DELL'APPLICAZIONE DELLE REGOLE DI CONCORRENZA NEL PROCESSO DI INTEGRAZIONE EUROPEA

1. Introduzione: ambito normativo di riferimento

Il Regolamento del Consiglio del 16 dicembre 2002, n. 1, concernente l'applicazione delle regole di concorrenza di cui agli articoli 81⁸ e 82⁹ del Trattato della Comunità Europea (di seguito, TCE o Trattato CE), entrato in vigore il 1° maggio 2004¹⁰ (di

⁸ Centrale nel disposto dell'articolo 81 TCE è il divieto di accordi tra imprese, di pratiche concordate, di decisioni di associazione tra imprese, restrittivi della concorrenza nel mercato comune. L'articolo 81, paragrafo 1, stabilisce, infatti, l'incompatibilità con il mercato comune e il divieto di "tutti gli accordi tra imprese, tutte le decisioni di associazioni tra imprese e tutte le pratiche concordate che possano pregiudicare il commercio tra gli Stati membri e che abbiano per oggetto o per effetto di impedire, restringere o falsare il gioco della concorrenza all'interno del mercato comune. Gli accordi o decisioni vietati in virtù del presente articolo, sono nulli di pieno diritto". La nozione di intesa risulta, in tal modo, particolarmente ampia: condizione necessaria e sufficiente per la qualificazione di una fattispecie quale intesa è costituita da un dato sostanziale, la concertazione dell'attività di due o più soggetti altrimenti indipendenti, quali che siano le forme attraverso le quali la concertazione si realizza, purché sia finalizzata o comunque idonea ad alterare la libera determinazione dell'equilibrio del mercato. Per un inquadramento generale della politica di concorrenza vedi Cannizzaro E., Bozza E., *Le politiche di concorrenza*, in Strozzi G. (a cura di), *Diritto dell'Unione Europea. Parte Speciale*, Giappichelli, Torino, 2005, p. 296 e ss.; Cassese S., *La nuova costituzione economica*, Laterza, Roma, 2005, pp. 15 e ss.; Daniele L., *Il diritto del mercato unico europeo*, Giuffrè, Milano, 2006; Monti M., *Eu Competition Policy*, in *International Antitrust Law & Policy*, in *Fordham L. Rev.*, 2002, 87 ss.; Munari F., *Le regole di concorrenza nel sistema del Trattato*, in Tizzano A. (a cura di), *Il diritto privato dell'Unione Europea*, Giappichelli, Torino, 2006, p. 1462 e ss.; Raffaelli E., Bellis J. F., *Diritto comunitario della concorrenza*, Giuffrè, Milano, 2006; Moavero Milanese E., *Diritto della concorrenza dell'Unione Europea*, Napoli, 2004, p. 92 e ss.; Marchetti U., Ubertazzi L. C. (a cura di), *Commentario breve al diritto della concorrenza*, Cedam, Padova, 2004; Tesaro G., *Diritto Comunitario*, Cedam, Padova, 2005.

⁹ L'articolo 82 vieta alle imprese l'abuso di posizione dominante, così statuendo: "è incompatibile con il mercato comune e quindi vietato, nella misura in cui possa essere pregiudizievole al commercio fra Stati membri, lo sfruttamento abusivo da parte di una o più imprese di una posizione dominante sul mercato comune o su una parte sostanziale di questo". Le imprese in posizione dominante rappresentano infatti un pericolo di rilievo per la libera concorrenza a causa dell'influenza che sono in grado di esercitare sulle altre imprese. Tuttavia, la semplice assunzione di una posizione dominante non risulta contraria al diritto *antitrust*: ad essere vietato in ambito comunitario è l'abuso di posizioni dominanti che abbia l'effetto di pregiudicare la presenza o l'ingresso di altri concorrenti nel medesimo mercato rilevante. Pertanto, si ha abuso di posizione dominante quando l'impresa (chiaramente già) in posizione dominante, utilizzando sistemi diversi da quelli propri di una normale politica concorrenziale fondata sul merito e sulla qualità delle prestazioni, incide sulla struttura del mercato e ne riduce il livello di concorrenzialità a proprio vantaggio. Il divieto di sfruttamento abusivo di posizione dominante è assoluto; la norma infatti non individua alcuna deroga come invece è previsto nel terzo paragrafo dell'articolo 81, in relazione al divieto di intesa. Sulla definizione di abuso di posizione dominante, cfr. sentenza della Corte di Giustizia delle Comunità Europee del 21 febbraio 1973, 6/72, *Continental Can*, in *Racc.*, p. 215. Per un commento vedi Capotorti F., *Regole comunitarie di concorrenza e concentrazioni tra imprese: il caso "Continental Can"*, in *Rivista delle Società*, 1972, p. 993 e ss. per un'analisi del disposto dell'articolo, vedi bibliografia indicata alla precedente nota 10.

¹⁰ In *G.U.U.E.* L 001, 4-1-2003. Il regolamento 1/03 è adottato ai sensi dell'articolo 83 TCE. Tale norma consente al Consiglio dell'Unione Europea (di seguito, il Consiglio) di adottare regolamenti o direttive

aventi ad oggetto l'applicazione delle norme *antitrust* al fine di, *inter alia*, garantire “una sorveglianza efficace e, nel contempo, semplificare il controllo amministrativo, [...] o definire i rapporti tra legislazioni nazionali da un parte e le disposizioni della presente sezione (i.e. Sezione Prima, Regole di Concorrenza) e quelle adottate in applicazione del presente articolo (i.e. articolo 83) dall'altra”. Per un commento al regolamento 1/03 vedi Adinolfi A., Daniele L., Nascimbene B., Amedeo S., *L'applicazione del diritto comunitario della concorrenza, Commentario al regolamento (CE) n. 1/2003 del Consiglio del 16 dicembre 2002*, Giuffrè, Milano, 2007; Assonime, *Circolare sul regolamento (CE) del Consiglio n. 1/2003*, 2004; Assonime, *Modernizzazione delle regole di applicazione degli artt. 81 e 82 del Trattato: il regolamento n. 1/2003 del Consiglio del 16 dicembre 2002, Circolare n. 47 del 4 dicembre 2003*, in www.emagazine.assonime.it; Atti del convegno *Antitrust Reform in Europe: A Year in Practice* - 9-11 Marzo 2005 [www.ibanet.org/conferences/Antitrust Reform in Europe A Year In Practice Papers.cfm](http://www.ibanet.org/conferences/Antitrust%20Reform%20in%20Europe%20A%20Year%20in%20Practice%20Papers.cfm); Bayley D., *Scope of Judicial Review under Article 81 EC*, in *Common Market Law Review*, 2004, p. 1327 e ss.; Tosato G. L., Bellodi L. (a cura di), *Il nuovo diritto europeo della concorrenza. Aspetti procedurali*, Giuffrè, Milano, 2004; Brokelmann H., *Enforcement of Article 81 and 82 EC under Regulation 1/2003: The Case of Spain and Portugal*, in *World Competition*, 2006, 29(4), 535 ss.; Cahill D (ed.), *The Modernisation of EU Competition Law Enforcement in the EU: FIDE 2004 National Reports*, Cambridge, 2004; Calamia A., *La nuova disciplina della concorrenza nel diritto comunitario*, Milano, Giuffrè, 2004; Raffaelli E. A. (a cura di), *Antitrust between EC Law and National Law. Antitrust fra diritto comunitario e diritto nazionale*, Bruxelles, Milano, 2005, 2006, 2007; Darmon M., Raclet A., *A propos du règlement 1/2003: quelques réflexions sur la situation des entreprises face au renforcement des pouvoirs de la Commission*, in Mourre A. (sous la direction de), *Le nouveau droit communautaire de la concurrence*, Paris, Bruxelles, 2004, p. 185 e ss.; Freshfield Bruckhaus Deringer, *Dawn of New Era? Powers of Investigations and Enforcement under Regulation 1/2003*, 2004, sul sito www.freshfield.com; Guerri E., *L'applicazione del diritto antitrust in Italia dopo il Regolamento CE n. 1/2003*, Giappichelli, Torino, 2005; Idiot L., *Droit communautaire de la concurrence: le nouveau système communautaire de mise en oeuvre des articles 81 et 82 CE*, Bruxelles, 2004; Idem, *Le nouveau système communautaire de mise en oeuvre des articles 81 et 82 CE (Règlement 1/2003 et projets de textes d'application)*, in *Cahiers de droit européen*, 2003, p. 283; Mengozzi P., *La giurisprudenza del Tribunale delle Comunità Europee in materia di concorrenza e l'applicabilità da parte dei giudici nazionali del regolamento del Consiglio 1/2003*, in *Contr. Impr./Eur.*, 2004, p. 210 e ss.; Idem, *Gli sviluppi sul diritto comunitario della concorrenza: dal regolamento 1/2003 ai nuovi orientamenti della giurisprudenza*, in Maresca M. (a cura di), *Valori e principi nella Costituzione Europea. Il diritto alla mobilità*, Il Mulino, Bologna, 2004, p. 161 e ss.; Monti M., *Eu Competition Policy*, in *International Antitrust Law & Policy*, in *Fordham L. Rev.*, 2002, 87 ss.; Idem, *The EU gets new competition powes for the 21st century*, 2004, in www.europa.eu.int/comm/competition/publications/special/special_toc.html; Idem, *A reformed competition policy: achievements and challenges for the future*, speech/04/477, Bruxelles, 28-10-2004, in www.europa.eu.int/comm/competition/publications; Idem, *La nouvelle politique de la concurrence de l'Union Européenne*, in *RDUE*, 2004, p. 137 e ss.; Nourissat C., Wttrwulghé R., *Le nouveau règlement d'application du droit communautaire de la concurrence: un défi pour les juridictions françaises*, Paris, 2004; Nyssen H., Pecchioli N., *Il regolamento 1/2003 CE: verso una decentralizzazione ed una privatizzazione del diritto della concorrenza*, in *Diritto dell'Unione Europea*, 2003, p. 357 e ss.; Pace L. F., *I fondamenti del diritto antitrust europeo: norme di competenza e sistema applicativo dalle origini alla Costituzione Europea*, Giuffrè, Milano, 2005; Idem, *La politica di decentramento del diritto antitrust CE come principio organizzatore del regolamento n. 1/2003: luci ed ombre del nuovo regolamento di applicazione degli articoli 81 e 82 TCE*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1/2004, p. 147 e ss.; Idem, *Diritto Europeo della concorrenza, divieti antitrust, controllo delle concentrazioni e procedimenti applicativi*, Cedam, Padova, 2007; Pera A., Falce V., *The Modernisation of the EC Competition Law and the Role of National Competition Authorities – Revolution or Evolution?*, in *Dir. Un. eur.*, 2-3/2003, vedi anche www.gop.it/documentation/modernisation_EN.pdf; Pignataro L., *La riforma del diritto comunitario della concorrenza: il regolamento 1/2003 sull'applicazione degli articoli 81 e 82 del Trattato CE*, in *Contr. Impr. /Eur.*, 2003, p. 233 e ss.; Idem, *Le misure di esecuzione del regolamento 1/2003 concernente l'applicazione degli articoli 81 e 82 del Trattato CE*, in *Contr. Impr. /Eur.*, 2004, p. 1031 e ss.; Rinaldi R., *Il regolamento del Consiglio n. 1/2003: un primo esame delle principali novità e dei punti aperti della riforma sull'applicazione delle regole comunitarie in materia di concorrenza*, in *Riv. comm. int.*, 2003, p. 143 e ss.; Siragusa M., Guerri E., *L'applicazione degli articoli 81 e 82 del Trattato CE in seguito all'introduzione del Regolamento 1/2003*, in *Il Diritto Industriale*, 2004, p. 348 e ss.; Tavassi M., *Il Regolamento CE n. 1/2003: verso la devoluzione di competenze in materia di concorrenza dalla*

seguito, il regolamento 1/03) costituisce una tappa fondamentale nel processo di integrazione europea¹¹. Esso abroga il Regolamento del Consiglio del 6 febbraio 1962, n. 17¹² (di seguito, il regolamento 17/62), che ha costituito per più di quarant'anni il quadro normativo di riferimento per l'applicazione del diritto comunitario *antitrust*.

Tale disciplina incide sulle regole - di carattere procedurale - di individuazione, accertamento e sanzione della violazione al divieto di intese e di abuso di posizione dominante da parte delle imprese, conferendo, da un lato, il potere di applicare direttamente la normativa comunitaria sul tema anche alle Autorità nazionali, oltre che ai giudici nazionali¹³, con la conseguente eliminazione della competenza esclusiva della

Commissione Europea alle Autorità Garanti ed ai giudici nazionali, in *Diritto comunitario e degli scambi internazionali*, 2/2004, p. 315 e ss.; Ubertazzi L. C., *Regolamento (CE) n. 1/2003*, in U. Marchetti - L. C. Ubertazzi, *Commentario breve al diritto della concorrenza*, Padova, Cedam, 2004, III^a, 2093 ss.; Venit J.S., *Brave New World: The Modernisation and Decentralisation of Enforcement under Articles 81 e 82 of the EC Treaty*, in *CMLRev*, 2003, p. 545 e ss.; Vicentini M., Venturini F., *La nuova disciplina comunitaria in materia di concorrenza*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2003, II, p. 537; Waelbroeck D., *Le régime des pratiques restrictives de concurrence et le règlement (CE) 1 /2003 relatif à l'application des articles 81 e 82 du Traité CE*, in Puttemans A. (sous la direction de), *Aspects récents du droit de la concurrence*, Bruxelles, 2005, p. 1 e ss.; Wils W.P.J., *Principles of European Antitrust Enforcement*, Oxford, 2005.

¹¹ E non solo, come sostenuto da Monti M., *Modernisation: What Does the Future Hold?*, in Geradin D. (ed.), *Modernisation and Enlargement: Two Major Challenges for EC Competition Law*, Bruges, 2005, p. 7, il nuovo sistema della concorrenza “*could serve as a model for EU integration in other areas. It shows that, to the extent that a common law is largely applied across the Union, the Commission is not afraid of relinquishing former exclusive powers of enforcement. On the contrary, the Commission finds it appropriate to widely share them with national bodies with the aim of enforcing together, in close cooperation, a common law which protects all consumers of the Union*”. Lo stesso Monti M., in un convegno tenutosi alla vigilia della riforma (e non lontano dall'approvazione del Trattato che adotta una Costituzione per l'Europa, poi non ratificato) - in occasione della presentazione del libro di Fattori P., Todino M., *La disciplina della concorrenza in Italia*, Bologna, il Mulino, 2004, convegno tenutosi a Roma - ha sostenuto che le norme di cui agli articoli 81 e 82 TCE di carattere sostanziale come interpretate dalla Corte di Giustizia e dal Tribunale di primo grado sin dalla applicazione del regolamento 1/03, rappresentano, il “*nocciolo duro*” delle norme *antitrust* (sulla considerazione che lo stesso Trattato che adotta una Costituzione per l'Europa avrebbe mantenuto le stesse norme contenute nel TCE sulla materia).

¹² In G.U.C.E. 13, 21-2-1962, p. 204/62.

¹³ Come sarà anche ribadito nel proseguimento della trattazione, il fatto che gli articoli 81 e 82 TCE debbano essere applicati direttamente da qualunque giurisdizione nazionale non rappresenta affatto una novità. La Corte di Giustizia ha chiarito che tali norme sono dotate di effetto diretto nei rapporti tra i singoli, “*poiché per loro natura i divieti sanciti dagli articoli 85, n.1, e 86 sono atti a produrre direttamente degli effetti nei rapporti tra i singoli, detti articoli attribuiscono direttamente a questi dei diritti che i giudici nazionali devono tutelare*” (tra le tante, sentenza della Corte di Giustizia del 30 gennaio 1974, C-127/73, *BRT I*, in *Racc.*, 1974, p. 51 - sul punto vedi in particolare, Tavassi M., *Le regole di Trattato CE: Operatività diretta*, in Tavassi M., Scuffi M., *Diritto processuale antitrust*, Giuffrè, Milano, p. 33 e ss.). Fin dai tempi risalenti, quindi, i giudici nazionali sono chiamati a giocare un ruolo di rilievo nell'applicazione del diritto della concorrenza, dovendo tutelare i diritti che tali norme attribuiscono ai singoli. Come osserva Romano G., *Rapporti tra giudici nazionali, commissione e AGCM*, in Bencacchio G.A., Carpagnano M. (a cura di), *Il Private Enforcement del diritto comunitario della concorrenza: ruolo e competenze dei giudici nazionali*, atti del Convegno tenuto presso l'Università degli Studi di Trento, Facoltà di Giurisprudenza, Dipartimento di Scienze Giuridiche, 15-16 giugno 2007, *Quaderni del Dipartimento*, n. 66/07, p. 14, “*l'applicazione diretta di alcuni articoli del Trattato e tra*

Commissione nella concessione dell'esenzione di cui all'articolo 81, paragrafo 3¹⁴, e consentendo, dall'altro, alla Commissione di concentrarsi sui casi di maggiore interesse per il mercato europeo e sul ruolo di guida e orientamento della politica comunitaria della concorrenza in materia *antitrust*.

Cardine della riorganizzazione delle procedure di controllo dei comportamenti anticoncorrenziali sono (i) il principio di eccezione legale, ai sensi del quale le intese sono valide sin dalla loro costituzione e senza che occorra una preventiva autorizzazione in tal senso, e (ii) il principio delle competenze parallele, ai sensi del quale sono competenti ad applicare gli articoli 81 e 82 nella loro interezza anche le Autorità e i giudici nazionali.

Il decentramento dell'attività di monitoraggio e controllo delle più importanti questioni e il conseguente conferimento di nuovi e maggiori poteri alle Autorità di concorrenza, amministrative e giudiziarie, degli Stati membri si pone a completamento di un processo

questi, le disposizioni antitrust, ha consentito di vedere in quelle norme del Trattato i cui destinatari sono in primis gli Stati membri, "in trasparenza i diritti dei singoli" e di innescare quindi con questi ultimi un dialogo per il tramite dei giudici nazionali, tra organi comunitari e cittadini". Sempre su questi temi, vedi Tesaurò G., nel corso del convegno "Il ruolo del giudice: le magistrature supreme", tenuto presso l'Università degli Studi di Roma Tre, Roma, il 18/19 maggio 2007 e sentenza della Corte di Giustizia del 5 febbraio 1963, *Van Gend Loos*, in *Racc.*, 1962, pag. 3: "Lo scopo del Trattato CEE, cioè l'instaurazione di un mercato comune il cui funzionamento incide direttamente sui soggetti della Comunità implica che esso va al di là di un accordo che si limiti a creare degli obblighi reciproci tra gli Stati contraenti [...] la funzione attribuita alla Corte di Giustizia dall'articolo 177, funzione il cui scopo è quello di garantire l'uniforme interpretazione da parte dei giudici nazionali, costituisce la riprova del fatto che gli Stati hanno riconosciuto al diritto comunitario un'autorità tale da potere essere fatto valere dai loro cittadini avanti a detti giudici [...] la Comunità costituisce un ordinamento giuridico di nuovo genere nel campo del diritto internazionale a favore del quale gli Stati hanno rinunciato anche se in settori limitati, ai poteri sovrani, ordinamento che riconosce come soggetti, non soltanto gli Stati membri ma anche i cittadini".

¹⁴ Nel disegno del Trattato CE l'articolo 81 è una norma che non vieta in assoluto limitazioni della libertà di iniziativa economica e di concorrenza tra imprese, ma piuttosto ammette limitazioni della libertà d'iniziativa individuale se e in quanto si accompagnino a quei risultati positivi per il buon funzionamento del mercato. Il paragrafo 3 prevede perciò la possibilità di derogare al paragrafo 1, nella misura in cui autorizza talune forme di cooperazione giudicate non discriminatorie e volte alla realizzazione dell'integrazione e dell'efficienza del mercato comune europeo. Recita l'articolo 81, paragrafo 3, "le disposizioni di cui al paragrafo 1 possono essere dichiarate inapplicabili a qualsiasi accordo o categoria di accordi tra imprese, qualsiasi decisione o categoria di decisioni di associazioni di imprese e qualsiasi pratica concordata o categoria di pratiche concordate che, pur riservando agli utilizzatori una congrua parte dell'utile che ne deriva, contribuiscano a migliorare la produzione o la distribuzione dei prodotti o a promuovere il progresso tecnico o economico", evitando di "imporre alle imprese interessate decisioni che non siano indispensabili per raggiungere tali obiettivi, dare a tali imprese la possibilità di eliminare la concorrenza per una parte sostanziale dei prodotti di cui trattasi". Le quattro condizioni sopra citate sono cumulative. Dalla lettura sistematica dei due paragrafi si distinguono due fasi dell'analisi della condotta anticoncorrenziale: (i) la prima, relativa alla valutazione dell'oggetto o dell'effetto anticoncorrenziale; (ii) la seconda, eventuale, relativa alla valutazione dei benefici prodotti dall'accordo qualora questo effettivamente risulti restrittivo della concorrenza. La comparazione tra effetti positivi ed effetti negativi alla concorrenza è effettuata esclusivamente nell'ambito dell'articolo 81, paragrafo 3 e riservata, sino alla entrata in vigore del regolamento 1/03, alla Commissione.

di integrazione tra questi e la Commissione in attuazione precisa e puntuale del principio di sussidiarietà.

Il percorso in tema di concorrenza parte dall'armonizzazione delle leggi nazionali, si estende all'esplicita attribuzione di poteri nell'applicazione diretta degli articoli 81, paragrafo 1, e 82 e alla cooperazione istituzionale tra la Commissione e le Autorità anche giudiziarie degli Stati membri e si conclude con l'applicazione decentrata anche dell'articolo 81, paragrafo 3.

Il coinvolgimento di tali Autorità rappresenta uno strumento “*per rafforzare all’un tempo la democrazia, la partecipazione, le garanzie e l’efficacia del sistema*”¹⁵.

Inoltre, tanto più le Autorità nazionali partecipano direttamente alla realizzazione degli obiettivi e dei compiti della Comunità tanto più esse sono vincolate nella loro azione al rispetto dei fini e delle regole del sistema, dovendo contribuire all'attuazione dei medesimi in modo unitario e coerente con i principi fondamentali dell'integrazione secondo il principio della leale cooperazione.

A garanzia della coerente applicazione delle regole di concorrenza introdotte dal regolamento 1/03 sono le norme sul coordinamento istituzionale, sull'*enforcement* dei poteri della Commissione e delle Autorità nazionali amministrative e giudiziarie (nella duplice accezione di, rispettivamente, *public enforcement* e *private enforcement*) e sulla convergenza legislativa.

1.1. Programma di lavoro

Nell'obiettivo generale di definire i risultati, in termini di integrazione, del coordinamento tra i nuovi attori istituzionali sul mercato comunitario (al quale saranno dedicati i successivi Capitoli II e III del presente elaborato), il presente Capitolo analizzerà, innanzitutto, le ragioni dell'inefficienza del precedente sistema disciplinato

¹⁵ Come evidenziano alcuni autori, infatti, il sistema comunitario *antitrust* è stato oggetto di un lungo e costante processo di comunitarizzazione e di un parallelo e direttamente proporzionale processo di decentramento dell'attività di persecuzione dell'infrazione alla luce dei principi di sussidiarietà e di leale collaborazione. In particolare, si veda, ad esempio, Tesaro G., *Modernisation and Decentralisation of EC Competition Law*, in *European Business Law and Practice Series*, Kluwer Law International, volume 16, 2001, p. 1 e ss.; Tizzano A., *L'applicazione decentrata degli articoli 85 e 86 TR. CEE in Italia*, in *Il Foro Italiano*, fasc. 1, p. 33 e ss., secondo i quali, l'idea di armonizzazione delle regole di concorrenza nel mercato unico è stata a poco a poco sostituita dall'idea della cooperazione e integrazione. Tale processo si bilancia tra integrazione e decentramento, due concetti che, come è stato osservato, “*si tengono insieme vicendevolmente*”.

dal regolamento 17/62 e della prospettata efficienza, invece, delle novità introdotte dal regolamento 1/03.

In particolare, si cercherà di dimostrare come esigenze di alleggerimento del carico di lavoro da parte della Commissione e di carattere burocratico – amministrativo, si accavallino a ragioni di natura politica e di ridisegnamento dei rispettivi ruoli istituzionali nell'ambito del mercato unico. A tal fine, sarà necessario inquadrare la nuova disciplina in tema di applicazione delle regole di concorrenza nelle logiche e nei principi dell'ordinamento comunitario, quali la sussidiarietà e la proporzionalità di cui all'articolo 5 TCE e la leale collaborazione di cui all'articolo 10 TCE, per inquadrare i cardini della cooperazione tra le istituzioni nazionali e comunitarie che saranno analizzati nei capitoli successivi anche alla luce della prassi di attuazione del regolamento 1/03.

A sostegno di tale tesi sarà effettuato un breve cenno allo sviluppo del decentramento in settori diversi da quello della concorrenza nei quali la Commissione ha comunque un ruolo primario, come, a titolo esemplificativo, la politica di coesione e le misure introdotte in relazione ai fondi strutturali. Sarà importante evidenziare che, anche in queste materie, la Commissione, a fronte dell'allargamento più consistente della storia dell'Unione Europea, ha delegato competenze nella definizione delle misure attuative alle Autorità decentrate competenti nei vari settori e abbia invece mantenuto un ruolo di guida e di orientamento dell'attività a livello nazionale.

Infine, saranno presi in considerazione gli strumenti che la normativa ha introdotto per enunciare i cardini della riforma: i principi di eccezione legale e delle competenze parallele.

2. Il decentramento dell'applicazione delle regole di concorrenza alle autorità nazionali, fondamento del coordinamento istituzionale

Nel tendenziale decentramento dell'attività amministrativa nei vari settori da sempre di competenza comunitaria nel processo di integrazione europea, tale fenomeno presenta caratteri particolari in materia *antitrust*.

A seguito dell'adozione del regolamento 1/03, alle Autorità garanti della concorrenza degli Stati membri viene, infatti, deferita l'applicazione integrale delle regole

comunitarie *antitrust*, in uno spirito di “*prossimità*”¹⁶ ai mercati, mentre alla Commissione è affidato il compito di reprimere i comportamenti anticompetitivi più rilevanti, nonché di formulare i criteri di indirizzo della politica della concorrenza, contribuendo, mediante provvedimenti di cosiddetta “*soft law*”, a garantire l’applicazione uniforme (o, piuttosto, coerente) degli articoli 81 e 82 TCE.

Il quadro è completato dalla devoluzione, alle giurisdizioni nazionali, del compito di garantire la corretta attuazione delle regole *antitrust* in occasione sia della impugnazione delle decisioni delle Autorità della concorrenza nazionali, sia delle azioni promosse dai singoli, concorrenti o consumatori, avverso comportamenti illeciti posti in essere dalle imprese.

Perciò, da un lato, il regolamento 1/03, all’articolo 5, sancisce che “*le Autorità garanti della concorrenza sono competenti ad applicare gli articoli 81 e 82 del trattato in casi individuali*”, dall’altro, all’articolo 6, conferma che “*le giurisdizioni nazionali sono competenti ad applicare gli articoli 81 e 82 del trattato*”. Come è stato sostenuto, la formulazione dei suddetti articoli, in realtà, non ha introdotto novità di rilievo, fermo restando che da sempre le Autorità possono applicare le disposizioni del trattato aventi effetto diretto così come i giudici nazionali sono investiti dell’applicazione diretta delle norme comunitarie della concorrenza nell’ambito del loro ordinamento¹⁷.

Piuttosto, l’efficacia dell’intervento delle Autorità e del giudice, nelle fattispecie concrete portate al loro esame, poteva essere compromessa dal regime delle esenzioni di cui all’articolo 81, comma 3, e dalla esclusiva competenza alla concessione di queste in capo alla Commissione. Nella vigenza del regolamento 17/62, infatti, le notifiche alla Commissione erano talvolta rivolte dalle imprese a mero scopo dilatorio. In particolare, per i giudici nazionali, la notifica alla Commissione della richiesta di esenzione, infatti,

¹⁶ Vedi Adinolfi A., Daniele L., Nascimbene A., Amadeo S., *op. cit.*, IX.

¹⁷ Vedi Bennacchio G.A., *Presentazione del convegno di studi*, in Bennacchio G.A., Carpagnano M. (a cura di), *Il Private Enforcement del diritto comunitario della concorrenza: ruolo e competenze dei giudici nazionali*, atti del Convegno tenuto presso l’Università degli Studi di Trento, Facoltà di Giurisprudenza, Dipartimento di Scienze Giuridiche, 15-16 giugno 2007, *Quaderni del Dipartimento* n. 66/07, p. 1, il quale, sulla portata innovativa del regolamento 1/03, aggiunge alcune considerazioni relative al fatto che tali disposizioni, “*oltre ad avere scosso la coscienza di molti, ha proposto spunti di riflessione, ha messo in discussione la stessa autonomia non solo delle Autorità nazionali, ma in una certa misura, anche quella delle giurisdizioni nazionali*”, e hanno avuto il pregio di dare impulso alle azioni a risarcimento del danno in capo ai consumatori colpiti dalle imprese colludenti.

comportava la sospensione del procedimento in corso avanti al giudice nazionale competente sul caso in attesa della decisione da parte dell'Autorità comunitaria¹⁸.

Perciò le citate norme del regolamento 1/03, conferendo competenza ad applicare la regola comunitaria nella sua interezza - comprese le eccezioni - alle Autorità e giudici nazionali e il nuovo regime di eccezione legale fondato sul controllo a posteriori delle intese in caso di contestazione, nonché l'ordinario riparto dell'onere della prova¹⁹, vengono così a perfezionare e completare il decentramento dell'applicazione delle regole di concorrenza, in armonia con il principio di sussidiarietà.

2.1. L'inefficienza del sistema centralizzato all'indomani dell'allargamento e le ragioni del decentramento

Il regolamento 1/03 è stato adottato al termine di un processo di modernizzazione delle regole comunitarie della concorrenza avviato dal Libro Bianco del 1999²⁰ e proseguito con la proposta della Commissione del 2000²¹.

¹⁸ La Commissione aveva perciò cercato di scoraggiare tale prassi finendo con il non esaminare con priorità le notifiche dilatorie, vedi la Comunicazione del 1993 sulla cooperazione con i giudici nazionali, punti 55-57 (in *G.U.C.E.*, C 39 del 13 febbraio 1993, p. 6). Sulle altre ragioni che potrebbero aver determinato una scarsa propensione ad esperire i rimedi giurisdizionali per ottenere tutela di diritti derivanti dagli articoli 81 e 82 cfr. Todino M., *Modernisation from the Perspective of National Competition Authorities: Impact of the Reform on Decentralised Application of E.C. Competition Law*, in *ECLR*, 2000, p. 348 e ss. Come evidenzia Pace L.F., *Diritto europeo della concorrenza*, Cedam, Padova, 2007, p. 341, negli Stati membri sono stati proposti in quasi 45 anni (dal 1962 al 2004) circa 60 procedimenti dinnanzi a giudici. Negli Stati Uniti d'America, nel solo 2004 sono stati proposti 752 procedimenti.

¹⁹ Sul tema vedi Bonatti R., *La libera circolazione della prova nel nuovo regolamento europeo sulla concorrenza*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 2006, 1, p. 193 e ss.

²⁰ COM/1999/101 def., in *G.U.C.E.* C 132, 12-5-1999; per analisi e commenti sul Libro Bianco e la fase antecedente all'adozione del regolamento 1/03, vedi AGCM, *Relazione Annuale sull'attività svolta*, Roma, 30 aprile 2000, 264 ss.; A. Frignani, E. Gentile, G. Rossi, *La devolution dell'antitrust - Prime riflessioni sul libro bianco sulla modernizzazione*, in *Merc. conc. reg.*, 1/2000, 17 ss.; G. Tesauro, *Applicazione del diritto comunitario della concorrenza da parte delle autorità nazionali*, G. Rocca, *L'Europa della concorrenza di fronte alle sfide del nuovo millennio, le riforme necessarie in materia antitrust*, in *Atti del Convegno di Treviso*, 13-14 maggio 1999, in *Antitrust tra diritto nazionale e diritto comunitario*, Milano, Giuffrè, 2000, rispettivamente, 1 ss. e 43 ss.; Ghezzi F., *Libro Bianco della Commissione sulla modernizzazione del diritto della concorrenza comunitario*, in *Conc. merc.*, 8/2000, 176 ss.; G. Tesauro, *Panorama dei recenti sviluppi del diritto antitrust*, in *Atti del convegno di Treviso*, 16-17 maggio 2002, in *Antitrust tra diritto nazionale e diritto comunitario*, Milano, Giuffrè, 2003, 1 ss.; R. Wesseling, *The Commission White paper on Modernisation of EC Antitrust Law: Unspoken Consequences and Incomplete Treatment of Alternative Options*, in *E.C.L.R.*, XX, 8/1999, 420 ss.

²¹ COM/2000/582 def. - in *G.U.C.E.* C 365 E, 19-12-2000, 284.

Il regolamento 17/62, attuato sino al maggio 2004 senza l'apporto di modifiche significative²², si rivela, infatti, non più adatto a garantire un'efficace tutela della concorrenza in un mercato integrato e allargato.

Il sistema del regolamento 17/62, centrato sul riconoscimento dell'applicabilità diretta del divieto di cui agli articoli 81, paragrafo 1, e 82²³ e sul sistema della notificazione preventiva degli accordi e pratiche, restrittivi della concorrenza, per la concessione dell'esenzione di cui all'articolo 81, paragrafo 3²⁴, si fonda su una diversa concezione della tutela *antitrust* legata prevalentemente al momento della vita della Comunità europea in cui viene adottato. La disciplina della concorrenza è, infatti, concepita nell'ambito della Comunità come funzionale all'obiettivo del mercato comune. Essa ha rappresentato uno degli strumenti con cui realizzare il progetto dell'integrazione delle economie degli Stati membri. Da ciò l'esigenza di mantenere il controllo nelle mani della Commissione e di migliorare gli strumenti di informazione e di indagine a disposizione delle Autorità garanti della concorrenza nazionali. All'epoca dell'adozione del regolamento 17/62, infatti, né i servizi della Commissione né tali Autorità avevano sufficiente conoscenza dei mercati e delle metodologie d'indagine su questi²⁵.

La Commissione ha poi attuato i poteri conferitile in maniera molto estensiva, interpretando e applicando il divieto di cui all'articolo 81, paragrafo 1, in modo da comprendere le più diverse fattispecie possibili, ed effettuando una valutazione, al contrario, in termini restrittivi del bilancio competitivo globale dell'accordo ai sensi dell'articolo 81, paragrafo 3²⁶.

²² Il regolamento 17/62 è stato da ultimo modificato con il regolamento (CE) n. 1216/1999 del Consiglio, del 10 giugno 1999, in GU L 148 del 15.6.1999, pagg. 5-6.

²³ Articolo 1 del regolamento 17/62 (*Disposizione di principio*).

²⁴ Articolo 4, paragrafo 1 del regolamento 17/62 (*Notificazione dei nuovi accordi, decisioni e pratiche*) e articolo 9, paragrafo 1 (*Competenza*).

²⁵ Vedi la relazione alla proposta di regolamento del Consiglio concernente l'applicazione alle imprese delle regole di concorrenza di cui agli articoli 81 e 82 del Trattato recante modifica dei regolamenti (CEE) n. 1017/68, n. 2988/74, (CEE) n. 4056/86 e (CEE) n. 3975/87 (*"Regolamento di applicazione degli articoli 81 e 82 del Trattato"*) in *G.U.C.E.* C 365 E del 19 dicembre 2000, p. 284 e ss.

²⁶ Come osserva Pignataro L, *La riforma del diritto comunitario della concorrenza: il regolamento 1/2003 sull'applicazione degli articoli 81 e 82 del Trattato CE*, in *Contratto Impresa /Europa*, 2003, pp. 235-236, la competenza esclusiva della Commissione è stata rafforzata dall'articolo 9, paragrafo 3 del regolamento 1/62 che prevede che fino a quando la Commissione non abbia iniziato una procedura intesa ad adottare una decisione di attestazione negativa o una decisione che ordini di far cessare un'infrazione o una decisione di esenzione, le autorità degli Stati membri restano competenti per l'applicazione dell'articolo 81, paragrafo 1, e dell'articolo 82.

In ogni caso, il sistema centralizzato di applicazione delle regole di concorrenza ha garantito alle imprese una maggiore certezza del diritto²⁷. Infatti, il regime autorizzatorio impone alle stesse di notificare preventivamente le intese per l'ottenimento dell'esenzione. A seguito della notifica, infatti, qualora la Commissione accolga la richiesta di esenzione, quest'ultima emette un provvedimento (amministrativo) autorizzatorio, di natura costitutiva e con efficacia *erga omnes*, la cui efficacia può venir meno soltanto a seguito di apposito provvedimento di revoca disposto al termine di uno specifico procedimento dinnanzi alla Commissione²⁸. Inoltre, la formale notifica preventiva dell'accordo da parte delle imprese può porre le stesse al riparo delle ammende, qualora nelle more della decisione della Commissione, diano esecuzione agli accordi nei limiti dell'attività descritta nella richiesta di esenzione²⁹.

Raggiunto l'obiettivo di uniformare l'applicazione delle regole *antitrust* nel mercato unico³⁰, nell'attuale contesto di crescita dimensionale, al contempo, economica e politica, dell'Unione³¹, un sistema centralizzato è sembrato essere di ostacolo per

²⁷ Come osserva Mengozzi P., *Gli sviluppi sul diritto comunitario della concorrenza: dal regolamento 1/2003 ai nuovi orientamenti della giurisprudenza*, in Maresca M. (a cura di), *Valori e principi nella Costituzione Europea. Il diritto alla mobilità*, Il Mulino, Bologna, 2004, p. 163, l'atteggiamento della Commissione negli anni successivi all'entrata in vigore del regolamento 17/62 risponde ad una "strategia psicologica" precisa: l'interesse della Commissione a controllare che la liberalizzazione del mercato non urtasse con le norme di concorrenza o vi urtasse nei limiti di cui al paragrafo 3 dell'articolo 81, si conciliava con l'interesse delle imprese ad acquisire certezza giuridica. Tutto questo veniva agevolato dalla semplicità del formulario per l'esenzione che prevedeva (I) la richiesta del rilascio di un'attestazione negativa (compatibilità con l'articolo 81), (II) in via subordinata, qualora non risultasse tale compatibilità, la richiesta della concessione dell'esenzione di cui all'articolo 81, paragrafo 3.

²⁸ Le condizioni alle quali la Commissione avrebbe potuto revocare o modificare la dichiarazione di esenzione o ancora vietare alle imprese determinati comportamenti sono indicati all'articolo 8, paragrafo 3, e riguardano, in particolare: a) un cambiamento della situazione di fatto relativa ad un elemento essenziale della dichiarazione, b) la mancata ottemperanza ad un onere imposto dalla dichiarazione, c) la scoperta di indicazioni inesatte o frode da parte del notificante che abbiano determinato il rilascio dell'autorizzazione; d) abuso dell'esenzione da parte dei notificanti, concessa con la dichiarazione. Per un commento, vedi Frignani A., Gentile E., Rossi G., *La devolution dell'antitrust – Prime riflessioni sul libro bianco sulla modernizzazione*, in *Concorrenza regole*, 1/2000, p. 175; cfr. Ghezzi F., *Libro Bianco della Commissione sulla modernizzazione del diritto della concorrenza comunitario*, in *Concorrenza mercato*, 8/2000, p. 196.

²⁹ Articolo 15, paragrafo 5 del regolamento 17/62. Il paragrafo 6 prevedeva inoltre che la non applicazione delle ammende cessi dal momento che la Commissione abbia informato le imprese interessate di ritenere, sulla base di un esame provvisorio, che sussistono le condizioni per l'applicazione del divieto di cui all'articolo 81, paragrafo 1 e l'esenzione ai sensi del paragrafo 3 del medesimo articolo non sia giustificata. Come si osserva nel Libro Bianco, però solo eccezionalmente la Commissione si è avvalsa di tale potere, rimuovendo l'immunità.

³⁰ Tosato G. L., *Il processo di modernizzazione*, in Tosato G. L., Bellodi L. (a cura di), *op. cit.*, p. 27; Tosato G. L., *Il processo di modernizzazione*, in Moavero Milanese E., *op. cit.*, p. 95.

³¹ L'entrata in vigore del regolamento 1/03, il 1° maggio 2004 coincide con il compimento dell'allargamento dell'Unione a venticinque Stati membri. Esprime qualche perplessità sulla coincidenza fra i due eventi Basedow J., *La régionalisation du droit communautaire de la concurrence*, in *Revue des Affaires Européennes*, 2001/2002, p. 95, laddove si domanda l'opportunità di conferire competenze in

l'efficace tutela della concorrenza. Infatti, la Commissione comincia a trovarsi nell'impossibilità di sostenere da sola la responsabilità di applicare le regole comunitarie *antitrust* in tutta l'Unione. In particolare, la competenza esclusiva per l'applicazione dell'articolo 81, paragrafo 3, costituisce un eccessivo aggravio sia in termini di carico di lavoro che di efficace accertamento dell'infrazione da parte dell'organo comunitario, fisicamente distante dal fenomeno restrittivo, sia in relazione all'attuazione efficace delle disposizioni da parte delle Autorità garanti e degli organi giudiziari nazionali. In secondo luogo, il sistema di notificazione preventiva delle operazioni vietate impone alle imprese oneri eccessivi per i maggiori costi che esse devono sostenere per conformarsi alle norme, e perché impedisce loro di dare esecuzione agli accordi conclusi senza notificarli alla Commissione anche quando abbiano soddisfatto le condizioni di legge.

L'esigenza di innovare il sistema di applicazione delle regole *antitrust* con il regolamento 1/03 si inserisce, quindi, in un contesto normativo e giurisprudenziale ormai consolidato e di una "*cultura della concorrenza*"³² ormai diffusa tra le imprese, i consumatori e le istituzioni nel mercato europeo che dovrebbe garantire la certezza del diritto.

2.2. I principi e gli obiettivi della disciplina *antitrust* introdotta con il regolamento 1/03

Nell'obiettivo di superare le problematiche relative alla corretta attuazione del diritto *antitrust* all'indomani dell'allargamento a ventisette Stati membri, e di impedire distorsioni alla concorrenza nel mercato comune, nonché di garantire un'efficace e uniforme applicazione degli articoli 81 e 82, il regolamento 1/03 incentra la disciplina *antitrust* su sue punti fondamentali.

capo alle Autorità nazionali di paesi ex-socialisti, le cui strutture, sovente monopolistiche, poco hanno a che fare con la cultura della concorrenza.

³² Vedi paragrafo 4, *Libro Bianco della Commissione sulla modernizzazione del diritto comunitario della concorrenza*, COM/1999/101 def., in *G.U.C.E.* C 132, 12-5-1999, nonché premessa 1 del regolamento 1/03. Per cultura di concorrenza in tali documenti si intendono i principi introdotti dalle decisioni della Commissione, dai regolamenti di esenzione per categoria nonché dalle comunicazioni e linee guida dalla stessa adottati e dalla giurisprudenza della Corte. L'importanza di tale prassi ha indotto taluni a parlare di diritto comunitario della concorrenza come di un "*diritto giurisprudenziale*", vedi D'Alessio M.T., *Commento all'articolo 81*, in Pocar F., *Commentario Breve ai Trattati della Comunità e dell'Unione Europea*, 2001, p. 369 e anche Frignani A., Gentile E., Rossi G., *op. cit.*, p. 176.

Il primo aspetto è rappresentato dal sistema di eccezione legale, secondo il quale il divieto di stipulare accordi restrittivi non si applica alle intese che soddisfano le condizioni di cui all'articolo 81, paragrafo 3. Pertanto, le intese che presentano tali requisiti sono valide fin dalla loro conclusione, senza necessità della preventiva notifica e dell'intervento di una decisione dell'Autorità competente.

In secondo luogo, il decentramento dell'intero sistema comunitario *antitrust*³³, secondo cui le Autorità della concorrenza e i giudici nazionali diventano competenti ad applicare l'articolo 81 nella sua interezza, comporta lo spostamento del controllo in materia *antitrust* a livello nazionale, in attuazione del principio di sussidiarietà e di proporzionalità. Le Autorità e i giudici nazionali non devono perciò più limitarsi a verificare se un'intesa entri nell'alveo del divieto, ma possono valutare se le condizioni previste dall'articolo 81, paragrafo 3, siano o meno soddisfatte. Le modalità di accertamento dell'infrazione diventano successive, per cui l'Autorità interviene solo *ex post*, in caso di segnalazioni o di autonome istruttorie, mentre il giudice è chiamato a pronunciarsi in caso di controversie.

Nel quadro generale della riforma del sistema concorrenziale, decentramento e sistema di eccezione legale sono intimamente connessi e costituiscono le facce di una stessa medaglia. Non si potrebbe, infatti, avere applicazione decentrata dell'articolo 81 se i giudici e le Autorità non potessero valutare, oltre la sussistenza della violazione, anche l'esistenza delle condizioni per l'esenzione, dal momento che la Commissione non potrà più sostituirsi a loro in tale valutazione. D'altro canto, se non fosse prevista la possibilità di far valere l'eccezione legale davanti ai giudici e alle Autorità verrebbe pregiudicato lo stesso diritto di difesa delle imprese interessate che con la riforma non possono più tutelarsi mediante la notifica alla Commissione³⁴.

³³ Va ricordato che in passato la Commissione ha avviato un graduale decentramento dell'applicazione delle regole comunitarie da parte delle autorità amministrative e giudiziarie. In tale ultima prospettiva vanno collocate: la c.d. regola de minimis, l'interpretazione restrittiva della nozione di "*pregiudizio al commercio intracomunitario*", l'importanza attribuita alla sussistenza del sufficiente interesse comunitario ai fini della attribuzione di un caso nell'area di interesse comunitario. Come osserva De Pasquale P., *Verso una nuova disciplina comunitaria in tema di concorrenza*, in *D.P.C.E.*, 1999, 4, p. 1575, "*l'ultimo ostacolo definitivo al decentramento era costituito dalla competenza esclusiva che la Commissione aveva conservato in materia di deroghe al divieto di cui al paragrafo 1, dell'articolo 81*".

³⁴ Vedi Frignani A., Gentile E., Rossi G., *La devolution dell'antitrust – Prime riflessioni sul libro bianco sulla modernizzazione*, in *Merc. conc. reg.*, 1/2000, p. 17 e ss.

2.3. Gli strumenti di applicazione della disciplina *antitrust* introdotti con il regolamento 1/03: norme sul coordinamento istituzionale e linee guida della Commissione

Al momento dell'adozione del regolamento 1/03, le Autorità garanti della concorrenza degli Stati membri sembrano presentare tutte le caratteristiche necessarie per trattare casi attinenti al diritto *antitrust* CE: secondo quanto sostiene la Commissione, “esse possiedono infatti le risorse necessarie e sono vicine ai mercati”³⁵. Le Autorità agiscono *in stretta collaborazione* all'interno di una rete, quale infrastruttura per lo scambio reciproco di informazioni, incluse quelle riservate, e di mutua assistenza. La stessa rete garantisce una ripartizione ottimale dei casi tra i suoi membri e con la Commissione in base al principio che essi dovranno essere trattati dalla Autorità nella posizione migliore per intervenire (la cosiddetta “*well placed Authority*”) secondo le regole indicate nella Comunicazione della Commissione sulla cooperazione tra la stessa e le Autorità³⁶.

³⁵ Nella Relazione introduttiva alla proposta di regolamento (vedi nota 13), la Commissione evidenzia come “notevoli progressi nell'istituzione delle autorità garanti della concorrenza siano stati già compiuti anche nei paesi candidati all'Unione (ormai paesi membri). Anche se inizialmente non tutti questi paesi potranno disporre delle risorse sufficienti per garantire un'efficace tutela della concorrenza, la riforma consentirà alla Commissione di rafforzare l'applicazione delle norme in una comunità allargata. La proposta di abolizione del sistema di notifica preventiva e di esenzione assicura che tutte le risorse disponibili possano essere utilizzate per un'efficace tutela della concorrenza “. In relazione a tale tema, vedi Monti M., *Competition Policy and the Enlargement of the European Union*, Berlin, 27 September 2001, SPEECH/01/413, in http://ec.europa.eu/comm/competition/speeches/index_2001.html, dove l'allora Commissario alla Concorrenza sostiene che “most Candidate Countries have developed a satisfactory enforcement record relating to restrictive agreements, abuse cases and mergers, often also resulting in prohibition decisions with fines. Along with this public enforcement by the competition authorities, we are also trying to encourage the development of a competition culture in the Candidate Countries whereby companies and private individuals help to enforce the rules by bringing forward cases and complaints. I am sure that such a private enforcement practice could contribute in a significant manner to ensure healthy competition on the markets, thereby helping the transition of the applicant countries to well functioning market economies. [...] The essential role that the national antitrust authorities already have today, will, in this more decentralised system of the future, become even more significant. This is, of course, also of great relevance from the perspective of the Candidate Countries. As soon as they become Member States, the antitrust authorities of the Candidate Countries will, indeed, become an integral part of the more decentralised, more active antitrust enforcement network. From this perspective, the current pre-accession phase is particularly important. In view of the progress already made and the regular contacts that have been established between the Commission and the competition offices of the Candidate Countries, I believe that we can be confident about their readiness to participate fully in the future development of European competition policy. In looking at the enlargement process from a historical perspective, I must conclude that tremendous progress has been achieved in legislative approximation and in the creation of market systems in all Candidate Countries”.

³⁶ In G.U.U.E. C 101/03, del 27 aprile 2004.

Non diversamente, il decentramento conferisce agli organi giudiziari nazionali un ruolo rilevante e sicuramente rafforzato nell'applicazione delle regole di concorrenza comunitarie nella tutela dei diritti soggettivi, accordando risarcimenti dei danni subiti dalle imprese o dai privati e ordinando l'esecuzione di contratti o limitandone l'efficacia qualora siano in contrasto con le regole comunitarie. In altri termini, l'azione dei giudici nazionali è "complementare" (come afferma lo stesso regolamento 1/03 al considerando 7)³⁷ rispetto all'azione delle Autorità nazionali a tutela della concorrenza³⁸. Diversamente, invece, dalle Autorità nazionali, il coordinamento tra le giurisdizioni non si appoggia su una rete vera e propria come accade per le autorità amministrative, ma resta ancorato al meccanismo del rinvio pregiudiziale di cui all'articolo 234 TCE, che associa le giurisdizioni nazionali alla Corte di Giustizia nella missione di garantire l'uniforme applicazione ed interpretazione del diritto comunitario. D'altro canto, nella collaborazione con la Commissione e al fine di evitare decisioni conflittuali che contraddirebbero il principio generale della certezza giuridica, il giudice nazionale ha la possibilità, come indicato nella Comunicazione sulla cooperazione tra giurisdizioni nazionali e Commissione, di informarsi sullo stato di un caso avviato presso la stessa e sugli eventuali esiti del procedimento e l'obbligo di informare la Commissione di decisioni adottate in applicazione degli articoli 81 e 82 TCE ai sensi del regolamento

³⁷ Ciò avviene, peraltro, in via generale nel sistema comunitario poiché "la vigilanza dei singoli, interessati alla salvaguardia dei loro diritti costituisce [...] un efficace controllo che si aggiunge a quello" derivante dal procedimento d'infrazione, vedi sentenza della Corte di Giustizia, del 5 febbraio 1963, 26/62, *Van Gend & Loos*, in *Racc.*, 1963, p. 3.

³⁸ Monti M., *Competition Policy Reform, Speech made by Commissioner Mario Monti at the UNICE Conference on Competition Policy Reform*, Brussels, 11 May 2000, in http://ec.europa.eu/comm/competition/speeches/index_2000.html, "As already mentioned our proposal essentially means that Article 81 will catch up with the rest of Community law, where national courts already play an essential role. In all these areas the Court of Justice has been able to maintain coherence and consistency via the Article 234 preliminary reference procedure. The Court of Justice will play the same essential role in the application of Article 81 as a whole. However, the Commission is proposing additional instruments. In the 1993 notice on cooperation with national courts, the Commission upon request provides assistance to national courts. This instrument will be maintained and made more efficient by the introduction of a deadline for reply. We expect that the incentive for national courts to obtain input and opinions from the Commission will grow in the future system as they will get the power to effectively apply Article 81. The application of EC competition law is frequently a matter of law and fact. In such cases, the Commission may be able to provide valuable assistance to national courts, drawing on its own administrative practice. The Commission is also envisaging a mechanism whereby it could intervene more actively in court proceedings, allowing it to defend the common competition policy before national courts. One such instrument, which is mentioned in the White Paper, could be the right to intervene as *amicus curiae*. The Commission would then at its own initiative submit written observations as well as possibly oral observations to the court hearing the case. An alternative could be to grant the Commission the right to appeal against national court decisions in the Community interest. However, so far, these initiatives have met rather strong opposition from Member States, arguing that these proposals interfere with the independence of the national courts".

1/03. Pertanto, trattasi di un coordinamento tra livello comunitario e livello nazionale su più fronti, sia normativo che istituzionale fondato su regole procedurali definite e correlate da un'ampia produzione di normativa secondaria.

Inoltre, sulla competenza tecnica degli stessi giudici ad adottare decisioni in materia di concorrenza sono stati in dottrina sollevati alcuni dubbi alla luce del fatto che la competenza delle giurisdizioni – estesa ora all'applicazione anche del terzo comma dell'articolo 81 – comporta verifiche di natura economica sull'impatto dell'intesa sul mercato comunitario che gli stessi giudici non sono in grado di svolgere.

Infine, ulteriori perplessità sono sorte in dottrina in relazione alle conseguenze dell'eccezione legale e del decentramento in capo alle imprese. In assenza del provvedimento autorizzatorio, sarebbero, infatti, in prima battuta, le imprese ad essere gravate della responsabilità³⁹ di analizzare l'impatto economico di un'intesa sul mercato rilevante ed autonomamente valutare la possibilità che la loro attività collusiva realizzi effetti positivi (o comunque neutri) per lo stesso e, di conseguenza, non incorra nel divieto di cui all'articolo 81.

A fronte di tali obiezioni e al fine di fornire alle imprese regole certe, creare un sostrato normativo omogeneo nel quale effettuare le dette valutazioni e non pregiudicare la certezza del diritto, la Commissione ha adottato, contestualmente al regolamento 1/03, una serie di linee guida e orientamenti⁴⁰.

Innanzitutto, la Commissione ha varato un nuovo regolamento sullo svolgimento dei procedimenti *antitrust* dinnanzi all'organo comunitario, che contiene disposizioni particolareggiate su una serie di importanti aspetti procedurali, quali le audizioni, le denunce e l'accesso al fascicolo⁴¹ e una comunicazione sulla procedura applicabile alle

³⁹ Vedi Tesauro G., *La riforma del diritto antitrust*, in Raffaelli E. A., (a cura di), *Antitrust between EC Law and National Law. Antitrust fra diritto comunitario e diritto nazionale*, Bruxelles, Milano, 2005, p. 16.

⁴⁰ Vedi *Relazione annuale dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato, relazione sull'attività svolta nel 2003*, Roma, 22 Giugno 2004, in <http://www.agcm.it>, in particolare, Capitolo II, paragrafo 4, *le misure di attuazione del regolamento n. 1/2003*; vedi inoltre, comunicato della Commissione, La Commissione porta a termine la modernizzazione delle disposizioni di applicazione delle regole *antitrust* dell'UE, Bruxelles, 30 marzo 2004, IP/04/411, in www.europa.eu.int.

⁴¹ *Regolamento (CE) n. 773/2004, del 7 aprile 2004 della Commissione relativo ai procedimenti svolti dalla Commissione a norma degli articoli 81 e 82 TCE*, in G.U.U.E. L 123/18, del 27 aprile 2004; Il documento è suddiviso in sette capitoli riguardanti, rispettivamente, l'ambito di applicazione, l'avvio del procedimento, le indagini della Commissione, il trattamento delle denunce, il diritto al contraddittorio, l'accesso al fascicolo e il trattamento delle informazioni riservate, le disposizioni generali e finali. E' in corso un procedimento di revisione e modifica del suddetto regolamento; in proposito vedi *Proposal for a Commission Regulation (EC) No .../2008 amending Regulation (EC) No, in 773/2004, as regards the*

denunce presentate alla Commissione che chiarisce le modalità di trattamento delle denunce riguardanti presunte violazioni del diritto *antitrust* comunitario, integrando in proposito la disciplina generale contenuta nel nuovo regolamento⁴². In secondo luogo, le linee direttrici sulla nozione di pregiudizio al commercio intracomunitario⁴³

conduct of settlement procedures in cartel cases e Draft Commission Notice on the conduct of settlement proceedings in view of the adoption of Decisions pursuant to Article 7 and Article 23 of Council Regulation (EC) No 1/2003 in cartel cases, in www.ec.europa.eu/comm/competition/cartels/legislation/settlements.

⁴² *Comunicazione della Commissione sulla procedura applicabile alle denunce presentate alla Commissione ai sensi degli articoli 81 e 82 TCE*, in G.U.U.E. C 101/05, del 27 aprile 2004. Il documento si articola in due parti sostanziali. (1) La prima fornisce indicazioni dirette a orientare la scelta dei potenziali segnalanti in ordine all'istituzione (Commissione, autorità di concorrenza o giurisdizioni nazionali) cui sottoporre le denunce relative a presunte infrazioni agli articoli 81 e 82 TCE, richiamando a tal fine i principi in materia di divisione del lavoro tra Commissione e autorità nazionali, contenuti nella comunicazione sulla cooperazione nell'ambito della rete delle autorità garanti della concorrenza (vedi nota 31). (2) La seconda illustra i presupposti e le modalità per la presentazione delle denunce, nonché la procedura applicata dalla Commissione in sede di esame di tali denunce.

⁴³ *Linee direttrici sulla nozione di pregiudizio al commercio tra Stati membri di cui agli articoli 81 e 82 del Trattato*, in GUUE C 101/81 del 27 aprile 2004. Le linee direttrici si articolano in due parti sostanziali, rispettivamente volte a illustrare i principi interpretativi della nozione di pregiudizio al commercio e a fornire indicazioni in ordine alla loro applicazione a diverse tipologie di intese e di abusi. (1) Per quanto riguarda i principi interpretativi il documento evidenzia, tra gli altri: a) l'irrelevanza del carattere restrittivo o meno di un'intesa; b) l'irrelevanza di un effettivo impatto restrittivo sugli scambi; c) l'indipendenza dalla dimensione geografica del mercato rilevante. La probabilità che un'intesa o una pratica abusiva possano comportare un pregiudizio agli scambi va inoltre valutata sulla base di una serie di elementi qualitativi, quali la natura dell'accordo o della pratica e la natura dei prodotti. Sulla scorta della giurisprudenza comunitaria la comunicazione specifica che il criterio del pregiudizio al commercio contiene anche un elemento quantitativo che limita il campo di applicazione degli articoli 81 e 82 agli accordi e alle pratiche abusive che possono avere un'incidenza sensibile sugli scambi; e inoltre che tale soglia minima di rilevanza può essere espressa sia in termini assoluti che relativi, cioè con riferimento sia al fatturato, sia alla posizione di mercato delle imprese interessate. Su questa base il documento delinea una regola generale che, con riferimento a tutte le fattispecie di intesa, stabilisce una presunzione (relativa) negativa - nel senso di escludere un pregiudizio sensibile al commercio - laddove siano soddisfatte le seguenti condizioni cumulative: a) nel caso di intese orizzontali, il fatturato comunitario aggregato annuo delle imprese interessate relativo ai prodotti a cui si applica l'accordo non è superiore a 40 milioni di euro. Nel caso di intese verticali, il fatturato comunitario aggregato annuo del fornitore dei prodotti a cui si applica l'accordo non è superiore a 40 milioni di euro; b) la quota di mercato aggregata delle parti su qualsiasi mercato rilevante all'interno della Comunità interessato dagli accordi non supera il 5%. Un'analisi caso per caso sarà invece necessaria, al fine di determinare il carattere sensibile o meno di un possibile pregiudizio al commercio, laddove almeno una delle precedenti condizioni non fosse soddisfatta. Tuttavia, nel caso in cui il rischio di effetti pregiudizievoli sugli scambi derivi dalla natura stessa dell'intesa (come per gli accordi o le pratiche che impediscono o restringono le importazioni e le esportazioni, ovvero operano in diversi Stati membri), le linee direttrici prevedono anche una presunzione (relativa) positiva quando, indipendentemente dalla quota di mercato, il fatturato delle parti nei prodotti interessati dall'intesa sia superiore a 40 milioni di euro. (2) Nella seconda parte, il documento della Commissione illustra le modalità di applicazione dei richiamati principi interpretativi nei casi in cui non sia possibile presumere, sulla base del fatturato e delle quote di mercato, l'assenza di un pregiudizio sensibile agli scambi. A tal fine, il progetto di comunicazione distingue tra le intese e gli abusi che interessano più Stati membri e quelli limitati alla totalità o a una parte del territorio di un singolo Stato membro. Con riferimento ai primi, il fatto che l'accordo o la pratica riguardi il territorio di più Stati membri viene indicato come una circostanza generalmente sufficiente a giustificare l'applicabilità del diritto comunitario senza la necessità di un'analisi dettagliata della capacità dell'intesa o dell'abuso di influenzare in misura sensibile gli scambi. Riguardo le fattispecie che interessano un singolo Stato membro o una parte di esso, la comunicazione segnala invece come sia spesso necessaria una verifica più

sintetizzano l'estesa giurisprudenza degli organi giurisdizionali comunitari per fornire un quadro di riferimento organico anche sugli aspetti sostanziali dell'indagine sulle pratiche concorrenziali a chi sarà chiamato ad applicare le norme. Inoltre, la Commissione ha adottato una comunicazione sull'orientamento informale per le imprese⁴⁴, la quale definisce le modalità di intervento interpretativo della Commissione in relazione all'applicazione delle norme in tema di concorrenza a pratiche del tutto nuove e insolite, su richiesta delle imprese, mediante le c.d. *lettere di orientamento* o *comfort letter*⁴⁵. Inoltre, al fine di indicare agli operatori del diritto *antitrust*, le linee della cooperazione istituzionale tra le autorità amministrative e giurisdizionali tra loro e con la Commissione, alla stessa data, la Commissione ha emanato due diverse comunicazioni sul tema.

2.3.1. Le Comunicazione della Commissione sulla cooperazione tra le istituzioni nazionali e la Commissione

Riguardo le Autorità, la *Comunicazione della Commissione sulla cooperazione nell'ambito della rete delle autorità garanti della concorrenza* si articola in tre parti sostanziali, rispettivamente concernenti (i) la divisione del lavoro all'interno della rete, (ii) l'applicazione uniforme delle regole di concorrenza comunitarie e (iii) il ruolo e il funzionamento del comitato consultivo nel nuovo sistema. In particolare, il documento definisce in maggiore dettaglio le modalità e i meccanismi di cooperazione orizzontale (tra Autorità nazionali) e verticale (tra Autorità nazionali e Commissione), con specifico riguardo ai criteri di attribuzione dei casi, allo scambio e all'utilizzo delle informazioni e all'assistenza reciproca nelle indagini, al fine di assicurare l'efficiente divisione del

approfondita, che tenga conto, tra gli altri, della natura dell'intesa o della pratica abusiva - e in particolare della loro tendenza a produrre effetti di preclusione e di compartimentazione del mercato nazionale - dell'importanza e della posizione di mercato delle imprese coinvolte e della possibilità che il mercato sub-nazionale eventualmente interessato abbia una rilevanza significativa rispetto al volume complessivo delle vendite dei prodotti oggetto dell'intesa o dell'abuso all'interno dello Stato membro, così da poter essere considerato parte sostanziale del mercato comune.

⁴⁴ *Comunicazione della Commissione sull'orientamento informale per questioni nuove relative agli articoli 81 e 82 del Trattato CE, sollevate da casi individuali (lettere di orientamento)*, in G.U.U.E. C 101 del 27 aprile 2004, p. 78 – 80.

⁴⁵ Cfr. proposta della Commissione sul regolamento 1/03 (vedi nota 13), paragrafo 3, 9 capoverso, dove si specifica che il sistema delle *comfort letter* non deve comportare “il diritto per le imprese di ottenere pareri motivati, poiché ciò significherebbe introdurre nuovamente una sorta di regime di notificazione”.

lavoro e l'applicazione efficace, uniforme e coerente delle regole comunitarie di concorrenza nel nuovo assetto di competenze delineato dal regolamento 1/03.

A sua volta, la comunicazione sui rapporti tra Commissione e giudici nazionali⁴⁶ chiarisce la portata applicativa degli strumenti di cooperazione reciproca, contemplati dal regolamento 1/03, quando le giurisdizioni nazionali applicano gli articoli 81 e 82 TCE, precisando le forme e le modalità attraverso cui può svolgersi l'attività di assistenza da parte della Commissione nei confronti delle giurisdizioni nazionali (attraverso la trasmissione di informazioni, l'espressione di pareri o la presentazione di osservazioni) e viceversa (trasmissione di documenti e sentenze, assistenza nel quadro di accertamenti ispettivi effettuati dalla Commissione). Il documento si compone di due parti principali, incentrate su alcune disposizioni fondamentali del regolamento 1/03: in particolare, l'articolo 3 che, come si vedrà di seguito, disciplina i rapporti tra regole comunitarie e nazionali di concorrenza, l'articolo 16 relativo ai vincoli operanti nei confronti dei giudici nazionali in caso di applicazione parallela o consecutiva del diritto comunitario della concorrenza da parte della Commissione e delle giurisdizioni stesse, e l'articolo 15 sul ruolo e funzioni attribuiti alla Commissione (e alle autorità di concorrenza degli Stati membri) in qualità di *amicus curiae* nei procedimenti concernenti l'applicazione del diritto comunitario della concorrenza da parte dei giudici nazionali.

2.3.2. Le consultazioni pubbliche e i conseguenti provvedimenti adottati in tema di programmi di clemenza, modalità di calcolo delle ammende ed azioni a risarcimento del danno

Accanto alle sei indicate linee guida e orientamenti adottati in concomitanza con il regolamento 1/03, la Commissione ha negli anni seguenti aperto consultazioni pubbliche su temi di particolare rilevanza per il diritto della concorrenza, i quali hanno assunto diversi connotati con il nuovo sistema di applicazione diretta e decentrato (le consultazioni pubbliche in tema di programmi di clemenza, linee guida in tema di

⁴⁶ *Comunicazione della Commissione relativa alla cooperazione tra la Commissione e le giurisdizioni degli Stati membri dell'UE ai fini dell'applicazione degli articoli 81 e 82 del trattato Ce*, in GUUE C 101/04, del 27 aprile 2004.

calcolo delle sanzioni, libro verde e libro bianco in tema di azione per risarcimento del danno da illecito *antitrust*).

In relazione alla disciplina in tema di *leniency* introdotta nel 1996⁴⁷ e sottoposta a riesame da parte della Commissione, mediante due consultazioni pubbliche (nel febbraio e nell'ottobre del 2006) volte ad acquisire le osservazioni di tutti i terzi interessati su una nuova bozza di comunicazione, la Commissione ha adottato la nuova comunicazione nel suo testo definitivo l'8 dicembre 2006⁴⁸. In tema di calcolo delle ammende, invece, sulla base delle modifiche introdotte dal regolamento 1/03⁴⁹, la Commissione ha adottato nel giugno 2006 i nuovi *Orientamenti in tema di calcolo delle ammende* da infliggere a quelle imprese o associazioni di imprese che contravvengano alle disposizioni del Trattato⁵⁰. Quello che la Commissione sembra aver presentato come una semplice modifica delle regole applicabili in materia⁵¹, ha costituito in realtà una vera e propria revisione del sistema sanzionatorio⁵². Nell'ottica di garantire certezza del diritto alle imprese e alle istituzioni e operatori nell'applicazione delle regole comunitarie della concorrenza, tali comunicazioni assumono una rilevanza notevole. Se, alla base dei programmi di clemenza, vi è la convinzione che l'interesse comune a far

⁴⁷ *Comunicazione relativa all'immunità dalle ammende e alla riduzione dell'importo delle ammende nei casi di cartelli tra imprese*, in G.U.C.E. C 207, del 18 luglio 1996, come successivamente modificata dalla *Comunicazione relativa all'immunità dalle ammende e alla riduzione dell'importo delle ammende nei casi di cartelli tra imprese*, in G.U.C.E. C 45 del 19 febbraio 2002; per un commento vedi Van Barlinger B., Barennes M., *The European Commission's 2002 Leniency Notice in Practice*, in *Competition Policy Newsletter*, 3, 2005, sul sito della Commissione Europea.

⁴⁸ *Comunicazione della Commissione relativa all'immunità dalle ammende o alla riduzione del loro importo nei casi di cartelli tra imprese*, in G.U.U.E. C 298/06 dell'8 dicembre 2006, p. 17.

⁴⁹ Come si vedrà più dettagliatamente di seguito, il regolamento 1/03 interviene a modificare gli importi delle ammende per le infrazioni di tipo procedurale fissando l'ammontare massimo della sanzione all'1% del fatturato totale realizzato dall'impresa durante l'esercizio sociale precedente. I precedenti importi erano infatti inadeguati a produrre un effetto realmente dissuasivo sul comportamento delle imprese. Riguardo invece alle infrazioni di tipo sostanziale, il regolamento 1/03, nell'abbandonare ogni riferimento ad un importo minimo e massimo, mantiene il limite già previsto nel regolamento 17/62 del 10% del fatturato realizzato nell'esercizio sociale precedente da ciascuna impresa o associazione di imprese (articolo 23).

⁵⁰ Comunicazione della Commissione "*Orientamenti per il calcolo delle ammende inflitte in applicazione dell'articolo 23, paragrafo 2, lett. a), del regolamento CE n. 1/2003*", pubblicato in G.U.U.E., C 210, del 1 settembre 2006, p. 2-5.

⁵¹ Comunicato stampa della Commissione IP/06/857 del 28 giugno 2006, "*Concurrence: la Commission modifie les lignes directrices pour le calcul des amendes dans les affaires antitrust*", pubblicato sul sito della Commissione europea.

⁵² Della stessa idea, Crespi S., *Spunti di Riflessione a margine dei nuovi orientamenti in materia di calcolo delle ammende per violazione degli articoli 81 e 82 del Trattato CE*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2006, p. 811 e ss. Sino all'adozione della nuova comunicazione, era in vigore la precedente Comunicazione della Commissione "*Orientamenti per il calcolo delle ammende inflitte in applicazione dell'articolo 15, paragrafo 2, del regolamento n. 17 e dell'articolo 65, paragrafo 5, del Trattato CECA*", in G.U.C.E. C 9 del 14 gennaio 1998, p. 2.

cessare il funzionamento di un cartello prevale sull'interesse a sanzionare quelle imprese che cooperano con l'Autorità *antitrust* ponendola in grado di scoprire il cartello, sulla base delle linee guida sul calcolo delle ammende, l'impresa potrebbe decidere ancor prima di porre in essere l'intesa non solo se questa possa essere esentata o meno, ma anche se, qualora non lo potesse essere, quali fossero i rischi della stessa in termini sanzionatori e conseguentemente decidere di attuarla allo stesso modo.

La consultazione pubblica sul Libro Bianco si è di recente conclusa con la pubblicazione delle osservazioni presentate dalle diverse parti sociali dei diversi Stati membri sul sito della Commissione Europea e si è in attesa del prossimo provvedimento della stessa istituzione.

2.4. Il coordinamento del sistema di applicazione delle norme comunitarie *antitrust* con il principio di sussidiarietà

L'analisi del decentramento dell'applicazione delle regole di concorrenza impone di verificare come questo si incardini nei principi generali dell'ordinamento comunitario e in particolare, il principio di sussidiarietà, di proporzionalità e di leale collaborazione, che in parte sono espressamente richiamati dal regolamento 1/03.

In particolare, il considerando 34, primo periodo, del suddetto regolamento afferma che *“i principi contemplati dagli articoli 81 e 82, così come applicati dal regolamento 17/62, hanno conferito in capo agli organi della Comunità un ruolo centrale che sarebbe opportuno mantenere, pur coinvolgendo maggiormente gli Stati membri nell'applicazione delle regole di concorrenza comunitarie”*. Al secondo periodo, con una formula che richiama quella dell'articolo 5, paragrafo 3, TCE, il regolamento stabilisce che *“conformemente ai principi di sussidiarietà e proporzionalità, il regolamento non va al di là di quanto necessario per raggiungere il proprio obiettivo, che è quello di permettere un'applicazione efficace delle regole di concorrenza comunitarie”*. Allo stesso modo, il principio di leale cooperazione di cui all'articolo 10 TCE, pur non essendo espressamente citato nel preambolo del regolamento, pervade l'intero sistema di collaborazione tra la Commissione e le Autorità a tutela della concorrenza, da una parte, e i giudici degli Stati membri, dall'altra.

2.4.1. I caratteri della sussidiarietà nel sistema comunitario

Com'è noto, l'articolo 5 TCE prevede, al suo paragrafo 2, che *“nei settori che non sono di sua esclusiva competenza, la Comunità interviene secondo il principio di sussidiarietà, soltanto se e nella misura in cui gli obiettivi dell'azione prevista non possono essere sufficientemente realizzati dagli Stati membri e, a motivo delle dimensioni o degli effetti dell'azione in questione, possono essere meglio realizzati a livello comunitario”*⁵³.

Tale principio, che dapprima trova esplicito riconoscimento solo nell'ambito della politica ambientale nell'Atto Unico Europeo⁵⁴ e, successivamente, trova formale consacrazione nel Trattato sull'Unione Europea (preambolo, articoli 1 e 2)⁵⁵, individua

⁵³ Come osserva Caretti P., *Il principio di sussidiarietà e suoi riflessi sul piano dell'ordinamento comunitario e dell'ordinamento nazionale*, in *Quaderni Costituzionali*, 1/93, p. 7, del principio di sussidiarietà si era cominciato a parlare sin dall'approvazione del rapporto della Commissione sull'Unione Europea del 1975; esso trova poi esplicita menzione nel preambolo e nell'articolo 12.2 del progetto di trattato sull'Unione europea (il c.d. Progetto Spinelli) approvato dal Parlamento Europeo nel febbraio del 1984. Tale processo si è infine concluso con la codificazione del principio in esame prima ad opera dell'articolo 130 R, n. 4 dell'Atto Unico Europeo del 1986, limitatamente al settore della tutela ambientale e successivamente, con valenza di carattere generale, ad opera dell'articolo 3B TUE. Vedi Tizzano A., *Lo sviluppo delle competenze materiali delle Comunità Europee*, in *Rivista di diritto europeo*, 1981, p. 139, che ritiene la previsione di cui all'articolo 5, paragrafo 2, essere un effetto della crescita delle competenze normative nazionali della CE iniziata negli anni '70.

⁵⁴ In particolare l'articolo 130R n. 4 dell'Atto Unico Europeo statuisce che *“la Comunità agisce ... nella misura in cui gli obiettivi ... possono essere meglio realizzati a livello comunitario piuttosto che a livello dei singoli Stati membri”*. In questo caso, il principio assume una funzione essenzialmente positiva tesa a giustificare l'intervento comunitario, senza peraltro che la disposizione in parola fornisca criteri più precisi al fine di valutare quando l'azione comunitaria risulti effettivamente necessaria. Successivamente, già la risoluzione del Parlamento Europeo sul principio di sussidiarietà del 12 luglio 1990 (in *G.U.C.E. C 231/167* del 17 settembre 1990), sottolineava l'importanza del principio come *“guida politica”* per stabilire l'ambito delle competenze comunitarie nei settori oggetto di competenze concorrenti e legittimare il trasferimento di competenze legislative dagli Stati membri alla Comunità, sotto il controllo del Parlamento europeo stesso. In realtà secondo Strozzi G. *Diritto dell'Unione Europea, Parte Istituzionale*, Terza Edizione, Giappichelli, Torino, p. 58, *“qui appariva più netta l'esigenza di attribuire al principio di sussidiarietà una funzione prevalente di mantenere nella sfera degli Stati membri il maggior numero di competenze e di garantire la specificità degli enti territoriali autonomi nell'ottica del maggior decentramento possibile”*.

⁵⁵ Il Consiglio europeo di Edimburgo, del dicembre 1992, ha successivamente approvato una dichiarazione riguardante il principio di sussidiarietà che ne stabilisce le regole di applicazione. Con il trattato di Amsterdam l'impostazione che scaturisce dalla dichiarazione anzidetta è stata accolta in un protocollo sull'applicazione dei principi di sussidiarietà e di proporzionalità, allegato al Trattato che istituisce la Comunità europea. Il Consiglio europeo di Birmingham dell'ottobre 1992 confermava il principio secondo il quale le decisioni vanno prese ai livelli il più possibile prossimi al cittadino, in ossequio all'articolo 5 (ex articolo 3B) del trattato CE. L'idea venne ripresa dal Consiglio europeo di Edimburgo del dicembre 1992 che definì la cornice generale nella quale il principio di sussidiarietà doveva trovare applicazione (principi fondamentali, orientamenti e procedure). Il Trattato di Lisbona adottato il 13 dicembre 2007 (vedi nota successiva per riferimenti in relazione alla pubblicazione in G.U.) in relazione al principio di sussidiarietà, al suo articolo 3 bis, paragrafo 2, così recita: *“In virtù del principio di sussidiarietà, nei settori che non sono di sua competenza esclusiva l'Unione interviene*

un criterio flessibile nella definizione del limite dell'azione comunitaria, legato a valutazioni essenzialmente politiche circa i risultati a livello centrale che le azioni comuni possono e intendono raggiungere.

Presupposti del principio di sussidiarietà sono, infatti, l'insufficienza degli Stati membri a risolvere uno specifico problema in un settore determinato e l'esigenza di un intervento comunitario per la migliore soluzione dello stesso. Inteso in tal senso, il principio di sussidiarietà lascia intendere "un'ambivalenza di significati"⁵⁶, sia quale principio chiamato a salvaguardare le sfere di competenza statali – limite all'azione comunitaria, sia quale strumento giustificativo di espansione degli interventi comunitari in aree riservate alle sovranità statali – limite all'azione nazionale. Tali considerazioni sono avvalorate dal *Protocollo sull'applicazione dei principi di sussidiarietà e di proporzionalità*, allegato al TCE e introdotto con il Trattato di Amsterdam (1997)⁵⁷, secondo il quale la sussidiarietà rappresenta per l'ordinamento comunitario un concetto

soltanto se e in quanto gli obiettivi dell'azione prevista non possono essere conseguiti in misura sufficiente dagli Stati membri, né a livello centrale né a livello regionale e locale, ma possono, a motivo della portata o degli effetti dell'azione in questione, essere conseguiti meglio a livello di Unione. Le istituzioni dell'Unione applicano il principio di sussidiarietà conformemente al protocollo sull'applicazione dei principi di sussidiarietà e di proporzionalità. I parlamenti nazionali vigilano sul rispetto del principio di sussidiarietà secondo la procedura prevista in detto protocollo". In generale, sul principio di sussidiarietà vedi, Van Ypersele P., *Le principe de subsidiarité et son contexte: étude de l'article 3B du Traité CE*, in *Cahiers de Droit Européen*, 1994, p. 3 e ss.; Strozzi G., *Il ruolo del principio di sussidiarietà nel sistema dell'Unione Europea*, in *Rivista Italiana di diritto pubblico comunitario*, 1993, p. 59 e ss.; Idem, *Alcuni interrogativi a proposito della delimitazione delle competenze nell'Unione Europea*, in *Rivista di diritto internazionale*, 1994, p. 136 e ss.; Idem, *Le principe de subsidiarité dans la perspective de l'intégration européenne: une énigme et beaucoup d'attentes*, in *Revue trimestrielle de droit européen*, 1994, p. 373 e ss. e soprattutto D'Agnolo G., *La sussidiarietà nell'Unione Europea*, Cedam, Padova, 1998, in cui tutta la dottrina sul tema è sistematicamente raccolta.

⁵⁶ Caretti P., *op. cit.*, p. 9.

⁵⁷ Un *Protocollo sull'applicazione del principio di sussidiarietà e del principio di proporzionalità*, che riproduce quasi integralmente il protocollo allegato al TCE, è allegato al Trattato di Lisbona (che modifica il trattato sull'Unione europea e il trattato che istituisce la Comunità europea, attualmente in vigore, è stato sottoscritto dai leader dell'unione europea il 13 dicembre 2007). In particolare, tale Protocollo evidenzia il ruolo sempre più centrale dei Parlamenti nazionali nell'adozione di atti comunitari e il controllo anche a posteriori della Corte di Giustizia nell'applicazione del principio da parte delle istituzioni. A tal fine l'articolo 8 stabilisce che "La Corte di giustizia dell'Unione europea è competente a pronunciarsi sui ricorsi per violazione, mediante un atto legislativo, del principio di sussidiarietà proposti secondo le modalità previste all'articolo 230 del trattato sul funzionamento dell'Unione europea" (così viene chiamato il TCE dopo l'adozione del Trattato di Lisbona) "da uno Stato membro, o trasmessi da quest'ultimo in conformità con il rispettivo ordinamento giuridico interno a nome del suo parlamento nazionale o di una camera di detto parlamento nazionale. In conformità alle modalità previste dallo stesso articolo, tali ricorsi possono essere proposti anche dal Comitato delle regioni avverso atti legislativi per l'adozione dei quali il trattato sul funzionamento dell'Unione europea richiede la sua consultazione". Inoltre, il successivo articolo 9, "La Commissione presenta al Consiglio europeo, al Parlamento europeo, al Consiglio e ai parlamenti nazionali una relazione annuale circa l'applicazione dell'articolo 3ter del trattato sull'Unione europea. La relazione annuale deve anche essere inviata al Comitato economico e sociale e al Comitato delle regioni", in *G.U.U.E.*, n. 2007/C 306/01; per il testo integrale del trattato vedi <http://eur-lex.europa.eu/JOHtml.do?uri=OJ:C:2007:306:SOM:IT:HTML>

dinamico che consente di variare il livello (se nazionale o comunitario) al quale sia più opportuno agire in funzione delle circostanze, senza rimettere in questione le competenze conferite alla Comunità dal Trattato CE, quali interpretate dalla Corte di giustizia.

2.4.2. Il principio di sussidiarietà nel processo di decentramento dell'applicazione del diritto comunitario della concorrenza

L'adozione del regolamento 1/03, che porta a compimento il processo di decentramento dell'applicazione delle regole comunitarie *antitrust*, avviene nel pieno rispetto del principio di sussidiarietà. In particolare, il rinvio a tale al considerando 34 indica “*il criterio ispiratore*” dello stesso legislatore comunitario nella definizione delle regole di applicazione delle norme di concorrenza nel sistema decentrato, in coerenza con le prescrizioni del Protocollo che impone alle stesse istituzioni valutazioni di merito nella definizione del loro intervento.

Come conferma il Tribunale di Primo Grado nella sentenza, *France Télécom SA contro Commissione delle Comunità Europee* dell'8 marzo 2007⁵⁸, il riferimento al principio di sussidiarietà contenuto nel regolamento 1/03 precisa la conformità dell'adozione di tale regolamento a tale principio e, in accordo con il Protocollo, “*non rimette in discussione le competenze conferite alla Commissione dal Trattato, come interpretato dalla Corte*”⁵⁹, *comprendenti l'applicazione delle regole in materia di concorrenza*”⁶⁰.

Perciò, il principio di sussidiarietà, quale criterio sostanziale e dinamico, ha permesso sia il conferimento di competenze dirette di applicazione delle regole in materia concorrente a livelli inferiori (in senso discendente, quale limite all'azione comunitaria) sia il mantenimento di un ruolo centrale alla Commissione nell'attività di indirizzo delle

⁵⁸ Sentenza del Tribunale di primo grado dell'8 marzo 2007, *France Télécom SA contro Commissione delle Comunità Europee*, T-339/04, in *Racc.*, p II-00521, punto 89.

⁵⁹ Sentenza della Corte 12 luglio 2005, cause riunite C-154/04 e C-155/04, *Alliance for Natural Health e a.*, in *Racc.*, p. I-6451, punto 102.

⁶⁰ La pronuncia in esame si riferisce, in particolare, al diritto della Commissione di procedere ad accertamenti ai sensi dell'articolo 20 del regolamento 1/03, per valutare l'eventuale sussistenza di presunte infrazioni. Il Tribunale, al punto 89, precisa che la violazione del principio di sussidiarietà – consistente nell'avocazione da parte della Commissione del caso, già oggetto di indagine da parte del *Conseil de la Concurrence*, ai fini di accertamento della pratica - non potrebbe verificarsi in una fase, come quella dell'indagine, “*preliminare, da cui non deriva l'avvio formale del procedimento ai sensi dell'articolo 11, comma 6, del regolamento 1/03*”.

Autorità decentrate e nell'applicazione delle regole di concorrenza qualora sia necessario per interessi di carattere comunitario (in senso ascendente, quale limite all'attività statale)⁶¹.

Perciò come confermano alcuni autori, tale principio si è manifestato proprio quando la Commissione ha ritenuto di aver raggiunto in maniera soddisfacente il proprio operato – avendo assicurato un elevato grado di omogeneità e di armonizzazione tra la normativa nazionale e quella comunitaria (ormai parte dell'*acquis* comunitario) – e quindi di aver raggiunto il suo scopo e messo le Autorità nazionali, amministrative e giudiziarie, nella condizione di operare autonomamente⁶².

La sussidiarietà, perciò, rappresenta un concetto diverso rispetto al decentramento, ma con questo intimamente connesso⁶³. Nel processo di decentramento, infatti, le competenze in materia concorrenziale sono state deferite al livello nazionale, conservando in capo alla Commissione la possibilità di controllarne l'applicazione, in un primo momento, mediante la competenza esclusiva nella concessione dell'esenzione e, in un secondo momento, con l'entrata in vigore del regolamento 1/03, attraverso il riconoscimento dell'applicabilità anche dell'articolo 81, paragrafo 3, da parte delle Autorità nazionali⁶⁴. La nozione di decentramento, perciò, evoca una “*delega di competenze*” che sono proprie dell'organo decentrante (la Commissione, ai sensi dell'articolo 84 TCE), il quale ne consente l'esercizio da parte degli organi decentrati (le Autorità nazionali), ma mantiene in linea di principio la possibilità di revocarla. Diversamente (ma non contrariamente), la nozione di sussidiarietà si traduce in un vero e proprio “*riparto di competenze*” tra Autorità nazionali e istituzioni comunitarie, che è

⁶¹ In tale secondo caso, si pensi al potere di avocazione della Commissione ai sensi dell'articolo 11, paragrafo 6 del regolamento 1/03 e alle ipotesi nelle quali la Commissione ha competenza di controllo dell'infrazione ai sensi della Comunicazione della Commissione.

⁶² Vedi De Pasquale P., *Verso una nuova disciplina in tema di concorrenza*, in *Diritto Pubblico Comparato ed Europeo*, 1999, fasc. 4, p. 1577.

⁶³ Todino, *L'Autorità e l'applicazione decentrata degli articoli 85 e 86 del Trattato CE*, in *Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato* (a cura di), Istituto Poligrafico Zecca dello Stato, Roma, 1997, p. 14.

⁶⁴ Come conferma il TAR Lazio nella sentenza del 9 novembre 2005, n. 6629, *Merck & co., Inc.*, “l'entrata in vigore del reg. 1/03 assicura un'applicazione più efficace degli articoli 81 e 82 tramite le Autorità nazionali della concorrenza, dando attuazione al principio di sussidiarietà, poiché conferisce loro una competenza pienamente parallela a quella della stessa Commissione europea in quanto esse possono, o meglio devono, dare applicazione agli articoli 81 e 82 ogniqualvolta sia riscontrabile un pregiudizio al commercio tra Stati membri, connesso alla condotta anticoncorrenziale.” Per un commento a tale caso, vedi Faella G., *Il caso Merck*, in *Mercato, Concorrenza, Regole*, 3/2006, 547 ss.

definito sulla base dell'articolo 5 TCE, e che opera quindi in modo oggettivo e automatico, senza che occorra alcuna concessione dall'una o dall'altra.

Pertanto, con l'adozione del regolamento 1/03, il processo di decentramento in materia di concorrenza, che risponde ad esigenze di democrazia ed efficienza del sistema comunitario della concorrenza e si fonda sulla convinzione che qualsiasi decisione sia più efficacemente adottata dall'istituzione più prossima al destinatario della stessa⁶⁵, si pone in coerenza con il principio di sussidiarietà, in quanto condividono la stessa *ratio*, quella della “*più efficiente e razionale ripartizione delle competenze tra centro e periferia*”⁶⁶.

2.4.3. Il contrasto tra decentramento e sussidiarietà nell'applicazione delle regole comunitarie della concorrenza secondo una recente dottrina

Merita qui citare la diversa opinione di quanti⁶⁷ hanno sostenuto l'inapplicabilità del principio di sussidiarietà alle regole di concorrenza sulla considerazione che tale materia non sia oggetto di competenza concorrente ai sensi dell'articolo 5, paragrafo 2, e l'improprio richiamo del regolamento 1/03, al considerando 34, alla sussidiarietà.

Secondo tale dottrina, piuttosto, la normativa *antitrust* CE si sostanzia in divieti aventi effetto diretto nei confronti degli Stati o dei privati (come indicato dalla Corte di Giustizia) già previsti nel Trattato CE e nei regolamenti attuativi, che non richiedono il principio di sussidiarietà per la loro applicazione. Il principio, introdotto solo in seguito

⁶⁵ Vedi anche comunicazione della Commissione sulla cooperazione nell'ambito delle Autorità garanti della concorrenza degli Stati membri, *cit.*, punti 9 e 10.

⁶⁶ Tizzano A., *L'applicazione decentrata degli articoli 85 e 86 TR. CEE in Italia*, in *Il Foro Italiano*, fasc. 1, 1995, p. 35, il principio di sussidiarietà si presta a riassumere bene i principi ispiratori degli sviluppi della materia della concorrenza ma rischia di confondere i significati del processo. Le nozioni di decentramento decisionale e sussidiarietà andrebbero perciò distinte in quanto la prima evoca una “*delega di competenze*” che sono proprie dell'organo decentrante (Commissione), il quale ne consente l'esercizio da parte degli organi decentrati (Autorità nazionali), ma mantiene in linea di principio la possibilità di revocarla, mentre la seconda nozione si traduce in un vero e proprio “*riparto di competenze*” tra autorità nazionali e istituzioni comunitarie, che è definito sulla base dell'articolo 5 TCE e che opera quindi in modo oggettivo e automatico, senza che occorra alcuna concessione dall'una o dall'altra. Mentre nel primo caso sarebbe la Commissione ad avere la competenza esclusiva e realizzerebbe un decentramento nella delega per il perseguimento delle infrazioni alle Autorità nazionali, nel secondo caso, la Comunità (e per essa il suo organo competente in materia, quindi la Commissione) non avrebbe affatto tali competenze. Sostiene l'Autore, “*Il processo di autolimitazione delle competenze comunitarie in materia di concorrenza costituirebbe più un caso di decentramento decisione che di sussidiarietà dato che si è realizzato per iniziativa e volontà della Commissione e come una sorta di delega di competenze*”.

⁶⁷ Pace L.F., *op.cit.*, Giuffrè, Milano, 2005, p. 146.

con l'adozione del Trattato sull'Unione Europea, non sarebbe stato introdotto per essere applicato ad essi ma soltanto per quelle competenze normative non costituite da divieti aventi effetto diretto.

In presenza di una simile competenza normativa, il problema dell'applicazione della competenza *antitrust* tra livello centrale e livello degli Stati membri si trasformerebbe nella problema della individuazione dell'organo che deve applicare i divieti di cui all'articolo 81 e 82 TCE, e cioè la Commissione o le Autorità nazionali, in relazione a una specifica fattispecie di rilevanza comunitaria. Tale aspetto non riguarderebbe pertanto più la sussidiarietà, che anzi rappresenterebbe un principio non applicabile alle regole di concorrenza, ma l'applicazione decentrata delle medesime norme da parte degli organi nazionali in casi specifici. Pertanto, i principi della sussidiarietà e del decentramento sarebbero tra loro confliggenti; in quanto il primo attribuirebbe "*agli Stati membri una discrezionalità nell'esercizio della competenza normativa*", mentre il decentramento troverebbe applicazione esclusivamente per norme specifiche, tra le quali sarebbero comprese le norme *antitrust*⁶⁸.

Se a questa impostazione si dà il merito di aver distinto tra sussidiarietà e decentramento, tale teoria non sembra condivisibile sotto diversi aspetti. Innanzitutto, la competenza esclusiva della Comunità in materia concorrenziale dovrebbe escludere l'adozione di normative nazionali sulla materia *antitrust*⁶⁹. In secondo luogo, il rapporto tra sussidiarietà e decentramento non sarebbe ricostruibile in termini di contrasto, quanto piuttosto di connessione. Se appare evidente che il conferimento delle competenze alle Autorità amministrative e giudiziarie degli Stati membri nell'applicazione delle regole di concorrenza si riconduce nella nozione di decentramento, tale processo si è svolto nel rispetto del principio di sussidiarietà (anche

⁶⁸ Sottolinea invece Pace L.F., *op. cit.*, p. 152, che.

⁶⁹ È constatazione evidente che gli Stati membri abbiano adottato normative *antitrust* nazionali e che la stessa Corte di giustizia nella sentenza *Walt Wilhelm* ne ha riconosciuto la legittimità. In particolare la Corte ha sostenuto che il diritto *antitrust* degli Stati membri può essere applicato nel rispetto della tutela dell'effetto utile delle norme *antitrust* CE, parallelamente al diritto *antitrust* CE, senza che questo determini l'illegittimità della relativa normativa nazionale; sentenza del 13 febbraio 1969, *Walt Wilhelm e altri contro Bundeskatellamt*, C 14/68, *Racc.*, 1969, p.1. Peraltro, in diverse occasioni la Commissione europea ha affermato l'esclusività delle competenze *antitrust*, anche se, in altre, la stessa Commissione ha contraddittoriamente richiamato il principio di sussidiarietà per l'applicazione degli articoli 81 e 82 TCE. A tal riguardo, v. Commissione CE, *Il principio di sussidiarietà, comunicazione della Commissione al Consiglio e al Parlamento europeo*, SEC (92) 1999, def. p. 7, vedi anche sentenza del Tribunale di primo grado del 24 gennaio 1995, *Bureau Européen des medias de l'industrie musicale (BEMIM) contro Commissione Europea*, T- 114/92, in *Racc.*, 1995, p. II-147.

se non in attuazione di esso). Le azioni della Commissione nella materia concorrenziale secondo i poteri conferite dal regolamento 1/03, sono consentite nei limiti e in conformità al principio di sussidiarietà secondo l'interpretazione accolta⁷⁰.

2.5. Il coordinamento del sistema di applicazione delle norme comunitarie *antitrust* con i principi di proporzionalità e di prossimità

Come il principio di sussidiarietà, la proporzionalità regola l'esercizio delle competenze esercitate dalla Comunità. Esso mira a limitare l'azione delle istituzioni dell'Unione a quanto è necessario per raggiungere gli obiettivi fissati dai Trattati. In altre parole, l'intensità dell'azione comunitaria deve essere in rapporto con la finalità perseguita.

Il principio di proporzionalità ha, dunque, un campo di applicazione più vasto del principio di sussidiarietà e viene in considerazione a proposito di un'azione già intrapresa, anche quando relativa a materie di competenza esclusiva, e ha per scopo di consentire il controllo della conformità con gli obiettivi del TCE.

Il principio di sussidiarietà, invece, incide in un momento antecedente, ossia sulla decisione se promuovere o meno un'azione a livello comunitario, sull'individuazione del livello competente a provvedere, come parametro di legittimità dell'azione intrapresa dalla Comunità, in ragione delle sua necessità ed efficacia, in luogo degli Stati membri. La proporzionalità e la sussidiarietà, talora, si integrano a vicenda: l'esercizio di una competenza concorrente che non rispetti il principio di sussidiarietà è qualificabile *ipso facto* come non congrua indipendentemente da una corrispondenza tra i mezzi e il fine, se questo può essere raggiunto dagli Stati membri con sufficiente efficacia, lasciando in pari tempo impregiudicate le loro libertà e competenze specifiche.

Come sarà evidenziato anche con riferimento al tema di fondi strutturali, il principio di proporzionalità ha un'importanza fondamentale nel decentramento dell'azione della Commissione a favore delle Autorità nazionali. Anche nella materia *antitrust*, come nelle politiche di coesione, dunque, l'attività della Commissione è limitata a quanto

⁷⁰ Sottolinea Monti M., *Relazione Introduttiva*, in Raffaelli E. A., (a cura di), *op. cit.*, 2005, p. 5, che “è proprio l'uniformità del diritto applicabile che consente una allocazione di funzioni tra la Commissione e le Autorità nazionali di concorrenza, conformemente al principio di sussidiarietà, in quanto presuppone che ciascuna decisione sia adottata dall'istituzione più vicina al destinatario della stessa”.

necessario alla luce dell'interesse comunitario discendente dall'infrazione perseguita e, conseguentemente, dalla estensione dei mercati coinvolti. In particolare, tale principio incide sulle misure che Autorità possono adottare specie in tema di sanzioni. Come ha osservato il Tribunale di primo grado nella citata sentenza *France Télécom*⁷¹, “il rispetto del principio di proporzionalità presuppone che i provvedimenti previsti non generino inconvenienti eccessivi e intollerabili rispetto agli scopi perseguiti dall'accertamento in questione”⁷². La sentenza precisa che qualora la Commissione debba decidere le modalità con le quali effettuare un accertamento ai sensi dell'articolo 20 del regolamento 1/03, essa valuti “le necessità di un'istruzione adeguata, tenuto conto delle particolarità della fattispecie”. Pertanto, qualora una decisione di accertamento sia unicamente diretta a consentire alla Commissione di raccogliere gli elementi necessari per valutare l'eventuale sussistenza di una violazione del Trattato, tale decisione non lede il principio di proporzionalità⁷³”

È opportuno richiamare un altro principio a carattere generale che uniforma l'azione della Comunità nel suo complesso e che assume un particolare significato nella riforma della materia *antitrust* introdotta con il regolamento 1/03. Il principio è quello enunciato dall'articolo 1 TUE per cui “le decisioni devono essere prese il più vicino possibile ai cittadini” (articolo 1 TUE)⁷⁴. Strettamente correlato ai principi di proporzionalità e sussidiarietà, esso è rivolto a realizzare il decentramento nella gestione dell'azione

⁷¹ Vedi sentenza dell'8 marzo 2007, *France Télécom, cit.*, punto 118. Al punto 119, la sentenza precisa che “In linea di principio spetta alla Commissione valutare se un'informazione sia necessaria per poter scoprire un'infrazione alle regole di concorrenza, e, anche se già dispone di indizi, o addirittura di elementi di prova circa l'esistenza di un'infrazione, la Commissione può a buon diritto ritenere necessario ordinare accertamenti ulteriori che le permettano di meglio valutare la trasgressione o la sua durata”. Sul tema, vedi sentenze della Corte 18 ottobre 1989, causa 374/87, *Orkem/Commissione, Racc.* pag. I-3283, punto 15, e *Roquette Frères, cit.*, punto 78.

⁷² Confronta, a proposito del regolamento n. 17, la sentenza *Roquette Frères, cit.*, punto 76.

⁷³ Vedi sentenze della Corte del 26 giugno 1980, causa 136/79, *National Panasonic/Commissione, Racc.* pag. 2033, punti 28-30, e *Roquette Frères, cit.*, punto 77.

⁷⁴ Come osserva Savy D., *La leale cooperazione nella disciplina Antitrust e nel nuovo regolamento CE n. 1/2003 del Consiglio*, in *Diritto Pubblico Comparato ed Europeo*, 2003, fasc. 2, p. 913 e ss., l'idea cui si ispira la disciplina *antitrust* comunitaria tende non solo “ad assicurare la realizzazione di obiettivi strettamente legati al ciclo economico di produzione, attraverso lo sviluppo di una sana ed equilibrata concorrenza tra le imprese”, ma anche “alla tutela ed alla promozione di principi quali la protezione del contraente debole, il favor per il consumatore nell'interpretazione delle disposizioni contrattuali, il principio di uguaglianza e di parità di trattamento”. Tali principi vanno oltre la pur necessaria efficienza economica e di mercato e sono volti a conseguire il benessere del singolo in un sistema socio-economico che lo riguardi più come individuo e cittadino dell'Unione che come cliente-consumatore. Secondo l'autrice, proprio per conseguire tali obiettivi si è ritenuto opportuno operare un decentramento che è regolato anche dai criteri applicativi del principio di sussidiarietà, disposizione non cristallizzata nella lettera dell'articolo 5 TCE, ma strumento flessibile di integrazione. Ne è conseguita la tendenza a realizzare una partecipazione attiva delle autorità statali almeno nella fase esecutiva.

comunitaria, a tutelare le specificità nazionali, a rispettare l'identità e la diversità proprie di ciascuno Stato membro⁷⁵.

È evidente l'importanza del principio nell'ottica del decentramento⁷⁶. Come si vedrà più specificatamente nel prosieguo della trattazione, la correlazione tra territorio e infrazione è il principale criterio per valutare l'idoneità di un'Autorità nazionale a perseguire l'infrazione agli articoli 81 e 82 TCE⁷⁷.

2.6. Il sistema di applicazione delle norme comunitarie *antitrust* e leale cooperazione

Nell'ambito del processo di decentramento dell'applicazione delle regole comunitarie della concorrenza, il principio di leale cooperazione di cui all'articolo 10 TCE ha assunto sempre maggiore rilevanza ai fini del buon funzionamento dell'intero sistema preposto alla tutela della concorrenza. Ai sensi di tale disposizione, gli Stati membri non solo sono tenuti "*ad adottare tutte le misure di carattere generale e particolare, atte ad assicurare l'esecuzione degli obblighi derivanti dal trattato ovvero determinati dagli atti delle istituzioni della Comunità*", ma anche "*a facilitare gli organi della Comunità*

⁷⁵ Tali principi possono costituire per la Corte di Giustizia validi parametri di riferimento quando si tratti di verificare se essi possano giustificare l'emanazione o il mantenimento di una normativa nazionale difforme rispetto alla disciplina comunitaria.

⁷⁶ Vedi Tizzano A., *op. cit.*, p. 34. L'Autore afferma, infatti, che si è diffusa in Europa l'idea che l'efficacia, la funzionalità e la razionalità del sistema sarebbero meglio assicurate con un maggiore coinvolgimento delle autorità nazionali nell'applicazione delle regole di concorrenza, dato che ciò potrebbe garantire un controllo più capillare, diretto e prossimo ai cittadini dell'Unione.

⁷⁷ La "*Comunicazione della Commissione sulla cooperazione nell'ambito della rete delle autorità garanti della concorrenza*" in *G.U.U.E.*, C 101 del 27.4.2004, al paragrafo 8, infatti afferma che "*un'autorità sia nella posizione idonea per trattare il caso se sono soddisfatte le seguenti tre condizioni cumulative: 1. l'accordo o la pratica produce sensibili effetti diretti, attuali o prevedibili, sulla concorrenza nell'ambito del suo territorio; viene attuato o ha origine nel suo territorio; 2. l'autorità è in grado di far cessare efficacemente l'infrazione nel suo complesso, vale a dire che può emettere un ordine di porre termine all'infrazione i cui effetti siano sufficienti a far cessare la stessa. Inoltre, l'autorità può, qualora lo ritenga opportuno, sanzionare adeguatamente l'infrazione; 3. l'autorità può raccogliere, eventualmente con l'assistenza di altre autorità, le prove necessarie per comprovare l'infrazione*". Vedi inoltre Tesouro G., *Modernisation op. cit.*, p. 7, il quale ricorda che la comunicazione della Commissione dell'ottobre del 1997 sulla applicazione decentrata delle regole di competenza comunitarie, volta ad incoraggiare una più diffusa ed efficiente applicazione degli articoli 81 e 82 TCE a livello nazionale, è ispirata ad un principio "*very close to subsidiarity*". Dal momento che il fondamento dell'intero sistema comunitario è di adottare le decisioni "*at a level that come as close as possibile to the citizens*" l'applicazione decentrata delle regole comunitarie della concorrenza impedisce alla Commissione di intervenire solo se "*by reason of scale or effects, the proposed action can best be taken at Community level. Otherwise, it is for the competition authority of the Member State concerned to act*" (Item 2 della Comunicazione della Commissione).

nell'adempimento dei rispettivi compiti” e “ad astenersi dal mettere in atto qualsiasi misura che rischi di compromettere la realizzazione degli scopi del trattato”.

Il controllo sul rispetto delle regole di concorrenza, come già evidenziato, ha sempre contemplato l'esigenza di assicurare l'attuazione uniforme del relativo diritto comunitario all'interno degli Stati membri, esigenza salvaguardata per lungo tempo con una gestione centralizzata da parte della Commissione. Nondimeno, nel processo di integrazione europeo e di sviluppo della cultura europea della concorrenza, il sistema di cooperazione tra gli Stati Membri e la Comunità in materia è progressivamente mutato⁷⁸ ed ha reso possibile una soluzione più prossima ad una tutela decentrata del settore. È al principio di leale collaborazione che si sono ispirate non solo le Comunicazioni della Commissione del 1993 e del 1997, relative, rispettivamente, ai rapporti con i giudici nazionali e le Autorità garanti della concorrenza degli Stati membri⁷⁹ ma anche, in misura più ampia, il *Libro Bianco* sulla modernizzazione.

Tale principio si rinviene per la prima volta in maniera definitiva in ambito di concorrenza nel regolamento 1/03⁸⁰, il cui articolo 11, paragrafo 1, afferma che la Commissione e le Autorità garanti della concorrenza applicano le regole comunitarie “*in stretta collaborazione*”, principio più incisivo del “*collegamento stretto e costante*” di cui al regolamento 17/62⁸¹, in quanto delinea l'entità della cooperazione tra Commissione e Autorità e allude alla rete di collegamento tra le stesse Autorità che sarà disciplinata nei successivi articoli del regolamento e nella Comunicazione della Commissione sul tema, in applicazione del principio della sinallagmaticità

⁷⁸ Come osserva Savy D., *La leale cooperazione nella disciplina Antitrust e nel nuovo regolamento CE n. 1/2003 del Consiglio*, in *Diritto Pubblico Comparato ed Europeo*, 2003, fasc. 2, p. 913 e ss., la cooperazione si è sviluppata in senso integrazionista per aggiustamenti progressivi, indotti tanto dalle normative comunitarie di settore – vincolanti o meno – quanto da naturali e spontanee spinte del mercato.

⁷⁹ La Comunicazione della Commissione relativa alla cooperazione tra i giudici nazionali e la Commissione nell'applicazione degli articoli 81 e 82 TCE è pubblicata in G.U.C.E., C 39 del 13-02-1993, p. 6 e ss. e la Comunicazione della Commissione relativa alla cooperazione tra la Commissione e le Autorità Garanti della concorrenza degli Stati membri per l'esame dei casi disciplinati dagli articoli 81 e 82 TCE è pubblicata in G.U.C.E., C 313, del 15-10-1997, p. 3 e ss. In particolare, l'articolo 5 della prima delle due comunicazioni citate al punto 33 afferma: “*l'articolo 5 TCE stabilisce il principio della cooperazione permanente e leale tra la comunità e gli Stati membri per il raggiungimento degli obiettivi del Trattato, tra cui quello, sancito dall'articolo 3, lett. f), di istituire un sistema inteso a garantire che la concorrenza non sia falsata nel mercato comune. Tale principio implica obblighi e doveri di assistenza reciproca tra gli Stati membri e le istituzioni della Comunità. A questo proposito la Corte di Giustizia ha stabilito che la Commissione è tenuta, in forza dell'articolo 5 del trattato a cooperare lealmente con le autorità giudiziarie degli Stati membri incaricate di vigilare sull'applicazione e sul rispetto del diritto comunitario nell'ordinamento giuridico nazionale.*”

⁸⁰ L'articolo 11 si inserisce nel Titolo IV del regolamento 1/03, rubricato “*Cooperazione*”.

⁸¹ Come evidenzia Maggolino M. T., *op. cit.*, p. 297.

nell'attuazione delle norme comunitarie tra Comunità e Stati Membri e tra gli stessi Stati membri.

Come ha sostenuto il Tribunale di primo grado nella ricostruzione del rapporto di collaborazione tra la Commissione e le Autorità, il principio come delineato nell'articolo 11 detta sì *“una regola generale secondo cui la Commissione e le Autorità nazionali garanti della concorrenza sono tenute a operare in stretta collaborazione”*, ma *“non impone alla Commissione di astenersi dall'effettuare accertamenti su un caso del quale si stia occupando in parallelo un'autorità nazionale garante della concorrenza”*. Al contrario, nell'economia del regolamento che garantisce alla Commissione un ruolo *“prevalente”*⁸², *“il principio di cooperazione implica che la Commissione e le autorità nazionali garanti della concorrenza possano, perlomeno nelle fasi preliminari dei casi che trattano, lavorare affiancate”*.

In relazione alla cooperazione giudiziaria, il regolamento, invece, non effettua affermazioni di principio, ma indica direttamente, agli articoli 15 e ss., i caratteri della collaborazione con la Commissione. Mentre, nel primo caso, il regolamento 1/03 introduce una cooperazione a livello orizzontale, mediante la creazione della rete di autorità, e verticale, secondo le modalità indicate agli articoli 11 e ss., il regolamento non ipotizza neppure per il futuro la creazione di una rete integrata tra le giurisdizioni degli Stati membri⁸³.

2.6.1. La leale collaborazione secondo il previgente sistema: la partecipazione delle Autorità nazionali nell'applicazione delle norme comunitarie della concorrenza

Ai sensi del regolamento 17/62, le Autorità potevano presentare osservazioni sui procedimenti notificati alla Commissione e venivano consultate circa l'applicazione degli articoli 81 e 82 attraverso il Comitato composto di rappresentanti degli Stati membri⁸⁴. La Commissione poteva raccogliere informazioni necessarie presso i governi

⁸² Il riferimento è al potere di avocazione di cui all'articolo 11, paragrafo 6, del regolamento.

⁸³ Secondo Savy D., *op. cit.*, p. 923, tale circostanza contribuirebbe a rendere claudicante il sistema e potrebbe costituire un limite alla uniforme applicazione del diritto *antitrust*.

⁸⁴ Articolo 10 del regolamento 17/62.

nazionali, nonché presso le imprese⁸⁵. Tale regolamento, pertanto, garantiva, anche se in uno stato piuttosto embrionale, gli aspetti fondamentali degli obblighi di collaborazione a più livelli.

Tuttavia, come è stato da più parti osservato⁸⁶, il grado di approfondimento ed utilizzo del principio di leale collaborazione non ha raggiunto, neppure con la successiva Comunicazione del 1997, un livello tale da assicurare l'efficienza del coordinamento. Il problema del raccordo tra i due livelli di tutela amministrativa risultava evidente qualora fossero intraprese due procedure parallele a livello comunitario ed a livello nazionale in relazione ad un caso di rilevanza comunitaria. Dal momento che non era ammessa la coesistenza tra le due procedure ai sensi dell'articolo 9 del regolamento 17/62⁸⁷, la competenza veniva trasferita in capo alla Commissione al fine di evitare decisioni contraddittorie. Viceversa, nell'ipotesi in cui la fattispecie, di interesse nazionale, avesse avuto anche degli effetti di rilevanza comunitaria e fosse sottoposta alla disciplina nazionale della concorrenza, sorgeva la possibilità che la Commissione e le Autorità nazionali fossero parallelamente investite dei procedimenti in relazione al medesimo caso.

Al riguardo, la Corte di Giustizia ha osservato che tale coesistenza era consentita “*soltanto se la statuizione dell'Autorità nazionale non avesse pregiudicato l'uniforme applicazione del diritto comunitario*”⁸⁸ e suggeriva la sospensione del procedimento in attesa della decisione comunitaria o la consultazione con la Commissione in merito alla decisione da adottare⁸⁹.

⁸⁵ Articolo 11, paragrafo 1, regolamento 17/62.

⁸⁶ Savy D., *op. cit.*, p. 919; Tizzano A., *op. cit.*, p. 33 e ss., Todino M., *op. cit.*, p. 13, Gaeta F., *La Comunicazione sulla cooperazione la Commissione Europea e le Autorità nazionali*, in *Rivista di diritto europeo*, 1998, fasc. 3, p. 563 e ss.

⁸⁷ L'articolo 9 del regolamento 17/62 individua i rapporti tra Commissione e autorità nazionali, sancendo, al primo paragrafo, la competenza esclusiva della commissione nella concessione delle esenzioni di cui all'articolo 81, paragrafo 3, mentre, al secondo e al terzo paragrafo, precisa: “*La Commissione è competente per l'applicazione dell'articolo 85, paragrafo 1 e dell'articolo 86 del Trattato anche se non sono scaduti i termini per la notificazione, indicati nell'articolo 5, paragrafo 1 e nell'articolo 7, paragrafo 2. Fino a quando la Commissione non abbia iniziato alcuna procedura a norma degli articoli 2, 3 o 6, le autorità degli Stati membri restano competenti per l'applicazione dell'articolo 85, paragrafo 1 e dell'articolo 86, in conformità all'articolo 88 del Trattato, anche se non sono scaduti i termini per la notificazione, indicati nell'articolo 5, paragrafo 1 e nell'articolo 7, paragrafo 2.*”

⁸⁸ Corte di giustizia, sentenza del 13-02-1969, causa C-14/68, *Walt Wilhelm*, *cit.*

⁸⁹ Tribunale di primo grado, sentenza del 18-09-1992, causa T-24/90, *Automec II*, in *Racc.*, p. II-2223 e ss.; sentenza del 24-01-1995, causa T-114/92, *Bureau européen des medias de l'industrie musicale (Benim)*, in *Racc.*, 1995, II-147. Vedi inoltre nota a tale seconda sentenza di Vasques L., *Disciplina antitrust, organi comunitari e autorità nazionali, osservazione a Trib. CE 24 gennaio 1995, (causa T-114/92)*, in *Il Foro Italiano*, 1996, fasc. 1, p. 44 e ss., dove si sottolinea come la sentenza tenda a

Di fronte a tale incerto sistema, l'atteggiamento più diffuso tra gli operatori del settore è stato quello di ricorrere più frequentemente al procedimento amministrativo comunitario piuttosto che a quello nazionale, allo scopo di evitare, assicurandosi l'esenzione *ex ante*, un inutile e dispendioso duplicarsi di procedure. Allo stesso modo, la tendenza delle Autorità nazionali è stata quella di applicare il diritto nazionale (omogeneo rispetto al diritto comunitario, ma relativo semplicemente al mercato interno) piuttosto che il diritto *antitrust* comunitario.

Diversamente, l'eventualità di conflitti fra le soluzioni raggiunte dalle giurisdizioni nazionali, confrontate ad una domanda di applicazione dei divieti, e la Commissione, investita della richiesta di attestazione negativa o di esenzione, veniva attenuata per effetto dei meccanismi di cooperazione preventiva enunciati nella sentenza *Delimitis*⁹⁰. Qualora l'accertamento svolto dalle giurisdizioni nazionali fosse risultato in contrasto con una decisione, positiva o negativa, già adottata dalla Commissione, le prime avrebbero dovuto attenersi in virtù del principio di leale collaborazione⁹¹.

2.6.2. La leale collaborazione alla luce del regolamento 1/03, quale presupposto del sistema di coordinamento tra i membri della rete

Alla luce di quanto detto, è evidente come il regolamento 1/03, in un certo senso, abbia “codificato” i risultati raggiunti dalla giurisprudenza della Corte in materia di concorrenza⁹² e coordinamento tra livello centrale e nazionale, dando efficacia giuridica

privilegiare una maggiore integrazione dei rapporti tra la Commissione e le Autorità nazionali, anche se le carenze della disciplina (prima dell'adozione del regolamento 1/03 – in particolare, la competenza esclusiva della Commissione nella concessione delle esenzioni) e l'ambiguità del ruolo svolto dalle autorità nazionali poste a presidio della concorrenza danno attualmente vita ad una sorta di “zona grigia” ove si può assistere a “*pericolosi conflitti negativi di competenza, che l'applicazione del principio di sussidiarietà non pare da solo in grado di scongiurare*”.

⁹⁰ Corte di Giustizia, sentenza del 19-02-1991, causa C-234/89, *cit.*, punto 43; Lang A., *Giudice nazionale e commissione delle Comunità Europee: coesistenza di competenze in materia di concorrenza e strumenti di coordinamento*, in *Rivista di diritto italiano privato e processuale*, 1996, p. 239.

⁹¹ Afferma infatti la Corte nella sentenza *Masterfoods* (14-12-2000, *cit.*), il principio di leale collaborazione si estende a tutele autorità degli Stati membri, ivi compresi i giudici nazionali (vedi punti da 48 a 52).

⁹² Cfr. De Vita M., *Modelli comunitari e disciplina nazionale della concorrenza*, in *Diritto dell'Unione Europea*, 1998, fasc. 4, p. 825, dove l'Autore afferma che la Corte di giustizia si è spinta ben oltre la mera attività di interpretazione delle norme nell'applicazione delle norme *antitrust*, fino a definire l'insieme delle regole che vengono comunemente considerate i fondamenti della costituzione economica comunitaria. La ragione si rinviene nel fatto che le norme comunitarie sono terreno fertile per l'azione della giurisprudenza, dato il tenore ampio delle stesse, che ha consentito di ricomprendere alcune

vincolante alle statuizioni della Commissione sino ad allora ancorate a comunicazioni di carattere giuridico non vincolante⁹³. L'innovazione fondamentale si rinviene nell'introduzione della rete di pubbliche Autorità e nella definizione dei meccanismi di coordinamento nella definizione dei casi e nell'allocazione degli stessi fra i membri della rete individuati nel regolamento 1/03 e nella Comunicazione della Commissione sulla cooperazione tra la stessa istituzione e le autorità nazionali garanti della concorrenza⁹⁴. I meccanismi del coordinamento saranno analizzati nello specifico nei capitoli successivi; appare opportuno qui precisare che, alla luce della nuova normativa, la leale collaborazione informa le relazioni che si stabiliscono sia al livello interno statale, tra le diverse autorità affidatarie della corretta applicazione e del raccordo tra la relativa disciplina nazionale e comunitaria della concorrenza, sia al livello esterno tra le diverse articolazioni degli Stati membri e tra queste e le istituzioni comunitarie⁹⁵.

La citata Comunicazione e quella relativa alla cooperazione tra la Commissione e i giudici nazionali, chiariscono, infatti, che per conseguire l'obiettivo di una efficace ed adeguata amministrazione e gestione della politica della concorrenza sia inevitabile un decentramento di competenze quanto più ampio possibile e un'organizzazione del

fattispecie e di renderle negli anni tipiche ed enucleare alcuni orientamenti di principio volti ad affrontare i nuovi problemi posti dall'azione delle imprese.

⁹³ In ogni caso è bene precisare che non manca in dottrina chi ha puntato sul valore di precedente giuridico della giurisprudenza della Corte e sugli effetti giuridici delle comunicazioni della Commissione ricomprese senza troppe difficoltà nella categoria degli atti atipici dotati di una qualche efficacia giuridica. Cfr. in proposito, Isaac G., Blanquet M., *Droit communautaire général*, Dalloz, Paris, 2001, p. 138 e ss.; Rideau J., *Droit institutionnel de l'Union et des Communautés Européennes*, L.G.D.J., Paris, 2002, p. 164 e ss.; Melchior M., *Les Communications de la Commission, Contribution à l'étude des actes communautaires non prévus per les Traités*, in *Mélanges Fernand Dehousse*, Nathan, Paris, Labor, Bruxelles, 1979, p. 243 e ss.; Antonioli M., *Comunicazioni della Commissione europea e atti amministrativi nazionali*, Giuffrè, Milano, 2000, p. 97 e ss. Per una giurisprudenza sul tema vedi Tribunale di primo grado, sentenza del 12-12-1996, causa T-380/94, *AIUFFASS*, in *Racc.*, II-2169 e ss.; Corte di giustizia, sentenza del 20-03-1997, causa C-57/95, *Francia c. Commissione*, in *Racc.*, p. I-1640 e ss.

⁹⁴ Vedi nota 32.

⁹⁵ In relazione al principio di leale collaborazione la Corte di Giustizia ha in più occasioni affermato che esso comporta partecipazione delle autorità nazionali, specie nella fase esecutiva di applicazione delle norme comunitarie, e obblighi reciproci di portata sia orizzontale che verticale; in particolare, cfr. sentenza del 27-02-1980, causa 68/79, *Just*, in *Racc.*, p. 501 ss.; sentenza del 10-02-1983, causa 230/81, *Lussemburgo c. Parlamento*, in *Racc.*, p. 255 ss.; sentenza del 10-4-1984, causa 14/83, *Von Colon*, in *Racc.*, p. 1891 ss.; sentenza del 11-12-1985, causa 192/84, *Commissione c. Grecia*, in *Racc.* p. 3967 ss.; sentenza del 17-05-1990, causa C-158/89, *Dietz-Matti*, in *Racc.*, p. I-2013; sentenza del 7-5-1991, causa C-340/89, *Vlassopoulou*, in *Racc.*, I-2357 ss.; sentenza del 13-12-1991, causa C-69/90, *Commissione c. Italia*, in *Racc.* p. I-6011 ss.; sentenza del 13-10-1993, causa C-378/92, *Commissione c. Spagna*, in *Racc.*, p. I-5095 ss.; sentenza del 17-11-1993, causa C-2/91, *Mang*, in *Racc.*, p. I-5751 ss.; sentenza del 5-10-1994, causa C-165/91, *Van Muster*, in *Racc.*, p. I-4661 ss.

decentramento alla luce dei criteri che informano il principio della leale collaborazione⁹⁶.

2.7. Il decentramento nell'ordinamento comunitario: l'orientamento della Commissione volto a conservare funzioni direttive anche in altri settori del diritto comunitario

Nel processo di integrazione europea, il decentramento dell'attività esecutiva in alcune materie di competenza concorrente, dall'ambito comunitario all'ambito nazionale, non ha caratterizzato esclusivamente la materia concorrenziale, ma ha riguardato l'azione della Commissione nell'ultimo decennio⁹⁷.

La ragione della devoluzione delle competenze a livello decentrato si rinviene già nel Libro Bianco della Commissione del 2000⁹⁸, dove la stessa esprimeva l'esigenza di riformare l'organizzazione della sua attività nel mercato comunitario – che si preparava ad affrontare la sfida dell'allargamento - in quanto soltanto una organizzazione moderna e nuove risorse avrebbero potuto consentirle di “*execute the tasks assigned to us by the Treaties*”⁹⁹.

⁹⁶ L'affermazione trova un conforto, oltre che nella documentazione citata, anche nella relazione della Commissione relativa alla proposta di revisione del regolamento 1/03 ove si rinviene un esplicito richiamo alla esigenza di realizzare il decentramento in ossequio e nel rispetto del principio espresso nell'articolo 10 TCE.

⁹⁷ Fra le politiche interessate dal decentramento, anche la riforma del pubblico impiego, la politica sociale e la cooperazione allo sviluppo. In particolare, in relazione all'ultima materia indicata, la Commissione delle Comunità Europee, nella sua comunicazione adottata l'8 ottobre 2008 (*Comunicazione della Commissione al Consiglio, al Parlamento europeo, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni Le autorità locali: attori di sviluppo* - COM(2008) 626 definitivo), delinea i principi e le modalità per ottenere una maggiore efficacia nella cooperazione volta a sostenere la *governance* locale e il decentramento nei paesi partner. La definizione di “*decentramento*” ivi considerata prende in considerazione tre aspetti, “*strettamente legati*”: la dimensione politica, che prevede una nuova ripartizione dei poteri in base al principio di sussidiarietà al fine di rafforzare la legittimità democratica; la dimensione amministrativa, che comporta una riorganizzazione e una chiara ripartizione dei compiti e delle funzioni tra i livelli territoriali al fine di migliorare l'efficacia e la trasparenza dell'amministrazione su tutto il territorio nazionale; la dimensione fiscale, che comporta una redistribuzione della spesa pubblica agli enti locali e territoriali per consentire loro di generare redditi propri in base ai compiti assegnati.

⁹⁸ White Paper *Reforming the Commission*, cit. Merita qui ricordare la frase con cui la stessa Commissione introduce la necessità di riforma “*a strong Europe needs a strong Commission*”.

⁹⁹ Nel White Paper *Reforming the Commission*, cit., la Commissione ripercorre le sue competenze: “*The Treaty of Rome assigned a special role and responsibility to the European Commission in the newly created European Community. It was established to act impartially in the interests of the European Community as a whole and to act as guardian of the founding Treaties, notably by exercising its right of legislative initiative; controlling Member States' respect of Community law; negotiating commercial*

A fronte delle sfide della globalizzazione e dell'allargamento, tale riforma¹⁰⁰ “*will help the Commission to fulfil its institutional role as the motor of European integration. This approach implies building new forms of partnership between the different levels of governance in Europe. The objective is that the Commission concentrates its activities on its core policy objectives*”. Da tali dichiarazioni emerge chiaramente come la Commissione già avvertiva l'esigenza di ridefinire il suo ruolo e di focalizzare la propria attività sulla definizione degli orientamenti e sviluppi delle politiche comunitarie.

2.7.1. Il processo di decentramento dell'attività di attuazione delle politiche di coesione negli Stati membri

Uno dei settori nei quali il decentramento ha avuto importanti sviluppi, oltre alla concorrenza, ha riguardato le politiche di coesione¹⁰¹. Le norme introdotte dai regolamenti del luglio del 2006 mostrano un assetto organizzativo e modalità di

agreements on behalf of the Community, implementing the common policies and ensuring that competition in the Community was not distorted”.

¹⁰⁰ Nel White Paper *Reforming the Commission*, cit., la Commissione sostiene “*Since then much has changed. The Community of six Member States has become a Union of fifteen, with further enlargement on the horizon. The Commission has been an engine of change in the transformation from customs union to economic and then political union. Its achievements have been substantial, providing much-needed vision in the move towards a European integration which serves the interests of the Union and meets the aspirations of its citizens. In addition to the important economic landmarks of a single market and now a common currency, it has laid the foundations for a cohesive Europe built on solidarity between its people and its regions. Along the way, many managerial tasks have been attributed to the Commission by the Council and the European Parliament. The societies and economies of the European Union have themselves changed significantly. One thing is constant. A strong, independent and effective Commission is essential to the functioning of the European Union as a whole and its standing in the world.*”

¹⁰¹ Sul tema vedi Manzella G.P., *La nuova coesione europea tra processo di Lisbona e allargamento*, in *Riv. It. Dir. Pubbl. Comunitario*, 2006, p. 533 ss.; Montemurro F., *Riforma dei fondi strutturali UE, Le conseguenze per gli enti locali*, in *Comuni d'Italia*, 2005, fasc. 5, p. 27 ss.; De Felice A., Limardo E., *I fondi strutturali nell'integrazione sociale europea. Valore del metodo ed efficacia degli strumenti*, in *Rivista di diritto della sicurezza sociale*, fasc. 2, 2007, p. 293 ss.; Limardo E., *Diritti fondamentali e coesione economica e sociale: l'azione dei fondi strutturali*, Eidos, Roma, 2007; Tiraboschi G., *L'intreccio tra politica di coesione e strategia di Lisbona: i fondi strutturali*, in *Diritto delle relazioni industriali*, fasc. 1, 2007, p. 287 ss.; Giuseppone F., *I fondi strutturali nella nuova Europa*, in *Amministrazione e contabilità dello Stato e degli Enti pubblici*, 2005, fasc. 1/, p. 8 ss.; Gilioli F., *La riforma dei fondi strutturali: illustrazione preliminare delle proposte di regolamento per la fase di programmazione 2007-2013*, in *Il Diritto dell'Economia*, fasc. 3-4, 2004, p. 649 ss.

relazione tra i diversi livelli amministrativi coinvolti che introducono alcune rilevanti innovazioni nell'ottica del decentramento¹⁰².

La relazione della Commissione che accompagna la proposta dei regolamenti definisce le nuove misure “*ambiziose*” a fronte dell'allargamento che rappresenta “*una sfida senza precedenti*” per la complessità e la coesione interna dell'Unione¹⁰³. I mezzi che la Commissione prospetta si incentrano, da un lato, nel rafforzamento del ruolo di impulso e verifica delle azioni condotte a livello nazionale, specie nei confronti dei paesi interessati dal processo di allargamento, dall'altro, nel dare nuova spinta al processo di Lisbona¹⁰⁴.

¹⁰² Regolamento (CE) n. 1080/2006 del Parlamento Europeo e del Consiglio del 5 luglio 2006, relativo al Fondo Europeo di Sviluppo Regionale e recante abrogazione del regolamento (CE) 1783/1999; regolamento (CE) n. 1981/2006 del Parlamento Europeo e del Consiglio; regolamento (CE) 1081/2006 del 5 luglio 2006 relativo al Fondo Sociale Europeo e recante abrogazione del regolamento (CE) n. 1784 del 1999; regolamento 1083/2006 del Parlamento Europeo e del Consiglio dell'11 luglio 2006, recante disposizioni generali sul Fondo Europeo di Sviluppo Regionale, sul Fondo Sociale Europeo e sul Fondo di Coesione e recante abrogazione del regolamento (CE) n. 1260 del 1999 (di seguito il “*Regolamento Generale*”); regolamento (CE) n. 1084/2006 del Consiglio dell'11 luglio 2006, che istituisce un Fondo di Coesione e abroga il regolamento (CE) n. 1164/94. I regolamenti sono pubblicati in *G.U.C.E.* L 210 del 31 luglio 2006. Tali regolamenti stanziavano 308 milioni di Euro per il periodo di programmazione relativo agli anni 2007-2013.

¹⁰³ A fronte dei processi di allargamento, le istituzioni comunitarie hanno storicamente incentrato i loro sforzi nel rafforzare le politiche di coesione. Successe nel 1975, quando l'ingresso dell'Irlanda, del Regno Unito e della Danimarca favorì la creazione del Fondo Regionale di Sviluppo e segnò l'avvio di un'azione comunitaria in materia. Fu così con la riforma del 1988, sancita dopo l'ingresso di Spagna e Portogallo, i cui principi sono, ancora oggi, alla base della politica regionale europea: e lo stesso avvenne nel 1993, quando all'ingresso di Austria, Svezia e Finlandia corrispose la creazione del Fondo di Coesione, in un'ottica di compensazione per i paesi più svantaggiati ed una maggiore attenzione alla dimensione nordica nell'intervento a favore dello sviluppo regionale. Vedi Manzella G.P., *op. cit.*, p. 534 e Wozniak Boyle J.R., *Conditional Leadership: the European Commission and European Regional Policy*, Lexington, Lanham, 2006.

¹⁰⁴ Riuniti nel marzo del 2000 a Lisbona, i capi di Stato e di governo dell'Unione Europea hanno lanciato l'obiettivo di fare dell'Europa “*l'economia basata sulla conoscenza più competitiva e dinamica del mondo*” entro il 2010. Da allora, le diverse misure da mettere in atto per raggiungere questo obiettivo hanno preso il nome di “*Strategia di Lisbona*”. A metà percorso, il Consiglio europeo del giugno 2005 ha manifestato insoddisfazione per i risultati raggiunti e deciso un rilancio della Strategia di Lisbona perfezionando le procedure di esecuzione e coinvolgendo più direttamente la Commissione nel perseguimento dell'obiettivo. In particolare, sono stati individuati due obiettivi centrali: la crescita economica e l'occupazione. In particolare, i Capi di Stato e di Governo hanno approvato gli Orientamenti integrati per la crescita e l'occupazione 2005-2008. Sulla base di questi orientamenti generali, ciascuno Stato membro è stato chiamato a redigere entro il 15 ottobre 2005 un Piano nazionale per la crescita e l'occupazione su base triennale (2005-2008), dove sono indicate le riforme e le altre misure di competenza nazionale necessarie ad avvicinarsi agli obiettivi della Strategia di Lisbona. La Commissione europea ha presentato il 20 luglio del 2005 il proprio piano comunitario per la crescita e l'occupazione, contenente le azioni di competenza dell'Unione. Successivamente, ogni Stato ha presentato i propri programmi nazionali. Sia il piano comunitario che i programmi nazionali convergono verso gli stessi obiettivi della Strategia di Lisbona. Nel 2008, il processo è ricominciato daccapo: nuovi orientamenti integrati, nuovi piani nazionali, nuovo piano comunitario, successivi rapporti nazionali e comunitari sullo stato di attuazione delle riforme - validi stavolta per il successivo triennio. Il Consiglio europeo di primavera 2008 ha dato avvio al nuovo ciclo della strategia (2008-2010) con un approccio di continuità, sia nelle linee guida, sia nelle aree prioritarie, e dando particolare enfasi all'attuazione delle politiche di

In tale contesto, i regolamenti adottati introducono alcuni elementi di innovazione rispetto alla disciplina precedente nell'ottica della semplificazione e del rispetto di un sistema di *multi-level governance*, in relazione sia ai principi¹⁰⁵, sia alle modalità di funzionamento dei fondi¹⁰⁶. Infatti, il più rilevante cambiamento, che dimostra la similitudine con l'azione svolta dalla Commissione in ambito concorrenziale, è la disciplina dell'attività di programmazione, che richiede la cooperazione tra il livello comunitario e quello nazionale.

Gli "*Orientamenti Strategici Comunitari*" che il Consiglio adotta tenendo conto degli indirizzi di massima per le politiche economiche e gli orientamenti per l'occupazione, da un lato, individuano le aree di intervento ritenute prioritarie per la Comunità e le linee guida per l'attività di competenza del livello nazionale¹⁰⁷. I "*Quadri di riferimento strategici nazionali*" con cui le amministrazioni statali precisano le proprie strategie di intervento, dall'altro, sono definiti assicurando "*la coerenza dell'intervento dei fondi con gli orientamenti strategici comunitari e identificando il collegamento con le priorità della Comunità*"¹⁰⁸, in cui sono stabilite le azioni da intraprendere per raggiungere le finalità di innovazione e integrazione economica previste dalla strategia di Lisbona¹⁰⁹. I programmi operativi nazionali e regionali, redatti in cooperazione con i

riforma. Per recenti commenti, vedi Spattini S., *La relazione annuale sui progressi nell'attuazione della Strategia di Lisbona*, in *Diritto delle Relazioni Industriali*, n. 2, 2006; e Bonini M., *Il rilancio della strategia di Lisbona fra ambizioni politiche, obiettivi economici e strumenti giuridici*, 2006.

¹⁰⁵ La nuova architettura della politica di coesione riduce gli obiettivi perseguiti dalle risorse comunitarie da sei a tre – Convergenza, Competitività regionale e Occupazione – che si caratterizzano per la loro maggiore tematicità. Le risorse destinate alla Convergenza sono dirette a sostenere la crescita e l'occupazione nelle aree meno sviluppate dell'Unione; quelle destinate alla Competitività sono volte a promuovere il cambiamento del tessuto del tessuto produttivo europeo confrontato alle sfide dell'economia globalizzata e attraverso i programmi di cooperazione territoriale, le risorse perverranno a progetti di cooperazione transfrontaliera, transnazionale e interregionale su questioni di importanza comunitaria. Inoltre diminuisce il numero degli strumenti finanziari che passano da cinque a tre – Fondo Europeo di Sviluppo Regionale, Fondo Sociale Europeo e un Fondo di Coesione sempre più integrato quanto a disciplina e modalità di funzionamento nel meccanismo dei fondi strutturali. Fuoriescono dal perimetro della coesione, le c.d. "Iniziativa Comunitarie", attraverso le quali la Commissione aveva mantenuto un proprio ambito di attività riservato, oramai comprese nei programmi nazionali.

¹⁰⁶ Vedi anche Bache I., *Multilevel Governance and European Union Regional Policy*, in Bache I., Flinders M. (a cura di), *Multi-level Governance*, Oxford University Press, Oxford, 2004.

¹⁰⁷ Vedi la proposta della Commissione del 5 luglio 2005, Politica a sostegno della crescita e dell'occupazione: linee guida della strategia comunitaria per il periodo 2007-2013 (COM (2005) 299 def., e per un commento sulla proposta vedi Manzella G.P., *Una politica di coesione per sostenere la crescita e l'occupazione*, in *Giornale di Diritto Amministrativo*, n. 9/05, p. 989 ss.

¹⁰⁸ Articolo 27 del Regolamento Generale.

¹⁰⁹ Come sostiene Manzella G.P., *op. cit.*, p. 536, in un momento di crisi del governo dell'economia comunitaria, il sistema di gestione decentrato dei fondi strutturali è ritenuto maggiormente capace di assicurare sinergie tra gli obiettivi politici globali della politica di Lisbona e la variegata realtà regionale. Lo stesso Autore definisce tale orientamento come "*lisbonizzazione*" della politica di coesione. Alla

diversi livelli amministrativi, parti sociali e “ogni altro organismo appropriato in rappresentanza della società civile”¹¹⁰, e chiamati a dare attuazione ai predetti quadri, recepiscono gli orientamenti strategici assicurando la coerenza tra priorità comunitarie, nazionali e regionali.

Nel contesto della cooperazione politica tra istanze comunitarie e istanze nazionali, la Commissione, dunque, rafforza il suo ruolo di orientamento e coordinamento della attività svolta dalle amministrazioni decentrate: essa propone infatti gli Orientamenti strategici “in stretta cooperazione”¹¹¹ con gli Stati membri e ognuno di questi elabora il proprio piano strategico in dialogo con la Commissione, in modo da garantire un approccio comune¹¹². Tale attività si sostanzia, perciò, in un affiancamento da parte della Commissione delle autorità amministrative nazionali e che prevede forme d'intervento di quest'ultima, dirette ad assicurare la coerenza tra i diversi atti di programmazione.

A tale cooperazione si accompagna anche un assetto maggiormente decentrato dell'attuale organizzazione dell'azione in materia di fondi strutturali. Se si esclude, infatti, come si è visto, l'attività di indirizzo strategico, in cui la Commissione detiene un ruolo primario, nello schema definito dai regolamenti, l'amministrazione comunitaria si limita essenzialmente a fissare i criteri, organizzativi e funzionali, di

tradizionale finalità di stampo redistributivo si affianca dunque quella di sostegno alla competitività, con l'esplicito avvalimento della politica regionale per le finalità della politica economica europea. Ed in effetti esplicita, in questo senso, è la relazione di accompagnamento alla proposta del regolamento recante disposizioni generali sul Fondo di Coesione (COM (2004) 492 def. del 14 luglio 2004), laddove la Commissione sostiene che “la politica di coesione deve essere considerata parte integrante della strategia di Lisbona [...] . In altre parole, la politica di coesione deve essere integrata negli obiettivi di Lisbona e Göteborg e diventare un mezzo strategico per la loro realizzazione tramite programmi di sviluppo nazionali e regionali”. Le modalità con le quali la disciplina si inserisce nel processo di Lisbona sono indicate agli articoli 29 ss. del Regolamento Generale. Le norme, infatti, prevedono diversi obblighi informativi tra loro collegati. Vi è in primo luogo, l'obbligo di ciascuno Stato membro di inserire nel rapporto di attuazione del proprio programma nazionale di riforma una sezione in cui si esamina il contributo dei Fondi Strutturali alla realizzazione degli obiettivi di tale atto di programmazione: le modalità con cui i programmi operativi contribuiscono agli obiettivi di Lisbona, i risultati ottenuti e lo stato di avanzamento finanziario. Sulla base della informativa predisposta dal livello nazionale, la Commissione dovrà redigere una relazione, inserita nel rapporto annuale di avanzamento da presentare al Consiglio e presentata per la prima volta nel febbraio del 2008, in cui sono sintetizzati i rapporti degli Stati membri.

¹¹⁰ Articolo 32 del Regolamento Generale.

¹¹¹ Confronta Articolo 11, co.1, del regolamento 1/03, dove si afferma che “La Commissione e le autorità garanti della concorrenza degli Stati membri applicano le regole di concorrenza comunitarie in stretta collaborazione”.

¹¹² Articolo 26 del Regolamento Generale, per la cooperazione con le amministrazioni per la definizione degli orientamenti strategici comunitari e articolo 28, co. 1, per le modalità di elaborazione congiunta del quadro di riferimento strategico nazionale.

attività degli organi nazionali, a stabilirne gli obblighi informativi ed a verificare il rispetto degli uni e degli altri da parte di questi.

Così, per quel che concerne l'attività di distribuzione (gestione, certificazione e controllo), essa si limita a svolgere (i) un'attività di accertamento - *ex ante* - diretta a verificare il rispetto, a livello nazionale, delle prescrizioni stabilite in materia organizzativa, (ii) un esame in corso d'opera sull'avanzamento dell'attività di distribuzione delle risorse finanziarie, (iii) una cooperazione continuativa con gli organi degli Stati membri deputati alla gestione di tali risorse, (iv) una potestà di controllo, in casi residuali e (v) una potestà di sanzione che può essere esercitata al momento in cui vi siano dubbi sul corretto funzionamento dei sistemi di gestione e controllo nazionali¹¹³.

Per quel che riguarda invece le amministrazioni nazionali, lo schema organizzativo attribuisce loro funzioni di natura esecutiva con ambito di operatività mobile, grazie ad un' incisiva applicazione del principio di proporzionalità¹¹⁴. Tale criterio, infatti, limita l'intervento della Commissione laddove questo non si riveli necessario per l'entità del programma ovvero della dimensione della partecipazione finanziaria comunitaria¹¹⁵.

Inoltre, altri profili mostrano una particolare attenzione verso gli interessi degli Stati membri: il riconoscimento della titolarità piena delle amministrazioni nazionali per quel che concerne l'ammissibilità delle spese¹¹⁶, una presenza affievolita della Commissione nell'ambito dei comitati di sorveglianza deputati a vigilare sull'attuazione dei programmi operativi¹¹⁷, il riconoscimento di un margine di manovra dello Stato membro nella gestione delle risorse e, infine, l'introduzione di una riserva nazionale per imprevisti, con cui si è voluta attribuire maggiore flessibilità alle amministrazioni che si trovino dinanzi a situazioni di crisi, locali o settoriali¹¹⁸.

¹¹³ Sull'attività della Commissione si vedano in particolare gli articoli 58 ss. del Regolamento Generale.

¹¹⁴ Articolo 13 del Regolamento Generale.

¹¹⁵ A titolo esemplificativo, in relazione all'attività di controllo, si prevede che, nel caso in cui il programma superi i 750 milioni di euro e la partecipazione finanziaria dell'Unione non oltrepassi il 40%, si possa far ricorso ad una procedura semplificata e lo Stato membro possa svolgere le attività di gestione, certificazione e controllo secondo le norme nazionali (vedi articolo 74, co. 2, del Regolamento Generale).

¹¹⁶ Articolo 56, co. 4, del Regolamento Generale.

¹¹⁷ Articolo 64, co. 2, del Regolamento Generale che prevede la facoltà della Commissione di partecipare ai lavori del Comitato a titolo di consultivo; l'articolo 35, co. 2 del precedente regolamento (CE) 1260/99 prevedeva la partecipazione necessaria ai lavori del comitato di un rappresentante della Commissione. Confronta anche la disciplina del Comitato Consultivo in materia di concorrenza di cui all'articolo 14 del regolamento 1/03.

¹¹⁸ Articolo 50 del Regolamento Generale.

2.7.2. Alcune considerazioni sul parallelo sviluppo del decentramento nelle politiche di coesione e in materia *antitrust*

Alla luce di quanto detto, non vi è dubbio che le modifiche introdotte nella materia delle politiche di coesione abbiano elementi comuni con la disciplina introdotta nel maggio 2004 per la politica *antitrust*. Entrambe, infatti, garantiscono una più spiccata caratterizzazione strategica dell'attività della Commissione, un riconoscimento di spazi negoziali maggiori nei rapporti tra le diverse amministrazioni e accresciute titolarità a livello nazionale e regionale rispetto a quello comunitario. La struttura organizzativa definita dai regolamenti qui analizzati e dal regolamento 1/03 con un disegno che è “*al contempo, centralista e federalista*”¹¹⁹, apre diverse questioni attuative.

Da un lato, infatti, per quel che concerne il profilo di ispirazione centralista, la questione riguarda la tenuta della catena amministrativa, nel concreto operare istituzionale, tra i diversi livelli di governo che si prevede sia assicurata dalla coerenza con la definizione degli indirizzi e orientamenti in ambito comunitario. Dall'altro lato, per quanto concerne l'impostazione decentrata, preoccupazioni potrebbero derivare dalla differenza di organizzazione tra le varie amministrazioni decentrate.

In relazione ad entrambe le problematiche, la soluzione prospettata dalla normativa sia in ambito di politiche di coesione, sia in ambito di concorrenza, è affidata alla cooperazione istituzionale e alla convergenza delle disposizioni nazionali con quelle comunitarie.

Tutto ciò sembra collocarsi perfettamente nel processo di “*democratizzazione*” dei modelli decisionali propri dell'ordinamento comunitario e della sussidiarietà, che sancisce appunto l'adesione della Comunità ad un'impostazione metodologica più democratica nel riparto delle competenze.

3. L'applicazione diretta della normativa comunitaria *antitrust* negli Stati membri e la convergenza tra normativa nazionale e normativa comunitaria

¹¹⁹ Manzella G.P., *op. cit.*, p. 560.

Il sistema di applicazione delle norme *antitrust* nel processo di decentramento sin qui descritto trova completamente necessario nel principio di eccezione legale. L'eliminazione della notifica preventiva delle intese per l'esenzione e la possibilità per le imprese di porre in essere direttamente la pratica che rispetti i requisiti di cui all'articolo 81, paragrafo 3, TCE, rappresenta il secondo aspetto fondamentale della riforma introdotta con il regolamento 1/03 e, come sarà di seguito nel dettaglio analizzato, ben si coordina con l'esplicito conferimento alle Autorità nazionali di maggiori poteri in ambito *antitrust*.

Tale sistema, però, non elimina del tutto le problematiche relative alla attuazione tra diversi Stati membri della normativa comunitaria e al coordinamento tra questa e la normativa interna. Perciò l'analisi del regolamento 1/03 e della prassi attuativa che seguirà nei successivi paragrafi, prenderà in considerazione i principi del coordinamento normativo, oltre che di quello istituzionale, alla luce dell'esigenza di convergenza per l'efficacia e l'uniforme applicazione delle norme *antitrust* da parte degli Stati membri e della Commissione.

3.1. Il principio di eccezione legale, ultimo stadio nel processo di decentramento dell'applicazione delle regole comunitarie *antitrust*

Ai sensi dell'articolo 1, paragrafo 2, del regolamento 1/03 le intese che soddisfano le condizioni di cui al terzo paragrafo dell'articolo 81 sono valide sin dalla loro costituzione¹²⁰ e sino a quando la loro realizzazione non muti, senza che occorra una preventiva decisione in tal senso. Il *favor validitatis*, nel rispetto dei requisiti, è la *ratio* ispiratrice della norma¹²¹. Il regime di eccezione legale, che pone fine al monopolio

¹²⁰ Come evidenzia Idiot L., *op. cit.*, Bruxelles, 2004, p. 7, in diritto francese il sistema di eccezione legale già esisteva e comportava nella persecuzione delle condotte vietate un'attenuazione sensibile del principio di interdizione/esenzione. L'articolo L. 420-4-I 2° "*est rarement invoqué et encore moins appliqué, le Conseil de la Concurrence raisonnant per économie et ayant recours très facilement à une règle de raison*". Vedi Blaise J.B., *L'utilisation de la règle de raison en droit interne de la concurrence*, in *Le droit de l'entreprise dans ses relations externes au fin du XX siècle, Melanges à l'honneur de Cl. Champaud*, Paris, Dalloz, 1997, p. 85. Per un recente bilancio, Riffault – Silk J., *La réforme du règlement 17: vers une nouvelle mise en oeuvre des article 81 e 82 CE. La jurisprudence de l'exception legale française: quel model pour l'application des nouvelles règles communautaires?*, in *J.C.P., éd. E, Suppl. Cah. Dr. Int.*, 3/2004.

¹²¹ Nascimbene B., *Articolo 1 – Applicazione degli articoli 81 e 82 del trattato*, in Adinolfi A., Daniele L., Nascimbene B., Amedeo S., *op. cit.*, p. 20. Allo stesso modo, e senza la previsione di una deroga al divieto, "*lo sfruttamento abusivo di una posizione dominante ai sensi dell'articolo 82 del trattato è vietato, senza che occorra una previa decisione in tal senso*".

della Commissione nella concessione dell'esenzione, estende alle Autorità amministrative della concorrenza e alle giurisdizioni nazionali la competenza a valutare la compatibilità di un accordo con l'articolo 81, paragrafo 3¹²², TCE.

In tal modo, viene meno l'ultimo ostacolo alla realizzazione del decentramento amministrativo. La Commissione, infatti, già da tempo favoriva l'attuazione decentrata delle regole comunitarie della concorrenza attraverso una delega di competenze, operata per sua volontà ed iniziativa e nelle modalità stabilite dalla stessa istituzione nel rispetto del principio di sussidiarietà (interpretato secondo i termini prima indicati). Al contempo, inoltre, la Commissione incoraggiava uno stretto coordinamento e, ancor più, una vera e propria integrazione dal punto di vista funzionale tra il sistema nazionale e quello comunitario, alla luce della leale collaborazione cui sono tenuti gli Stati membri e la stessa istituzione centrale nell'attuazione congiunta delle norme del Trattato. Di fatto, la Commissione e le Autorità nazionali (amministrative e giudiziarie), alla luce delle norme del regolamento 1/03, agiscono in stretta connessione, sia per assicurare un raccordo tra il momento della decisione e quello della esecuzione, sia perché l'attività dell'una risulta necessaria per gli altri¹²³. Invero, *“nella materia in parola il decentramento in favore delle Autorità nazionali ha gradualmente comportato una collaborazione rafforzata di strutture e di strumenti destinati a dare concretezza ed operatività ai valori giuridici dei due ordinamenti”*¹²⁴.

Secondo tale ricostruzione dello sviluppo del sistema di applicazione delle norme comunitarie, e sulla base del fatto che gli articoli 81 e 82 TCE sono norme direttamente applicabili e dotate di efficacia diretta¹²⁵, la dottrina ha evidenziato il carattere del processo di decentramento in termini di *“normalizzazione”* delle procedure di attuazione

¹²² Come è stato osservato, la scelta di un regime autorizzatorio piuttosto che un regime di eccezione legale risponde a scelte di politica economica; in particolare, Pace L.F., *I fondamenti ...*, *op.cit.*, p. 226 evidenzia come la distinzione tra i due contrapposti sistemi si sostanzia nel diverso ruolo attribuito all'autorità pubblica di controllo dell'applicazione delle regole *antitrust*. Per ragioni diverse correlate, sostanzialmente, al contesto storico nel quale le normative sono state adottate, i due regolamenti di attuazione delle regole di concorrenza abbracciano due scelte opposte in relazione all'applicazione dell'articolo 81, paragrafo 3: in particolare, la politica della concorrenza veniva condotta dalla Commissione verso scelte ben precise con l'incarico esclusivo della concessione dell'esenzione.

¹²³ De Pasquale P., *op. cit.* p. 1576.

¹²⁴ Tizzano A., *op. cit.*, p. 33 e ss.

¹²⁵ Secondo Tesaro G., *op. cit.*, p. 16, In particolare, in relazione all'articolo 81, paragrafo 3, la competenza esclusiva della sua applicazione in capo alla Commissione ai sensi del regolamento 17/62 non impediva che tale norma fosse dotata di effetto diretto. Qualora però l'impresa convenuta dinanzi alla giurisdizione nazionale o all'autorità amministrativa avesse opposto di aver notificato l'accordo alla Commissione nelle more del giudizio o dell'indagine, il giudice o l'autorità amministrativa avrebbero dovuto sospendere il giudizio o il procedimento in attesa della decisione della Commissione.

delle regole comunitarie *antitrust*, piuttosto che in termini di vera e propria innovazione¹²⁶. Il nuovo regolamento 1/03 avrebbe semplicemente voluto sottolineare la diretta applicabilità degli articoli 81 e 82, nonostante amministratori e giudici nazionali siano sempre stati a conoscenza della possibilità di applicare direttamente tali norme, così come ripetutamente affermato dalla Corte di Giustizia e dal Tribunale di primo grado. Secondo la giurisprudenza, infatti, le norme del Trattato hanno efficacia diretta all'interno degli Stati membri e tra esse si collocano *in primis* le disposizioni contenute negli articoli in esame. Tali norme perciò conferiscono ai singoli diritti che i giudici debbono tutelare con gli strumenti apprestati dall'ordinamento interno per garantire l'osservanza del loro diritto nazionale¹²⁷.

3.2. Il coordinamento tra normativa interna e normativa comunitaria in materia di concorrenza nel sistema decentrato delle competenze parallele

¹²⁶ Vedi Tesaro G., *La riforma del diritto antitrust*, in Raffaelli E. A., (a cura di), *op. cit.*, 2005, p. 15, secondo il quale “*per alcuni aspetti è rinvenibile un effetto di evoluzione nella stessa normalizzazione del settore della concorrenza rispetto a tutti gli altri settori del diritto comunitario. Il sistema comunitario, meglio il sistema giuridico comunitario, infatti, è fondato sul decentramento in quanto le norme comunitarie sono in massima parte applicate da istituzioni e giudici nazionali. A titolo esemplificativo, si pensi alla libera circolazione dei prodotti e dei fattori della produzione: in tale settore il mercato unico è necessariamente realizzato e tutelato in sede decentrata. Diversamente le norme sulla concorrenza sino alla riforma del 2004 costituivano un’eccezione rispetto alle altre norme comunitarie in quanto l’art 81, paragrafo 3 riservava un ruolo monopolistico alla Commissione in tema di applicazione delle norme a tutela della concorrenza*”. Secondo l’Autore, da tale punto di vista, la riforma ha comportato un’evoluzione, introducendo “*la normalizzazione delle norme di concorrenza rispetto al sistema comunitario complessivamente considerato*”. Vedi anche Pera A., Falce V., *The Modernisation of the EC Competition Law and the Role of National Competition Authorities – Revolution or Evolution?*, in *Diritto dell’Unione Europea*, 2-3/2003, www.gop.it; diversamente invece vedi Fattori P., Todino M., *La disciplina della concorrenza in Italia*, Bologna, il Mulino, 2004, p. 324, secondo cui si tratta di “*un profondo cambiamento nella ripartizione delle funzioni di applicazione delle regole comunitarie della concorrenza, posto che la Commissione rinuncia al proprio monopolio in merito alla concessione dell’esenzione di cui all’articolo 81, paragrafo 3, rimuovendo uno dei maggiori ostacoli all’applicazione decentrata*”.

¹²⁷ Corte di Giustizia, sentenza del 30 gennaio 1974, *BRT c. Sabam*, C 127/73, in *Racc.* 1974, p. 51 e ss., che sviluppa principi già enunciati in precedenti sentenze (sentenza del 6 febbraio 1973, *Brasserie de Haecht II*, C 48/72, in *Racc.*, 1973, p. 77 e ss., e sentenza del 5 febbraio 1993, *Van Gend en Loos*, C-26/62, in *Racc.*, 1963, p. 1 e ss.) in relazione alla competenza del giudice nazionale il cui ruolo resta quello di proteggere i diritti soggettivi dei cittadini europei derivanti direttamente dall'ordinamento comunitario attraverso l'applicazione delle regole di concorrenza nelle controversie tra le parti (controversie negoziali) o tra le parti ed un terzo (controversie extraneoziali). Vedi anche Corte di Giustizia, sentenza del 30 aprile 1974, *Sacchi*, C- 155/73, in *Racc.* p. 409; sentenza del 28 febbraio 1991, *Delimitis*, C-234/89, in *Racc.* p. I-935. Vedi Sciuffi M., *I riflessi ordinamentali ed organizzativi del Regolamento comunitario n. 1/2003 sulla concorrenza*, in *Il Corriere Giuridico*, 1/2004, p. 123 e ss., Porchia O., *L'applicazione degli articoli 85-86 del trattato CE da parte dell'autorità garante della concorrenza e del mercato*, in *Il Diritto del commercio internazionale*, 1995, fasc. 3-4 , p. 839 e ss.

Sino all'adozione del regolamento 1/03, il Consiglio non si era avvalso del potere di disciplinare il rapporto tra normativa comunitaria relativa all'applicazione degli articoli 81 e 82 TCE e le normative nazionali, come previsto dall'articolo 83, lett. e)¹²⁸.

Nella vigenza del precedente regolamento 17/62, la sentenza *Walt Wilhelm* aveva sancito il principio per cui una fattispecie rientrante nell'ambito di applicazione degli articoli 81 e 82 non fosse per questo sottratta all'applicazione delle legislazioni nazionali in materia di concorrenza. Nel caso di applicazione parallela del diritto comunitario e del diritto nazionale a una medesima fattispecie sottoposta all'esame di un'Autorità o giudice interno e di contrasto delle due normative valeva la regola giurisprudenziale del primato del diritto comunitario. La Corte, infatti, affermava che, finché un regolamento adottato in forza dell'articolo 83, lett. e), TCE non avesse disposto diversamente, *“nulla osta a che le Autorità nazionali [amministrative o giudiziarie] instaurino un procedimento nei confronti di un'intesa, secondo il loro diritto nazionale, anche qualora la Commissione stia già esaminando la posizione della stessa intesa sotto il profilo del diritto comunitario, restando inteso che il procedimento parallelo dinanzi alle Autorità nazionali non può pregiudicare la piena ed uniforme applicazione del diritto comunitario né l'efficacia degli atti adottati in esecuzione dello stesso”*¹²⁹.

Non era chiaro, però, se a tale applicazione parallela potessero o dovessero procedere le Autorità o le giurisdizioni nazionali in assenza di intervento della Commissione¹³⁰. Infatti, quanto alle giurisdizioni nazionali, l'applicabilità diretta delle norme comunitarie e la necessità di tutelare i diritti dei singoli imponeva alle stesse di applicare la normativa comunitaria nell'ambito dei giudizi di loro competenza anche a fattispecie soggette alla legislazione nazionale, fermo restando il rischio di sospensione del

¹²⁸ L'articolo 83, paragrafo 2, TCE, prevede alla lettera e), che il Consiglio possa adottare regolamenti o direttive per l'applicazione dei principi di cui agli articoli 81 e 82 TCE, al fine di *“definire i rapporti tra le legislazioni nazionali, da una parte, e, dall'altra, le disposizioni della presente sezione nonché le disposizioni adottate in applicazione del presente articolo”*.

¹²⁹ Corte di giustizia, sentenza del 13 febbraio 1969, C-14/68, *Walt Wilhelm*, in *Racc.*, 1969, p.1, punto 9. Nella sentenza la Corte argomentava che *“la forza vincolante del trattato e degli atti adottati in applicazione delle sue norme non potrebbe variare a seconda degli Stati per effetto di atti interni senza compromettere il funzionamento del sistema e mettere a repentaglio il conseguimento degli scopi del Trattato. Perciò i conflitti tra norma comunitaria e norma interna in materia di intese vanno risolti applicando il principio del primato del diritto comunitario”*. Vedi anche sentenza del 10 luglio 1980, *Giry e Guerlain*, 253/78 e 1-3/79, in *Racc.*, p. 2327.

¹³⁰ Daniele L., *Articolo 3 – Rapporto tra articoli 81 e 82 e le legislazioni nazionali in materia di concorrenza*, in Adinolfi A., Daniele L., Nascimbene B., Amedeo S., *op. cit.*, p. 28 e ss.;

procedimento in presenza di richiesta di esenzione da parte delle imprese alla Commissione, in relazione alla fattispecie in esame del giudice nazionale.

In relazione alle Autorità nazionali, l'articolo 9, paragrafo 3, del regolamento 17/62 riconosceva tale competenza delle stesse finché la Commissione non avesse iniziato la procedura sulla medesima fattispecie, senza però distinguere se il caso fosse soggetto alle sole norme comunitarie o anche alle norme nazionali in materia di concorrenza¹³¹. Tuttavia, poiché né tale articolo 9, né la Comunicazione del 1997 imponevano alle Autorità nazionali l'applicazione parallela delle due normative, queste ultime erano lasciate libere di scegliere se applicare l'una o l'altra od eventualmente entrambe le normative allo stesso tempo¹³².

Di fatto, le Autorità hanno sino alla riforma proceduto in forza della sola legislazione nazionale¹³³. Secondo alcuni, la ragione di ciò si rinviene nel fatto che la maggior parte delle legislazioni nazionali non prevedeva il potere di applicare direttamente la

¹³¹ La Comunicazione della Commissione concernente la cooperazione tra la Commissione e le Autorità nazionali per l'esame dei casi disciplinati dagli articoli 85 e 86 TCE (ora 81 e 82) del 1997, riconosceva perciò alle Autorità il potere di applicare gli articoli 81 e 82 finché la Commissione non avesse aperto un procedimento in merito alla medesima fattispecie, eventualmente in combinazione anche con la legislazione nazionale.

¹³² Come osservano Fattori P., Todino M., *La disciplina della concorrenza in Italia*, Bologna, il Mulino, 2004, p. 324, l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (di seguito "AGCM") ha applicato l'articolo 81, paragrafo 1 TCE per censurare intese manifestamente anti-concorrenziali non suscettibili di beneficiare di un'esenzione o ha sanzionato abusi di posizione dominante ai sensi dell'articolo 82. A titolo esemplificativo, AGCM del 13 luglio 2000, *Consorzio Industrie Fiammiferi*, in *Boll.* n. 28/2000 e per fattispecie di abusi, AGCM del 9 aprile 1999, *Unapace/Enel*, in *Boll.*, n. 13-14/1999 e AGCM del 14 giugno 2000, *Stream/Telepiù*, in *Boll.*, n. 23/2000.

¹³³ Nell'ordinamento italiano, il legislatore ha conferito all'Autorità la titolarità ad applicare gli articoli 81 e 82 del Trattato con la legge comunitaria del 1994, il cui articolo 54 così recita "*L'Autorità [...] applica gli articoli 85 e 86 del Trattato istitutivo della Comunità Europea, utilizzando i poteri ed agendo secondo le procedure di cui al titolo II, capo II, della legge 287/90*". Sino ad oggi il coordinamento tra normativa comunitaria e normativa interna non ha posto grossi problemi di coordinamento in quanto il nostro legislatore ha formalmente definito il campo di applicazione della legge 287/90 residualmente rispetto a quello comunitario, così come emerge dall'articolo 1.1. della legge 287/90, optando in buona sostanza per il principio della barriera unica. In tal modo è esclusa l'applicazione della normativa *antitrust* interna a quelle fattispecie che, pur esplicando effetti restrittivi della concorrenza sul mercato nazionale sono soggette all'applicazione del diritto comunitario *antitrust*. Come è stato osservato da Tizzano, *op. cit.*, nella legge 287/90 il legislatore nazionale ha recepito un principio di "*sussidiarietà rovesciata*" secondo cui le disposizioni interne si applicano solo nella misura in cui le omologhe norme comunitarie risultano inapplicabili. Come riporta Todino, *op. cit.*, p. 18, prima ancora del riconoscimento del potere di applicare gli articoli 81 e 82, l'Autorità non ha mai definito i rapporti tra disciplina interna e disciplina comunitaria con riferimento agli ambiti applicativi delle due normative, ma ha preferito ricorrere al criterio del coordinamento procedurale ricavato dall'articolo 1, co. 3 della legge 287/90, secondo cui l'Autorità è sempre competente a conoscere di una fattispecie applicando la normativa interna, a meno che la Commissione abbia già inviato un procedimento ex articoli 85 e 86 (ora 81 e 82), avente ad oggetto la stessa fattispecie. In tal modo l'Autorità ha potuto ricavarsi ambiti di operatività più ampi possibili per l'applicazione della sola normativa interna preferendo ricorrere ad un mero criterio di coordinamento procedurale che le permettesse di intervenire indistintamente su tutti i casi di rilevanza nazionale, compresi quelli astrattamente assoggettabili agli articoli 81 e 82.

normativa comunitaria in capo alle proprie Autorità. Tale osservazione, però, si piega facilmente all'obiezione che la diretta applicabilità delle norme *antitrust* CE da parte degli Stati membri e la diretta efficacia delle stesse nei rapporti tra i privati fosse stata dalla giurisprudenza più volte riconosciuta, insieme al potere di disapplicare la normativa interna che fosse contrastante con il diritto comunitario (sentenza *CIF*¹³⁴). Piuttosto, l'ulteriore e più significativa ragione della prassi delle Autorità nazionali sino all'entrata in vigore del regolamento 1/03, è stata ravvisata in elementi di carattere procedurale, e, in particolare, nel rischio che l'azione delle stesse potesse essere bloccata o sospesa dalla Commissione a seguito della notifica dell'intesa da parte degli interessati ai sensi dell'articolo 4, paragrafo 1, del regolamento 17/62¹³⁵.

3.2.1. Il potere di disapplicare la normativa interna contrastante con la normativa comunitaria da parte delle Autorità nazionali secondo la Corte di Giustizia (Sentenza *Cif*)

Ancora prima dell'entrata in vigore del regolamento 1/03, la Corte di Giustizia, nella sentenza del 9 settembre 2003, *Consorzio Industrie Fiammiferi* (la c.d. sentenza *CIF*)¹³⁶, ha ribadito la competenza diretta a disapplicare le normative nazionali *antitrust* contrastanti con il diritto comunitario delle Autorità nazionali della concorrenza, nell'ambito della più generale tutela dei consumatori e dell'interesse pubblico a che la concorrenza non sia falsata nel mercato rilevante. Benché la sentenza abbia suscitato grande e meritata attenzione, i punti fondamentali in essa affermati non sono nuovi. Il

¹³⁴ Vedi paragrafo 3.2.2.

¹³⁵ Wils W.P.J., *Community Report*, in Cahill D (ed.), *The Modernisation of EU Competition Law Enforcement in the EU: FIDE 2004 National Reports*, Cambridge, 2004, p. 679 e ss. Inoltre, come osserva Todino, *op. cit.*, p. 19, nel nostro ordinamento l'applicazione della sola normativa nazionale ha consentito di non mettere in dubbio l'uniforme applicazione del diritto comunitario della concorrenza, attesa la coincidenza materiale delle norme nazionali rispetto a quelle comunitarie, nonché l'obbligo di interpretare le norme della legge in base ai principi comunitari in materia di concorrenza.

¹³⁶ Corte di Giustizia, sentenza del 9 settembre 2003, C 198/01, *Consorzio Industrie Fiammiferi (CIF) e Autorità Garante della concorrenza e del mercato*, in *Racc.*, 2003, I – 8055 (di seguito, sentenza *CIF*). Per un commento alla sentenza *CIF*, vedi S. Cassese, *Il diritto comunitario della concorrenza prevale sul diritto amministrativo nazionale*, M. Libertini, *La disapplicazione delle norme contrastanti con il principio comunitario di tutela della concorrenza*, G. Napoletano, *Il diritto della concorrenza svela le ambiguità della regolamentazione amministrativa*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 11/2003, rispettivamente, 1129 e ss., 1135 e ss. e 1132 e ss.; De Pasquale P., *CIF: l'applicazione al caso di specie dei principi consolidati potenzia il ruolo dell'AGCM*, in *Diritto Pubblico Comparato ed Europeo*, 1/2004, 449 e ss.

principio della disapplicazione delle norme interne contrastanti con il diritto comunitario è stato sancito dalla Corte di Giustizia e da lungo tempo pacificamente ammesso dalla Corte Costituzionale.

In ogni caso, nel processo di decentramento dell'applicazione del diritto *antitrust*, la riaffermazione del potere di disapplicare direttamente la normativa *antitrust* e l'indicazione delle sue regole di attuazione, appare particolarmente significativo.

In particolare, come afferma la Corte, poiché le Autorità sono incaricate della missione di tutelare la corretta applicazione delle norme *antitrust* comunitarie negli Stati membri, *"l'effetto utile delle norme comunitarie sarebbe affievolito se, nell'ambito di un'inchiesta sul comportamento delle imprese ai sensi dell'articolo 81 TCE, la stessa Autorità non potesse accertare se una misura nazionale sia in contrasto con il combinato disposto dell'articolo 10 e 81 TCE e se, conseguentemente, non la disapplicasse"*¹³⁷. Gli articoli 81 e 82 in combinato disposto con l'articolo 10 (*i.e.* il principio di leale collaborazione tra Stati Membri e più, in generale, nella Comunità), e l'articolo 4, paragrafo 1 (*i.e.* il rispetto del principio di un'economia di mercato e in libera concorrenza da parte degli Stati membri nell'ambito della loro politica economica), obbligano, infatti, gli Stati membri a non adottare o mantenere in vigore provvedimenti, anche di natura legislativa o regolamentare, idonei ad eliminare l'effetto utile delle regole di concorrenza applicabili alle imprese¹³⁸. Il principio del primato del diritto comunitario esige che sia disapplicata qualsiasi disposizione nazionale

¹³⁷ Paragrafo 50 della Sentenza CIF. Secondo Libertini M., *op. cit.*, p. 1135, il merito della sentenza sta nell'aver applicato principi noti (relativi alla primato del diritto comunitario e al potere di disapplicare le norme nazionali contrastanti con le norme comunitarie) a regolamentazioni amministrative "*minori*" *i.e.* settori che non sono stati colpiti da normative proconcorrenziali sotto l'egida dell'articolo 86 TCE (telecomunicazioni, energia, poste, ferrovie). Nel caso in esame la disciplina del mercato dei fiammiferi, introdotta con regio decreto 11 marzo 1923 n. 560 e successivamente modificata, si poneva in contrasto con l'ordinamento comunitario per tre ordini di ragioni: l'istituzione di un consorzio di fiammiferi, fino al 1993, obbligatorio; la determinazione autoritativa del prezzo di vendita con provvedimento del Ministero delle Finanze; la ripartizione delle quote di produzione da parte di una commissione composta da rappresentanti delle imprese consorziate e presieduta da un funzionario dell'amministrazione dei Monopoli di Stato.

¹³⁸ Cfr. fra le tante, Corte di Giustizia, sentenza del 16 novembre 1977, *G.B. – Inno – B.M. contro Atab*, C – 13/77, in *Racc* 1977, p. 2115 e ss.; Corte di Giustizia, sentenza del 10 gennaio 1985, *Leclerc e a. contro "Au blue vert" e a.*, C – 229/83, in *Racc.* 1985, p. 1 e ss.; Corte di Giustizia, sentenza del 21 settembre 1988, *Pascal Van Eycke contro Nv Aspa*, C – 267/86, in *Racc.* 1988, p. 4769 e ss., per un commento vedi Manzini P., *Antitrust Applicato, raccolta sistematica della giurisprudenza comunitaria*, Giappichelli, Torino, 2005, p. 505 e ss., vedi anche paragrafo 4.2.

confliggente con una norma comunitaria indipendentemente dal fatto che sia anteriore o posteriore a quest'ultima¹³⁹.

Oltre a tali affermazioni di principio, la Corte di Giustizia interviene in senso innovativo indicando la strada per risolvere il problema dell'esercizio dei poteri sia ordinatori (riconosciuti a mezzo della disapplicazione della normativa nazionale) che sanzionatori dell'Autorità nazionale. La Corte dispone che, se un comportamento è imposto all'impresa dal diritto nazionale, l'Autorità potrà constatare la violazione dell'articolo 81, disapplicare la legge nazionale e ordinare alle imprese di desistere dal loro comportamento. In particolare, come evidenzia la Corte, *“a partire da quel momento, le imprese non potranno più asserire di essere costrette da detta legge a violare le regole comunitarie della concorrenza. Il loro comportamento futuro sarà, quindi, passibile di sanzioni”*¹⁴⁰.

Qualora la normativa nazionale abbia sollecitato o facilitato l'adozione di comportamenti anticoncorrenziali autonomi da parte delle imprese, ma non anche imposto loro tali azioni, l'Autorità competente potrà, disapplicando la norma interna, anche imporre sanzioni in capo alle imprese per comportamenti anteriori alla decisione di disapplicazione¹⁴¹. Ma il livello della sanzione va considerato *“alla luce della circostanza attenuante costituita dal contesto giuridico interno”*¹⁴².

¹³⁹ Vedi innanzitutto Corte di Giustizia, sentenza del 9 marzo 1978, *Simmenthal*, C- 106/77, in *Racc.* p. 629 e ss.; sentenza del 5 marzo 1998, *Solred*, C-347/96, in *Racc.*, p. I-937; sentenza del 2001, *Larsy*, C-118/00, in *Racc.* p. I-5063; sentenza dell'8 giugno 2000, *Carra*, C-258/98, in *Racc.* p. I-4271; sentenza del 13 luglio 1972, *Commissione c. Italia*, C- 48/71, in *Racc.* p. 529; sentenza del 22 giugno 1989, *Costanzo*, C-103/88, in *Racc.* p. I-5063.

¹⁴⁰ Punto 56.

¹⁴¹ Vedi Cassese S., *op. cit.*, p. 1134.

¹⁴² Merita anche ricordare il percorso con il quale si è giunti a tale pronuncia. Con il provvedimento 13 luglio 2000, n. 8491, l'Autorità garante della concorrenza e del mercato (AGCM) aveva in sostanza riconosciuto che la costituzione e i compiti del Consorzio erano riconducibili alla normativa nazionale, ma che la ripartizione della produzione tra le imprese consorziate e il comportamento del consorzio sul mercato dipendevano o dalla discrezionalità dello stesso o da una sua scelta interamente libera. L'Autorità ha menzionato il suo potere di disapplicare la normativa nazionale ma non ne ha fatto uso. Inoltre, ha esercitato i suoi poteri di ordinare la cessazione di comportamenti solo per le restrizioni alla concorrenza che si aggiungevano a quelle derivanti dalle norme. Infine, non ha sanzionato i comportamenti imprenditoriali. Come sostiene Cassese S., *op. cit.*, p. 1134, *“la decisione dell'AGCM era ispirata a grande cautela. Si potrebbe dire anzi che non disapplicando la normativa nazionale non ha compiuto fino in fondo il proprio dovere”*. L'ordinanza del TAR Lazio, sez. I, del 24 gennaio 2001, n. 2919, ha affrontato il problema della articolare natura della disapplicazione del diritto nazionale nel caso di specie. Infatti, osserva il TAR, la disapplicazione delle norme nazionali è solamente in funzione della tutela dei diritti. In questo caso, è in funzione della repressione di una condotta in presenza di norme nazionali che impongono o favoriscono tale condotta di un'impresa. Inoltre il TAR si è chiesto come potesse sanzionarsi un comportamento in presenza di una copertura legislativa e della necessità di assicurare certezza del diritto.

La Corte ha, in tal modo, affrontato e risolto il problema della “*gestione della disapplicazione*”, individuando e regolando le due ipotesi della condotta imprenditoriale imposta e di quella semplicemente favorita dalle norme.

Nel rapporto tra diritto comunitario e diritto nazionale la sentenza ha inoltre consentito di superare un duplice ordine di problemi. Da un lato, ha indicato all’impresa i criteri della scelta se attenersi alla normativa nazionale, pur contrastante con quella comunitaria, oppure se disapplicarla volontariamente e autonomamente, e, dall’altro, ha consentito all’Autorità nazionale di coordinare i propri poteri ordinatori con quelli sanzionatori. Sino alla sentenza *CIF*, infatti, se massimi erano i poteri teorici dell’Autorità nazionale, tuttavia, i propri poteri sanzionatori della condotta dei privati erano limitati dalla possibilità che questi ultimi avevano di eccepire che la norma nazionale, non ancora disapplicata, aveva imposto o agevolato la condotta in violazione della concorrenza¹⁴³.

3.2.2. L’applicazione parallela della normativa comunitaria e nazionale

Nel sistema sin qui descritto, la modernizzazione ha fornito l’occasione per codificare l’applicazione parallela delle norme comunitarie e nazionali in tema di concorrenza e per confermare il primato del diritto comunitario sul diritto interno in caso di conflitto tra le due normative¹⁴⁴.

¹⁴³ Secondo quanto afferma Cassese S., *op. cit.*, p. 1134, la sentenza contiene alcune ambiguità, in particolare laddove stabilisce che “*l’Autorità nazionale può infliggere sanzioni alle imprese interessate per i loro comportamenti successivi alla decisione di disapplicare la normativa nazionale, una volta che quella decisione sia diventata definitiva nei loro confronti*”. Infatti se si legge questa frase alla luce delle conclusioni dell’avvocato generale Jacobs del 30 gennaio 2003, il conflitto tra la normativa nazionale e quella comunitaria sarebbe risolto soltanto con un accertamento definitivo del giudice nazionale, eventualmente a seguito di un rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia. Se dunque per decisione definitiva si attende la pronuncia del giudice, non sarebbe sufficiente la pronuncia delle Autorità volta a disapplicare il diritto nazionale. Di avviso diverso, maggiormente condivisibile, Napolitano G., *op. cit.*, p. 1138, il quale afferma che non bisogna attendere il pronunciamento ufficiale del giudice nazionale, in coerenza con le sentenze della Corte di Giustizia che consente l’applicazione e la disapplicazione diretta da parte degli organi dello Stato delle norme nazionali che eliminano l’effetto utile delle norme comunitarie. A questo punto il problema sarebbe piuttosto quello di trovare adeguate forme di pubblicità alla decisione di disapplicazione da parte della Autorità nazionale. Soltanto così sarebbe possibile garantire la conoscenza della misura e della sua opponibilità. L’Autore arriva addirittura a sostenere che, nel nostro ordinamento, il potere di segnalazione al Parlamento ex articolo 21 della legge 287/90, potrebbe addirittura piegarsi alla funzione di comunicare in via generale e preventiva la contrarietà alla concorrenza di determinate norme anche ai fini di eventuali e futuri procedimenti individuali.

¹⁴⁴ Assonime, *Modernizzazione...*, *op. cit.*, p. 11.

La proposta iniziale della Commissione disponeva l'esclusiva applicabilità del diritto comunitario della concorrenza qualora il caso in esame soddisfacesse il requisito del pregiudizio al commercio intracomunitario, ad esclusione delle legislazioni nazionali (la c.d. *teoria della barriera unica*¹⁴⁵). Tale soluzione, secondo la Commissione, avrebbe eliminato il rischio del mancato ricorso al diritto comunitario da parte delle Autorità nazionali e, al tempo stesso, risolto a monte ogni possibile contrasto tra l'applicazione del diritto comunitario e del diritto nazionale.

La proposta della Commissione non ha però trovato consenso in seno al Consiglio. Il regolamento 1/03, nella sua stesura definitiva, dispone, all'articolo 3, paragrafo 1, che "*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, paragrafo 1, del trattato che possano pregiudicare il commercio tra Stati membri ai sensi di detta disposizione, esse applicano anche l'articolo 81 del trattato a siffatti accordi, decisioni o pratiche concordate. Quando le Autorità garanti della concorrenza degli Stati membri o le giurisdizioni nazionali applicano la legislazione nazionale in materia di concorrenza agli sfruttamenti abusivi vietati dall'articolo 82 del trattato, esse applicano anche l'articolo 82 del trattato*".

La norma è suddivisa in due periodi successivi di contenuto identico, il primo relativo alle intese, il secondo relativo agli abusi di posizione dominate.

Tale disposizione si rivolge tanto alle Autorità quanto ai giudici nazionali¹⁴⁶ e impone loro un obbligo¹⁴⁷ di applicare anche gli articoli 81 e 82 a fattispecie che rientrano nel

¹⁴⁵ Daniele L., *Diritto del mercato unico europeo*, Giuffrè, Milano, 2006, p. 188; Humpe C., Bourgeois J.H.J., *The Commission's Draft «New Regulation 17»*, in *European Competition Law Review*, 2002, p. 43 e ss.; Lever J., *The German Monopolies Commission's Report on Problems Consequent upon the Reform of European Cartel Procedures*, in *European Competition Law Review*, 2002, p. 321 e ss.; Raffaelli E., Bellis J. F., *Diritto comunitario della concorrenza*, Giuffrè, Milano, 2006, p. 36; Pace L. F., *L'applicazione decentrata*, in Tosato G. L., Bellodi L. (a cura di), *op. cit.*, p. 234; Van Bael I., *A "Big Bang" in EC Antitrust Enforcement Procedure*, in Raffaelli E. A., (a cura di), *op. cit.*, p. 19 e ss. Inoltre, come osserva Tesoro G., *op. cit.*, p. 16, l'applicazione parallela delle norme comunitarie e nazionali dovrebbe indurre il legislatore italiano a riflettere sull'adeguamento della legge 287/90 al principio della doppia barriera.

¹⁴⁶ Come afferma Daniele L., *op. cit.*, p. 41, l'articolo 3, paragrafo 1, nell'indicare quali destinatari della norma sia le Autorità che le giurisdizioni nazionali, rappresenta un'eccezione nell'architettura del regolamento che dedica alle une e alle altre disposizioni diverse, anche per quanto riguarda il contenuto.

¹⁴⁷ E non una mera facoltà, come si deduce dal considerando 8 del regolamento 1/2003, laddove si afferma la necessità di "*imporre alle autorità garanti della concorrenza e alle giurisdizioni degli Stati membri di applicare anche gli articoli 81 e 82 del trattato allorché applicano il diritto nazionale in*

campo di applicazione tanto della normativa comunitaria *antitrust* quanto della normativa nazionale. Più precisamente, le Autorità e i giudici nazionali, qualora ritengano di dover applicare alla fattispecie sottoposta al loro esame, la normativa nazionale, devono applicare anche quella comunitaria, dando così ai propri provvedimenti un doppio fondamento giuridico¹⁴⁸.

Pertanto il c.d. *obbligo di applicazione parallela o congiunta* sussiste sia qualora una fattispecie sia qualificabile come intesa ex articolo 81, paragrafo 1 o sfruttamento abusivo di posizione dominante ex articolo 82¹⁴⁹, sia qualora una fattispecie sia tale ai sensi della legislazione nazionale in materia di concorrenza¹⁵⁰.

A ben vedere, però, ciò non significa che le Autorità garanti della concorrenza e i giudici nazionali siano chiamati ad applicare congiuntamente in ogni caso entrambe le normative: qualora il caso rientri nell'ambito di applicazione degli articoli 81 e 82, infatti, le Autorità e i giudici possono scegliere di volta in volta se applicare la legislazione nazionale anche parallelamente gli articoli 81 e 82, oppure se applicare esclusivamente la legislazione comunitaria. Viceversa, sono nulle in quanto contrarie all'articolo 3, paragrafo 1, del regolamento 1/03 le normative nazionali che impongono alle Autorità o ai giudici del proprio Stato membro di non applicare la normativa comunitaria in ragione del fatto che a tale fattispecie si applica la normativa interna¹⁵¹.

materia di concorrenza ad accordi e prassi che possono pregiudicare il commercio tra Stati membri" al fine assicurare l'effettiva applicazione delle regole di concorrenza e il decentramento.

¹⁴⁸ Pera A., Falce V., *The Modernisation of the EC Competition Law and the Role of National Competition Authorities – Revolution or Evolution?*, in *Diritto dell'Unione europea*, 2-3/2003, p. 439; Cassinis P., *La riforma della modernizzazione ed i meccanismi a garanzia della coerenza applicativa della disciplina comunitaria della concorrenza*, in Raffaelli E. A. (a cura di), *op. cit.*, p. 477 e ss.

¹⁴⁹ Come osservato in precedenza, si ha intesa qualora sussistano i requisiti del pregiudizio al commercio intracomunitario e questa abbia per oggetto o per effetto di restringere la concorrenza tra gli Stati membri. Il requisito del pregiudizio al commercio intracomunitario rileva anche nella configurazione dell'abuso di posizione dominante.

¹⁵⁰ Come osserva Pace L.F., *I fondamenti del diritto antitrust europeo: norme di competenza e sistema applicativo dalle origini alla Costituzione Europea*, Giuffrè, Milano, 2005, p. 170, l'obbligo sorge non appena viene aperto un procedimento o un giudizio ai sensi della legislazione nazionale in materia di concorrenza, ma viene meno qualora la Commissione, agendo ai sensi dell'articolo 11, paragrafo 6 avvia un procedimento per adottare una decisione ai sensi del capitolo III in merito alla medesima fattispecie. E ancora vedi Daniele L., *op. cit.*, p. 42, l'avverbio "quando", utilizzato da entrambi i periodi del paragrafo 1 dell'articolo 3 non sta ad indicare un preciso momento temporale ma si riferisce a qualunque circostanza in cui le Autorità o i giudici nazionali, sulla base dei presupposti delle rispettive legislazioni nazionali in materia di concorrenza, sarebbero autorizzate a farne applicazione.

¹⁵¹ Vedi Frignani A., *La messa in opera delle norme antitrust comunitarie (il regolamento 1/03 e i suoi riflessi nel diritto italiano)*, in *Il Dir. Ind.*, 5, p. 461, secondo il quale la norma risponde, coerentemente con il sistema nel suo complesso, ad obiettivi di efficienza: la Commissione non è in grado di interessarsi di tutti i casi di intese o di abusi in tutta l'area comunitaria allargata; per altro verso, le Autorità e i giudici nazionali possono essere meglio attrezzati per svolgere le istruttorie nel territorio di competenza.

La soluzione di vincolare le Autorità e i giudici all'applicazione della normativa comunitaria (anche se parallelamente alla normativa nazionale) rappresenta un compromesso tra applicazione esclusiva e rischio di "rinazionalizzazione" del diritto della concorrenza a seguito del decentramento¹⁵². A fronte del decentramento delle competenze in materia di concorrenza, che impone la salvaguardia delle istanze nazionali¹⁵³, infatti, la codificazione dei rapporti tra normativa comunitaria e normativa interna sulla base della teoria della doppia barriera ribadisce il principio del primato del diritto comunitario, secondo la teoria della c.d. "esclusione reciproca"¹⁵⁴.

3.2.3. La convergenza della normativa interna alla normativa comunitaria

Nel sistema decentrato di cui al regolamento 1/03, che introduce l'obbligo di applicazione parallela della normativa nazionale e comunitaria a fattispecie rientranti nel campo di applicazione degli articoli 81 e 82 TCE, il contrasto tra le due normative potrebbe verificarsi soltanto laddove la legge nazionale vieti un comportamento lecito ai sensi della normativa comunitaria o, al contrario, dichiari lecito un comportamento vietato dalla seconda. Infatti, nella misura in cui le Autorità e le giurisdizioni nazionali, quando applicano la propria legislazione in materia di concorrenza a fattispecie rientranti nell'ambito di applicazione degli articoli 81 e 82, devono applicare anche tali norme, è evidente che l'eventuale minore severità della legislazione nazionale rispetto alle norme comunitarie *antitrust* perde ogni rilevanza pratica.

Ai sensi dell'articolo 3, paragrafo 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,*

¹⁵² In tal senso, vedi Basedow J., *La rénationalisation du droit communautaire de la concurrence*, in *Revue des Affaires Européennes*, 2001/2002, p. 92 e ss. Dall'obbligo di applicazione del diritto comunitario discende l'operatività per queste fattispecie dei meccanismi previsti dal regolamento 1/2003 per garantire la coerente applicazione delle norme comunitarie della concorrenza (a titolo esemplificativo articoli 11 e 16).

¹⁵³ Idiot L., *op. cit.*, p. 7, la quale sottolinea "*les vives réactions de certains Etats, dont la France, par ailleurs favorable à la réforme*".

¹⁵⁴ Vedi Frignani A., Waelbroeck, *Disciplina della concorrenza nella CE*, Giappichelli, Torino, 1996, IV ed., p. 100, la regola dell'esclusione reciproca si contendeva il campo con la teoria della doppia barriera e della barriera doppia gerarchizzata.

paragrafo 1, del trattato, che soddisfano le condizioni dell'articolo 81, paragrafo 3, del trattato o che sono disciplinati da un regolamento per l'applicazione dell'articolo 81, paragrafo 3, del trattato"¹⁵⁵.

¹⁵⁵ Inoltre, ai sensi del secondo periodo del secondo paragrafo dell'articolo 3, *"il presente regolamento non impedisce agli Stati membri di adottare e applicare nel loro territorio norme nazionali più rigorose che vietino o sanzionino le condotte unilaterali delle imprese"*. Non risulta agevole definire il campo di applicazione della norma. Sull'assunto che le norme di cui al primo e secondo periodo siano complementari, si è ritenuto che per comportamenti unilaterali delle imprese si intendano tutti quei comportamenti che non solo non costituiscono accordi, decisioni di associazione tra imprese e pratiche concordate ai sensi dell'articolo 81, paragrafo 1 TCE, (in particolare per condotta unilaterale si intende l'ipotesi in cui non sia riscontrabile la partecipazione o il coinvolgimento di almeno due imprese economicamente autonome, vedi Daniele L., *Diritto del mercato unico, op. cit.*, p. 195 e ss.) ma anche non rientrino nell'ambito di applicazione dell'articolo 82 TCE. Questa conclusione è confermata dal considerando 8 che fornisce quale esempio di condotta unilaterale quello di *"un comportamento illecito nei confronti di imprese economicamente dipendenti"*. Un comportamento del genere, anche se assunto in posizione dominante, proprio perché rivolto nei confronti di imprese economicamente dipendenti, non costituirebbe uno sfruttamento abusivo vietato ai sensi dell'articolo 82 TCE. Pertanto, in casi del genere, le Autorità e i giudici nazionali potranno applicare la loro legislazione. Esprime perplessità sull'utilità di tale norma Daniele L., *Articolo 3 ...*, *op. cit.*, p. 51, ritenendo che tale articolo rappresenti una soluzione di compromesso tra l'esigenza di rendere quanto più uniforme possibile l'applicazione del diritto comunitario e nazionale della concorrenza e la volontà degli Stati membri di conservare, almeno in materia di comportamenti unilaterali, la propria autonomia di valutazione. Il paragrafo 3 dell'articolo 3 prevede due eccezioni alla regola della convergenza. Recita, infatti, l'articolo: *"fatti salvi i principi generali ed altre disposizioni di diritto comunitario, i paragrafi 1 e 2 non si applicano quando (i) le autorità garanti della concorrenza e le giurisdizioni degli Stati membri applicano la legislazione nazionale in materia di controllo delle fusioni, né (ii) precludono l'applicazione di norme nazionali che perseguono principalmente un obiettivo differente rispetto a quello degli articoli 81 e 82 del trattato."* Dalla lettura della norma emerge chiaramente come questo sia un errore di traduzione; le fusioni rappresentano, infatti, una sola delle ipotesi di concentrazione previste dal regolamento (CE) 139/2004 del Consiglio del 20 gennaio 2004 relativo al controllo delle concentrazioni tra imprese (di seguito, il regolamento 139/04). Nelle altre versioni linguistiche si parla di "concentrazioni" (ad esempio "mergers" in inglese), per cui l'eccezione di cui al paragrafo 3 è estensibile a qualunque ipotesi di concentrazione, indipendentemente dalla forma che assume. In ogni caso, per definire il campo di applicazione della prima parte dell'articolo 3, paragrafo 3 occorre richiamare l'articolo 21 del regolamento 139/04. Tale norma consente agli Stati membri di applicare la propria normativa nazionale sul controllo delle concentrazioni soltanto alle concentrazioni che non abbiano dimensione comunitaria. Pertanto, il paragrafo 3 articolo 3 rileva per i soli casi di concentrazioni che non abbiano dimensione comunitaria, ma tuttavia rientrerebbero nel campo di applicazione degli articoli 81 e 82. Per questi casi, il regolamento 1/03 consente alle Autorità e alle giurisdizioni di procedere soltanto in base alla propria normativa nazionale in tema di concentrazioni. La seconda parte dell'articolo 3, paragrafo 3 stabilisce la deroga all'obbligo di convergenza per quelle normative nazionali che prevedano obblighi differenti rispetto a quelli di cui agli articoli 81 e 82 TCE. Il considerando 9 mostra, come esempio, la normativa nazionale che vieti o sanzioni pratiche commerciali sleali, siano esse unilaterali o contrattuali, a prescindere dagli effetti reali o presunti di tali atti sulla concorrenza nel mercato e in particolare il divieto di imporre ai loro partner commerciali, di ottenere o di tentare di ottenere dagli stessi condizioni non giustificate, sproporzionate o irragionevoli. È in tal modo posta una scissione tra regole relative alla tutela della concorrenza e disposizioni civilistiche sulla concorrenza sleale e sull'imposizione di condizioni ingiustificatamente gravose nei rapporti commerciali. Il regolamento non manca di ricordare la necessaria compatibilità delle norme nazionali con i principi e con le altre disposizioni del diritto comunitario. La portata del richiamo ai principi generali è di incerta definizione. Secondo alcuni (Daniele L., *Articolo 3 ...*, *op. cit.*, p. 52), si tratta di un richiamo globale ai principi generali del diritto comunitario, con la conseguenza di assoggettare al rispetto di tali principi anche l'applicazione da parte delle Autorità e delle giurisdizioni nazionali della legislazione nazionale in materia di concentrazioni o legislazione nazionale che non persegue finalità di tipo concorrenziale. Il regolamento 1/03 individua pur sempre le regole di

La norma impone una regola di convergenza sia qualora l'intesa non imponga restrizioni alla concorrenza ai sensi dell'articolo 81, paragrafo 1, sia qualora l'intesa soddisfi le condizioni di cui all'articolo 81, paragrafo 3, e sia qualora l'intesa rientri in una delle ipotesi disciplinate da un regolamento di esenzione per categoria. Perciò, in presenza di tali condizioni, la legislazione nazionale non può vietare il comportamento dell'impresa¹⁵⁶.

Come osserva l'avvocato generale A. Geelhoed nelle sue conclusioni presentate il 29 giugno 2006 alla causa *ASNEF-EQUIFAX*¹⁵⁷ con l'adozione del regolamento 1/03, *“la facoltà di applicare il diritto comunitario è diventata un obbligo (qualora sia soddisfatto il criterio relativo al pregiudizio per il commercio tra Stati membri). Quando sussistono le condizioni per l'applicazione degli articoli 81 o 82 TCE, le Autorità e le giurisdizioni nazionali competenti hanno l'obbligo di applicare tali disposizioni alle controversie di cui sono investite”*. Diversamente, *“prima che il detto regolamento entrasse in vigore, un conflitto che eventualmente si fosse verificato in caso di applicazione parallela del diritto comunitario e del diritto nazionale avrebbe dovuto essere risolto in base al principio del primato del diritto comunitario. Il regolamento n. 1/2003 ha offerto una regola di convergenza più esplicita”*.

L'obbligo di convergenza risulta, infatti, più stringente dei principi ricavati dalla sentenza *Walt Wilhelm*, in quanto, in attuazione di tale pronuncia, si riteneva ammissibile che la legislazione nazionale considerasse vietata un'intesa che, pur idonea a pregiudicare il commercio tra Stati membri, non falsasse la concorrenza sul mercato comune ai sensi dell'articolo 81, paragrafo 1, TCE. Il fondamento di questo più

applicazione degli articoli 81 e 82; per tale ragione regola fattispecie non del tutto estranee alla sfera di applicazione del trattato. Secondo altri (Pace L.F., *I fondamenti ...*, *op. cit.*, p. 189) si tratterebbe di un richiamo ai principi della sentenza *Walt Wilhelm*, dato il contesto nel quale è inserito il richiamo. Diversamente, il richiamo alle norme comunitarie, è volto ad assicurare la prevalenza delle disposizioni speciali, il cui contenuto sia incompatibile con le eccezioni previste dallo stesso paragrafo 3.

¹⁵⁶ Secondo Daniele L., *op. cit.*, p. 48, la soluzione accolta, pur formulata in termini formalmente coerenti con la teoria della doppia barriera in realtà conduce a risultati non diversi da quelli cui avrebbe condotto l'adozione del principio della barriera unica. Se infatti le Autorità e i giudici non sono privati della possibilità di applicare la legislazione nazionale in materia di concorrenza a fattispecie rientranti nell'ambito di applicazione degli articoli 81 e 82, esse lo devono fare parallelamente alla applicazione della normativa comunitaria. Tuttavia, ai sensi dell'articolo 3, paragrafo 2, esse non avranno interesse a farlo, dato il necessario obbligo di convergenza ivi previsto. Ciò ha fatto addirittura parlare di *“competenza esclusiva di fatto”* del diritto comunitario sulle fattispecie rientranti nell'ambito di applicazione degli articoli 81 e 82, TCE. In tal senso, vedi Pace L.F., *op. cit.*, p. 170.

¹⁵⁷ Causa C-238/05 *ASNEF-EQUIFAX, Servicios de Información sobre Solvencia y Crédito, S.L. e Administración del Estado Contro Asociación de Usuarios de Servicios Bancarios (AUSBANC)*, punto 28.

penetrante obbligo di convergenza si ritrova nella logica del decentramento e nell'esigenza di garantire che una stessa intesa non venga trattata diversamente a seconda che sia esaminata dalle Autorità di uno Stato membro o da quelle di un altro o dalla stessa Commissione: indipendentemente da come siano formulate le diverse legislazioni nazionali in materia di concorrenza, l'intesa potrà essere vietata soltanto qualora sia vietata dall'articolo 81, paragrafo 1, TCE¹⁵⁸.

Come la Commissione ha affermato, si tratta di un *“obiettivo essenziale per il completamento del mercato interno e l'applicazione uniforme del diritto comunitario della concorrenza, una volta che la Commissione abbia rinunciato al suo monopolio sulla concessione di esenzioni ai sensi dell'articolo 81, paragrafo 1, TCE”*¹⁵⁹.

3.2.3.1.L'applicazione della regola di convergenza nel coordinamento tra le Autorità

La cogenza della regola di convergenza è sicuramente rafforzata dalle norme di cui al regolamento 1/03 sulla cooperazione tra le Autorità. Il coordinamento all'interno della rete rappresenta, infatti, un importante punto di confronto per l'attività delle Autorità date le regole flessibili nel funzionamento della stessa e il ruolo centrale mantenuto dalla Commissione è volto a garantire un comune orientamento nell'interpretazione delle norme comunitarie e un controllo dell'attività degli organi decentrati¹⁶⁰.

¹⁵⁸ Vedi considerando 8 del regolamento 1/03, laddove si afferma che al fine di *“creare condizioni eque per gli accordi, per le decisioni di associazioni di imprese e per le pratiche concordate nel mercato interno”* è 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 e prevedere che *“l'applicazione delle legislazioni nazionali in materia di concorrenza agli accordi, decisioni o pratiche concordate ai sensi dell'articolo 81, paragrafo 1, del trattato non possa comportare il divieto di siffatti accordi, decisioni o pratiche concordate se essi non sono vietati anche a norma del diritto comunitario in materia di concorrenza. I concetti di accordi, decisioni e pratiche concordate sono concetti autonomi del diritto comunitario in materia di concorrenza che disciplinano il coordinamento della condotta delle imprese sul mercato secondo l'interpretazione delle giurisdizioni della Comunità”*.

¹⁵⁹ Commissione, *XXXII Relazione sulla politica di concorrenza – 2002*, Bruxelles, p. 27, paragrafo 17.4. In proposito, vedi Pace L.F., *I Fondamenti...*, op. cit., p. 172.

¹⁶⁰ Nella riforma del diritto *antitrust*, inoltre, la Commissione mantiene un ruolo preminente mediante un'attività di interpretazione, sotto il controllo del Tribunale di primo grado e della Corte di Giustizia, attraverso una varietà di strumenti di natura normativa e para-normativa (Vedi Gerber D.J., *Modernising European Competition Law, A Development Perspective*, in *European Competition Law Review*, 2001, p. 122 e ss.). Si fa riferimento, in particolare, a quegli strumenti di valore dichiarativo, quali l'adozione di decisioni che constatano l'inapplicabilità dei divieti in casi specifici (provvisi solo di valore esemplare), ovvero, l'adozione di regolamenti di esenzione per categoria, su autorizzazione del Consiglio, o ancora, le decisioni individuali di revoca dell'esenzione. Tali provvedimenti sono adottati qualora, ai sensi dell'articolo 29, paragrafo 1, la Commissione constati che *“in uno specifico caso un accordo, una*

Ad esempio, l'articolo 12, paragrafo 2, dispone che, in caso di applicazione parallela degli articoli 81 e 82 TCE e delle corrispondenti norme nazionali, le informazioni scambiate non possono essere utilizzate per adottare decisioni, basate sul diritto nazionale, divergenti da quelle basate sul diritto comunitario. In questo senso, vale a dire sotto forma di non utilizzabilità come prove delle informazioni scambiate ex articolo 12, di fatto ed indirettamente si realizza un effetto simile a quello della regola di convergenza anche relativamente alle condotte unilaterali, dal momento che tale articolo non distingue tra condotte bi-multilaterali e condotte unilaterali¹⁶¹.

Ulteriore conferma alla regola di convergenza si ravvisa nella possibilità delle Autorità nazionali di revocare un regolamento comunitario di esenzione in relazione ai singoli casi da essa esaminati ai sensi dell'articolo 29 del regolamento 1/03.

Inoltre, l'articolo 16, paragrafo 2, impone un vincolo finale di conformità alle decisioni della Commissione *“quando le Autorità garanti della concorrenza degli Stati membri si pronunciano su accordi, decisioni o pratiche ai sensi dell'articolo 81 o dell'articolo 82 TCE che sono già oggetto di una decisione della Commissione”*. Le Autorità nazionali, infatti, *“non possono prendere decisioni che siano in contrasto con la decisione adottata dalla Commissione”*.

Ma soprattutto l'obbligo di convergenza si è manifestato *“a monte”* nel proliferare delle modifiche delle normative nazionali per adeguare le stesse alle disposizioni del regolamento. In particolare, nonostante la diretta applicabilità delle norme del Trattato e dello stesso regolamento 1/03 da parte delle Autorità e delle giurisdizioni nazionali, i legislatori nazionali hanno, di volta in volta, adottato misure per dotare le Autorità di poteri adeguati, nell'ottica di garantire un'applicazione efficace delle regole di concorrenza. In particolare, le riforme, a livello interno, hanno seguito due linee fondamentali, secondo le innovazioni introdotte dal regolamento. Da un lato, infatti, i legislatori nazionali hanno attribuito espressamente alle loro Autorità la competenza ad applicare gli articoli 81 e 82 TCE e abolito il sistema della notifica preventiva per la

decisione o una pratica concordata cui si applica il regolamento di esenzione abbia effetti incompatibili con l'articolo 81, paragrafo 3, del trattato”. Tale corpus normativo è integrato dalle comunicazioni interpretative e dagli orientamenti informali (vedi considerando 38) che la Commissione ha la facoltà di adottare, su richiesta delle imprese confrontate a problemi giuridici nuovi, nell'esercizio del suo potere generale di raccomandazione. In tal modo, nonostante il decentramento delle competenze sposti il centro del controllo a livello nazionale, tuttavia, la Commissione resta l'organo deputato a garantire l'uniformità e la coerenza d'applicazione delle regole comunitarie.

¹⁶¹ Cassinis P., *op. cit.*, p. 483.

concessione dell'esenzione, e, dall'altro, hanno conferito maggiori poteri alle Autorità secondo l'articolo 5 del regolamento 1/03, (in particolare, il potere di adottare decisioni con impegni e misure cautelari, nuovi poteri sanzionatori e i programmi di clemenza). La tendenziale omogeneità delle norme sostanziali nazionali e comunitarie ha portato, perciò, negli anni successivi all'entrata in vigore del regolamento, ad un progressivo e quasi naturale allineamento anche delle regole procedurali al modello comunitario. Si tratta di una "convergenza spontanea" che, in assenza di un intervento di armonizzazione, ha trovato spazio nell'ordinamento comunitario grazie anche ai meccanismi di cooperazione previsti dal regolamento in seno all'*European Competition Network*¹⁶².

Mentre la convergenza realizzata in seno alla rete sarà dedicata un'apposita sezione del prossimo capitolo, merita qui concentrare l'attenzione sull'adeguamento delle normative nazionali al sistema delle competenze parallele e all'introduzione del principio di eccezione legale a seguito dell'abolizione della notifica preventiva. Tale sistema, infatti, ha assunto connotati specifici nel nostro ordinamento.

3.2.3.1.1. L'adeguamento delle normative nazionali al sistema delle competenze parallele - il mantenimento del sistema della barriera unica ai sensi della legge 287/90

Ai sensi del documento della Commissione sulla convergenza delle normative nazionali al regolamento 1/03, ad oggi, tutti i Paesi membri hanno adeguato la loro normativa interna abolendo il sistema della notifica preventiva e introducendo il principio delle competenze parallele nell'applicazione del diritto comunitario *antitrust*¹⁶³, ad eccezione dell'Italia¹⁶⁴.

¹⁶² Sul sito della Commissione è stato pubblicato in data 14 aprile 2008 un documento sulla convergenza che evidenzia il livello di allineamento della normativa interna alla normativa comunitaria sui più importanti aspetti introdotti dal regolamento 1/03. Tale documento sarà analizzato dettagliatamente nel proseguo della trattazione.

¹⁶³ Sul sito dell'ECN è stato di recente aggiornato (14 Aprile 2008) il documento, già pubblicato il 28 novembre 2007, *Results of the questionnaire on the reform of Member States' national competition laws after EC Regulation No. 1/2003*, in http://ec.europa.eu/comm/competition/ecn/index_en.html.

¹⁶⁴ Nella precedente versione del documento, insieme all'Italia anche la Lettonia risultava non avere modificato la sua legge sulla concorrenza del 4 ottobre 2001 con la legge del 22 aprile 2004. Il *Competition Act*, così modificato, è entrato in vigore poi a partire dal 1 maggio 2004; ai sensi di questo

In particolare, il sistema cui si ispira il legislatore italiano è quello della *c.d.* barriera unica, secondo il quale, come sancisce l'articolo 1 della legge 287/90¹⁶⁵, “*le disposizioni*” della stessa “*si applicano alle intese, agli abusi di posizione dominante e alle concentrazioni di imprese che non ricadono nell'ambito di applicazione [...] degli articoli 85 e/o 86 del Trattato istitutivo della Comunità economica europea (CEE)*”. Inoltre, l'articolo 13 dispone la facoltà per la imprese di comunicare le intese all'Autorità nazionale¹⁶⁶. Rimane pertanto la notificazione preventiva per le pratiche che abbiano effetti sul solo mercato interno, mentre tale notificazione è esclusa qualora

permane in ogni caso l'obbligo di notifica da parte delle imprese della intesa al fine di ottenere l'esenzione.

¹⁶⁵ Ai sensi dell'articolo 1 della legge 287/90, inoltre, “*2. L'Autorità garante della concorrenza e del mercato di cui all'articolo 10, di seguito denominata Autorità, qualora ritenga che una fattispecie al suo esame non rientri nell'ambito di applicazione della presente legge ai sensi del comma 1, ne informa la Commissione delle Comunità europee, cui trasmette tutte le informazioni in suo possesso. 3. Per le fattispecie in relazione alle quali risulti già iniziata una procedura presso la Commissione delle Comunità europee in base alle norme richiamate nel comma 1, l'Autorità sospende l'istruttoria, salvo che per gli eventuali aspetti di esclusiva rilevanza nazionale. L'interpretazione delle norme contenute nel presente titolo è effettuata in base ai principi dell'ordinamento delle Comunità europee in materia di disciplina della concorrenza*”.

¹⁶⁶ È bene sottolineare che tale norma consente di notificare l'intesa non solo a fini autorizzatori, ai sensi dell'articolo 4 della legge italiana, corrispondente all'articolo 81, paragrafo 3, ma anche al fine di ottenere una valutazione delle stesse ai sensi dell'articolo 2 della legge 287/90, la cui formulazione corrisponde invece a quella dell'articolo 81, paragrafo 1 TCE. In particolare, ai sensi dell'articolo 4 della legge 287/90 (*Deroghe al divieto di intese restrittive della libertà di concorrenza*) “*L'Autorità può autorizzare, con proprio provvedimento, per un periodo limitato, intese o categorie di intese vietate ai sensi dell'articolo 2, che diano luogo a miglioramenti nelle condizioni di offerta sul mercato i quali abbiano effetti tali da comportare un sostanziale beneficio per i consumatori e che siano individuati anche tenendo conto della necessità di assicurare alle imprese la necessaria concorrenzialità sul piano internazionale e connessi in particolare con l'aumento della produzione, o con il miglioramento qualitativo della produzione stessa o della distribuzione ovvero con il progresso tecnico o tecnologico. L'autorizzazione non può comunque consentire restrizioni non strettamente necessarie al raggiungimento delle finalità di cui al presente comma né può consentire che risulti eliminata la concorrenza da una parte sostanziale del mercato. L'Autorità può revocare il provvedimento di autorizzazione in deroga di cui al comma 1, previa diffida, qualora l'interessato abusi dell'autorizzazione ovvero quando venga meno alcuno dei presupposti per l'autorizzazione. La richiesta di autorizzazione è presentata all'Autorità, che si avvale dei poteri di istruttoria di cui all'articolo 14 e provvede entro centoventi giorni dalla presentazione della richiesta stessa*”. Pertanto, è stato evidenziato (Pera A., *La normativa sulle intese: Cambiamenti e Complementi*, in Assonime, *Adeguare l'ordinamento italiano al regolamento (CE) 1/2003: quali scelte normative per la modernizzazione dell'antitrust*, Atti del convegno del 15 dicembre 2003 presso la Corte Suprema di Cassazione) come il meccanismo previsto dall'articolo 13 della legge 287/90 come dimostrato dalla prassi dell'AGCM, prescindendo da una richiesta di autorizzazione in deroga, possa essere compatibile con una valutazione *ex post* delle intese. Nel sistema attuale, pertanto la comunicazione delle intese di cui all'articolo 13 ha un campo d'azione alquanto limitato in quanto avrebbe rilevanza esclusivamente qualora non fosse volta a richiedere l'autorizzazione in deroga e non trovasse applicazione l'articolo 81 TCE. Oltre all'Italia, anche altri paesi hanno mantenuto il sistema della notifica preventiva, in particolare, Grecia e Lettonia. In relazione alla Danimarca, nonostante il *Danish Consolidated Competition Act* sia stato aggiornato eliminando il sistema delle notifiche per le intese che non ledono gli articoli 81 e 82 TCE, tuttavia, tale sistema non è vincolante. Se un accordo notificato ha un impatto sul commercio tra Stati membri, l'autorità della concorrenza danese può astenersi dal prendere una decisione sul tema.

l'intesa abbia effetto sul mercato intracomunitario¹⁶⁷. In questa logica, qualora l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (di seguito, AGCM) ritenga di dover applicare l'articolo 81 TCE al caso in esame, dovrà astenersi dall'effettuare valutazioni di merito in relazione alla sua compatibilità o meno con le regole comunitarie, in quanto troverà applicazione il principio di eccezione legale di cui al regolamento 1/03¹⁶⁸.

Il punto di forza della legislazione interna, come per la maggior parte delle legislazioni nazionali in materia di concorrenza, è sempre stato la convergenza tra normativa interna e normativa comunitaria. In particolare, la legge 287/90, non solo riproduce integralmente il testo degli articoli 81 (compreso anche il suo comma 3¹⁶⁹) e 82 TCE ma anche affida al suo articolo 1, comma 4, la certezza dell'interpretazione delle norme nazionali con un espresso rinvio ai "*principi dell'ordinamento delle Comunità europee in materia di disciplina della concorrenza*". Decisivo, pertanto, per la tenuta del sistema e il corretto coordinamento tra Commissione e AGCM, è stato l'allineamento del contenuto delle norme della legge interna al diritto comunitario.

¹⁶⁷ Sul tema vedi Siragusa M., Faella G., *op. cit.*, p. 30, secondo il quale l'Autorità ha adottato un escamotage per evitare l'analisi delle intese notificate ai sensi dell'articolo 13 della legge 287/90. Infatti, l'AGCM solitamente ritiene che gli accordi notificati non possano essere soggetti ad una valutazione ex ante e ciò sulla base dell'assunto che la pratica incide sugli scambi intracomunitari. Pertanto, la pratica è soggetta all'articolo 81 TCE anche qualora l'AGCM si trovi a dover decidere di accordi aventi rilevanza nazionale.

¹⁶⁸ Come osserva la stessa Autorità, a seguito dell'entrata in vigore del regolamento 1/2003, l'articolo 81 si applica obbligatoriamente alle intese capaci di pregiudicare il commercio intracomunitario. Pertanto, ai sensi dell'articolo 5 dello stesso regolamento, l'Autorità non può procedere a valutazioni di merito sulle comunicazioni preventive da parte delle imprese. In particolare cfr. *Antitrust a portata di mano*, aggiornato a maggio 2008, sul sito dell'AGCM.

¹⁶⁹ In particolare, ai sensi dell'articolo 4 della legge 287/90 (*Deroghe al divieto di intese restrittive della libertà di concorrenza*) "*L'Autorità può autorizzare, con proprio provvedimento, per un periodo limitato, intese o categorie di intese vietate ai sensi dell'articolo 2, che diano luogo a miglioramenti nelle condizioni di offerta sul mercato i quali abbiano effetti tali da comportare un sostanziale beneficio per i consumatori e che siano individuati anche tenendo conto della necessità di assicurare alle imprese la necessaria concorrenzialità sul piano internazionale e connessi in particolare con l'aumento della produzione, o con il miglioramento qualitativo della produzione stessa o della distribuzione ovvero con il progresso tecnico o tecnologico. L'autorizzazione non può comunque consentire restrizioni non strettamente necessarie al raggiungimento delle finalità di cui al presente comma né può consentire che risulti eliminata la concorrenza da una parte sostanziale del mercato. L'Autorità può revocare il provvedimento di autorizzazione in deroga di cui al comma 1, previa diffida, qualora l'interessato abusi dell'autorizzazione ovvero quando venga meno alcuno dei presupposti per l'autorizzazione. La richiesta di autorizzazione è presentata all'Autorità, che si avvale dei poteri di istruttoria di cui all'articolo 14 e provvede entro centoventi giorni dalla presentazione della richiesta stessa*".

Su tale tema, si è di recente pronunciato positivamente l'Avvocato Generale Juliane Kokott¹⁷⁰, in particolare, in relazione alla possibilità che questioni pregiudiziali (sottoposte alla Corte di Giustizia ex articolo 234 TCE) potessero vertere sull'interpretazione di disposizioni di diritto comunitario alle quali il diritto nazionale facesse esclusivamente rinvio e al fine di regolare una situazione puramente interna. Secondo l'Avvocato Generale, *“l'ordinamento giuridico comunitario ha manifestamente interesse, al fine di evitare divergenze interpretative, a garantire un'interpretazione uniforme di tutte le norme di diritto comunitario, a prescindere dalle condizioni in cui verranno applicate”*, quindi anche aventi rilevanza meramente interna. Nel settore del diritto della concorrenza questo interesse ad un'interpretazione e ad un'applicazione il più possibile uniformi delle disposizioni vigenti a livello comunitario è particolarmente spiccato *“poiché in questo campo il diritto nazionale si orienta sul diritto comunitario con particolare frequenza”*. Dall'entrata in vigore del regolamento 1/03, *“si è pervenuti ad una correlazione particolarmente stretta tra la normativa nazionale in materia di concorrenza e il diritto comunitario”*. Come osserva l'Avvocato generale, il legislatore italiano non ha posto alcuna differenza tra le situazioni puramente interne e quelle relative al diritto comunitario. In entrambi i casi trova anzi applicazione il rinvio di cui all'articolo 1, comma 4, della legge 287/1990. Nonostante tale sostanziale omogeneità della normativa italiana alla normativa comunitaria e il rinvio su indicato, che ha consentito la tenuta del sistema, tuttavia, è auspicabile¹⁷¹ un allineamento della prima alla seconda¹⁷² anche in relazione all'obbligo di applicazione parallela delle due normative e all'eliminazione dell'obbligo

¹⁷⁰ Conclusioni dell'avvocato Generale Juliane Kokott presentate il 3 luglio 2007 Causa C-280/06 - *Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato contro Ente Tabacchi Italiani – ETI SpA e altri*.

¹⁷¹ In realtà, al tempo dell'adozione del regolamento 1/03, da un lato, si affermava la necessità della modifica per adeguare il sistema della notifica preventiva al regolamento, ma, dall'altro, si affermava la non urgenza con la quale l'armonizzazione sarebbe dovuta essere fatta. La ragione di tale affermazione si ravvisava nel fatto che nel nostro paese i casi di notificazione dell'intesa ai fini di ottenere l'esenzione ex articolo 4 della legge 287/90 erano sino ad allora stati pochissimi e *“sicuramente non avevano comportato un cospicuo assorbimento di risorse in un'attività di monitoraggio per definizione non adatta a mettere in luce i misfatti della c.d. black economy”*: i cartelli effettivamente nocivi, infatti, di norma non sono notificati. Vedi Pardolesi R., *Modernizzare la disciplina antitrust italiana?*, in Assonime, *op. cit.*, p. 111.

¹⁷² In ogni caso merita sottolineare che l'articolo 1 della legge 287/90 ha accolto una soluzione comunque volta a favorire l'applicazione del diritto comunitario, comprimendo l'applicazione del diritto nazionale e, pertanto, seppur se ne auspichi un coordinamento, non appare in antitesi con l'articolo 3 del regolamento 1/03. Infatti, in presenza del requisito del pregiudizio al commercio intracomunitario, l'articolo 1 della legge 287/90 prevede che si applichi il solo diritto comunitario e non anche il diritto nazionale. L'incompatibilità tra la normativa comunitaria e la normativa nazionale è soltanto apparente.

di notifica preventiva delle pratiche incidenti sul mercato interno, come è accaduto negli altri paesi europei¹⁷³.

3.2.3.2.L'osservanza dell'obbligo di convergenza da parte dei giudici nazionali: gli strumenti del regolamento 1/03

L'articolo 3, comma 2, al fine di evitare divergenze interpretative, codifica l'obbligo di convergenza tra il diritto nazionale e diritto comunitario anche per le giurisdizioni nazionali nell'applicazione delle norme sulla concorrenza nei singoli Stati membri¹⁷⁴.

¹⁷³ A titolo esemplificativo, il Belgio ha adottato la *Loi sur la protection de la concurrence économique* in data 10 giugno 2006 (pubblicata il 29 giugno 2006 ed entrata in vigore il 1 ottobre 2006) che ha introdotto il sistema di eccezione legale. La Germania ha modificato, in data 7 luglio 2007, la legge a tutela della concorrenza (GWB) al fine di coordinare il sistema con il regolamento 1/03; in particolare, il paragrafo 22, terzo capitolo, della legge relativo ai rapporti tra normativa interna e gli articoli 81 e 82 dispone che “(1) *The provisions of this Act may also be applied to agreements between undertakings, decisions by associations of undertakings or concerted practices within the meaning of Article 81(1) of the EC Treaty, which may affect trade between Member States of the European Community within the meaning of that provision. Pursuant to Article 3(1) sentence 1 of Council Regulation (EC) No. 1/2003 of 16 December 2002 on the implementation of the rules on competition laid down in Articles 81 and 82 of the Treaty (OJ EC 2003 L1, p.1), Article 81 of the EC Treaty shall also apply in that case. (2) Pursuant to Article 3(2) sentence 1 of Regulation (EC) No. 1/2003 the application of the provisions of this Act may not lead to the prohibition of agreements between undertakings, decisions by associations of undertakings or concerted practices which may affect trade between Member States of the European Community but which do not restrict competition within the meaning of Article 81(1) of the EC Treaty, or which fulfil the conditions of Article 81(3) of the EC Treaty or which are covered by a Regulation for the application of Article 81(3) of the EC Treaty. [...] (3) The provisions of this Act may also be applied to practices which constitute an abuse prohibited by Article 82 of the EC Treaty. Pursuant to Article 3(1) sentence 2 of Council Regulation (EC) No. 1/2003, Article 82 of the EC Treaty shall also apply in that case. The application of stricter provisions of this Act shall remain unaffected*”. La Spagna ha adottato in data 22 febbraio 2008 (entrato in vigore alla stessa data), il regio decreto che approva il *Reglamento de Defensa de la Competencia*, relativo sia alle ipotesi di intese e di abuso di posizione dominante che alle operazioni di concentrazione. Anche tale atto, come il GWB per la Germania, coordina il sistema di applicazione delle regole di concorrenza con il regolamento 1/03.

¹⁷⁴ Questa convergenza di regole non influisce sull'individuazione del giudice quale destinatario del regolamento 1/03 all'interno dei singoli ordinamenti nazionali. Come osserva Tavassi M., *Which Role for National Courts in Competition Protection?*, in [*], p. 61, “*the regulation, correctly, does not define power granted to the judges of the Member States in the field of competition, as the indication of the Court of Justice is unambiguous in reserving that competence to the internal system of every Country. Talking about problems of cooperation with National Courts, the Regulation does not distinguish between administrative judges and ordinary judges, because in many countries, among them Italy, this subject is to be dealt before both courts, with different competences [...] It is possible to affirm that where the Regulation generally talks about National Jurisdiction, it prefers an organic choice rather than a functional one*”. La stessa Corte di Giustizia, nella sentenza del 20 settembre 2001, C-453/99, nel caso *Courage* (in *Foro It.*, II/2002, p. 75 e in *Corriere Giuridico*, 4/2002, p. 454 con nota di Colangelo C.) ha ribadito che la tutela della concorrenza spetta a qualsiasi giudice designato dall'ordinamento nazionale, purché le modalità procedurali rispettino i principi di equivalenza e di effettività. Non sembra condivisibile il commento di Idiot L., *Le nouveau système communautaire de mise en oeuvre des articles 81 et 82 CE*, in *Cahiers de droit européen*, 2003, p. 283, laddove afferma che la mancata indicazione della giurisdizione nazionale competente significa che le regole del regolamento 1/03 siano indirizzate alle giurisdizioni che realizzano gli stessi obiettivi e compiti delle Autorità nazionali e, quindi, nel nostro

La mancanza, però, di una normativa comune a livello processuale per le giurisdizioni degli Stati membri e di una rete di connessione tra le stesse (se non entro i limiti previsti dal regolamento 1/03), pone le giurisdizioni nazionali in una posizione ben diversa rispetto alle Autorità nazionali.

Perciò, gli ordinamenti nazionali dovranno improntare l'attività giudiziaria nel settore *antitrust* al rispetto dei principi generali del diritto comunitario e, in particolare, del principio di equivalenza e di effettività. Pertanto, secondo il principio di equivalenza, le modalità di applicazione delle regole sulla concorrenza comunitarie da parte di questi non dovranno essere meno favorevoli di quelle che riguardano ricorsi analoghi di natura interna, né, secondo il principio di effettività, dovranno essere tali da rendere praticamente impossibile o eccessivamente difficile, l'esercizio dei diritti conferiti dall'ordinamento giuridico. Inoltre, le modalità di esercizio dei poteri conferiti al giudice dovranno essere tali da assicurare l'efficacia, la proporzionalità e la deterrenza dalla sanzione¹⁷⁵.

Infine, la stessa Comunicazione della Commissione sulla cooperazione tra questa e le giurisdizioni nazionali dispone che nell'applicazione della normativa comunitaria, i giudici nazionali potranno cercare indicazioni *“nella giurisprudenza della Corte di Giustizia e del Tribunale di primo grado o nei regolamenti, decisioni, comunicazioni, orientamenti e relazioni annuali della Commissione, relativi all'applicazione degli articoli 81 e 82”*.

Particolare attenzione merita il rapporto tra le decisioni della Commissione e le pronunce dei giudici nazionali, qualora siano chiamati a decidere su casi analoghi. Infatti, non solo l'articolo 16 del regolamento 1/03 pone alcuni vincoli all'attività dei giudici nell'applicazione decentrata degli articoli 81 e 82 TCE recependo principi

ordinamento, i giudici ordinari e non anche i giudici amministrativi. Della stessa opinione Scuffi M., *op. cit.*, p. 126, laddove afferma *“non sembra più aver ragion d'essere, sul piano della conflittualità privata, l'asimmetria di competenze tra Tribunale e Corte d'Appello specie al cospetto di una Autorità Garante che, nell'ambito del dualismo giudice – amministrazione, rimane sul piano della difesa dell'interesse pubblico soggetto unico destinatario della decentralizzazione dell'intero sistema della concorrenza secondo le previsioni del nuovo regolamento CE sulla modernizzazione”*.

¹⁷⁵ Come precisa la Comunicazione della Commissione, al paragrafo 9, *“Le giurisdizioni nazionali devono quindi prescindere dalle disposizioni nazionali che, se applicate, configgerebbero con tali disposizioni del diritto comunitario”*. E ancora, al paragrafo 10, *“in base al principio della prevalenza del diritto comunitario, le giurisdizioni nazionali non possono applicare disposizioni nazionali che siano in contrasto con questi principi”*.

sanciti dalle pronunce della Corte di giustizia *Delimitis* e *Masterfoods*¹⁷⁶, ma prevede una vincolatività delle decisioni della Commissione sulle giurisdizioni nazionali. In particolare, così come per le Autorità nazionali, il primo comma sancisce che “*le giurisdizioni nazionali non possono adottare decisioni in contrasto con una precedente pronuncia della Commissione o con una decisione da essa contemplata in procedimenti avviati*”¹⁷⁷. Pertanto, un giudice nazionale può applicare il diritto comunitario della concorrenza a un accordo che pregiudica gli scambi commerciali tra Stati membri contemporaneamente alla Commissione (e quindi in assenza di una sua decisione sul caso), o successivamente ad essa (e quindi in presenza di una sua decisione). Nel primo caso, al fine di evitare che il giudice nazionale si pronunci in contrasto con una decisione contemplata dalla Commissione, la giurisdizione nazionale potrà chiedere alla Commissione se ha avviato un procedimento in relazione ai medesimi accordi o se questo è ancora in corso e se sia probabile che vi sarà una decisione in merito¹⁷⁸.

Inoltre, “*le giurisdizioni nazionali possono valutare se sia necessario o meno sospendere i procedimenti davanti ad esse pendenti sul medesimo caso*”¹⁷⁹. Il giudice

¹⁷⁶ Sentenze della Corte di Giustizia del 28 febbraio 1991, *Delimitis c. Henninger Braeu Ag.*, causa C-234/89, in *Racc.*, p. I-935 e del 14 dicembre 2000, *Masterfoods Ltd c. HB Ice Cream Ltd*, causa C-344/98, in *Racc.*, 2000, p. I-11369.

¹⁷⁷ In particolare, ai sensi della sentenza *Masterfoods*, cit., punto 49, “*l’obbligo imposto agli Stati membri dall’articolo 5 (ora 10) del trattato di adottare tutti i provvedimenti generali o particolari, atti a garantire l’adempimento degli obblighi derivanti dal diritto comunitario e di astenersi dall’adottare i provvedimenti che possono mettere in pericolo la realizzazione degli scopi del trattato, vale per tutti gli organi degli Stati membri, ivi compresi, nell’ambito di loro competenza, gli organi giurisdizionali*” (in tal senso anche sentenza della Corte di Giustizia del 17 dicembre 1998, C-2/97, *IP*, in *Racc.*, p. I – 8597, punto 26).

¹⁷⁸ Vedi la sentenza *Delimitis*, dove la Corte afferma che “*il giudice ha sempre la possibilità, nei limiti del diritto nazionale processuale applicabile e fatto salvo l’articolo 214 del trattato, di informarsi presso la Commissione sullo stato del procedimento che detta istituzione abbia eventualmente iniziato e sulla probabilità che la stessa si pronunci ufficialmente sul contratto controverso in applicazione del regolamento 17. Il giudice a quo può nelle medesime condizioni contattare la Commissione qualora l’applicazione concreta dell’articolo 85, paragrafo 1, o dell’articolo 86 sollevi particolari difficoltà al fine di ottenere i dati economici e giuridici che detta istituzione è in gradi di fornirgli. La Commissione è, in effetti, in forza dell’articolo 5 del trattato tenuta ad un obbligo di leale collaborazione con le autorità giudiziarie degli Stati membri incaricate di vigilare sull’applicazione e sul rispetto del diritto comunitario nell’ordinamento giuridico nazionale (vedi anche ordinanza del 13 luglio 1990, Zwartveld, C-2/88, in *Racc.*, p. I-3365 punto 18). Infine, in ogni caso, il giudice può sospendere il procedimento per sottoporre alla Corte una questione pregiudiziale ai sensi dell’articolo 177 del Trattato*”. Vedi conformemente anche sentenza della Corte di Giustizia, *Hendrik Evert Dijkstra c. Friesland (Frico Domo) Cooperatie Ba e altri*, C-319/93, C-40/94, C-224/94, in *Racc.*, 1995, p. I-4471.

¹⁷⁹ Vedi sentenza della Corte d’Appello di Parigi del 12 settembre 2004, *Peugeot*, primo caso di applicazione del reg. 1/03 in Francia. Si tratta di un caso relativo al settore della distribuzione di veicoli; la Corte si pronuncia su una decisione del *Conseil de la Concurrence* di non luogo a procedere adottata prima dell’entrata in vigore del reg. 1/03 ed avente effetti sul solo mercato nazionale. Nonostante la Commissione avvii l’istruttoria contro *Peugeot* in relazione a fatti che si svolgono sul mercato tedesco e olandese, la Corte d’Appello rifiuta di sospendere il procedimento non solo sulla considerazione che gli

nazionale può perciò, per motivi di certezza del diritto, sospendere il proprio procedimento finché la Commissione non abbia deliberato sul caso.

Qualora, invece, in presenza di una decisione della Commissione, il giudice ritenga che tale pronuncia, alla quale è fatto obbligo di conformarsi, sia illegittima o violi il diritto comunitario, il giudice potrà sollevare la questione innanzi alla Corte di Giustizia in sede di rinvio *ex* articolo 234 TCE¹⁸⁰.

La Commissione invece non è vincolata da una decisione emessa dal giudice nazionale in forza degli articoli 81 e 82 TCE e quindi ha il potere in qualsiasi momento di adottare una decisione su casi individuali in contrasto con i precedenti nazionali.

4. Decentramento e convergenza nel coordinamento tra Autorità, Commissione e giudici nazionali: rinvio all'analisi dei successivi capitoli

Alla luce di quanto detto, nel processo di integrazione europea, il venir meno dell'ultimo baluardo di competenza esclusiva della Commissione, la concessione delle esenzioni di cui all'articolo 81, paragrafo 3, TCE ha contribuito all'evoluzione, o meglio alla normalizzazione, della disciplina dell'applicazione delle regole comunitarie della concorrenza. I principi di cui al regolamento 1/03 (eccezione legale, competenze parallele e convergenza) rappresentano i fondamenti del sistema *antitrust* nel contesto del decentramento, nel pieno rispetto dei principi generali dell'ordinamento comunitario (sussidiarietà, proporzionalità e leale collaborazione).

elementi caratterizzanti la fattispecie in esame in Francia fossero diversi rispetto a quelli del caso all'esame della Commissione e avente effetti in Germania e Paesi Bassi, ma anche in applicazione dell'articolo 16, paragrafo 1 del reg. 1/03. In sostanza, come afferma la sentenza *Masterfoods*, spetta al giudice nazionale la valutazione sulla sospensione del procedimento e sulla decisione da adottare nel caso specifico, salva la proposizione di una questione pregiudiziale alla Corte di Giustizia per l'adozione di una decisione in contrasto con quella della Commissione sul medesimo caso. È stato osservato (Vedi Idiot, *The Application of EC Competition Rules by National Courts, Remarks by a French Academic*, in Eu Commission/IBA Conference - *Antitrust Reforme in Europe: a Year in Practice*, Bruxelles, 10/11 marzo 2005, in www.competition/europa.eu.int) come il richiamo all'articolo 16, paragrafo 1, sia risultato piuttosto irrilevante nonostante il principio dell'uniforme applicazione del diritto comunitario della concorrenza sia stato correttamente fatto valere. Quando la Corte d'Appello di Parigi è chiamata a pronunciarsi sulle decisioni del *Conseil de la Concurrence* non interviene quale corte ordinaria in un sistema di competenze parallele, ma bensì come autorità specializzata. Nel nuovo sistema delle competenze posto in essere del reg., l'allocatione dei casi si realizza in prima battuta all'interno del network, dove l'articolo 9, paragrafo 3 attribuisce un ruolo centrale alla Commissione. Nello stesso ordine di idee sembra porsi la Corte di Giustizia nella sentenza del 31 maggio 2005, *Glaxo*, C-53/03.

¹⁸⁰ È bene ricordare che per le giurisdizioni superiori "avverso le cui decisioni non possa proporsi un ricorso giurisdizionale di diritto interno", in caso di incertezza interpretativa sul diritto comunitario, l'articolo 234 TCE pone l'obbligo di rivolgersi alla Corte di Giustizia.

L'attuazione delle disposizioni di cui al regolamento 1/03 negli ordinamenti degli Stati membri, sia sotto il profilo della convergenza tra legislazione nazionale e legislazione comunitaria, sia sotto l'aspetto dell'applicazione parallela delle due normative direttamente da parte delle Autorità e delle giurisdizioni nazionali, pone questioni di carattere giuridico di importanza fondamentale per l'applicazione efficace e coerente delle norme *antitrust*.

Non sempre, infatti, le disposizioni del regolamento 1/03 sono state chiare e gli strumenti di *soft law* adottati dalla Commissione in attuazione dello stesso, sufficienti a disciplinare il coordinamento tra le Autorità all'interno della rete, e tra le giurisdizioni nazionali e la Commissione (come sarà evidenziata nel Capitolo II). Inoltre, il principio della territorialità della giurisdizione difficilmente si presta ad essere oltrepassato nell'applicazione delle regole comunitarie *antitrust* da parte delle giurisdizioni nazionali e quello dell'autonomia della giurisdizione nazionale rispetto al potere esecutivo ancora più difficilmente può cedere alla proposta della Commissione (contenuta nel Libro Bianco della Commissione sulle azioni a risarcimento del danno, come sarà evidenziato nel Capitolo III) di rendere vincolanti le decisioni delle Autorità nazionali sui casi analoghi sottoposti alla verifica del giudice nazionale.

All'attuazione del regolamento 1/03 da parte dei vari organi istituzionali e al coordinamento tra di loro nei rispettivi settori di competenza (il *public* e il *private enforcement*, rispettivamente per le Autorità e le giurisdizioni nazionali) saranno dedicati i prossimi capitoli del presente elaborato.

CAPITOLO II

IL PUBLIC ENFORCEMENT DEL DIRITTO ANTITRUST:

LA COOPERAZIONE TRA AUTORITÀ GARANTI DELLA CONCORRENZA

NELL'APPLICAZIONE DEGLI ARTICOLI 81 E 82 TCE

1. L'*European Competition Network*: il centro della convergenza normativa e del coordinamento istituzionale nell'applicazione delle regole di concorrenza

Nell'ottica di garantire coerenza normativa e coordinamento istituzionale, il regolamento 1/03 dispone la creazione di una rete tra le Autorità garanti della concorrenza¹⁸¹, il c.d. *European Competition Network* o ECN, che opera secondo principi e normative comuni. Fondamento del *network* è il decentramento e il sistema delle competenze parallele (esteso anche all'articolo 81, terzo comma) ai sensi del quale Autorità garanti e Commissione sono insieme competenti ad applicare le regole di concorrenza in tutto il territorio dell'Unione e che richiede, per una completa efficacia, l'interoperabilità tra le istituzioni demandate al controllo della corretta applicazione delle regole *antitrust*.

La collaborazione si sviluppa non soltanto a livello verticale, tra sistema comunitario e sistema nazionale, fenomeno già parzialmente previsto dal regolamento 17/62, ma anche a livello orizzontale, tra sistemi nazionali *antitrust*, mediante lo scambio di informazioni e l'assistenza reciproca nella lotta ai cartelli¹⁸². Il superamento dei limiti della dimensione statale in cui le Autorità agiscono proietta le stesse nell'ambito

¹⁸¹ Vedi M. T. Maggiolino, *Il progetto di regolamento comunitario in materia di procedure di applicazione degli articoli 81 e 82*, in *Conc. merc.*, 9/2001, 281 ss.

¹⁸² Sulla cooperazione verticale ed orizzontale nel sistema delle autorità garanti, vedi, oltre alla dottrina indicata alla nota 1 del Capitolo I, anche Argentati A., *L'organizzazione comunitaria delle autorità garanti della concorrenza*, in *Giornale di Diritto Amministrativo*, n. 11/2003, p. 1201; Berruti G.M., *La nuova cooperazione attiva tra istituzioni comunitarie, antitrust nazionali e giudici nel regolamento comunitario n. 1/2003*, in *Il Corriere giuridico*, 2004, p. 115 e ss.; Cassinis P., *La riforma della modernizzazione ed i meccanismi a garanzia della coerenza applicativa della disciplina comunitaria della concorrenza*, in Raffaelli E. A. (a cura di), *op. cit.*, 2005, p. 477 e ss.; D'Alberti M., *La "rete europea di concorrenza" e la costituzione del diritto antitrust*, in Raffaelli E. (a cura di), *op. cit.*, 2004, p. 35 e ss.; Darmon M., Racllet A., *A propos du règlement 1/2003: quelques réflexions sur la situation des entreprises face au renforcement des pouvoirs de la Commission*, in Mourre A. (sous la direction de), *Le nouveau droit communautaire de la concurrence*, Paris, Bruxelles, 2004, p. 185 e ss.; Guerri E., *L'applicazione del diritto antitrust in Italia dopo il Regolamento CE n. 1/2003*, Giappichelli, Torino, 2005; Siragusa M., Faella G., *The Implementation of Competition Rules in the Two Years since Modernisation*, in Raffaelli E.A., *op. cit.*, 2007, p. 13 e ss.

comunitario¹⁸³ ed evidenzia la necessità di regole comuni volte a orientare l'attività nazionale di tutela della concorrenza.

Nell'obiettivo di analizzare il funzionamento del sistema di applicazione delle regole *antitrust* alla luce della prassi sarà opportuno, innanzitutto, definire l'ambito soggettivo di applicazione delle norme sulla cooperazione all'interno della rete. Gli Stati membri si sono adoperati, infatti, qualora ne fossero stati sprovvisti, a individuare l'organo destinatario di tali norme, deputato, a livello interno, a tutelare la concorrenza.

In secondo luogo, saranno analizzati i principi sul funzionamento della rete ai sensi del regolamento 1/03 e le modalità della cooperazione ai sensi della Comunicazione della Commissione sul tema, adottata ex articolo 33 (*Disposizioni d'esecuzione*)¹⁸⁴. Al fine di valutare la convergenza del sistema, sarà dato maggiore spazio al ruolo di orientamento e direzione dell'applicazione delle regole comunitarie della concorrenza attribuito alla Commissione. In un sistema di competenze parallele, infatti, la decisione di disciplinare la materia con regole di *soft law*, e il ruolo marginale di intervento della Corte di Giustizia (esclusivamente ai sensi dell'articolo 234 TCE) lascia ampi spazi alle Autorità nazionali nell'individuazione dei limiti dell'intervento *antitrust* e facilmente potrà produrre divergenze interpretative.

Infine, l'analisi della prassi di applicazione delle norme sul coordinamento sarà trasversale e prenderà in considerazione l'attività della Commissione e delle Autorità nazionali, alla luce dei poteri che sono stati attribuiti *ex novo* o implementati dal regolamento 1/03. In particolare, poiché l'articolo 5 non definisce il contenuto degli stessi, i legislatori nazionali hanno adeguato, nella maggior parte dei casi, i poteri delle

¹⁸³ La Commissione ha definito nel Progetto di comunicazione sulla procedura applicabile alle denunce presentate alla Commissione ai sensi degli articoli 81 e 82 del Trattato CE, la posizione delle Autorità all'interno della rete quali "Autorità pubbliche di esecuzione della Comunità", paragrafo 20. Allo stesso modo, il Consiglio di Stato ha incidentalmente osservato che il reg. 1/03 "qualifica - a tutti gli effetti - l'Autorità nazionale come organo nazionale operante in funzione comunitaria" (Vedi Sentenza del Consiglio di Stato del 18 gennaio 2005, n. 1113, S.E.C.I. - Co. Pro.B. - Finbieticola/Eridania). Diversamente vedi F. Pace, *op. cit.*, p. 154, secondo il quale la Commissione non individua nelle Autorità nazionali *antitrust* organi della CE, ma organi statali che partecipano al sistema *antitrust*, o meglio istituzioni subordinate alle necessità poste dall'ordinamento comunitario a tutela della concorrenza.

¹⁸⁴ Ai sensi di tale articolo, infatti, la Commissione è autorizzata ad adottare qualsiasi disposizione utile ai fini dell'applicazione del presente regolamento. Tali disposizioni possono in particolare riguardare:

- a) la forma, il contenuto e le altre modalità delle denunce presentate ai sensi dell'articolo 7, e la procedura applicabile per il rigetto delle denunce;
- b) le modalità dello scambio di informazioni e di consultazione di cui all'articolo 11;
- c) le modalità delle audizioni di cui all'articolo 27.

proprie Autorità nazionali ai poteri conferiti alla Commissione al fine di garantire convergenza tra le normative nazionali e la normativa comunitaria.

In tale sistema, in cui margini di incertezza permangono, occorrerà analizzare dunque se a tale convergenza normativa sia corrisposta anche una convergenza interpretativa nell'applicazione delle norme comunitarie.

1.1. L'ambito soggettivo di applicazione delle regole sul funzionamento dell'ECN: la designazione delle Autorità garanti della concorrenza degli Stati membri

Ai sensi dell'articolo 35 del regolamento 1/03, entro il 1 maggio 2004, gli Stati Membri designano l'Autorità o le Autorità garanti della concorrenza responsabili dell'applicazione degli articoli 81 e 82, “*in modo da garantire un'efficace conformità alle disposizioni del regolamento*” e individuano le misure necessarie per conferire a tali Autorità il potere di applicare detti articoli. Tale designazione non riveste un carattere meramente formale, ma è volta ad individuare espressamente le Autorità nazionali destinatarie delle disposizioni sulla rete¹⁸⁵.

Sulla scorta di tale norma, alcuni Stati membri, come Belgio e Irlanda, hanno provveduto a designare espressamente quali debbano intendersi “*Autorità garanti della concorrenza*” ai sensi del regolamento 1/03, mentre altri, come l'Italia e la Francia, non hanno provveduto alla designazione specifica richiesta dall'articolo 35¹⁸⁶, sulla considerazione che l'AGCM e il *Conseil de la Concurrence* già avevano il potere di applicare direttamente gli articoli 81 e 82.

¹⁸⁵ Vedi Stocchi C., *Articolo 35: Designazione delle autorità garanti della concorrenza degli Stati membri*, in Adinolfi A., Daniele L., Nascimbene B., Amedeo S., *L'applicazione del diritto comunitario della concorrenza, Commentario al regolamento (CE) n. 1/2003 del Consiglio del 16 dicembre 2002*, Giuffrè, Milano, 2007, p. 417, dove l'Autore sostiene che non sia un caso la scelta del legislatore comunitario di prevedere un vero e proprio obbligo di designazione delle autorità nazionali in quanto la precisa individuazione degli organi destinatari delle norme, definisce chiaramente l'ambito di applicazione “soggettivo” delle norme sulla rete e garantisce che queste applichino coerentemente e secondo i dettami del regolamento 1/03 le regole di concorrenza comunitaria.

¹⁸⁶ Come già evidenziato nel capitolo precedente l'articolo 54, 5 comma della legge comunitaria 1994 ha indicato l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato quale organismo competente ad applicare l'articolo 81, 1 comma e l'articolo 82, secondo i poteri e le procedure di cui alla legge 287/1990. Sul tema vedi, inoltre, Auteri P., *I rapporti tra la normativa italiana e quella comunitaria dopo la legge comunitaria 1994*, in *Contratto e Impresa / Europa*, 1996, p. 535 e ss.; Rossi F., *La “legge comunitaria” per il 1994 e le nuove norme in materia di concorrenza*, in *Riv. it. dir. pubbl. comun.*, 1996, p. 1355 e ss.

Esiste comunque una differenza di fondo tra la diretta applicabilità delle norme comunitarie della concorrenza, riconosciuta anche alle giurisdizioni nazionali, e l'individuazione delle Autorità che istituzionalmente sono destinatarie delle regole sul funzionamento della rete. Queste ultime norme, infatti, sono rivolte soltanto a quegli organi che ne sono, a livello interno, espressamente indicati quali diretti destinatari. È chiaro che tale sistema potrebbe ingenerare ancora più confusione in quegli Stati membri, come la Finlandia o la Svezia, dove le Autorità garanti della concorrenza non sono organi amministrativi ma giurisdizionali¹⁸⁷.

In linea generale, prendendo in esame la struttura delle varie Autorità nazionali e secondo la distinzione della Commissione nella Comunicazione sul funzionamento della rete, è possibile isolare tre tipologie di base¹⁸⁸. Il primo modello, il c.d. modello unitario, è caratterizzato da una sola Autorità di natura amministrativa con poteri di accertamento e di decisione¹⁸⁹. Il secondo, il c.d. modello dualista, invece, è caratterizzato da una suddivisione di tali poteri tra il Ministero dell'Economia, con un dipartimento deputato alla concorrenza e un'Autorità amministrativa indipendente¹⁹⁰.

¹⁸⁷ Il considerando 35 del regolamento 1/03, evidenzia come il regolamento riconosca “*le ampie differenze che esistono nei sistemi pubblici dei vari Stati membri preposti all'applicazione della legge*”, a tal punto che consente, secondo la tradizione dei diversi paesi che siano autorità amministrative o giurisdizionali, le “*Autorità garanti della concorrenza*” da designare ai sensi dell'articolo 35. È chiaro che il regolamento 1/03 non ha inteso obbligare gli Stati membri ad un'uniformità impossibile da attuare avendo ad oggetto autorità *antitrust* ormai istituzionalizzate e in funzione da tempo.

¹⁸⁸ Ai sensi del punto 2 della Comunicazione della Commissione sulla cooperazione nell'ambito della rete, “*la struttura delle autorità garanti della concorrenza vari[a] a seconda degli Stati membri. In alcuni Stati membri vi è un unico organismo competente per la conduzione delle indagini e per l'adozione di tutti i tipi di decisioni. In altri Stati membri, le funzioni sono attribuite a due organismi distinti, uno competente per le indagini e l'altro, spesso un organo collegiale, responsabile dell'adozione delle decisioni. Infine, in taluni Stati membri, le decisioni di divieto e/o le decisioni di infliggere una sanzione possono essere adottate solo da un organo giurisdizionale: un'altra autorità garante della concorrenza riveste compiti di pubblico ministero e sottopone il caso ai giudici*”.

¹⁸⁹ È la struttura adottata in (i) Bulgaria, (ii) Repubblica Ceca, (iii) Danimarca (*Konkurrencestyrelsen*), (iv) Germania (*Bundeskartellamt*), (v) Estonia, (vi) Grecia, (vii) Italia, (viii) Cipro, (ix) Lettonia, (x) Lituania, (xi) Ungheria (*MAGYARORSZÁG*), (xii) Malta (*Office for Fair Competition*), (xiii) Paesi Bassi (*Nederlandse Mededingingsautoriteit, NMa*), (xiv) Austria (*Bundeswettbewerbsbehörde*), (xv) Polonia, (xvi) Portogallo (*Autoridade de Concorrência*), (xvii) Romania, (xviii) Slovenia, (xix) Slovacchia e (xx) Regno Unito (*Office of Fair Trading*).

¹⁹⁰ È la struttura utilizzata in (i) Belgio, con la *Direction générale de la concurrence* e un *Conseil de la Concurrence*, (ii) Spagna, con la *Comisión Nacional de la Competencia* e una *Dirección de Investigación Comisión Nacional de la Competencia*, (iii) Francia, *Ministère de l'Economie, des Finances et de l'Industrie - D.G. de la Concurrence, de la Consommation et de la Répression des Fraudes* e un *Conseil de la Concurrence*, (iv) Lussemburgo, *Ministère de l'Economie et du Commerce Extérieur – Inspection de la Concurrence* e un *Conseil de la Concurrence*.

Infine, il c.d. modello giurisdizionale è caratterizzato da un organo giurisdizionale a garanzia della concorrenza¹⁹¹.

1.2. Le regole di funzionamento dell'ECN: l'allocazione dei casi tra i membri della rete e il principio della *well placed Authority*

Le modalità con le quali le Autorità e la Commissione coordinano la loro attività è definita dalla Comunicazione della Commissione sul funzionamento della rete¹⁹². Il regolamento 1/03 non ha, infatti, proposto alcun criterio di allocazione dei casi tra di esse, né tantomeno un preciso meccanismo di risoluzione dei conflitti di attribuzione in seno alla rete¹⁹³. Con riferimento a questi temi, il Libro Bianco del 99, prima ancora, ha indicato in via generica la necessità di adottare un sistema di allocazione dei casi basato sul criterio del luogo di produzione degli effetti dell'intesa e il mantenimento in capo alla Commissione del ruolo di direzione dell'attività decisionale delle Autorità interne¹⁹⁴.

Il criterio dell'allocazione dei casi tra i membri della rete è quello della *well placed Authority*. Posto che tutte le Autorità sono competenti ad applicare le regole comunitarie della concorrenza – secondo il principio delle competenze parallele –, è possibile che l'Autorità posta nella posizione territorialmente migliore (appunto, la *best placed Authority*) non sia quella capace di porre termine all'infrazione. Perciò, nel disporre le regole per l'individuazione dell'Autorità competente, oltre alla necessità che l'intesa produca “*sensibili effetti diretti, attuali o prevedibili, sulla concorrenza nell'ambito del suo territorio, ovvero viene ivi attuata o ha origine*”, la Commissione enuncia ulteriori condizioni cumulative: l'Autorità deve essere in grado di far cessare efficacemente

¹⁹¹ E' la struttura utilizzata in (i) Irlanda, con l'*Irish Competition Authority*, (ii) Finlandia, (iii) Svezia (*Konkurrensverket*). In particolare in Irlanda è prevista una netta distinzione tra l'organo amministrativo dotato dei soli poteri di indagine e sorveglianza e l'autorità giurisdizionale, l'unica munita del potere di decisione e di infliggere sanzioni in caso di violazione delle norme in materia di concorrenza. Questa peculiarità deriva dal fatto che nel sistema irlandese la violazione del *Competition Act* del 2002 ovvero degli articoli 81 e 82 TCE costituisce “*criminal offence*”.

¹⁹² 2004/C 101/03. Sul dibattito intorno all'opportunità di semplici indicazioni o piuttosto criteri chiari e precisi, antecedentemente all'adozione del regolamento 1/03 e della Comunicazione della Commissione sul funzionamento del *network*, vedi F. Ghezzi, *op. cit.*, 5, e J. H. J. Bourgeois, *op. cit.*, 11.

¹⁹³ Il punto C, 1, lett. a) della proposta di regolamento 1/03, cit. nota 3, prevedeva la creazione della rete quale «*infrastruttura per lo scambio reciproco di informazioni e di assistenza*» finalizzata a garantire «*una ripartizione ottimale dei casi sul principio che essi dovranno essere trattati dall'Autorità più indicata*».

¹⁹⁴ Cfr. n. 96-97 Libro Bianco, vedi nota 3.

l'infrazione, nonché di raccogliere le prove necessarie per dimostrare la sussistenza della violazione¹⁹⁵.

Tali condizioni sono subordinate al fatto che la Commissione non sia nella posizione migliore per intervenire. Ciò si verifica quando uno o più accordi o pratiche concordate incidono sulla concorrenza in più di tre Stati membri (ad es. mercati transfrontalieri o diversi mercati nazionali), quando i casi presentano una stretta relazione con altre disposizioni comunitarie che possono essere applicate esclusivamente o più efficacemente dalla Commissione, o se l'interesse della Comunità impone l'adozione di una decisione centrale per adeguare la politica della concorrenza a problemi nuovi o per assicurare un'applicazione efficace delle regole in materia¹⁹⁶.

1.2.1. Il coordinamento ex ante: la cooperazione orizzontale tra Autorità e verticale tra Autorità e Commissione all'interno della rete

Il regolamento 1/03 individua generali strumenti di coordinamento *ex ante* tra le Autorità volti a evitare eventuali divergenze in seno alla rete. Mira a consolidare il senso di reciproca responsabilità delle Autorità l'articolo 11, laddove enuncia, al paragrafo 1, il principio della stretta collaborazione tra Commissione e Autorità nell'applicazione delle regole comunitarie *antitrust*. Nel rispetto di tal principio, i successivi paragrafi del regolamento esplicitano le modalità della cooperazione¹⁹⁷.

Al fine di informare le Autorità dei procedimenti avviati a livello comunitario e aventi come destinatari imprese situate sul loro territorio, la Commissione trasmette immediatamente agli organi nazionali copia dei principali documenti relativi alle sue decisioni, nonché di ogni altro documento richiesto per la valutazione della pratica. In tal modo, le Autorità possono formulare osservazioni o respingere eventuali denunce sul medesimo caso, in quanto avviate dalla stessa Commissione.

Qualora siano le Autorità a intervenire su un presunto illecito, d'ufficio o su denuncia, esse devono informare la Commissione per iscritto, prima o immediatamente dopo

¹⁹⁵ Punto 8 della Com.101/04.

¹⁹⁶ Punti 14 e 15 della Com., cit.

¹⁹⁷ Come evidenzia M. T. Maggiolino, *op. cit.*, 297, si sostituisce alla semplice collaborazione una vera e propria forma di mutua cooperazione; a testimonianza del cambiamento, il regolamento 17/62 parla di un «collegamento stretto e costante» tra Commissione e Autorità nazionali, ben diverso dalla «stretta collaborazione» di cui al regolamento 1/03.

l'avvio della prima misura formale di indagine, per poi consultarla preliminarmente qualora volessero adottare una decisione volta a ordinare la cessazione di un'infrazione, ad accettare impegni o a revocare l'applicazione di un regolamento di esenzione per categoria. A tal fine, le Autorità nazionali sono tenute a trasmettere alla Commissione, al più tardi un mese prima dell'adozione di una decisione, una presentazione del caso in questione con l'indicazione del provvedimento previsto, o, in mancanza, allegando qualsiasi altro documento che esponga la linea d'azione proposta¹⁹⁸.

Sussiste, perciò, in capo alle Autorità, un obbligo informativo generale nei confronti della Commissione su tutti i casi di applicazione degli articoli 81 e 82 (*ex* articolo 11, paragrafo 3), un obbligo di consultazione preliminare qualora il caso sembri condurre a decisioni aventi contenuti particolarmente coercitivi (*ex* paragrafo 4) e una facoltà di consultazione su qualsiasi altro caso di applicazione del diritto comunitario *antitrust* (*ex* paragrafo 5).

In sostanza, la Commissione ha ritenuto opportuno distinguere tra mera facoltà e obbligo di consultazione in relazione, rispettivamente, a decisioni di non intervento (c.d. *non-action* – rigetto della denuncia o archiviazione) e decisioni che ordinano la cessazione dell'infrazione, pongono impegni o revocano un'esenzione per categoria¹⁹⁹. Ciò in quanto le prime, in linea di principio, sembrano vincolare soltanto l'Autorità che le ha emesse e non precluderebbero né eventuali azioni successive da parte di un'altra Autorità nazionale né l'esame dei tribunali nazionali in seguito a un'azione da parte dei privati interessati, mentre le seconde pongono particolari conseguenze²⁰⁰.

¹⁹⁸ Secondo il documento pubblicato sul sito della Commissione e allegato alla relazione annuale della Commissione sull'attività svolta nel 2007, Brussels, 16 June 2008 - SEC(2008) 2038 - *COMMISSION STAFF WORKING DOCUMENT, Annex to the Report on Competition Policy 2007*, {COM(2008) 368}, la Commissione è stata informata di circa 140 nuove istruttorie avviate dalle Autorità nazionali nel 2007. Fra i nuovi casi di cui la Commissione è stata informata ai sensi dell'articolo 11, paragrafo 3, circa il 45% è relativo all'applicazione dell'articolo 81 TCE, il 31.5% concerneva l'applicazione dell'articolo 82 TCE e il 23.5% l'applicazione di entrambi gli articoli 81 e 82 TCE.

¹⁹⁹ Secondo il documento citato nella nota precedente, la convergenza dei poteri conferiti alle autorità nazionali ha comportato l'utilizzo sempre più diffuso di strumenti diversi, per esempio il potere di adottare decisioni con rimedi ai sensi dell'articolo 9 regolamento 1/03. Conseguentemente, un significativo aumento di tali decisioni ha comportato un proporzionale aumento delle decisioni comunicate alla Commissione ai sensi dell'articolo 11(4) del regolamento 1/03.

²⁰⁰ Il regolamento 1/03, in continuità con il sistema del regolamento 17/62, prevede un sistema di coordinamento tra Commissione e Autorità prima di procedere all'accertamento dell'infrazione sul territorio di uno Stato membro. La Commissione, prima di effettuare gli accertamenti di cui all'articolo 23, avvisa in tempo utile l'Autorità dello Stato membro nel cui territorio essi devono essere compiuti. Gli agenti nazionali, su domanda dell'Autorità competente o della Commissione, prestano attivamente assistenza agli agenti e alle altre persone autorizzati dalla Commissione. In caso l'impresa si opponga ad un accertamento, lo Stato membro interessato presta agli agenti della Commissione l'assistenza necessaria

Non è comunque previsto che, una volta esercitati la facoltà o il dovere informativo/consultivo dell’Autorità nazionale, la Commissione debba formulare un parere formale, lasciando che la discussione si svolga su un piano informale e interno alla rete. Anzi, la Comunicazione della Commissione precisa che essa cercherà di esprimersi nel più breve tempo possibile, ma che, laddove sia scaduto il termine di trenta giorni senza che la Commissione abbia avviato il procedimento, l’Autorità nazionale potrà adottare la sua decisione.

Ne deriva che al potere della Commissione di formulare osservazioni, non corrisponde l’obbligo delle Autorità nazionali di dare loro riscontro²⁰¹.

per l’esecuzione degli accertamenti, ricorrendo se del caso alla forza pubblica o a un’ autorità equivalente incaricata dell’applicazione della legge. Sarà l’autorità giudiziaria nazionale a controllare l’autenticità della decisione della Commissione e a verificare che le misure coercitive previste non siano né arbitrarie né sproporzionate rispetto all’oggetto degli accertamenti. L’autorità giudiziaria nazionale potrà a tal fine chiedere alla Commissione, direttamente o attraverso l’autorità della concorrenza dello Stato membro, una spiegazione dettagliata, in particolare, dei motivi per i quali la Commissione sospetta un’infrazione nonché della gravità della stessa. Tuttavia l’autorità giudiziaria nazionale non può né mettere in discussione la necessità degli accertamenti né chiedere che siano fornite informazioni contenute nel fascicolo della Commissione. Il controllo della legittimità della decisione della Commissione è riservato alla Corte di giustizia.

²⁰¹ A tal riguardo occorre osservare che la Commissione nel 2007 ha rivisto ed espresso la sua opinione in un numero rilevante di casi sottoposti al suo esame da parte delle Autorità nazionali ai sensi dell’articolo 11(4) o a seguito di una richiesta informale. Secondo il documento pubblicato sul sito della Commissione e allegato alla relazione annuale della Commissione sull’attività svolta nel 2007, *cit.* alla nota 19, punto 455, 56 e 57 “*These cases related to a broad range of infringements in different sectors of the economy. Cases dealt with by NCAs are often related to the Commission’s own enforcement action.*

For example, the French competition authority accepted commitments from Citroën concerning competition concerns that were closely related to those addressed by the Commission in its decisions involving Toyota, Fiat, DaimlerChrysler and GM. Similarly, both the Commission and a number of NCAs have investigated multilateral interchange fees in different contexts. These types of cases call for very close cooperation in order to achieve maximum consistency, for the benefit of undertakings that want a level playing field”.

La Commissione precisa che “*however, that the Network aims at coherence, not absolute uniformity. Ensuring an overall level playing field for European business is achieved when the same type of arguments and considerations govern enforcement action by ECN members. Market specific or case-specific elements may result in a different outcome for cases that might initially appear to be the same. Different ECN members may also opt for different instruments – such as prohibition or commitment decisions – to address the concern identified*”. A tal riguardo, “*for example, in 2007 the German NCA informed the Commission of its commitment decisions in respect of long-term gas supply agreements. These decisions are modelled on the E.ON Ruhrgas decision of the German NCA which, in essence, prohibited E.ON Ruhrgas from continuing the existing gas supply agreements and from concluding new agreements with regional and local gas resellers, if they exceed a two-year duration for a capacity coverage of more than 80% of the resellers’ needs and if they exceed a four-year duration for a capacity coverage between 50 and 80%. These German gas cases may invite comparison with the Commission’s commitment decision in the Distrigas case (see I.A.2.3.2. above). From the Commission’s perspective, the approach adopted in both instances is an example of coherent application that follows common principles without seeking absolute uniformity of outcome. Both the Commission and the NCA looked at the overall foreclosure effect of the agreements under scrutiny, and a major element of their analysis was the consideration of the market coverage of such agreements. The outcome in both cases is adapted to the specific features of the undertakings and markets concerned and takes account of the ability of the undertakings concerned to implement the commitments”.*

Nell'ottica di devolvere le responsabilità alla rete, tale norma attribuisce alle Autorità nazionali la facoltà di inviare le medesime informazioni agli altri membri della rete, lasciando alla discrezionalità amministrativa la scelta di far circolare i dati relativi ai casi avviati²⁰². La dottrina ha ammesso la competenza a diffondere il materiale all'interno del *network*, oltre che in capo all'Autorità procedente, anche in capo all'organo comunitario²⁰³.

È chiaro che, come è stato osservato²⁰⁴, tale sistema di coordinamento *ex ante* mediante l'inserimento di un tale circuito sembra assoggettare ciascuna Autorità a una sorta di *peer review*, e cioè a un controllo di fatto reciproco e paritario tra le Autorità nazionali che concorre a risolvere, almeno in parte, il problema della responsabilità delle Autorità nazionali delle loro decisioni.

1.2.2. Il coordinamento *ex post*: il potere di avocazione della Commissione

Ai sensi dell'articolo 11, paragrafo 6, la Commissione, quale autorità incaricata dal Trattato (*ex* articolo 85 TCE) di vigilare sull'applicazione dei principi concorrenziali, potrà in qualsiasi momento adottare decisioni individuali. Tale norma, nel coordinare l'attività della Commissione e delle Autorità *antitrust* nel rispetto del principio di sussidiarietà, stabilisce che l'avvio di un procedimento da parte della prima priva le seconde della competenza ad applicare gli articoli 81 e 82. Il potere di avocazione della Commissione si esercita non soltanto nel caso in cui sia essa la prima Autorità a proporre l'azione, ma anche qualora una o più Autorità nazionali abbiano all'esame un determinato caso e abbiano provveduto a informarne la rete nei primi due mesi di avvio

²⁰² Cfr. P. Lowe, *The Role of the Commission in the Modernisation of EC Competition Law*, Speech at the UKAEL Conference on *Modernisation of EC Competition Law: Uncertainties and Opportunities*, 23 gennaio 2004 - *Cooperation between the Competition Authorities in the EU*, for the "Law in transition" journal (EBRD), 2004 - *Current issues of Eu Competition Law – The New Competition Enforcement Regime, Key Lecture at the Study Days of the International League of Competition Law*, 2/10/2003, Barcellona - in www.europa.eu.int/comm/competition/speeches, il quale ritiene che l'attuazione di tale disposizione si realizzerà mediante la predisposizione di un sistema computerizzato sicuro, accessibile soltanto ai membri della rete. Inoltre, l'applicazione dell'articolo 11, c. 4 necessita della creazione di un'apposita unità all'interno della DG Concorrenza della Commissione (DGComp) che agirà come «*contact point for all national authorities also for informal consultations*» al fine di assicurare «*a coherent and consistent application of the European competition law by national competition authorities*».

²⁰³ Vedi U. Ubertazzi, *op. cit.*, 2115.

²⁰⁴ Catricalà A., *op. cit.*, p. 2.

dell'istruttoria (periodo indicativo). In tal caso, sussiste in capo alla Commissione un obbligo di consultazione dell'Autorità precedente; in sua mancanza, la Commissione non potrà esercitare il potere di avocazione.

Dopo la fase dell'attribuzione, la Commissione potrà avocare a sé un'indagine in corso soltanto qualora sussista un contrasto tra i membri della rete sullo stesso caso o tra una decisione di uno di questi e la giurisprudenza consolidata²⁰⁵, oppure qualora l'Autorità nazionale prolunghi indebitamente un procedimento o non si opponga all'esercizio del potere di avocazione della Commissione²⁰⁶, o, infine, nel caso in cui l'efficace applicazione della politica concorrenziale comunitaria prediliga la risoluzione del caso da parte della Commissione²⁰⁷.

Nonostante l'intero sistema sia basato sul ruolo ancora centrale della Commissione nel definire le regole di applicazione delle norme *antitrust*, l'inserimento di particolari condizioni cui subordinare l'esercizio del potere centrale è volto a ripristinare l'equilibrio tra le Autorità di garanzia all'interno del *network*.

Nel rispetto dell'uniformità del diritto, il regolamento 1/03 pone in capo alla Commissione l'unico meccanismo automatico e obbligatorio di attribuzione dei casi, finalizzato a semplificare il funzionamento della rete e a ridurre il rischio di decisioni conflittuali nel rispetto della convergenza tra i due ordinamenti nel sistema delle competenze parallele.

1.2.2.1. La facoltà di sospensione dei procedimenti avviati dalle Autorità nazionali

Diversi invece, in quanto di carattere volontario, i meccanismi sospensivi di cui all'articolo 13, in forza dei quali il fatto che un'Autorità nazionale stia esaminando o abbia esaminato un procedimento avviato in seguito a denuncia o d'ufficio, costituisce

²⁰⁵ Per “*giurisprudenza consolidata*” la Commissione intende non soltanto i principi enunciati dagli organi giurisdizionali comunitari, ma anche le decisioni e i regolamenti precedenti della Commissione, vedi Com. 101/04, punto 54.

²⁰⁶ È difficile ipotizzare l'opposizione di un'Autorità nazionale nei confronti della Commissione data la presenza di alcune clausole generali che ne salvaguardano il ruolo centrale di direzione e coordinamento della politica comunitaria della concorrenza *ex* articolo 86 TCE.

²⁰⁷ Secondo il documento pubblicato sul sito della Commissione e allegato alla relazione annuale della Commissione sull'attività svolta nel 2006, Brussels, 16 June 2008 - SEC(2008) 2038 - *COMMISSION STAFF WORKING DOCUMENT, Annex to the Report on Competition Policy 2007*, {COM(2008) 368}, il potere di avocazione non è mai stato utilizzato dalla Commissione.

per le altre Autorità e per la Commissione motivo sufficiente per sospendere il procedimento o per respingere una denuncia relativa a uno stesso caso.

Il conferimento di una mera facoltà di sospensione in capo alle Autorità attribuisce alla rete il compito di valutare l'interesse a procedere di ciascun organo e di individuare l'Autorità nella migliore posizione per intervenire, ma non elimina l'eventualità di procedimenti paralleli relativi a medesime fattispecie. Il principio delle competenze parallele implica, perciò, una responsabilità in capo alla rete nella scelta dell'Autorità competente.

In ogni caso, la Commissione individua, quale principio guida nell'allocatione dell'illecito *antitrust*, quello del “*one stop shop*”, secondo il quale ogni fattispecie sarà valutata in via definitiva da un unico soggetto, quello nella posizione migliore per giudicare il caso. Ciò al fine di evitare un'intrusione delle parti nella scelta dell'Autorità giudicante e una molteplicità di decisioni definitive²⁰⁸.

2. Decentramento, coordinamento istituzionale e convergenza interpretativa

Nonostante il sistema sin qui delineato sia fondato sul coordinamento tra la Commissione e le Autorità nazionali e sia volto ad evitare difformità nell'interpretazione delle regole di concorrenza, la convergenza dell'applicazione di tali regole rimane comunque il nodo centrale della nuova disciplina. Alla luce del principio delle competenze parallele, infatti, tali Autorità condividono non solo il compito di incrementare l'applicazione delle regole comunitarie della concorrenza coerentemente con i principi stabiliti dalla prassi e dalla giurisprudenza a livello comunitario, ma anche il compito di individuare i limiti dell'intervento in materia *antitrust*. Il coinvolgimento attivo delle Autorità nella definizione dei confini di tale intervento rappresenta perciò il maggiore limite del *public enforcement* delle regole comunitarie della concorrenza.

Sono, infatti, assenti nel regolamento strumenti volti ad evitare un *conflitto negativo* di competenze fra le Autorità nazionali e la Commissione, che mantengono,

²⁰⁸ In dottrina esiste un generale accordo sulla necessità di rispettare questo principio. Un esempio di applicazione del principio si ha in sede di riattribuzione dei casi, qualora l'Autorità che riceve la denuncia o avvia d'ufficio il procedimento, in linea di principio, responsabile del caso, non ritenga di essere nella posizione idonea a intervenire o altre Autorità ritengano di esserlo. In tal caso, la riattribuzione dell'indagine da parte della rete si effettuerà, ogni qual volta sia possibile, in capo all'Autorità posta nella posizione più idonea per intervenire. La riattribuzione del caso da parte della rete potrà avvenire soltanto nella fase iniziale del procedimento, vedi articolo 7 della Com. 101/04.

rispettivamente, ai sensi del considerando 18 e dei successivi articolo da 7 a 10 e dell'articolo 5, ultimo comma, del regolamento, la discrezionalità circa il se intervenire avverso una sospetta pratica concorrenziale²⁰⁹. Tale discrezionalità tipica dell'organo amministrativo caratterizza l'attività della Commissione nella procedura di infrazione e a fronte dell'adozione delle più diverse decisioni, come sarà spiegato di seguito.

Il coordinamento all'interno della rete rappresenta sicuramente un importante punto di confronto per l'attività delle Autorità e i modelli di comportamento nella persecuzione dell'infrazione che la stessa Commissione propone nel garantire un comune orientamento nell'interpretazione delle norme comunitarie e un controllo dell'attività degli organi decentrati²¹⁰. Infatti, le stesse norme del regolamento assicurano la

²⁰⁹ Tale sistema ha portato alcuni autori ad affermare che le Autorità nazionali hanno acquisito un ruolo di "organi periferici dell'esecutivo comunitario". L'AGCM è stata assimilata ad un "organo di decentramento delle competenze della Commissione" da Merusi F., *Democrazia e Autorità Indipendenti. Un romanzo quasi giallo*, Bologna, 2007, p. 75. Lo stesso autore, in un'altra pubblicazione osserva peraltro come i poteri esercitati dalle autorità amministrative indipendenti nazionali non siano più "un problema di diritto interno ai singoli ordinamenti, ma [...] un problema di diritto comunitario", in Merusi F., *Le leggi del mercato. Innovazione comunitaria e autarchia nazionale*, Bologna 2002, p. 97. Vedi anche Menegazzi Munari F., *L'Autorità italiana garante della concorrenza e del mercato e l'applicazione decentrata della disciplina comunitaria della concorrenza*, in Cavalieri P, Delle Vedove G., Duret P. (a cura di), *Autorità indipendenti ed agenzie, una ricerca giuridica interdisciplinare*, Cedam, 2003, p. 387, secondo la quale l'AGCM, dopo l'attribuzione di competenze decentrate con la legge comunitaria 1994, "opera non solo e non tanto in qualità di autorità nazionale autonoma, preposta alla gestione e al controllo delle operazioni antitrust strettamente statali, ma anche in qualità di organo sussidiario dell'esecutivo comunitario, nell'espletamento delle operazioni antitrust a livello europeo".

²¹⁰ Sul ruolo della Commissione vedi Gerber D.J., *Modernising European Competition Law, A Development Perspective*, in *European Competition Law Review*, 2001, p. 122 e ss. In particolare, il potere di avocazione della Commissione dei casi ai sensi dell'articolo 11, paragrafo 6, del regolamento 1/03, nonché il potere della Commissione di procedere ad indagini settoriali rappresentano strumenti importanti di indirizzo della politica di concorrenza. In particolare, ai sensi dell'articolo 17 del regolamento 1/03, la Commissione può procedere ad una indagine in un settore specifico dell'economia o nell'ambito di un tipo particolare di accordi in vari settori "se l'evoluzione degli scambi fra Stati membri, la rigidità dei prezzi o altre circostanze fanno presumere che la concorrenza può essere ristretta o falsata all'interno del mercato comune". A tal fine, la Commissione può, nel corso dell'indagine, richiedere alle imprese interessate di fornire informazioni e svolgere accertamenti, nonché chiedere che vengano comunicati tutti gli accordi, decisioni e pratiche concordate rientranti nell'ambito di applicazione degli articoli 81 e 82. La Commissione, una volta avviata l'indagine, ha ampi poteri inquirenti che sono stati rinforzati con la riforma, con la previsione di irrogare sanzioni in caso di violazione. Al termine dell'indagine, può pubblicare una relazione sui risultati raggiunti e invitare le parti interessate a presentare le loro osservazioni. La centralità di tal potere si ravvisa nel considerevole numero (specie rispetto al passato) di indagini avviate dalla Commissione nel corso del 2005, relative al settore dei servizi finanziari (bancari - *Comunicazione della Commissione - Indagine settoriale, a norma dell'articolo 17 del regolamento n. 1/2003, riguardante l'attività bancaria al dettaglio (relazione finale) {SEC(2007) 106} /* COM/2007/0033 def. del gennaio 2007*, che ha concluso l'indagine - e assicurativi - *Comunicazione della Commissione al Parlamento Europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni - Indagine sul settore delle assicurazioni per le imprese ai sensi dell'articolo 17 del regolamento n. 1/2003 (relazione finale) SEC(2007) 1231 - COM/2007/0556 def.*, - entrambe concluse nel 2007 e quella relativa ai mercati del gas e dell'energia elettrica - *Comunicazione della Commissione - Indagine a norma dell'articolo 17 del regolamento (CE) n. 1/2003 nei settori europei del gas e dell'elettricità (Relazione finale) {SEC(2006) 1724} COM/2006/0851* - conclusasi nel 2006. Inoltre,

preminenza dell'intervento e delle valutazioni svolte dalla Commissione su quelle delle Autorità nazionali. Inoltre, a completamento di tale sistema, l'articolo 16, paragrafo 2, del regolamento 1/03 impone un vincolo finale per le Autorità nazionali di conformità alle decisioni della Commissione.

In realtà, nel concreto operare, la cooperazione all'interno dell'ECN è fondata su meccanismi informali, non vincolanti e privi della necessaria trasparenza nella comunicazione e condivisione delle informazioni.

Inoltre, la Corte di Giustizia, incaricata dal Trattato di garantire l'uniforme applicazione delle sue regole - e quindi anche quelle sulla concorrenza -, può intervenire nel sistema decentrato soltanto a seguito di domanda pregiudiziale sollevata da un giudice nazionale ai sensi dell'articolo 234 TCE. Nel caso di decisioni delle Autorità nazionali il controllo esercitato dalla Corte di Giustizia è pertanto meramente potenziale e meno incisivo della diretta revisione delle decisioni della Commissione. Infatti, proprio sul ruolo della Corte nel nuovo assetto organizzativo introdotto dal regolamento 1/03 si è pronunciata la stessa Corte nella sentenza del 31 maggio 2005²¹¹, avente ad oggetto la domanda di pronuncia pregiudiziale proposta, ai sensi dell'articolo 234 CE, dall'*Epitropi Antagonismou* – organismo di vigilanza della concorrenza in Grecia. La Corte, prima ancora di entrare nel merito della controversia, è chiamata a pronunciarsi sulla competenza della stessa Autorità a proporre la questione pregiudiziale ex articolo 234 TCE. Le sue considerazioni si fondano sul presupposto - confermato da costante giurisprudenza - che la Corte può essere adita solo da un organo chiamato a statuire su una controversia pendente dinanzi ad esso nell'ambito di un procedimento destinato a risolversi in una pronuncia di carattere giurisdizionale²¹². Ora, nel contesto del regolamento 1/03, un'Autorità garante della concorrenza quale l'*Epitropi Antagonismou*

è stata avviata, nel gennaio 2008, un'ulteriore indagine nel settore farmaceutico - *Commission Decision of 15 January 2008 initiating an inquiry into the pharmaceutical sector pursuant to Article 17 of Council Regulation (EC) No 1/2003 Case No COMP/D2/39.514*, rinvenibile sul sito della DG concorrenza della Commissione Europea al seguente indirizzo www.ec.europa.eu/comm/competition/sectors/pharmaceuticals/inquiry/decision_en.pdf; vedi anche Klimisch A., Krueger B., *Decentralised Application of E.C. Competition Law: Current Practice and Future Prospects*, in *European Law Review*, 1999, p. 463 e ss.

²¹¹ Sentenza della Corte di Giustizia del 31 maggio 2005 C-53/03, *Synetairismos Farmakopoion Aitolias & Akarnanias (Syfait) e altri, Panellinios syllogos farmakopothikarion, Interfarm – A. Agelakos & Sia OE e altri, K. P. Marinopoulos Anonymos Etairia emporias kai dianomis farmakeftikon proïonton e altri e GlaxoSmithKline plc, GlaxoSmithKline AEVE, già Glaxowellcome AEVE*, in *Racc.*, 2006 ,

²¹² Sentenza del 30 novembre 2000, causa C-195/98, *Österreichischer Gewerkschaftsbund*, in *Racc.*, pag. I-10497, punto 24, sentenze 12 novembre 1998, causa C-134/97, *Victoria Film*, in *Racc.*, pag. I-7023, punto 14.

è tenuta a lavorare in stretta collaborazione con la Commissione. In particolare, ai sensi dell'articolo 11, paragrafo 6, del regolamento 1/03 può essere privata della propria competenza da una decisione della Commissione. Ogni volta ciò accada, il procedimento avviato dinanzi a quest'ultima Autorità non si risolverà in una pronuncia di carattere giurisdizionale. Dagli elementi esaminati, valutati nel loro complesso, deriva che l'*Epitropi Antagonismou* presenta un carattere non giurisdizionale ai sensi dell'articolo 234 CE e la Corte non è competente a risolvere le questioni sottoposte alla stessa Autorità.

Pertanto, alla luce di tali osservazioni, il sistema del regolamento 1/03 vede affidato alla giurisdizione interna la competenza in prima battuta a tutelare la corretta applicazione delle regole di concorrenza. L'uniforme interpretazione delle stesse, affidata a meccanismi di cooperazione istituzionale e di convergenza normativa potrebbe non essere sufficientemente garantita sotto tutti i punti di vista, data la carenza del controllo diretto degli organi giurisdizionali comunitari.

3. La definizione dei poteri in capo alle Autorità nazionali e la convergenza con poteri in capo alla Commissione

In linea di principio, quindi, il regolamento 1/03²¹³ conferisce nuovi poteri alle Autorità nazionali ma non indica i contenuti degli stessi²¹⁴. Il regolamento, piuttosto, agli articoli da 7 a 10, in modo parallelo a quelli conferiti alle Autorità, sancisce il potere della Commissione di adottare misure cautelari (articolo 8), decisioni di accettazione di impegni (articolo 9), di utilizzare nuovi strumenti di indagine (articoli 17 – 22) e di imporre nuove misure sanzionatorie (articoli 23 – 26)²¹⁵ e, infine - e in maniera del

²¹³ Come confermato dalla sentenza del TAR Lazio del 9 novembre 2005, n. 6629, *Merck & co., Inc.*, “La lettera dell'articolo 5 appare di chiaro tenore: destinatari della norma sono le Autorità garanti della concorrenza degli Stati membri”, non gli Stati membri che non possono modificare la titolarità delle attribuzioni concesse dall'articolo 5 alle Autorità nazionali.

²¹⁴ In relazione a questi ultimi, l'articolo 22 del regolamento 1/03 prevede infatti che un'Autorità nazionale possa procedere, sul proprio territorio, a qualsiasi accertamento o altra misura di acquisizione dei fatti anche in nome e per conto dell'autorità garante di un altro Stato membro, “come previsti dalla legislazione nazionale”.

²¹⁵ La concentrazione di funzioni in capo ad una stessa istituzione, in particolare, la coesistenza di poteri di indagine e di accertamento del diritto, ha suscitato dubbi di compatibilità con l'articolo 6 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo. A tal riguardo, vedi *Idiot L., Le nouveau système communautaire de mise en oeuvre des articles 81 et 82 CE (Règlement 1/2003 et projets de textes d'application)*, in *Cahiers de droit européen*, 2003, p. 283;

tutto innovativa - di conciliare la lite, potere giustificato da esigenze di economia di procedura.

3.1. L'accertamento e la repressione delle infrazioni

Ai sensi dell'articolo 7, infatti, la Commissione “*constatata, in seguito a denuncia*²¹⁶ *o d'ufficio, un'infrazione all'articolo 81 o all'articolo 82 del trattato, può obbligare*²¹⁷, *mediante decisione, le imprese e associazioni di imprese interessate a porre fine all'infrazione*”.

Mentre la procedura posta in essere da ciascuna Autorità nazionale ha delle caratteristiche peculiari a seconda di ciascuno Stato membro (a livello centrale sono posti esclusivamente limiti di carattere generale relativi al rispetto dei diritti

²¹⁶ Ai sensi dell'articolo 7, paragrafo 2, abilitati ad indirizzare alla Commissione una denuncia sono gli Stati membri e le persone fisiche o giuridiche che possono dimostrare un legittimo interesse in tal senso. Il regolamento della Commissione del 7 aprile 2004, n. 773/2004 *relativo ai procedimenti svolti dalla Commissione a norma degli articoli 81 e 82 del trattato CE* (in *G.U.U.E.*, L 123/18, del 27-4-2004) entrato in vigore il 1° maggio dello stesso anno (di seguito, il regolamento 773/04), ha specificato, in accordo con la giurisprudenza comunitaria, il contenuto della condizione, di carattere sostanziale, del “*legittimo interesse*” (la quale condizione sussiste soltanto qualora denunciante siano persone fisiche o persone giuridiche) e ha individuato le modalità di presentazione della denuncia (al riguardo, alcuni parlano della subordinazione della presentazione della denuncia a due condizioni, l'una di carattere sostanziale e l'altra di carattere formale; vedi a tal proposito, *Idiot L., Le nouveau système communautaire de mise en oeuvre des articles 81 et 82 CE (Règlement 1/2003 et projets de textes d'application)*, in *Cahiers de droit européen*, 2003, p. 283). Con riguardo alla prima condizione, l'articolo 5, paragrafo 1, del regolamento 773/04 ribadisce che “*i privati devono dimostrare di avere un legittimo interesse alla presentazione della denuncia*”. Come infatti già sancito dalla giurisprudenza nel vigore del precedente regolamento 17/62, appaiono titolari di tale posizione, tutti coloro che dimostrino di aver subito, o di poter subire, un pregiudizio diretto in conseguenza dell'infrazione lamentata, tanto in qualità di terzi (Sentenza del Tribunale di primo grado del 18 maggio 1994, T-37/92, *Bureau européen des unions des consommateurs c. Commissione*, in *Racc.*, p. II-285, punto 36), quanto in qualità di parti dell'accordo vietato (Sentenza del Tribunale di primo grado del 17 febbraio 2000, T-241/97, *Stork Amsterdam c. Commissione*, in *Racc.*, p. II-309). La carenza di interesse legittimo può essere fatta valere dalla Commissione, salvo il legittimo affidamento dei denunciante, in qualsiasi momento del procedimento di istruzione della pratica, ed anche con riferimento ad una parte soltanto dei comportamenti denunciati (Sentenza del Tribunale di Primo Grado, del 16 settembre 1998, T-133/95 e T-204/95, *International Express Carriers Conference (IECC) c. Commissione*, in *Racc.*, p. II-3645, punto 79) o delle richieste avanzate nella denuncia (Sentenza del Tribunale di Primo Grado, 14 febbraio 2001, T-62/99, *Société de distribution mécaniques et d'automobile [Sodima] c. Commissione*, in *Racc.*, p. II-655, punto 39). La carenza di legittimo interesse consente alla Commissione di non dar seguito alla denuncia di cui è investita, ma non priva di fondamento giuridico l'eventuale procedimento instaurato ex officio. La Commissione mantiene la facoltà di avviare un procedimento di propria iniziativa, a seguito di notizie provenienti dalle più svariate fonti, quali le indagini per settore o per tipo di accordi, la stampa, le comunicazioni delle Autorità nazionali.

²¹⁷ Il riconoscimento di un potere discrezionale in capo alla Commissione relativamente al se perseguire un'infrazione alle regole di concorrenza è stata radicata dalla Corte prima (vedi sentenza del 18 ottobre 1979, 125/78, *Gema c. Commissione*, in *Racc.*, p. 3173, punto 18) e dal Tribunale di primo grado poi (vedi sentenza del 18 settembre 1992, T-24/90, *Automec c. Commissione*, in *Racc.*, p. II - 367, punto 71).

fondamentali quali, a titolo esemplificativo, il diritto di difesa, il rispetto del principio del contraddittorio e il *ne bis in idem*), la procedura dinanzi alla Commissione è dettagliata nel regolamento 773/04.

Come già anticipato, la Commissione mantiene nella procedura di infrazione ivi prevista un potere discrezionale sia nell'accoglimento della denuncia sia nella individuazione della sanzione sia nella possibilità di imporre rimedi strumentali o comportamentali. Infatti, una volta ricevuta la denuncia²¹⁸, la Commissione è tenuta ad esaminare tutti gli elementi di fatto e di diritto che sono sottoposti al suo esame, al fine di accertare se tali elementi non rivelino un comportamento contrastante con gli articoli 81 e 82 TCE, ma non è obbligata a pronunciarsi sull'esistenza di un'infrazione né a condurre un'istruttoria relativa ad un'infrazione che non ritiene non essere tenuta ad accertare, in quanto ritenga che “*non vi siano motivi sufficienti per agire*”²¹⁹, o piuttosto ritenga competente un'Autorità nazionale²²⁰. La decisione di rigetto della denuncia può essere adottata dalla Commissione sia a seguito di una prima valutazione dei comportamenti delle imprese, sia dopo aver proceduto all'istruzione del caso senza la formale apertura di un procedimento e, ovviamente, dopo l'avvio dello stesso, a conclusione del medesimo²²¹.

²¹⁸ La denuncia deve contenere “*determinate informazioni specifiche*”. Tali informazioni sono dettagliate nel modulo C riportato nell'allegato al regolamento, ai sensi del quale la denuncia deve indicare: (i) alcune informazioni volte ad identificare il denunciante e il rapporto con l'impresa o associazione di imprese che danno adito alla denuncia; (ii) una dettagliata descrizione della presunta infrazione (ad esempio, la natura dei prodotti (beni o servizi) interessati dalla presunta infrazione con spiegazione delle relazioni commerciali riguardanti tali prodotti, le posizioni di mercato relative delle imprese interessate dalla denuncia) e prove (tutta la documentazione di cui si dispone relativa a o direttamente connessa con i fatti esposti nella denuncia); (iii) la decisione che si chiede alla Commissione di prendere e i motivi per i quali il denunciante ritiene di avere un legittimo interesse ai sensi dell'articolo 7 del regolamento 1/03; e (iv) la sussistenza di procedimenti in corso presso Autorità nazionali o giurisdizioni nazionali e il contenuto di eventuali esposti presentati, sul medesimo oggetto o oggetti strettamente connessi, ad un'altra autorità garante della concorrenza o di eventuali cause dinanzi ad una giurisdizione nazionale. La Commissione potrà inoltre dispensare il denunciante dall'osservanza di tale obbligo per una parte delle informazioni, anche documentali, prescritte dal modulo.

²¹⁹ Ai sensi del considerando 9 del regolamento 773/04. In ogni caso, la giurisprudenza ha affermato che la decisione di rigetto per motivi di merito (non sussistenza di una presunta infrazione agli articoli 81 e 82) non preclude una diversa valutazione da parte dei giudici nazionali salvo che essa contenga una qualificazione definitiva della fattispecie, vedi in tal senso, sentenza del Tribunale di primo grado del 9 gennaio 1996, T- 575/93, *Koelman c. Commissione*, in *Racc.*, p. II – 1, punti da 39 a 41.

²²⁰ Ai sensi dell'articolo 7 del regolamento 773/04, nel caso in cui ritenga competente un'altra Autorità nazionale sul caso sottoposto al suo esame, la Commissione informa il denunciante dei motivi relativi all'impossibilità di avviare l'istruttoria e stabilisce il termine entro il quale questi può presentare osservazioni scritte.

²²¹ La Corte ha addirittura ammesso che la Commissione potesse adottare una decisione di rigetto della denuncia perfino qualora rilevi una violazione degli articoli 81 e 82 TCE, in quanto l'esistenza di un potere discrezionale in capo alla Commissione per la trattazione delle denunce non dipende dal carattere

In ogni caso, la decisione della Commissione sull'esito da dare ad una denuncia deve intervenire entro un termine ragionevole dalla ricezione delle osservazioni del denunciante²²² e deve essere motivata alla luce di alcuni parametri che lascino ravvisare la carenza di interesse comunitario²²³. In particolare, qualora, nonostante il carattere transnazionale dei comportamenti illeciti e le conseguenti difficoltà nell'accertamento dei medesimi, le giurisdizioni o le Autorità nazionali assicurino adeguata tutela ai denunciati²²⁴, la Commissione può rigettare la denuncia. Ai sensi dell'articolo 13 del regolamento 1/03²²⁵, la Commissione può decidere qualora la denuncia sia all'esame di

più o meno avanzato dell'istruzione della pratica, vedi Sentenza della Corte di Giustizia del 17 maggio 2001, *International Express Carriers Conference (IECC) c. Commissione*, in *Racc.* I-3875, punto 37.

²²² La violazione del criterio della durata ragionevole del procedimento – salvo il caso di pregiudizio ai diritti della difesa delle imprese coinvolte, non inficia la validità della decisione di rigetto, giacché “l'annullamento della decisione per tale motivo avrebbe il solo effetto di un prolungamento supplementare del procedimento dinanzi alla Commissione, il che sarebbe contrario agli interessi della parte denunciante medesima” (sentenza del Tribunale di primo grado, *Société de distribution de mécaniques et d'automobiles (Sodina) c. Commissione*, cit., punti 93-95). Potrà essere presa in considerazione invece per accertare una carenza della Commissione ovvero, ove ne ricorrano i presupposti, per accordare un risarcimento alla parte lesa.

²²³ La giurisprudenza, sulla base della prassi della Commissione, ha riconosciuto l'importanza di alcuni parametri, quali, la rilevanza della violazione denunciata per il funzionamento del mercato comune, la probabilità di accertare l'esistenza dell'infrazione e la portata delle misure istruttorie necessarie per adempiere nel miglior modo possibile al compito di vigilanza delle regole *antitrust* (vedi Sentenza del Tribunale di primo grado, *Automec c. Commissione*, cit., punto 86), l'intervenuta cessazione dei comportamenti censurati, previa valutazione dell'insussistenza di residui effetti anticoncorrenziali (vedi Sentenza della Corte di Giustizia del 4 marzo 1999, C-119/97 P, *Union française de l'express (Ufex) c. Commissione*, in *Racc.*, p. I-1341, punti 94 e 95), l'impegno assunto dalle parti dell'intesa di modificare *pro futuro* i propri comportamenti in senso conforme al diritto comunitario (vedi Sentenza della Corte di Giustizia del 17 maggio 2001, *International Express Carriers Conference (IECC) c. Commissione*, cit., punto 51).

²²⁴ Sentenza del Tribunale di primo grado del 26 gennaio 2005, T-193/05, *Piau c. Commissione*, in *Racc.*, p. II-209. Vedi Commissione Europea, *Relazione sulla Politica di Concorrenza*, 2005, in www.europa.eu.int, p. 27, dove la stessa Commissione analizza i parametri di analisi del “sufficiente interesse comunitario” da parte della Commissione della rilevanza di una denuncia sottoposta alla sua attenzione, quali (i) il peso dell'impatto sul funzionamento della concorrenza sul mercato interno, indicato sia dall'ambito geografico del comportamento denunciato, le dimensioni del mercato, l'importanza per i consumatori finali dei prodotti in questione, sia dalla posizione sul mercato interessato delle imprese coinvolte; l'estensione e la complessità dell'indagine richiesta; “la possibilità per il denunciante di intentare una causa dinanzi al tribunale nazionale di uno Stato membro, valutando in particolare se il caso sia attualmente già stato oggetto di un'azione (di esecuzione) privata o se sia di un tipo idoneo a essere trattato correttamente in questo modo”; l'opportunità di agire in base a una singola denuncia riguardante una o più questioni legali specifiche che la Commissione sta già esaminando in uno più casi diversi, o che ha già esaminato e/o è oggetto di azioni legali dinanzi alle giurisdizioni comunitarie; la cessazione del comportamento denunciato; l'importanza di altri ambiti legislativi nazionali o comunitari interessati dal comportamento denunciato rispetto alla rilevanza delle problematiche relative alla concorrenza sollevate nella denuncia.

²²⁵ Come evidenzia Pace L. F., *I fondamenti del diritto antitrust europeo: norme di competenza e sistema applicativo dalle origini alla Costituzione Europea*, Giuffrè, Milano, 2005, p. 298, il medesimo criterio non è esplicitamente previsto in relazione al coordinamento tra Commissione e giurisdizioni, in quanto non esiste, come nel caso dei rapporti Commissione-Autorità, un passaggio di competenze in materia *antitrust* tra Commissione e Autorità nazionali. La regola sviluppata dalla giurisprudenza di valutare

un'Autorità nazionale o sia stata già trattata da un'altra Autorità. Ai sensi dell'articolo 9 del regolamento 773/04, la Commissione ha, inoltre, l'obbligo di comunicare senza indugio al denunciante quale sia l'Autorità che sta esaminando o ha esaminato il caso in questione²²⁶.

Nel caso la Commissione decida di accogliere la denuncia, ai sensi dell'articolo 2 del regolamento 773/04 questa ha la facoltà di avviare il procedimento di infrazione, in qualsiasi momento, previo esercizio dei suoi poteri di indagine²²⁷. La Commissione può rendere pubblico l'avvio del procedimento secondo modalità che ritiene appropriate, dopo averne informato le parti interessate. L'avvio del procedimento ha l'effetto di

l'"interesse comunitario" anche alla luce delle possibilità di tutela offerta dalle giurisdizioni nazionali cerca di realizzare indirettamente una forma di coordinamento.

²²⁶ Idiot L., *Le nouveau système communautaire de mise en oeuvre des articles 81 et 82 CE (Règlement 1/2003 et projets de textes d'application)*, in *Cahiers de droit européen*, 2003, p. 352 e ss.; Amadeo S., *Articolo 7, Costatazione ed eliminazione delle infrazioni*, cit., p. 102; Pace L. F., *I fondamenti del diritto antitrust europeo: norme di competenza e sistema applicativo dalle origini alla Costituzione Europea*, Giuffrè, Milano, 2005, p. 297. Come osservano tali Autori, dinanzi al provvedimento della Commissione, i denunciati possono attivare le garanzie loro accordate dal Trattato dinanzi alla giurisdizione comunitaria qualora ritengano di aver subito una violazione dei diritti di cui beneficiano. La previsione di cui all'articolo 7, paragrafo 2, del regolamento 773/04, che impone alla Commissione l'adozione di una decisione formale di rigetto, realizza in capo ai denunciati una effettiva tutela giurisdizionale. Secondo altri Autori (vedi in particolare, Bellamy C., Child G.D., *European Community Law of Competition*, London, 2001) tale disposizione avrebbe come effetto quello di escludere, sempre a beneficio del denunciante, il potere di scelta di cui gode la Commissione di respingere, implicitamente, la denuncia, mediante atti favorevoli indirizzati alle imprese, responsabili dei comportamenti denunciati. Infine, qualora la Commissione ometta del tutto di adottare un provvedimento a seguito di denuncia, il denunciante ha diritto a ricorrere in giudizio sia avverso (i) l'omessa adozione della comunicazione ex articolo 7, regolamento 773/04, sia avverso (ii) l'omessa adozione della decisione che rigetta definitivamente la denuncia. Nel caso però in cui la Commissione resti inerte dopo l'adozione della comunicazione con la quale la Commissione ritiene non sussistano motivi sufficienti per l'istruttoria, il denunciante sarà tenuto a presentare le sue osservazioni per poter vantare il diritto a presentare un ricorso avverso l'omessa adozione della decisione finale di rigetto. La Corte non ha accolto il suggerimento dell'avvocato generale Tesauro G., nella causa C-282/95, *Guerin Automobiles c. Commissione*, (in *Racc.*, p. I-1503, punto 38, e per le conclusioni dell'avvocato generale punti 26-28) del 18 marzo 1997, di considerare la comunicazione ex articolo 7 come un atto definitivo di rigetto, qualora sia inutilmente decorso il termine concesso al denunciante. In dottrina, vedi Amadeo S., *La posizione del singolo nelle controversie dinanzi alla Commissione nell'applicazione delle regole di concorrenza*, *Diritto dell'Unione Europea*, 1996, p. 405 e ss.; Roberti G.M., *La tutela del denunciante in caso di inerzia della Commissione nelle procedure in materia di concorrenza*, in *Diritto dell'Unione Europea*, 1997, p. 155.

²²⁷ La decisione di avvio del procedimento non può essere adottata (i) "dopo la data in cui ha espresso la valutazione preliminare di cui all'articolo 9, paragrafo 1, di detto regolamento", che esprime le preoccupazioni della Commissione in ordine alla pratica posta in essere dalle imprese e richiede dalle stesse l'adozione di impegni, o (ii) dopo la data in cui "ha emesso la comunicazione degli addebiti", ossia l'atto con il quale la Commissione espone, in via provvisoria ed essenziale, i fatti e le qualificazioni giuridiche che l'hanno condotta a rilevare una possibile infrazione agli articoli 81 e 82 TCE, delimita l'oggetto e manifesta la sua intenzione di infliggere una sanzione (Sentenza della Corte di Giustizia, del 16 marzo 2000, C-395/96 P e C-396/96 P, *Compagnie maritimes belges Transports e al. c. Commissione*, in *Racc.*, p. I-1365 e ss), né (iii) dopo "la data della pubblicazione della comunicazione di cui all'articolo 27, paragrafo 4, dello stesso", ossia la comunicazione con la quale la Commissione offre ai terzi la possibilità di formulare le proprie osservazioni in merito alla prevista decisione favorevole alle imprese coinvolte.

privare le Autorità della concorrenza nazionali della competenza ad applicare gli articoli 81 e 82 al medesimo caso ai sensi dell'articolo 11, paragrafo 6, del regolamento 1/03²²⁸. Al termine della procedura, la Commissione può accertare l'infrazione con una decisione formale, accompagnata da un ordine di cessare i comportamenti censurati ed eventuale comminatoria di ammende o penali di mora commisurate all'importanza, alla gravità e alla durata dell'infrazione²²⁹.

Diversamente dall'articolo 5, l'articolo 7 consente alla Commissione di imporre alle imprese obblighi di *facere* necessari all'eliminazione dell'infrazione, ove questa sia consistita in un illecito rifiuto di fare alcunché (ad esempio un rifiuto di vendita di materie prime all'impresa concorrente)²³⁰, mediante l'adozione di "*tutti i rimedi comportamentali o strutturali, proporzionati all'infrazione commessa e necessari a far cessare effettivamente l'infrazione stessa*".

Il potere di imporre misure strutturali, quali la dismissione di attività o la cessazione di partecipazioni, anche se raramente utilizzato dalla Commissione, poteva dirsi già implicitamente attribuito alla stessa nell'ipotesi in cui l'infrazione alle regole di concorrenza fosse consistita in una modifica alla struttura dell'impresa che si risolveva in

²²⁸ Inoltre, l'avvio del procedimento da parte della Commissione costituisce atto interruttivo del termine di prescrizione riguardante l'imposizione di ammende e di penali di mora (articolo 25, paragrafo 3, lett. c). Dubbi sono stati mostrati in relazione all'individuazione dell'atto di avvio del procedimento, il più delle volte non identificato come atto autonomo ma come atto assorbito in altri atti del procedimento (vedi Tomat F., *Articolo 25: prescrizione*, in Adinolfi A., Daniele L., Nascimbene B., Amedeo S., *op. cit.*, p. 321). Pertanto, l'avvio del procedimento si potrà concretizzare in un atto autonomo soltanto qualora la scadenza del termine di prescrizione sia prossima e manchi il tempo per l'adozione di altri atti tipici del procedimento, come ad esempio, la comunicazione degli addebiti.

²²⁹ Infine, la chiusura di un procedimento può avvenire a seguito di una semplice raccomandazione della Commissione, qualora le imprese decidano di conformare unilateralmente i loro comportamenti alla stessa (Il potere di adottare raccomandazioni era esplicitamente previsto nel regolamento 17/62. Nell'ordinanza del 17 gennaio 1980, 792/79, *Camera Care c. Commissione*, in *Racc.*, 1980, p. 119 e ss., punto 16, la Corte ha chiarito che il potere di adottare raccomandazioni ha lo "*scopo di consentire alla Commissione di informare le imprese interessate della valutazione della situazione nei confronti del diritto comunitario, per indurle a conformarsi al suo punto di vista senza costrizione giuridica immediata*". Il silenzio del regolamento 1/03 è dovuto allo scarso uso nella prassi che la Commissione ha fatto di tale potere), o piuttosto, con un accordo informale, qualora le imprese coinvolte condividano valutazioni operate dalla Commissione o si accordino con la stessa per una soluzione amichevole (Sentenza della Corte del 6 marzo 1974 e 6 e 7/73, *Istituto Chemioterapico Italiano e Commercial Solvents c. Commissione*, *cit.*, punto 45; sentenza del Tribunale di primo grado, del 17 febbraio 2000, *Stork Amsterdam c. Commissione*, in *Racc.*, p. II-309 e ss. Nella prassi, l'adozione di accordi informali è stata di gran lunga prevalente. Essa può consentire l'archiviazione anche in una fase iniziale, precedentemente alla comunicazione degli addebiti). Gli effetti di tali accordi informali appaiono comunque limitati, in quanto implicano un non intervento della Commissione con decisione vincolante nei confronti dei comportamenti ad essi conformi, ma non sembrano precludere un intervento delle Autorità o giudici nazionali, per i quali tali accordi hanno rilevanza di semplici elementi di fatto.

²³⁰ Sentenza della Corte di Giustizia, del 6 marzo 1974, 6-7/1973, *Istituto Chemioterapico Italiano e Commercial Solvents c. Commissione*, in *Racc.*, p. 223 e ss.

una grave alterazione della concorrenza nel mercato comune²³¹. In ogni caso, il regolamento dispone che i rimedi strutturali possono essere imposti solo quando non esista un rimedio comportamentale parimenti efficace o quando un rimedio comportamentale parimenti efficace risulti più oneroso del rimedio strutturale, per l'impresa interessata²³². Infine, “qualora la Commissione abbia un legittimo interesse in tal senso, essa può inoltre procedere alla constatazione di un'infrazione già cessata”²³³.

3.1.1. La recente prassi della Commissione sui rimedi comportamentali imposti alle imprese: il caso MasterCard e Microsoft

La Commissione ha di recente adottato rimedi di tipo comportamentale, piuttosto che di tipo strutturale.

²³¹ Vedi Sentenza della Corte del 6 marzo 1974 e 6 e 7/73, *Istituto Chemioterapico Italiano e Commercial Solvents c. Commissione*, cit., punti 18 e ss.; Darmon M., Racket A., *A propos du règlement 1/2003: quelques réflexions sur la situation des entreprises face au renforcement des pouvoirs de la Commission*, in A. Mourre (sous la direction de), *Le nouveau droit communautaire de la concurrence*, Paris, Bruxelles, 2004, p. 185.

²³² Secondo la sentenza della Corte di Giustizia, del 6 aprile 1995, C-241/91 P e 242/91 P, *Radio Televis Eireann c. Commissione*, in *Racc.*, p. I- 743, punto 93, gli oneri imposti alle imprese per porre fine all'infrazione alle norme sulla concorrenza non avrebbero dovuto “eccedere i limiti di quanto è appropriato e necessario per conseguire lo scopo prefisso, vale a dire il ripristino della situazione conforme al diritto in relazione alle norme che nella fattispecie sono state violate”. Vedi in tal senso anche la sentenza del Tribunale di Primo Grado del 10 luglio 1991, T-76/89, *Independent Television Publication Ltd c. Commissione*, in *Racc.*, 1991, p. II – 575 e in dottrina vedi Guerri E., *L'applicazione del diritto antitrust in Italia dopo il Regolamento CE n. 1/2003*, Giappichelli, Torino, p. 63. Nonostante tale orientamento giurisprudenziale, la Commissione non ha fatto ampio ricorso ai rimedi strutturali, probabilmente in ragione della grave ingerenza che tali rimedi avrebbero potuto avere nella gestione dell'impresa e del controllo svolto dalle giurisdizioni comunitarie sul rispetto del principio di proporzionalità (vedi Bellodi L., *Le decisioni*, in Tosato G. - Bellodi L., *Il nuovo diritto europeo della concorrenza*, Giuffrè, Milano, 2004, p. 169 e ss.).

²³³ Conformemente alla giurisprudenza della Corte di Giustizia, il potere della Commissione di adottare una decisione di constatazione già cessata è limitato ai casi in cui sussista un legittimo interesse a farlo. Ciò può avvenire quando vi è il rischio di ripetizione dell'infrazione da parte del destinatario della decisione di ripetizione dell'infrazione o quando solleva nuove questioni il cui chiarimento è di pubblico interesse (sentenza della Corte di Giustizia del 2 marzo 1983, 7/82, *GVL*, in *Racc.*, 1983, p. 483). Analogo potere non è previsto per le Autorità nazionali. Vedi Siragusa M., *Il principio di eccezione legale*, op. cit., p. 16. Nella relazione della Commissione che accompagna la proposta di regolamento, tali requisiti sono interpretati in senso alternativo. Ciò sembra allontanarsi dall'orientamento della Corte, che, nel caso su citato, interpretava tali requisiti in senso cumulativo, ma sembra correttamente integrarsi nel nuovo sistema introdotto dal regolamento 1/03, che valorizza il ruolo di orientamento della politica della concorrenza e di garanzia dell'applicazione uniforme degli articoli 81 e 82 di cui è investita la Commissione a beneficio degli operatori economici e delle autorità e giurisdizioni nazionali. Vedi anche Guerri E., op. cit., p. 63, e Amadeo S., *Articolo 7: constatazione ed eliminazione delle infrazioni*, op. cit., p. 111. L'autore sottolinea che tali decisioni, pur provviste di mero valore dichiarativo, sono suscettibili di essere richiamate dai terzi dinanzi al giudice nazionale a fondamento di eventuali azioni risarcitorie.

Con la decisione del 19 dicembre 2007, *MasterCard*²³⁴, la Commissione ha constatato la sussistenza di una violazione dell'articolo 81 TCE nel comportamento posto in essere da MasterCard nell'applicazione della commissione interbancaria multilaterale (o "MIF", i.e. "*multilateral interchange fee*") ai pagamenti transfrontalieri con le carte di debito e di credito MasterCard e Maestro. La Commissione ha concluso infatti che la MIF imposta da MasterCard su ogni pagamento presso gli esercizi al dettaglio aumenta i costi di accettazione delle carte da parte dei dettaglianti senza produrre efficienze comprovate²³⁵. La Commissione ha pertanto imposto a Mastercard la soppressione della suddetta commissione ed ha assegnato un termine di sei mesi per conformarsi alla sua decisione, pena il pagamento di un'ammenda giornaliera pari al 3,5% del suo fatturato globale quotidiano dell'esercizio precedente²³⁶.

Allo stesso modo, con la decisione del 24 marzo 2004²³⁷, *Microsoft*, la Commissione ha imposto a Microsoft rimedi comportamentali, dopo aver constatato lo sfruttamento

²³⁴ Commission Decision of 19/XII/2007 relating to a proceeding under article 81 of the EC Treaty and Article 53 of the EEA Agreement, COMP/34.579 - *Europay (Eurocard-MasterCard)*, COMP/36518 (*Eurocommerce*) and COMP/38580 (*Commercial Cards*), pubblicata sul sito: http://ec.europa.eu/comm/competition/antitrust/cases/decisions/34579/provisional_nc_decision.pdf

²³⁵ Dopo quattro anni di indagine, la Commissione ha vietato la MIF di MasterCard in quanto aumenta la base sulla quale le banche acquirenti calcolano i prezzi addebitati ai commercianti per l'accettazione delle carte di pagamento, in quanto la MIF rappresenta una gran parte del prezzo finale pagato dalle imprese per accettare le carte di pagamento di MasterCard. Questa restrizione della concorrenza a livello dei prezzi è deleteria sia per le imprese che per i loro clienti. MasterCard ha presentato la sua MIF come uno strumento per "massimizzare la produzione del sistema". Tuttavia, nei quattro anni di indagine MasterCard non è riuscita presentare le prove empiriche richieste per dimostrare effetti positivi per l'innovazione e l'efficienza che permetterebbero di trasferire una parte equa dei vantaggi derivanti dalla MIF ai consumatori. La Commissione ha dunque concluso che la MIF di MasterCard non determina efficienze oggettive che potrebbero controbilanciare gli effetti negativi sulla concorrenza dei prezzi tra le banche che fanno parte del suo sistema. L'indagine della Commissione si è basata inizialmente su una serie di notifiche che il predecessore giuridico di MasterCard (Europay International S.A.) ha presentato tra maggio 1992 e luglio 1995, nonché su una denuncia presentata da EuroCommerce nel maggio 1997. Dopo due comunicazioni degli addebiti (vedi MEMO/06/260, sul sito della DG concorrenza della Commissione) e un'audizione svoltasi nel novembre 2006, la Commissione ha ulteriormente verificato le argomentazioni sostenute da MasterCard attraverso un'indagine complementare.

²³⁶ La Commissione precisa che le commissioni interbancarie multilaterali non sono illegali in quanto tali. In un sistema aperto di carte di pagamento come quello di MasterCard, tuttavia, una MIF è compatibile con le regole UE di concorrenza soltanto se contribuisce al progresso tecnico ed economico e va a vantaggio dei consumatori. Nell'Unione europea vengono effettuati ogni anno oltre 23 miliardi di pagamenti con carta, per un valore superiore ai 1 350 miliardi di euro. Vedi comunicato stampa della Commissione IP/07/1959, sul sito:

<http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=IP/07/1959&format=HTML&aged=1&language=IT&guiLanguage=en>

²³⁷ Decisione del COMP/37.792 – MICROSOFT, sul sito:

<http://ec.europa.eu/comm/competition/antitrust/cases/decisions/37792/en.pdf> vedi anche comunicato stampa IP/04/382 sul sito:

<http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=IP/04/382&format=HTML&aged=0&language=EN&guiLanguage=en>

abusivo della posizione dominante sui mercati dei sistemi operativi per server per gruppi di lavoro e dei media player. La Commissione ha cioè imposto all'impresa, che in tal modo realizzava il suo quasi monopolio sul mercato dei sistemi operativi per computer in relazione all'interoperabilità, di rendere pubbliche, entro 120 giorni dalla notificazione della decisione, informazioni complete ed accurate sulle interfacce che avrebbero consentito ai server per gruppi di lavoro non Microsoft di raggiungere la completa interoperabilità con i computer e i server che operano in Windows. Tale rimedio avrebbe inoltre garantito ai venditori rivali di sviluppare prodotti competitivi sul mercato dei sistemi operativi per server per gruppi di lavoro. In relazione alle vendite abbinate, Microsoft avrebbe dovuto offrire ai produttori di computer, entro 90 giorni dalla notificazione della decisione, una versione del sistema operativo Windows senza Windows Media Player. Onde garantire il rispetto effettivo della decisione entro i termini previsti, la Commissione ha nominato un organo fiduciario di controllo²³⁸.

3.1.2. Alcune considerazioni sulla prassi delle Autorità nazionali in tema di rimedi strutturali o comportamentali

²³⁸ Per quanto riguarda la disposizione sull'interoperabilità, la Microsoft ha divulgato una descrizione tecnica del software utilizzato nelle comunicazioni tra i PC Windows e i server per gruppi di lavoro. Dall'analisi del fiduciario e di alcuni tecnici della Commissione è risultato che Microsoft non forniva informazioni sufficienti a realizzare sistemi operativi server per gruppi di lavoro interoperativi concorrenti. Pertanto, alla luce di tali verifiche, la Commissione ha deciso di avviare un procedimento contro Microsoft per obbligarla a conformarsi agli obblighi derivanti dalla decisione: il 10 novembre 2005 ha adottato una decisione ai sensi dell'articolo 24, paragrafo 1 del regolamento 1/03, con il quale ha inflitto a Microsoft il pagamento periodico di un'ammenda di 2 milioni di euro al giorno a partire dal 15 dicembre 2005 nel caso in cui non rispetti i rimedi previsti dalla decisione di luglio. Il 21 dicembre 2005 la Commissione ha emesso una comunicazione degli addebiti nell'ambito della procedura conforme all'articolo 24 in relazione all'obbligo di Microsoft di fornire informazioni precise e complete sull'interoperabilità (in particolare vedi Commissione Europea, *Relazione sulla Politica della Concorrenza*, 2005, in www.ec.europa.eu/comm/competition/annual_reports/2005/it.pdf). Nel 2006, poiché Microsoft non ha fornito, come richiesto, informazioni complete e accurate sull'interoperabilità, la Commissione ha adottato una decisione che impone all'impresa il pagamento di un'ammenda di 280,5 milioni di euro per inadempimento dei suoi obblighi. Inoltre, la Commissione aggiunge il pagamento periodico di un'ammenda di 3 milioni di euro al giorno a partire dal 31 luglio 2006, nel caso in cui Microsoft non avesse rispettato i rimedi previsti dalla decisione. Il 22 Febbraio 2008, la Commissione ha adottato una decisione ai sensi dell'articolo 24(2) del regolamento 1/03 imponendo a Microsoft un'ammenda pari ad euro 899 milioni per non adempimento degli obblighi previsti nella precedente decisione (il periodo di non conformità agli impegni assunti va dal 21 giugno 2006 al 21 ottobre 2007), per una descrizione dettagliata della procedura, vedi www.ec.europa.eu/comm/competition/antitrust/cases/microsoft/implementation.

In relazione alle Autorità nazionali, invece, l'articolo 5 del regolamento 1/03 non attribuisce alle stesse il potere di adottare rimedi strutturali o comportamentali²³⁹. Perciò, nulla vieta che un'Autorità nazionale possa adottare un rimedio nei confronti di un'impresa in base al proprio diritto interno, qualora l'ordinamento nazionale preveda che un tale rimedio sia adottato in casi analoghi²⁴⁰.

Dal documento dell'ECN sulla convergenza tra normativa nazionale e normativa comunitaria risulta che soltanto alcune Autorità siano dotate di tale potere, ad esempio il Regno Unito, la Germania, l'Austria, la Spagna²⁴¹ e la Grecia, mentre molte altre autorità fra cui Danimarca, Finlandia, Ungheria, Estonia, Lettonia, Lituania e Polonia non ne dispongano.

Con particolare riferimento al nostro ordinamento, ai sensi dell'articolo 15, paragrafo 1, della legge 287/90, l'AGCM può soltanto ordinare alle imprese di porre fine all'infrazione entro un certo periodo. In ogni caso, l'AGCM ha spesso utilizzato nella prassi il potere conferito da tale norma anche al fine imporre alle imprese, oltre alla cessazione del comportamento illecito, azioni a contenuto positivo volte a ripristinare condizioni concorrenziali sul mercato di riferimento²⁴². Secondo alcuni²⁴³, tali azioni dovrebbero essere limitate alla necessaria corrispondenza tra le misure imposte e l'effetto anticoncorrenziale che la condotta avrebbe altrimenti prodotto. Pertanto, in tale contesto, un intervento legislativo potrebbe essere opportuno al fine di riconoscere esplicitamente il potere all'Autorità nazionale di imporre rimedi comportamentali e strutturali e di identificarne di limiti.

²³⁹ Non viene precisato, rispetto all'articolo 7, se le stesse Autorità abbiano il potere di constatare l'infrazione; in realtà si può affermare che tale potere sia implicito essendo il fondamento del potere di ordinare la cessazione dell'infrazione.

²⁴⁰ Vedi Bourgeois J.H.J., Humpe C., *The Commission's Draft New Regulation 17*, in *ECLR*, 2/2002, p. 45, secondo il quale, nonostante non sia espressamente conferito il potere di adottare rimedi strutturali o comportamentali dal regolamento 1/03, "*remedies available for the enforcement of Community law should match those existing for equivalent claims brought under national law. That duty applies to courts and national authorities alike*" (come indicato nella sentenza C-188/95, *Fantask A/S v. Industriministeriet*, in *Racc*, 1997, I-6783). "Accordingly, a NCA would be under an obligation to adopt structural remedies if under similar circumstances an equivalent order would have been made in the course of proceeding brought on the basis of national competition law." L'Autore conclude con una riflessione sull'opportunità di limitare tali poteri alla sola Commissione. Di avviso contrario, Guerri E., *op. cit.*, p. 64.

²⁴¹ Tale potere è stato introdotto in Spagna con il *Competition Act* n.15 del 2007.

²⁴² Vedi Decisione dell'AGCM del 15 febbraio 2006, n. 15174 (A358), *ENI c. Trans Tunisiam Pipeline*, in *Boll.*, 5/2006.

²⁴³ Vedi Bruti Liberati, *La regolazione pro-concorrenziale dei servizi pubblici a rete*, Giuffrè, Milano, 2006, sentenza del Consiglio di Stato, del 1 ottobre 2002, n. 5156, in *Il Foro Italiano*, 2003, 3, p. 3.

3.2. Le misure cautelari: il potere della Commissione di adottare d'ufficio decisioni d'urgenza

Ai sensi dell'articolo 5 e dell'articolo 8 del regolamento 1/03, rispettivamente le Autorità nazionali e la Commissione “*nei casi di urgenza dovuta al rischio di un danno grave e irreparabile per la concorrenza*” possono ove constatino *prima facie* la sussistenza di un'infrazione, adottare, mediante decisione, misure cautelari.

Al fine di garantire e preservare l'efficace esercizio del potere decisionale della Commissione e delle Autorità nazionali e di evitare che le situazioni giuridiche riconosciute dalla normativa comunitaria sulla concorrenza siano irrimediabilmente pregiudicate in attesa di un accertamento definitivo e/o di misure sanzionatorie collegate, il regolamento 1/03 ha riconosciuto espressamente²⁴⁴ il potere per tali organi di adottare provvedimenti provvisori, codificando consolidati orientamenti giurisprudenziali²⁴⁵. Sono applicabili anche alle Autorità nazionali i principi di

²⁴⁴ Già nel silenzio del regolamento 17/62, la Corte di giustizia ha riconosciuto il potere della Commissione di adottare misure cautelari indispensabili “*per evitare che l'esercizio del potere di decisione previsto dall'articolo 3 non finisca con il diventare inefficace e perfino illusorio a motivo del comportamento di determinate imprese*” (Ordinanza della Corte di Giustizia, del 17 gennaio 1980, 792/79, *Camera Care c. Commissione*, cit., punto 18, con cui si è riconosciuto che “*la Commissione deve anche poter prendere, nell'ambito del controllo ad essa affidato, in materia di concorrenza, dal Trattato e dal regolamento n. 17, disposizioni cautelari*”). Il ragionamento seguito dalla Corte di giustizia parte dall'importanza che il potere di prendere decisioni in materia di violazione degli articoli 81 e 82 TCE venga esercitato dalla Commissione “*nel modo più efficace e appropriato alle circostanze in ciascuna situazione*”, senza escludere la possibilità che “*l'esercizio di tale potere si articoli in fasi successive cosicché la decisione che constata un'infrazione possa essere preceduta da qualsiasi disposizione preliminare necessaria in un dato momento*”. Alla Commissione compete dunque di prendere le “*disposizioni provvisorie indispensabili per poter esercitare in modo efficace le proprie funzioni e, in particolare, per garantire l'effetto utile delle eventuali decisioni volte ad obbligare le imprese a porre fine alle infrazioni contestate*”. Stabilite tali premesse, complessivamente riassumibili nella richiesta di una effettiva indispensabilità dell'intervento cautelare a fini conservativi (si deve cioè garantire che la decisione finale possa poi esplicare appieno i propri effetti pro-concorrenziali), la Corte ha anche definito l'area di manovra della Commissione dal momento che i provvedimenti provvisori sono da adattarsi soltanto in caso di indiscussa urgenza, “*per far fronte ad una situazione tale da causare un danno grave ed irreparabile alla parte che li richiede, o intollerabile per l'interesse pubblico*”. Essi devono altresì risultare limitati a quanto necessario nella situazione specifica, cioè proporzionati nonché suscettibili di essere oggetto di ricorso dinanzi alla Corte. Successivamente all'ordinanza *Camera Care*, la nuova competenza della Commissione si è consolidata nella prassi ed è stata utilizzata sia direttamente, cioè con l'adozione effettiva di misure cautelari, sia come rilevante mezzo di pressione sulle imprese al fine di indurle a modificare la propria condotta anticoncorrenziale prima di una decisione formale (per verificare un tale caso, decisione 88/138/CEE della Commissione del 22 dicembre 1987, IV/30.787 – 31.488 – *Eurofix – Bauco c. Hilti*, in *G.U.C.E.*, 11 marzo 1988, n. L 065, p. 19 e ss).

²⁴⁵ Tesaro G., *Diritto Comunitario*, Cedam, Padova, 2005, p. 707. Vedi anche Frignani A. Pardolesi R. (a cura di), *La Concorrenza*, in Ajani G., Benacchio G. (diretto da), *Trattato di Diritto Privato dell'Unione Europea*, Giappichelli, Torino, p. 365 e ss., secondo i quali misure cautelari e misure sanzionatorie, pur se estremamente diversi per natura, presupposti ed effetti, sono avvicinati per l'effettività che determinano nell'ambito del sistema comunitario *antitrust*. Effettività indica una garanzia

interpretazione dei requisiti per l'adozione della misura cautelare. In particolare, il paragrafo 1 distingue (i) l'esistenza di una violazione *prima facie* – il c.d. *fumus boni iuris* –, dalla (ii) urgenza di un provvedimento al fine di evitare un pregiudizio grave e irreparabile per la concorrenza – il c.d. *periculum in mora*²⁴⁶.

3.2.1. I presupposti dell'azione cautelare: il *fumus boni iuris* e il *periculum in mora*

In relazione al primo dei due requisiti, il *fumus boni iuris* sussiste qualora il comportamento posto in essere da parte delle imprese sia tale da far presumere, a seguito di una analisi sommaria dei fatti da parte della Commissione, l'esistenza di un'infrazione alle regole della concorrenza.

Il controllo della Commissione si fonda su una valutazione sommaria, mentre un'analisi completa e definitiva, di diritto e di fatto, delle circostanze addotte a fondamento della denuncia viene lasciata ad un momento successivo. La Commissione è, infatti, chiamata ad esprimere un giudizio sull'esistenza verosimile della violazione, fondato sull'apparenza e non sulla certezza del diritto. Pertanto, essa dovrà, in primo luogo, verificare l'effettività di un nesso causale tra il pregiudizio e la condotta ritenuta contraria alla normativa di tutela della concorrenza, quindi accertare altresì che tale pregiudizio sia propriamente di natura concorrenziale e non consistente in danni di altro genere (per esempio puramente finanziari)²⁴⁷.

di vitalità per l'ordinamento giuridico, la reale positività di un complesso di norme date. Considerate in questa luce, le misure cautelari e sanzionatorie “*vanno tanto più apprezzate in quanto conferiscono all'ordinamento comunitario una peculiare effettività immediata nei confronti delle imprese, è a dire persone fisiche o giuridiche*”, dunque costituiscono il principale strumento di intervento da parte delle istituzioni comunitarie sulla realtà economica, quando essa risulti pregiudicata da condotte soggettivamente devianti rispetto alla normativa primaria posta a tutela della concorrenza.

²⁴⁶ Nella vigenza del precedente regolamento, la giurisprudenza ha ritenuto che le due condizioni fossero cumulative; pertanto, sarebbe stato sufficiente il difetto di una sola di esse per impedire l'adozione del provvedimento cautelare. Vedi in particolare, sentenza del Tribunale di primo grado, del 24 gennaio 1992, T-44/90, *La Cinq c. Commissione*, in *Racc.*, 1992, p. II-1 e ss.

²⁴⁷ Vedi L.M. Pais Antunes, *Interim Measures Under EC Competition Law – Recent Developments*, in Barav A. – Wyatt D.A. (a cura di), *Yearbook of European Law*, 13, Oxford, 1994, p. 84 e ss. Da sottolineare che, prima dell'entrata in vigore del regolamento 1/03, il Tribunale di primo grado ha in più occasioni sostenuto che la Commissione non può rifiutare una misura provvisoria per il solo motivo che, da un primo sommario analisi dei fatti non risulta l'esistenza di una infrazione chiara e flagrante. In particolare, vedi Sentenza del Tribunale di primo grado, del 12 luglio 1991, T-23/90, *Peugeot c. Commissione*, in *Racc.*, 1991, p. II – 653 e ss. e 24 gennaio 1992, *La Cinq c. Commissione*, *cit.*

Il *periculum in mora* sussiste invece nei casi di provata urgenza di un rischio grave e irreparabile alla concorrenza. Si è in presenza di una situazione d'urgenza quando gli interessi coinvolti non potrebbero essere adeguatamente protetti se si attendesse l'esito della procedura amministrativa ordinaria avviata dalla Commissione per l'accertamento delle regole della concorrenza. Le misure cautelari hanno carattere conservativo e mirano a garantire che al momento in cui è presa la decisione finale da parte della Commissione sia ancora possibile realizzare quella tutela al sistema concorrenziale come presente al momento dell'avvio della procedura. Pertanto l'urgenza ha proprio il significato di evitare il pericolo di una restrizione irrimediabile alla concorrenza consentendo di adottare una decisione finale che abbia ancora significato nel momento in cui è pronunciata²⁴⁸. La Corte, nell'ordinanza *Camera Care*²⁴⁹, ha ritenuto giustificata l'adozione di misure provvisorie “*in caso di indiscussa urgenza, per far fronte ad una situazione tale da causare un danno grave ed irreparabile alla parte che la richiede, o intollerabile per l'interesse pubblico*”.

Diversamente, invece, l'articolo 8 del regolamento 1/03 conferisce il potere di iniziativa esclusivamente in capo alla Commissione, conferendo particolare significato al requisito della gravità e irreparabilità del danno. Tali presupposti della misura cautelare vanno infatti riferiti esclusivamente all'interesse pubblico e quindi alla protezione degli obiettivi di politica comunitaria della concorrenza, nonché agli interessi degli Stati membri²⁵⁰.

Nel valutare la sussistenza dei requisiti per l'adozione di una misura cautelare ai sensi dell'articolo 8 del regolamento 1/03, pertanto, la Commissione dovrà bilanciare la naturale restrizione degli interessi dell'impresa destinata ad essere vincolata dalla

²⁴⁸ Ullrich H., *Annotation to Joined Cases 228 and 229/82, Ford of Europe, Inc. And Ford Werke AG v. Commission. Judgement of the Court of Justice of 20 February 1984*, in *Common Market Law Review*, 1984, p. 592 e ss.; Temple Lang J., *The Power of the Commission to Order Interim Measures in Competition Cases*, in *Common Market Law Review*, 1981, p. 52.

²⁴⁹ Ordinanza della Corte di Giustizia, del 17 gennaio 1980, 792/79, *Camera Care c. Commissione*, cit., punto 19.

²⁵⁰ Il Tribunale di primo grado (sentenza del 24 gennaio 1992, *La Cinq c. Commissione*, cit., punto 80) ha definito irreparabile il danno che non possa essere riparato dalla decisione presa dalla Commissione al termine della procedura, ma non il danno che in assoluto nessuna decisione ulteriore potrà riparare. Pertanto è irreparabile anche quel danno che potrebbe trovare riparazione nell'ambito di un giudizio davanti alle giurisdizioni nazionali o nel corso del procedimento promosso davanti agli organi comunitari. Vedi anche Navarro Varona E., Durantez Gonzales H., *Interim Measures in Competition Cases before the European Commission and Courts*, in *European Competition Law Review*, 2002, p. 513.

misura cautelare, con la sofferenza che gli opposti e concorrenti interessi potrebbero subire se nessuna misura fosse adottata

3.2.2. La decisione della Commissione in materia cautelare

Nell'esercizio dei suoi poteri discrezionali, la Commissione sceglierà, mediante decisione, quelle misure che creano minori difficoltà per l'impresa destinataria anche in considerazione della decisione che sarà poi adottata al termine del procedimento. Salvo l'inderogabile carattere di temporaneità dei provvedimenti provvisori - i quali per loro natura restano validi non oltre l'adozione di una decisione sostanziale o il loro annullamento per ricorso davanti al Tribunale di primo grado - essi vanno adattati dalla Commissione alle esigenze del caso specifico, ben potendo consistere in misure meramente dichiarative, interdittive, o positive; a titolo esemplificativo, la Commissione potrà ordinare, la concessione di una licenza d'uso²⁵¹, l'accesso ad alcune *essential facilities*, il ripristino di forniture²⁵², ovvero, la cessazione di comportamenti commerciali predatori²⁵³.

Diversamente invece da quanto previsto per le Autorità nazionali nei singoli ordinamenti, la Commissione agisce sempre di propria iniziativa. È esclusa la possibilità per gli autori di una denuncia ai sensi dell'articolo 7, paragrafo 2, del regolamento 1/03 di richiedere l'adozione di misure cautelari alla Commissione. Mosso dall'intento di concentrare le risorse della Commissione sui casi di infrazioni più gravi, il legislatore comunitario ha rafforzato il ruolo della Commissione quale autorità depositaria dell'interesse pubblico, con la specifica attribuzione del potere di iniziativa esclusiva in

²⁵¹ Vedi decisione della Commissione, del 3/07/01, n. 2002/165/CEE, COMP/37.055, *NDC/IMS*, in *G.U.C.E.*, 28 febbraio 2002, L 59, p. 19,

www.ec.europa.eu/comm/competition/antitrust/cases/index/by_event_2002

²⁵² Vedi decisione della Commissione, del 29/07/87, n. 87/550/CEE, IV/32.278, *BBI/BOOSEY and HAWKES*, in *G.U.C.E.*, 9 ottobre 1987, n. L 287, p. 36 e ss.,

www.ec.europa.eu/comm/competition/antitrust/cases/older_antitrust_cases,

²⁵³ Vedi decisione della Commissione, del 29/07/83, n. 83/462/CEE, *ECS/AKZO*, in *G.U.C.E.*, del 13 settembre 1983, n. L 252, p. 13 e ss. e decisione della Commissione del 18 agosto 1982, IV/30.696 – *Sistema di distribuzione di Ford Werke AG*, in *G.U.C.E.*, del 2 settembre 1982, n. L256, p. 20. www.ec.europa.eu/comm/competition/antitrust/cases/older_antitrust_cases; una rassegna puntuale dei casi citati in questa nota e nelle note precedenti, comprensiva anche di quelli decisi dalla Corte di Giustizia e dal Tribunale di primo Grado, sta nel saggio di Navarro Varrona E., *Interim Measures in Competition Cases before the European Commission and Courts*, 2002, p. 10 e ss, disponibile anche in internet: www.lexmundi.com/images/lexmundi/PDF/Copenhagen_Varona.pdf.

materia di misure cautelari²⁵⁴. La tutela dei diritti individuali nei provvedimenti d'urgenza dovrebbe essere comunque assicurata dalla possibilità di rivolgersi ai tribunali nazionali²⁵⁵.

3.2.3. La prassi delle Autorità nazionali: l'adozione di misure cautelari in Italia

I legislatori nazionali hanno generalmente riconosciuto in capo alle autorità nazionali il potere di adottare misure cautelari (salvo Estonia e Malta) e dal canto loro, le Autorità hanno adottato tali tipologie di decisioni. Diversamente, invece, dall'adozione del regolamento 1/03 ad oggi non risulta siano stati adottati provvedimenti cautelari da parte della Commissione.

In relazione al nostro ordinamento, la normativa italiana a tutela della concorrenza si è adeguata da poco a tale novità, introducendo un nuovo articolo 14-*bis* alla legge 287/90, mediante il decreto legge 4 luglio 2006, n. 223, come modificato dalla legge di conversione 4 agosto 2006, n. 248²⁵⁶, che va ad integrare i poteri dell'AGCM²⁵⁷.

²⁵⁴ È in ogni caso auspicabile che l'interesse di cui è portatore un ipotetico denunciante sia fatto proprio dalla Commissione nelle ipotesi di comportamento anticompetitivo suscettibile di impedire il raggiungimento degli obiettivi di politica comunitaria della concorrenza. In altri termini, laddove l'interesse della singola impresa coincide con l'interesse pubblico comunitario, non sembrano esservi motivi che ostino all'esercizio del potere cautelare riconosciuto alla Commissione (Bellodi L., *Le decisioni*, cit., p. 175). Rimane comunque ferma l'iniziativa della Commissione, sia che agisca in via autonoma, sia che stimolata a farlo. In relazione al procedimento cautelare, né il regolamento 1/03 né il regolamento 773/04 dispongono una procedura celere o quantomeno semplificata; si ritengono pertanto applicabili le regole generali comprese quelle relative al rispetto del contraddittorio tra le parti. Come infatti la Corte di Giustizia ha avuto modo di precisare, nonostante l'urgenza di provvedere tipica del procedimento cautelare, "la Commissione è tenuta ad agire nel rispetto delle garanzie fondamentali assicurate alle parti interessate dal regolamento 17" (Ordinanza della Corte di Giustizia, *Camera Care*, cit., punto 19). In tal contesto, essendo esclusa la possibilità per i denunciati di richiedere misure cautelari, la posizione delle imprese chiamate è quella di meri terzi associati al procedimento. È stato sostenuto che la norma introduce una clausola di salvaguardia: nella misura in cui la Commissione non agisce *in proprio*, essa deve garantire la partecipazione al procedimento di coloro che ne hanno sollecitato l'intervento, siano essi denunciati o persone fisiche o giuridiche terze (Ricchiari M., *Articolo 8: misure cautelari*, op. cit., p. 121).

²⁵⁵ Viene in tal modo operata una netta distinzione tra la *ratio* dell'intervento cautelare nel *private enforcement* e quella dell'intervento cautelare a tutela dell'interesse pubblico, vedi Buzzone G., Saija A., *Misure cautelari e decisioni con impegni nella applicazione delle regole antitrust: i presupposti e le garanzie*, in *Contratto e Impresa/Europa*, 1/2007, p. 271.

²⁵⁶ Articolo 14-*bis*: "1. Nei casi di urgenza dovuta al rischio di un danno grave e irreparabile per la concorrenza, l'Autorità può, d'ufficio, ove constatati ad un sommario esame la sussistenza di un'infrazione, deliberare l'adozione di misure cautelari.

2. Le decisioni adottate ai sensi del comma 1 non possono essere in ogni caso rinnovate o prorogate.

3. L'Autorità, quando le imprese non adempiano a una decisione che dispone misure cautelari, può infliggere sanzioni amministrative pecuniarie fino al 3 per cento del fatturato".

Dalla fine del 2005 l'AGCM ha già adottato tre decisioni che impongono misure cautelari di cui la prima nel contesto normativo precedente l'adeguamento della normativa nazionale, il caso *Merck – Principi Attivi*²⁵⁸, la seconda (decisione *ABI: modifica unilaterale delle condizioni contrattuali*) e la terza (decisione *Distribuzione di farmaci senza obbligo di ricetta alle parafarmacie*) dopo l'entrata in vigore del decreto legge 223/06²⁵⁹.

In relazione a tali due ultimi procedimenti, la ricognizione dei presupposti dell'intervento d'urgenza è stata compiuta in modo assai sintetico. Nella decisione che ha imposto una misura cautelare rispetto alla diffusione di una circolare dell'ABI in materia di modifica unilaterale delle condizioni contrattuali applicabili dalle banche, l'intervento d'urgenza è stato giustificato sulla considerazione che *“l'adozione e la diffusione della circolare dell'ABI a tutti gli associati - che rappresentano la quasi totalità delle imprese che operano sul territorio nazionale -, determina un rischio grave e irreparabile alla concorrenza in quanto altera significativamente le dinamiche competitive dei mercati interessati, ostacolando le singole imprese bancarie nella determinazione autonoma delle proprie strategie commerciali [...] e incentivando il mantenimento di elevate barriere alla mobilità della clientela da un'impresa bancaria ad un'altra”* (punto 27).

La terza delle decisioni qui riportate in relazione al *fumus boni iuris* afferma che *“le evidenze agli atti appaiono idonee a dimostrare che le condotte in esame mirano a limitare fortemente il confronto concorrenziale nei mercati della distribuzione al dettaglio dei farmaci SOP, in contrasto con una legge emanata proprio al fine di garantire maggiore concorrenza nel settore”*. Sulla sussistenza del *periculum in mora*

²⁵⁷ Come evidenzia Buzzone G., Saija A., *op. cit.*, p. 269, le nuove disposizioni sono state inserite nel capo II del titolo II della legge 287/90, che disciplina i poteri e le procedure dell'AGCM ai fini dell'applicazione sia delle disposizioni nazionali in materia di abuso di posizione dominante e di intese, sia degli articoli 81 e 82 del TCE. Tale collocazione comporta che *“la disciplina in materia di misure cautelari [...] riguarda sia le fattispecie che rientrano nel campo di applicazione degli articoli 81 e 82 del Trattato, sia le intese e gli abusi di posizione dominante che rilevano solo per la normativa nazionale”*. Secondo l'autore *“è stata in tal modo compiuta la scelta di attribuire poteri e procedure uniformi per l'applicazione da parte dell'autorità delle disposizioni antitrust nazionali e comunitarie, scelta pienamente condivisibile al fine di assicurare un quadro normativo chiaro e coerente in materia di tutela della concorrenza”*.

²⁵⁸ Caso A364 - *Merck – Principi attivi*, provvedimento del 15 giugno 2005, in *Boll.* n. 23/2005.

²⁵⁹ Caso I675 - *ABI: modifica unilaterale delle condizioni contrattuali*, provvedimento del 14 settembre 2006, in *Boll.* n. 35-36/2006 ai sensi dell'articolo 81 TCE; caso I678 - *Distribuzione di farmaci senza obbligo di ricetta alle parafarmacie*, provvedimento del 27 settembre 2006, in *Boll.*, n. 37/2006, ai sensi dell'articolo 2 della legge 287/90. vedi Buzzone G., Saija A., *op. cit.*, p. 275.

l'AGCM "rileva che la condotta posta in essere dai grossisti farmaceutici, che rappresentano in ciascuno dei mercati rilevanti, una prevalente quota dell'offerta, determina il rischio di un danno grave e irreparabile alla concorrenza, in quanto altera significativamente le dinamiche competitive in tali mercati ostacolando l'ingresso delle parafarmacie nel mercato della distribuzione al dettaglio dei farmaci SOP. In tal modo, le condotte dei grossisti ostacolano ingiustificatamente l'attuazione delle misure di liberalizzazione introdotte dalla legge n. 248/06, laddove il legislatore aveva ritenuto di dover utilizzare lo strumento del decreto-legge per realizzare l'improcrastinabile esigenza di promuovere assetti di mercato maggiormente concorrenziali".

È stato osservato come senza una puntuale verifica dei presupposti, lo strumento cautelare rischia di diventare la prassi abituale nel nostro paese. Nonostante, data l'assenza di procedura nell'adozione di misure cautelari nella legge 287/90, l'AGCM abbia adottato, con delibera del 14 dicembre 2006, una comunicazione relativa all'applicazione dell'articolo 14-bis, non è stato sufficientemente chiarito quale fosse tale procedura. Secondo tale comunicazione, *"in linea con i principi generali dell'ordinamento nazionale e comunitario"*, l'adozione di misure cautelari può avvenire laddove sia accertata la probabilità della sussistenza di un'infrazione e l'idoneità del comportamento contestato a produrre un danno grave ed irreparabile alla concorrenza. La Comunicazione distingue due diverse procedure, distinguendo dalla procedura normale²⁶⁰, quella per i casi di *"estrema gravità ed urgenza, tale da rendere indifferibile l'intervento"*. In tali casi, l'Autorità può adottare, anche contestualmente all'avvio dell'istruttoria, misure cautelari provvisorie. Valutate le argomentazioni delle parti, l'Autorità conferma le misure cautelari e delibera altresì che le parti interessate inviino un'informativa circa le iniziative adottate per conformarsi alla misura.

Tale procedura è sostanzialmente in linea con le previsioni comunitarie e impone all'AGCM un obbligo di conformità all'ordinamento comunitario.

²⁶⁰ Il procedimento dinanzi all'Autorità, secondo la Comunicazione dell'AGCM, pubblicata sul sito www.agcm.it, prevede che *"qualora l'Autorità ritenga prima facie sussistenti i presupposti per l'adozione di misure cautelari, avvia il procedimento, anche contestualmente all'avvio dell'istruttoria, ed indica alle parti un termine, non inferiore a sette giorni, entro il quale esse possono presentare memorie scritte e documenti. Le parti possono altresì chiedere di essere sentite dinanzi al Collegio. A tal fine il responsabile del procedimento fissa alle parti un termine entro il quale esse possono presentare detta richiesta. Laddove tale richiesta sia presentata, il Collegio fissa la data dell'audizione, che è comunicata alle parti interessate. Valutati gli elementi acquisiti, l'Autorità delibera in merito alle misure cautelari e delibera altresì che le parti interessate inviino un'informativa circa le iniziative adottate per conformarsi alla delibera"*.

3.3. La decisione di impegni: poteri della Commissione e delle Autorità nazionali

Ai sensi dell'articolo 5 e dell'articolo 9 del regolamento 1/03, le imprese possono, “qualora la Commissione intenda adottare una decisione volta a far cessare un'infrazione” proporre degli impegni tali da rispondere alle preoccupazioni espresse loro dalla Commissione o dalla Autorità nazionale nelle loro valutazioni preliminari. “La Commissione può, mediante decisione, rendere detti impegni obbligatori per le imprese”²⁶¹.

²⁶¹ L'introduzione di tale tipologia di decisioni è frutto dell'esperienza della Commissione anche con riferimento al regolamento di controllo delle operazioni di concentrazione il quale rendeva una simile fattispecie agli articoli 6, paragrafo 2 e 8, paragrafo 2 del regolamento 4064/89 e ora articoli 6, paragrafo 2 e 8, paragrafo 2 del regolamento 139/04. In particolare cfr. il considerando 30 del regolamento 139/04, il quale recita “Quando le imprese interessate modificano un progetto di concentrazione notificato, in particolare offrendo di assumere impegni per rendere la concentrazione compatibile con il mercato comune, la Commissione dovrebbe poter dichiarare la concentrazione, così modificata, compatibile con il mercato comune. Gli impegni dovrebbero essere proporzionati al problema sotto il profilo della concorrenza e risolverlo interamente. È parimenti opportuno accettare impegni prima di iniziare un procedimento nei casi in cui il problema che sorge sotto il profilo della concorrenza è ben identificabile e può essere risolto facilmente. Si dovrebbe espressamente stabilire che la Commissione può subordinare la sua decisione a condizioni e obblighi destinati a garantire che le imprese interessate adempiano in modo tempestivo ed efficace agli impegni assunti per rendere la concentrazione compatibile con il mercato comune. Occorre garantire, in tutto il corso del procedimento, la trasparenza e l'effettiva consultazione degli Stati membri e dei terzi interessati”). Tale prassi era stata, infatti, valutata positivamente dalla Corte di Giustizia, anche nella vigenza del reg. 17/62, in quanto strumentale a garantire il ripristino di una concorrenza effettiva e a limitare nel contempo il ricorso a mezzi coercitivi e più invasivi da parte della Commissione (Sentenza della Corte di giustizia del 7 marzo 1974, 6 e 7/73, *Istituto Chemioterapeutico Italiano e Commercial Solvents c. Commissione, cit.*, punto 45). Talvolta, le offerte di impegno erano avanzate dalle imprese dopo la ricezione della comunicazione degli addebiti, talaltra venivano sollecitate dalla Commissione, allo scopo di riportare l'accordo in conformità con gli articoli 81 e 82 TCE (Decisione della Commissione dell'11.08.2001, n. 2001/782, COMP/29.373, *Visa International*, in G.U.C.E., 11.08.2001, C 226, p. 21-23) o al fine di beneficiare di un'esenzione individuale ai sensi dell'articolo 81, paragrafo 3 TCE. Come osservato in dottrina (vedi Amadeo S., *Articolo 9: Impegni*, in Adinolfi A., Daniele L., Nascimbene B., Amadeo S., *op. cit.*, p. 123 e ss.), la prassi flessibile e informale degli impegni presenta notevoli vantaggi ma anche qualche inconveniente. Da un lato, la Commissione è infatti posta in grado di svolgere la propria funzione essenziale di controllo celermente e in economia di procedure, dall'altro, le imprese interessate dal procedimento possono valutare in modo autonomo di adottare le misure più appropriate per riportare i loro comportamenti in conformità agli articoli 81 e 82, evitando in tal modo di incorrere in un accertamento di infrazione da parte della Commissione e nelle conseguenze pregiudizievoli che possono discenderne anche sul piano del diritto interno (ad esempio, le azioni risarcitorie introdotte dai concorrenti o dai consumatori). L'adozione di impegni in via informale a seguito di un procedimento non specificatamente individuato in tutte le sue fasi davanti alla Commissione (come da prassi prima dell'adozione del regolamento 1/03) comporta comunque alcune conseguenze negative in relazione alla certezza del diritto e trasparenza e verificabilità delle soluzioni raggiunte, nonché in relazione alla effettività degli impegni assunti dalle imprese (vedi Nyssen H., Pecchioli N., *Il regolamento 1/2003 CE: verso una decentralizzazione ed una privatizzazione del diritto della concorrenza*, in *Diritto dell'Unione Europea*, 2003, p. 369; Idiot L., A

L'articolo 9 formalizza il procedimento per l'assunzione di impegni da parte delle imprese e attribuisce alla Commissione la facoltà di rendere obbligatori mediante decisione, gli impegni proposti dalle imprese interessate²⁶² e di garantirne il rispetto attraverso l'irrogazione di sanzioni pecuniarie²⁶³.

È chiaro che, nella proposta di impegni, le imprese prenderanno in considerazione, ragionevolmente, quali misure correttive potrebbero essere imposte dalla Commissione qualora essa procedesse ad adottare una decisione di constatazione o di eliminazione delle infrazioni ai sensi dell'articolo 7, rimedi proporzionati all'infrazione e necessari a far cessare la stessa²⁶⁴.

propos des engagements en droit de la concurrence: quelques réflexions sur la pratique communautaire et française, in *Cahiers de droit européen*, 1999, p. 569).

²⁶² La previsione di cui all'articolo 3, paragrafo 3 del regolamento 17/62, il quale recitava "la Commissione, prima di prendere la decisione di cui al paragrafo 1, può rivolgere alle imprese ed alle associazioni di imprese interessate raccomandazioni dirette a far cessare l'infrazione", è stata quindi sviluppata e trasformata in una forma autonoma di decisione della Commissione.

²⁶³ Alcuni autori si sono interrogati sulla legittimità dell'articolo 9 del regolamento 1/03, vedi Temple Lang J., *Commitment Decisions Under Regulation 1/2003: Legal Aspects of a New Kind of Competition Decision*, in *ECLR*, 2003, p. 347 e ss., Nyssen H., Pecchioli N., *Il regolamento 1/2003 CE: verso una decentralizzazione ed una privatizzazione del diritto della concorrenza*, cit., p. 370 e ss. In particolare Pace L. F., *I fondamenti del diritto antitrust europeo: norme di competenza e sistema applicativo dalle origini alla Costituzione Europea*, Giuffrè, Milano, 2005, p. 305, pone a confronto tale norma con la giurisprudenza comunitaria sul principio dell'effetto utile del diritto antitrust CE, *rectius* del combinato disposto degli articoli 10 e 81 TCE. Se infatti è vero che le norme in tema di intese sono dirette alle imprese è altrettanto vero che, lette insieme all'articolo 10 TCE, obbligano gli Stati membri a non adottare o mantenere in vigore misure, di natura legislativa o regolamentare che possano rendere praticamente inefficaci le regole di concorrenza applicabili alle imprese (sentenza della Corte di Giustizia del 18 giugno 1998, *Commissione delle Comunità Europee contro Repubblica Italiana*, C-35/96, in *Racc.*, 1998, p. I-3851, paragrafo 53. Su tale giurisprudenza, vedi Pace L.F., *In tema di norme nazionali illegittime per violazione del combinato disposto degli articoli 10 e 81 TCE*, in *Rivista di diritto pubblico comunitario*, 2002, p. 454). Secondo l'autore, tale giurisprudenza (in particolare sentenza della Corte di Giustizia del 17 novembre 1993, *Bundesanstalt für den Güterfernverkehr contro Gebrüder Reiff GmbH & co. Kg*, C-185/91, in *Racc.* 1993, p. I-5801, paragrafo 14) trova applicazione anche in relazione alle istituzioni comunitarie. I provvedimenti di impegni rientrano nello schema della giurisprudenza Reiff in quanto misure che privano la normativa del carattere statale (i.d. pubblicistico) che le è proprio demandando la responsabilità di adottare decisioni di intervento in materia economica ad operatori privati. In realtà giurisprudenza successiva ha affermato in quei casi l'intesa formulata dai privati dietro richiesta o indicazione dell'organo pubblico costituisca rafforzamento di un'intesa vietata ai sensi dell'articolo 81, paragrafo 1. Nella sentenza Arduino (sentenza della Corte di Giustizia del 19 febbraio 2002, *Procedimento penale a carico di Manuele Arduino*, C-35/99, in *Racc.*, 2002, p. I-1529, paragrafo 36 e ss.), tale caso sussiste qualora il contenuto della proposta dei privati sia definita dagli organi non indipendenti rispetto ai soggetti che saranno disciplinati nel provvedimento finale e se l'organo pubblico che emette il provvedimento finale non ha il potere di rifiutare la proposta ma deve emettere necessariamente il provvedimento normativo che recepisce la proposta dei privati. In sostanza tali condizioni non sussistono in relazione alle decisioni di impegni di cui all'articolo 9 dove la Commissione, organo indipendente, ha piena discrezionalità nel valutare l'adeguatezza della misura proposta dalle imprese interessate e nell'adottare la decisione in relazione agli impegni.

²⁶⁴ Peraltro uno stretto rapporto tra l'articolo 7 e l'articolo 9 ha, come è stato osservato, una valenza prescrittiva. Wils, *Settlements of EU Antitrust Investigations: Commitments Decisions under Article 9 of Regolamento 1/03*, in *World Competition*, Vol. 29, n. 3/2006. Secondo l'Autore, "in un sistema governato dalla rule of law, è importante che l'azione delle pubbliche autorità non vada oltre i poteri ad esse

Per le imprese interessate, la decisione con impegni consente di concludere celermente il procedimento senza addivenire alla decisione di accertamento dell'infrazione. In tal modo, non solo l'impresa può evitare pubblicità negativa connessa con la decisione ex articolo 7 e l'eventuale sanzione ma anche verrebbe eliminata in sede di giudizio risarcitorio la prova da parte dei ricorrenti dell'esistenza di un comportamento illecito. Allo stesso modo, la conclusione celere del procedimento comporta per la Commissione e le Autorità nazionali minor impiego di tempo e risorse rispetto a quello necessario per giungere a una decisione finale di accertamento dell'infrazione denunciata²⁶⁵.

In realtà, la prassi ha sinora dimostrato che il procedimento “*semplificato*” della decisione con impegni comporta spesso lunghe negoziazioni tra le imprese e l'organo di controllo e sembra, in tal modo, sfuggire all'obiettivo della celerità oltre ad essere adatto per casi meno gravi di alterazione della concorrenza sul mercato comunitario. La dialettica tra le imprese, da un lato, e la Commissione o le Autorità, dall'altro, può sicuramente influire sulla scelta delle stesse Autorità di adottare tale decisione. In ogni caso, l'impresa non può vantare un diritto a tal fine, in quanto l'organo amministrativo gode sempre di ampia discrezionalità²⁶⁶, nella scelta di adottare o meno la propria decisione nei confronti dell'impresa²⁶⁷.

attribuiti dalla legge, a prescindere dalla meritevolezza dei fini perseguiti. Il regolamento 1/03 che è fondato sull'articolo 83 TCE attribuisce alla Commissione solo il potere di dare applicazione ai divieti posti dagli articoli 81 e 82 TCE attribuisce alla Commissione solo il potere di dare applicazione ai divieti di cui agli articoli 81 e 82, vale a dire lo stesso tipo di misure correttive che la Commissione potrebbe imporre se adottasse una decisione di constatazione dell'infrazione”.

²⁶⁵ In particolare, in relazione alla *ratio* dell'istituto, vedi sentenza del TAR Lazio del 23 gennaio 2008, n. 2902, dove il giudice amministrativo afferma che “*l'istituto appare concepito per fornire una rapida risposta all'interesse pubblico al mantenimento di un mercato concorrenziale, in fattispecie complesse o nuove, rispetto alle quali si appalesa opportuno raggiungere una soluzione di tipo negoziato. Per converso, è stato osservato, occorre evitare che l'accettazione degli impegni diventi solo un modo per evitare la sanzione, diminuendo così l'efficacia deterrente della missione affidata alle ANC e alla Commissione. Le decisioni con impegni, infatti, non producono quell'effetto di chiarimento della regola giuridica che deriva, invece, dalle decisioni di infrazione. In questo senso va tenuto presente che, secondo il considerando n. 13 del regolamento 1/03, le decisioni concernenti gli impegni non sono “opportune” nei casi in cui la Commissione intenda comminare un'ammenda, il che induce a ritenere applicabile l'istituto soprattutto nei casi meno gravi.*

²⁶⁶ Vedi sentenza TAR Lazio del 23 gennaio 2008, n. 2902, dove, in relazione ai poteri della Commissione nell'adozione di decisioni con impegni, il tribunale amministrativo precisa che “*la Commissione gode di un'ampia discrezionalità nel valutare se accettare le misure proposte dalle imprese, e quindi rendere obbligatoria una decisione ai sensi dell'articolo 9 del regolamento 1/03*”. La Commissione europea, dal canto suo, aveva già in precedenza chiarito, relativamente all'applicazione dell'articolo 9 del Regolamento n. 1/2003 (Memo/04/217 in data 17.9.2004) che “*this instrument is novel and the conditions for its use are flexible*” e “*efficiency reasons justify that the Commission limits itself to making the commitments binding, and does not issue a formal prohibition decision*”. *L'unico limite di opportunità all'adozione di una decisione con impegni è, secondo la Commissione, quello dei*

Nella sentenza 11 luglio 2007, *Alrosa c. Commissione*²⁶⁸, in causa T 170/06, il Tribunale di primo grado ha chiaramente affermato che “*la Commissione non è mai tenuta, in forza dell’articolo 9, n. 1 del regolamento n. 1/2003 a decidere di rendere obbligatori degli impegni piuttosto che ad agire ai sensi dell’articolo 7 del medesimo regolamento. Non è pertanto tenuta a fornire le ragioni per le quali degli impegni non le sembrano idonei ad essere resi obbligatori in modo da concludere il procedimento*”²⁶⁹. Nella stessa decisione il Tribunale di I grado ha anche affermato che “*l’obiettivo dell’articolo 7, n. 1 del regolamento n. 1/2003 è lo stesso di quello perseguito dall’articolo 9, n. 1, e coincide con l’obiettivo principale del regolamento 1/03, che è quello di garantire un’efficace applicazione delle regole di concorrenza previste dal Trattato. Per il conseguimento di tale obiettivo la Commissione dispone di un margine di valutazione discrezionale nella scelta offertale dal regolamento n. 1/2003 di rendere obbligatori gli impegni proposti dalle imprese interessate e di adottare una decisione ai sensi dell’articolo 9 o di seguire la via prevista dall’articolo 7, n. 1 del medesimo regolamento, che esige l’accertamento di un’infrazione*”²⁷⁰.

Esistono in ogni caso degli indirizzi generali di individuazione dei casi che possono essere risolti con l’adozione di una decisione *ex* articolo 9 che l’impresa può prendere in considerazione al fine di proporre alla Autorità competente tale soluzione. In particolare, il considerando 13 precisa che “*le decisioni concernenti gli impegni non sono opportune nei casi in cui la Commissione intende infliggere un’ammenda*”. Ciò induce a ritenere che il procedimento basato sugli impegni non sia esperibile qualora la Commissione sia già in possesso di elementi idonei a dimostrare la sussistenza di un’infrazione meritevole di ammenda. Inoltre, gli impegni offerti dalle imprese devono

procedimenti riguardanti i cartelli segreti c.d. “hardcore” (“the case is not one where a fine would be appropriate this therefore excludes commitment decisions in hardcore cartel cases”).

²⁶⁷ Vedi Ritter L. Gotti Tedeschi R., *The New Procedure under Article 9 Regulation 1/2003: Advantages and Weaknesses*, in *Contratto e Impresa/Europa*, n. 1/2005, p. 401; e Pace L. F., *I fondamenti del diritto antitrust europeo: norme di competenza e sistema applicativo dalle origini alla Costituzione Europea*, Giuffrè, Milano, 2005, secondo il quale sussisterebbe un pericolo a seguito della negoziazione sugli impegni tra la Commissione o l’Autorità e l’impresa, relativo al fatto che la decisione non sia determinata esclusivamente nell’interesse pubblico. In tal senso, vedi anche Lombardo S., *Regulatory Competition in Company Law in the European Community. Prerequisites and Limits*, Frankfurt am Main, Peter Lang, 2002, secondo il quale ciò potrebbe accadere nel caso in cui l’organo comunitario o nazionale agiscano nell’interesse pubblico, ma esercitino la propria competenza nell’interesse del soggetto regolato.

²⁶⁸ Sentenza del Tribunale di Primo grado dell’11 luglio 2007, *Alrosa c. Commissione*, in causa T 170/06, in *Racc.*, 2007, pag. II-2601, impugnata dalla Commissione dinanzi alla Corte di giustizia, causa C-441/07, *Commissione c. Alrosa*, in *G.U.* 2007, C 283, pag. 22.

²⁶⁹ Punto 130.

²⁷⁰ Punti 95 e 96.

essere tali da “rispondere alle preoccupazioni” della Commissione e possono quindi avere carattere strutturale²⁷¹ o comportamentale²⁷², in ogni caso, tali da eliminare ogni verosimile infrazione alla concorrenza²⁷³, oppure quantomeno da eliminare i profili anticoncorrenziali che avevano stimolato l’interesse della Commissione²⁷⁴.

3.3.1. La procedura di adozione delle decisioni con impegni da parte della Commissione

Dal punto di vista procedurale, ai sensi dell’articolo 27, paragrafo 4, del regolamento 1/03, qualora la Commissione intenda adottare una decisione ai sensi dell’articolo 9, pubblica un’esposizione sommaria dei fatti e il contenuto essenziale degli impegni o dell’azione proposti²⁷⁵. Le imprese interessate possono presentare le loro osservazioni entro un termine stabilito dalla Commissione all’atto della pubblicazione che non può comunque essere inferiore a un mese. La decisione di impegni alle imprese contiene, secondo quanto previsto dall’articolo 30, un’esposizione sommaria dei fatti, del contenuto della valutazione preliminare e degli impegni e una dichiarazione di vincolatività di questi sia per le imprese interessate sia per la Commissione che, esplicitamente, giunge alla conclusione che il suo intervento, a seguito delle azioni adottate dall’impresa, non sia più giustificato.

Nella prassi, tale strumento è stato ampiamente utilizzato dalla Commissione nella lotta ai cartelli. Nel 2007, la Commissione ha avviato quattro istruttorie ai sensi dell’articolo 81 che si sono concluse con l’adozione di una decisione di impegni *ex* articolo 9 del

²⁷¹ Come osserva Amedeo S., *Articolo 9: Impegni*, *op. cit.*, p. 126, gli impegni a carattere strutturale presentano il vantaggio di non richiedere il controllo successivo della Commissione e, nella misura in cui sono unilateralmente proposti dalle imprese, non sembrano soggetti allo stretto controllo di proporzionalità contemplato dall’articolo 7, paragrafo 1 del regolamento 1/03.

²⁷² Vedi Ritter L. Gotti Tedeschi R., *The New Procedure under Article 9 Regulation 1/2003: Advantages and Weaknesses*, in *Contratto e Impresa/Europa*, n. 1/2005, i quali indicano il contenuto dei rimedi comportamentali distinguendoli in (i) impegni che limitano l’applicazione degli accordi esistenti o dei diritti di proprietà intellettuale, che includono la fine dell’esclusiva e delle restrizioni territoriali e limitano l’uso dei diritti di proprietà intellettuale e ne mettono a conoscenza le imprese concorrenti, tali impegni sarebbero in grado di ripristinare le condizioni di una effettiva concorrenza su base permanente e di essere effettivamente monitorati; (ii) impegni che riguardo la futura attività sul mercato, come cessione o separazione di ramo d’azienda o il rilascio di una licenza o accesso alla rete.

²⁷³ In favore di tale soluzione, Eibl S., *Commitments Decisions: An Australian Prospective*, in *ECLR*, 2005, p. 328.

²⁷⁴ Temple Lang J., *Commitment Decisions Under Regulation 1/2003: Legal Aspects of a New Kind of Competition Decision*, in *ECLR*, 2003, p. 347.

²⁷⁵ L’articolo 9 precisa che “La pubblicazione deve tener conto del legittimo interesse delle imprese alla protezione dei propri segreti aziendali”.

regolamento 1/03²⁷⁶ e una ai sensi dell'articolo 82 TCE²⁷⁷; nel 2006 ha avviato una istruttoria ai sensi dell'articolo 82²⁷⁸ e tre ai sensi dell'articolo 81 che si sono concluse con decisione di accettazione degli impegni ex articolo 9 del regolamento 1/2003²⁷⁹; nel 2005, ha avviato due istruttorie conclusesi con tal tipo di decisioni²⁸⁰.

3.3.2. Il potere dell'AGCM di adottare decisioni con impegni: l'adeguamento dell'ordinamento italiano al regolamento 1/03

Allo stesso modo, la previsione del potere di adottare decisioni con impegni in capo alle Autorità nazionali ha mosso il legislatore verso un adeguamento della normativa interna alla normativa comunitaria anche in tale settore²⁸¹.

Nel nostro ordinamento, l'articolo 14-ter della legge 287/90, introdotto con il decreto legge 223/2006²⁸² prevede che l'AGCM può rendere obbligatori con decisione gli

²⁷⁶ Decisione del 14 settembre 2007 *Daimler Chrysler* (14 settembre 2007) Articolo 81 (accettazione di impegni - accesso a informazioni tecniche ex articolo 9 regolamento n. 1/2003) non pubblicata; Decisione del 14 settembre 2007, *Fiat* (accettazione di impegni - accesso a informazioni tecniche ex articolo 9 regolamento n. 1/2003) non pubblicata; decisione del 14 settembre 2007, *Opel*, (accettazione di impegni - accesso a informazioni tecniche ex articolo 9 regolamento n. 1/2003) non pubblicata; decisione del 14 settembre 2007, *Toyota Motor Europe* (accettazione di impegni - accesso a informazioni tecniche ex articolo 9 regolamento n. 1/2003) non pubblicata.

²⁷⁷ Decisione dell'11 ottobre 2007, *Contratti di rifornimento gas con clienti industriali in Belgio*, (accettazione di impegni - ex articolo 9 regolamento n. 1/2003) non pubblicata. Ai sensi di tale decisione, la Commissione rende giuridicamente vincolanti fino al 2011 una serie di impegni proposti da Distrigas per rispondere alle preoccupazioni manifestate dalla Commissione nel corso di un'indagine ai sensi dell'articolo 82. L'effetto di tali impegni è di garantire che Distrigas non vincoli una percentuale eccessiva di clienti per più di un anno a venire, e di consentire nello stesso tempo a Distrigas quanta più flessibilità possibile nella gestione del suo portafoglio di contratti. Vedi Bruxelles, 16 giugno 2008, COM(2008) 368 def., *Relazione sulla politica di concorrenza 2007*, in http://ec.europa.eu/comm/competition/annual_reports/2007/it.pdf.

²⁷⁸ Decisione del 22 febbraio 2006, *ALROSA/DBCAG/City and West East - Vendita diamanti grezzi* (accettazione di impegni ex articolo 9 regolamento n. 1/2003, in GUUE L 205/24 del 27.7.2006.

²⁷⁹ Decisione del 12 aprile 2006 - *REPSOL C.P.P. SA - Distribuzione di carburanti e combustibili* (accettazione di impegni ex articolo 9 regolamento n. 1/2003) in GUUE L 353/104 del 30.6.2006; decisione del 4 ottobre 2006 - *Accordo di Cannes - Accordo tra editori musicali e gestori diritti di riproduzione* (accettazione di impegni ex articolo 9 regolamento 1/2003) non pubblicata.

²⁸⁰ Decisione del 19 gennaio 2005 - *Vendita aggiunta dei diritti mediatici relativi al campionato di calcio tedesco (Bundesliga)* (accettazione di impegni ex articolo 9 regolamento n. 1/2003), in GUUE L 134/46; decisione del 22 giugno 2005, *Coca Cola - articolo 82* (accettazione di impegni ex articolo 9 regolamento n. 1/2003), in GUUE L 253/21. per un commento a tale ultimo caso vedi Ritter L., Gotti Tedeschi R., *The New Procedure under Article 9 Regulation 1/2003: Advantages and Weaknesses*, in *Contr. Impr. /Eur.*, 2005, p. 383 e ss.

²⁸¹ Fanno eccezione Estonia e Malta.

²⁸² Nella versione originaria del decreto legge 223/06, il primo comma dell'articolo 14-ter della legge 287/90 sanciva in conformità al modello comunitario che fino alla decisione di cui all'articolo 15 che accerta la violazione agli articoli 2 o 3 o agli articoli 81 e 82 TCE, le imprese possono presentare impegni

impegni presentati dalle imprese senza pervenire all'accertamento dell'infrazione²⁸³ qualora tali impegni siano tali da far venire meno i profili anticoncorrenziali oggetto dell'istruttoria. In caso di mancato rispetto degli impegni, può essere inflitta una sanzione amministrativa fino al 10% del fatturato.

Nei primi anni di applicazione del regolamento 1/03 a livello interno, in mancanza di una specifica norma nazionale che prevedesse il potere di adottare decisioni con impegni da parte dell'AGCM, gli impegni proposti dalle imprese sono stati sovente rigettati sulla base di argomentazioni generiche e poco persuasive. Nella decisione sul caso *Prezzi del latte per l'infanzia*, l'AGCM sostenne che gli impegni offerti da una delle parti ai sensi dell'articolo 5 del regolamento 1/03 non dovessero essere presi in considerazione in quanto “*mera dichiarazione dell'intenzione delle parti*”²⁸⁴. Nel caso ENI/TTPC, l'AGCM non ha accettato gli impegni proposti dalle parti sulla considerazione che la richiesta veniva formulata in una fase troppo avanzata del procedimento, a circa tre mesi dalla formale apertura dell'istruttoria e sei mesi prima che fosse notificata alle parti la comunicazione degli addebiti²⁸⁵.

Sulla base di tale esperienza e, diversamente da quanto previsto a livello comunitario, l'articolo 14-ter prevede quale presupposto per l'adozione di decisioni con impegni, la notifica all'impresa dell'avvio di una procedura istruttoria per l'accertamento della violazione delle norme *antitrust* e fissa, al contempo, il limite dei tre mesi dalla notifica dell'avvio dell'istruttoria entro il quale le imprese, se interessate ad ottenere una decisione di impegni, possono presentare impegni tali da far venire meno i profili anticoncorrenziali oggetto dell'istruttoria.

tali da far cessare l'infrazione. L'Autorità, qualora ritenga tali impegni idonei a far cessare l'infrazione, può renderli obbligatori per le imprese e chiudere il procedimento senza accertare l'illecito.

²⁸³ La disciplina italiana non specifica ulteriormente l'insieme dei casi in cui la decisione con impegni può considerarsi appropriata. Da un punto di vista formale, come certi autori suggeriscono (vedi Bruzzone G., Saija A., *op. cit.*, p. 283), essendo l'articolo 14 *ter* inserito nel titolo II della legge 287/90, alle decisioni con impegni non si applica il vincolo dell'articolo 1, co. 4 ai sensi del quale l'interpretazione delle norme contenute nel Titolo I della legge è effettuata in base ai principi dell'ordinamento comunitario in materia di disciplina della concorrenza. Come gli stessi autori sostengono, va tuttavia considerato che nel disegno comunitario la decisione con impegni è pur sempre concepita come strumento a disposizione dell'ECN per una più efficace applicazione delle regole di concorrenza. In questa prospettiva, l'omogeneità dei presupposti per l'utilizzo dello strumento da parte della Commissione e delle Autorità degli Stati membri sembrerebbe la soluzione più appropriata.

²⁸⁴ Decisione dell'AGCM, del 12 ottobre 2005, n. 14775 (I623), *Prezzi del latte per l'infanzia*, in *Boll.*, 40/05.

²⁸⁵ Decisione dell'AGCM, del 15 febbraio 2006, n. 15174 (A358), *ENI/Trans Tunisian Pipeline*, in *Boll.*, 5/06. L'AGCM giunse alla stessa conclusione nella decisione sul caso *Rifornimenti Aeroportuali*, del 9 dicembre 2004, n. 13812, in *Boll.*, 50/04.

Secondo alcuni autori tale termine non è realistico, né utile alle imprese, specie se confrontato con le tempistiche adottate in sede comunitaria, in quanto non idoneo a consentire all'impresa di formulare una proposta di misure correttive sulla base di un quadro di addebiti sufficientemente definito. Una proposta presentata nei termini prescritti potrebbe essere anche non adeguata o non proporzionata. L'impossibilità di successivi aggiustamenti della proposta da apportare previo un appropriato dialogo con l'Autorità, può ostacolare un efficiente utilizzo della decisione con impegni, con pregiudizio non solo dell'interesse delle imprese, ma anche dell'efficace azione amministrativa²⁸⁶.

La posizione sul punto dell'AGCM emerge dalla Comunicazione sulle procedure di applicazione dell'articolo 14 - *ter* della legge 287/90 adottata con delibera del 12 ottobre 2006. Ai sensi della citata comunicazione, le imprese possono presentare, “*con congruo anticipo rispetto al termine di tre mesi*” previsto dall'articolo 14-*ter*, “*una versione non definitiva degli stessi*”. A seguito di tale presentazione preliminare le parti interessate potranno essere sentite dalla direzione competente “*esclusivamente al fine di fornire le precisazioni o i chiarimenti che fossero necessari per la comprensione del contenuto degli impegni proposti*”. In ogni caso, entro il termine di tre mesi dalla notifica dell'apertura dell'istruttoria, le parti interessate dovranno far pervenire all'Autorità la versione definitiva degli impegni proposti²⁸⁷. Qualora l'Autorità non deliberi “*il rigetto per manifesta infondatezza degli impegni proposti*”, essa dispone, con delibera, la pubblicazione sul sito Internet dei medesimi impegni. Decorsi i trenta giorni dalla pubblicazione degli impegni, le parti interessate potranno rappresentare per iscritto all'Autorità la propria posizione in relazione alle osservazioni presentate dai terzi e – per tener conto di esse – potranno introdurre “*modifiche accessorie*” agli impegni.

In base ad una lettura congiunta degli articoli 14 - *ter* e la citata comunicazione, la previsione di un termine breve, motivato dall'esigenza di prevenire comportamenti

²⁸⁶ Vedi Bruzzone G., Saija A., *op. cit.*, p. 285, secondo i quali l'aspetto da verificare è in che misura il termine di tre mesi debba intendersi come limite assoluto entro cui debba concludersi anche il dialogo con le autorità circa eventuali modifiche o integrazioni della proposta originaria dell'impresa. Può infatti ipotizzarsi una lettura dell'articolo 14-*ter* che consenta un aggiustamento della proposta inizialmente presentata nella successiva fase in cui l'Autorità, valutata l'idoneità degli impegni proposti, può, nei limiti imposti dall'ordinamento comunitario, renderli obbligatori per le imprese.

²⁸⁷ La presentazione preliminare e quella definitiva degli impegni da parte delle imprese interessate avverrà mediante la compilazione di un formulario predisposto dall'Autorità e pubblicato sul bollettino di cui all'articolo 26 della legge e sul sito Internet dell'Autorità.

dilatori e opportunistici da parte delle imprese, potrebbe significativamente restringere le sue potenzialità di utilizzo²⁸⁸.

La scansione del procedimento amministrativo volto all'accertamento di una eventuale violazione della normativa *antitrust*, infatti, comporta che l'adozione del provvedimento di avvio dell'istruttoria intervenga in una fase preliminare all'accertamento. Per conseguenza, è possibile che le osservazioni delineate nel provvedimento di avvio si precisino e si completino alla luce delle informazioni e della documentazione acquisite nel corso dell'istruttoria. Si potrebbe quindi determinare una asimmetria informativa, per cui le imprese sarebbero vincolate a predisporre rapidamente degli impegni miranti ad elidere possibili profili di contrasto con la normativa *antitrust*, mentre tali problematiche potrebbero essere già superate o approfondite dall'esame compiuto dall'Autorità.

Di recente, il TAR Lazio ha escluso la perentorietà del termine di cui all'articolo 14-ter, ancora una volta sulla base di una interpretazione orientata ai principi comunitari. In particolare, il giudice ha osservato che *“la previsione di un termine perentorio risulta disarmonica non solo con il procedimento disciplinato in sede comunitaria, ma soprattutto con la funzione dell'istituto, la quale richiede, da un lato, che le imprese siano poste in grado di proporre misure correttive idonee e, dall'altro, che la Commissione disponga di elementi sufficienti per valutarne la rispondenza ai profili anticoncorrenziali emersi”*²⁸⁹.

²⁸⁸ Secondo Bruzzone G., Saija A., *op. cit.*, sarebbe necessario un intervento normativo al fine di modificare l'articolo 14-ter, primo comma, in modo più conforme all'articolo 9 del regolamento 1/03. La fissazione *ex lege* del termine per la presentazione degli impegni andrebbe eliminata e la valutazione della tempestività dell'intervento spetterebbe alla stessa Autorità. È bene sottolineare che sul tema è intervenuto di recente il giudice amministrativo nell'ottica di rendere lo strumento della decisione sugli impegni maggiormente utilizzabile, come indicato nel testo.

²⁸⁹ Sentenza TAR Lazio del 23 gennaio 2008, n. 2902., dove il giudice amministrativo ricostruisce l'istituto della *“decisione con impegni”* alla luce dell'articolo 9 del regolamento 1/03 e della normativa nazionale. Nel confronto, evidenzia alcune differenze sussistenti, sul piano procedimentale, tra l'istituto in esame, così come disciplinato dal regolamento 1/03, e le disposizioni contenute nell'articolo 14 – ter della l. n. 287/90. *“Se risultano, infatti, evidenti le analogie con la disciplina comunitaria nella parte in cui la norma fa riferimento alla necessità di elidere “i profili anticoncorrenziali oggetto dell'istruttoria” e ad una valutazione dell'idoneità degli impegni “nei limiti previsti dall'ordinamento comunitario”, vi è invece una chiara difformità nella previsione di un brevissimo termine per la presentazione degli impegni, laddove il più volte richiamato articolo 9 del Reg. n. 1/03, non stabilisce né i tempi della “valutazione preliminare” della Commissione, né quelli per la definizione delle istanze presentate dalle imprese. Per l'accettazione degli impegni non sussiste cioè un preciso sbarramento temporale, mentre nella prassi, si è osservato, la stessa pubblicazione degli impegni per la loro sottoposizione al c.d. market test fa seguito ad una lunga fase di approfondimento e discussione tra le parti e gli uffici della Commissione. Il legislatore interno sembra avere concepito invece lo sbarramento temporale come un deterrente, derivante dalla necessità, da un lato, di prevenire comportamenti “opportunistici” delle*

È da valutare con favore l'interpretazione del Tribunale amministrativo volta ad assicurare una convergenza tra disciplina comunitaria e disciplina nazionale anche in tema di decisioni sugli impegni e connesso procedimento. Le differenze procedurali tra il modello italiano e il modello comunitario (nonché quello adottato dalla maggior parte degli Stati membri) hanno destato diffuse preoccupazioni²⁹⁰.

Inoltre, come risulta dalla lettera dell'articolo 14-ter, la *ratio* dell'istituto – volto ad assicurare l'efficacia dell'applicazione decentrata delle norme comunitarie *antitrust* – depone certamente nel senso di un'interpretazione “*armonizzante*”²⁹¹ delle disposizioni nazionali.

imprese e, dall'altro, di salvaguardare l'efficacia dei programmi di clemenza previsti dall'articolo 15, comma 2 – bis della l. n. 287/90 (cfr. la sentenza 14157/2007). E' tuttavia dubbio che a tale termine possa attribuirsi natura perentoria in quanto essa contrasterebbe, in primo luogo, con la lettera e lo spirito dell'articolo 9 del regolamento 1/03, norma peraltro direttamente applicabile anche nell'ordinamento interno. Al riguardo, non va, infatti, dimenticato che l'articolo 5 del medesimo regolamento prevede che le Autorità degli Stati membri sono competenti ad applicare gli articoli 81 e 82 del Trattato in casi individuali e che a tal fine, agendo d'ufficio o in seguito a denuncia, possono adottare alcune decisioni, tra cui è inclusa quella di accettare impegni. Tale potere è dunque attribuito alle Autorità nazionali direttamente dal Regolamento (cfr., sia pure in relazione alle decisioni che dispongono misure cautelari, TAR Lazio, sez. I^a, 7 marzo 2006, n. 1713, Merck). La tempestività della presentazione degli impegni va quindi rapportata, di volta in volta, alle fattispecie concrete, essendo rimessa alla Commissione e alle Autorità nazionali la relativa valutazione. Alla luce dell'impostazione comunitaria dell'istituto, il termine previsto dall'articolo 14 – ter della l. n. 241/90 deve in definitiva intendersi come meramente sollecitatorio”.

²⁹⁰ In Germania, l'articolo 32 (b) del GWB è strettamente modellato sull'articolo 9 del regolamento 1/03. In particolare, ai sensi dell'articolo 32 (b), “(1) where, in the course of proceedings under § 32, undertakings offer to enter into commitments which are capable of dispelling the concerns communicated to them by the cartel authority upon preliminary assessment, the cartel authority may by way of a decision declare those commitments to be binding on the undertakings. The decision shall state that subject to the provisions of paragraph 2 the cartel authority will not make use of its powers under §§ 32 and 32a. It may be limited in time. (2) The cartel authority may rescind the decision pursuant to paragraph 1 and reopen the proceedings where: 1. the factual circumstances have subsequently changed in an aspect that is material for the decision; 2. the undertakings concerned do not meet their commitments; or 3. the decision was based on incomplete, incorrect or misleading information provided by the parties”. In Francia è unicamente previsto un termine minimo non inferiore a un mese per formalizzare gli impegni dopo la notifica della valutazione sommaria degli addebiti (*décret* n. 2005-1668 del 27 dicembre 2005. Nel Regno Unito le linee guida adottate dall'*Office Fair Trading* (OFT) sulle decisioni con impegni non fissano limiti rigidi, ma indicano quali saranno i criteri di valutazione seguiti dall'OFT nella individuazione della tempistica per la presentazione di impegni. Secondo questa impostazione, le imprese possono proporre impegni all'autorità in ogni fase dell'indagine, fino al momento in cui è adottata la decisione; tuttavia “è improbabile che l'OFT ritenga appropriato accettare impegni in una fase tanta avanzata del procedimento”, vedi OFT, *Enforcement – Understanding Competition Law*, dicembre 2004, punto 4.16.

²⁹¹ Rabitti Bedogni C., *Convergenza senza primato: verso un modello condiviso*, atti dell'VIII Convegno di Treviso - 22/23 Maggio 2008 - *Antitrust fra Diritto Nazionale e Diritto Comunitario*, in www.agcm.it, p. 6.

La stessa AGCM, che, nel corso del 2007 ha adottato quattro decisioni di accettazione di impegni ai sensi dell'articolo 14-ter²⁹², e, nel corso del 2008²⁹³ ha adottato tre decisioni di accettazione di impegni, con conseguentemente allentamento delle maglie che stringevano l'applicazione dell'articolo 14-ter. Inoltre, coerentemente con l'approccio emerso a livello comunitario, ha ritenuto di non poter accogliere gli impegni presentati dalle parti in relazione ad ipotesi di violazioni particolarmente gravi della normativa *antitrust* comunitaria e nazionale.

Ovviamente, in questi casi, l'interesse pubblico alla salvaguardia della dinamica concorrenziale del mercato, attraverso l'imposizione di sanzioni capaci di dissuadere efficacemente le imprese dal porre in essere condotte particolarmente pregiudizievoli per la concorrenza e i suoi consumatori, prevale sui vantaggi procedurali ottenibili

²⁹² I651, procedimento n. 16808 del 17/05/2007 - *A.D.S. Accertamenti diffusione stampa – audipress*, *Boll. Uff.* 19/2007; I661, procedimento n. 16709 - *Accordi interbancari Abi - Co.Ge.Ban*, *Boll. Uff.* 14/2007; I668, procedimento n. 16500 del 21/02/2007, *Ordine dei medici veterinari di Torino*, in *Boll. Uff.*, 8/2007; I681, procedimento n. 17754, del 20/12/2007, *prezzi dei carburanti in rete*, in *Boll. Uff.* 48/2007. In relazione all'attività dell'AGCM, il TAR Lazio, nella sentenza del 23 gennaio 2008, n. 2902 osserva che “*nelle sue prime decisioni in materia (cfr. in particolare, il provvedimento n. 16151 del 15.11.2006, caso I646, Produttori vernici marine, il cui impianto argomentativo è stato pienamente avallato da questa Sezione con sentenza n. 14157 del 29.12.2007), l'AGCM sembra propensa a ritenere che (i) l'idoneità delle misure correttive proposte dalle imprese debba essere rapportata all'oggetto dell'istruttoria, con riguardo non solo ai profili concorrenziali in atto ma anche agli effetti eventualmente già prodottisi e (ii) gli impegni presentati debbano comunque essere suscettibili di un'attuazione piena, tempestiva e facilmente verificabile*”.

²⁹³ Decisione dell'AGCM del 15 maggio 2008 n. 18285 - *Federitalia/Federazione Italiana Sport Equestri (Fise)* (A378), in *Boll.*, 19/2008 (l'istruttoria fu avviata con provvedimento n. 17070 del 19/07/2007); decisione dell'AGCM del 23 ottobre 2008 n. 19021 - *Servizi di Soccorso Autostradale* (A391) in *Boll.* 40/2008 (l'istruttoria fu avviata con provvedimento n. 17328 del 20/09/2007). Infine, con decisione del 30 ottobre 2008, *Acquedotto Pugliese* (A395), da pubblicare, ha accettato, rendendoli vincolanti, gli impegni presentati da Acquedotto Pugliese, nell'ambito dell'istruttoria avviata l'8 novembre 2007, per verificare l'esistenza di un possibile abuso di posizione dominante nella somministrazione dell'acqua potabile e della gestione delle acque di scarico. L'istruttoria viene così chiusa senza accertamento di infrazione e senza sanzione. Per effetto degli impegni, in tempi brevi, e comunque entro il 2008, AQP modificherà i propri oneri di servizio pubblico in modo da lasciare aperta la possibilità agli utenti interessati di realizzare in maniera autonoma gli allacciamenti alla rete idrica o fognaria, senza dovere obbligatoriamente ricorrere alle prestazioni di AQP. Si realizza così un'effettiva liberalizzazione delle attività di realizzazione degli impiantini all'interno dell'ATO (Ambito Territoriale Ottimale) Puglia che AQP aveva invece ricondotto all'interno delle attività svolte in regime di monopolio. Resta di competenza di AQP l'attività di verifica e collaudo degli allacci realizzati da altre imprese: la tariffa applicata per questa attività dovrà tuttavia essere rigorosamente parametrata ai costi effettivamente sostenuti, per evitare che, proprio attraverso questa tariffa, AQP possa di fatto disincentivare il ricorso da parte degli utenti a imprese terze per la realizzazione degli allacciamenti. AQP ha inoltre assunto una serie di impegni che vanno in favore degli utenti: a partire dal 1° gennaio 2009 viene eliminato l'obbligo di pagamento anticipato degli oneri relativi al contratto di somministrazione, sarà possibile rateizzare l'intero importo dell'allacciamento, viene eliminato l'aumento del 15% del costo dell'allacciamento per rimborso spese. Queste misure, secondo l'*Antitrust*, sono idonee a superare l'eccessiva onerosità delle condizioni contrattuali di allaccio considerate nel provvedimento di avvio. AQP attuerà infine, nel più breve tempo possibile, modalità contrattuali on-line e realizzerà una rete di sportelli informatici per garantire agli utenti un miglior accesso ai servizi offerti.

attraverso il ricorso alla decisione con impegni. Peraltro, in un'ottica di sistema, la rinuncia ad accertare l'infrazione a fronte della presentazione di impegni potrebbe compromettere l'efficacia e l'operatività del programma di clemenza.

Dunque, anche in relazione ai meccanismi procedurali di valutazione degli impegni, e pur in presenza di una previsione legislativa non coincidente con la disciplina del procedimento in sede comunitaria, l'interpretazione sistematica delle norme nazionali *“alla luce dell'impostazione comunitaria dell'istituto”* ha indotto nei fatti un allineamento tra diritto interno e diritto comunitario.

3.4. Il sistema sanzionatorio: principi comuni e peculiarità nazionali

Nel sistema di coordinamento tra le istituzioni comunitarie e nazionali, volto a rendere maggiormente efficace il sistema di applicazione delle regole di concorrenza, il sistema sanzionatorio ha un ruolo cruciale. Nel diritto comunitario della concorrenza così come nei diritti della concorrenza nazionali, le sanzioni ed, in particolare, le ammende, assumono non solo la funzione di reprimere e punire gli illeciti commessi, ma anche di prevenire il ripetersi di nuovi comportamenti anticoncorrenziali²⁹⁴.

Ai sensi dell'articolo 5 del regolamento 1/03, gli Stati membri mantengono la loro autonomia nel disciplinare le conseguenze di diritto civile per la violazione delle norme comunitarie sulla concorrenza, fatti salvi, i limiti imposti dall'ordinamento comunitario circa il rispetto dei principi generali di equivalenza ed effettività. La mancanza di armonizzazione nella definizione delle misure sanzionatorie tra Commissione e Autorità nazionali potrebbe dar luogo ad alcune divergenze tra i sistemi applicabili e disparità di trattamento. Si sta in realtà assistendo anche in questo settore all'adozione, mediante sistemi di *soft law*, a un coordinamento da parte della Commissione dell'attività delle Autorità nazionali, in primo luogo, nella definizione degli Orientamenti in tema di calcolo delle ammende e, in secondo luogo, nella identificazione di un comune programma di clemenza.

²⁹⁴ È il c.d. effetto di dissuasione, vedi sentenza della Corte di Giustizia del 29 giugno 2006, C-289/04 P, *Showa Denko contro Commissione*, in *Racc.*, 2006, p. I-5859 e ss.; sentenza del Tribunale di primo grado del 5 aprile 2006, T-279/02, *Degusta contro Commissione*, in *Racc.*, 2006, p. II – 897 e ss.; vedi anche Wils P.J. Wouter, *Optimal Antitrust Fines: Theory and Practice*, in *World Competition*, 29(2), 2006, 183 ss.; secondo il quale, *“the imposition of fines can contribute in three ways to the prevention of antitrust violations: through deterrent effects, through moral effects and by raising the costs of setting up and running cartels”*.

Dopo aver brevemente introdotto i principi in tema di potere sanzionatorio della Commissione introdotti con il regolamento 1/03 volti a completare il potere decisorio della stessa autorità e a dare efficacia alla sua azione, prenderemo in considerazione tali orientamenti che stanno influenzando, non senza divergenze, l'attività delle Autorità nazionali. In linea generale, la disciplina delle sanzioni pecuniarie²⁹⁵, applicabili per

²⁹⁵ Esula dalla nostra trattazione, la descrizione dei maggiori poteri, di indagine e accertamento, che sono conferiti alla Commissione con il nuovo regolamento ex articoli 18 e ss. Brevi cenni saranno di seguito indicati per completamento della trattazione. In particolare, l'articolo 18 attribuisce alla Commissione il potere di richiedere informazioni nei confronti di una molteplicità di destinatari, imprese ed associazioni di imprese, governi e Autorità nazionali al fine di "assolvere i compiti affidatele dal regolamento". In particolare, in relazione alle imprese e alle associazioni di imprese, la Commissione può utilizzare due strumenti: la semplice domanda (paragrafo 2) o la decisione di richiedere loro tutte le informazioni necessarie (paragrafo 3). Solo in tal secondo caso, il soggetto richiesto ha l'obbligo di fornire una risposta, e in caso di inadempimento, la Commissione potrà irrogare una penalità di mora, ai sensi dell'articolo 24 del regolamento 1/03. In capo alle imprese a cui si richiedono le informazioni sussiste un obbligo di cooperazione attiva con la Commissione: le imprese non potranno rispondere in modo evasivo o non puntuale e dovranno tenere a disposizione della Commissione "tutte le informazioni riguardanti l'oggetto dell'indagine" (vedi sentenza del Tribunale di primo grado del 9 novembre 1994, T-46/92, Scottish Football contro Commissione, in Racc., p. II-1039, punto 31, e del 14 maggio 1998, T-334/94, Sarriò contro Commissione, in Racc., p. II - 1439, punto 380 e in dottrina, vedi Mansi F.P., *Articolo 18: Richiesta di informazioni*, in Adinolfi A., Daniele L., Nascimbene B., Amedeo S., *op. cit.*, p. 217; Wils W.P.J., *Powers of Investigation and Procedural Rights and Guarantees in EU Antitrust Enforcement: the Interplay between European and National Legislation Case-law, in World Competition*, 29(1), 2006, p. 9. Inoltre, ai sensi dell'articolo 20, paragrafo 1, "la Commissione può procedere a tutti gli accertamenti necessari presso le imprese e associazioni di imprese". In particolare, gli agenti e le altre persone autorizzati dalla Commissione a procedere agli accertamenti hanno il potere di accedere ai locali, terreni e mezzi dell'impresa, e di controllare i libri e qualsiasi altro documento connesso all'azienda, su qualsiasi forma o supporto (anche documenti elettronici, come già avveniva nella prassi della Commissione). Sebbene il regolamento non lo precisi, in dottrina si ritiene che sia esclusa dal novero dei documenti connessi all'azienda la corrispondenza scambiata tra un'impresa e lo studio legale (indipendente), ai fini dell'esercizio del diritto di difesa del cliente (vedi sentenza della Corte di Giustizia del 18 maggio 1982, 155/79, *AM&S contro Commissione*, in Racc., 1982, p. 1575 e ordinanza del Tribunale di primo grado del 4 aprile 1990, T-30/89, *Hilti contro Commissione*, in Racc., p. II-143, vedi anche Riley A., *EC Antitrust Modernisation: The Commission Does Very Nicely, Thank You! Part 1: Regulation 1 and the Notification Burden*, in *ECLR*, 2003, p. 615). L'articolo 20, paragrafo 2, lett. d), consente inoltre alla Commissione di esercitare un ulteriore potere che consiste nell'apporre i sigilli ai locali, libri o documenti aziendali per la durata degli accertamenti, nella misura necessaria al loro espletamento. Infine, l'articolo 20, paragrafo 2, lett. e) prevede la possibilità per gli agenti della Commissione di chiedere a qualsiasi rappresentante o membro del personale dell'impresa o dell'associazione di imprese spiegazioni su fatti o documenti relativi allo scopo o all'oggetto dell'accertamento e di verbalizzarne le dichiarazioni. Gli agenti della Commissione esercitano i loro poteri su presentazione di un mandato scritto. La visita potrà avvenire senza alcun preavviso o previa intesa con l'azienda in causa. Le imprese sono obbligate a sottoporsi agli accertamenti ordinati dalla Commissione mediante decisione. La decisione precisa l'oggetto e lo scopo degli accertamenti, ne fissa la data di inizio ed indica le sanzioni previste, nonché il diritto di presentare ricorso dinanzi alla Corte di giustizia avverso la decisione. L'impresa potrà anche rifiutare l'accertamento qualora le ispezioni siano basate su un mandato scritto. Come sostiene la Corte di Giustizia, sentenza del 17 ottobre 1989, 85/87, *Dow Benelux contro Commissione*, in Racc., 1989, p. 3137, punto 42, in tali casi "gli agenti della Commissione non potranno forzare l'accesso a locali, a mobili né costringere il personale a consentire loro l'accesso, né procedere a perquisizioni". La Commissione non è tenuta necessariamente ad adottare una decisione che obbliga le imprese a sottoporsi ad un accertamento dopo aver presentato loro mandato scritto. L'obbligo di motivazione della decisione di accertamento costituisce anche in questo caso garanzia fondamentale dei diritti di difesa delle imprese interessate.

violazione della normativa comunitaria in tema di concorrenza e i poteri della Commissione, sono definiti negli articoli 23 (ammende), 24 (penalità di mora), 25 (prescrizione in materia di imposizione delle sanzioni) e 26 (prescrizione in materia di esecuzione delle sanzioni) del regolamento 1/03²⁹⁶. Le citate disposizioni costituiscono un corpo normativo compatto, fondato sulla distinzione fra sanzioni per infrazioni procedurali e sanzioni per infrazioni sostanziali²⁹⁷. Con riferimento alle prime, la Commissione può, mediante decisione, irrogare alle imprese ed associazioni di imprese²⁹⁸ ammende non superiori all'1% del fatturato totale realizzato nell'esercizio sociale precedente a quello durante il quale sia adottata la decisione sanzionatoria,

²⁹⁶ Fino all'entrata in vigore del regolamento 1/03, la disciplina delle sanzioni era regolata dal regolamento 17/62, agli articoli 15 e 16. La Commissione è intervenuta più volte a precisarne le modalità di applicazione per mezzo di varie comunicazioni: innanzitutto, la Comunicazione sugli orientamenti per il calcolo delle ammende inflitte in applicazione dell'articolo 15, paragrafo 2 del regolamento 17/62, del 1998 (Comunicazione della Commissione - *Orientamenti per il calcolo delle ammende inflitte in applicazione dell'articolo 15, paragrafo 2 del regolamento n. 17 e dell'articolo 65, paragrafo 5 del trattato CECA*, in *G.U.U.E.*, C 9 del 14 gennaio 1998, p. 3 – 5), alla quale è subentrata la Comunicazione sugli orientamenti per il calcolo delle ammende inflitte in applicazione dell'articolo 23, paragrafo 2, lett. a) del regolamento 1/03, del 2006 (Comunicazione della Commissione - *Orientamenti per il calcolo delle ammende inflitte in applicazione dell'articolo 23, paragrafo 2, lettera a), del regolamento (CE) n. 1/2003*, in *G.U.U.E.*, C 210 del 01 settembre 2006, p. 2 – 5) e, in secondo luogo, la Comunicazione della Commissione relativa all'immunità dalle ammende e alla riduzione dell'importo delle stesse del 2002 (Comunicazione della Commissione *relativa all'immunità dalle ammende e alla riduzione dell'importo delle ammende nei casi di cartelli tra imprese*, in *G.U.U.E.*, C 45 del 19 febbraio 2002, p. 3–5), alla quale è subentrata una nuova recente Comunicazione del 2006 avente il medesimo oggetto (la c.d. *Leniency Notice* - Comunicazione della Commissione *relativa all'immunità dalle ammende e alla riduzione dell'importo delle ammende*, in *G.U.U.E.*, C 298, dell'8 dicembre 2006, p. 17–22). La prassi della Commissione e la giurisprudenza comunitaria hanno poi ampiamente contribuito ad esplicitare e integrare i molteplici elementi contenuti in tali norme. In particolare, nell'esercizio del potere sanzionatorio la Commissione ha sempre goduto di una certa discrezionalità sia in relazione alla decisione di irrogare o meno una sanzione che nel determinarne il quantum (sentenza del Tribunale di primo grado del 4 luglio 2006, T-304/02, *Hoek Loos NV. Contro Commissione*, in *Racc.*, 2006, p. II-01887; sentenza del 27 luglio 2005, T-49/02 e T-51/02, *Brasserie Nazionale e al. contro Commissione*, in *Racc.*, p. II- 3033) tanto che non sono mancate critiche anche da parte del Tribunale di primo grado circa la mancanza di trasparenza nelle modalità seguite dall'istituzione e alla conseguente imprevedibilità per le imprese di conoscere la sanzionabilità dei propri comportamenti e l'ammontare di un'eventuale sanzione (sentenza del Tribunale di primo grado del 6 aprile 1995, T-148/89, *Tréfilunion contro Commissione*, in *Racc.*, p. II-1063).

²⁹⁷ Schepisi C., *Articolo 23: Ammende, Articolo 24: Penalità di mora*, in Adinolfi A., Daniele L., Nascimbene B., Amedeo S., *op. cit.*, p. 272. Con il regolamento 1/03 la sanzionabilità di comportamenti posti in essere in violazione degli articoli 81 e 82 discende dall'abbandono del sistema di autorizzazione preventiva fondato sulla notifica. Il nuovo impianto si fonda sul riconoscimento della diretta applicabilità degli articoli nella loro integralità e sul meccanismo dell'eccezione legale, con la conseguenza di far ricadere sulle imprese l'onere di valutare in via preventiva l'eventuale rispetto delle condizioni di cui all'articolo 81, paragrafo 3. La consapevolezza di una migliore conoscenza o conoscibilità del diritto *antitrust* responsabilizza maggiormente le imprese, esponendole conseguentemente a sanzioni immediate e più severe in caso di comportamenti illeciti.

²⁹⁸ Le ammende non possono essere inflitte a persone fisiche ma esclusivamente a imprese o associazioni di imprese. Ai sensi del considerando 8, il “*presente regolamento non si applica a leggi nazionali che impongono sanzioni penali a persone fisiche, salvo qualora tali sanzioni costituiscano gli strumenti di concorrenza tramite i quali sono attuate le regole di concorrenza applicabili alle imprese*”.

quando esse, intenzionalmente o per negligenza non ottemperino agli obblighi di collaborazione informativa previsti dal regolamento²⁹⁹. Con riferimento alle infrazioni sostanziali, viene prevista la possibilità di irrogare ammende fino al 10% del fatturato totale realizzato durante l'esercizio sociale precedente da ciascuna impresa o associazione di imprese³⁰⁰ che, intenzionalmente o per negligenza, commetta un'infrazione all'articolo 81 o 82 TCE, oppure contravvenga a una decisione avente ad

²⁹⁹ Tali infrazioni potranno consistere nel (a) fornire informazioni inesatte o fuorvianti alla Commissione in risposta a una domanda rivolta a norma degli articoli 17 (indagini per settore economico e per tipo di accordi) o 18, paragrafo 2 (richiesta di informazioni), o (b) entro il termine stabilito in risposta ad una richiesta della Commissione ai sensi degli articoli 17 o 18, paragrafo 3; (c) presentare in maniera incompleta, nel corso degli accertamenti effettuati a norma dell'articolo 20 (i c.d. *dawn raids*, ispezioni compiute a partire dalle prime ore della settimana), i libri o altri documenti richiesti, connessi all'azienda, o rifiutare di sottoporsi agli accertamenti ordinati; (d) in risposta ad una domanda posta a norma dell'articolo 20, paragrafo 2, lett. e), fornire una risposta inesatta o fuorviante, non rettificare entro un termine stabilito dalla Commissione una risposta inesatta, incompleta o fuorviante data da un membro del personale, oppure non fornire o rifiutare di fornire una risposta completa su fatti inerenti all'oggetto e allo scopo degli accertamenti ordinati mediante decisione adottata ai sensi dell'articolo 20, paragrafo 4; (e) infrangere i sigilli apposti, in applicazione dell'articolo 20, paragrafo 2, lett. d), dagli agenti della Commissione durante l'ispezione. Le disposizioni di cui all'articolo 23, lett. d) ed e) colmano alcune lacune che la prassi della Commissione aveva evidenziato. L'articolo 15 del regolamento 17/62 non copriva infatti i casi di rifiuto di informazioni, di informazioni inesatte o fornite da personale non addetto richieste anche oralmente durante gli accertamenti e le ispezioni durante gli accertamenti e le ispezioni presso i locali dell'azienda. Tali ipotesi non subivano sanzione oppure venivano, dalla Commissione, fatte rientrare in altre categorie di valutazioni procedurali (Secondo alcuni, forzando il regolamento 17/62. Vedi in particolare decisione della Commissione del 14 ottobre 1994, *AKZO Chemicals BV*, n. 94/735/CE, in *G.U.C.E.*, L 294 del 15 novembre 1994, p. 31, cfr. Schepisi C., *op. cit.*, p. 274). Inoltre, con particolare riferimento al dovere di rettifica di risposte inesatte, incomplete o fuorvianti di cui al romanino (ii) della lett. d) dell'articolo 23, il regolamento 773/04 prefigura l'ipotesi in cui a fornire tali risposte sia una persona non autorizzata dall'impresa. In tal caso, onde consentire il corretto esercizio del diritto dovere di rettifica e di non incorrere nella relativa sanzione, l'impresa deve poter ricevere copia della registrazione dei chiarimenti forniti (Vedi considerando 4 del re. 773/04, dove si precisa che occorre *“istituire una procedura che consenta alle imprese di aggiungere eventuali rettifiche, modificazioni e integrazioni a quanto riferito da un membro del personale non autorizzato a dare spiegazioni a nome dell'impresa. I chiarimenti forniti dai membri del personale”* dovranno perciò *“permanere nel fascicolo della Commissione nella forma in cui sono stati registrati nel corso dell'accertamento”*. Ai sensi dell'articolo 4, paragrafo 3, del regolamento 773/04, in tali casi, la *“Commissione stabilisce il termine entro il quale l'impresa o l'associazione di imprese può comunicare alla Commissione, le eventuali rettifiche, modificazioni o integrazioni da apportare ai chiarimenti forniti dal membro del personale e tali rettifiche, modificazioni o integrazioni vengono aggiunte ai chiarimenti registrati ai sensi del paragrafo 1.”*).

³⁰⁰ Ai sensi del secondo periodo dell'articolo 23, paragrafo 4, è previsto che *“qualora l'infrazione di un'associazione sia relativa alle attività dei membri della stessa, l'ammenda non deve superare il 10% dell'importo del fatturato totale di ciascun membro attivo sul mercato coinvolto dall'infrazione dell'associazione”*. Nell'eventualità di un'associazione di impresa insolvente, essa è tenuta a richiedere ai propri membri di contribuire a concorrenza dell'importo dell'ammenda con l'espressa possibilità per la stessa Commissione di esigere il pagamento del saldo direttamente dalle imprese i cui rappresentanti sedevano negli organi decisionali dell'associazione e, ove neppure questo regresso sia sufficiente, anche dai membri senza rappresentanza, salva la possibilità per questi di dimostrare la loro ignoranza, non applicazione o ravvedimento circa le decisioni dell'associazione. Come osserva anche Frignani A. Pardolesi R. (a cura di), *La Concorrenza*, in Ajani G., Benacchio G. (diretto da), *Trattato di Diritto Privato dell'Unione Europea*, Giappichelli, Torino, p. 372, tale previsione *“con tutta evidenza”* è volta ad evitare che le imprese ricorrano ad associazioni prive di adeguate basi finanziarie quali schermo di comodo per la commissione degli illeciti.

oggetto misure cautelari ai sensi dell'articolo 8 del regolamento 1/03, oppure non rispetti un impegno reso obbligatorio mediante decisione ai sensi dell'articolo 9 dello stesso regolamento³⁰¹. Ai sensi dell'articolo 23, paragrafo 5, del regolamento 1/03, le ammende non rivestono carattere penale, ma hanno natura amministrativa³⁰².

Nel rispetto del principio di proporzionalità³⁰³, il regolamento 1/03 interviene a modificare gli importi delle ammende per le infrazioni di tipo procedurale fissando l'ammontare massimo della sanzione all'1% del fatturato totale realizzato dall'impresa durante l'esercizio sociale precedente³⁰⁴. I precedenti importi erano, infatti, inadeguati a produrre un effetto realmente dissuasivo sul comportamento delle imprese. Riguardo

³⁰¹ Nonostante l'assunzione di impegni da parte delle imprese per evitare una decisione di constatazione dell'infrazione fosse una prassi già seguita dalle imprese, tuttavia, la violazione dei suddetti impegni non era autonomamente sanzionata, bensì poteva essere valutata come circostanza aggravante ai fini del calcolo finale dell'ammenda, vedi Decisione della Commissione del 14 ottobre 1998, *British Sugar*, n. 1999/210/CE, in *G.U.C.E.*, L 76 del 22 marzo 1999. La relativa osservanza poteva dar luogo esclusivamente ad una diminuzione dell'ammenda inflitta, vedi decisione della Commissione del 19 ottobre 1998, *Napier Brown*, in *G.U.C.E.*, L 284 del 19 ottobre 1988.

³⁰² Il fatto che l'ammenda possa essere irrogata solo alle imprese e mai alle persone fisiche costituisce per taluni, l'elemento centrale su cui si fonda il carattere amministrativo delle ammende. Molti altri aspetti, tuttavia, emersi anche con il tempo ed evidenziati dalla giurisprudenza comunitaria avrebbero sensibilmente avvicinato le sanzioni amministrative a quelle penali al punto che tali autori effettuano un equiparazione tra le due categorie. Vedi Ritter L, Brown W.D., *cit.*, p. 1123 e cfr. le conclusioni dell'Avvocato Generale nella causa 7/72, *Boehringer Mannheim c. Commissione*.

³⁰³ Secondo alcuni il solo rispetto del limite di fatturato non garantirebbe il rispetto del principio di proporzionalità. In forza di tal principio, infatti, dovrebbe sussistere anche una correlazione tra l'importo dell'ammenda inflitta, da un lato, e la gravità della violazione, la dimensione dell'impresa interessata e la sua responsabilità della violazione dall'altro. A tal riguardo vedi Freund H.J., *Application of General Principles of Community Law in the Review of Commission Decision on Fine by Community Courts*, in *ERA – Forum*, 2006, Vol. 1, p. 43, Van Bael, *Fining à la Carte: the Lottery of EU Competition Law*, in *European Competition Law Review*, 1995, vol. 16, n. 4, p. 238.

³⁰⁴ Con riguardo al fatturato, la norma precisa che il fatturato di riferimento è quello "totale" da distinguere con quello realizzato solamente nel mercato del prodotto relativo all'infrazione. Tale soluzione è in linea con la giurisprudenza sul tema, vedi ad esempio, sentenza del 4 luglio 2006, *Hoek Loos NV c. Commissione*, *cit.*, sentenza della Corte di Giustizia dell'8 febbraio 1990, 279/87, *Tipp-ex*, in *Racc.*, p. I-261, sentenza della Corte di Giustizia del 7 giugno 1983, 100-103/80, *Musique Diffusion Francaise c. Commissione*, in *Racc.*, p. 1825 (per un commento a tale pronuncia, vedo Moavero Milanese E., *La disciplina delle ammende nel diritto comunitario della concorrenza, spunti e riepilogo a proposito della sentenza della Corte di Giustizia*, in *Rivista di diritto industriale*, 4/1983, p. 387/430). In ogni caso, il fatturato realizzato nel mercato del prodotto relativo all'infrazione può ancora assumere rilievo ai fini della valutazione della gravità dell'infrazione, se questa è commessa da un'impresa di notevoli dimensioni. Se, infatti, il fatturato globale è atto a dare un'indicazione, seppur approssimativa, dell'importanza e dell'influenza delle imprese considerate, quello relativo al solo mercato rilevante è, invece, indicativo del peso relativo all'impresa stessa, ossia del peso dell'impresa nel solo settore di mercato interessato all'infrazione in esame. A tal riguardo vedi sentenza del Tribunale di primo grado del 15 marzo 2000, T-25/95 ed altre, *Cimenteries CBR c. Commissione*, in *Racc.*, p. II-491, sentenza del 14 luglio 1994, T-77/92, *Parker Pen c. Commissione*, in *Racc.*, p. II-547. quanto all'ambito geografico, la giurisprudenza ha chiarito che per fatturato totale è da intendersi quello realizzato globalmente dall'impresa a livello mondiale e non quello ottenuto solo sul territorio comunitario; vedi sentenza del Tribunale di primo grado del 20 marzo 2002, T-28/99, *Sigma Technologie c. Commissione*, in *Racc.*, p. II – 1845, punto 91, e sentenza del 15 marzo 2000, *Cimenteries CBR c. Commissione*, *cit.*

invece alle infrazioni di tipo sostanziale, il regolamento 1/03 mantiene il limite del 10%³⁰⁵.

Il riferimento al fatturato totale riguarda in ogni caso il limite massimo dell'importo dell'ammenda. La Commissione può fissare, infatti, l'ammenda limitandosi ad un fatturato di sua scelta, in termini di base geografica o di prodotti di pertinenza.

3.4.1. *Gli Orientamenti in tema di calcolo delle ammende*

Nell'ambito dell'ECN, al fine di porre le imprese in grado di comprendere le conseguenze di tipo sanzionatorio discendenti dalla loro condotta, la Commissione ha adottato il 28 giugno 2006 i nuovi *Orientamenti in tema di calcolo delle ammende* da infliggere a quelle imprese o associazioni di imprese che contravvengano alle disposizioni del Trattato in tema di concorrenza³⁰⁶. Si tratta di una vera e propria revisione del sistema sanzionatorio³⁰⁷, con parziale abbandono della metodologia di calcolo per le ammende applicata negli ultimi otto anni in base ai precedenti Orientamenti del 1998³⁰⁸.

³⁰⁵ Una moderazione dell'importo delle ammende troverebbe anche giustificazione alla luce delle finalità della politica di concorrenza. Sarebbe infatti paradossale che l'adozione di sanzioni troppo severe in applicazione delle regole *antitrust* sul tema, portasse all'indebolimento della struttura concorrenziale a seguito del fallimento e quindi dell'uscita dal mercato di operatori sanzionati. A proposito, vedi Rocca G., *La politique de la Commission en matière d'amendes antitrust: récents développements, perspectives d'avenir*, 2003, p. 5, sul sito www.ec.europa.eu/comm/competition/Speeches/text/Sp20030044ff.pdf. Sulle altre conseguenze, economiche e sociali, indesiderabili di una politica sanzionatoria particolarmente aggressiva, vedi Wils W.P.J., *Optimal Antitrust Fines: Theory and Practice*, in *World Competition*, 29/2006, n. 2, p. 183 e ss. Altri autori ritengono invece che il tetto limiti l'efficacia deterrente della politica sanzionatoria in materia *antitrust* della Commissione e pertanto ne auspicano un innalzamento per aumentarne l'efficacia deterrente, in particolare vedi Grezzi F., *Verso un diritto antitrust comune? Il processo di convergenza delle discipline statunitensi e antitrust in materia di intese*, in *Riv. soc.*, 2002, p. 499-595.

³⁰⁶ Comunicazione della Commissione "*Orientamenti per il calcolo delle ammende inflitte in applicazione dell'articolo 23, paragrafo 2, lett. a), del regolamento CE n. 1/2003*", pubblicato in G.U.U.E., C 210, del 1 settembre 2006, p. 2-5. Vedi anche Comunicato stampa della Commissione IP/06/857 del 28 giugno 2006, "*Concurrence: la Commission modifie les lignes directrices pour le calcul des amendes dans les affaires antitrust*", pubblicato sul sito della Commissione europea.

³⁰⁷ Della stessa idea, Crespi S., *Spunti di Riflessione a margine dei nuovi orientamenti in materia di calcolo delle ammende per violazione degli articoli 81 e 82 del Trattato CE*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2006, p. 811 e ss.

³⁰⁸ Gli Orientamenti del 1998 (Comunicazione della Commissione "*Orientamenti per il calcolo delle ammende inflitte in applicazione dell'articolo 15, paragrafo 2, del regolamento n. 17 e dell'articolo 65, paragrafo 5, del Trattato CECA*", pubblicato in G.U.C.E., C 9 del 14 gennaio 1998, p. 2) hanno introdotto per la prima volta una metodica di calcolo delle sanzioni, in risposta alle osservazioni della giurisprudenza comunitaria (una per tutte si veda, sentenza del Tribunale di primo grado, del 6 aprile 1995, *Tréfilunion c. Commissione*, T-148/89, in *Racc.*, p. II-1063, punto 142) e della dottrina (vedi ad esempio, Reynolds M., *EC Commission Policy on Fines*, in *Eur. Bus. Law Review*, October 1992, p. 263-

Il nuovo testo degli Orientamenti sul calcolo delle ammende³⁰⁹ mantiene inalterata la struttura di calcolo delle ammende distinta in due fasi, finalizzate, rispettivamente, alla determinazione dell'importo di base e alla sua successiva modulazione, in positivo e in

265, Furse M., *Article 15(2) of Regulation 17: Fines and the Commission's Discretion*, in *Eur. Comp. Law Review*, 1995, vol. 2, p. 110-115, Van Bael, *cit.*, p. 237-241, Wils W.P.J., *The Commission's New Method for Calculation Fines in Antitrust Cases*, in *Eur. Law Review*, 1998, vol. 23, p. 256-257, Gerardin D., Henry D., *The EC Fining Policy for Violation of Competition Law, An Empirical Review of the Commission Decisional Practice and the Community Courts' Judgements*, in *Global Competition Law Centre, Working Papers Series*, n. 03/05, p. 7; Bellis J.F., *La détermination des amendes pour infraction au droit communautaire de la concurrence – Bilan des années d'application des lignes directrices de 1998*, in *Cahiers de droit européen*, 2003, p. 394 e ss.). Al fine di assicurare la trasparenza e il carattere obiettivo delle decisioni della Commissione in materia, pur lasciando a quest'ultima un adeguato margine di discrezionalità, e di favorire la diminuzione del numero dei ricorsi, fino ad allora quasi sistematici, dalle imprese dinanzi al giudice comunitario contro le decisioni sanzionatorie, la Commissione stabilisce uno schema di calcolo predefinito, diviso in due fasi. Una prima fase era finalizzata alla determinazione di un importo di base, in funzione della gravità e durata dell'infrazione; una seconda fase era finalizzata alla ponderazione successiva in funzione di una serie di fattori ulteriori. Inoltre, tale metodo era incentrato sulla figura della somma forfetaria calcolata sulla gravità dell'infrazione e sganciata da qualsiasi riferimento al fatturato dell'impresa sanzionata. La Comunicazione distingueva tra infrazioni "poco gravi", "gravi" e "molto gravi", in considerazione della loro natura, del loro impatto concreto sul mercato, e dell'estensione del mercato geografico rilevante. Per ognuna delle tre categorie, la Comunicazione fissava delle forcelle di valori predeterminati. Nell'ambito di ciascuna categoria, la differenziazione dell'importo delle sanzioni poteva dipendere da una serie di fattori, quali la natura delle infrazioni commesse, l'effettiva capacità economica degli autori della violazione di arrecare un danno consistente agli altri operatori sul medesimo mercato e ai consumatori e le dimensioni dell'impresa. Una volta determinato in tal modo l'importo di base, questo poteva essere modulato dalla Commissione in funzione di circostanze attenuanti o aggravanti o altri elementi obiettivi. Tale regime non ha, in sostanza, sufficientemente garantito l'individuazione e la gradazione delle ammende e, cioè, il rispetto dei due principi fondamentali di ogni regime sanzionatorio, scollegandone la determinazione dalle circostanze soggettive e oggettive caratterizzanti la fattispecie concreta. Un esempio dell'effetto sproporzionato del sistema è fornito dalla decisione della Commissione sui tubi preisolati destinati al settore del teleriscaldamento urbano, la quale ha dato luogo alla sentenza *Dansk Rorindustri e altri c. Commissione*, del 28 giugno 2005, C-189/02, C-202 a 208/02 e C-213/02, in *Racc.*, p. I-5425. Nonostante la sussistenza di tali limiti, la legittimità degli Orientamenti del 1998 e della metodologia di calcolo utilizzata è stata più volte confermata dalla giurisprudenza comunitaria (Vedi in particolare, sentenza del Tribunale di primo grado, del 20 marzo 2002, *LR AF c. Commissione*, T-23/99, in *Racc.*, p. II-1705). Voce dissonante in tal sistema l'avvocato generale Tizzano, il quale mosse delle critiche alla metodologia di calcolo descritta nelle sue conclusioni alla causa *Dansk Rorindustri e altri c. Commissione*. In particolare, egli osserva che "tale metodo, nel quale una parte delle operazioni di calcolo riveste carattere essenzialmente formale ed astratto, e quindi non si ripercuote concretamente sull'importo finale dell'ammenda", non sia "pienamente coerente con le esigenze di individualizzazione e di gradazione della pena – due principi cardine del sistema sanzionatorio, in ambito sia penale che amministrativo" e presenti "qualche rischio sotto il profilo di equità del sistema"³⁰⁸. In tale contesto, l'Avvocato generale si interroga circa la necessità di una "correzione di rotta" che consenta in ogni caso di garantire "risultati conformi ad esigenze di ragionevolezza ed equità" (Conclusioni dell'Avvocato Generale Antonio Tizzano dell'8 luglio 2004, *Dansk Rorindustri e altri c. Commissione*, in *Racc.*, p. I-5439. Per un commento alla sentenza, vedi Kobel P., *Confirmation par la Cour de la pratique de la Commission en matière de calcul d'amendes*, in *Lettre d'information du Centre d'études juridiques européennes*, Università di Ginevra, Luglio 2005, sul sito www.unige.ch/droit/ceje/actualities.php3?id_article=242; Malvasio F., *Nota alla sentenza Dansk Rorindustri e altri c. Commissione*, in *Rev. Aff., Europ.*, 2005, n. 3, p. 487 e ss.; Nordlander K., *Nota alla sentenza Dansk Rorindustri e altri c. Commissione*, in *Comm. Mark. Law Review*, 2006, n. 43, p. 571 e ss.).

³⁰⁹ Comunicato stampa "Competition: Commission revises Guidelines for setting fines in antitrust cases", IP/06/857 del 28 giugno 2006, sul sito della Commissione Europea.

negativo, in forza di una serie di fattori, comprese anche circostanze attenuanti e aggravanti.

È stata invece radicalmente modificata la metodologia del calcolo dell'importo iniziale della sanzione, non più basata su somme forfetarie determinate indipendentemente dal fatturato del singolo operatore, ma definita proprio in funzione di quest'ultimo elemento. Ai sensi delle nuove linee guida, infatti, l'importo base è commisurato, innanzitutto, a una percentuale variabile delle vendite di beni o servizi realizzate dall'impresa nei mercati direttamente o indirettamente interessati dall'infrazione³¹⁰. Il valore di tale percentuale è determinato in funzione della gravità dell'infrazione integrata nel caso specifico, fino ad un massimo del 30% del valore delle vendite di beni o servizi effettuate nei predetti mercati³¹¹. La somma così ottenuta sarà moltiplicata per il numero di anni di durata dell'infrazione³¹². A tale somma, ulteriori aumenti o riduzioni potranno essere computati, in ragione, rispettivamente, della eventuale necessità di assicurare un adeguato effetto deterrente della sanzione nei confronti di imprese o gruppi di impresa aventi capacità finanziarie particolarmente importanti ovvero quando risultino integrate le condizioni dettate dalla Comunicazione sui programmi di clemenza³¹³. Inoltre, i nuovi Orientamenti introducono alcune modifiche

³¹⁰ Vedi preambolo degli Orientamenti del 2006, paragrafo 5, dove si specifica che “*per conseguire tali obiettivi*” (ci si riferisce in tal caso all'effetto dissuasivo specifico e all'effetto dissuasivo generale di cui al paragrafo 4 dello stesso preambolo), “*è opportuno che la Commissione si riferisca come base per la determinazione delle ammende, al valore delle vendite dei beni o servizi oggetto dell'infrazione*”.

³¹¹ Vedi paragrafo 21 degli Orientamenti del 2006. Inoltre, al fine di decidere se la proporzione del valore delle vendite da prendere in considerazione si debba situare a valori o massimi all'interno della forcella prevista, “*la Commissione terrà conto di un certo numero di fattori, quali la natura dell'infrazione, la quota di mercato aggregata delle imprese interessate, l'estensione geografica dell'infrazione, e se sia stata data attuazione o meno alle pratiche illecite*”. Cfr. paragrafo 22.

³¹² Inoltre, a tale ammontare saranno applicati gli eventuali aumenti o riduzioni sulla base delle circostanze aggravanti o attenuanti. In questo contesto, la modifica più significativa riguarda il nuovo e più severo metodo di calcolo dell'aggravante sulla base della recidiva. Nei casi in cui l'impresa abbia già commesso infrazioni simili, infatti, la Commissione potrà applicare all'ammenda una maggiorazione fino al 100% dell'importo di base. Peraltro, al fine di determinare la sussistenza di un comportamento recidivante, gli Orientamenti del 2006 precisano che si terrà conto non solo delle decisioni della Commissione ma anche di quelle delle autorità *antitrust* di uno Stato membro (paragrafo 28 degli Orientamenti del 2006). Per una disamina dell'applicazione del diritto *antitrust* in Italia, vedi Fattori P., *La nuova disciplina delle sanzioni in materia di intese e abusi*, in Raffaelli E.A., *op. cit.*, 2003, p. 173 e ss.; Guerri E., *L'applicazione del diritto antitrust in Italia dopo il regolamento CE n. 1/2003*, Torino, Giappichelli, 2005, p. 199. Inoltre, al fine di garantire l'effetto dissuasivo della sanzione, gli Orientamenti del 2006 prevedono un'ulteriore maggiorazione dell'importo di base per le violazioni più gravi del diritto della concorrenza. In tali casi, indipendentemente dalla durata dell'infrazione, la Commissione applicherà al totale così ottenuto, una “*entry-fee*”, pari ad un valore compreso tra il 15% e il 25% del fatturato realizzato dall'impresa nei mercati direttamente o indirettamente interessati dall'infrazione (paragrafo 25 degli Orientamenti del 2006).

³¹³ Vedi paragrafo successivo.

per quanto concerne la possibilità di ridurre l'ammenda in considerazione della capacità contributiva reale³¹⁴ dell'impresa da sanzionare, subordinando la riduzione dell'ammenda alla sussistenza di comprovate circostanze specifiche, quale il fatto che l'imposizione della sanzione metta irrimediabilmente a rischio la redditività economica dell'impresa interessata e che conduca a una totale perdita di valore dell'attivo.

È chiaro che l'abbandono di un sistema di calcolo forfetario per un metodo basato sul volume degli affari delle singole imprese coinvolte dovrebbe consentire in linea di principio una maggiore proporzionalità dell'importo dell'ammenda rispetto al peso specifico dell'impresa, in particolare a tutela delle piccole e medie imprese. Diversamente da quanto accadeva in passato, infatti, l'ammenda è personalizzata già a partire dal punto di partenza delle operazioni di calcolo. Peraltro, la scelta di ancorare l'importo di base dell'ammenda a un dato sostanzialmente determinato e conosciuto dallo stesso operatore in causa favorendo un certo grado di prevedibilità dell'importo della sanzione, potrebbe trovare la propria ragion d'essere non solo nell'esigenza di garantire una maggior equità e certezza del diritto del sistema, ma anche nella volontà di preparare il terreno per l'introduzione nel diritto *antitrust* comunitario di meccanismi di patteggiamento ispirati al sistema statunitense. È questo in linea con quanto sta accadendo con la riforma del regolamento 773/04 e l'introduzione del meccanismo della transazione³¹⁵.

La Commissione ha continuato a dare massima priorità al lavoro volto a individuare, indagare e sanzionare la formazione di cartelli, concentrandosi su importanti cartelli *hard-core*, specialmente di ambito europeo o mondiale. La Commissione ha pubblicato otto decisioni definitive³¹⁶ nelle quali ha inflitto ammende a 41 imprese, per un totale di

³¹⁴ Vedi paragrafo 35 degli Orientamenti del 2006, in cui si afferma “*in circostanze eccezionali la Commissione può, a richiesta, tener conto della mancanza di capacità contributiva di un'impresa in un contesto sociale ed economico particolare. La Commissione non concederà alcuna riduzione dell'ammenda basata unicamente sulla constatazione di una situazione finanziaria sfavorevole o deficitaria. Una riduzione potrebbe essere concessa soltanto su presentazione di prove oggettive dalle quali risulti che l'imposizione di un'ammenda, alle condizioni fissate dai presenti orientamenti, pregiudicherebbe irrimediabilmente la redditività economica dell'impresa e priverebbe i suoi attivi di qualsiasi valore*”.

³¹⁵ Sulla correlazione tra sistema sanzionatorio e patteggiamento, vedi Kroes N, *The First Hundred Days*, intervento del 7 aprile 2005, Bruxelles, *International Forum on European Competition Law*, in www.ec.europa.int.

³¹⁶ Decisione della Commissione sul caso COMP/38.899, *Apparecchiature di comando con isolamento in gas*, del 24.1.2007; decisione della Commissione sul caso COMP/38.823, *Ascensori e scale mobili*, del 21.2.2007; decisione della Commissione sul caso COMP/37.766, *Mercato olandese della birra*, del 18.4.2007; decisione della Commissione sul caso COMP/39.168, *Articoli di merceria in metallo e in*

3 334 milioni di EUR nel 2007 (rispetto a sette decisioni definitive, 41 imprese e un totale di 1 846 milioni di EUR di ammende del 2006). Nel caso *Ascensori e scale mobili*³¹⁷ la Commissione ha imposto l'ammenda a tutt'oggi più elevata per cartello fra imprese (992 milioni di EUR) e l'ammenda più alta mai inflitta ad un'impresa per violazione di cartello (477 milioni di EUR). La Commissione ha continuato a sanzionare gli abusi di posizione dominante, non da ultimo in industrie di rete che hanno un'importanza chiave per la concorrenza europea. Il 4 luglio 2007 la Commissione ha adottato una decisione³¹⁸ nei confronti dell'operatore di telecomunicazioni storicamente insediato in Spagna, *Telefónica*, a fronte di un abuso molto grave riguardante la posizione dominante dell'impresa nel mercato spagnolo della banda larga. L'ammenda inflitta è stata di 151 875 000 euro. La condotta posta in atto da *Telefónica* ha riguardato una “*compressione dei margini*” tra i prezzi all'ingrosso praticati nei confronti dei concorrenti e i prezzi al dettaglio applicati ai propri clienti tra il 2001 e il 2006.

Alla luce di quanto sin qui descritto sugli orientamenti in tema di calcolo delle ammende, il sistema sanzionatorio delle Autorità, da sempre baluardo delle sovranità nazionali, sembra scendere a compromesso in relazione a tali aspetti. Non viene cioè toccata, con i nuovi orientamenti, la libertà di determinare le misure da applicare ai singoli casi. L'attività sanzionatoria ricade, infatti, nell'ambito dell'autonomia procedurale degli Stati membri, fatto salvo naturalmente per i principi di equivalenza ed effettività³¹⁹. Piuttosto, in coerenza con il regolamento 1/03, le Autorità nazionali e la

plastica: cerniere, del 19.9.2007; decisione della Commissione sul caso COMP/38.710, *Bitume - Spagna*, del 3.10.2007; decisione della Commissione sul caso COMP/38.432, *Videocassette professionali*, del 20.11.2007; decisione della Commissione sul caso COMP/39.165, *Vetro piano*, del 28.11.2007; decisione della Commissione sul caso COMP/38.629, *Gomma cloroprene*, del 5.12.2007.

³¹⁷ Decisione della Commissione sul caso COMP/38.823, *Ascensori e scale mobili*, del 21.2.2007.

³¹⁸ Decisione della Commissione sul caso COMP/38784, *Wanadoo España vs. Telefónica*, del 04.07.2007.

³¹⁹ Nell'Unione Europea, quasi tutti gli Stati membri hanno rifiutato di infliggere sanzioni penali per violazione del diritto *antitrust*, con l'eccezione del Regno Unito, dell'Irlanda e dell'Austria. In particolare, nel Regno Unito, secondo quanto stabilito nella *Section 188* dell'*Enterprise Act* del 2002, “*an individual is guilty of an offense if he dishonestly agrees with one or more other persons to make or implement, or to cause to be made or implemented, arrangements of the following kind relating to at least two undertakings*”. Un soggetto colpevole di un illecito anticoncorrenziale è punito “*(a) on conviction on indictment, to imprisonment for a term not exceeding five years or to a fine, or to both; (b) on summary conviction, to imprisonment for a term not exceeding six months or to a fine not exceeding the statutory maximum, or to both*” (*Section 190*). In Irlanda, in base a quanto definito nel *Competition Act* del 2002, i direttori e gli amministratori delle imprese coinvolte in cartelli, possono essere imprigionati fino a cinque anni, mentre in Austria, secondo quanto stabilito dal *Kartellgesetz* del 1988, la pena per chi dà vita ad un cartello vietato consiste nella reclusione fino a tre anni o in un'ammenda. L'illecita

Commissione in seno all'ECN hanno cercato di individuare principi comuni per raggiungere anche in tal settore maggiore convergenza delle normative degli Stati membri con la normativa comunitaria.

Nel nostro ordinamento, tale esigenza di coordinamento con il sistema comunitario è da sempre stata rispettata. In tema di calcolo delle ammende, sia l'AGCM che il giudice amministrativo³²⁰ hanno sempre e coerentemente nelle loro decisioni fatto riferimento agli orientamenti sulla quantificazione delle sanzioni sia del 1998, sia del 2006³²¹. Infatti, il Consiglio di Stato, che non aveva mancato di ravvisare la necessità di fornire un'adeguata motivazione della quantificazione della sanzione pecuniaria da infliggere, attraverso l'indicazione dei criteri di ordine generale o in alternativa attraverso spiegazioni analitiche legate alle circostanze dei singoli casi, ha avvallato la prassi decisionale dell'AGCM. In particolare, il Consiglio di Stato ha riconosciuto che gli orientamenti per il calcolo delle ammende adottati dalla Commissione europea,

attuazione di un'intesa o l'inottemperanza ad un ordine pattuito dal giudice *antitrust*, può essere sia dolosa che colposa.

³²⁰ Nell'ordinamento italiano, il Giudice amministrativo (TAR Lazio, in primo grado, e Consiglio di Stato, in grado d'appello), hanno competenza esclusiva sui ricorsi avverso i provvedimenti dell'AGCM. In particolare, con riguardo all'ambito del sindacato giurisdizionale, il Tar Lazio in diverse pronunce del 2007 ha confermato il consolidato orientamento secondo cui *“il giudice amministrativo può sindacare con piena cognizione i fatti oggetto dell'indagine e il processo valutativo mediante il quale l'Autorità applica al caso concreto la regola individuata, fermo restando che, ove sia accertata la legittimità dell'azione sulla base della corretta utilizzazione delle regole tecniche sottostanti, il sindacato giurisdizionale non può spingersi oltre, perché vi sarebbe un'indebita sostituzione del giudice all'amministrazione. In altri termini, il giudice amministrativo (...) esercita un sindacato di legittimità, che non si estende al merito, salvo per quanto attiene al profilo sanzionatorio (...)”* (sentenza del 29 dicembre 2007, n. 14157, *Vernici marine*; in senso analogo, le sentenze del 13 marzo 2008, n. 2312, *Pannelli Truciolari*, del 14 settembre 2007, n. 8951, *Compagnie Aeree-Fuel Surcharge* e dell'8 maggio 2007, n. 4123, *Prodotti disinfettanti*).

³²¹ In Italia, l'eliminazione del minimo edittale dell'1% del fatturato (lasciando solo il massimo del 10%) nell'articolo 15 della legge 287/90, come novellato dalla legge 57/2001, conferisce un maggiore margine di flessibilità alla politica sanzionatoria dell'AGCM che in ipotesi potrebbe riguardare anche l'*an* oltre al *quantum*. Nel corso del 2007, sono stati portati a termine tredici procedimenti istruttori in materia di intese, di cui otto si sono conclusi con l'accertamento della violazione del divieto di intese restrittive della concorrenza, sei casi hanno avuto ad oggetto la violazione dell'articolo 81 del TCE, mentre due casi hanno riguardato la violazione dell'articolo 2 della legge n. 287/90 (Vedi AGCM, Relazione sull'attività svolta nel 2007, 30 aprile 2007, in www.agcm.it, dove sono indicate le seguenti decisioni: I 646 - *produttori vernici marine*, del 25/01/07, in *Boll. Uff.* n. 4/07; I 649 - *produttori di pannelli truciolati in legno*, del 17/05/2007, in *Boll. Uff.* 20/07; I 657 - *alleanze per la partecipazione alle gare per l'aggiudicazione di servizi di tpl*, del 20/10/2007, *Boll. Uff.* 44/07; I 670 *acea-suez environnement – pubblicacqua*, del 22/11/07, in *Boll. Uff.* 44/07; I 675 *abi-modifica unilaterale delle condizioni contrattuali* del 10/07/2007, in *Boll. Uff.*, 26/07; A672 *mercato del calcestruzzo autoclavato*, del 24/10/2007, in *Boll. Uff.* 40/07; I666 *gare per la fornitura di prodotti per stomia*, del 3/08/07, in *Boll. Uff.* 30/07; I 678 *distribuzione dei farmaci senza obbligo di ricetta alle parafarmacie* del 20/09/07, in *Boll. Uff.* 39/07).

“costituiscono un criterio guida per dare contenuto alle valutazioni dell’AGCM in tema di qualificazione dell’infrazione e di commisurazione della sanzione”³²².

Di fronte a tale tendenza che di nuovo pone al centro del sistema concorrenziale gli orientamenti e la prassi comunitaria, sussistono perplessità a proposito della completa armonizzazione delle politiche sanzionatorie, a vantaggio di una auspicabile convergenza tra normative nazionali sul tema. Le tradizioni giuridiche degli Stati membri, infatti, presentano peculiarità che mal si prestano ad una uniformazione delle conseguenze sanzionatorie dell’illecito concorrenziale. Tali specificità riguardano, innanzitutto, la natura delle sanzioni irrogate, ma anche il processo attraverso il quale è inflitta l’ammenda, che a volte è affidato interamente all’autorità amministrativa, mentre in altri casi prevede l’intervento di un giudice. Inoltre, le tipologie di sanzioni disponibili nei diversi ordinamenti giuridici non sono coincidenti: mentre in tutte le giurisdizioni sono irrogate sanzioni pecuniarie alle imprese che violano la normativa sostanziale *antitrust*, tali ammende si combinano variamente con sanzioni, pecuniarie o detentive, inflitte in alcuni Stati membri alle persone fisiche che a diverso titolo si rendono responsabili della condotta vietata.

Tuttavia, com’è stato osservato, *“l’omogeneità delle norme applicate dalle Autorità di concorrenza europee rende difficilmente giustificabili, in termini di equità, differenze macroscopiche nel trattamento sanzionatorio associato ad un medesimo illecito”³²³.*

Ciò tanto più in un sistema di competenze parallele, in cui l’attribuzione dei casi tra Autorità e Commissione e la definizione delle competenze non è rigidamente definita ma affidata alla stessa rete europea della concorrenza secondo quei meccanismi informativi e di reciproca assistenza qui illustrati³²⁴.

In tal contesto, è bene evidenziare che l’esigenza descritta sembra avvertita anche dalle stesse Autorità. Nella riunione dell’ECN dell’8 maggio 2008, infatti, le Autorità della

³²² Sentenza del Consiglio di Stato, sezione VI, del 30 maggio 2006, n. 4017. Come ha sottolineato Rabitti Bedogni C., *op. cit.*, *“Il riferimento costante a tali indicazioni e alla prassi applicativa comunitaria, la cui legittimità, come abbiamo indicato, è stata ripetutamente ribadita dal giudice nazionale, ha indotto il Consiglio di Stato a identificare un principio di “comunitarizzazione delle sanzioni”, di fonte giurisprudenziale”*.

³²³ Rabitti Bedogni C., *op. cit.*

³²⁴ Inoltre, la generale tendenza nel senso di un inasprimento delle sanzioni che ne assicuri una sufficiente efficacia deterrente, impone uno sforzo motivazionale ulteriore da parte dell’Autorità nella fase di quantificazione della sanzione, e rende difficilmente accettabili – sia da parte delle imprese sottoposte all’accertamento, sia da parte dei giudici chiamati a verificare la correttezza dell’operato delle autorità – esiti marcatamente eterodossi tra le diverse giurisdizioni.

concorrenza dei Paesi membri hanno concordato alcuni principi per favorire la convergenza in materia di politiche sanzionatorie tra le stesse Autorità³²⁵.

Un problema fondamentale, infatti, può riguardare il rispetto del principio del *ne bis in idem*, nella duplice prospettiva del diritto a non essere giudicato due volte e del diritto a non essere sanzionato due volte, in relazione alla medesima fattispecie. Nel sistema della rete, tale tema assume particolari connotati alla luce del fatto che le decisioni delle Autorità nazionali non hanno effetto oltre i confini del proprio stato membro e, se non sostituite da una pronuncia avente efficacia di giudicato, non sono capaci di vincolare la decisione di un'altra Autorità qualora si trovi a decidere sul medesimo caso. Un coordinamento tra le discipline nazionali anche soltanto nell'ottica della convergenza verso il modello comunitario potrebbe essere se non una soluzione al problema quanto meno potrebbe evitare in partenza il sorgere di tali tipologie di conflitti.

3.4.2. I programmi di clemenza

Nella definizione dei poteri sanzionatori della Commissione, occorre, infine, dar conto dei casi nei quali un'impresa può ottenere un trattamento favorevole in termini di immunità dalla sanzione o riduzione della stessa da parte della Commissione. Specularmente a quanto stabilito per la Commissione, a livello decentrato le Autorità della concorrenza degli Stati membri hanno adottato linee comuni di sviluppo dei programmi di clemenza in seno all'ECN e i legislatori nazionali hanno individuato le misure interne di attuazione di tali programmi.

I programmi di clemenza non sono una novità a livello europeo. La prima disciplina in tema di *leniency* fu introdotta nel 1996³²⁶, e sottoposta a revisione già nel 2002³²⁷. Al fine di dare maggiore impulso all'utilizzo di programmi di clemenza, e sulla scorta dell'esperienza maturata dal 2002, la Commissione ha sottoposto a riesame nel 2006 la comunicazione, lanciando due consultazioni pubbliche (prima nel febbraio e poi

³²⁵ Di tale riunione è data notizia nel documento pubblicato sul sito dell'AGCM da Rabitti Bedogni C., *op. cit.*, dove la stessa Autrice, membro dell'AGCM; coglie l'occasione per esprimere soddisfazione per un progetto del quale l'Autorità italiana si è fatta attivamente promotrice "*e che confido potrà favorire un progressivo ulteriore allineamento delle metodologie impiegate per il calcolo delle ammende*".

³²⁶ In *G.U.C.E.* C 207 del 18 luglio 1996.

³²⁷ Comunicazione relativa all'immunità dalle ammende e alla riduzione dell'importo delle ammende nei casi di cartelli tra imprese, in *G.U.C.E.*, C 45 del 19 febbraio 2002; per un commento vedi Van Barlinger B., Barennes M., *The European Commission's 2002 Leniency Notice in Practice*, in *Competition Policy Newsletter*, 3, 2005, sul sito della Commissione Europea.

nell'ottobre) volte ad acquisire le osservazioni di tutti gli interessati sulla nuova bozza di comunicazione, e infine ha adottato, l'8 dicembre, la comunicazione definitiva³²⁸. Alla base di questi programmi, vi è la convinzione che l'interesse comune a far cessare il funzionamento di un cartello prevale sull'interesse a sanzionare quelle imprese che cooperano con l'Autorità *antitrust* ponendola in grado di scoprire il cartello. Oggetto della Comunicazione del 2006, o *Leniency Notice*, sono i cartelli segreti, volti a coordinare il comportamento competitivo dei concorrenti sul mercato e ad influire sulla concorrenza mediante pratiche consistenti nel fissare i prezzi di acquisto e di vendita ed altre condizioni di transazione, assegnare quote di produzione o di vendita, o ripartire i mercati. Queste pratiche sono ovviamente tra le più gravi infrazioni alle regole comunitarie, e soprattutto difficilmente senza la cooperazione delle imprese che vi partecipano³²⁹. Il programma di clemenza prevede perciò la possibilità per l'impresa di qualificarsi per l'immunità dall'ammenda³³⁰ o per la riduzione della stessa³³¹.

In particolare, la Commissione – introducendo una più puntuale indicazione delle informazioni e degli elementi probatori minimi richiesti all'impresa che intenda beneficiare del trattamento favorevole – concede l'immunità “*ad un'impresa che riveli la sua partecipazione ad un presunto cartello avente ripercussioni negative sulla Comunità, se l'impresa in questione è la prima a fornire informazioni ed elementi probatori che consentano alla Commissione, a suo giudizio, di: a) effettuare un'ispezione mirata riguardo al presunto cartello, oppure b) constatare una violazione dell'articolo 81 TCE in correlazione con il presunto cartello*”³³².

Per effettuare la c.d. “*ispezione mirata*”³³³, viene richiesta la presentazione di un *corporate statement* contenente una descrizione dettagliata del presunto cartello e del ruolo in esso svolto dall'impresa interessata, nonché i dati identificativi della altre

³²⁸ Comunicazione della Commissione relativa all'immunità dalle ammende o alla riduzione del loro importo nei casi di cartelli tra imprese, in *G.U.U.E.*, C 298 dell'8 dicembre 2006, p. 17.

³²⁹ Vedi preambolo della Comunicazione del 2006, paragrafo 1.

³³⁰ Parte II della Comunicazione del 2006.

³³¹ Parte III della Comunicazione del 2006.

³³² Vedi paragrafo 8 della Comunicazione del 2006.

³³³ Il concetto di ispezione mirata è stato inserito nella Comunicazione del 2006 accanto a quello della soglia dell'informazione richiesta, in quanto “*the applicants should provide sufficient evidence to enable the Commission to carry out the inspection in a “targeted” manner. An immunity applicant by definition has been a party to an alleged cartel that is subject to the application. It should therefore be in a position to provide to the Commission such insider information on the cartel that would allow the Commission to better target its inspection with more precise information as to, for instance, what to look for and where in terms of evidence*”, come precisa la Commissione Europea, *Competition: Revised Leniency Notice, frequently asked questions*, 7 dicembre 2006, sul sito della Commissione Europea.

imprese partecipanti e delle persone fisiche coinvolte. Il *corporate statement* entra a far parte del fascicolo istruttorio della Commissione ed è accessibile solo ai destinatari della comunicazione degli addebiti che lo possono utilizzare nei limiti previsti dalla comunicazione sull'accesso al fascicolo³³⁴.

Per beneficiare dell'immunità in base a quanto indicato *sub b)*, è necessario che la Commissione non sia già in possesso di elementi probatori sufficienti per constatare un'infrazione *ex* articolo 81 in correlazione con il presunto cartello e che, sempre con riferimento a detto cartello, non sia stata concessa l'immunità a nessuna impresa per aver fornito gli elementi necessari a svolgere un'ispezione mirata. Viene inoltre richiesto che l'impresa sia la prima a fornire "*elementi probatori contemporanei, incriminanti, riguardanti il presunto cartello*", nonché una dichiarazione ufficiale analoga a quella richiesta per effettuare l'ispezione mirata³³⁵.

Si tratta di una collaborazione totale con la Commissione; infatti, oltre alle condizioni sopra richiamate, l'impresa che voglia beneficiare del trattamento favorevole, deve consentire alla Commissione di richiedere informazioni ai propri dipendenti ed ex-dipendenti, astenersi dal distruggere, falsificare o nascondere informazioni o prove relative al cartello, evitare di rivelare all'estero l'avvenuta presentazione di una richiesta di trattamento favorevole prima che la Commissione abbia trasmesso la comunicazione degli addebiti relativa al cartello³³⁶:

³³⁴ In *G.U.U.E.*, C 325 del 22 dicembre 2005.

³³⁵ Vedi paragrafo 11 della Comunicazione del 2006.

³³⁶ Sul piano procedurale, viene previsto che l'impresa possa presentare immediatamente alla Commissione la richiesta formale di concederle l'immunità dall'ammenda se è già in possesso degli elementi necessari ovvero può fornire alcuni dati essenziali relativi al cartello impegnandosi, entro il termine stabilito dalla Commissione stessa, a produrre l'insieme completo delle informazioni e delle prove necessarie per ottenere l'immunità. In quest'ultimo caso, al richiedente viene rilasciato un numero d'ordine, il c.d. *market*, che ha una validità temporale limitata. L'introduzione del *market* costituisce una delle principali innovazioni della nuova comunicazione per cui sarà necessario un certo periodo di rodaggio prima che la Commissione, sulla base delle diverse istanze presentate dai richiedenti, sviluppi una prassi applicativa in materia. Occorre peraltro osservare che le menzionate consultazioni hanno posto in evidenza talune perplessità in merito alle indicazioni che la parte deve dare per ottenere il numero d'ordine: l'eccessivo dettaglio potrebbe infatti scoraggiare i potenziali fruitori del programma di clemenza. Inoltre, considerato che in altri paesi, come ad esempio gli Stati Uniti d'America, ove il sistema è applicato da tempo con successo, i requisiti sono meno stringenti v'è il rischio che questo sistema, più rigido, ponga in difficoltà quei richiedenti che, in ragione dell'ampiezza del cartello, debbono presentare la domanda di ammissione al trattamento favorevole anche in diversi paesi. La Comunicazione rimette alla Commissione il compito di determinare il termine di validità del *market* in relazione alle circostanze del caso: è evidente peraltro che tale periodo di tempo dovrà essere il più breve possibile al fine di non pregiudicare gli interessi di altri potenziali richiedenti e al fine di assicurare il tempestivo avvio dell'attività investigativa sul cartello

Per esigenze di giustizia, l'impresa che abbia esercitato coercizione su altre imprese perché aderissero al cartello o continuassero a parteciparvi non può beneficiare dell'immunità dell'ammenda. Ciò non esclude peraltro la possibilità che essa si qualifichi per una riduzione della stessa laddove siano soddisfatti i requisiti a tal fine richiesti³³⁷. In proposito, la Comunicazione dispone che per ottenere la riduzione della sanzione, l'impresa deve fornire elementi probatori della presunta infrazione che costituiscano un valore aggiunto significativo rispetto agli elementi probatori già in possesso della Commissione. Per valore aggiunto si intende la *“misura in cui gli elementi probatori forniti rafforzano, per la loro stessa natura e/o per il grado di precisione, la capacità della Commissione di provare l'esistenza del presunto cartello”*. Anche in tal caso, l'impresa che voglia beneficiare del secondo trattamento favorevole deve presentare domanda formale alla Commissione e produrre elementi probatori sufficienti a tal fine. Prima della comunicazione delle risultanze istruttorie, la Commissione medesima informa l'impresa in ordine alle proprie conclusioni preliminari in merito alla domanda presentata.

Infine, per rendere coerente il sistema, la Comunicazione ha introdotto alcune cautele volte ad evitare che i potenziali interessati al trattamento favorevole non vi ricorrano a causa del rischio che l'eventuale produzione di documenti li danneggi in sede civile³³⁸. Poiché questo effetto va evitato³³⁹, la Commissione ha ritenuto di doverne tenere conto dando alcune indicazioni specifiche, funzionali a tutelare le dichiarazioni ufficiali effettuate per qualificarsi ai sensi della citata comunicazione.

Per *“dichiarazione ufficiale”* si intende la *“presentazione volontaria alla Commissione, preparata appositamente ai sensi della citata comunicazione ed effettuata da*

³³⁷ Vedi paragrafo 13 della Comunicazione del 2006.

³³⁸ Si tratta di una preoccupazione non nuova la cui rilevanza è stata posta in luce dal Libro Verde della Commissione in tema di azioni di risarcimento del danno per violazione delle norme *antitrust* comunitarie (COM/2005 672) laddove viene affrontato il problema del coordinamento tra applicazione del diritto *antitrust* da parte delle autorità pubbliche e dei privati. Premesso che i programmi di clemenza e la responsabilità civile contribuiscono entrambi allo stesso obiettivo, il libro verde evidenzia pure il rischio che il ricorso alla clemenza possa in qualche modo contribuire a stimolare le azioni per danni qualora le informazioni/dichiarazioni del richiedente, una volta utilizzate dalla Commissione a fondamento della propria decisione sul cartello vengano riutilizzate in relazione ad una specifica richiesta di risarcimento da parte del soggetto leso. È evidente che siffatte conseguenze potrebbero scoraggiare le imprese dalla presentazione di domande di trattamento favorevole.

³³⁹ Come si legge al paragrafo 6 della Comunicazione del 2006, infatti, tale soluzione *“danneggerebbe gravemente il pubblico interesse ad assicurare l'effettiva applicazione dell'articolo 81 TCE da parte dell'Autorità pubblica nei casi di cartelli e quindi la sua effettiva applicazione, conseguente o parallela, in sede privata”*.

un'impresa o in suo nome, della conoscenza che tale impresa ha di un cartello e del ruolo da essa svolto". Ogni dichiarazione, andando a confluire nel fascicolo istruttorio, "può quindi essere utilizzata come prova"³⁴⁰. L'accesso a tali dichiarazioni è consentito soltanto ai destinatari della comunicazione degli addebiti, purché si impegnino a non copiare con qualsiasi mezzo meccanico o elettronico alcuna informazione contenuta nella dichiarazione ufficiale unicamente "ai fini dei procedimenti giudiziari o amministrativi per l'applicazione delle regole comunitarie di conoscenza sulle quali verte il relativo procedimento amministrativo"³⁴¹.

Tali principi andranno valutati alla stregua delle regole nazionali di procedura civile per verificare l'effettiva tenuta delle limitazioni previste dal legislatore comunitario nell'uso delle dichiarazioni ufficiali rese da coloro che intendono beneficiare del programma di clemenza.

Dall'adozione della Comunicazione nel dicembre del 2006 sono ad oggi la Commissione ha ricevuto 20 domande di immunità e 11 domande di riduzione delle ammende³⁴².

3.4.2.1. Il Model Leniency Programme

La stessa tendenza alla definizione di programmi comuni che si ravvisa nella definizione del calcolo delle ammende e nell'armonizzazione dei contenuti sanzionatori dell'illecito, si ravvisa in relazione ai programmi di clemenza.

Nel settembre del 2006, infatti, l'ECN ha adottato un *Model Leniency Programme*, primo passo verso l'armonizzazione dei vari sistemi di clemenza operanti nell'ambito

³⁴⁰ Paragrafo 31 della Comunicazione del 2006.

³⁴¹ Paragrafo 34 della Comunicazione del 2006. In sostanza sono state riprese le previsioni contenute nella Comunicazione relativa alle regole per l'accesso al fascicolo istruttorio (in *G.U.U.E.*, C 325 del 22 dicembre 2005), con la precisazione che ai destinatari degli addebiti non è consentito copiare le dichiarazioni ufficiali. In questo modo si è voluto da un lato consentire ai destinatari degli addebiti la possibilità di salvaguardare i propri diritti di difesa dinanzi alla Commissione e dall'altro circoscrivere il più possibile il rischio di utilizzo improprio di questo materiale ai danni di chi ricorre a un programma di clemenza. Vedi Broggiato T., *I programmi di clemenza "europei"*, in *Diritto della banca e del mercato finanziario*, 2/2007, p. 103. Inoltre, ai fini di tutela è consentito richiedere alla Commissione di rendere le dichiarazioni ufficiali oralmente; queste vengono registrate e sottoposte a verifica da parte di coloro che le hanno effettuate. Anche in questo caso si tratta di una facoltà mutuata dall'ordinamento statunitense e sempre volta a mitigare il rischio di utilizzo in procedimenti risarcitori degli *statements* delle imprese

³⁴² cfr., Bruxelles, 16 giugno 2008, COM(2008) 368 def., *Relazione sulla politica di concorrenza 2007*, in http://ec.europa.eu/comm/competition/annual_reports/2007/it.pdf.

dell'UE. In un sistema di competenze parallele tra la Commissione e le Autorità nazionali *antitrust*, l'adesione da parte di un'Autorità ad uno specifico programma di clemenza nazionale potrebbe limitare la sua efficacia al territorio del suddetto Stato senza produrre effetti nei confronti delle altre Autorità. In astratto, perciò l'impresa che intenda beneficiare del programma di clemenza, in assenza di armonizzazione potrebbe ravvisare la possibilità/opportunità di porre la domanda di ammissione al trattamento favorevole a tutte le Autorità che sono competenti ad applicare l'articolo 81 TCE nel caso di specie³⁴³. Al fine di evitare simili situazioni o anche che, a causa delle differenze esistenti tra i diversi programmi di clemenza introdotti nei vari Stati membri, i potenziali beneficiari delle misure rinuncino in partenza al loro utilizzo, l'ECN ha individuato un modello di programma di clemenza i cui principi e regole si ritrovino, per esplicito impegno dei soggetti aderenti all'ECN³⁴⁴, in tutti i diversi programmi di clemenza degli Stati membri.

Sostanzialmente, tale programma ricalca quello adottato dalla Commissione europea con la *Leniency Notice* nel dicembre del 2006³⁴⁵. In aggiunta, è proposta una procedura semplificata cui l'impresa può ricorrere, laddove la Commissione sia nella posizione più idonea a trattare il caso, per presentare un'analoga domanda d'immunità redatta in modo ridotto alle Autorità nazionali. Queste, infatti, potranno trovarsi, in virtù delle disposizioni sulla allocazione dei casi, nella posizione più idonea a intervenire nella fattispecie³⁴⁶. Diversamente dalla Comunicazione della Commissione il *Model Leniency*

³⁴³ In ogni caso, il paragrafo 3 del *Model Leniency Programme*, affermando l'impegno dei membri dell'ECN a usare "*their best efforts, within the limits of their competence, to align their respective programmes with the ECN Model Programme*", fa salva la possibilità che ciascuna Autorità nazionale possa adottare "*a more favourable approach towards applicants within its programme*".

³⁴⁴ Vedi punto 9 delle *Explanatory Notes* allegata al *Model Leniency Programme* secondo il quale "*The Commission and the NCAs are committed to seeking the alignment of the programmes in their jurisdictions within the framework specified by the ECN Model Programme. It is recognised that some ECN members do not have the power to implement changes in their national leniency programmes as this power is held by other bodies. However, the existence of the ECN Model Programme should assist all relevant bodies (ECN members as well as other decision-making bodies) in implementing an efficient policy and making sure that cooperation within the ECN works as efficiently and effectively as possible*".

³⁴⁵ Il *Model Leniency Programme* è, infatti, adottato nel settembre 2006, mentre la *Leniency Notice* della Commissione è del dicembre dello stesso anno, perciò successiva. Tale coincidenza nella disposizioni testimonia l'ampia collaborazione tra la Commissione e le Autorità all'interno della rete e l'opportunità di rafforzare vincoli di collaborazione che, secondo l'obiettivo dell'ECN, mirano ad assicurare in materia una *soft harmonisation*.

³⁴⁶ La domanda semplificata dovrà contenere i seguenti elementi: l'indicazione dell'impresa richiedente e dei soggetti che hanno partecipato all'intesa, la natura dell'intesa medesima, la sua durata, l'indicazione dei beni o servizi su cui va ad incidere il mercato geografico, l'indicazione degli Stati membri dove gli elementi di prova dell'infrazione possono presumibilmente essere rinvenuti ed informazioni in merito ad altre domande di clemenza che l'impresa abbia già rivolto o intenda rivolgere ad altre autorità *antitrust* in

Programme non limita ai destinatari della comunicazione degli addebiti il diritto di accesso ai documenti, ma rimette alla decisione dei singoli Stati membri la determinazione dei soggetti autorizzati.

Secondo alcuni autori sarebbe auspicabile un'indicazione più aderente alle corrispondenti disposizioni comunitarie al fine di assicurare il raggiungimento di previsioni convergenti in materia tra tutti gli Stati membri.

3.4.2.2. L'adeguamento delle normative nazionali al *Model Leniency Programme*: il caso italiano

Secondo quanto indicato nel documento sulla convergenza pubblicato sul sito dell'ECN, quasi tutte le Autorità nazionali hanno adottato un programma di clemenza³⁴⁷.

In particolare, nel nostro ordinamento, l'articolo 15, comma 2-*bis*, della legge 287/90³⁴⁸, introdotto dall'articolo 14 della legge 4 agosto 2006, n. 248³⁴⁹, attribuisce all'AGCM il potere di adottare programmi di clemenza³⁵⁰.

Per la prima volta in materia *antitrust*, l'AGCM è stata chiamata ad esercitare un potere normativo in senso proprio attraverso un provvedimento generale che stabilisca i casi in

relazione alla medesima infrazione. L'Autorità che riceve la domanda semplificata rilascia all'impresa una ricevuta e le segnala se essa è la prima a presentare la relativa istanza volta ad ottenere l'immunità e può quindi in linea di principio beneficiarne. Se l'autorità lo richiede, l'impresa è tenuta a fornire informazioni supplementari; laddove l'autorità decida di intervenire sul caso fissa un termine per la presentazione dell'istanza completa di clemenza che si considera perfezionata al momento di presentazione della domanda semplificata.

³⁴⁷ Alla data del 1° luglio 2005 ben 17 paesi avevano già adottato un piano di clemenza su 25 all'epoca aderente all'UE. Ad oggi restano prive di tal programma solo la Slovenia e Malta.

³⁴⁸ Articolo 15, comma 2-*bis*: "L'Autorità, in conformità all'ordinamento comunitario, definisce con proprio provvedimento generale i casi in cui, in virtù della qualificata collaborazione prestata dalle imprese nell'accertamento di infrazioni alle regole di concorrenza, la sanzione amministrativa pecuniaria può essere non applicata ovvero ridotta nelle fattispecie previste dal diritto comunitario". Il testo originario non prevedeva la possibilità di eliminare la sanzione, forse sulla scorta di quelle pronunce della giurisprudenza amministrativa che ribadivano il principio della doverosità delle sanzioni *antitrust* e del carattere essenzialmente punitivo delle stesse (vedi Consiglio di Stato, Sez. VI, 20 maggio 2001, n. 1671). Cfr. sul punto Fattori P., Todino M., *La disciplina della concorrenza in Italia*, Bologna, Cedam, 2004, p. 394.

³⁴⁹ Sulla possibilità che l'introduzione di un programma di clemenza in Italia fosse possibile anche in via amministrativa, da parte dell'AGCM, senza una norma di legge che autorizzi esplicitamente l'Autorità, vedi Catricalà A., *La modernizzazione: tendenze e prospettive in Italia*, in Raffaelli E.A. (a cura di), *Antitrust tra diritto comunitario e diritto nazionale*, atti del convegno di Treviso 18-19 maggio 2006, Giuffrè, 2007, p. 3.

³⁵⁰ Per un commento vedi Clarich M., *I programmi di clemenza nel diritto antitrust*, in Cintioli F., Olivieri G. (a cura di), *I nuovi strumenti di tutela antitrust, misure cautelari, impegni e programmi di clemenza*, Giuffrè, p. 57 e ss.

cui può essere operata la riduzione o la non applicazione della sanzione amministrativa pecuniaria. Tale potere trova un unico limite legale nella specificazione secondo la quale la disciplina dovrà essere posta dall’Autorità “*in conformità all’ordinamento comunitario*”³⁵¹ e nella precisazione che la riduzione o la mancata applicazione della sanzione può essere operata “*nelle fattispecie previste dal diritto comunitario*”. Il rinvio all’ordinamento comunitario è quindi duplice; per un verso riguarda i presupposti cui l’ordinamento comunitario subordina l’accesso delle imprese ad un trattamento sanzionatorio più favorevole, a fronte della loro cooperazione nell’ambito dell’accertamento istruttorio; per altro verso, evoca ed annuncia una necessaria convergenza rispetto alle fattispecie in relazione alle quali è opportuno prevedere la possibilità di un trattamento favorevole, vale a dire nella definizione dell’ambito di applicazione oggettivo dei programmi di clemenza³⁵².

In attuazione dell’articolo 15, comma 2-*bis*, della legge 287/90, l’AGCM ha avviato una consultazione pubblica, culminata con l’adozione, in data 15 febbraio 2007, della *Comunicazione sulla non imposizione e riduzione delle sanzioni ai sensi dell’articolo 15 della legge 287/90*³⁵³. La Comunicazione ricalca il modello europeo e interviene nei pochi spazi lasciati alla discrezionalità delle Autorità nazionali. In particolare, l’AGCM non definisce limiti temporali entro i quali deve essere presentata la richiesta da parte dell’impresa che voglia beneficiare della riduzione o non imposizione della sanzione, piuttosto indica l’effetto che la necessità che le imprese che forniscano all’Autorità materiale probatorio che permetta di “*rafforzare in misura significativa, in ragione della loro natura o del livello di dettaglio, l’impianto probatorio di cui l’Autorità già disponga, contribuendo in misura apprezzabile alla capacità dell’Autorità di fornire la*

³⁵¹ Secondo Clarich M., *op. cit.*, p. 71, il rinvio all’ordinamento comunitario pare atecnico, in quanto i programmi di clemenza non rientrerebbero tra gli aspetti del diritto *antitrust* oggetto di armonizzazione in sede comunitaria e dunque manca un diritto comunitario in senso proprio a cui far riferimento. In realtà, a livello comunitario è in corso quel processo di armonizzazione *soft* tramite l’adozione del *Model Leniency Programme* nell’ECN e i modelli normativi degli Stati membri costituiscono una utile base di confronto.

³⁵² Come anche evidenziato in precedenza, tale convergenza almeno parziale tra i programmi di clemenza operanti in ambito comunitario, rappresenta un requisito indispensabile per assicurare l’efficacia della cooperazione tra le Autorità. Infatti, come osserva Rabitti Bedogni C., *op. cit.*, “*in presenza di presupposti non coincidenti o addirittura confliggenti per accedere al beneficio clemenziale, le imprese possono essere disincentivate a rivelare la propria partecipazione ad un cartello presso le Autorità interessate*”.

³⁵³ La Comunicazione è stata adottata con provvedimento n. 16472 del 15 febbraio 2007, pubblicata nel *Boll. Uff.* n. 6 del 26 febbraio 2007.

prova dell'infrazione"³⁵⁴. In secondo luogo, l'AGCM individua una serie di condizioni che devono essere assolte affinché l'impresa possa ottenere l'uno o l'altro dei due benefici previsti. Dalla corretta individuazione di tali elementi deriva l'effettivo funzionamento del programma di clemenza; spetta, infatti, all'impresa, potenziale fruitore di questo, effettuare un calcolo preciso da cui risulti che i benefici di una confessione superino i costi e quindi la sanzione.

Benché il programma di clemenza sia dunque in linea con l'analogo programma adottato in sede comunitaria, il bilancio di un anno di applicazione del programma in Italia, non sembra essere soddisfacente. A fronte di un crescente interesse delle imprese nei confronti della possibilità di beneficiare di un trattamento sanzionatorio favorevole a seguito della collaborazione prestata nell'accertamento di un cartello segreto, tuttavia, la maggioranza delle domande di accesso al beneficio clemenziale finora pervenute al vagli dell'AGCM riguardano fattispecie rispetto alle quali la Commissione Europea risulta particolarmente ben situata per la trattazione del caso. In relazione a queste fattispecie, come già evidenziato, l'Autorità consente alle imprese che abbiano già presentato o siano in procinto di presentare alla Commissione Europea una domanda di trattamento favorevole, di presentare analoga domanda all'Autorità in forma semplificata. La presentazione della domanda di immunità in forma semplificata risponde sia all'interesse dell'impresa, che vede alleggerito l'onere connesso alla necessità di presentare la domanda a tutte le autorità astrattamente interessate alla trattazione del caso, sia all'interesse dell'amministrazione, la quale chiederà il completamento della domanda solo qualora si determini all'avvio di una procedura istruttoria.

Le ragioni dell'ancora scarsa applicazione del programma di clemenza nel territorio italiano possono essere molteplici. Innanzitutto, la Comunicazione lascia incertezze in merito alla previsione sia dell'*an* che del *quantum* dei benefici e costi che possano derivare all'impresa dall'accesso al programma di clemenza per il fatto che le condizioni cui subordinare il calcolo sono state fatte dipendere dal giudizio della stessa Autorità. Gli articoli 2 e 4 della Comunicazione, infatti affermano che per accedere al beneficio, rispettivamente, della immunità o della riduzione della sanzione, le informazioni o evidenze fornite dalle imprese debbano essere "*a giudizio dell'Autorità,*

³⁵⁴ Paragrafo 4 della Comunicazione dell'AGCM. Tale affermazione ha fatto ritenere che la domanda fosse presentabile anche ad istruttoria già avviata, vedi Clarich M., *op. cit.*, p. 73.

in relazione alla natura e alla qualità degli elementi comunicati dal richiedente, decisive per l'accertamento dell'infrazione" oppure "contribuiscano in misura apprezzabile alla capacità dell'Autorità di fornire la prova dell'infrazione"³⁵⁵. Inoltre, con tutta probabilità, tale situazione potrebbe essere imputata ad una carenza informativa rispetto alla stessa disponibilità del beneficio clemenziale, in particolare in relazione ad imprese di piccole o medie dimensioni³⁵⁶. Per altro verso, l'appetibilità del beneficio clemenziale risulta direttamente proporzionale al rischio sanzionatorio cui è esposta l'impresa che partecipi ad un cartello segreto. Una politica sanzionatoria severa e credibile nei confronti dei cartelli rappresenta il migliore incentivo affinché le imprese desistano dalla violazione della normativa *antitrust* e ne informino l'Autorità di concorrenza.

Nell'esperienza italiana, la fissazione del massimo edittale al 10% del fatturato consolidato realizzato dall'impresa e l'ancoraggio del processo di determinazione della sanzione alle linee guida elaborate dalla Commissione consentono certamente all'Autorità di irrogare sanzioni capaci di esercitare un sufficiente effetto di deterrenza delle condotte illecite. Tuttavia, in particolare a seguito dell'adozione delle nuove linee guida per il calcolo delle sanzioni, il giudice amministrativo si è dimostrato piuttosto restio a seguire l'Autorità sulla strada di un inasprimento delle sanzioni applicabili nelle ipotesi di cartelli segreti.

Nonostante, in una fase di prima applicazione delle nuove linee guida, l'AGCM avesse ritenuto di procedere ad un aggiustamento graduale della propria politica sanzionatoria, diverse sentenze hanno ulteriormente limato in misura significativa l'importo delle ammende irrogate dall'Autorità, valorizzando circostanze e parametri non sempre coincidenti con quelli che rilevano in sede comunitaria³⁵⁷.

³⁵⁵ Per un commento vedi Denozza F., *I programmi di clemenza*, in Cintioli F., Donati F., (a cura di) *Recenti innovazioni in materia di sanzioni antitrust*, p. 95.

³⁵⁶ Secondo Rabitti C., *op. cit.*, p. 12, "Questo deficit di consapevolezza, che potrebbe riguardare anche una parte degli operatori del diritto, specie nelle realtà locali, spiega almeno in certa misura l'impatto tutto sommato modesto del programma di clemenza italiano".

³⁵⁷ Il Consiglio di Stato, nella sentenza resa nel caso *Bracco-Byk Gulden Italia-Farmades-Nycomed Amersham Sorin-Schering*, del 17 aprile 2007, n. 1736, ha osservato che, con riferimento alle motivazioni addotte dal giudice in sede di riduzione della sanzione da parte del giudice di primo grado, è "passibile di critica [...] l'operazione [...] di sintetica rideterminazione verso il basso dell'importo" senza un'esatta indicazione del rilievo di ciascuna delle circostanze considerate. In quel caso, a sostegno della riduzione dell'ammenda, il Tar Lazio aveva fatto riferimento al difetto di proporzionalità della sanzione e all'esclusione di alcuni fatti sanzionati dalla concertazione, senza tuttavia una "preventiva individuazione della rispettiva influenza che i due elementi – corrispondenti ai vizi del provvedimento impugnato – giocavano nella riduzione della sanzione".

4. Cenni sul rapporto tra *public* e *private enforcement* del diritto *antitrust*

Alla luce di quanto detto, appare evidente come il regolamento 1/03 abbia rimescolato le funzioni, i ruoli e soprattutto le competenze e i correlati poteri delle Autorità *antitrust* nazionali e della Commissione. Sulla considerazione che tali istituzioni devono cooperare e coordinarsi per applicare le regole di concorrenza nel pubblico interesse, il regolamento 1/03 ha creato una rete tra le stesse autorità e ha consentito sotto molti aspetti la convergenza tra le normative nazionali e quella comunitaria sulla base dei principi ivi condivisi e sotto la guida della Commissione. Infatti, l'attività della Commissione, a livello centrale, e delle Autorità, in via decentrata, volta a garantire le dinamiche competitive nei mercati interessati e l'integrazione degli stessi in una prospettiva comunitaria, tutela la concorrenza e non i concorrenti, anche se questi ultimi possono beneficiare di questo intervento. Tale sistema che trova il suo fulcro nei provvedimenti delle Autorità amministrative della concorrenza rappresenta il c.d. *public enforcement* del diritto *antitrust*.

Accanto e parallelamente a ciò, il regolamento 1/03 ha espressamente riconosciuto anche in capo alle giurisdizioni nazionali la competenza ad applicare le regole comunitarie della concorrenza³⁵⁸. L'intervento dei giudici è volto a garantire la tutela dei diritti dei singoli, da un lato, dichiarando la nullità di un contratto o, dall'altro, concedendo agli interessati il risarcimento dei danni subiti a causa di una violazione degli articoli 81 e 82 TCE.

Nell'applicazione del diritto comunitario della concorrenza, i giudici nazionali si possono rivolgere alla Corte di Giustizia in sede di rinvio pregiudiziale ai sensi dell'articolo 234 TCE e partecipano quindi ad una dialettica con la stessa di fondamentale rilevanza. Infatti, il rinvio pregiudiziale ha costituito e costituisce uno degli strumenti più importanti dello sviluppo dei principi comunitari in materia di

³⁵⁸ Vedi Bennacchio G.A., *Presentazione del convegno di studi*, in Bennacchio G.A., Carpagnano M. (a cura di), *Il Private Enforcement del diritto comunitario della concorrenza: ruolo e competenze dei giudici nazionali*, atti del Convegno tenuto presso l'Università degli Studi di Trento, Facoltà di Giurisprudenza, Dipartimento di Scienze Giuridiche, 15-16 giugno 2007, *Quaderni del Dipartimento*, n. 66/07, p. 1, dove l'autore sottolinea (come già indicato nel capitolo I di tale elaborato) che la diretta applicabilità degli articoli 81 e 82 del TCE da parte di qualsiasi giurisdizione nazionale non rappresenta affatto una novità. È sempre stato così sin dalle pronunce della Corte di Giustizia negli anni '60 e '70 a partire dalla sentenza *Van Gend & Loos* del 1963 e successive.

concorrenza. Giova sottolineare che l'attivazione di tale strumento è precluso invece alle Autorità nazionali³⁵⁹. Tale sistema in cui i giudici ordinari applicano le regole comunitarie della concorrenza è comunemente definito come *private enforcement* del diritto *antitrust*.

La complementarità dei diversi ruoli attribuiti alle Autorità e ai giudici nazionali nella dialettica con la Commissione e la Corte di Giustizia garantisce l'efficacia complessiva del sistema *antitrust* introdotto dal regolamento 1/03. Infatti, il rischio per le imprese di essere esposte al risarcimento del danno ha una funzione deterrente importante e parallela rispetto alla funzione deterrente e punitiva delle sanzioni irrogate dalle Autorità³⁶⁰.

Pertanto, a completamento dell'analisi sul decentramento istituzionale introdotto con il regolamento 1/03, nel capitolo successivo saranno analizzate le modalità di attuazione della tutela del singolo danneggiato dalla condotta dell'impresa in violazione della legge *antitrust*, alla luce degli ultimi orientamenti della Corte di Giustizia e dei provvedimenti della Commissione europea che recepiscono tali pronunce.

In particolare, l'esigenza che sembra manifestare la Commissione all'indomani del decentramento è quella di garantire una coerenza nelle modalità procedurali e nell'attività di indagine e di decisione delle giurisdizioni nazionali tra loro, data la mancanza di una rete di confronto e scambio come quella creata per le Autorità nazionali. Il regolamento 1/03 ha, dove possibile, favorito la cooperazione tra i giudici, la Commissione europea e le Autorità nazionali. In materia di azioni a risarcimento del danno, come si vedrà di seguito, la Commissione cerca e propone un approccio più "invasivo" dell'autonomia delle giurisdizioni nazionali nelle pronunce in materia *antitrust*, non da tutti gli Stati membri positivamente accolta. Ovviamente tale approccio sembra coerente con l'impostazione che la Commissione ha dato alla riforma introdotta con il regolamento 1/03 e giunta a una maturazione tale per cui la stessa Commissione, nel suo ruolo di garante della "corretta applicazione delle regole di concorrenza", e

³⁵⁹ Sentenza della Corte di Giustizia del 31 maggio 2005, C-53/03, *Syfait*, in *Racc.*, 2005, I-4609, in base alla quale le Autorità nazionali *antitrust* non costituiscono una giurisdizione ai sensi dell'articolo 234 TCE e quindi non sono legittimate ad adire la Corte di Giustizia in sede di rinvio pregiudiziale. Ciò anche in ragione delle regole di funzionamento dell'ECN che vedono in capo alla Commissione un ruolo sovraordinato rispetto alle singole Autorità nazionali della concorrenza in particolare in ragione del potere della Commissione di avocare a sé un procedimento ex articoli 81 e 82 TCE avviato da una Autorità nazionale.

³⁶⁰ Vedi Romano G., *Rapporti tra giudici nazionali, Commissione e AGCM*, in Bannacchio G.A., Carpanano M. (a cura di), *op. cit.*, p. 19.

“*dell’effetto utile delle norme comunitarie*”, interviene nell’attuazione delle norme *antitrust* anche da parte dei giudici nazionali.

Alla luce della prassi delle giurisdizioni nazionali nel successivo capitolo sarà messo in luce come l’azione a risarcimento del danno abbia a pieno diritto fatto ingresso anche nel nostro ordinamento, seppur con qualche mancanza, secondo le recenti sentenze della Suprema Corte, e come, invece, sia restia ad accettare gli ultimi orientamenti della Commissione europea nell’attività di direzione dell’applicazione delle regole comunitarie *antitrust*.

CAPITOLO III

IL PRIVATE ENFORCEMENT DEL DIRITTO ANTITRUST:

RUOLO E COMPETENZE DEI GIUDICI NAZIONALI

1. Il *private enforcement* del diritto *antitrust* e la complementarità tra il ruolo delle giurisdizioni e delle Autorità nazionali nell'applicazione degli articoli 81 e 82 TCE

L'espressione *private enforcement* indica la tutela giurisdizionale dei diritti soggettivi dei singoli, siano essi imprese o privati cittadini, che si esplica mediante il risarcimento del danno. Tale risarcimento è volto a tutelare sia le imprese concorrenti che hanno subito un danno in conseguenza del fatto che il mercato viene falsato e la concorrenza viene distorta, sia i cittadini-consumatori per i danni che hanno dovuto subire, ad esempio, per avere stipulato un contratto economicamente svantaggioso in conseguenza, a sua volta, di un accordo "a monte" tra le imprese del settore, accordo concluso in violazione delle norme sulla concorrenza e tendente a trarre illecitamente un maggior profitto dalla contrattazione con i cittadini-consumatori.

Lo sviluppo della normativa sul *private enforcement* a livello comunitario a seguito dell'adozione del regolamento 1/03, trova il suo fondamento nella giurisprudenza comunitaria, come spesso accade nel settore della concorrenza. In particolare, la Corte di Giustizia ha affermato il principio della risarcibilità del danno *antitrust* a favore di chiunque provi di essere stato danneggiato da un comportamento contrario alle regole comunitarie della concorrenza, prima con il noto caso *Courage c. Crehan*³⁶¹, del 2001, e poi con l'altrettanto noto caso *Manfredi*, del 2006³⁶², a proposito del cartello delle Compagnie Assicuratrici. Alla base di questo orientamento della Corte sta la considerazione che la piena efficacia dell'articolo 81 e soprattutto "l'effetto utile del divieto sancito dal comma 3 dell'articolo 81, sarebbe messo in discussione se chiunque non potesse richiedere il risarcimento del danno causatogli da un contratto o da un comportamento che possono restringere o falsare il gioco della concorrenza". Il

³⁶¹ Sentenza della Corte di Giustizia del 20 settembre 2001, C-453/99, in *Racc.*, 2001, p. I-6297. In realtà, il diritto ad ottenere il risarcimento del danno a seguito della violazione delle regole comunitarie di concorrenza deve essere in realtà ricondotto alla sentenza della Corte di Giustizia *Van Gend & Loos*, *cit.*, che, storicamente, costituisce il presupposto della sentenza *Courage*.

³⁶² Cause riunite C-295/04, C-296/04 e C-298/04, *Manfredi e altri*, punto 64

risarcimento del danno è considerato, perciò, come un elemento che consolida e rende più efficace la lotta contro i comportamenti anticoncorrenziali. L'attenzione si sposta sul privato danneggiato da un cartello o da una pratica vietata, a valle della filiera, e alla sua possibilità di ottenere un ristoro dal danno causato dal comportamento illecito dell'impresa.

Al fine di comprendere la portata del contributo del regolamento 1/03 al *private enforcement*, occorre ricordare (come già indicato nel capitolo I) che, in realtà, non è affatto una novità che gli articoli 81 e 82 TCE debbano essere direttamente applicati da qualunque giurisdizione nazionale. È sempre stato così e lo ha confermato la Corte di Giustizia, già negli anni '60 e '70, a partire dalla sentenza *Van Gend & Loos* del 1963 e successive, a proposito delle norme del Trattato, ma poi lo ha ribadito a proposito delle norme dei regolamenti e, più tardi ancora, a proposito delle norme delle direttive sufficientemente precise e incondizionate³⁶³.

Piuttosto, il regolamento 1/03 ha avuto il merito di concentrare l'attenzione sul ruolo del giudice³⁶⁴ nella persecuzione delle pratiche vietate a livello nazionale e a livello

³⁶³ Vedi, proprio a proposito dell'applicazione diretta di queste due norme, le sentenze *Sabam* 1974, *Delimitis* 1991 e *Masterfood* 2000.

³⁶⁴ La *Comunicazione della Commissione relativa alla cooperazione tra la Commissione e le giurisdizioni degli Stati membri ai fini dell'applicazione degli articoli 81 e 82 TCE* (2004/C 101/04, in G.U.U.E. C101/54 del 27 aprile 2004), afferma che "per giurisdizioni nazionali si intendono i giudici di uno Stato membro che sono competenti ad applicare gli articoli 81 e 82 e che sono legittimati a chiedere alla Corte di pronunciarsi in via pregiudiziale ai sensi dell'articolo 234 TCE". In particolare, come conferma Favilli C., *Articolo 15: cooperazione con le giurisdizioni nazionali*, in Adinolfi A., Daniele L., Nascimbene B., Amedeo S., *op. cit.*, p. 181, l'interpretazione della nozione di giurisdizione avallata dalla Commissione (come si trova indicata nella stessa citata Comunicazione) si colloca nel solco della giurisprudenza della Corte di Giustizia sul ricorso in via pregiudiziale. Perciò, la Commissione arriverebbe ad escludere gli arbitri dagli strumenti di cooperazione previsti dall'articolo 15 del regolamento 1/03. Tuttavia, secondo altri autori, nel silenzio del regolamento, vi sarebbero spazi per un'interpretazione diversa che, distinguendo la cooperazione ex articolo 234 TCE e la cooperazione ex regolamento 1/03, potrebbe legittimare e riconoscere un ruolo diverso agli arbitri almeno in questo secondo contesto (vedi anche Cannizzaro E., Bozza E., *Le politiche di concorrenza*, in Strozzi G., *Diritto dell'Unione Europea, Parte Speciale*, Giappichelli, Torino, 2005, p. 333). Questo anche considerando che la speditezza e l'efficienza cui è improntata la cooperazione con la Commissione, a differenza della lunghezza del procedimento dinnanzi alla Corte, paiono ben conciliarsi con il procedimento arbitrale. In ogni caso, l'individuazione dell'organo destinatario delle regole di cui al regolamento 1/03 avviene anche sulla base dei criteri definiti dalla stessa Corte di Giustizia per la definizione dell'organo competente al rinvio pregiudiziale, quali "l'origine legale dell'organo, il suo carattere permanente, l'obbligatorietà della sua giurisdizione, la natura contraddittoria del procedimento, il fatto che l'organo applichi norme giuridiche e che sia indipendente" (vedi, in particolare, sentenza della Corte del 18 ottobre 2007, *Kommunikationsbehörde Austria (KommAustria) contro Österreichischer Rundfunk (ORF)*, in *Racc.*, 2007, p. I-08817, Sentenza della Corte del 27 aprile 2006, *Standesamt Stadt Niebüll*, in *Racc.*, 2006, p. I-03561, Sentenza della Corte del 31 maggio 2005, *Synetairismos Farmakopoion Aitolias & Akarnanias (Syfait) e altri contro GlaxoSmithKline plc e GlaxoSmithKline AEVE*, in *Racc.*, 2005 p. I-04609, sentenza della Corte del 30 maggio 2002, causa C-516/99, *Schmid*, in *Racc.* pag. I-4573, punto 34, sentenza della Corte del 21 marzo

comunitario, accanto alle Autorità amministrative nazionali, alla Commissione europea e secondo le linee interpretative della Corte di Giustizia. È, infatti, indubbio che l'attività del giudice, volta all'accertamento della nullità di un contratto contrastante con

2000, cause riunite da C-110/98 a C-147/98, *Gabalfrija e a.*, in *Racc.* pag. I-1577, sentenza del 30 novembre 2000, causa C-195/98, *Österreichischer Gewerkschaftsbund*, in *Racc.* pag. I-10497, punto 24, sentenza della Corte 17 settembre 1997, causa C-54/96, *Dorsch Consult*, in *Racc.* pag. I-4961, punto 23-33. Inoltre, i giudici nazionali possono adire la Corte unicamente se dinanzi ad essi sia pendente una lite e se essi siano stati chiamati a statuire nell'ambito di un procedimento destinato a risolversi in una pronuncia di carattere giurisdizionale. Sulla base di tali elementi, la Corte di Giustizia ha di recente dichiarato la sua incompetenza a risolvere in via pregiudiziale questioni interpretative sottopostele dalle Autorità nazionali della concorrenza, dato il loro carattere "non giurisdizionale". In particolare, la Corte ha sostenuto che *l'Epitropi Antagonismou*, organo decisionale in materia antitrust in Grecia, "presentando un nesso funzionale con il suo segretariato, organo d'istruzione su proposta del quale essa decide, non si distingue nettamente, come terzo, dall'organo statale che, a causa del suo ruolo, può essere equiparato ad una parte nell'ambito del procedimento in materia di concorrenza". Infine, il principio della stretta collaborazione con la Commissione e il potere di avocazione della stessa, introdotti dal regolamento 1/03, (Sentenza della Corte di Giustizia del 31 maggio 2005, C-53/03, *cit.*, punti da 33 a 37) impongono una preventiva sottoposizione della questione interpretativa alla Commissione e fanno sì che il procedimento avviato dinanzi a quest'ultima autorità non si possa risolvere in una pronuncia di carattere giurisdizionale. La pronuncia della Corte, già citata nel corso della trattazione per ragioni diverse, evidenzia tre aspetti strettamente connessi tra loro, che non solo possono far gioco alla definizione dei connotati della giurisdizione nazionale ai sensi del regolamento 1/03, ma anche possono aiutare la ricostruzione dei ruoli degli organi tra loro in materia di concorrenza. Infatti, accanto all'aspetto che, di fatto, elimina il carattere dell'autonomia decisionale delle autorità e cioè la loro dipendenza dall'esecutivo, la sentenza evidenzia la necessaria e primaria collaborazione tra la Commissione e le Autorità nazionali nella soluzione di una questione interpretativa e, come *extrema ratio*, in caso di questioni aventi rilevanza comunitaria, la possibilità della Commissione di avocare a sé la questione. La decisione delle Autorità nazionali e della Commissione sarà perciò un provvedimento di tipo amministrativo, impugnabile innanzi alle giurisdizioni competenti e soltanto nel corso di questa seconda fase giudiziale, passibile di essere oggetto di un quesito interpretativo innanzi alla Corte di Giustizia ai sensi dell'articolo 234 TCE. Perciò il regolamento 1/03, così come interpretato dalla giurisprudenza comunitaria, ha avuto il merito di chiarire e coordinare il duplice livello - giurisdizionale e amministrativo - di applicazione diretta e decentrata delle norme comunitarie antitrust. Piuttosto, e anche alla luce del fatto che le giurisdizioni nazionali sono da sempre competenti ad applicare direttamente le norme del Trattato, non ha modificato la tradizionale distinzione tra giudici competenti a seguito della presentazione del ricorso avverso il provvedimento dell'Autorità nazionale che ha riconosciuto o sanzionato l'impresa per aver commesso l'infrazione alle norme antitrust, da quegli organi giurisdizionali competenti per la domanda di risarcimento dei danni presentata dal privato, consumatore o impresa concorrente, danneggiati dalla pratica abusiva. Piuttosto, il regolamento 1/03, eliminando l'esclusiva competenza della Commissione nella concessione dell'esenzione, rafforza il *private enforcement* delle regole antitrust e pone l'accento sul cittadino-consumatore danneggiato, ad esempio, per avere stipulato un contratto economicamente svantaggioso in conseguenza, a sua volta, di un accordo "a monte" tra le imprese del settore concluso in violazione delle norme sulla concorrenza e tendente a trarre illecitamente un maggior profitto dalla contrattazione con i cittadini - consumatori. Inoltre, il regolamento 1/03, chiarendo l'applicazione parallela della normativa interna e della normativa comunitaria, impone agli ordinamenti nazionali di adeguare le proprie norme in materia antitrust a favore del principio della doppia barriera e di riflettere tale scelta anche nella individuazione delle giurisdizioni competenti ad applicare l'una e l'altra normativa. Pertanto, la questione non è tanto l'individuazione della giurisdizione competente a livello interno - che, come abbiamo già detto, sarà il tribunale amministrativo, in caso di riesame del provvedimento delle Autorità nazionali, o il tribunale ordinario, in caso di azione di risarcimento del danno promossa dal privato - e che, in quanto tale, è destinataria di alcune delle norme del regolamento 1/03, quanto piuttosto l'identificazione di quale organo all'interno della giurisdizione ordinaria debba essere effettivamente adito per la tutela delle ragioni del singolo alla luce delle norme comunitarie antitrust.

le norme a tutela della concorrenza, o a garantire il risarcimento del danno causato dall'illecito *antitrust* in favore del singolo, svolga, di fatto, anch'essa una funzione dissuasiva e complementare a quella propria delle sanzioni direttamente inflitte dalle Autorità *antitrust* nazionali alle imprese, anche perché l'entità di queste ultime assai difficilmente può essere fissato ad un livello ottimale che ne assicuri la deterrenza³⁶⁵. Il diritto ad ottenere il risarcimento del danno *antitrust* dunque rafforza la sanzione della nullità prevista dal Trattato per le illecite distorsioni della concorrenza, completando il lato privatistico della reazione dell'ordinamento giuridico comunitario³⁶⁶.

Infatti, come sancisce il considerando 7 del regolamento 1/03, le giurisdizioni nazionali “svolgono una funzione essenziale nell'applicazione delle regole di concorrenza comunitarie” e rivestono “un ruolo complementare” rispetto a quello delle Autorità nazionali e della Commissione³⁶⁷.

Tale duplice profilo (pubblico e privato) della tutela *antitrust* e la complementarità delle azioni volte a garantire tale tutela assicura l'efficacia complessiva delle norme sulla concorrenza³⁶⁸. Nel coordinamento delle istanze giurisdizionali nazionali, la

³⁶⁵ Cassinis P., *Rapporti fra public e private enforcement*, in Raffaelli E.A. (a cura di), *Antitrust between EC law and national law, Antitrust fra diritto nazionale e diritto comunitario*, atti del VII Convegno, 18 – 19 maggio 2006, Treviso, Giuffrè, Milano, 2007, p. 374. Vedi anche la Comunicazione della Commissione sulla cooperazione tra la Commissione e le giurisdizioni degli Stati membri ai fini dell'applicazione degli articoli 81 e 83 TCE (2004/C 101/04 in *G.U.U.E.* C-101/54 del 27 aprile 2004), paragrafo 4, dove si sottolinea la “diversità” della funzione tra Commissione e autorità amministrative, da un lato e giurisdizioni nazionali, dall'altro.

³⁶⁶ La nullità di cui all'articolo 81, paragrafo 2, TCE è assoluta, pertanto l'accordo che ricada sotto questa disposizione è privo di effetti nei rapporti fra i contraenti e non può essere opposto ai terzi (v. sentenza 25 novembre 1971, causa 22/71, *Beguelin*, in *Racc.* pag. 949, punto 29). Inoltre, tale nullità riguarda tutti gli effetti, passati e futuri, dell'accordo o della decisione interessati (v. sentenza 6 febbraio 1973, causa 48/72, *Brasserie de Haecht*, in *Racc.* pag. 77, punto 26).

³⁶⁷ Sul rapporto tra public e private enforcement del diritto della concorrenza si rimanda a Komninos, *Public and Private Antitrust Enforcement in Europe: Complement? Overlap?*, in *Comp. Law Rev.*, Volume 3, 1, 2006, p. 5 e ss.; Waller, *Towards a Constructive Public-Private Partnership to Enforce Competition Law*, in *W. Comp.*, Volume 29, 3, 2006; Wils, *Should Private Antitrust Enforcement Be Encouraged in Europe?*, in *W. Comp.*, Volume 26, 3, 2003, p. 473 ss.; Jones, *Private Antitrust Enforcement in Europe: A Policy Analysis and Reality Check*, in *W. Comp.*, Volume 27, 1, 2004, p. 13 e ss.; Monti, *Article 81 EC and Public Policy*, in *Common Market Law Review*, 39, 5, 2002; McAfee, Mialon & Mialon, *Private v. Public Antitrust Enforcement: A Strategic Analysis*, 2005. Per un commento alla sentenza *Courage* si rimanda a Komninos, *New Prospects for Private Enforcement of EC Competition Law: Courage v. Crehan and the Community Right to Damages*, in *Common Market Law Review*, 39, 3, 2002; mentre per un commento alla sentenza *Manfredi* si veda Carpignano, *Private Enforcement of Competition Law Arrives in Italy: Analysis of the Judgment of the European Court of Justice in Joined Cases C-295-289/04 Manfredi*, in *Competition Law Review*, 2006, Volume 3, 1, p. 47 e ss.; Carpignano, *Prove Tecniche di Private Enforcement*, in *Danno e resp.*, 1/2007, p. 34 e ss.; Afferni, *Il risarcimento del danno per violazione del diritto antitrust comunitario: competenza, danno risarcibile, e prescrizione*, in *Danno e resp.*, 1/2007, p. 26 e ss.

³⁶⁸ Vedi conclusioni dell'Avv. Generale Geelhoed del 26 gennaio 2006, cause riunite C-295/04, C-296/04 e C-298/04, *Manfredi e altri*, punto 64.

Commissione cerca in ogni caso di mantenere la sua centralità nell'indirizzo dell'attività decentrata, come accade per le Autorità nazionali. Diversamente da queste, invece, l'autonomia degli ordinamenti interni in materia processuale e il diverso piano sul quale operano i giudici rispetto alla Commissione e alle Autorità nazionali (giudiziario piuttosto che amministrativo) consente al giudice, nel rispetto dei principi comunitari, di non conformarsi alla pronuncia della Commissione. Infatti, i principi introdotti dalla Commissione trovano un limite - e una garanzia per il privato - nella possibilità per il giudice di discostarsi dalla decisione della Commissione qualora rinviino la questione alla Corte di Giustizia ai sensi dell'articolo 234 TCE.

Al fine di individuare le conseguenze di tale sistema, sarà necessario evidenziare, nella prassi dei giudici nazionali, in particolare, sulle azioni a risarcimento del danno (senza dimenticare il ruolo che i giudici hanno nelle azioni di impugnazione dei provvedimenti *antitrust*), le modalità di applicazione delle regole del coordinamento tra le stesse giurisdizioni nazionali, e tra queste e la Commissione.

2. Lo sviluppo del *private enforcement* del diritto *antitrust* a seguito dell'adozione del regolamento 1/03

A seguito dell'adozione del regolamento 1/03, la tematica del *private enforcement* è stata oggetto negli ultimi anni di particolare e rinnovata attenzione da parte della Commissione europea e di specifici interventi legislativi o proposte di azione da parte degli Stati membri³⁶⁹, nonché di intenso dibattito nella comunità economica e giuridica internazionale³⁷⁰.

³⁶⁹ Per esempio, Germania, Francia, Svezia e Ungheria hanno negli ultimi anni modificato le proprie legislazioni nazionali al fine di incentivare la proposizione di azioni di risarcimento del danno *antitrust*. In Germania, la settima novella della Legge sulla Concorrenza ha riconosciuto la pregiudizialità di una decisione amministrativa definitiva non solo dell'autorità di concorrenza nazionale, ma di ogni altra autorità della concorrenza gli Stati membri. In Francia, un apposito decreto del 2005 ha istituito un determinato numero di corti specializzate in materia di concorrenza. In Svezia nel 2005 è stata consentita la legittimazione attiva degli acquirenti indiretti con apposita modifica legislativa. In Ungheria è stato introdotto l'effetto vincolante per i giudici delle decisioni dell'Autorità garante della concorrenza nazionale. In Italia, nel 2007, sono state introdotte le azioni collettive con modalità opt-in esercitabili anche per richiedere il danno derivante da violazioni delle norme sulla concorrenza, sempre nel 2007, il britannico Office of Fair Trading ha pubblicato un *discussion paper* su come incoraggiare il *private enforcement*.

³⁷⁰ Su dibattito intorno al ruolo centrale assunto dal consumatore nella tutela concorrenziale, vedi Pera A., *Tutela della concorrenza e protezione del consumatore, quale complementarità?*, e Fiorentino L.

Come già indicato, lo stimolo è nato dalla sentenza della Corte di Giustizia nel caso *Courage*³⁷¹, la quale ha esplicitamente riconosciuto il diritto dei singoli al risarcimento del danno fondato su una violazione delle regole *antitrust* ritenendolo rimedio necessario ad assicurare un'efficace tutela dei diritti attribuiti ai singoli dagli articoli 81 e 82 TCE. A seguito di tale sentenza e sul presupposto che da sempre i privati possono ricorrere al giudice nazionale per richiedere il risarcimento del danno da illecito *antitrust*, la Commissione ha avviato un'attività volta ad individuare le ragioni del mancato utilizzo di tale strumento da parte dei privati nella vigenza del regolamento 17/62 nel *Libro Verde sulle azioni a risarcimento del danno* e a enucleare gli strumenti dell'azione concreta nel *Libro Bianco* sul medesimo tema.

2.1. L'attività della Commissione nella definizione di una normativa comune in tema di risarcimento del danno *antitrust*: il *Libro verde sulle Azioni di risarcimento del danno per violazione delle norme antitrust comunitarie*

Alla luce di quanto detto, appare evidente come il regolamento 1/03 offra un importante spunto per definire anche il settore della tutela del soggetto leso dal comportamento delle imprese in violazione degli articoli 81 e 82, laddove, ricostruendo il rapporto tra giurisdizioni nazionali e Autorità della concorrenza nell'applicazione delle norme comunitarie *antitrust*, fa riferimento al principio della complementarità tra le azioni delle varie autorità piuttosto che alla sussidiarietà³⁷². Tale ultimo principio, nella

Autorità garante e tutela dei consumatori, dagli *Antitrust tra diritto nazionale e diritto comunitario* - Atti del Convegno di Treviso, 22-23 maggio 2008, non ancora pubblicati.

³⁷¹ Sentenza della Corte del 20 settembre 2001, *cit.* In realtà, come evidenziato in relazione alla tematica della diretta applicabilità delle norme del Trattato, il diritto ad ottenere il risarcimento del danno a seguito della violazione delle regole comunitarie di concorrenza deve essere in realtà ricondotto alla sentenza della Corte di Giustizia *Van Gend & Loos, cit.*, che, storicamente, costituisce il presupposto della sentenza *Courage*.

³⁷² Vedi Pardolesi R., *La quantificazione del danno antitrust*, in Bennacchio G.A., Carpagnano M. (a cura di), *Il Private Enforcement ...*, p. 102., secondo il quale “il giudice nazionale soleva trovarsi, rispetto all'articolo 81 in una situazione di sostanziale cattività, perché relegato alla funzione (molto marginale) di dioscuro di un antitrust invocato a mò di shield, cioè come difesa nell'ambito di una controversia interindividuale. Giusto un esempio [...] il noto caso *Pronuntia de Paris*, dove Irmgard Shillgalis, battagliera franchisee di Amburgo, morosa nel pagamento degli abiti nunziali, tentava di sottrarsi all'azione esecutiva promossa dal franchisor opponendo la nullità del contratto per violazione del divieto di intese restrittive della concorrenza. Da quella cattività il giudice è stato, almeno formalmente, riscattato con il regolamento 1/03. Anche se aleggia il dubbio che la rivoluzione copernicana introdotta dalla disciplina modernizzata continui, in maniera alquanto gattopardesca, a presupporre che il ruolo delle autorità giudiziarie ordinarie legittimate all'esercizio olistico dell'articolo 81, sia ancora e sempre

coordinazione tra le attività istituzionali, infatti, impone un vincolo in relazione alla precedente pronuncia dell’Autorità amministrativa e un limite notevole all’attività delle giurisdizioni nella necessaria conformità alla prima.

Con il regolamento 1/03, invece, viene avviato un processo di ridefinizione della dialettica fra *private* e *public enforcement* che mette in dubbio la centralità del primo nell’applicazione decentrata delle regole comunitarie *antitrust*³⁷³.

Al fine di ricostruire le dinamiche istituzionali e comprendere l’inefficienza del precedente sistema di tutela del privato in materia *antitrust*, la Commissione ha pubblicato, nel 2004, uno studio sullo stato delle azioni di risarcimento del danno da violazione di norme sulla concorrenza in ciascuno Stato membro³⁷⁴, i cui risultati hanno evidenziato una situazione di “*totale sottosviluppo*”. Nel dicembre del 2005, la Commissione ha, inoltre, pubblicato il Libro Verde³⁷⁵ sulle azioni a risarcimento del danno che in parte riproduce i risultati del precedente studio, allo scopo di identificare i principali ostacoli ad un efficace sistema di risarcimento del danno da illecito *antitrust*.

In particolare, come lo stesso Libro Verde evidenzia, al confronto con il sistema statunitense, dove oltre il 90% dei provvedimenti *antitrust* è avviato da privati, il sistema comunitario si fonda principalmente sulla tutela amministrativa avanti all’Autorità *antitrust*.

Ciò è dovuto, in primo luogo, alla generale riluttanza del sistema europeo ad affidare la deterrenza dell’iniziativa giudiziale dei privati, a fronte di un approccio statunitense speculare ed opposto che offre agli attori nei procedimenti di azioni di risarcimento danni da illeciti *antitrust* una notevole disponibilità di strumenti giudiziali (*class actions, treble damages, contingency fees*). Negli ordinamenti degli Stati membri si tende invece a ritenere che le vittime dell’illecito abbiano una limitata conoscenza del

sussidiario, ovvero, metta capo a un rapporto di complementarità potenzialmente idoneo a schiudere dimensioni nuove, ma esposto alla tentazione di riproporre l’understatement previgente”.

³⁷³ Pardolesi R., *La quantificazione del danno antitrust*, in Bencacchio G.A., Carpagnano M. (a cura di), *Il Private Enforcement ...*, p. 104.

³⁷⁴ *Ashurst Study on the Conditions of Claims for Damages in case of Infringement of EC Antitrust Rules*, disponibile sul sito della Commissione alla pagina http://ec.europa.eu/comm/competition/antitrust/others/actions_for_damages/studv.html.

³⁷⁵ Libro Verde - *Azioni di risarcimento del danno per violazione delle norme antitrust comunitarie*, Bruxelles, 19 dicembre 2005, COM (2005), 672. Per un commento vedi Bastianon S., *Il risarcimento del danno antitrust tra esigenze di giustizia e problemi di efficienza, Prime riflessioni sul Libro Verde della Commissione*, in *Mercato, Concorrenza, Regole*, 2/2006, 321 ss.; Chagny M., *Le contentieux indemnitaire des pratiques anticoncurrentielles: la Cour de Justice invitée au débat sur le Livre Vert*, in *Revue Lamy de la Concurrence*, 9/2006, p. 659 e ss.

pregiudizio sofferto, mentre la singola Autorità nazionale o la Commissione dispone di poteri inquisitori penetranti e di una capacità di accesso alle prove particolarmente incisiva. Inoltre, la limitata entità del danno in capo agli interessati a seguito della violazione *antitrust* limita l'incentivo del privato a ricorrere in giudizio, anche qualora la perdita collettiva imposta alla società assuma contorni cospicui per il novero elevato di soggetti colpiti dalla pratica vietata. Infatti, la riferibilità del danno ad una pluralità allargata di soggetti rischia di indurre la vittima ad aspettare che altri prenda l'iniziativa, attivando un'azione collettiva, che induce l'impresa o il consumatore di turno a rifiutare i panni del "*first mover*".

In realtà, merita sottolineare, come obietta la dottrina economica sul tema, che il soggetto più vicino alla condotta anticoncorrenziale è proprio il privato, investito in prima persona dei suoi effetti pregiudizievoli, ed ovviamente dotato di una maggiore capacità di ricostruzione degli elementi della fattispecie, nonché della possibilità di acquisire informazioni connesse alla pratica. Per tali ragioni, l'azione di risarcimento danno, se assistita da regole procedurali efficaci, e da una collaborazione nell'attività istruttoria da parte delle giurisdizioni degli Stati membri, potrebbe risultare più efficiente dell'azione posta in essere dalle stesse Autorità nazionali sui casi di violazione delle norme *antitrust*.³⁷⁶

³⁷⁶ Vedi Lande R.H., Davis J.P., *An evolution of private antitrust enforcement: 29 cases studies, interim report*, November 8, 2006, disponibile all'indirizzo www.antitrustinstitute.org. Vedi anche Pardolesi R., *op. cit.*, p. 114, il quale analizza i risultati del *public* e del *private enforcement* in termini numerici. Infatti, l'Autore sostiene che "*la redditività media del cartello domestico è computata (sulla base delle intese effettivamente accertate e punite) intorno al 20%, mentre per quelli internazionali il valore mediano del sovrapprezzo monopolistico è stimato nell'ordine del 36%, con punte che possono ampiamente superare il 50%. Sulla base di questi stime, si può tentare di tracciare un bilancio del profilo repressivo derivante dal public enforcement*", in particolare, guardando alla situazione europea, sensibilmente diversa da quella d'oltreoceano, dove la violazione cartellistica comporta condanna penale (mentre in Europa, con le uniche eccezioni di Regno Unito e Irlanda, la deterrenza passa normalmente per ammende amministrative). L'ultima comunicazione della Commissione sulla determinazione della loro entità, datata 2006, ha portato ad un aumento del livello sanzionatorio rispetto a quello precedentemente praticato: si arriva ad applicare una forcilla fino al 30% del fatturato inciso dalla pratica restrittiva, da moltiplicare per ogni anno di attuazione effettiva. Si aggiunge poi quello che viene chiamato *entry ticket* (o *entry fee*), che può arrivare fino al 25% e va assommato all'importo di base. Da mettere nel giro, ancora, le aggravanti, tra le quali spicca la recidiva, particolarmente minacciosa anche perché i termini dell'iterazione rimangono alquanto incerti. Il tetto del 10% del fatturato complessivo appare ora davvero a portata di mano. Eppure, nonostante la ruvidità di queste cifre, il livello di capacità deterrente della disciplina *antitrust* europea è comunemente considerato ben lontano dallo standard ottimale. Infatti, a detta dello studio più recente in materia (J. M. Connor, C. G. Helmers, *On modern international cartels* (2006), disponibile all'indirizzo www.ssrn.com), le sanzioni imposte dalle autorità pubbliche, nel periodo compreso tra il 1990 ed il 2005, corrisponde ad una somma inferiore al 10% del sovrapprezzo imposto dai partecipanti al cartello, a fronte del 15-18% attinto dalle ammende negli Stati Uniti. Un confronto più minuzioso, condotto però a ridosso di soli cinque cartelli condannati negli U.S., in Canada e in Europa,

Nella situazione ora indicata, il Libro Verde ha individuato una serie di opzioni volte a tracciare le possibili linee di intervento per agevolare le azioni di risarcimento del danno *antitrust* davanti al giudice nazionale, siano esse proposte dopo l'accertamento di una violazione da parte di un'Autorità nazionale (le c.d. azioni “*follow-on*”), o siano azioni autonome (c.d. “*stand-alone actions*”). Al Libro Verde ha fatto seguito una consultazione pubblica che è terminata nell'aprile 2006 ed un intervento del Parlamento Europeo nell'aprile 2007³⁷⁷.

2.2.I principi della giurisprudenza in tema di azioni a risarcimento del danno: la sentenza *Manfredi c. Lloyd Adriatico*

Nel 2006 è altresì intervenuta la pronuncia della Corte di Giustizia Europea nel caso *Manfredi c. Lloyd Adriatico*³⁷⁸, che rappresenta il *leading case* in materia di azioni

mostra che le sanzioni statunitensi veleggiavano in un *range* compreso tra il 27 ed il 67%, del sovrapprezzo, quelle canadesi tra il 28 ed il 92%, quelle europee tra il 23 ed il 79% (mentre, per inciso, l'impatto dei *settlements* nordamericani per le azioni di danni è compreso tra l'83 ed il 313%). A questo punto, la collusione non è scoraggiata frontalmente dal *public enforcement*, perché la penalizzazione rimane ampiamente inferiore all'entità dei guadagni illeciti. Ma, soprattutto, manca la deterrenza prospettica, posto che l'*expected fine*, risultante dalla moltiplicazione dell'importo effettivo per la (contenuta) probabilità di disvelamento dell'illecito, risulta decisamente contenuta, delineando un rischio che vale cnicamente la pena di correre. In particolare, l'autore afferma che “*fra il 2002 ed il 2007, le sanzioni irrogate dalla Commissione Europea sono state pari a € 6,24 miliardi (prima delle applicazioni delle riduzioni di pena). Assumendo, con deliberato ottimismo, un tasso di scoperta del 30% e valendosi della stima maggiormente conservativa (70%) in ordine al rapporto tra le sanzioni imposte ed i sovrapprezzi effettivamente praticati, si rileva come l'impatto totale dell'overcharge da cartello – ossia, i profitti di tutti i cartelli (scoperti o rimasti segreti) – sfiori i 30 miliardi di euro, ammontare cui dovrebbe uniformarsi la penalizzazione pecuniaria per garantire la deterrenza ottimale. Il divario si commenta da sé*”.

³⁷⁷ Si tratta della Risoluzione del Parlamento Europeo del 25 Aprile 2007 (2006/2207)(INI), disponibile alla pagina web <http://www.europarl.europa.eu/oeil/file.iso?id=5378362>, attraverso la quale il Parlamento ha invitato la Commissione a preparare un Libro Bianco con proposte dettagliate per facilitare il ricorso alle azioni di risarcimento del danno *antitrust* comunitario davanti al giudice nazionale.

³⁷⁸ Corte di Giustizia, 13 Luglio 2006, cause riunite da C-295/04 a C-298/04, *Manfredi c. Lloyd Adriatico*, in *Racc.*, 2006, pag. I-6619, vedi Carpagnano M., *Private Enforcement of competition law arrives in Italy: analysis of the judgement of the European Court of Justice in joined cases C-295-298/04 Manfredi*, *Comp. Law Rev.*, 3/2006, p. 47 e ss. ed anche Delli Priscoli, *Equilibrio del mercato ed equilibrio del contratto*, in *Giur. comm.*, 2006, II, 256. Doverose sono inoltre le letture di Pardolesi, *Cartello e contratti dei consumatori: da Leibniz a Sansone*, in *Foro it.*, 2004, I, p. 469 e ss.; Palmieri, Pardolesi, *L'antitrust per il benessere (e il risarcimento del danno) dei consumatori*, *ibid.*, 2005, I, p. 1015 e ss. In particolare sulla questione della configurabilità dell'azione del risarcimento del danno nell'ordinamento italiano si veda: Scoditti, *Il consumatore e l'antitrust*, *ibid.*, 2003, I, p. 1127 e ss.; Bastianon, *Antitrust e tutela civilistica: anno zero*, in *Danno e resp.*, 2003, p. 393 e ss.; Calvo, *Diritto antitrust e contratti esecutivi dell'intesa vietata (contributo allo studio dei Folgeverträge)*, in *I Contratti*, 2005, p. 181 e ss.; Castronovo, *Antitrust e abuso di responsabilità civile*, in *Danno e resp.*, 2004, p. 469 e ss.; Colangelo, *Intese restrittive e legittimazione dei consumatori finali*, in *Dir. ind.*, 2003, p. 175 e ss.; Libertini, *Ancora sui rimedi civili conseguenti a violazioni di norme antitrust*, in *Danno e resp.*, 2004, p. 933 e ss.; Negri,

risarcitorie per danno *antitrust*. Tale sentenza ha riaffermato il diritto di chiunque sia stato leso dalla violazione di una norma comunitaria *antitrust* ad ottenere il risarcimento del danno (così consolidando la giurisprudenza del caso *Courage c. Crehan*) e “*ha filtrato, alla luce del diritto comunitario, alcuni degli aspetti più controversi delle azioni private antitrust, quali la legittimazione ad agire, il nesso di causalità, il computo del termine di prescrizione delle azioni e l’obbligo del giudice nazionale di liquidare i danni punitivi*”³⁷⁹.

Per il diritto nazionale, il caso Manfredi così come è stato risolto, alla luce delle indicazioni della Corte di giustizia, dal Giudice di pace di Bitonto, rappresenta, al momento, l’unico caso di applicazione dell’articolo 81 del Trattato in un’azione di danno promossa da un consumatore finale. Il caso, quindi, sia che lo si guardi dal versante comunitario che da quello nazionale è di estrema attualità ed interesse.

Il caso Manfredi appartiene al novero delle decine di domande di risarcimento proposte, in ordine sparso, dai singoli consumatori-assicurati contro le rispettive compagnie d’assicurazione-colluse che parteciparono all’ormai famoso cartello Rca. La vicenda, dal punto di vista giuridico, è di difficile ricostruzione soprattutto perché sulla questione si sono pronunciati, a vario titolo ed in momenti successivi nel tempo, praticamente tutti gli Organi giudiziari nazionali e la Corte di giustizia in via pregiudiziale.

I fatti, invece, sono piuttosto semplici da ricordare: nel 2000, con provvedimento n. 8546, l’AGCM condannò le principali compagnie di assicurazione attive nel mercato italiano del ramo Rca per aver posto in essere, almeno tra il 1994 ed il 1999, un cartello illecito finalizzato a fissare il prezzo delle polizze d’assicurazione³⁸⁰. Poco dopo la pubblicazione della decisione, furono incardinate varie decine di azioni individuali di

Risarcimento del danno da illecito antitrust e foro per la tutela del consumatore (la Cassazione non dileda i dubbi nella vicenda RC auto), in *Corr. giur.*, 2003, p. 747 e ss.

³⁷⁹ vedi Tardella E., *Private Enforcement delle regole della concorrenza: quale equilibrio?*, da *Antitrust tra diritto nazionale e diritto comunitario* - Atti del Convegno di Treviso, 22-23 maggio 2008, non ancora pubblicati. Tali aspetti hanno animato il dibattito dottrinale a livello comunitario ed in alcuni Stati membri dove sono stati avviati processi di riforma delle regole comunitarie di concorrenza. Cfr. Libro Verde della Commissione sulle azioni di risarcimento del danno per violazione delle norme comunitarie antitrust, Bruxelles, 19 dicembre 2005 COM(2005)672; PARLAMENTO EUROPEO, *Report on the Green Paper on Damages actions for breach of the EC antitrust rules*, aprile 2007; OFT, *Discussion paper, Private actions in competition law: effective redress for consumers and business*, Aprile 2007.

³⁸⁰ Decisione della Autorità Garante della Concorrenza e Mercato n. 8546, del 28 luglio 2000, in Bollettino, n. 30/2000. Nel caso del cartello RCA, l’AGCM ha definito il mercato interessato dalla violazione delle regole di concorrenza come nazionale. Ai sensi dell’articolo 33.2 della legge 287/90 il legislatore italiano ha riservato alla Corte d’Appello competente per territorio la competenza a conoscere le azioni fondate su una violazione della legge antitrust nazionale.

risarcimento del danno da parte dei consumatori-assicurati dinnanzi ai giudici nazionali individuati, in alcuni casi, sulla base della competenza per valore stabilita dal codice di procedura civile (Giudice di pace), in altri sulla base della riserva di competenza esclusiva stabilita dalla legge *antitrust* (Corte d'Appello)³⁸¹. Fu adito anche il Giudice di pace di Bitonto, il quale sospese il procedimento avente ad oggetto la richiesta di risarcimento del danno patrimoniale fondata su una violazione delle regole nazionali di concorrenza per proporre una serie di questioni pregiudiziali alla Corte di giustizia. Il Giudice di pace chiese se una pratica contraria al diritto nazionale della concorrenza (articolo 2 della legge 287/90) possa anche costituire una violazione delle regole comunitarie (articolo 81 CE) e sottopose altre quattro questioni di carattere processuale aventi ad oggetto rispettivamente: la legittimazione attiva per far valere la nullità di una pratica vietata dal diritto comunitario della concorrenza ordinarie in materia di riparto di

³⁸¹ La tutela dell'interesse privato degli operatori economici – imprese o consumatori - che sono stati lesi da pratiche distorsive poste in essere dai concorrenti in loro danno è riservata alla giurisdizione ordinaria che si identifica con quella civile dei tribunali a composizione monocratica competenti a decidere delle violazioni ai divieti di cui agli articoli 81 e 82 TCE, quando il mercato di riferimento non sia quello nazionale ma interessi sensibilmente, pregiudicando il libero svolgimento della concorrenza, il commercio tra i Paesi membri. Stante l'entità degli interessi in gioco è scarsamente ipotizzabile l'intervento del giudice di pace se non a favore di consumatori che siano rimasti vittime di una pratica illecita fonte di danno risarcibile nei limiti della competenza fissata dall'articolo 7 c.p.c. Così vedi sentenza della Cassazione del 9 dicembre 2002, n. 14475 in merito alla ricaduta finale sul consumatore dei patti di massa sull'aumento dei costi di polizza in tema di r.c. auto. (Vedi Scuffi M., *I riflessi ordinamentali ed organizzativi del regolamento 1/2003 sulla concorrenza*, in *Corriere Giuridico*, 1/2004, p. 124). Inoltre, è sempre di competenza del Tribunale la valutazione *incidenter tantum* di una nullità negoziale o l'illiceità di una condotta secondo i paradigmi della legge 287/90, ove sia fatta oggetto di una eccezione riconvenzionale del convenuto per paralizzare una domanda di credito o di danni dell'attore venendo così a decidere autonomamente la prospettata questione antitrust (sia pur senza efficacia di giudicato perché in tal caso la cognizione spetterebbe alla Corte d'Appello) al pari di ogni altra questione strumentale al merito della lite. Vedi Tribunale di Modena, ordinanza 30 aprile 1996 ed ordinanza del giugno 1997, in causa *Panini c/DS*; Tribunale di Ferrara, ordinanza del 26 gennaio 1996, in causa *Braibanti c/Fava*; Tribunale di Milano, ordinanza del 12 luglio 2002, in causa *Madaus c/ BiochimicoItaliano*. Vedi Scuffi M., *Orientamenti consolidati e nuove prospettive nella giurisprudenza italiana antitrust*, in *Riv. dir. ind.*, 1/2003, p. 95.

Laddove, invece, il mercato di riferimento sia nazionale, il modello istituzionale è fondato su una tutela "binaria": da una parte, il giudice amministrativo, TAR Lazio, in primo grado - Consiglio di Stato, in appello, quale giurisdizione esclusiva con competenza per i ricorsi avverso i provvedimenti amministrativi dell'AGCM ai sensi dell'articolo 33, comma 1, legge 287/90, dall'altra, la Corte d'Appello competente per territorio, per le azioni di nullità, risarcimento del danno e ricorsi intesi ad ottenere provvedimenti d'urgenza in relazione a violazione delle disposizioni della legge nazionale ai sensi dell'articolo 33, comma 2 della stessa (In Francia, la competenza risulta suddivisa tra i giudici ordinari che sono competenti ad applicare le regole comunitarie della concorrenza (ora anche l'articolo 8, paragrafo 3) nelle controversie tra privati, e una sezione specializzata della Cour d'Appel de Paris, competente quale istanza di ricorso avverso i provvedimenti del Conseil de la Concurrence. Secondo Idiot L., *The Application of EC Competition Rules By National Courts: Remarks by a French Academic*, IBA Conference, Bruxelles, 10-11 marzo 2005, in www.iba.com, "when the Paris Court of Appeal controls the decisions du Conseil de la Concurrence, it does not intervene as an ordinary court in the system of parallel competencies, but rather as a specialised authority").

competenza civile la compatibilità dell'articolo 33.2 della legge n. 287/1990 con il diritto comunitario, il termine di prescrizione dell'azione di risarcimento del danno, e l'obbligatorietà per il Giudice nazionale di liquidare il danno punitivo. Gran parte degli avvocati di parte attrice hanno incardinato le azioni di risarcimento del danno *antitrust* dinnanzi al Giudice di pace credendo erroneamente che questi fosse competente secondo i criteri per valore, in questo caso derogati dalla legge *antitrust*. Alcuni Giudici di pace aditi hanno eccepito il difetto di competenza ed hanno declinato la questione. Altri Giudici di pace, hanno, invece, deciso comunque; è stata poi la Corte di Cassazione ad annullare, successivamente, la loro sentenza³⁸².

Come si intuisce, dalla soluzione della prima questione dipende la competenza del Giudice di pace di Bitonto a conoscere l'azione di danno proposta dall'assicurato. Infatti, la vigente riserva di competenza esclusiva a favore della Corte d'appello a conoscere in primo (ed unico) grado le controversie basate sulla legge nazionale *antitrust* (articolo 33, paragrafo 2 della legge 287/90) escluderebbe nettamente la competenza del Giudice di pace³⁸³. Come è noto, in assenza di una espressa previsione del legislatore nazionale, tale regola non è applicabile alle azioni di danno fondate esclusivamente sulla violazione del diritto comunitario (in questo caso la determinazione della competenza seguirebbe le ordinarie regole dettate dal codice di procedura civile)³⁸⁴. In linea generale, l'individuazione dell'organo competente si regolerà ricorrendo al "principio dell'onere di allegazione"; secondo tale principio incombe all'attore l'onere di qualificare la controversia come rientrante nello spettro di applicazione della legislazione nazionale/comunitaria e dunque, in base a tale valutazione, sarà l'attore a decidere di incardinare la richiesta di risarcimento presso l'organo ritenuto competente. Il convenuto potrà, eventualmente, eccepire

³⁸² Per una ricostruzione dettagliata della vicenda si veda CARPAGNANO, *Private Enforcement of Competition Law Arrives in Italy*, cit.

³⁸³ Per una esaustiva analisi delle problematiche connesse all'articolo 33, si veda PASCUZZI, *Commento all'articolo 33 l. 297/1990*, in FRIGNANI, PARDOLESI, PATRONI GRIFFI, UBERTAZZI (a cura di), *La legislazione Antitrust italiana*, Bologna, 1993; e PAGNI, *La tutela civile avverso l'illecito antitrust: la latente instabilità dell'articolo 33 L. 10 ottobre 1990 n. 287*, in VETTORI (a cura di), *Concorrenza e mercato. Le tutele civili delle imprese e dei consumatori*, Padova, 2005, 609.

³⁸⁴ Cfr. articolo 7 c.p.c. Considerato il modesto valore (economico) della controversia, tale giudice non potrà che essere il Giudice di pace.

l'incompetenza dell'organo adito sulla base della dimostrazione che la violazione, ad esempio, è esclusivamente di rilevanza comunitaria³⁸⁵.

Per quanto riguarda le azioni fondate sul diritto nazionale della concorrenza e su quello comunitario, il principio dell'onere di allegazione continua ad essere valido. Ci si può interrogare, però, sull'estensione del margine di apprezzamento del giudice in merito all'individuazione d'ufficio della regola di concorrenza violata nella singola fattispecie. A questo proposito, la giurisprudenza comunitaria ha stabilito che *“le giurisdizioni nazionali devono, [...], applicare le disposizioni di diritto comunitario della*

³⁸⁵ Mentre l'AGCM infatti è libera di avviare un procedimento, decidendo autonomamente la normativa applicabile, comunitaria (articoli 81 e 82 TCE) o nazionale (articoli 2 e 3 della legge n. 287/90), anche discostandosi dalla (eventuale) prospettazione del denunciante. I giudici sono invece vincolati dal principio della corrispondenza tra il chiesto e il pronunciato e ciò potrebbe costituire un limite nel caso in cui la domanda su cui si fonda l'azione giurisdizionale non menzioni la normativa comunitaria (Cfr. articolo 112 c.p.c.: *“Corrispondenza tra chiesto e pronunciato. Il giudice deve pronunciare su tutta la domanda e non oltre i limiti di essa; e non può pronunciare d'ufficio su eccezioni che, possono essere proposte soltanto dalle parti”*). Può sicuramente soccorrere il principio che il giudice novit cura ma la coerenza sistematica può non essere comunque assicurata. La Commissione affronta questo tema nell'apposita comunicazione sulla cooperazione con i giudici: *“...Laddove per effetto del diritto interno le giurisdizioni nazionali sono obbligate a sollevare d'ufficio questioni di diritto fondate su disposizioni nazionali vincolanti, la cui applicazione non è stata invocata dalle parti, lo stesso obbligo esiste anche quando si tratti di applicare disposizioni vincolanti di diritto comunitario in materia di concorrenza. La conclusione è identica nel caso in cui il diritto interno attribuisce alle giurisdizioni nazionali la discrezionalità di applicare d'ufficio disposizioni nazionali vincolanti: le giurisdizioni nazionali devono, quando il diritto interno permette loro di procedere a tale applicazione, applicare le disposizioni di diritto comunitario della concorrenza anche in casi in cui la parte interessata alla loro applicazione non ne ha fatto richiesta”*; la Commissione riconosce un importante caveat *“Tuttavia, il diritto comunitario non impone alle giurisdizioni nazionali di sollevare d'ufficio un motivo basato sulla violazione di disposizioni comunitarie, qualora l'esame di tale motivo li obblighi a rinunciare al principio dispositivo, alla cui osservanza siano tenuti, esorbitando dai limiti della lite quale è stata circoscritta dalle parti e basandosi su fatti e circostanze diverse da quelli che la parte processuale che ha interesse all'applicazione di dette disposizioni ha posto a fondamento della propria domanda”* (Comunicazione cit. punti 3-4. Al riguardo, cfr. Cass. Civ. Sez. I, sent. 30 giugno 2001, n. 8887 in materia di norme bancarie uniformi che – preso atto della sentenza Corte di giustizia 21 gennaio 1999 che aveva escluso in fattispecie analoga la sussistenza del pregiudizio del commercio fra Stati membri – ammette la possibilità di applicare la normativa antitrust nazionale, tuttavia richiama la circostanza che la domanda della parte era fondata solo sulla normativa comunitaria. Al riguardo, occorre richiamare la recente vicenda trattata dal Giudice di pace di Bitonto, innanzi al quale un consumatore ha proposto l'azione di risarcimento dei danni subiti a seguito della realizzazione di un'intesa restrittiva della concorrenza tra alcune compagnie di assicurazione, intesa oggetto di accertamento da parte dell'AGCM nell'ambito di un procedimento ex articolo 2 della legge n. 287/90. Il Giudice di pace, investito della causa ha adito la Corte di giustizia CE in sede di rinvio pregiudiziale sfociato nella nota sentenza del 13 luglio 2006, C-295/04 e C- 298/04, *Manfredi*, già citata. Recentemente, in data 21 maggio 2007, il Giudice di pace di Bitonto ha reso la sentenza al consumatore riconoscendo il diritto al risarcimento del danno in attuazione dell'articolo 81 TCE, affermando che tali conclusioni non sarebbero diverse anche in attuazione dell'articolo 2 della legge (cfr. la sentenza del TAR Lazio, Sez. I, 17 maggio 2006, n. 3543, caso *ANIA*, ove la parte, ritenendo insussistente il pregiudizio al commercio fra Stati membri, aveva contestato l'applicazione, da parte dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato, dell'articolo 81 TCE, anziché dell'articolo 2 della legge n. 287/90; il giudice ha, tra l'altro, rilevato che l'applicazione dell'articolo 81, e con esso le regole di funzionamento della rete tra ANC e la Commissione, garantisce maggiori garanzie alle imprese interessate e, pertanto, le censure sollevate non sono state idonee a dare conto dell'illegittimità dell'azione amministrativa).

concorrenza anche nei casi in cui la parte interessata alla loro applicazione non ne ha fatto richiesta”³⁸⁶. Tuttavia, il diritto comunitario non impone alle giurisdizioni nazionali di sollevare d’ufficio un motivo basato sulla violazione di disposizioni comunitarie “qualora l’esame di tale motivo li obblighi a rinunciare al principio dispositivo, alla cui osservanza sono tenuti, esorbitando dai limiti della lite quale è stata circoscritta dalle parti e basandosi su fatti e circostanze diversi da quelli che la parte processuale che ha interesse all’applicazione di dette disposizioni ha posto a fondamento della propria domanda”. La questione è di interesse dal momento che nel caso Manfredi (versante interno), il Giudice di pace di Bitonto ha risolto la controversia esclusivamente sulla base del diritto comunitario (violazione dell’articolo 81 del Trattato), mentre parte attrice aveva fondato la propria azione esclusivamente sul diritto nazionale della concorrenza (violazione dell’articolo 2 della legge 287/90). Si potrebbe ritenere, ma non vi è unanimità di vedute sul punto, che, nel caso in cui l’azione civile si fondi sulla violazione delle regole di concorrenza nazionali e comunitarie, la questione dovrebbe ritornare alla cognizione esclusiva della Corte d’Appello³⁸⁷.

Come era prevedibile, la Corte di giustizia, risolse in senso affermativo sia la questione relativa all’idoneità di una pratica contraria alle regole nazionali di concorrenza a ledere anche il diritto comunitario, sia la questione relativa alla legittimazione attiva per far valere in giudizio la nullità di una pratica anticompetitiva e per chiedere il risarcimento del danno subito³⁸⁸. Di conseguenza, il Giudice di pace di Bitonto, sulla base delle indicazioni ricevute dalla Corte di giustizia, si è dichiarato competente a conoscere le

³⁸⁶ Si veda la sentenza nelle cause riunite C-430/93 e C-431/93 van Schijndel, 1995 in Racc. I-4705, 13 a 15 e 22 e *Comunicazione della Commissione relativa alla cooperazione tra la Commissione e le giurisdizioni degli Stati membri dell’UE ai fini dell’applicazione degli articoli 81 e 82 del trattato CE*, cit., punto 3.

³⁸⁷ La Corte d’appello, in quanto giudice nazionale, dovrà applicare anche il diritto comunitario della concorrenza secondo quanto previsto dal regolamento 1/03. Secondo parte della dottrina, la competenza funzionale e la tassatività dei rimedi previsti dal comma 2 dell’articolo 33 della legge n. 287/90, “impediscono alla Corte d’Appello di conoscere le violazioni della normativa comunitaria sulla concorrenza, riservata ai tribunali nazionali, secondo le regole di competenza, anche laddove il caso ne presentasse gli estremi”, si veda FATTORI, TODINO, op. cit., 424 ed anche LIBERTINI, *Il Ruolo del giudice nell’applicazione delle norme antitrust*, in *Giur. Comm.*, 1998, I, pag. 677. Tale lettura sembra però in contrasto con gli articoli 3 e 6 del Regolamento 1/03, come sostiene Carpignano M., op. cit.

³⁸⁸ Sentenza cause riunite C-295-298/04, paragrafi 38 e 52. Si vedano anche le sentenze 13 febbraio 1969, causa 14/68, *Wilhelm e a.*, Racc. pag. 1, punto 3; 10 luglio 1980, cause riunite 253/78, 1/79-3/79, *Giry e Guerlain e a.*, Racc. pag. 2327, punto 15, e 9 settembre 2003, causa C-137/00, *Milk Marque e National Farmers’ Union*, Racc. pag. I-7975, punto 61. Per un’analisi dettagliata delle questioni pregiudiziali si rimanda a CARPAGNANO, *Prove Tecniche*, cit., 35 e ss.

quattro controversie principali e ha riconosciuto la legittimazione attiva del consumatore finale sulla base della violazione dell'articolo 81 CE.

2.3. L'adozione del Libro Bianco sulle Azioni di risarcimento del danno per violazione delle norme antitrust comunitarie

Anche alla luce delle considerazioni della Corte di Giustizia e delle proposte del Libro Verde³⁸⁹, la Commissione ha adottato, il 2 aprile 2008, il Libro Bianco sulle *azioni di risarcimento del danno per violazione delle norme antitrust comunitarie*³⁹⁰, nel quale ha ritenuto opportuno raccomandare *“una serie di regole minime che garantiscano un sistema efficace di azioni di risarcimento del danno antitrust”* al fine di *“creare un quadro giuridico che consenta vie d'azione più efficaci”* all'interno dell'Unione Europea.

Al Libro Bianco ha fatto seguito una consultazione pubblica cui, poi, dovrebbe seguire l'elaborazione del vero e proprio progetto legislativo che dovrebbe risultare, in base a quanto dichiarato dalla Commissione, in una *“combinazione di misure adottate a livello sia comunitario sia nazionale”*³⁹¹.

³⁸⁹ Vedi Libro Bianco, cit. p. 2, *“In effetti, le azioni di questo tipo presentano una serie di peculiarità che spesso non sono disciplinate in modo adeguato dalle tradizionali norme in materia di responsabilità civile e di procedura civile. [...] Le peculiarità menzionate riguardano la necessità di un'analisi fattuale ed economica molto complessa, la frequente inaccessibilità e occultamento di prove determinanti in possesso del convenuto, e il fatto che il rapporto rischi/benefici è spesso sfavorevole per l'attore”*.

³⁹⁰ Libro Bianco sulle *azioni di risarcimento del danno per violazione delle norme antitrust comunitarie*, Bruxelles, 2 aprile 2008, COM(2008) 165. Al Libro Bianco si accompagna un Documento di Lavoro dei Servizi della Commissione (SEC (2008) 405), che è in realtà, sotto il profilo delle scelte politiche, il documento più importante, e una Relazione sulla Valutazione di Impatto (SEC(2008) 406). Questi tre documenti sono disponibili sul sito della Commissione alla pagina web <http://ec.europa.eu/comm/competition/antitrust/actionsdamages/documents.html>.

³⁹¹ La Commissione ha indicato nel Documento di Lavoro dei Servizi della Commissione (paragrafo 319 e seguenti) che essa intende disciplinare attraverso Regolamenti o Direttive le questioni concernenti le azioni collettive e rappresentative, la *disclosure inter partes*, l'effetto vincolante delle decisioni delle Autorità garanti della concorrenza, il requisito della colpa, la *passing-on defence*, la prescrizione, la tutela dalla divulgazione delle richieste di trattamento favorevole e l'esclusione della responsabilità solidale per il beneficiario del trattamento favorevole. Ha altresì esplicitamente indicato che saranno predisposte delle Linee Guida sulla quantificazione del danno nei casi di violazione degli articoli 81 e 82. Sul tema, infatti, ha lanciato un'offerta per la predisposizione di uno studio.

2.3.1. Gli obiettivi del Libro Bianco: la funzione compensativa del risarcimento del danno e l'equilibrio tra promozione delle azioni da parte dei consumatori e il rischio di azioni pretestuose

L'obiettivo principale del Libro Bianco è migliorare le modalità di esercizio de diritto al risarcimento dei danni subiti in conseguenza della violazione delle norme comunitarie *antitrust*, non solo per il ristoro che lo stesso consumatore può ottenere dal risarcimento del danno, ma anche per l'efficacia dissuasiva dello stesso nei confronti delle imprese che hanno commesso l'infrazione o che intendano commetterne.

Infatti, la disponibilità in mano ai privati di mezzi d'azione efficaci “*aumenta la probabilità che venga individuato un maggior numero di illeciti antitrust*” e che gli autori dell'infrazione siano considerati responsabili degli stessi³⁹². In sostanza, la Commissione intende assicurare che tutte le vittime di un danno *antitrust* siano effettivamente ed efficacemente compensate e, così facendo, ottenere, indirettamente, un effetto deterrente degli illeciti *antitrust*³⁹³.

³⁹² In altri termini, “*il miglioramento della giustizia retributiva produrrebbe di per sé conseguenze positive anche in termini di effetto deterrente per le infrazioni future e di maggiore rispetto delle norme antitrust comunitarie*”. Vd. Libro Bianco, paragrafo 1.2, pag. 3. Al riguardo la Commissione precisa che “*Even though actions for damages in Europe are primarily about victims effectively exercising Treaty rights, an enhanced level of actions for damages will also have the positive effect of increasing deterrence for potential infringers. Indeed, action for damages can complement public enforcement by adding to the risk of administrative sanction, the risk of having to compensate the harm caused to the victims, and also by widening the scope of enforcement of EC competition rules to cases not dealt with by the competition authorities*”. Vedi anche Documento di Lavoro dei Servizi della Commissione, paragrafo 15.

³⁹³ In ogni caso, la Commissione sottolinea la primaria importanza della funzione compensativa rispetto a quella deterrente. In particolare sul tema vedi Tardella E., *op. cit.*, il quale sul tema afferma che la Commissione ha optato per la funzione meramente compensativa e non (anche) sanzionatoria o deterrente del rimedio risarcitorio. Infatti, pur dichiarandosi consapevole del fatto che, per poter incentivare le azioni risarcitorie meritevoli, occorre assicurare che l'attore sappia a priori che, in caso di vittoria, gli saranno riconosciuti danni superiori alla perdita effettivamente subita, la Commissione ha ritenuto di non proporre allo Stato, come misura a livello comunitario, i danni punitivi o eventualmente multipli. La liquidazione di danni che prescindano dalle perdite patrimoniali subite dalla vittima dell'illecito *antitrust* comunitario è riconosciuta, in ossequio al principio di equivalenza, solo, qualora questo rimedio possa essere esperibile nell'ambito di azioni analoghe fondate sul diritto interno. La Commissione ha altresì precisato che il diritto comunitario “*non osta a che i giudici nazionali vigilino affinché la tutela dei diritti garantiti dall'ordinamento giuridico comunitario non comporti un arricchimento senza giusta causa degli aventi diritto*”. “*L'approccio della Commissione sul punto è stato molto, e forse troppo, prudente e sembra*”, secondo l'Autrice, “*peccare di coerenza con l'obiettivo dichiarato di individuare strumenti atti ad incentivare la proposizione di azioni di risarcimento del danno antitrust*”. Inoltre, la dicotomia fra funzione compensativa e deterrente della responsabilità da atto illecito attraversa anche altri profili di disciplina e, in particolare, i criteri utilizzati per rappresentare il danno e quantificare il risarcimento. Se su questo tema, non si ha un intervento chiaro e deciso e coerente con l'obiettivo che la Commissione vuole perseguire, in quanto essa al riguardo promette solo la predisposizione di apposite Linee Guida, non vincolanti, sui criteri di calcolo dei danni, ad ausilio dei giudici e delle parti. “*Meglio sarebbe se la*

Nel perseguire il duplice obiettivo della compensazione del danno sofferto dal privato dalla condotta illecita dell'impresa e dell'efficacia deterrente del risarcimento al singolo, la Commissione dichiara di aver identificato, nel Libro Bianco, delle misure atte a far venir meno gli ostacoli all'efficienza del sistema, radicati nella cultura e nelle tradizioni giuridiche europee³⁹⁴.

D'altro canto, tali misure devono considerare oltre alla proposizione di azioni di risarcimento del danno da parte delle vittime di violazioni delle norme comunitarie sulla concorrenza, per rendere effettivo ed efficace il loro diritto, il rischio dello sviluppo di una *litigation culture* che favorisca il proliferare di azioni pretestuose e non meritevoli di tutela.

In realtà, dall'analisi delle varie azioni proposte dal Libro Bianco nei diversi aspetti delle azioni a risarcimento del danno emerge una nozione di equilibrio tra i due aspetti più articolata e complessa rispetto a quella fissata in linea di principio dalla Commissione. Come sarà più chiaro al termine della trattazione, infatti, essa non riguarda soltanto la necessità di evitare azioni non meritevoli di tutela, ma richiede anche la fissazione, nell'individuazione dei caratteri dell'azione, di obiettivi chiari e l'adozione di misure coerenti tra loro e con tali obiettivi.

La coerenza del sistema, nei duplici scopi qui considerati della necessità di garantire una funzione compensativa del danno subito nell'azione di risarcimento e della promozione di tali azioni da parte dei consumatori danneggiati - a valle - dall'impresa che con il suo comportamento viola le norme *antitrust* comunitarie, è anche in tal settore affidata alla Commissione e agli strumenti di indirizzo di cui essa dispone. Ancora una volta, la stessa sceglie di adottare strumenti di "*soft law*" (il libro bianco, le linee guida) per

Commissione, anche ai fini della certezza del diritto, avesse invece proposto di codificare, almeno in parte, tramite strumenti legislativi più incisivi, anche l'aspetto della quantificazione dei danni. Ciò almeno con riferimento ad una previsione la quale - al di là dell'esistenza di norme interne nazionali che già consentono al giudice di giudicare sulla base di presunzioni semplici - nel merito disciplinasse che, per stabilire l'entità delle perdite arrecate dall'illecito alle sue vittime, riguardo deve essere prestato anche al profitto che l'autore dell'illecito ha tratto dalla propria condotta".

³⁹⁴ In particolare, vedi *Documento di Lavoro dei Servizi della Commissione*, paragrafo 16, "*great care has been taken to strike a balance in order to have effective measures which do not result in a situation when unmeritous litigation are encouraged or facilitated*". Essa ha altresì aggiunto, nel documento informativo di sintesi per i cittadini, che le raccomandazioni contenute nel Libro Bianco "*rappresentano una terza via tra gli ostacoli al risarcimento che esistono attualmente nella maggior parte degli Stati membri dell'Unione Europea e l'eccesso di incentivi all'azione giudiziaria che determinano gli abusi a livello di controversie in alcune giurisdizioni non europee*".

indirizzare l'attività delle giurisdizioni nazionali, compatibilmente con le strette maglie degli autonomi sistemi giudiziari degli Stati membri.

Pertanto, gli obiettivi individuati nel Libro Bianco rappresentano un'esigenza dell'ordinamento ed è il loro raggiungimento, con il margine di errore e approssimazione minore possibile, a “*servire*” nel modo migliore la causa del *private enforcement*.

2.3.2. Le misure proposte: le innovazioni in tema di legittimazione attiva e passiva e le azioni collettive

Il principio che guida le misure del Libro Bianco è, dunque, il riconoscimento della funzione compensativa del risarcimento che, come tale, deve essere un risarcimento completo del valore reale della perdita subita per le vittime del danno *antitrust*. Pertanto, il diritto al pieno risarcimento si estende anche al mancato guadagno e comprende un diritto agli interessi secondo le indicazioni dalla Commissione e della giurisprudenza comunitaria³⁹⁵.

Alla luce del suddetto principio guida, in tema di legittimazione ad agire, la Commissione propone la legittimazione attiva degli acquirenti indiretti³⁹⁶ ossia agli acquirenti che non hanno avuto alcun rapporto commerciale diretto con l'autore dell'infrazione, ma che possono tuttavia aver subito un considerevole danno perché su di loro è stato trasferito, lungo la catena di distribuzione, un sovrapprezzo illegale³⁹⁷.

Inoltre, la Commissione consente altresì ai convenuti l'uso della *passing-on defence*, vale a dire l'uso dell'argomento del trasferimento del danno in chiave difensiva nei

³⁹⁵ Vedi caso *Manfredi c. Lloyd Adriatico*, *cit.*

³⁹⁶ Il tema della legittimazione attiva dell'indirect purchaser, si dibatte attualmente anche negli Stati Uniti d'America dove è in corso un ampio processo di riforma delle regole antitrust (Antitrust Modernization Process). In particolare, si sono levate negli ultimi tempi pesanti critiche contro la regola creata dalla Supreme Court nel caso *Illinois Brick Co v Illinois*, 431 US 720 (1977) secondo la quale sono inammissibili le azioni civili antitrust promosse in giudizio dall'indirect purchaser. In gran parte degli Stati Nord Americani tale regola è stata disapplicata a livello statale dove viene garantita la legittimazione attiva agli acquirenti indiretti. In gran parte di questi Stati, la stessa sorte è toccata anche alla regola stabilita dalla Supreme Court nel caso *Hanover Shoe v United Shoe Mach*, 392 US 481 (1968), secondo la quale la *passing-on defence* deve essere esclusa. Per un'analisi dettagliata del processo di modernizzazione del diritto antitrust nordamericano si rimanda ai lavori della *Antitrust Modernization Commission* disponibili all'indirizzo web: www.amc.gov/report_recommendation/toc.htm.

³⁹⁷ Il documento di lavoro della Commissione riporta le sentenze *Courage* e *Manfredi* per sostenere che il riferimento a “*any individuals*” è da intendersi comprensivo anche di tali categorie di soggetti (paragrafi 33 e ss.), p. 15.

confronti di una richiesta risarcitoria fatta valere dall'acquirente diretto o altro acquirente posizionato ai livelli sottostanti la catena produttiva, nei casi in cui detto acquirente abbia trasferito il danno derivante dalla violazione (ossia il sovrapprezzo) sui propri clienti (ossia gli acquirenti indiretti). Eliminare tale argomento di difesa determinerebbe infatti un arricchimento senza causa da parte degli acquirenti diretti che hanno trasferito il sovrapprezzo e una indebita compensazione multipla per il sovrapprezzo illegale da parte del convenuto.

Viceversa, allo scopo di agevolare le azioni presentate dagli acquirenti indiretti, la Commissione opta per una presunzione a loro favore del fatto che il sovrapprezzo si è trasferito su di loro per intero (cosiddetto uso offensivo del *passing-on*).

In realtà, con riferimento alle azioni promosse dagli acquirenti indiretti, sono state rinvenute alcune contraddizioni tra finalità e strumenti proposti nel Libro Bianco³⁹⁸. In particolare, il convenuto si troverebbe nella posizione di dover confutare la presunzione semplice, a favore dell'acquirente indiretto, in base alla quale il danno si è trasferito per intero su quest'ultimo, provando che il danno non si è trasferito interamente o che si è trasferito solo in parte su di loro. Ciò viene giustificato dalla Commissione sulla base del fatto che, vista la distanza degli acquirenti indiretti dall'infrazione iniziale, per loro può essere difficile provare, in ossequio alle regole ordinarie sulla ripartizione dell'onere probatorio, di aver subito il trasferimento del danno (c.d. *passing-on*) e indicarne l'entità. Il medesimo discorso della distanza dall'infrazione iniziale però non viene proposto in relazione al convenuto il quale può trovare particolarmente oneroso il sovvertimento della presunzione, soprattutto nei mercati a filiera molto lunga in cui il contenzioso avvenga tra i due estremi della filiera stessa.

Pertanto, qualora si intenda mantenere la presunzione a favore degli acquirenti indiretti, al fine di evitare limitare la disparità degli strumenti messi a disposizione dell'attore e del convenuto, si potrebbero apportare al meccanismo due correttivi. La presunzione semplice potrebbe essere prevista solo quando l'attore sia qualificabile come consumatore e quindi il convenuto tenuto a sovvertire tale presunzione sia una impresa dotata dei mezzi più idonei per la ricerca della prova.

Tuttavia, anche quando l'acquirente indiretto sia un consumatore, l'introduzione automatica nel processo di una presunzione semplice potrebbe essere ancora

³⁹⁸ Tardella E., *cit.*, p. 16.

eccessivamente gravosa per il convenuto. Infatti, se è vero che le difficoltà dell'acquirente indiretto di provare il trasferimento del danno e l'entità dello stesso possono aumentare all'aumentare della distanza dalla violazione della norma *antitrust*, può anche essere vero il contrario, ossia che il convenuto, se la distanza tra sé e l'acquirente indiretto è notevole, possa non essere in grado di ribaltare la presunzione, con il risultato che l'acquirente indiretto potrebbe ottenere un risarcimento superiore al danno effettivamente subito. Se si pensa ai mercati a filiera molto lunga, quali quelli alimentari o ai casi in cui l'acquirente indiretto sia il consumatore acquirente del prodotto finito (ad esempio una sedia) ed il presunto autore dell'infrazione un produttore di materia prima (ad esempio del legname utilizzato dai mobili). In questi casi è evidente che il convenuto potrebbe, al pari dell'acquirente indiretto, non riuscire a provare fino in fondo se ed in che misura il sovrapprezzo monopolistico o da cartello applicato in sede di vendita della materia prima sia poi arrivato intonso (o magari a sua volta accresciuto per fattori estranei alla stessa violazione della norma *antitrust*) all'acquirente finale.

Una soluzione potrebbe essere quella di prevedere il preventivo filtro del giudice all'introduzione in giudizio della presunzione. In altri termini, all'inizio della fase istruttoria, il consumatore dovrebbe dire se vuole o meno avvalersi della presunzione ed il giudice, ove il consumatore dichiara di avvalersene, dovrà stabilire, nel contraddittorio con il convenuto, se l'introduzione della presunzione sia, nel caso concreto, giustificata alla luce delle allegazioni delle parti, delle caratteristiche dei mercati coinvolti, di un giudizio preliminare da parte del giudice sulla probabilità che il *passing-on* del sovrapprezzo si sia effettivamente verificato³⁹⁹.

Quanto alla prescrizione delle azioni di risarcimento del danno *antitrust*, la Commissione propone che queste possano essere avviate entro cinque anni dal momento in cui si può ragionevolmente ritenere che la vittima sia stata a conoscenza dell'infrazione e del pregiudizio da essa causato. Se un'Autorità garante sta già investigando sulla violazione, le vittime possono intraprendere un'azione fino a due anni dopo l'adozione di una decisione definitiva da parte di tale Autorità.

³⁹⁹ Come precisa il Libro Bianco, *cit.*, paragrafo 2.7, p. 9 “*In caso di azioni congiunte, parallele o consecutive avviate da acquirenti che si trovano in punti diversi della catena della distribuzione, i giudici nazionali sono incoraggiati ad utilizzare appieno tutti i meccanismi di cui dispongono in base al diritto nazionale, comunitario ed internazionale per evitare una sottocompensazione o una sovracompensazione del danno causato da un'infrazione della normativa sulla concorrenza*”.

2.3.3. Le azioni collettive nel Libro Bianco

Data la chiara necessità di meccanismi che consentono l'aggregazione delle singole istanze da parte delle vittime delle violazioni delle norme *antitrust*, la Commissione introduce alcuni principi in materia di azioni collettive. I singoli consumatori, ma anche le piccole imprese, in particolare coloro che hanno subito un danno diffuso e di valore relativamente basso, sono spesso scoraggiati dall'intentare un'azione individuale per danni a causa dei costi, ritardi, incertezze, rischi ed oneri che ne possono derivare. Di conseguenza, molte di queste vittime rimangono attualmente prive di risarcimento. Nei rari casi in cui più azioni individuali vengono intentate in relazione alla medesima violazione, insorgono inefficienze procedurali, che colpiscono i richiedenti, i convenuti e il sistema giudiziario stesso. Allo scopo di affrontare in modo efficace tali inefficienze nel settore dell'*antitrust*, pertanto, la Commissione suggerisce di combinare due meccanismi complementari di azione collettiva.

In primo luogo, le azioni rappresentative che saranno intentate da soggetti qualificati, quali associazioni dei consumatori, organismi statali o associazioni commerciali, a nome di vittime identificate o, in casi piuttosto limitati, identificabili. Tali soggetti: (i) vengono designati ufficialmente in anticipo, oppure (ii) sono abilitati ad hoc da uno Stato membro, in relazione ad una particolare violazione delle norme *antitrust*, per intentare un'azione a nome di alcuni o di tutti i propri membri.

Il Libro Bianco propone altresì l'introduzione di azioni collettive con meccanismo di adesione ("*opt-in*"), in cui le vittime, per poter fruire degli effetti dell'azione collettiva, devono espressamente manifestare la loro volontà di far parte dell'azione stessa, così aggregando in una sola azione le proprie richieste individuali di risarcimento del danno. Resterebbe fermo ovviamente il diritto dei singoli di intentare individualmente l'azione di risarcimento del danno⁴⁰⁰.

⁴⁰⁰ Paul Victor A., Cole W. E., *U.S. Private Antitrust Treble Damages Class Actions*, da *Antitrust tra diritto nazionale e diritto comunitario* - Atti del Convegno di Treviso, 22-23 maggio 2008, non ancora pubblicati; Scuffi M., *La class action nazionale in funzione antitrust: problematiche processuali*, da *Antitrust tra diritto nazionale e diritto comunitario* - Atti del Convegno di Treviso, 22-23 maggio 2008, non ancora pubblicati.

2.3.3.1. Le azioni collettive a risarcimento del danno *antitrust* nell'ordinamento italiano

L'articolo 140 *bis* del codice del consumo (d.lgs. 6.9.2005, n. 206), entrato in vigore il 1° gennaio 2009, introduce nel nostro ordinamento la *class action*⁴⁰¹. In particolare, tale norma stabilisce che *“le associazioni di cui al comma 1 dell'articolo 139 e gli altri soggetti indicati nel comma 2 della norma, vale a dire le associazioni ed i comitati che sono adeguatamente rappresentativi degli interessi collettivi fatti valere, sono legittimati ad agire a tutela degli interessi collettivi dei consumatori e degli utenti richiedendo al tribunale del luogo in cui ha sede l'impresa l'accertamento del diritto al risarcimento del danno e alla restituzione delle somme spettanti ai singoli consumatori o utenti nell'ambito di rapporti giuridici relativi a contratti stipulati ai sensi dell'articolo 1342 del codice civile, ovvero in conseguenza di atti illeciti extracontrattuali, di pratiche commerciali scorrette o di comportamenti anticoncorrenziali, quando sono lesi i diritti di una pluralità di consumatori o di utenti”*. E' compito del giudice (comma 3) verificare l'esistenza di un interesse collettivo suscettibile di adeguata tutela ai sensi della norma. Il difetto di tale interesse comporta l'immediata declaratoria, già alla prima udienza, di inammissibilità della domanda.

Il testo di legge prevede che la legittimazione ad esperire le azioni in esame sia attribuita alle associazioni dei consumatori ed utenti previste dal primo comma dell'articolo 139 del Codice del consumo. Ai sensi dell'articolo 137 del Codice sono pertanto legittimate le associazioni iscritte nell'albo tenuto dal Ministero delle Attività Produttive, ora Ministero dello Sviluppo Economico, oltre alle associazioni ed ai comitati ritenuti dal giudice adeguatamente rappresentativi degli interessi collettivi fatti valere.

⁴⁰¹ La disciplina delle azioni collettive a risarcimento del danno da illecito *antitrust* nel nostro ordinamento è contenuta nel codice del consumo in quanto, come sostiene il Governo italiano (dipartimento per le politiche comunitarie), nel documento di risposta alla consultazione pubblica sul Libro bianco (disponibile all'indirizzo http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/white_paper_comments.html#C), *“nel ribadire la necessità del coordinamento tra il public and private enforcement, si propone di inquadrare quest'ultimo nell'ambito di un sistema più generale di tutela che si adatti alle diverse condotte, non solo quando esse rilevino sotto il profilo antitrust, ma anche quando queste rilevino sotto il profilo delle pratiche scorrette relativo agli interessi dei consumatori nel loro complesso. In tal senso, è opportuno tenere presente che il legislatore nazionale non ha ritenuto di introdurre alcuna distinzione tra le pretese risarcitorie derivanti da illeciti antitrust e i sistemi di tutela diretti alla protezione dei consumatori”*.

Come ha evidenziato la stessa Corte di Cassazione nel documento presentato alla Commissione in risposta alla consultazione pubblica sul Libro bianco⁴⁰², “*il sistema di rappresentanza per l’esperimento delle class action individuato dal legislatore italiano non coincide del tutto con la previsione del libro bianco in materia di danni*”. Il Libro bianco prevede, infatti, che le azioni collettive possano essere proposte da soggetti qualificati, quali associazioni dei consumatori, organismi statali o associazioni commerciali, a nome di vittime identificate o, in casi piuttosto limitati, identificabili. A questa previsione si rifà l’articolo 140 *bis*, comma 2, quando prevede che “*sono legittimati ad agire associazioni e comitati che sono adeguatamente rappresentativi degli interessi collettivi fatti valere*” dove la rappresentatività è oggetto di una valutazione *ad hoc* da parte del giudice. La giurisprudenza ha, invece, escluso finora, in un quadro legislativo che non prevedeva le class actions, la legittimazione di associazioni collettive, emblematico il caso del Codacons, sempre escluso dalla possibilità di promuovere un’azione *antitrust* a tutela dei consumatori fondata sull’assunto che le domande proposte non riguardavano diritti dei consumatori che si presentassero in modo indifferenziato⁴⁰³.

Non compare la previsione della proposta comunitaria che la designazione da parte di uno Stato membro, legittimi l’associazione ad agire in tutti gli altri Stati membri.

Accanto a tali tipologie di azioni, il Libro bianco prevede le azioni collettive con modalità *opt-in*, collettive, perché i soggetti che agiscono sono direttamente lesi dal fatto illecito, ma diverse dalla sommatoria di più azioni individuali proprio per la possibilità di aderire all’azione stessa, dopo che essa è stata proposta.

Il nostro sistema non prevede una possibilità del genere, perché l’*opt-in* contemplato dal codice del consumo riguarda le azioni rappresentative, al fine di rientrare nell’ambito dei soggetti nel cui interesse viene proposta l’azione e della legittimazione a richiedere il risarcimento.

⁴⁰² Tale documento, insieme ai commenti presentati dalle varie parti alla consultazione pubblica, è disponibile all’indirizzo indicato nella precedente nota.

⁴⁰³ Cons. di Stato, sent. 30.12.1996 n. 1792; C. App. Milano, sent. 3.5.2007, *Codacons c. R.A.S.* Secondo la disciplina vigente e quindi con riferimento alle azioni individuali di danni per violazione delle norme in tema di concorrenza la Corte di Cassazione è passata da un primo orientamento con il quale era stata negata la legittimazione attiva del singolo consumatore (Corte di Cass. 9.12.2002 n. 17475, che aveva escluso il singolo assicurato) alla sentenza delle S.U. 20.1.2005 n. 2207, che ha riconosciuto la legittimazione attiva del consumatore finale, ravvisando il nesso causale fra il cartello sui prezzi stipulato fra le imprese assicuratrici nel settore r.c. auto e l’aumento del premio di polizza corrisposto dall’assicurato. Questo principio sembra ormai consolidato alla luce della più recente sentenza del 2.2.2007 n. 2305.

Come sostiene la stessa Corte di Cassazione, “l’adozione da parte della Comunità di uno strumento legislativo potrebbe pertanto portare ad un adeguamento della nostra legislazione, almeno per quanto concerne le azioni collettive”.

Le osservazioni a seguito della consultazione pubblica del governo italiano (dipartimento per le politiche comunitarie) si allineano con le osservazioni della Corte di Cassazione. Merita qui richiamare l’attenzione su due affermazioni contenute nel documento inviato alla Commissione. In particolare, l’Autorità italiana evidenzia, da un lato, l’esigenza di non limitare la libertà del singolo nell’esercizio delle azioni individuali, consentendo allo stesso anche di recedere dall’azione collettiva, dall’altro, la necessità di evitare il rischio di risarcimenti multipli. A tal fine si ribadisce l’esigenza di coordinare le possibili azioni (siano esse collettive, rappresentative o singole) relative alla medesima fattispecie.

3. La convergenza del sistema di applicazione delle regole di concorrenza da parte dei Giudici nazionali nel coordinamento con la Commissione europea e Autorità nazionali alla luce del Regolamento 1/03, della Comunicazione della Commissione e le proposte del Libro Bianco

Anche nello sviluppo delle regole del *private enforcement*, così come nell’ambito del *public enforcement*, l’applicazione coerente della normativa comunitaria *antitrust* da parte dei giudici nazionali si fonda su una serie di strumenti ispirati al reciproco dovere di leale collaborazione *ex* articolo 10 TCE⁴⁰⁴, volti a favorire e migliorare i rapporti tra le istituzioni (Commissione, Autorità e Corte) nel nuovo contesto del decentramento. Non solo, infatti, l’articolo 3 del regolamento 1/03, che stabilisce il principio dell’applicazione parallela della normativa comunitaria e della convergenza è diretto anche ai giudici nazionali, ma anche l’articolo 16 stabilisce alcune regole dirette esclusivamente a questi ultimi nell’applicazione delle regole di concorrenza. Inoltre, specifiche misure sono proposte anche nel Libro Bianco della Commissione sulle azioni a risarcimento del danno *antitrust* nel coordinamento tra giudici e autorità nazionali della concorrenza.

⁴⁰⁴ Per un’analisi del principio di leale collaborazione e sua applicazione in materia di concorrenza, vedi Capitolo I, paragrafo 4.2, del presente elaborato.

3.1. La cooperazione tra i giudici nazionali e la Commissione europea: il primato delle decisioni della Commissione sulla giurisprudenza nazionale e il rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia

Mentre l'articolo 3 è dedicato ai rapporti tra diritto nazionale e diritto comunitario, ed è volto a garantire che l'effetto utile del diritto comunitario non sia svuotato dall'applicazione del diritto interno, l'articolo 16 del regolamento 1/03 pone alcuni vincoli all'attività dei giudici nell'applicazione decentrata degli articoli 81 e 82 TCE. Al riguardo, il regolamento, seppur recependo principi sanciti dalle pronunce della Corte di giustizia *Delimitis* e *Masterfoods*⁴⁰⁵, innova il quadro normativo prevedendo espressamente il principio della uniforme applicazione del diritto comunitario al settore concorrenziale.

Ai sensi dell'articolo 16, infatti, *“le giurisdizioni nazionali non possono adottare decisioni in contrasto con una precedente pronuncia della Commissione o con una decisione da essa contemplata in procedimenti avviati”*. A seguito del decentramento nell'applicazione delle regole della concorrenza rafforzato con il regolamento 1/03, viene ribadito il ruolo centrale della Commissione nell'indirizzo della politica della concorrenza⁴⁰⁶.

Infatti, sono vincolanti per i giudici, come per le Autorità nazionali, le decisioni di constatazione ed eliminazione delle infrazioni ai sensi dell'articolo 7 del regolamento 1/03, di inapplicabilità degli articoli 81 e 82 TCE di cui all'articolo 10 nonché cautelari ex articolo 8. In tale ultimo caso al giudice nazionale sarà perciò precluso pronunciarsi in modo non conforme a tali decisioni per il periodo di applicazione delle stesse⁴⁰⁷.

È bene ricordare che, invece, le decisioni con impegni, vale a dire quelle decisioni che, senza accertare l'esistenza di un'infrazione, rendono vincolanti gli impegni presentati

⁴⁰⁵ Sentenze della Corte di Giustizia del 28 febbraio 1991, *Delimitis c. Henninger Braeu Ag.*, causa C-234/89, in *Racc.*, p. I-935 e del 14 dicembre 2000, *Masterfoods Ltd c. HB Ice Cream Ltd*, causa C-344/98, in *Racc.*, 2000, p. I-11369.

⁴⁰⁶ In particolare, ai sensi della sentenza *Masterfoods*, cit., punto 49, *“l'obbligo imposto agli Stati membri dall'articolo 5 (ora 10) del trattato di adottare tutti i provvedimenti generali o particolari, atti a garantire l'adempimento degli obblighi derivanti dal diritto comunitario e di astenersi dall'adottare i provvedimenti che possono mettere in pericolo la realizzazione degli scopi del trattato, vale per tutti gli organi degli Stati membri, ivi compresi, nell'ambito di loro competenza, gli organi giurisdizionali”* (in tal senso anche sentenza della Corte di Giustizia del 17 dicembre 1998, C-2/97, *IP*, in *Racc.*, p. I – 8597, punto 26).

⁴⁰⁷ Si potrebbe eventualmente prospettare tuttavia l'opportunità di sospendere il procedimento nazionale in attesa dell'adozione della decisione di merito da parte della Commissione.

dalle parti, non sono vincolanti per il giudice, proprio perché non contengono un accertamento, come confermato dal considerando 13 dello stesso regolamento⁴⁰⁸. È stato ritenuto che tale norma debba essere intesa nel senso che il giudice possa valutare nel merito il rispetto degli impegni assunti da parte delle imprese accertando eventualmente la violazione delle norme comunitarie *antitrust* qualora le imprese non si siano attenute agli impegni stessi⁴⁰⁹. Considerazioni analoghe possono svolgersi anche per il caso in cui la Commissione abbia, ai sensi dell'articolo 7, imposto alle imprese dei rimedi comportamentali o strutturali allo scopo di porre fine all'infrazione.

Pertanto, un giudice nazionale può applicare il diritto comunitario della concorrenza a un accordo che pregiudica gli scambi commerciali tra Stati membri contemporaneamente alla Commissione (e quindi in assenza di una sua decisione sul caso), o successivamente ad essa (e quindi in presenza di una sua decisione). Nel primo caso, al fine di evitare che il giudice nazionale si pronunci in contrasto con una decisione contemplata dalla Commissione, la giurisdizione nazionale potrà chiedere alla Commissione se ha avviato un procedimento in relazione ai medesimi accordi o se questo è ancora in corso e se sia probabile che vi sarà una decisione in merito⁴¹⁰. Inoltre, *“le giurisdizioni nazionali possono valutare se sia necessario o meno sospendere i procedimenti davanti ad esse pendenti sul medesimo caso”*⁴¹¹. Il giudice

⁴⁰⁸ Il considerando 13 del regolamento 1/03 indica che *“le decisioni concernenti gli impegni non pregiudicano la facoltà delle [...] giurisdizioni degli Stati membri”* di accertare se sussista o perduri un'infrazione e di prendere una decisione.

⁴⁰⁹ Vedi Pace. L.F., *I fondamenti ...*, op. cit., p. 309, secondo il quale le giurisdizioni nazionali potranno accertare la presenza di una violazione per il periodo precedente a quello di adozione della decisione ex articolo 9.

⁴¹⁰ Vedi la sentenza *Delimitis*, dove la Corte afferma che *“il giudice ha sempre la possibilità, nei limiti del diritto nazionale processuale applicabile e fatto salvo l'articolo 214 del trattato, di informarsi presso la Commissione sullo stato del procedimento che detta istituzione abbia eventualmente iniziato e sulla probabilità che la stessa si pronunci ufficialmente sul contratto controverso in applicazione del regolamento 17. Il giudice a quo può nelle medesime condizioni contattare la Commissione qualora l'applicazione concreta dell'articolo 85, paragrafo 1, o dell'articolo 86 sollevi particolari difficoltà al fine di ottenere i dati economici e giuridici che detta istituzione è in grado di fornirgli. La Commissione è, in effetti, in forza dell'articolo 5 del trattato tenuta ad un obbligo di leale collaborazione con le autorità giudiziarie degli Stati membri incaricate di vigilare sull'applicazione e sul rispetto del diritto comunitario nell'ordinamento giuridico nazionale (vedi anche ordinanza del 13 luglio 1990, Zwartveld, C-2/88, in Racc., p. I-3365 punto 18). Infine, in ogni caso, il giudice può sospendere il procedimento per sottoporre alla Corte una questione pregiudiziale ai sensi dell'articolo 177 del Trattato”*. Vedi conformemente anche sentenza della Corte di Giustizia, *Hendrik Evert Dijkstra c. Friesland (Frico Domo) Cooperatie Ba e altri*, C-319/93, C-40/94, C-224/94, in Racc., 1995, p. I-4471.

⁴¹¹ Vedi sentenza della Corte d'Appello di Parigi del 12 settembre 2004, *Peugeot*, primo caso di applicazione del reg. 1/03 in Francia. Si tratta di un caso relativo al settore della distribuzione di veicoli; la Corte si pronuncia su una decisione del *Conseil de la Concurrence* di non luogo a procedere adottata prima dell'entrata in vigore del reg. 1/03 ed avente effetti sul solo mercato nazionale. Nonostante la

nazionale può perciò, per motivi di certezza del diritto, sospendere il proprio procedimento finché la Commissione non abbia deliberato sul caso.

Nel secondo caso, qualora, in presenza di una decisione della Commissione, il giudice ritenga che tale pronuncia, alla quale è fatto obbligo di conformarsi, sia illegittima o violi il diritto comunitario, il giudice potrà sollevare la questione innanzi alla Corte di Giustizia in sede di rinvio ex articolo 234 TCE⁴¹². Oppure, nel caso in cui la decisione della Commissione sia a sua volta oggetto di ricorso innanzi al Tribunale di primo grado, il giudice può valutare l'opportunità di sospendere il giudizio, sino alla pronuncia di una sentenza definitiva. In questi casi, in attesa della pronuncia degli organi giurisdizionali comunitari, il giudice può eventualmente adottare misure provvisorie a salvaguarda delle posizioni giuridiche dei singoli.

La Commissione invece non è vincolata da una decisione emessa dal giudice nazionale in forza degli articoli 81 e 82 TCE e quindi ha il potere in qualsiasi momento di adottare una decisione su casi individuali in contrasto con i precedenti nazionali.

3.1.1. La sospensione dei procedimenti da parte delle giurisdizioni nazionali

Commissione avvii l'istruttoria contro *Peugeot* in relazione a fatti che si svolgono sul mercato tedesco e olandese, la Corte d'Appello rifiuta di sospendere il procedimento non solo sulla considerazione che gli elementi caratterizzanti la fattispecie in esame in Francia fossero diversi rispetto a quelli del caso all'esame della Commissione e avente effetti in Germania e Paesi Bassi, ma anche in applicazione dell'articolo 16, paragrafo 1 del reg. 1/03. In sostanza, come afferma la sentenza *Masterfoods*, spetta al giudice nazionale la valutazione sulla sospensione del procedimento e sulla decisione da adottare nel caso specifico, salva la proposizione di una questione pregiudiziale alla Corte di Giustizia per l'adozione di una decisione in contrasto con quella della Commissione sul medesimo caso. È stato osservato (Vedi *Idiot, The Application of EC Competition Rules by National Courts, Remarks by a French Academic*, in Eu Commission/IBA Conference - *Antitrust Reforme in Europe: a Year in Practice*, Bruxelles, 10/11 marzo 2005, in www.competition/europa.eu.int) come il richiamo all'articolo 16, paragrafo 1, sia risultato piuttosto irrilevante nonostante il principio dell'uniforme applicazione del diritto comunitario della concorrenza sia stato correttamente fatto valere. Quando la Corte d'Appello di Parigi è chiamata a pronunciarsi sulle decisioni del *Conseil de la Concurrence* non interviene quale corte ordinaria in un sistema di competenze parallele, ma bensì come autorità specializzata. Nel nuovo sistema delle competenze posto in essere del reg., l'allocatione dei casi si realizza in prima battuta all'interno del network, dove l'articolo 9, paragrafo 3 attribuisce un ruolo centrale alla Commissione. Nello stesso ordine di idee sembra porsi la Corte di Giustizia nella sentenza del 31 maggio 2005, *Glaxo*, C-53/03.

⁴¹² È bene ricordare che per le giurisdizioni superiori "avverso le cui decisioni non possa proporsi un ricorso giurisdizionale di diritto interno", in caso di incertezza interpretativa sul diritto comunitario, l'articolo 234 TCE pone l'obbligo di rivolgersi alla Corte di Giustizia.

Come anzidetto, l'articolo 16 del regolamento 1/03 prevede, ai fini della certezza del diritto, la possibilità che i giudici nazionali sospendano il giudizio in corso, qualora analoga fattispecie sia oggetto di valutazione da parte della Commissione. Come si ricorderà l'avvio del procedimento da parte della Commissione priva le Autorità nazionali della competenza ad intervenire su un caso analogo. Nei confronti dei giudici, l'effetto dell'avvio del procedimento da parte della Commissione sulle giurisdizioni nazionali è, dunque, diverso dando luogo soltanto alla possibilità e non all'obbligo di sospensione. In altri termini, il regolamento 1/03 esclude lo svolgimento di procedimenti paralleli da parte della Commissione e delle Autorità nazionali in seno alla rete e fondati sulla applicazione della normativa *antitrust* comunitaria, mentre ammette lo svolgimento di procedimenti paralleli tra Commissione e giudici. Ciò è da porsi in stretta connessione con la circostanza che l'intervento dei giudici è finalizzato a garantire i diritti dei singoli, ponendosi in termini di complementarietà e non di alternatività con quello della Commissione.

È evidente, tuttavia, che, al fine di evitare contrasti tra le decisioni, il regolamento incentiva e introduce lo strumento della sospensione dei procedimenti da parte dei giudici, con significative interferenze nelle regole procedurali accolte nei diversi Stati membri.

La sospensione è, infatti, funzionale a garantire l'obbligo da parte dei giudici di non assumere decisioni contrastanti con quelle che sono in via di adozione da parte della Commissione in un procedimento avente ad oggetto la stessa fattispecie. In senso contrario, è agevole richiamare che la sospensione ritarda il soddisfacimento dell'esigenza di tutela che proprio con l'azione giudiziaria si intende far valere⁴¹³. La sospensione può quindi essere superflua quando il giudizio verta su fatti la cui valutazione si inserisce in una giurisprudenza consolidata e pertanto sia ragionevole anticipare la decisione della Commissione⁴¹⁴.

La facoltà dei giudici di sospendere il giudizio in caso di procedimenti pendenti innanzi alla Commissione può anche non essere di agevole applicazione. Al riguardo, nel nostro ordinamento l'articolo 296 del cod. proc. civ., prevede che *“il giudice istruttore, su*

⁴¹³ Scuffi M., *I riflessi ordinamentali ...*, op. cit., p. 125.

⁴¹⁴ Già con la sentenza del 30 gennaio 1974, *Belgische Radio en Televisie c. Sv Sabam e Nv Fonior*, C-127/73, in *Racc.*, 1974, p. 51, la Corte di Giustizia affermava che il giudice *“proseguirà di regola il procedimento qualora ritenga che, manifestamente, [...] non sussistano dubbi circa l'incompatibilità del comportamento in questione con l'articolo 86”*.

istanza di tutte le parti, può disporre che il processo rimanga sospeso per un periodo non superiore ai quattro mesi". In ogni caso, a fronte di un'eventuale giudizio, la Commissione dovrà fare il possibile per *"dare la precedenza ai casi per i quali ha deciso di avviare un procedimento [...] che sono oggetto di procedimenti nazionali rimasti di conseguenza sospesi, soprattutto quando ne dipenda l'esito di una controversia civile"*⁴¹⁵.

3.1.2. Il coordinamento *ex ante* tra giurisdizioni nazionali e Commissione europea: la trasmissione di informazioni dalla Commissione a richiesta della giurisdizione nazionale

Nonostante, come anticipato, i giudici nazionali non facciano parte di quella rete che caratterizza, con vincoli operativi ben più incisivi, i rapporti tra la Commissione e le Autorità nazionali⁴¹⁶, tuttavia, *"l'applicazione coerente delle regole di concorrenza richiede l'istituzione di meccanismi di cooperazione tra la Commissione e gli Stati membri"*⁴¹⁷.

Il regolamento dedica all'articolo 15 l'individuazione delle modalità in cui si sviluppa tale collaborazione, mediante scambio di informazioni e forme di consultazione. La Commissione è, infatti, tenuta a fornire assistenza alle giurisdizioni nazionali che ne facciano richiesta per iscritto, attraverso la trasmissione di informazioni o documenti, sempre che essi possano garantire un'adeguata tutela delle informazioni coperte da riservatezza⁴¹⁸, sia la formulazione di un parere in merito a questioni relative

⁴¹⁵ Comunicazione della Commissione sulla cooperazione tra la Commissione e i giudici nazionali, *cit.*, punto 12.

⁴¹⁶ Infatti, la cooperazione che sottende al rapporto tra la Commissione e le Autorità nazionali ex articolo 11, paragrafo 1, del regolamento 1/03, riguarda esclusivamente i rapporti interorganici del sistema amministrativo *antitrust* TCE e si sostanzia nel controllo vicendevole tra la Commissione e le autorità nazionali e, indirettamente, anche tra le stesse Autorità nazionali. Tale controllo non si estende alle giurisdizioni nazionali in conseguenza dell'autonomia riconosciuta alle stesse anche rispetto al sistema amministrativo *antitrust* CE. A tal riguardo, vedi Pace L. F., *I fondamenti del diritto antitrust europeo*, Milano, Giuffrè, 2005, p. 483.

⁴¹⁷ Considerando 21 del regolamento 1/03.

⁴¹⁸ La Commissione si adopererà per rispondere entro un mese dalla data di ricevimento della richiesta. In relazione alle informazioni coperte dal segreto d'ufficio, ai paragrafi 23 e ss., la Commissione sottolinea che *"nel trasmettere informazioni alle giurisdizioni nazionali la Commissione deve garantire alle persone fisiche e giuridiche la tutela offerta dall'articolo 287 TCE. L'articolo 287 del trattato CE vieta ai membri, funzionari e altri agenti della Commissione di divulgare informazioni protette dal segreto d'ufficio. Le informazioni protette dal segreto d'ufficio possono essere sia informazioni riservate che*

all'applicazione delle regole di concorrenza comunitarie sempre su richiesta della giurisdizione nazionale relativamente a questioni economiche, pratiche e giuridiche.

Si tratta di un intervento in qualità di *amicus curiae* volto a tutelare l'interesse pubblico. La Commissione deve quindi mantenersi neutrale e indipendente rispetto alle parti in causa, comunicando all'autorità giurisdizionale nazionale qualsiasi contatto intercorso con una delle parti, anche se avvenuto prima dell'inizio del procedimento⁴¹⁹.

In relazione alla richiesta di informazioni, la Commissione precisa che *“una giurisdizione nazionale può chiedere alla Commissione di trasmetterle documenti in suo possesso o di comunicarle informazioni di natura procedurale per poter accertare se un determinato caso è all'esame della Commissione, se la Commissione ha avviato un procedimento o se abbia già preso posizione. Una giurisdizione nazionale può anche chiedere alla Commissione quando sarà presumibilmente presa una decisione, al fine di determinare le condizioni di un'eventuale decisione di sospensione del procedimento o se sia necessario adottare misure provvisorie”*⁴²⁰. Tali informazioni saranno rilasciate dalla Commissione entro un mese dalla richiesta. La Commissione può rifiutarsi di inviare le informazioni richieste solo nel caso in cui il giudice non offra idonee garanzie sulla circostanza che le informazioni riservate ricevano idonea tutela, nonché *“per preminenti motivi attinenti alla necessità di salvaguardare i suoi interessi o di evitare che siano compromessi il funzionamento e l'indipendenza della Comunità, in particolare, pregiudicando l'assolvimento dei compiti affidate”*⁴²¹.

È stato rilevato come la forma di cooperazione sopra richiamata può essere messa in collegamento con l'articolo 213 del cod. proc. civ., ove è previsto che *“il giudice può*

segreti commerciali. I segreti commerciali sono informazioni di cui non soltanto la divulgazione al pubblico, ma anche semplicemente la trasmissione ad un soggetto di diritto diverso da quello che ha fornito l'informazione può ledere gravemente gli interessi di quest'ultimo. [...] La giurisprudenza delle giurisdizioni comunitarie conferma che il dovere di leale collaborazione impone alla Commissione di comunicare alle giurisdizioni nazionali qualsiasi informazione da queste richiesta, anche se si tratta di informazioni protette dal segreto d'ufficio”, in ogni caso, in conformità all'articolo 287. Perciò è prevista una particolare procedura nell'invio delle informazioni riservate al giudice nazionale e in particolare, *“prima di trasmettere informazioni protette dal segreto d'ufficio ad una giurisdizione nazionale, la Commissione ricorderà che anche questa è tenuta, a norma del diritto comunitario, a tutelare i diritti conferiti dall'articolo 287 del trattato CE alle persone fisiche e giuridiche e le chiederà se sia in grado di e se voglia impegnarsi a garantire la tutela delle informazioni riservate e di quelle che costituiscono segreti commerciali. Se la giurisdizione nazionale non è in grado di assumere tale impegno, la Commissione non le trasmetterà informazioni protette dal segreto d'ufficio”*.

⁴¹⁹ Comunicazione della Commissione, *cit.*, par. 17 – 19.

⁴²⁰ Comunicazione della Commissione, *cit.*, paragrafo 21.

⁴²¹ Comunicazione della Commissione, *cit.*, paragrafo 26. In particolare, la Commissione non trasmetterà alle giurisdizioni nazionali le informazioni presentate volontariamente da un'impresa che abbia richiesto un trattamento favorevole senza il consenso di quest'ultima.

richiedere d'ufficio alla pubblica amministrazione le informazioni scritte relative ad atti e documenti dell'amministrazione stessa, che è necessario acquisire al processo".

Tuttavia, nel caso in esame l'autorità coinvolta sarebbe estranea all'ordinamento italiano e questa *"estraneità potrebbe superarsi solo in un'ottica già federalista dell'Unione europea, in cui l'ordinamento comunitario diventa parte di quello comunitario e pertanto la Commissione è organo anche italiano"*⁴²².

Per contro, indipendentemente dalle forme di cooperazione previste dal regolamento 1/03, si ha evidenza dell'iniziativa del giudice ex articolo 213 di richiedere documenti in possesso dell'AGCM in merito a procedimenti conclusi con provvedimento finale.

3.1.3. La formulazione di pareri da parte della Commissione a richiesta della giurisdizione nazionale

Oltre alla richiesta di informazioni, i giudici potranno richiedere alla Commissione pareri in merito a questioni relative all'applicazione delle regole di concorrenza comunitarie. Verosimilmente, fatta salva la facoltà di nomina di consulenti, tale facoltà potrà essere utile per gli aspetti di natura prevalentemente economica, non essendo prevalsa, la tesi di chi auspicava che nelle nostre corti giudicanti partecipassero collegi misti di giudici ed economisti⁴²³.

Infatti, la Commissione si limita a comunicare alla giurisdizione nazionale le informazioni pratiche o le precisazioni di natura economica - giuridica richieste, senza

⁴²² Frignani A., *La messa in opera delle norme antitrust comunitarie (il regolamento 1/2003 e i suoi riflessi nel diritto italiano)*, in *Il diritto industriale*, 2004, p. 457. Tuttavia, Scuffi M., *L'istruttoria nei giudizi antitrust*, cit., rileva che questo strumento è immediatamente fruibile da parte del giudice ordinario, stante anche l'uniformità dello stesso e richiama al riguardo sentenza della Corte di Appello di Milano, 7 marzo 2005, *Mail Express c. Poste Italiane*.

⁴²³ Vedi Tavassi M., *op. cit.*, Scuffi M., *op. cit.*, che evidenziamo come in alcuni giudizi potrebbe essere necessario *"approfondire e/o integrare sul piano probatorio le reciproche allegazioni con rilevazioni tecniche più pregnanti per pervenire ad una corretta decisione sulla esistenza e consistenza della fattispecie denunciata sub specie di intesa o di abuso di posizione dominante sul mercato. Le rilevazioni tecniche – che trascendono la mera logica giuridica – difficilmente sono ovviabili dall'esperienza del giudice che in genere non è in grado di formare il suo libero convincimento su analisi economiche e stime di mercato indispensabili per valutare la portata del fenomeno anticoncorrenziale e le sue ripercussioni sul mercato. Tra gli strumenti utilizzabili allo scopo, per conseguire un risultato giudiziario che non solo sia giudicially correct ma anche technically adequate, possono annoverarsi: le richieste di informazioni ed i pareri, le osservazioni e la consulenza tecnica".*

pronunciarsi nel merito della controversia sottoposta alla giurisdizione nazionale⁴²⁴. L'eventuale parere non è perciò giuridicamente vincolante per la giurisdizione nazionale e sarà trasmesso entro quattro mesi dalla data di ricevimento della richiesta e la giurisdizione nazionale ne terrà conto “*secondo le norme procedurali nazionali pertinenti, che devono essere conformi ai principi generali del diritto comunitario*”⁴²⁵. Sul tema merita sottolineare quella giurisprudenza comunitaria che sostiene che i pareri della Commissione, sebbene atti privi di forza obbligatoria, dimostrano come “*l'osservanza volontaria degli atti non vincolanti delle istituzioni sia un elemento essenziale nella realizzazione degli scopi del Trattato*”⁴²⁶. Nonostante ciò, tali atti offrono una tutela giurisdizionale limitata per le parti dei procedimenti nazionali. Infatti, queste ultime non possono ottenere un sindacato da parte del giudice comunitario sulla base dei pareri non vincolanti della Commissione a cui poi l'organo giurisdizionale nazionale si è adeguato.

3.1.4. La formulazione di osservazioni, d'ufficio, da parte della Commissione e l'obbligo di invio delle sentenze

A prescindere dall'iniziativa del giudice, la Commissione potrà formulare osservazioni scritte alle giurisdizioni nazionali qualora sia necessario ai fini dell'uniforme applicazione del diritto *antitrust* comunitario (articolo 15, paragrafo 3)⁴²⁷. La stessa

⁴²⁴ Come evidenzia Romano G., op. cit., p. 40, “*è importante che sia chiaro il confine tra gli strumenti di cooperazione fra giudici e Commissione e lo strumento principe di cooperazione tra giudici comunitari e nazionali, vale a dire lo strumento del rinvio pregiudiziale. Tale confine può essere rinvenuto tenendo presente che è soltanto la Corte CE ad avere l'ultima parola in merito all'interpretazione del diritto comunitario, mentre il ruolo della Commissione appare più funzionale a coadiuvare il giudice nell'analisi di tipo economico spesso essenziale nella fattispecie antitrust*”.

⁴²⁵ Comunicazione della Commissione, cit., paragrafo 10.

⁴²⁶ Vedi sentenza del Tribunale di primo grado del 13 dicembre 1990, *Nederlandse Associatie Van de Farmaceutische Industrie “Nefarma” e Bond Van Groothandelaren c. Commissione*, T-113/89, in *Racc.*, 1990, p. II-797, paragrafo 79. Sul sito della Commissione Europea sono pubblicati alcuni pareri della Commissione ai sensi dell'articolo 15, comma 1; fra cui, alcuni casi sottoposti all'esame della Commissione dalla Cour d'Appel de Bruxelles, 2004/MR/6, *Laurent Emond c. Brasserie Haacht*, 2004/MR/7, *Sabam c. Productions and Marketing*, 2004/MR/8, *Wallonie EXPO SA/FEBIAC asbl*.

⁴²⁷ Il regolamento precisa che la Commissione presenta osservazioni solo qualora ciò sia necessario ai fini dell'applicazione uniforme dell'articolo 81 o dell'articolo 82. Si tratta ancora una volta di un intervento a tutela dell'interesse pubblico, con la Commissione che si limita ad un'analisi economica e giuridica dei fatti su cui verte la causa pendente dinanzi alla giurisdizione nazionale. Il presupposto che giustifica l'emanazione di proprie osservazioni (“*l'applicazione uniforme dell'articolo 81 o dell'articolo 82*”) è diverso da quello che giustifica l'adozione di un parere (“*questioni relative all'applicazione delle regole*”).

autorità potrà anche presentare osservazioni orali ma soltanto previa autorizzazione della giurisdizione competente.

Per permettere alla Commissione di presentare osservazioni utili, le giurisdizioni nazionali possono essere invitate a trasmettere o a far trasmettere alla Commissione una copia dell'insieme dei documenti necessari alla valutazione del caso trattato anche proveniente da una parte interessata⁴²⁸. È stato detto che, in realtà, dall'obbligo di assistenza della Commissione di rilasciare il parere o le predette osservazioni, discende in senso inverso il dovere da parte del giudice di fornire alla Commissione tutte le informazioni e la documentazione necessaria a che la Commissione si possa esprimere. Insieme all'obbligo di cooperazione leale, che prevede che le giurisdizioni degli Stati membri possano essere tenute ad assistere la Commissione nell'adempimento dei suoi compiti, la trasparenza e l'efficacia dell'intervento *antitrust* richiedono che venga data reciproca informativa tutte le volte che entrano in operazione i meccanismi di cui all'articolo 15.

In tal contesto si inserisce l'obbligo degli Stati membri, e per essi, dei giudici nazionali, di *“trasmettere copia delle sentenze che applicano gli articoli 81 o 82 TCE alla Commissione. La sentenza è inviata senza indugio dopo che il testo integrale della sentenza scritta è stato notificato alle parti”* (articolo 15, paragrafo 2). Ciò consente via via la maggiore circolazione dei precedenti adottati in sede decentrata e la creazione di un diritto comune della concorrenza⁴²⁹. Inoltre, la trasmissione delle sentenze e delle

di concorrenza comunitarie”). Ciò potrebbe determinare una particolare efficacia persuasiva delle osservazioni. Pur trattandosi, infatti, di un atto non vincolante, l'autorità giurisdizionale, di fronte ad un intervento della Commissione determinato dal perseguimento del principio dell'applicazione uniforme del diritto comunitario, finirà per seguire tale orientamento onde evitare il rischio di una erronea applicazione del diritto comunitario.

⁴²⁸ Ai sensi della Comunicazione della Commissione sulla cooperazione con le giurisdizioni nazionali, *“poiché il regolamento non contiene disposizioni procedurali per la presentazione delle osservazioni, la procedura applicabile è determinata dalle norme e dalle prassi degli Stati membri in materia. Se uno Stato membro non ha ancora previsto una procedura applicabile al riguardo, spetta alla giurisdizione nazionale interessata determinare quali siano le regole procedurali da seguire per la presentazione di osservazioni nella causa pendente dinanzi ad essa”* (paragrafo 34). La procedura, perciò, *“a) deve essere compatibile con i principi generali del diritto comunitario, ed in particolare con i diritti fondamentali delle parti in causa; b) non deve rendere la presentazione di osservazioni eccessivamente difficile o praticamente impossibile (principio di efficacia) e c) non può rendere la presentazione di osservazioni in procedimenti giudiziari nei quali si applicano norme di diritto nazionale equivalenti (principio di equivalenza)”* (paragrafo 35).

⁴²⁹ Vedi Rimano G., op. cit., p. 43, secondo la quale il regolamento non prevede regole di procedura sulle modalità attraverso cui le forme di cooperazione sopra descritte, unitamente alla facoltà di sospensione dei procedimenti, si possano esplicare. Tuttavia, l'impatto del regolamento è tale per cui esso possa essere attuato anche senza una normativa interna di recepimento. In ogni caso, il regolamento, in attuazione della giurisprudenza comunitaria (sentenza *Delimitis*), fa salvo *“il rispetto dei limiti del diritto nazionale*

informazioni relative a procedimenti in corso dinnanzi alle giurisdizioni nazionali permette alla Commissione di essere tempestivamente informata in merito ai casi sui quali sarebbe opportuno che essa presentasse osservazioni qualora una delle parti ricorresse contro la sentenza⁴³⁰.

Infine, e solo per completezza, un cenno ad un'altra forma di cooperazione che può innescarsi tra la Commissione e i giudici nell'ambito dei procedimenti della Commissione in relazione all'attività ispettiva di quest'ultima. Nel caso di ispezione nei locali di un'impresa, gli ordinamenti nazionali possono richiedere che vi sia un'autorizzazione giudiziaria perché la pubblica autorità possa intervenire per aiutare la Commissione negli accertamenti a superare l'eventuale opposizione dell'impresa interessata. Per le ispezioni nei locali diversi da quelli delle imprese (ad esempio, domicilio dei dirigenti) l'ispezione della Commissione deve essere preceduta da un'autorizzazione giudiziaria preliminare. In entrambi i casi, il giudice deve prestare tutta la necessaria collaborazione affinché la Commissione possa svolgere i propri compiti istituzionali⁴³¹.

L'articolo 15, paragrafo 3, si inserisce perfettamente nel sistema di cui al regolamento 1/03, diretto, da una parte, ad una maggiore applicazione decentrata delle norme *antitrust*, dall'altra verso la creazione di istituti di controllo delle decisioni degli organi degli Stati membri. L'istituto è sostanzialmente diverso da quello previsto ex articolo 15, paragrafo 1, in quanto si configura come un penetrante mezzo di controllo delle sentenze delle giurisdizioni nazionali, sia quando la decisione del giudice sia ancora pendente, sia quando abbia acquisito forza di giudicato e pervenga a conclusioni in contrasto con il diritto *antitrust* CE. In questo caso la Commissione può aprire un procedimento di infrazione nei confronti dello Stato membro ex articolo 226 TCE.

processuale applicabile". L'autrice auspica misure nazionali di diritto processuale atte a colmare la lacuna nell'applicazione delle regole comunitarie della concorrenza da parte delle giurisdizioni nazionali.

⁴³⁰ Comunicazione della Commissione, *cit.*, punto 37.

⁴³¹ Comunicazione della Commissione, *cit.*, punto 38 e ss. Cfr. anche articolo 21 del regolamento 1/03 che ha ampliato i poteri di indagine della Commissione consentendole di reperire la documentazione di rilievo anche presso il domicilio dei dirigenti e dei collaboratori delle imprese, subordinandolo all'autorizzazione dell'autorità giudiziaria.

3.2. La cooperazione tra i giudici nazionali Autorità *antitrust* alla luce del Regolamento 1/03 e le proposte della Commissione nel Libro Bianco sulle azioni a risarcimento del danno

Ai sensi dell'articolo 15, paragrafo 3, le Autorità intervengono presentando osservazioni in merito a “*questioni relative all'applicazione degli articoli 81 o 82 TCE*”⁴³². L'interesse delle Autorità nazionali è evitare che lo Stato membro di appartenenza violi, tramite la sentenza di un “proprio” giudice, il diritto comunitario *antitrust*.

Il regolamento 1/03, in altre parole, ha voluto delegare alle Autorità nazionali il controllo della “correttezza” delle sentenze delle giurisdizioni nazionali del relativo Stato membro rispetto al diritto *antitrust* CE; e ciò con l'obiettivo di ridurre l'attività della Commissione e, in particolare, di focalizzare il ruolo della stessa di organo di tutela dell'applicazione uniforme del diritto *antitrust* CE.

L'individuazione di un intervento vincolante sull'attività della giurisdizione nazionale non è pertanto prevista nel regolamento 1/03 e incompatibile con l'indipendenza riconosciuta alla giurisdizione nazionale rispetto al potere esecutivo.

3.2.1. La proposta del Libro Bianco: gli effetti vincolanti per i giudici nazionali delle decisioni definitive di qualsiasi Autorità garante degli Stati membri e il loro valore probatorio inconfutabile con riferimento alla violazione

Il Libro Bianco suggerisce di prevedere, analogamente a quanto previsto per le decisioni della Commissione dall'articolo 16, paragrafo 1, del regolamento 1/03, che le decisioni di qualsiasi Autorità appartenente alla rete europea della concorrenza (o le sentenze delle corti che confermino, in sede di appello, le decisioni dell'Autorità o accertino esse stesse la violazione), che siano definitive (ossia inappellabili), siano vincolanti per i giudici nazionali. In tal modo, le decisioni definitive dell'Autorità acquisirebbero il carattere di prova inconfutabile della violazione *antitrust* i fini delle azioni per il

⁴³² La Commissione interviene, invece, in considerazione della competenza esclusiva di orientamento della politica della concorrenza, solo qualora sia necessario “*ai fini dell'applicazione uniforme degli articoli 81 o 82 TCE*”.

risarcimento del danno *antitrust* in qualsiasi Stato membro vincolando i giudici nazionali. Secondo la Commissione, tale proposta garantirebbe “*un’applicazione più coerente degli articoli 81 e 82 da parte dei diversi organismi nazionali ed aumenterebbe la certezza del diritto*”. In tal modo, verrebbe, infatti, accresciuta “*significativamente l’efficacia e l’efficienza procedurale delle azioni per il risarcimento dei danni causati da violazioni delle norme antitrust: se i convenuti possano mettere in dubbio la violazione degli articoli 81 e 82 stabilita in una decisione di un’Autorità nazionale per la concorrenza ed eventualmente confermata da una corte d’appello, i giudici dinanzi ai quali venga intentata un’azione per danni dovranno riesaminare i fatti e gli aspetti giuridici già oggetto di indagine e valutazione da parte di un’autorità pubblica specializzata (e di, una corte d’appello). Una tale duplicazione dell’analisi fattuale e giuridica determina considerevoli costi aggiuntivi, e una durata ed un’imponderabilità notevoli per l’azione di risarcimento danni intentata dalle vittime*”⁴³³.

La soluzione è stata criticata per varie ragioni.

Innanzitutto, in alcuni Stati membri, quali l’Italia, la vincolatività delle decisioni di un’autorità amministrativa, seppur indipendente, nei confronti del giudice nazionale sarebbe in contrasto con il principio costituzionale che sancisce la separazione tra poteri amministrativo e giudiziario.

Inoltre, la misura proposta sembra anche penalizzare eccessivamente i diritti di difesa del convenuto. Infatti, nel caso di azioni risarcitorie promosse dagli acquirenti indiretti (quali per esempio coloro che hanno denunciato il convenuto avanti all’Autorità garante o i consumatori finali), che possono quindi non essere parti del procedimento avanti all’Autorità nazionale⁴³⁴, il convenuto non sarebbe messo neanche una volta nella condizione di potersi difendere nei confronti di quell’acquirente indiretto con riferimento all’accertamento della violazione (e nei cui confronti vale tra l’altro la presunzione del trasferimento del danno per intero). In questo caso, non si tratterebbe di evitare una mera duplicazione di analisi degli elementi di diritto e di fatto, che

⁴³³ Vd. Libro Bianco, paragrafo 2.3.

⁴³⁴ Tra le condizioni per l’effetto vincolante sarebbe prevista quella in base alla quale si deve trattare allo stesso modo quei soggetti in relazione alle stesse condotte per le quali la decisione ha accertato la violazione. Non è invece necessaria l’identità di tutte le parti del giudizio civile con quelle del procedimento amministrativo poiché gli attori nel giudizio civile possono non essere una parte del procedimento amministrativo.

comporterebbe una dilatazione dei tempi del giudizio e maggiori costi, ma di una vera e propria violazione dei diritti di difesa del convenuto, in aperto contrasto con l'articolo 6 (diritto ad un equo processo) della Convenzione Europea per la Salvaguardia dei Diritti dell'Uomo e delle Libertà Fondamentali.

Anche la proposta di prevedere la possibilità di introdurre un'eccezione simile a quella prevista con riferimento all'ordine pubblico dall'articolo 34, paragrafo 1, del regolamento 44/01, che consenta al giudice di non essere vincolato nel caso in cui non siano stati rispettati i diritti di difesa del convenuto, è apprezzabile, ma rischia di prestarsi a difficoltà pratiche che non possono che portare a quell'allungamento dei tempi (e dei costi) del giudizio che la Commissione vuole tanto evitare⁴³⁵.

In secondo luogo, posto che il *public* e il *private enforcement* si caratterizzano per una intima diversità di obiettivi e finalità che si riflette, tra l'altro, sull'intensità dei poteri a disposizione delle Autorità e dei giudici, sulle modalità concrete di intervento e sui tempi dell'azione, non è affatto improbabile che si verificano casi per loro natura complessi nei quali un'Autorità si limiti a provare l'esistenza della violazione nel suo insieme senza soffermarsi su singoli episodi pervenendo così a provvedimenti contenenti errori di fatto che non sarebbero oggetto del controllo giurisdizionale in caso di impugnazione del provvedimento stesso ma che potrebbero essere decisivi per il convenuto in sede di un giudizio civile di risarcimento del danno *antitrust*⁴³⁶. Questi

⁴³⁵ In particolare, sul tema vedi Lenaerts K., Gerard D., *Decentralisation of EC Competition Law Enforcement: Judges in the Frontline*, in *World Competition*, 27(3) 2004, p. 313 e ss. Il regolamento 44/01 rappresenta la normativa di riferimento per definire la competenza giurisdizionale, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale (e quindi anche in materia *antitrust*) dei giudici nazionali. Per definire la competenza territoriale, il reg. 44/01 fa riferimento al criterio del domicilio del convenuto. In aggiunta, qualora la questione verta in materia di responsabilità contrattuale competente è il giudice del luogo di adempimento dell'obbligazione contrattuale; qualora invece la questione riguardi responsabilità extracontrattuale, il giudice competente è il giudice del luogo in cui l'evento si è verificato o avrebbe potuto verificarsi. L'Autore sottolinea come tali concetti non siano facilmente individuabili nei casi in cui gli accordi abbiano un'estensione sul mercato europeo in quanto relativi a soggetti sparsi sul territorio comunitario e sicuramente non sufficienti a prevenire il c.d. forum shopping o procedimenti paralleli. L'altro aspetto regolato dal regolamento 44/01 riguarda il duplicarsi delle decisioni e più da vicino la questione esaminata nel presente paragrafo. Infatti tale regolamento stabilisce la regola per cui le giurisdizioni degli Stati membri devono riconoscere le pronunce di giudici di altri Stati membri senza che occorra una procedura speciale eccetto "*if such recognition is manifestly contrary to the public policy in a Member State in which the recognition is sought*". La Corte di Giustizia si è pronunciata varie volte sul concetto di *ordre public* (vedi C-430/93, *Van Schijndel*, in *Racc.*, I – 4705, 1995; C 126-97, *Eco Swiss*, in *Racc.*, I-3055, 1999) ai sensi del quale una corte nazionale può negare il riconoscimento di una pronuncia dell'autorità giudiziaria di un altro Stato membro .

⁴³⁶ Le corti nazionali, nell'applicare gli articoli 81 e 82 del Trattato, svolgono una funzione specifica intimamente "*diversa dall'applicazione fattane nell'interesse pubblico dalla Commissione o dalle autorità nazionali garanti della concorrenza*". Si veda sentenza Causa T-24/90, *Automec*, in *Racc.* 1992, II-2223,

errori potrebbero non essere mai passati al vaglio del giudice di appello perché, per esempio, sono irrilevanti ai fini della sua pronuncia o semplicemente perché il giudice stesso potrebbe non avere sufficienti risorse o tempo per effettuare un esame approfondito del caso. Non va, inoltre, dimenticato che in molti Stati membri il giudice del riesame deve limitare la propria valutazione alle questioni di legittimità e che, pertanto, anche in tal caso, argomenti che potrebbero essere decisivi nel merito per il convenuto non sarebbero oggetto della pronuncia del giudice d'appello e questi argomenti non potrebbero essere fatti valere dal convenuto avanti al giudice civile. Conseguentemente, le giurisdizioni nazionali potrebbero essere l'unica sede in cui i convenuti hanno l'opportunità di sviluppare al meglio le proprie difese e di limitare l'ambito delle proprie responsabilità⁴³⁷.

Inoltre, la proposta porta con sé anche alcune contraddizioni rispetto agli obiettivi che la Commissione intende con essa perseguire. La vincolatività per il giudice delle decisioni delle Autorità potrebbe determinare un effetto opposto a quello di assicurare l'uniformità di giudizi e maggiore certezza del diritto. Si pensi, *mutatis mutandis*, al caso *Devenish Nutrition Ltd. c. Sanofi-Aventis SA*⁴³⁸ in cui il giudice inglese, tra le varie argomentazioni utilizzate per escludere il riconoscimento degli *exemplary damages*, ha sottolineato che una decisione del giudice che avesse accordato i danni esemplari sarebbe stata in contrasto con l'obbligo dei giudici di non andare contro le decisioni della Commissione previsto dall'articolo 16 del regolamento 1/03 in quanto avrebbe voluto significare che il giudice nazionale riteneva in quel caso insufficienti le sanzioni imposte dalla Commissione.

Inoltre, se questa soluzione, come sottolinea la Commissione, mira anche ad ottenere la definizione del giudizio in tempi più brevi e, conseguentemente, a costi minori, ci si chiede se questo risultato sarebbe veramente raggiunto nella pratica posto che si deve

punto 85. Recentemente, in un'occasione pubblica, il giudice del Tribunale di Primo Grado, John Cook ha al riguardo affermato, citando il caso *Mars c. Unilever*, oggetto di due contrastanti decisioni, rispettivamente del giudice Irlandese e della Commissione Europea: "*The Irish Court was concentrating on who was right and wrong. The Commission was looking at exactly the same case but it looked at the equilibrium in the market. It is not who is right or wrong but is this conduct to be tolerated or curtailed?*".

⁴³⁷ Si veda al riguardo, Siragusa M., D'Ostuni M., "A Reflection on Some Private Antitrust Enforcement Issues", e Waelbroeck D., Slater D., "The Commission's Green Paper on Private Enforcement: "Americanization" of EC Competition Law Enforcement", in *European Competition Law Annual 2006: Enforcement of Prohibition of Cartels*, Hart Publishing, Oxford.

⁴³⁸ *Devenish Nutrition Ltd. c. Sanofi-Aventis SA* [2007] EWHC 2394 (Ch).

comunque (e in tal se o giustamente) trattare di decisioni definitive⁴³⁹. Si pensi, per esempio, alla situazione italiana e all'ipotesi in cui una decisione dell'AGCM sia stata impugnata nei termini di legge sia davanti al Tribunale Regionale Amministrativo del Lazio sia avanti al Consiglio di Stato. Per poter considerare definitiva questa decisione, occorre che la sentenza del Consiglio di Stato sia passata in giudicato e ciò si verifica soltanto decorso il termine per la revocazione che è di un anno dalla pubblicazione della sentenza, nel caso in cui la stessa, come normalmente avviene, non sia stata notificata. Se si considera che la durata complessiva media di un giudizio amministrativo avanti ad entrambi i gradi di appello è pari a circa due anni, ciò significa che devono passare almeno tre anni prima di considerare definitiva una decisione dell'AGCM che sia stata impugnata nei termini di legge in tutti i gradi del giudizio. Se poi viene avviato il procedimento per revocazione, i tempi (e quindi i costi) sarebbero ancora più lunghi.

Alla luce delle considerazioni che precedono, sembrerebbe più utile, anche nell'ottica di assicurare coerenza e uniformità, che la vincolatività (o meglio il valore autoritativo) delle decisioni delle Autorità nazionali appartenenti alla rete non sia imposta per legge ma piuttosto consigliata attraverso strumenti di *soft-law*. Si potrebbe cioè raccomandare ai giudici nazionali di prendere in seria considerazione le decisioni delle Autorità di tutti gli Stati membri. Al riguardo, è condivisibile l'approccio dell'*Office of Fair Trading* inglese che si limita ad auspicare che i giudici nazionali "*have regard*" alle decisioni delle autorità britanniche preposte alla concorrenza e precisa che "*have regard to*" significa "*give serious consideration to*" e non che "*the court is bound*"⁴⁴⁰. Con gli strumenti di *soft-law*, si potrebbero anche fornire ai giudici delle linee guida sulla base dei precedenti delle varie autorità *antitrust*, per aiutarli, per esempio, ad affrontare i casi più complessi.

D'altronde, ciò è quello che già si verifica nell'esperienza pratica, le decisioni delle Autorità hanno già un innegabile valore probatorio per i giudici chiamati a pronunciarsi nelle cause di risarcimento del danno *antitrust*. Essi considerano normalmente i fatti descritti in queste decisioni come provati a meno che il convenuto non sia in grado di

⁴³⁹ Le decisioni delle Autorità garanti della concorrenza, come precisa la Commissione nel Libro Bianco (paragrafo 2.3) "*sono considerate definitive quando non possono più essere impuginate; ossia se non è stato presentato ricorso entro i termini applicabili e le decisioni sono pertanto state accettate dai destinatari, ovvero se le decisioni sono state confermate dalle competenti corti d'appello*".

⁴⁴⁰ Si veda al riguardo Pardolesi R., *La quantificazione del danno antitrust*, in *Quaderni del Dipartimento di Scienze Giuridiche*, Università degli Studi di Trento, n. 66, 2007.

confutarli⁴⁴¹. Ed è anche normale che sia così, vista la natura di organo tecnico altamente qualificato che l'Autorità *antitrust* riveste.

La soluzione della Commissione su questo punto non sembra pertanto fornire alcun vero valore aggiunto sul tema in discussione ma introdurrebbe invece un elemento di rigidità che porta con sé più problemi che opportunità.

È stato auspicato che se la Commissione volesse insistere sullo strumento legislativo *forte*, allora, avrebbe potuto pensare a codificare una soluzione simile a quella che in giurisprudenza si applica in materia di consulenza tecnica d'ufficio⁴⁴². Infatti, la valutazione tecnica del consulente tecnico d'ufficio non è vincolante, ma qualora il giudice intenda discostarsene quanto al merito strettamente tecnico delle valutazioni dovrà farlo sulla base di una motivazione esente da vizi logici.

Si potrebbe quindi prevedere per legge un vincolo di motivazione simile con riguardo alle decisioni delle Autorità *antitrust*, visto che, attualmente, in mancanza di una legge, non si applicherebbe ad esse il medesimo principio che si applica con riferimento ai consulenti tecnici d'ufficio. Questa soluzione avrebbe forse il pregio di enfatizzare il carattere di organo tecnico qualificato delle Autorità della concorrenza senza però confonderne il ruolo e la funzione con quelli che sono propri dei giudice.

Inoltre, le Autorità garanti della concorrenza degli Stati membri possono, agendo d'ufficio, presentare osservazioni scritte alle giurisdizioni nazionali dei rispettivi Stati

⁴⁴¹ Nei casi *follow-on* decisi, fino a questo momento, in Italia, si è quasi sempre registrata un'adesione dei giudici di merito pressoché totale alle conclusioni di volta in volta elaborate dall'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato nelle relative istruttorie e conclusioni. Vedi, ad esempio, la Sentenza del Consiglio di Stato del 9 marzo 2004, n. 926, *Pellegrini – Consip*. In tale pronuncia, il Consiglio di Stato ravvisa nel reg. 1/03 indice di necessaria armonizzazione tra le istanze giurisdizionali degli Stati membri nel sindacato sui profili *antitrust*. Il giudice osserva infatti che, nonostante la qualificazione come esclusiva della giurisdizione del giudice amministrativa, questa resta una giurisdizione che agisce quale “istanza di ricorso” secondo la definizione di cui al reg. 1/03. Ciò vuol dire che al giudice amministrativo spetta di verificare *ex post* l'operato dell'Autorità e in tale controllo il giudice non incontra alcun limite nella verifica del corretto esercizio del potere da parte dell'Autorità *antitrust*. “In una prospettiva di armonizzazione del sistema comunitario (oggi imposta dal processo di applicazione decentrata del diritto comunitario della concorrenza, avviato dal reg. 1/03), appare preferibile raffrontare non gli istituti e le terminologie (“sindacato debole” o “forte”) ma comparare i modi attraverso cui i problemi vengono risolti”. Le modalità con cui viene esercitato dal giudice amministrativo il potere di controllo sugli atti dell'AGCM appaiono simili a quelle adottate dal giudice comunitario, limitata alla verifica dell'osservanza delle norme di procedura e di motivazione, nonché all'esattezza materiale dei fatti, dell'insussistenza d'errore manifesto di valutazione e di sviamento di potere. Ciò che rileva è “l'esercizio di un sindacato tendente ad un modello comune a livello comunitario, in cui il principio di effettività della tutela giurisdizionale sia coniugato con la specificità delle controversie, in cui è attribuito al giudice il compito non di esercitare un potere in materia *antitrust*, ma di verificare se il potere a tal fine attribuito all'Autorità *antitrust* sia stato correttamente esercitato.”

⁴⁴² Tardella E., *op. cit.*, p. 24.

membri in merito a questioni relative all'applicazione dell'articolo 81 o dell'articolo 82 TCE. Previa autorizzazione della giurisdizione competente, esse possono inoltre presentare osservazioni orali alle giurisdizioni nazionali dei rispettivi Stati membri. Esclusivamente ai fini della preparazione delle rispettive osservazioni, le Autorità degli Stati membri possono chiedere alla competente giurisdizione di trasmettere o di garantire che vengano loro trasmessi i documenti necessari alla valutazione del caso trattato solo qualora sia necessario i fini dell'applicazione uniforme degli articoli 81 e 82 TCE⁴⁴³.

3.2.2. Le considerazioni della Corte di Cassazione sulla vincolatività delle decisioni dell'AGCM e delle Autorità di altri Stati membri nei confronti del giudice italiano

In relazione alle decisioni assunte dalle Autorità nazionali e la loro vincolatività nei confronti dei giudici nazionali, la Corte di Cassazione ha evidenziato come, sotto vari punti di vista, tale previsione non possa trovare applicazione nel nostro ordinamento. Infatti, l'accertamento cui è chiamata l'Autorità è diverso, seppur complementare, rispetto a quello che è chiamato a compiere il giudice del giudizio fra soggetti privati in relazione allo scopo. Le Autorità nazionali, infatti, agiscono nell'ottica della tutela della concorrenza sul mercato, mentre il giudice del *private enforcement* deve verificare se quel certo comportamento abbia violato la normativa (nazionale e/o comunitaria) in materia di concorrenza nell'ottica del pregiudizio subito dal singolo o dal gruppo che agisce per ottenere il risarcimento del danno⁴⁴⁴.

⁴⁴³ Il regolamento 1/03 non prevede espressamente la possibilità che le autorità giurisdizionali richiedano l'intervento delle autorità garanti della concorrenza nazionali per fornire informazioni o pareri, ma è espressamente previsto dall'articolo 15, paragrafo 4 che la normativa degli Stati membri possa conferire a tali autorità i più ampi poteri di presentare osservazioni. Tale espressione deve ritenersi comprensiva anche delle forme di intervento che l'articolo 15 definisce tecnicamente come pareri o informazioni.

⁴⁴⁴ Sul punto per diritto italiano v. TAR Lazio, Sez. 1, sentenza n. 3861 del 5/5/2003, *Soc. Fondiaria Industriale Romagna c. AGCM* "i poteri di cui alla legge n. 287 del 1990 cit. sono preordinati esclusivamente alla tutela oggettiva del diritto di iniziativa economica nell'ambito del libero mercato e non alla garanzia di posizioni, individuali o associate di soggetti fruitori del mercato, ... tutti i soggetti diversi da quelli direttamente incisi, quindi, sono da ritenere titolari di un mero interesse indifferenziato rispetto alla posizione di pretesa della generalità dei cittadini a che le autorità preposte alla repressione dei comportamenti illeciti esercitino correttamente e tempestivamente i poteri loro conferiti a tale specifico fine".

Inoltre, in materia di intese o pratiche concordate, le Autorità nazionali si limitano spesso ad accertare l'oggetto del comportamento, per verificare se sia o meno idoneo a falsare il gioco della concorrenza sul mercato o su una parte rilevante, mentre il giudice è chiamato a verificare gli effetti di quel comportamento. In particolare, in tema di abuso di posizione dominante, potrebbe riaprirsi l'istruttoria sulla posizione di dominio o sull'abuso, affermando che il mercato geografico e/o il mercato del prodotto sono diversi rispetto a quello considerato nel provvedimento dell'Autorità nazionale. Si pone, inoltre, il quesito se, nel caso di provvedimento di un'Autorità garante di uno Stato membro, possa sostenersi da parte del giudice nazionale di altro Stato che la violazione, sia pure di rilevanza comunitaria, non coinvolge quest'ultimo Stato, oppure si atteggia in modo diverso nell'ambito di detto Stato.

Infine, con riferimento ai rapporti fra decisione dell'AGCM e *private enforcement*, la Corte sostiene che nell'ambito dello scenario italiano, si deve rilevare, da un lato, che la quasi totalità dei procedimenti davanti ai giudici italiani, ha inizio con una richiesta di misura cautelare (che quindi mal tollera possibili sospensioni in attesa della decisione dell'Autorità nazionale), dall'altro, che il sistema della possibile definitività del provvedimento cautelare di carattere anticipatorio potrebbe finire con il radicare una decisione da parte del giudice del procedimento cautelare che potrebbe porsi in contrasto con un accertamento dell'AGCM di segno opposto che dovesse intervenire in un secondo tempo. Diversamente, per quanto concerne le decisioni delle Autorità *antitrust* di altri Stati membri e le sentenze pronunciate in sede d'impugnazione, lo Stato

membro avrà comunque la possibilità di invocare la clausola dell'ordine pubblico processuale, escludendo il carattere vincolante della decisione o della sentenza straniera quando non sia stato rispettato il principio del contraddittorio e il diritto di difesa.

Pertanto, la Corte di Cassazione, così come il Governo Italiano, nella risposta alla consultazione pubblica sul Libro Bianco alla Commissione⁴⁴⁵, ritiene che *“il fine di perseguire una certa omogeneità di valutazioni tra Autorità nazionali e giudici potrebbe essere raggiunto prevedendo che le decisioni delle Autorità nazionali, una volta divenute definitive, determinino in sede di giudizio civile un'inversione dell'onere della prova a favore del danneggiato, sulla correttezza e veridicità dei fatti allegati e*

⁴⁴⁵ Documento di risposta alla consultazione pubblica alla Commissione, *cit.*, paragrafo 2.3.

sulla loro quantificazione giuridica che comunque possa essere superata dal giudice sulla base degli elementi adottati dai contro interessati”⁴⁴⁶.

3.2.3. Il rapporto tra i procedimenti giurisdizionali ordinari e i procedimenti dell’AGCM

Nel nostro ordinamento, l’AGCM costituisce il naturale interlocutore dei giudici ordinari, sia con riferimento all’applicazione della normativa *antitrust* nazionale che di quella comunitaria, ciò per la “*sempre più stretta collaborazione tra Authority e Commissione nell’applicazione degli articoli 81 e 82 TCE, eventualmente in combinazione con le norme interne in materia di concorrenza*”⁴⁴⁷.

Il dialogo tra giudici e AGCM è spesso indiretto perché attuato, nel corso del procedimento civile, attraverso la produzione in atti, da parte delle imprese interessate, della documentazione del procedimento innanzi all’AGCM. Tale dialettica può essere anche diretta sia attraverso l’articolo 213 cod. proc. civ., sia attraverso gli strumenti - sopra richiamati - del regolamento 1/03. Nonostante le disposizioni del regolamento siano focalizzate sul rapporto Commissione/giudici, tuttavia, tale nuovo sistema potrà avere un effetto di stimolo anche nei rapporti tra AGCM e giudici, nel rispetto dei rispettivi ruoli e funzioni.

⁴⁴⁶ In relazione al tema dell’onere della prova, il Libro Bianco propone un livello minimo di divulgazione *inter partes* tale per cui i giudici nazionali dovrebbero, in circostanze tassative, avere il potere di ordinare, su richiesta di parte o d’ufficio, alle parti in causa o a terzi la divulgazione di categorie precise di prove rilevanti. Questo livello minimo di disclosure sarebbe disponibile non solo a favore dell’attore ma anche del convenuto. Ai terzi a cui fosse richiesto di divulgare prove sarebbe assicurata una protezione tale per cui il giudice non si rivolgerà a questi terzi se l’informazione richiesta è nella disponibilità di una delle parti in causa e, nel procedere alla valutazione sulla proporzionalità della misura rispetto allo scopo perseguito, dovrà osservare una soglia più alta rispetto a quella che utilizzerebbe se detta misura fosse da richiedere al presunto autore dell’infrazione. Si prevede, inoltre, il potere per i giudici di applicare sanzioni con effetto sufficientemente deterrente per evitare la distruzione di prove rilevanti o il rifiuto di eseguire un ordine di divulgazione. In particolare, le circostanze per la divulgazione dovrebbero includere il fatto che l’attore (i) abbia illustrato tutti i fatti e mezzi di prova che ha ragionevolmente potuto raccogliere, a condizione che questi dimostrino motivi plausibili per ritenere che egli abbia subito un danno a seguito di una violazione di norme sulla concorrenza da parte del convenuto, (ii) abbia dimostrato in modo sufficiente al giudice che egli non è in grado altrimenti, ricorrendo a tutti gli sforzi ragionevolmente possibili, di presentare le prove richieste; (iii) abbia specificato categorie di prove da divulgare sufficientemente precise; e (iv) abbia dimostrato in modo sufficiente al giudice che il previsto provvedimento di divulgazione non solo rilevante nel caso di specie ma anche necessario e proporzionato allo scopo.

⁴⁴⁷ Scuffi M., *op. cit.*

Infatti, i rispettivi interventi dei giudici ordinari e dell'AGCM sono autonomi e indipendenti l'uno dall'altro, sia con riferimento all'applicazione della normativa nazionale che di quella comunitaria. Il giudice può decidere in assenza di un procedimento dell'AGCM che accerta un abuso o un'intesa restrittiva della concorrenza, e, nel caso in cui siffatto provvedimento vi sia, il giudice può discostarsene⁴⁴⁸. Ciò anche nel caso in cui il provvedimento dell'AGCM riguardi l'applicazione decentrata degli articoli 81 e 82, mentre, a fronte di una decisione della Commissione, il giudice sarebbe vincolato a non arrivare a conclusioni incompatibili.

Al di là di uno specifico obbligo in tal senso è opportuno rilevare che, a quanto consta, salvo rarissimi casi, il giudice, in presenza di uno specifico provvedimento dell'AGCM, è giunto a conclusioni coerenti con quelle dell'AGCM. Tale esito appare quanto mai auspicabile poiché in caso contrario verrebbe compromessa la coerenza complessiva del sistema. Inoltre, sebbene non vi siano ostacoli nel nostro ordinamento a promuovere azioni dinnanzi alle giurisdizioni ordinarie senza un provvedimento dell'AGCM, le c.d. azioni *stand alone*, spesso i giudizi sono promossi a seguito di siffatto intervento. Infatti, spesso accade che i provvedimenti dell'AGCM forniscono ai giudici elementi fattuali utili che agevolano lo svolgimento dei propri compiti. Si deve rilevare che nell'accertamento dell'esistenza dell'infrazione *antitrust*, sia essa in violazione della normativa comunitaria o della normativa nazionale, l'aspetto più delicato è la ricostruzione di un corretto apparato probatorio. A questi fini, il giudice ordinario ha minori poteri di indagine dell'AGCM e, in ogni caso, sono molto rari i casi di c.d. *smoking guns*⁴⁴⁹. Al riguardo si deve notare che l'AGCM, diversamente dai giudici, ha dei poteri di indagine che possono risultare determinanti per l'accertamento dell'infrazione. Rimane poi impregiudicato, invece, il diverso problema della prova del nesso causale fra l'infrazione e i danni asseriti.

La proficua complementarità dei due interventi deve tuttavia tenere in conto la diffusione delle decisioni con impegni, dove manca l'accertamento dell'infrazione. In ogni caso, è bene rilevare che in linea di massima tali decisioni non dovrebbero essere adottate nel caso di infrazioni particolarmente gravi.

⁴⁴⁸ Sul tema vedi Libertini M., *Il ruolo del giudice civile nell'applicazione delle norme antitrust*, in *Giur. Comm.*, 1998, secondo il quale

⁴⁴⁹ Scuffi M., *op. cit.*, il quale tra l'altro osserva come sia di rilievo lo strumento delle presunzioni basate su indizi gravi, precisi, e concordanti.

4. Alcuni considerazioni conclusive sulla complementarità tra *public* e *private enforcement*

Il necessario sforzo di coerenza e di efficienza del sistema impone ancora alcune riflessioni con riferimento ai rapporti tra *public enforcement* e *private enforcement*.

Infatti, se, com'è stato detto in più punti, il *private enforcement* deve essere un complemento all'attività di *public enforcement*, sarà necessario riflettere sulle possibili interazioni tra il primo e i programmi di clemenza, da un lato, e i possibili effetti derivanti dalle modifiche intervenute al reg. 773/04 in relazione alla transazione nei procedimenti per l'adozione di decisioni a norma dell'articolo 7 e dell'articolo 23 del regolamento 1/03 nei casi di cartelli, dall'altro. In relazione ai programmi di clemenza, sarebbe auspicabile tra le altre cose una previsione che assicuri la tutela per il beneficiario del trattamento favorevole dalla condanna ai danni punitivi previsti da eventuali leggi degli Stati membri, posto che emerge chiaramente dal Libro Bianco che i danni punitivi non sono stati proposti come misura a livello comunitario ma che essi possono essere riconosciuti a livello di singolo Stato membro se la relativa legge nazionale li prevede. Inoltre, con riferimento alla transazione tra la Commissione e un'impresa, posto che tale transazione si riferisce esclusivamente all'oggetto della violazione (e non anche all'effetto della condotta anticompetitiva), ogni potenziale attore di un giudizio civile promosso per il risarcimento del danno derivante da quella violazione dovrebbe dimostrare che l'effetto di quella condotta è stato quello di causare il danno da lui sofferto⁴⁵⁰. La prova di questo nesso creerebbe in pratica un ulteriore ostacolo per il potenziale attore in una causa di risarcimento del danno *antitrust*.

⁴⁵⁰ In tema di transazione, infatti, il Libro Bianco della Commissione invita gli Stati membri ad elaborare norme procedurali che incoraggino l'utilizzo di tale strumento, come modo per ridurre i costi giudiziali, e a prevedere che i giudici nazionali possano emettere, preferibilmente all'inizio del giudizio, provvedimenti relativi alle spese che deroghino, in casi giustificati, alle regole ordinarie, normalmente basate sul principio del "chi perde paga". In particolare, si incoraggiano iniziative dei giudici che garantiscano all'attore - anche se perdente - di non sostenere le spese del giudizio. In realtà, dubbi sorgono intorno a tale tema che sembra non adeguatamente affrontato dalla Commissione. Secondo la Commissione le transazioni potrebbero consentire di eliminare o ridurre significativamente le spese legali per le parti, nonché i costi a carico del sistema giudiziario. Tale obiettivo sembra in linea con la *policy* del *private enforcement* che la Commissione intende perseguire. E' probabile che la transazione non serva molto in termini di deterrenza ed è del tutto neutra sul piano della *detection*. Tuttavia è perfettamente allineata allo scopo di facilitare il risarcimento del danno. Infatti, la Commissione si muove in un contesto nel quale il principale ostacolo a questo obiettivo è dato dalle difficoltà probatorie. Tale ostacolo è affrontato con una pluralità di strumenti (dalle presunzioni, al valore di precedente delle decisioni delle

4.1. Alcune considerazioni critiche sugli strumenti di intervento da parte della Commissione nella definizione di una normativa comune in materia di azioni di risarcimento danni da illecito *antitrust*

In linea generale, ci si domanda se l'ampiezza dell'intervento di armonizzazione a livello comunitario, anche se in combinazione con l'azione degli Stati membri, non

autorità, all'ampliamento dei poteri attribuiti ai giudici in materia di acquisizione documentale e probatoria). In realtà, tali strumenti non paiono essere idonei a perseguire la *policy* fissata dalla Commissione e ad attuare il migliore equilibrio del sistema. In un simile contesto la transazione varrebbe in qualche misura quale strumento di chiusura del sistema e, in quanto tale, il Libro Bianco avrebbe dovuto promuoverlo non alternativa agli altri, ma in parallelo. Tuttavia, ed è un dato di fatto, su di esso il Libro Bianco si limita a quella che è poco più di una petizione di principio. La transazione è invece caratterizzata da un ovvio aspetto cooperativo per cui è necessario individuare degli strumenti, a livello ordinamentale, che ne incentivino il ricorso. Ma gli incentivi riguardano tre soggetti: l'attore, il convenuto e il giudice. Purtroppo nel Libro Bianco la proposta di tali incentivi è del tutto carente e semmai si trovano soluzioni di segno esattamente opposto. Come osserva Tardella E., *cit.*, p. 14, per quel che riguarda il convenuto, ad esempio, un potente incentivo sarebbe sicuramente è dato dall'esposizione al rischio di pagamento di risarcimenti punitivi o eventualmente multipli. La timidezza della Commissione sul punto mi porta a ritenere che il convenuto un reale pungolo alla transazione non lo sentirà. Tempi e modi della procedura potranno, in alcuni Stati membri tra i quali l'Italia, anzi indurre a un atteggiamento di chiusura, incentivato, questo sì, dalla consapevolezza della tradizione giuridica locale e delle difficoltà probatorie dell'attore. Tuttavia, anche l'attore non è, nel sistema delineato dal Libro Bianco, oggetto di alcun incentivo alla transazione. L'esatto opposto, mi pare: la misura del *fee-shifting* riduce quello che è un tipico elemento che viene considerato nella chiusura transattiva di una vertenza, ovverosia l'annullamento dei costi associati alla vertenza stessa. Una scelta costi / benefici, tipica in contesti contrassegnati da elevata incertezza, soprattutto probatoria (che dobbiamo dare come elemento naturale di tutte le azioni *stand-alone*). Scelta che il *fee-shifting* rischia di ottundere. Infine, nel Libro Bianco non ci sono incentivi per i giudici, ossia non sono previste misure che creino per essi il luogo e il modo, procedurali, per agire quali promotori di ipotesi transattive. Ad esempio, tale ruolo può essere naturale in tutte le *follow-on actions*, laddove lo stesso contenzioso si muove da una base che può darsi - almeno in parte - acquisita sia per le parti che per il giudice. Tuttavia deve crearsi il modo e il luogo per svolgere tale ruolo: il che equivale a dire che è necessario individuare quella fase procedurale (non immediata, ma non troppo ritardata) nella quale le parti e il giudice hanno le informazioni che possono consentire a quest'ultimo di indirizzare e gestire la transazione, in modo più imperativo o come mera "*mora/suasion*". Soprattutto, deve essere chiaro che di tale ruolo il giudice è investito, in modo diverso e ulteriore rispetto a contenziosi che non abbiano le peculiari caratteristiche del *private enforcement*. Tale chiarezza di momenti, modi e ruoli è del tutto assente dal Libro Bianco ed è invece l'esperienza pratica di tutti noi professionisti ad attribuire alla transazione un valore essenziale per ricomporre gli equilibri perduti. Come sostiene l'Autrice "*irrobustire la posizione dell'attore, assicurare la piena facoltà di difesa del convenuto, incentivare la possibilità di composizione tra portatori di interessi (consumatori e imprese) che convergono nell'interesse comune: il giusto equilibrio, in fondo, è tutto qui*".

Inoltre, la Commissione propone misure atte ad assicurare che il *private enforcement* non abbia un impatto negativo sul *public enforcement* delle norme comunitarie *antitrust* con particolare riferimento ai programmi di clemenza affinché questi mantengano la loro *vis* attrattiva. Sono, pertanto, proposte misure atte ad assicurare che i documenti divulgati nell'ambito della procedura di richiesta di trattamento favorevole siano protetti affinché i richiedenti non subiscano una maggiore esposizione alle azioni risarcitorie rispetto ai coautori della violazione per il semplice fatto di aver partecipato al programma di clemenza. Inoltre, quale ulteriore misura di tutela e per limitare l'esposizione finanziaria del convenuto, la Commissione propone la limitazione della responsabilità civile del beneficiario dell'immunità alle richieste risarcitorie dei suoi acquirenti diretti e indiretti.

richieda ulteriori riflessioni sulle modalità di intervento, data la delicatezza delle materie su cui la Commissione intende intervenire, con riferimento alle quali i legislatori nazionali hanno individuato e calibrato nel tempo discipline specifiche sulla base delle rispettive tradizioni giuridiche.

Prima di intervenire con strumenti legislativi comunitari, sarebbe forse opportuno come consentire al complesso di norme che già disciplinano la materia in esame nei vari Stati membri di funzionare al meglio e nella sua pienezza.

Se, come è stato detto, lo scarso sviluppo delle azioni di risarcimento del danno derivante da violazioni delle norme *antitrust* è in parte dovuto ad una generale mancanza di consapevolezza nella maggior parte degli Stati membri dei diritti garantiti dalla normativa sulla concorrenza e sui rimedi per esercitarli, un'azione mirata ad accrescere questa consapevolezza in capo alle potenziali vittime di violazioni delle norme *antitrust* consentirebbe alle norme interne dei singoli Stati membri che regolano le azioni risarcitorie di essere testate nella loro pienezza così permettendo di valutare la portata della loro eventuale inadeguatezza ad assicurare un'efficace applicazione del rimedio risarcitorio. A tal fine, nonostante il fatto che un contributo in tal senso è sicuramente stato fornito dal Libro Verde e continuerà ad essere fornito dal dibattito sul Libro Bianco, potrebbe essere opportuna l'adozione di iniziative "informative" *ad hoc* per sensibilizzare e rendere edotti cittadini e imprese sui mezzi e i rimedi giuridici a loro disposizione.

La ricerca di un equilibrio nella materia in esame sia dal punto di vista del coordinamento istituzionale sia da quello del *private enforcement* è lavoro arduo. Lo sforzo al riguardo compiuto dalla Commissione in questi anni nel suo cammino volto a rendere efficace ed effettivo il risarcimento del danno alle vittime delle violazioni *antitrust* è veramente apprezzabile al riguardo. Non è tanto e non solo un problema di convergenza tra legislazioni nazionali e normativa comunitaria in materia *antitrust* (anche in termini di poteri riconosciuti ai giudici nazionali) che sembra il tema caro alla Commissione nel dibattito sulle azioni a risarcimento del danno quanto piuttosto di coerenza dell'intero sistema nell'ottica del coordinamento tra *public* e *private enforcement*.

CONSIDERAZIONI CONCLUSIVE

1. L'importanza del regolamento 1/03 nello sviluppo delle regole di applicazione della concorrenza

Come sinora si è cercato di evidenziare, il regolamento 1/03 ha proposto una visione nuova al diritto della concorrenza, ha offerto spunti di riflessione, ha messo in discussione l'autonomia non solo delle Autorità garanti nazionali ma, in una certa misura, anche quella delle giurisdizioni nazionali.

Il regolamento 1/03 ha rimescolato le funzioni, i ruoli e le competenze delle autorità amministrative e giurisdizionali all'interno degli Stati membri. Esso non si è limitato a dare un nuovo impulso all'applicazione "effettiva" e più "efficace" delle regole sulla concorrenza, ma ha contribuito a creare un interesse e un approccio alla materia totalmente diversi da quelli che avevano caratterizzato l'azione della dottrina e dei giudici nazionali fino ad oggi. Il regolamento 1/03 non ha contribuito solo a rafforzare l'idea che le giurisdizioni nazionali, le autorità garanti nazionali, la Commissione europea e la Corte di giustizia debbano – tutte insieme – cooperare e coordinarsi maggiormente per applicare le regole comunitarie in materia di concorrenza, ma ha rimesso in discussione anche quella divisione, dai confini sempre estremamente incerti, tra diritto *antitrust* nazionale e diritto *antitrust* comunitario, fonte di numerosi problemi risolti, in parte, vuoi con la teoria della "barriera doppia", vuoi con quella della "barriera unica" vuoi ancora con teorie intermedie.

2. Il coordinamento tra le autorità amministrative, l'analisi della condotta ex post e il rischio (ancora esistente) della certezza del diritto nell'applicazione delle norme *antitrust*: il fondamentale mantenimento dell'autonomia del giudice nella valutazione successiva delle pratiche vietate e del risarcimento del danno

Nel contesto sin qui descritto, perfettamente coordinato nelle prescrizioni normative e nelle regole di cooperazione tra le istituzioni, la verifica solo successiva degli effetti della pratica posta in essere dall'impresa rischia (ancora) di comprimere la libertà individuale delle imprese in modo eccessivamente arbitrario in un mondo dai confini di

liceità indeterminati⁴⁵¹. Nonostante le indicazioni della Commissione sull'applicazione degli articoli 81 e 82 e le sentenze della Corte sul tema, i soggetti di mercato, prima dell'approvazione del regolamento 1/03 tutelati mediante la notifica preventiva, rischiano, infatti, di non poter sapere, prima, se il loro agire sarà giudicato o no lecito. L'incertezza sulla liceità del proprio operato da parte dell'operatore economico ha un effetto deterrente sull'agire imprenditoriale e può essere un freno allo sviluppo economico. In altri termini, *“spostano il baricentro del paradigma libertà individuale / efficienza / decentramento comprimendo il primo termine ed ampliando la discrezionalità, inevitabilmente, del decisore pubblico in nome dell'efficienza dinamica”*⁴⁵².

Se la *“crisi dell'antitrust”* (ovviamente nell'ottica delle imprese e del mercato), perciò, chiama gli economisti alla sfida di delineare con maggior precisione dei modelli che possano essere tradotti in norme giuridiche, la limitazione dell'agire individuale non

⁴⁵¹ Il confine tra lecito ed illecito si fonda sulla valutazione dell'oggetto o dell'effetto dell'impresa, ai sensi dell'articolo 82 TCE. Le intese, così descritte, sono vietate se hanno per oggetto o per effetto di impedire la concorrenza sul mercato. La congiunzione “o” sta a significare che sono elementi alternativi. Se l'oggetto della intesa è intrinsecamente contro la concorrenza, si può prescindere dal valutarne gli effetti, altrimenti occorre una indagine specifica per dimostrare l'anticorrenzialità della condotta. Il termine oggetto non si riferisce all'intenzione delle parti, ma alla “natura” della condotta, che potenzialmente restringe la concorrenza. *“Si tratta di restrizioni che, alla luce degli obiettivi delle regole di concorrenza comunitarie, hanno una potenzialità talmente alta di produrre effetti negativi sulla concorrenza che è inutile dimostrare l'esistenza di effetti specifici”* (come confermano le Linee Guida della Commissione sull'applicazione dell'articolo 81.3 CE (2004/C101/08). La restrizione per oggetto quindi non è altro che una scorciatoia probatoria che consente al guardiano della concorrenza di presumere gli effetti negativi sulla dinamica del mercato di una determinata condotta, dato che l'esperienza giurisprudenziale e gli studi economici hanno dimostrato con ragionevole certezza la sua – intrinseca – potenzialità anticorrenziale. Esempi di restrizioni per oggetto sono la fissazione di prezzi, la limitazione della produzione o la ripartizione dei mercati e della clientela. È però sempre necessaria, anche in questi casi, una valutazione dell'impatto economico dell'accordo, che deve essere “sensibile”. Quando dall'oggetto dell'accordo non può desumersi una sua radicale anticorrenzialità, i garanti della concorrenza devono studiarne gli effetti economici sui mercati e dimostrare l'alterazione, consistente e non trascurabile, del gioco concorrenziale.

⁴⁵² SIMONE GAMBUTO, *Fondamento Giuridico-Economico dell'articolo 81 CE*, in *il Private Enforcement...*, cit., p. 67. Dalla nozione di impresa e da quella di accordo e di pratica concordata emerge che tali fattispecie possono avere natura orizzontale, tra imprese concorrenti sullo stesso mercato rilevante, oppure tra imprese poste ad un diverso livello della filiera produttiva, c.d. intese verticali. Gli effetti dannosi di questo tipo di intese possono presentarsi su un diverso, o diversi mercati rilevanti. Sull'impatto degli accordi orizzontali e verticali sulla dinamica concorrenziale, così come sui parametri per una corretta definizione del mercato rilevante non può che rinviarsi ai Regolamenti ed alle Comunicazioni della Commissione; in particolare v. Comunicazione della Commissione sull'applicabilità dell'articolo 81 del Trattato agli accordi di cooperazione orizzontale (2001/C 3/02) del 6 gennaio 2001. Regolamento 2790/99/CE della Commissione relativo all'applicazione dell'articolo 81, par. 3, del Trattato a categorie di accordi verticali e pratiche concordate, e le relative Linee guida della Commissione sulle restrizioni verticali (2000/C 3/02), Comunicazione sulla definizione del mercato rilevante ai fini dell'applicazione del diritto comunitario in materia di concorrenza (97/C 372/03) del 9 dicembre 1997.

coinvolge però il *private enforcement*, ovviamente alla luce della diversità di funzioni e scopi rispetto al *public enforcement*.

Infatti, è importante evidenziare come, ad esempio, il confine tra accordo lecito ed illecito non riposi nei tradizionali canoni del nostro diritto, come le qualità soggettive delle parti, nell'oggetto astrattamente considerato o nella sua causa, nei motivi comuni, nel rispetto della forma legale, ma nell'effetto anticompetitivo che ha sul mercato, presunto (nelle restrizioni per oggetto) o dimostrato (in quelle per effetto)⁴⁵³. In altri termini, il diritto *antitrust* guarda agli effetti sul mercato, in generale, che ha (o a cui contribuisce) un contratto in particolare, e può essere una causa di illiceità esterna al contratto stesso.

Tale tipo di incertezza, dovuta all'influenza del mercato sulla valutazione della pratica quale lecita o illecita, è, in una certa misura, inevitabile e sono gli economisti che hanno il compito più rilevante di mitigarne la portata.

È importante evidenziare però che, questa causa di illiceità può essere fatta valere da chiunque in sede civile – anche dalla parte inadempiente – ed è motivo di nullità, ma si ritiene non concepibile farne automaticamente un diritto al risarcimento del danno in sede civile di un attore. La richiesta di risarcimento danni in sede civile, infatti, mira a ristorare i danni effettivamente subiti dall'attore che non possono essere confusi, in nessun modo, con i danni alla dinamica concorrenziale del mercato eventualmente accertati dai guardiani (pubblici) della concorrenza, e men che meno desunti dalle loro decisioni in modo assertivo o assiomatico.

Il danno di mercato di una condotta può certamente essere causa di danno risarcibile al singolo danneggiato, a patto che questi provi effettivamente il suo nocumento.

Perciò il rispetto del carattere autonomo delle giurisdizioni nazionali rispetto alle Autorità e dunque la non vincolatività delle loro decisioni su casi analoghi per la concessione del risarcimento del danno (come invece proposto dalla Commissione), rappresenta un elemento importante per la tenuta del sistema in compatibilità con i principi costituzionali degli ordinamenti degli Stati membri.

⁴⁵³ Ad esempio, un contratto di affiliazione esclusiva tra un produttore di birre e dei pubs può essere perfettamente lecito, sotto tutti i punti di vista, anche antitrust, al momento della sua redazione, e poi essere giudicato anticoncorrenziale perché la struttura del mercato che si è venuta formando nel corso del tempo ha evidenziato una serie di contratti (rapporti verticali esclusivi) che hanno un effetto cumulativo escludente nei confronti di potenziali nuovi concorrenti.

Tale affermazione si riconnette perciò alla distinzione di fondo che permea la relazione tra *public* e *private* enforcement.

Seppur entrambi volti a realizzare il benessere del consumatore e a salvaguardare l'effetto utile delle norme comunitarie, le decisioni dell'Autorità o della Commissione hanno l'obiettivo di garantire la concorrenza nel mercato, mentre i giudici civili invece hanno, nella maggioranza dei casi sottoposti alla loro attenzione, il diritto/dovere di risarcire (e quantificare con un metro quanto più oggettivo e verificabile) i danni effettivamente subiti dal soggetto che li reclama. Esso dovrà dimostrare, sempre e comunque, tutti gli elementi tipici della fattispecie che legittimano la pretesa risarcitoria.

Nel contesto descritto nel presente elaborato, perciò l'applicazione da parte delle autorità e giurisdizioni nazionali delle regole comunitarie della concorrenza, è importante che le istituzioni agiscano nel rispetto dei rispetti ruoli, secondo regole comuni, laddove possibile, nel coordinamento con le linee direttrici della Commissione e secondo l'attività interpretativa della Corte di Giustizia.

BIBLIOGRAFIA

Adinolfi A., Daniele L., Nascimbene B., Amedeo S., *L'applicazione del diritto comunitario della concorrenza, Commentario al regolamento (CE) n. 1/2003 del Consiglio del 16 dicembre 2002*, Giuffrè, Milano, 2007.

Adinolfi A., *La tutela giurisdizionale nazionale delle situazioni giuridiche individuali conferite nel diritto comunitario*, in *Diritto dell'Unione Europea*, 2001, p. 41 e ss.

Afferni, *Il risarcimento del danno per violazione del diritto antitrust comunitario: competenza, danno risarcibile, e prescrizione*, in *Danno e responsabilità*, 1/2007, p. 26 e ss.

AGCM, *Relazione Annuale sull'attività svolta per gli anni 2005/2006/2007*.

Amedeo S., *La posizione del singolo controinteressato dinnanzi alla Commissione nell'applicazione delle regole di concorrenza*, in *Diritto dell'Unione Europea*, 1996, p. 405 e ss.

Angione S., *I nuovi poteri cautelari, istruttori e sanzionatori attribuiti all'AGCM dal cd. decreto Bersani*, 19 settembre 2006, in www.filodiritto.it.

Argentati A., *L'organizzazione comunitaria delle autorità garanti della concorrenza*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2003, p. 1199 e ss.

Armstrong M., *Interaction Between Competition and Consumer Policy*, in *Competition Policy International*, 2008, vol. 4, n. 1, p. 97 e ss.

Arnaudo L., *Costituzione e concorrenza, note a margine della recente giurisprudenza costituzionale*, in *Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario*, 2005, 377 ss.

Assonime, *Circolare sul regolamento (CE) del Consiglio n. 1/2003*, 2004.

Assonime, *Modernizzazione delle regole di applicazione degli artt. 81 e 82 del Trattato: il regolamento n. 1/2003 del Consiglio del 16 dicembre 2002*, Circolare n. 47 del 4 dicembre 2003, in www.emagazine.assonime.it.

Assonime, *Adeguare l'ordinamento italiano al Regolamento (CE) n. 1/2003: quali scelte normative per la modernizzazione dell'Antitrust*, atti del convegno di Roma – Corte di Cassazione, 15 dicembre 2003, 1 ss.

Bacon K., *Tying after Microsoft: One Step Forward or two Steps Back?*, in *Competition Policy International*, 2008, vol. 4, n. 1, p. 25 ss.

Bayley D., *Scope of Judicial Review under Article 81 EC*, in *Common Market Law Review*, 2004, p. 1327 e ss.

Barbier de la Serre E., *Les lignes directrices de 2006 pour le calcul des amendes*, in *Revue Lamy de la Concurrence*, 9/2006, p. 10 e ss.

Idem, *L'autorité, le juge et la clémence*, in *Revue Lamy de la Concurrence*, 8/2006, p. 5 e ss.

Basedow J., *La rénationalisation du droit communautaire de la concurrence*, in *RAE*, 2001/2002, p. 92 e ss.

Bastianon S., *Il risarcimento del danno antitrust tra esigenze di giustizia e problemi di efficienza, Prime riflessioni sul Libro Verde della Commissione*, in *Mercato, Concorrenza, Regole*, 2/2006, 321 ss.

Idem, *Il diritto comunitario della concorrenza e l'integrazione dei mercati*, Giuffrè, Milano, 2005.

Idem, *Antitrust e tutela civilistica: anno zero*, in *Danno e resp.*, 2003, p. 393 e ss.

Beard D., *Microsoft: What Sort of Landmark?*, in *Competition Policy International*, 2008, vol. 4, n. 1, p. 33 ss.

Bellodi L., *Le decisioni*, in Tosato G. L., Bellodi L. (a cura di), *Il nuovo diritto europeo della concorrenza. Aspetti procedurali*, Giuffrè, Milano, 2004, p. 169 e ss.

Idem, *Poteri di inchiesta e avvio della procedura*, in Tosato G. L., Bellodi L. (a cura di), *Il nuovo diritto europeo della concorrenza. Aspetti procedurali*, Giuffrè, Milano, 2004, p. 123 e ss.

Benedetti M., *Il principio ne bis in idem nella materia antitrust*, *Giornale di diritto amministrativo*, 2007, p. 287 e ss.

Bennacchio G.A., Carpagnano M. (a cura di), *Il Private Enforcement del diritto comunitario della concorrenza: ruolo e competenze dei giudici nazionali*, atti del Convegno tenuto presso l'Università degli Studi di Trento, Facoltà di Giurisprudenza,

Dipartimento di Scienze Giuridiche, 15-16 giugno 2007, *Quaderni del Dipartimento*, n. 66/07.

Berruti G.M., *La nuova cooperazione attiva tra istituzioni comunitarie, antitrust nazionali e giudici nel regolamento comunitario n. 1/2003*, in *Il Corriere giuridico*, 2004, p. 115 e ss.

Boni S., *La tutela dei diritti di coloro che denunciano violazioni del diritto antitrust: ordinamento comunitario e italiano a confronto*, in *Diritto dell'Unione Europea*, 2003, p. 45 e ss.

Borghese F., Caruso M.P., RIELA S., *La competitività dell'Unione Europea dopo Lisbona*, Soveria Mannelli, Rubbettino, 2005.

Bouloc B., *La modernisation du droit pénal de la concurrence*, in *Revue Lamy de la Concurrence*, 7/2006, p. 42 e ss.

Bourgeois J.H.J., *Decentralised Enforcement of Ec Competition Rules by National Competition Authority. Some Remarks on Consistency, Coherence and Forum Shopping*, paper presentato a "2000 Eu Competition Workshop", European University Institute, Firenze, 2-3 giugno 2000, in www.iue.it.

Brkan M., *Procedural Aspects of Private Enforcement of EC Antitrust Law: Heading Toward New Reforms?*, in *World Competition*, 2005, 28(4), 479 ss.

Brokelmann H., *Enforcement of Article 81 and 82 EC under Regulation 1/2003: The Case of Spain and Portugal*, in *World Competition*, 2006, 29(4), p. 535 e ss.

Cahill D (ed.), *The Modernisation of EU Competition Law Enforcement in the EU: FIDE 2004 National Reports*, Cambridge, 2004.

Caiazza R., *La cooperazione della Commissione europea e delle autorità e corti nazionali relativamente all'applicazione della normativa comunitaria sulla concorrenza*, in *Diritto del commercio internazionale*, 1997, p. 375 e ss.

Calamia A., *La nuova disciplina della concorrenza nel diritto comunitario*, Milano, Giuffrè, 2004.

Calvo, *Diritto antitrust e contratti esecutivi dell'intesa vietata (contributo allo studio dei Folgeverträge)*, in *I Contratti*, 2005, p. 181 e ss.

- Castronovo, *Antitrust e abuso di responsabilità civile*, in *Danno e responsabilità*, 2004, p. 469 e ss.
- Cannizzaro E., Bozza E., *Le politiche di concorrenza*, in Strozzi G. (a cura di), *Diritto dell'Unione Europea. Parte Speciale*, Giappichelli, Torino, 2005, p. 296 e ss.
- Capelli F., *La riforma della disciplina comunitaria della concorrenza e i nuovi compiti affidati ai giudici nazionali (con particolare riferimento alla situazione italiana)*, in *Diritto del commercio internazionale*, 2000, p. 395 e ss.
- Carretti P., *Il principio di sussidiarietà e i suoi riflessi sul piano dell'ordinamento comunitario e nazionale*, in *Quaderni costituzionali*, 1993, p. 7 e ss.
- Carpagnano M., *Private Enforcement of competition law arrives in Italy: analysis of the judgement of the European Court of Justice in joined cases C-295-298/04 Manfredi*, *Comp. Law Rev.*, 3/2006, p. 47 e ss.
- Idem, *Prove Tecniche di Private Enforcement*, in *Danno e resp.*, 1/2007, p. 34 e ss.;
- Cassese S., *Il diritto comunitario della concorrenza prevale sul diritto amministrativo nazionale*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 11/2003, p.1129 e ss.
- Cassese S., *La nuova costituzione economica*, Laterza, Roma, 2005, p. 15 e ss.
- Cassese S., *L'aquila e le mosche – principio di sussidiarietà e diritti amministrativi nell'area europea*, in *Foro italiano*, 1995, p. 373 e ss.
- Cassinis P., *La riforma della modernizzazione ed i meccanismi a garanzia della coerenza applicativa della disciplina comunitaria della concorrenza*, in Raffaelli E. A. (a cura di), *Antitrust between EC Law and National Law. Antitrust fra diritto comunitario e diritto nazionale*, Bruxelles, Milano, 2005, p. 477 e ss.
- Cassinis P., Saba P., *La riforma comunitaria sul controllo delle concentrazioni (regolamento n. 139/04/CE del Consiglio del 20 gennaio 2004)*, in *Nuove leggi civili commentate*, 3/2004, p. 405 e ss.
- Cavilli E. L., *Optimal Fines in Cartel Cases and the Actual EC Fining Policy*, in *World Competition*, 2006, 29(4), p. 575 e ss.

Chagny M., *Le contentieux indemnitaire des pratiques anticoncurrenceilles: la Cour de Justice invitée au débat sur le Livre Vert*, in *Revue Lamy dela Concurrence*, 9/2006, p. 659 e ss.

Chieppa R., *Il ruolo dei giudici nazionali nell'applicazione decentrata del diritto comunitario della concorrenza*, in *Consiglio di Stato*, 2003, p. 1121 e ss.

Chieppa R., *Il controllo giurisdizionale sugli atti delle Autorità antitrust*, Raffaelli E. (a cura di), *Antitrust tra diritto nazionale e diritto comunitario* (atti del convegno di Treviso, 13\14-5-2004), Giuffrè, Milano, 2004, p. 30 e ss.

Cintioli F., Donati F. (a cura di), *Recenti innovazioni in materia antitrust*, Giappichelli, Torino, 2007.

Colangelo G., *La politica europea della concorrenza alla luce del progetto della nuova costituzione*, in *Le funzioni della Commissione dopo il tramonto della "neutralità": il caso della tutela della concorrenza*, in *Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario*, 2005, p. 1127 e ss.

Idem, *Intese restrittive e legittimazione dei consumatori finali*, in *Diritto industriale*, 2003, p. 175 e ss.

Converso A., *La giurisdizione unica europea. Il reg. (CE) n. 44/2001*, in *Contratto impr. Europa*, 2001, p. 266 e ss.

Cooke J., Green QC N., Idot L., Wainwright R., *Fourth Roundtable - Application of EC Competition Rules by National Courts*, in *Antitrust Reform in Europe: A Year in Practice - 9-11 March 2005*. www.ibanet.org

Cook J. C., *Commitment Decisions: The Law and Practice under Article 9*, in *World Competition*, 29(2), p. 209 ss.

Crespi S., *Spunti di riflessione a margine di nuovi orientamenti in materia di calcolo delle ammende per violazione degli articoli 81 e 82 del Trattato CE*, 5/2006, p. 811 e ss.

Daniele L., *Il diritto del mercato unico europeo*, Giuffrè, Milano, 2006.

D'Alberti M., *La "rete europea di concorrenza" e la costituzione del diritto antitrust*, in Raffaelli E. (a cura di), *Antitrust tra diritto nazionale e diritto comunitario* (atti del Convegno di Treviso, 13\14-5-2004), Giuffrè, Milano, 2004, pp. 35 e ss.

Darmon M., Raclet A., *A propos du règlement 1/2003: quelques réflexions sur la situation des entreprises face au renforcement des pouvoirs de la Commission*, in Mourre A. (sous la direction de), *Le nouveau droit communautaire de la concurrence*, Paris, Bruxelles, 2004, p. 185 e ss.

Dekeyser K., Gauer C., *The new enforcement for the articles 81 and 82 and the right of defence*, 2004, p. 31 e ss.

Dalle Vedove G., *Autorità garante e giudice nel diritto antitrust*, in Raffaelli E. (a cura di), *Antitrust tra diritto nazionale e diritto comunitario* (atti del convegno di Treviso 13\14-5-1999), Giuffrè, Milano, 2000, p. 275 e ss.

Delli Priscoli, *Equilibrio del mercato ed equilibrio del contratto*, in *Giurisprudenza commerciale*, 2006, II, p. 256 e ss.

Denozza F., *Spunti sul ruolo del legislatore nazionale*, in *Adeguare l'ordinamento italiano al Regolamento (CE) n. 1/2003: quali scelte normative per la modernizzazione dell'Antitrust*, Atti del convegno Assonime svoltosi presso la Corte di Cassazione, 15 dicembre 2003, p. 21 e ss.

De Pasquale P., *CIF: l'applicazione al caso di specie dei principi consolidati potenzia il ruolo dell'AGCM*, in *Diritto Pubblico Comparato ed Europeo*, 1/2004, p. 449 e ss.

De Vita M., *Modelli comunitari e disciplina nazionale della concorrenza*, in *Diritto dell'Unione Europea*, 1998, fasc. 4, p. 825 e ss.

Di Pascale A., *Il ruolo delle autorità nazionali in materia di concorrenza e prospettive di decentramento a livello federale e regionale*, in Lang A., Sanna C., *Federalismo e regionalismo. Esperienze italiana, svizzera e dell'Unione Europea a confronto*, Giuffrè, Milano, 2005, p. 45 e ss.

Di Via L., *L'applicazione del principio di sussidiarietà nel diritto della concorrenza italiano e comunitario*, in *Contratto Impresa/Europa*, 1996, p. 71 e ss.

Ehlermann C.D., *The Modernisation of EC Antitrust Policy: a Legal and Cultural Revolution*, in *Common Market Law Review*, 2000, p. 537 e ss.

Ehlermann C.D., Atanasiu I., *The Modernisation of E.C. Antitrust Law: Consequences for the Future Role und Function of the E.C. Courts*, in *European Competition Law Review*, 2002, p. 72 e ss.

Faella G., *Il caso Merck*, in *Mercato, Concorrenza, Regole*, 3/2006, p. 547 e ss.

Fattori P., Todino M., *La disciplina della concorrenza in Italia*, Bologna, il Mulino, 2004.

Fellenius-Omnell C., Landstrom C., Coyet J., *Modernising EC Competition Law – Will a System of Parallel Application of EC and National Competition Law Ensure Convergence?*, in *International Antitrust Law & Policy*, in *Fordham Law Review*, 2002, p. 97 e ss.

Ferrari Bravo L., Di Majo F., Rizzo A., *Art. 50, Diritto a non essere giudicato due volte*, in *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, Milano, Giuffrè, 2002, p.194 e ss.

Fiorentino L., *Autorità garante e tutela dei consumatori*, dagli Atti del Convegno di Treviso -*Antitrust tra diritto nazionale e diritto comunitario*, Treviso 22-23 maggio 2008, non ancora pubblicati.

Fisher M. F., *Economic Analysis and Antitrust Damages*, in *World Competition*, 29(3), 2006, p. 383 e ss.

Fox E.M., *Microsoft EC and Duty to Deal: Exceptionality and the Transatlantic Divide*, in *Competition Policy International*, 2008, vol. 4, n. 1, p. 25 e ss.

Frignani A., Gentile E., Rossi G., *La devolution dell'antitrust – Prime riflessioni sul libro bianco sulla modernizzazione*, in *Merc. conc. reg.*, 1/2000, p. 17 e ss.

Gaeta F., *La Comunicazione sulla cooperazione la Commissione Europea e le Autorità nazionali*, in *Rivista di diritto europeo*, 1998, fasc. 3, p. 563 e ss.

Galletti D., *Antitrust e tutela del cliente bancario: suggestioni provenienti dal Regolamento comunitario n. 1 del 2003*, in *Diritto banca e mercati finanziari*, 2004, p. 363 e ss.

Garzaniti L., Gudofsky J., Moffat J., *Dawn of a new era? Powers of investigation and enforcement under regulation 1/2003*, in *Antitrust Law Journal*, 2004 p. 159 e ss.

Gauer C., *Due Process in the Face of Divergent National Procedures and Sanctions*, in *Antitrust Reform in Europe: A Year in Practice*, 9-11 March 2005, Conference Papers, Fifth Roundtable - *Due Process in the face of Divergent National Procedures and Sanctions*, in www.ibanet.org.

Gauer C., *Does The Effectiveness Of Eu Network Of Competition Authorities Require A Certain Degree Of Harmonisation Of National Procedures And Sanctions?*, in Ehlermann C.D., Atanasiu I., *European Competition Law Annual 2002: Constructing The European Network Of Competition Authorities*, Oxford, Hart Publishing, 2003.

Genovese A., *Il risarcimento del danno da illecito concorrenziale*, Editoriale scientifica, Napoli, 2005, pp. 79 e ss.

Gentile E., *La svolta di inizio millennio del diritto comunitario della concorrenza, il nuovo approccio economico, la semplificazione delle norme, la cooperazione internazionale e la modifica del Regolamento 17/62*, in *Contr. impresa/Eur.*, 2/2001, p. 557 e ss.

Gerber D. J., *Modernising European Competition Law; A Developmental Perspective*, in *European Competition Law Review*, 2001, p. 122 e ss.

Idem, *The Evolution Of European Competition Law Network*, in Ehlermann C.D., Atanasiu I., *European Competition Law Annual 2002: Constructing The European Network Of Competition Authorities*, Oxford, Hart Publishing, 2003.

Idem, *The Transformation of European Community Competition Law*, in *Harvard International Law Journal*, I, 35, 1994, p.97 e ss.

Ghezzi F., *Libro Bianco della Commissione sulla modernizzazione del diritto della concorrenza comunitario*, in *Conc. merc.*, 8/2000, p. 176 e ss.

Ghidini G., Panucci M., *Le controversie in materia antitrust alla luce del Regolamento comunitario n. 1/2003*, in *Il Diritto Industriale*, 2004, p. 61 e ss.

Gilioli F., *La riforma dei fondi strutturali: illustrazione preliminare delle proposte di regolamento per la fase di programmazione 2007-2013*, in *Il Diritto dell'Economia*, fasc. 3-4, 2004, p. 649 e ss.

Giuseppone F., *I fondi strutturali nella nuova Europa*, in *Amministrazione e contabilità dello Stato e degli Enti pubblici*, 2005, fasc. 1/, p. 8 e ss.

Gobbo F., *Recent developments in EC Competition Law*, Luiss University Press, Roma, 2004.

Greaves R., *The impact of Regulation 1/2003 within the European Union: is cooperation within the ECN enough? Is procedural harmonisation needed?*, *Competition law and economics*, 2007, p. 31 e ss.

Greco G., *Profili di diritto amministrativo e ruolo della Commissione nel progetto di Costituzione Europea (note a prima lettura)*, in *Le funzioni della Commissione dopo il tramonto della "neutralità": il caso della tutela della concorrenza*, in *Rivista Italiana Diritto Pubblico Comunitario*, 2005, p. 1113 e ss.

Guerri E., *L'applicazione del diritto antitrust in Italia dopo il Regolamento CE n. 1/2003*, Giappichelli, Torino, 2005.

Gustafsson M., *What are the Prospects for Enhanced Private Antitrust Litigation? A Swedish Perspective*, in *ELR*, 2005, p. 490 e ss.

Hargita A., Toth T., *God Forbid Bid-Riggers: Developments under Hungarian Competition Act*, in *World Competition*, 2005, 28(2), 205 ss.

Humpe C., Bourgeois J.H.J., *The Commission's Draft «New Regulation 17»* in *ECLR*, 2002, p. 43 e ss.

Jenny F., *Implications of the EC Regulation 1/2003 in the area of national courts*, *Competition law and economics*, 2007, p. 77 e ss.

Idiot L., *A propos des engagements en droit de la concurrence: quelques réflexions sur la pratique communautaire et française*, in *Cahiers de droit européen*, 1999, p. 569 e ss.

Idem, *Droit communautaire de la concurrence: le nouveau système communautaire de mise en oeuvre des articles 81 et 82 CE*, Bruxelles, 2004.

Idem, *Le nouveau système communautaire de mise en oeuvre des articles 81 et 82 CE (Règlement 1/2003 et projets de textes d'application)*, in *Cahiers de droit européen*, 2003, p. 283 e ss.

Idem, *The Application of EC Competition Rules by National Courts, Remarks by a French Academic*, in *Eu Commission/IBA Conference - Antitrust Reforme in Europe: a Year in Practice*, Bruxelles, 10/11 marzo 2005, in www.competition/europa.eu.int.

Idem, *La réforme du droit antitrust en Europe: un an de pratique*, in *Europe*, 2005, p. 6 e ss.

Idem, *Are NCAs investigation powers appropriate to pursue infringements of Articles 81 and 82 of the EC Treaty? Are national procedural regimes compatible with the obligations imposed by EC Regulation 1/2003?*, *Competition law and economics*, 2007, p. 85 e ss.

Jones A., Sufrin B., *EC Competition Law: text, cases and materials*, Oxford, 2004.

Jones A., *Private Antitrust Enforcement in Europe: A Policy Analysis and Reality Check*, *W. Comp.*, Volume 27, 1, 2004, p. 13 e ss.

Kjolbye L., *Annotation to Case C-344/98, Masterfoods v. HB Ice Cream*, in *Common Market Law Review*, 2002, p. 175 e ss.

Komninos, *Public and Private Antitrust Enforcement in Europe: Complement? Overlap?*, *Competition Law Review*, Volume 3, 1, 2006, p. 5 e ss.

Komninos, *New Prospects for Private Enforcement of EC Competition Law: Courage v. Crehan and the Community Right to Damages*, *Common Market Law Review*, 39, 3, 2002.

Kon S., *The Commission's White Paper on Modernisation: The Need for Procedural Harmonisation*, in Hawk B. E. (ed.), *International Antitrust Law&Policy: Fordham Corporate Law*, Fordham, 1999, p. 252 e ss.

Korah V., *An Introduction Guide to EC Competition Law and Practice*, Oxford, 2004.

Lang A., *Giudice nazionale e Commissione delle Comunità Europee: coesistenza di competenze in materia di concorrenza e strumenti di coordinamento*, in *RDIPP*, 1996, p. 239 e ss.

Lazzara P., *Le competenze comunitarie ed i limiti al sindacato giurisdizionale in materia antitrust*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2006, p. 179 e ss.

Lenaerts K., Gerard D., *Decentralisation of EC Competition Law Enforcement: Judges in the Frontline*, in *World Competition*, 2004, 27(3), 313 ss.

Libertini M., *La disapplicazione delle norme contrastanti con il principio comunitario di tutela della concorrenza*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 11/2003, p. 1135 e ss.

Idem, *L'applicazione diretta delle norme antitrust comunitarie nell'ordinamento italiano*, in *Adeguare l'ordinamento italiano al Regolamento (CE) n. 1/2003: quali scelte normative per la modernizzazione dell'Antitrust*, Atti del convegno Assonime svoltosi presso la Corte di Cassazione, 15 dicembre 2003, p. 119 e ss.

Idem, *Ancora sui rimedi civili conseguenti a violazioni di norme antitrust*, in *Danno e resp.*, 2004, p. 933 e ss.

Limardo E., De Felice A., *I fondi strutturali nell'integrazione sociale europea. Valore del metodo ed efficacia degli strumenti*, in *Rivista di diritto della sicurezza sociale*, fasc. 2, 2007, p. 293 ss.

Limardo E., *Diritti fondamentali e coesione economica e sociale: l'azione dei fondi strutturali*, Eidos, Roma, 2007.

Locatelli R., *Commissione Europea e sistemi finanziari*, in *Le funzioni della Commissione dopo il tramonto della "neutralità": il caso della tutela della concorrenza*, in *Riv. Ital. Dir. Pubbl. Comunitario*, 2005, p. 1133 e ss.

Loewenthal P., *The Defence of "Objective Justification" in the Application of Article 82 EC*, in *World Competition*, 2005, 28(4), p. 455 e ss.

Lowe P., *Current issues of EU Competition Law – The new competition enforcement regime, key lecture at the study days of the International League of Competition Law*, 2/10/2003, Barcellona, in www.competition/europa.eu.int

Maggiolino M. T., *Il progetto di regolamento comunitario in materia di procedure di applicazione degli articoli 81 e 82*, in *Conc. merc.*, 9/2001, p. 281 e ss.

Manzella G.P., *La nuova coesione europea tra processo di Lisbona e allargamento*, in *Riv. It. Dir. Pubbl. Comunitario*, fasc. 3-4, 2006, p. 533 e ss.

Manzella G.P., *Una politica di coesione per sostenere la crescita e l'occupazione*, in *Giornale di Diritto Amministrativo*, n. 9/05, p. 989 e ss.

Marchetti U., Ubertazzi L. C. (a cura di), *Commentario breve al diritto della concorrenza*, Cedam, Padova, 2004.

Marengo G., *Does a Legal Exception System Require an Amendment of the Treaty?*, paper presentato a “2000 Eu Competition Workshop”, European University Institute, Firenze, 2/3-6-2000, in www.iue.it.

Martinez Lage S., *The modernisation of Ec Antitrust Policy: constitutional challenge or administrative convenience?*, paper presentato a “2000 Eu Competition Workshop”, European University Institute, Firenze, 2-3 giugno 2000.

McAfee, Mialon & Mialon, *Private v. Public Antitrust Enforcement: A Strategic Analysis*, 2005.

McCurdy G. V. S., *The Impact of Modernisation of the EU Competition Law System on the Courts and Private Enforcement of the Competition Laws: A Comparative Perspective*, in *ECLR*, 2004, p. 509 e ss.

Megliani M., *Ispezioni domiciliari e normativa comunitaria antitrust. Una prima riflessione*, in *Diritto del commercio internazionale*, 2003, p. 101 e ss.

Mengozi P., *La giurisprudenza del Tribunale delle Comunità Europee in materia di concorrenza e l'applicabilità da parte dei giudici nazionali del regolamento del Consiglio 1/2003*, in *Contr. Impr./Eur.*, 2004, p. 210 e ss.

Idem, *Gli sviluppi sul diritto comunitario della concorrenza: dal regolamento 1/2003 ai nuovi orientamenti della giurisprudenza*, in Maresca M. (a cura di), *Valori e principi nella Costituzione Europea. Il diritto alla mobilità*, Il Mulino, Bologna, p. 161 e ss.

Moavero Milanese E., *Diritto della concorrenza dell'Unione Europea*, Napoli, 2004.

Montemurro F., *Riforma dei fondi strutturali UE, Le conseguenze per gli enti locali*, in *Comuni d'Italia*, 2005, fasc. 5, p. 27 e ss.

Montesa A., Givaia A., *When Parents Pay for their Children's Wrongs: Attribution of Liability for Ec Antitrust Infringements in Parent-Subsidiary Scenarios*, in *World Competition*, 2006, 29(4), p. 555 e ss.

Monti M., *Eu Competition Policy*, in *International Antitrust Law & Policy*, in *Fordham L. Rev.*, 2002, 87 ss.

Idem, *The EU gets new competition powes for the 21st century*, 2004, in www.europa.eu.int/comm/competition/publications/special/special_toc.html.

Idem, *A reformed competition policy: achievements and challanges for the future*, speech/04/477, Bruxelles, 28-10-2004, in www.europa.eu.int/comm/competition/publications.

Idem, *La nouvelle politique de la concurrence de l'Union Européenne*, in *Revue du l'Union Européenne*, 2004, p. 137 e ss.

Idem, *Article 81 EC and Public Policy*, in *Common Market Law Review*, 39, 5, 2002;

Morgese G., *Indagini preliminari e diritti della difesa nella procedura antitrust comunitaria*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2006/1, p. 77 e ss.

Munari F., *Le regole di concorrenza nel sistema del Trattato*, in Tizzano A. (a cura di), *Il diritto privato dell'Unione Europea*, Giappichelli, Torino, 2006, p. 1462 e ss.

Napoletano G., *Il diritto della concorrenza svela le ambiguità della regolamentazione amministrativa*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 11/2003, p. 1132 e ss.

Navarro Varona E., González Duràntez H., *Interim Measures in Competition Cases Before the European Commission and Courts*, in *European Competition Law Review*, 2002, p. 512 e ss.

Negri, *Risarcimento del danno da illecito antitrust e foro per la tutela del consumatore (la Cassazione non dilegua i dubbi nella vicenda RC auto)*, in *Corriere giuridico*, 2003, p. 747 e ss.

Nourissat C., *Quel rôle pour la Charte des Droits Fondamentaux en droit communautaire de la concurrence?*, in *Revue Lamy de la Concurrence*, 9/2006.

Nourissat C., Wttrwulghe R., *Le nouveau règlement d'application du droit communautaire de la concurrence: un défi pour les juridictions françaises*, Paris, 2004.

Nucara A., *I regolamenti di esenzione*, in Tosato G. L., Bellodi L. (a cura di), *Il nuovo diritto europeo della concorrenza. Aspetti procedurali*, Giuffrè, Milano, 2004, p. 193 e ss.

Nyssen H., Pecchioli N., *Il regolamento 1/2003 CE: verso una decentralizzazione ed una privatizzazione del diritto della concorrenza*, in *Diritto dell'Unione Europea*, 2003, p. 357 e ss.

Osti C., *Le nuove funzioni di orientamento della Commissione europea e dell'Autorità Garante*, in *Adeguare l'ordinamento italiano al Regolamento (CE) n. 1/2003: quali scelte normative per la modernizzazione dell'Antitrust*, Atti del convegno Assonime svoltosi presso la Corte di Cassazione, 15 dicembre 2003, p. 15 e ss.

Osti C., *Diritto della concorrenza*, Bologna, Il Mulino, 2007.

Pace L. F., *I fondamenti del diritto antitrust europeo: norme di competenza e sistema applicativo dalle origini alla Costituzione Europea*, Giuffrè, Milano, 2005.

Idem, *L'applicazione decentrata*, in Tosato G. L., Bellodi L. (a cura di), *Il nuovo diritto europeo della concorrenza. Aspetti procedurali*, Giuffrè, Milano, 2004.

Idem, *La politica di decentramento del diritto antitrust CE come principio organizzatore del regolamento n. 1/2003: luci ed ombre del nuovo regolamento di applicazione degli articoli 81 e 82 TCE*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 1/2004, p. 147 e ss.

Idem, *Il concetto di tutela della concorrenza, l'art. 117 Cost. e il diritto comunitario: la "costituzionalizzazione" della figura dell'"imprenditore sovvenzionato"*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 6/2004, p. 4677 e ss.

Idem, *Diritto Europeo della concorrenza, divieti antitrust, controllo delle concentrazioni e procedimenti applicativi*, Cedam, Padova, 2007.

Pagano E., *I diritti fondamentali della Comunità europea dopo Maastricht*, in *Diritto dell'Unione Europea*, 1996, 176 ss.

Idem, *Autorizzazione all'esecuzione di misure disposte dalla Commissione in danno di imprese e controllo del giudice nazionale*, in *Diritto dell'Unione Europea*, 2003, p. 917 e ss.

Pappalardo A., *Il sistema sino ad oggi: rapporti tra legge 287/90 e diritto comunitario: diretta applicazione degli articoli 81 e 82*, in *Adeguare l'ordinamento italiano al Regolamento (CE) n. 1/2003: quali scelte normative per la modernizzazione*

dell'Antitrust, *Atti del convegno Assonime svoltosi presso la Corte di Cassazione*, 15 dicembre 2003, p. 15 e ss.

Pardalesi R., "Modernizzare" la disciplina antitrust italiana?, in *Adeguare l'ordinamento italiano al Regolamento (CE) n. 1/2003: quali scelte normative per la modernizzazione dell'Antitrust*, *Atti del convegno Assonime svoltosi presso la Corte di Cassazione*, 15 dicembre 2003, p. 111 e ss.

Idem, *Cartello e contratti dei consumatori: da Leibniz a Sansone*, in *Foro it.*, 2004, I, p. 469 e ss.

Idem, Palmieri, *L'antitrust per il benessere (e il risarcimento del danno) dei consumatori*, *ibid.*, 2005, I, p. 1015 e ss.

Paulis E., *Checks and Balances in the Eu Antitrust Enforcement System*, in *International Antitrust Law & Policy*, Fordham University School of Law, 2002, p. 381 e ss.

Paulis E., *Eighteen months of cooperation within the ECN: achievements and challenges illustrated by the work in the leniency field*, *Competition law and economics*, 2007, p. 61 e ss.

Pera A., *La normativa sulle intese: cambiamenti e complementi*, in *Adeguare l'ordinamento italiano al Regolamento (CE) n. 1/2003: quali scelte normative per la modernizzazione dell'Antitrust*, *Atti del convegno Assonime svoltosi presso la Corte di Cassazione*, 15 dicembre 2003, p. 89 e ss.

Idem, *Tutela della concorrenza e protezione del consumatore, quale complementarità?*, dagli *Antitrust tra diritto nazionale e diritto comunitario* - *Atti del Convegno di Treviso*, 22-23 maggio 2008, non ancora pubblicati.

Idem, *Concorrenza e antitrust*, *Il Mulino*, Bologna, 2005.

Pera A., Falce V., *The Modernisation of the EC Competition Law and the Role of National Competition Authorities – Revolution or Evolution?*, in *Diritto dell'Unione Europea*, 2-3/2003, vedi anche www.gop.it/documentation/modernisation_EN.pdf.

Pierinas Lòpez J.J., *The Aggravating Circumstance of Recidivism and the Principle of Legality in the EC Fining Policy: Nulla Poena sine Lege?*, in *World Competition*, 29(3), 2006, p. 441 e ss.

Pignataro L., *La riforma del diritto comunitario della concorrenza: il regolamento 1/2003 sull'applicazione degli articoli 81 e 82 del Trattato CE*, in *Contatto Impresa/Europa*, 2003, p. 233 e ss.

Idem, *Le misure di esecuzione del regolamento 1/2003 concernente l'applicazione degli articoli 81 e 82 del Trattato CE*, in *Contatto Impresa/Europa*, 2004, p. 1031 e ss.

Pocar F., *Dignità – Giustizia*, in L. S. Rossi, *Carta dei diritti fondamentali e Costituzione dell'UE*, Milano, Giuffrè, p. 83 e ss.

Polo M., *Una stagione di riforme per l'antitrust europeo*, intervista a Mario Monti, in *Merc. conc. reg.*, 2003, p. 297 e ss.

Prosperetti L., *I rapporti tra regolazione e tutela della concorrenza. Teoria economica ed esperienze recenti*, in *Mercato Concorrenza e Regole*, 2/2002, p. 277 e ss.

Prosperetti L., Siragusa M., Beretta M., Merini M., *Economia e diritto antitrust*, Roma, 2006.

Raffaelli E., *I poteri di indagine della Commissione in materia di concorrenza CEE e dell'Autorità garante*, in *Rivista di diritto civile*, 1992, II, p. 588 e ss.

Raffaelli E., Bellis J. F., *Diritto comunitario della concorrenza*, Giuffrè, Milano, 2006.

Renzulli A., *Sanzioni amministrative e tutela dei diritti fondamentali nel diritto comunitario della concorrenza*, in *Diritto Pubblico Comparato ed Europeo*, 3/2004, p. 1405 e ss.

Riley A., *Beyond Leniency: Enhancing Enforcement in EC Antitrust Law*, in *World Competition*, 2005, 28(3), p. 377 e ss.

Rinaldi R., *Il Regolamento del Consiglio n. 1/2003: un primo esame delle principali novità e dei punti aperti della riforma sull'applicazione delle regole comunitarie in materia di concorrenza*, in *Riv. comm. int.*, 2003, p. 143 e ss.

Ritter L., Gotti Tedeschi R., *The New Procedure under Article 9 Regulation 1/2003: Advantages and Weaknesses*, in *Contr. Impr. /Eur.*, 2005, p. 383 e ss.

Roberti G. M., Orlandi M., *Le procedure applicative delle regole di concorrenza*, in Tizzano A. (a cura di), *Il diritto privato dell'Unione Europea*, Giappichelli, Torino, 2006, p. 1638 e ss.

Rocca G., *L'Europa della concorrenza di fronte alle sfide del nuovo millennio. Le riforme necessarie in materia antitrust*, in Raffaelli E. A., (a cura di), *Antitrust between EC Law and National Law. Antitrust fra diritto comunitario e diritto nazionale*, Bruxelles, Milano, 2005, p. 43 e ss.

Rodger B.J., *Competition Law Compliance Programmes: A Study of Motivations and Practice*, in *World Competition*, 2005, 28(3), p. 349 e ss.

Romano G., *La messa in opera delle norme antitrust*, in Frignani A., Pardolesi R. (a cura di), *La concorrenza*, Giappichelli, Torino, 2006, p. 299 e ss.

Rossi L.S., *Il parere 2/94 sull'adesione della Comunità Europea alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Diritto dell'Unione Europea*, 1996, p. 839 e ss.

Ruggeberg J., Shinkel M.P., *Consolidating Antitrust Damages in Europe: A Proposal for Standing in Line with Efficient Private Enforcement*, in *World Competition*, 29(3), 2006, p. 395 e ss.

Ruggeri A., *Quale Costituzione per l'Europa?*, in *Diritto Pubblico Comparato ed Europeo*, 1/2004, p. 150 e ss.

Satta I., *La tutela giurisdizionale in Italia*, in Tosato G. L., Bellodi L. (a cura di), *Il nuovo diritto europeo della concorrenza. Aspetti procedurali*, Giuffrè, Milano, 2004, p. 543 e ss.

Savino R., *Da un constitution-making ad un constitution-making process? Principi generali del diritto comunitario, principi costituzionali comuni agli Stati membri e Costituzione europea*, in *Diritto Pubblico Comparato ed Europeo*, 1/2004, p. 57 e ss.

Sciandone F., *Riflessioni su non imposizione e riduzione delle ammende nel diritto comunitario antitrust*, in Caruso F., Sico L. (a cura di), *Le nuove frontiere della disciplina europea e del mercato nell'Unione Europea*, Giappichelli, Torino, 2003, p. 384 e ss.

Sciarra S. (a cura di), *Solidarietà, mercato e concorrenza nel welfare italiano: profili di diritto interno e comunitario*, Il Mulino, Bologna, 2007.

Sclafani F., *Italy*, on Cahill D. (ed.), *The Modernisation of EU Competition Law Enforcement in the EU: FIDE 2004 National Reports*, Cambridge, 2004, p. 305 e ss.

Scoca F.G., *Giudice amministrativo ed esigenze del mercato*, in *Diritto amministrativo*, 2008, vol. XVI, 2, p. 258 e ss.

Scoditti, *Il consumatore e l'antitrust*, *ibid.*, 2003, I, p. 1127 e ss.

Scognamiglio A., *Concorrenza e coordinazione delle tutele nel diritto antitrust*, Arti Grafiche La Regione, Università degli studi del Molise, Campobasso, 2008.

Siragusa M., Faella G., *The Implementation of Competition Rules in the Two Years since Modernisation*, relazione presentata al Convegno *Antitrust fra diritto nazionale e diritto comunitario*, Treviso, 18/19 maggio 2008.

Siragusa M., Guerri E., *L'applicazione del Reg. 1/2003 da parte dell'Autorità garante e possibili modifiche alla legge 287/90*, in *Adeguare l'ordinamento italiano al Regolamento (CE) n. 1/2003: quali scelte normative per la modernizzazione dell'Antitrust*, *Atti del convegno Assonime svoltosi presso la Corte di Cassazione*, 15 dicembre 2003, p. 29 e ss.

Siragusa M., Guerri E., *L'applicazione degli articoli 81 e 82 del Trattato CE in seguito all'introduzione del Regolamento 1/2003*, in *Il Diritto Industriale*, 2004, p. 348 e ss.

Siragusa M., *I rapporti tra i soggetti del sistema della concorrenza: riparto di competenze e circolazione delle informazioni*, relazione presentata al convegno *Le nuove regole di concorrenza*, Roma, ABI, 3 luglio 2003.

Idem, *Una prima analisi del regime delle prove nel diritto della concorrenza: la giurisprudenza del TAR del Lazio e del Consiglio di Stato*, in Raffaelli E. A., (a cura di), *Antitrust between EC Law and National Law. Antitrust fra diritto comunitario e diritto nazionale*, Bruxelles, Milano, 2005, p. 85 e ss.

Idem, *Il principio di eccezione legale*, relazione presentata al convegno *Le nuove regole di concorrenza*, Roma, ABI, 3 luglio 2003.

Idem, *The Modernisation of the EC Competition Law: Risks of Inconsistency and Forum Shopping*, European University Institute, Fiesole, 2000.

Spangher G., *Art. 4, Protocollo VII, Diritto a non essere giudicato o punito due volte*, in S. Bartole, B. Conforti, G. Raimondi, *Commentario alla Carta dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Padova, Cedam, 2001, p. 957 e ss.

Squillante F., *La procedura nell'ordinamento italiano*, in Tosato G. L., Bellodi L. (a cura di), *Il nuovo diritto europeo della concorrenza. Aspetti procedurali*, Giuffrè, Milano, 2004.

Strozzi G. (a cura di), *Diritto dell'Unione Europea. Parte Speciale*, Giappichelli, Torino, 2005.

Stuyck J., *Le droit de la concurrence. Réalisme économique, subsidiarité et intérêt général dans l'évolution du droit de la concurrence*, in De Schutter O., Nihoul P. (sous la direction de), *Une Constitution pour l'Europe. Réflexions sur les transformations du droit de l'Union Européenne*, Bruxelles, 2004, p. 305 e ss.

Tardella E., *Private Enforcement delle regole della concorrenza: quale equilibrio?*, da *Antitrust tra diritto nazionale e diritto comunitario - Atti del Convegno di Treviso*, 22-23 maggio 2008, non ancora pubblicati.

Tavassi M., *Il Regolamento CE n. 1/2003: verso la devoluzione di competenze in materia di concorrenza dalla Commissione Europea alle Autorità Garanti ed ai giudici nazionali*, in *Diritto comunitario e degli scambi internazionali*, 2/2004, p. 315 e ss.

Idem, *La tutela cautelare in ambito comunitario*, in Tavassi M., Scuffi M. (a cura di), *Diritto processuale antitrust: tutela giurisdizionale della concorrenza*, Giuffrè, Milano, 1998, p. 241 e ss.

Idem, *Towards the Application of Article 81(3) by national courts in Italy*, in *RIDPC*, 2001, p. 123 e ss.

Tavassi M., Scuffi M. (a cura di), *Diritto processuale antitrust: tutela giurisdizionale della concorrenza*, Giuffrè, Milano, 1998, p. 241 e ss.

Temple Lang J., *Commitment Decisions under Regulation 1/2003: Legal Aspects of a New Kind of Competition Decision*, in *European Competition Law Review*, 2003, p. 347 e ss.

Tesauro G., *Diritto Comunitario*, Cedam, Padova, 2005.

Idem, *Applicazione del diritto comunitario della concorrenza da parte delle autorità nazionali*, in Atti del Convegno di Treviso, 13-14 maggio 1999, in *Antitrust tra diritto nazionale e diritto comunitario*, Milano, Giuffrè, 2000, rispettivamente, p. 1 e ss.

Idem, *Panorama dei recenti sviluppi del diritto antitrust*, in Atti del convegno di Treviso, 16-17 maggio 2002, in *Antitrust tra diritto nazionale e diritto comunitario*, Milano, Giuffrè, 2003, p. 1 e ss.

Tiraboschi G., *L'intreccio tra politica di coesione e strategia di Lisbona: i fondi strutturali*, in *Diritto delle relazioni industriali*, fasc. 1, 2007, p. 287 e ss.

Tizzano A., *L'applicazione decentrata degli articoli 85 e 86 TR. CEE in Italia*, in *Il Foro Italiano*, fasc. 1, 1995, p. 35 e ss.

Todino M., *Le norme comunitarie della concorrenza nei poteri dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato*, in DCI, 1998, p. 751 e ss.

Idem, *L'Autorità e l'applicazione decentrata degli articoli 85 e 86 del Trattato CE*, in Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (a cura di), Istituto Poligrafico Zecca dello Stato, Roma, 1997.

Idem, *Modernisation from the Perspective of National Competition Authorities: Impact of the Reform on Decentralised Application of EC Competition Law*, in *European Competition Law Review*, 2000, p. 348 e ss.

Tonetti A., *La dimensione autoritativa del diritto amministrativo europeo: i poteri ispettivi in materia di tutela della concorrenza*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 2005, p. 83 e ss.

Tosato G. L., *Il processo di modernizzazione*, in Tosato G. L., Bellodi L. (a cura di), *Il nuovo diritto europeo della concorrenza. Aspetti procedurali*, Giuffrè, Milano, 2004, p. 25 e ss.

Tosato G. L., *Il processo di modernizzazione*, in Moavero Milanese E., *Diritto della concorrenza dell'Unione Europea*, Edizione Scientifica, Napoli, 2004, p. 92 e ss.

Tosato G. L., Bellodi L. (a cura di), *Il nuovo diritto europeo della concorrenza. Aspetti procedurali*, Giuffrè, Milano, 2004.

Ubertazzi L. C., *Regolamento (CE) n. 1/2003*, in U. Marchetti – L. C. Ubertazzi, *Commentario breve al diritto della concorrenza*, Padova, Cedam, 2004, III^a, p. 2093 e ss.

Vasques L., *Disciplina antitrust, organi comunitari e autorità nazionali, osservazione a Trib. CE 24 gennaio 1995, (causa T-114/92)*, in *Il Foro Italiano*, 1996, fasc. 1, p. 44 e ss.

Venit J.S., *Brave New World: The Modernisation and Decentralisation of Enforcement under Articles 81 e 82 of the EC Treaty*, in *CMLRev*, 2003, p. 545 e ss.

Vesterdorf B., *Double Jeopardy by Parallel International Prosecution of Cartels – Ne Bis in Idem Principle in Competition Matters*, in *European Commission, Vth International Cartel Workshop*, 1-3 october 2003, Brussels.

Vicentini M., Venturini F., *La nuova disciplina comunitaria in materia di concorrenza*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2003, II, p. 537 e ss.

Vickers J., *A tale of two cases: IBM and Microsoft*, in *Competition Policy International*, 2008, vol. 4, n. 1, p. 3 e ss.

Villani U., *Diritti fondamentali tra Carta di Nizza, Convenzione europea dei diritti dell'uomo e progetto di Costituzione europea*, in *Diritto dell'Unione Europea*, 1/2004, p. 73 e ss.

Waelbroeck D., *Le régime des pratiques restrictives de concurrence et le règlement (CE) 1 /2003 relatif à l'application des articles 81 e 82 du Traité CE*, in Puttemans A. (sous la direction de), *Aspects récents du droit de la concurrence*, Bruxelles, 2005, p. 1 e ss.

Waller W. S., *Towards a Constructive Public-Private Partnership to Enforce Competition Law*, in *World Competition*, 2006, 29(3), p. 367 e ss.

Wesseling R., *The Commission White paper on Modernisation of EC Antitrust Law: Unspoken Consequences and Incomplete Treatment of Alternative Options*, in *European Competition Law Review*, XX, 8/1999, p. 420 e ss.

Wils W. P. J., *The Modernization of the Enforcement of Articles 81 and 82 EC: A legal and economic Analysis of the Commission's proposal for a new Council Regulation Replacing Regulation n.17*, in *5 Fordham Int'l Law Journal*, 1655, 2001.

Idem, *Should Private Antitrust Enforcement Be Encouraged in Europe?*, *World Competition*, Volume 26, 3, 2003, p. 473 ss.

Idem, *La compatibilité des procédures communautaires en matière de concurrence avec la CEDU*, in *Cahier Droit Européen*, 1996, p. 334 e ss.

Idem, *The Principle of "Ne Bis in Idem" in EC Antitrust Enforcement: A Legal and Economic Analysis*, in *World Competition*, XXVI, 2/2003, p. 1 e ss.

Idem, *Powers of Investigation and Procedural Rights and Guarantees in EU Antitrust Enforcement: the Interplay between European and National Legislation Case-law*, in *World Competition*, 29(1), 2006, p. 3 e ss.

Idem, *Settlements of EU Antitrust Investigations: Commitment Decisions under Article 9 of Regulation No. 1/2003*, in *World Competition*, 29(3), 2006, p. 345 e ss.

Idem, *Optimal Antitrust Fines: Theory and Practice*, in *World Competition*, 29(2), 2006, p. 183 e ss.

Idem, *Is Criminalization of EU Competition Law the Answer?*, 28(2), 2005, p. 117 e ss.

Idem, *Principles of European Antitrust Enforcement*, Oxford, 2005.

Wibmann T., *Decentralized Enforcement of EC Competition Law and the New Policy on Cartels. The Commission White Paper of 28th of April 1999*, in *World Competition*, 2000, p. 123 e ss.