

*circolazione dei lavoratori*, in TIZZANO (a cura di), *Il diritto privato dell'Unione Europea*, I, Torino 2006, p. 982; GUILD-HARLOW, *Implementing Amsterdam: immigration and asylum rights*, in *EC law*, Oxford 2001; MALAGUTI M.C., *The Payment System in the European Union*, London 1997; MALATESTA A., *Prime osservazioni sul regolamento CE n. 2157/2001 sulla società europea*, in *Riv. dir. int. priv. proc.* 2002, p. 613 ss.; MASTROIANNI R., *Libertà di prestazione dei servizi*, in L.C. UBERTAZZI (a cura di), *Annuari italiani di diritto d'autore*, 1997, p. 607; MATTERA A., *La libertà di circolazione e di soggiorno dei cittadini europei e la diretta applicabilità dell'articolo 18 del trattato CE*, in *Il dir. dell'U. europea* 1999, p. 431; NASCIBENE B., *Nationality Law and Citizenship of the European Union*, in NASCIBENE B. (a cura di), *Nationality Laws in the European Union*, Milano 1996, p. 1; NASCIBENE B. (a cura di), *La libera circolazione dei lavoratori*, Milano 1998; NASCIBENE-SANNA, *Norme comunitarie e norme nazionali sull'esercizio della professione forense in Italia*, in *Riv. dir. int. priv. proc.* 2002, p. 349; PAPADOPOULOU R., *Situations purement internes et droit communautaire*, in *Cahiers de droit eur.* 2002, p. 95; PENNING S.F.J.L., *Introduction to European social security law*, The Hague 2001; POCAR-VIARENGO, *Diritto comunitario del lavoro*, Padova 2001; SANTA MARIA A., *Diritto commerciale comunitario*, Milano 2008; SIDEK SEYAD M., *European Community Law on the free movement of capital and the EMU*, The Hague 1999; SPAVENTA E., *From Gebhard to Carpenter: towards a (non-) economic european Constitution*, in *Common Market Law Review* 2004, p. 743; USHER J., *The law of money and financial services in the European Community*, Oxford 2000; VAN DER MEI P., *Free Movements of Persons within the European Community*, Oxford 2003; VAN RAEPENBUSCH S., *La sécurité sociale des travailleurs européens*, Bruxelles 2001; WEISS-WOOLDRIDGE, *Free Movement of Persons within the European Community*, The Hague 2002; WESTERHOF J.G., *A comparison of the free movement of services and the free movement of goods: towards a single approach*, Stocholm, Institut for European Law n. 46, 1998.

## CAPITOLO VI

### LA DISCIPLINA DELLA CONCORRENZA APPLICABILE ALLE IMPRESE

SOMMARIO: 1. Il regime della concorrenza nell'Unione Europea. – 2. La nozione di impresa. – 3. Oggetto e condizioni di applicabilità del divieto di cui all'art. 101: l'accordo, la pratica concordata, la decisione di associazione di imprese. – 4. Le condizioni del divieto. Il pregiudizio al commercio intracomunitario. – 5. L'alterazione delle condizioni di concorrenza. Portata territoriale del divieto. – 6. La regola *de minimis*. – 7. Ipotesi tipizzate di intesa. Gli accordi di distribuzione. – 8. La nullità degli accordi vietati. – 9. Le esenzioni individuali di cui all'art. 101, n. 3. – 10. Le esenzioni per categoria. – 11. Intese vietate e intese autorizzate. – 12. L'abuso di posizione dominante. Il mercato rilevante. – 13. Nozione di sfruttamento abusivo. – 14. Applicazione cumulativa degli artt. 101 e 102. Conseguenze dell'accertamento di un abuso. – 15. La procedura di applicazione degli artt. 101 e 102. La denuncia, le indagini preliminari, la procedura formale. – 16. *Segue*: poteri di controllo della Commissione e diritti dei singoli. – 17. *Segue*: le decisioni della Commissione. I poteri sanzionatori. – 18. Il controllo sulle concentrazioni. – 19. Tutela della concorrenza tra diritto comunitario e diritto nazionale. – 20. La cooperazione tra Commissione, autorità e giudici nazionali nell'applicazione del diritto europeo della concorrenza.

#### 1. IL REGIME DELLA CONCORRENZA NELL'UNIONE EUROPEA

La sana concorrenza tra le imprese che operano nel mercato comune rappresenta uno degli obiettivi primari dell'Unione ed al tempo stesso uno degli strumenti più efficaci per mantenere e con-

solidare l'assetto unitario del mercato. Che poi sia più uno strumento del mercato unico e vada utilizzata principalmente in funzione di quest'ultimo, o piuttosto un obiettivo autonomo, è una questione che talvolta si pone rispetto al caso concreto, ma che in definitiva non richiede una risposta astratta e di principio. Ad esempio, e per maggiore chiarezza, più volte è stato ribadito che la sana concorrenza «implica l'esistenza sul mercato di una concorrenza efficace (*workable competition*), cioè di un'attività concorrenziale sufficiente a far ritenere che siano rispettate le esigenze fondamentali e conseguite le finalità del Trattato e – in particolare – la creazione di un mercato unico che offra condizioni analoghe a quelle di un mercato interno» (1).

Orbene, la sequenza e il tenore letterale dell'art. 3, par. 3, del TUE, l'art. 113 del TFUE, nonché il Protocollo n. 27, così come introdotti dal Trattato di Lisbona, sembrano suggerire la strumentalità delle regole di concorrenza rispetto all'obiettivo prioritario della realizzazione del mercato interno.

Tuttavia, come si vedrà appresso, a prescindere da queste astratte norme di principio, in materia di concorrenza il Trattato di Lisbona non ha apportato alcuna modifica alle disposizioni materiali. Pertanto, ci sembra ragionevole ipotizzare che le modifiche terminologiche e strutturali operate a livello di principi generali non siano tali da incidere in maniera significativa sull'intera disciplina della concorrenza, così come finora applicata.

I valori cui, con tutta evidenza, s'ispira l'intero sistema giuridico dell'Unione restano quelli c.d. liberali dell'economia di mercato, nel rispetto dei quali il grande mercato europeo deve consentire agli imprenditori di competere tra loro ad armi pari e sulla base delle rispettive capacità e possibilità; ed ai consumatori di scegliere i prodotti e i servizi che ritengano migliori e dove siano più convenienti. La natura «sociale» della politica europea sulla concorrenza è ora espressamente affermata dall'art. 3, par. 3, TUE che per l'ap-

(1) Metro, 26/76, sent. 25 ottobre 1977, *Racc.* p. 1875, punto 20. V. anche *Continental Can*, 6/72, sent. 21 febbraio 1973, *Racc.* p. 215, punti 25-26; *Hoffmann-La Roche*, 85/76, sent. 13 febbraio 1979, *Racc.* p. 461, punto 38.

punto richiede la promozione di «un'economia sociale di mercato fortemente competitiva».

Il regime della concorrenza disegnato dal Trattato CE e, di fatto, confermato dal Trattato di Lisbona, è dunque funzionale all'obiettivo di integrare i diversi mercati nazionali in un mercato unico con caratteristiche analoghe a quelli interni dei Paesi membri, sì che l'efficacia della concorrenza va misurata di volta in volta sulle caratteristiche del prodotto o del servizio e sulla struttura del relativo mercato (2). Ciò vuol dire che la politica di tutela della concorrenza non rimane isolata rispetto ad altri valori ed altre politiche pure promosse dall'Unione, tra le quali, come indicato all'art. 3, par. 3, la politica di coesione sociale, di ricerca e sviluppo e quella ambientale (3). Pertanto non è escluso che talune restrizioni della concorrenza siano nondimeno tollerabili, purché finalizzate al raggiungimento di altri obiettivi del Trattato e così compensate da effetti benefici per la collettività. Ne consegue la possibilità, in forza dell'art. 101, n. 3, di accordare deroghe quando le restrizioni si rivelino idonee a contribuire allo sviluppo armonioso delle attività economiche nell'insieme della Comunità conformemente all'art. 3 del Trattato UE (4).

Il sistema, che attribuiva alla sola Commissione la competenza a concedere esenzioni, è stato radicalmente modificato a decorrere dal maggio 2004, con l'attribuzione della competenza anche alle autorità di concorrenza e alle giurisdizioni degli Stati membri dell'applicazione non solo dell'art. 101, n. 1, e dell'art. 102 del Trattato, ma anche dell'art. 101, n. 3; e con l'introduzione di un regime c.d. di *eccezione legale*, in base al quale le intese restrittive della concorrenza ai sensi dell'art. 101, n. 1, sono lecite e valide *ab initio*, senza la necessità di una preventiva decisione in tal senso, laddove siano soddisfatte le condizioni previste per l'appunto dal n. 3 (5).

(2) V. in tal senso *Metro*, *sopra citata*, punto 20.

(3) *Metro*, *sopra citata*, punto 43; *Nestlé-Perrier*, T-96/92 e T-12/93, sent. 27 aprile 1995, *Racc.* p. II-1213, punti 30-31; *Commissione c. Danimarca*, 302/86, sent. 30 settembre 1988, *Racc.* p. 4607, punto 21.

(4) V. *Wilhelm*, 14/68, sent. 13 febbraio 1969, *Racc.* p. 1, punto 5.

(5) Art. 5 del regolamento n. 1/2003 del Consiglio, del 16 dicembre 2002, in *GUCE* L 1/1 del 4 gennaio 2003.

Anche in relazione agli aiuti di Stato (artt. 107 e 108 del Trattato) il ruolo attivo della Commissione nel fare applicazione delle regole, incentrate sul divieto di aiuti e sulla previsione di eccezioni, finisce con l'investire, condizionandone aspetti anche rilevanti, le scelte di politica economica ed industriale degli Stati membri.

L'azione dell'Unione si è sviluppata in questo campo in più direzioni e con strumenti sia diretti che indiretti. Alcuni di essi riguardano i comportamenti delle imprese e tendono ad evitare che, attraverso strategie concertate, siano vanificati gli effetti della libera circolazione delle merci e dei servizi e comunque alterate le condizioni di concorrenza determinate esclusivamente dalla capacità imprenditoriale di ciascuna impresa e dal libero esplicarsi delle dinamiche concorrenziali sul mercato. Altri mirano ad evitare che la concentrazione di potere economico e commerciale produca analoghe conseguenze. Altri ancora sono diretti a far sì che le imprese di un determinato Stato membro non si vengano a trovare in una situazione privilegiata e di minori costi di produzione per effetto di una politica di intervento pubblico che, favorendo determinate imprese o produzioni, finisca con l'avere più ampi effetti anticoncorrenziali; ciò in particolare attraverso la concessione di aiuti o l'uso dello strumento fiscale.

È in tale articolata prospettiva che vanno lette le conferenti disposizioni del Trattato, sia quelle destinate specificamente alle imprese, sia quelle che hanno come destinatari diretti gli Stati membri. Al riguardo va subito sottolineato, salvo gli ulteriori approfondimenti, che questi ultimi sono anzitutto tenuti, in virtù del principio di cooperazione di cui all'art. 4, par. 3, TUE (già art. 10 del Trattato CE), a non mantenere e a non adottare misure legislative o regolamentari suscettibili di eliminare l'effetto utile delle norme sulla concorrenza applicabili alle imprese<sup>(6)</sup>. In secondo luogo, rileva la disposizione più spe-

<sup>(6)</sup> Leclerc, 229/83, sent. 10 gennaio 1985, *Racc.* p. 1; Vlaamse Reisbureaus, 311/85, sent. 1° ottobre 1987, *Racc.* p. 3801, in particolare punti 23-24; Van Eycke, 267/86, sent. 21 settembre 1988, *Racc.* p. 4769; Ahmed Saeed, 66/86, sent. 11 aprile 1989, *Racc.* p. 803; Inno c. ATAB, 13/77, sent. 16 novembre 1977, *Racc.* p. 2115; Commissione c. Italia (spedizionieri doganali), C-35/96, sent. 18 giugno 1998, *Racc.* p. I-3851, punto 53 e seguenti.

cifica contenuta nell'art. 106: gli Stati membri non adottano nei confronti delle imprese pubbliche o titolari di diritti esclusivi o speciali alcuna misura contraria alle norme del Trattato, in particolare a quelle sulla concorrenza<sup>(7)</sup>. In terzo luogo, completano la disciplina «diretta» della concorrenza le norme sugli aiuti di Stato contenute negli artt. da 107 a 109 del Trattato.

In questa triplice direzione – norme destinate alle imprese, norme relative alle imprese pubbliche e norme sugli aiuti – si svolge la nostra ricognizione sul regime comunitario della concorrenza.

La sfera di applicazione materiale delle norme europee sulla concorrenza si estende a tutte le attività economicamente rilevanti che non vi siano espressamente sottratte. Sono sottoposte a tale disciplina non solo le attività di produzione di beni, ma anche quelle di prestazione di servizi, comprese le attività del settore bancario e quelle del settore delle assicurazioni, che pure alcuni ritenevano estranee alla sfera di applicazione degli artt. 101 e 102<sup>(8)</sup>. Lo stesso dicasi per il settore dei trasporti<sup>(9)</sup>. Anche al settore carbo-sideurgico, infine, che era soggetto alle norme di concorrenza del Trattato CECA fino alla scadenza di tale Trattato, avvenuta il 23 luglio 2002 (artt. 305 CE e 65-66 CECA), sono oggi applicabili le norme UE. I cambiamenti che ne sono derivati, peraltro, sono molto limitati sotto il profilo della disciplina sostanziale, in quanto, come precisato anche in giurisprudenza, i principi alla base dei due regimi erano già gli stessi<sup>(10)</sup>.

<sup>(7)</sup> Francia c. Commissione (terminali di telecomunicazioni), C-202/88, sent. 19 marzo 1991, *Racc.* p. I-1223; punto 22; ERT, C-260/89, sent. 18 giugno 1991, *Racc.* p. I-2925, punti 12 e 36.

<sup>(8)</sup> Per le attività assicurative, v. ad esempio sentenza Verband der Sachversicherer, 45/85, sent. 27 gennaio 1987, *Racc.* p. 405, punti 12 e 14; per le banche, Zuechner, 172/80, sent. 14 luglio 1981, *Racc.* p. 2021, punti 7-8.

<sup>(9)</sup> Centro Servizi Spediporto, C-96/94, sent. 5 ottobre 1995, *Racc.* p. I-2883, punto 19; Reiff, C-185/91, sent. 17 novembre 1993, *Racc.* p. I-5801, punto 12; Corsica Ferries France (ormeggiatori Genova), C-266/96, sent. 18 giugno 1998, *Racc.* p. I-3949, punto 34.

<sup>(10)</sup> Thyssen Stahl, T-141/94, sent. 11 marzo 1999, *Racc.* p. II-347, punti 258 e seguenti. La Commissione ha provveduto ad adottare una Comunicazione «relativa ad alcuni aspetti del trattamento di casi in materia di concorrenza a seguito

Possono, invece, in presenza di determinate condizioni, non rientrare nell'ambito di applicazione dell'art. 101 del Trattato gli accordi collettivi di lavoro, stipulati dalle parti sociali in vista di obiettivi socialmente rilevanti, quali il miglioramento delle condizioni di occupazione e di lavoro, nella misura in cui tali obiettivi sarebbero altrimenti compromessi. Si tratta di una giurisprudenza che, sul presupposto della ormai pari valenza della politica di concorrenza e della politica sociale (artt. 151-161 TFUE, già artt. 136-145 TCE), si è sviluppata soprattutto intorno all'ipotesi di fondi pensioni complementari o comunque di meccanismi previdenziali o assistenziali, il cui funzionamento ed i cui effetti possono essere disciplinati da accordi collettivi ed all'occorrenza da misure di rango legislativo <sup>(11)</sup>.

Possono essere inoltre sottratte all'applicazione delle regole di concorrenza, ad esempio, le attività relative alla produzione ed al commercio dei prodotti agricoli, oggetto della deroga espressa di cui all'art. 42 TFUE (già art. 36 del Trattato CE) <sup>(12)</sup>. In particolare, in base a tale disposizione, le regole di concorrenza sono applicabili alla produzione ed al commercio di prodotti agricoli – unicamente nella misura determinata dal Consiglio e dal Parlamento nei tempi e nelle modalità stabiliti dall'art. 43 TFUE. Con il regolamento 1184/06 <sup>(13)</sup>, il Consiglio ha dichiarato inapplicabile l'art.

della scadenza del trattato CECA», n. 2002/C 152/03, in GUCE C 152 del 26 giugno 2002.

<sup>(11)</sup> V. il gruppo di sentenze del 21 settembre 1999: Albany, C-67/96, *Racc.* p. I-5751, punto 46 e seguenti; Brentjens', C-115-117/97, *Racc.* p. I-6025, punto 50 e seguenti; Drijvende Bokken, C-219/97, *Racc.* p. I-6121, punto 40 e seguenti, nonché Van der Woude, C-222/98, sent. 21 settembre 2000, *Racc.* p. I-7111, punto 22 e seguenti. Al contrario, non è stato escluso dall'applicazione delle regole di concorrenza un accordo ugualmente istitutivo di un regime pensionistico integrativo, ma stipulato da esponenti di una professione liberale e dunque non concluso nell'ambito di una contrattazione collettiva tra parti sociali: Pavlov, C-180 e 184/98, sent. 12 settembre 2000, *Racc.* p. I-6451, punti 67-70.

<sup>(12)</sup> Maizena c. Consiglio, 139/79, sent. 29 ottobre 1980, *Racc.* p. 3393, punto 23 e seguenti; Germania c. Consiglio (banane), C-280/93, sent. 5 ottobre 1994, *Racc.* p. I-4973.

<sup>(13)</sup> Regolamento del 24 luglio 2006, in GUUE L 214 del 4 agosto 2006, p. 7, modificato dal regolamento (CE) n. 1234/2007 del Consiglio, del 22 ottobre

101 del Trattato agli accordi o decisioni o pratiche concordate che costituiscano parte integrante di un'organizzazione nazionale di mercato o che siano necessari al perseguimento degli obiettivi di cui all'art. 39 TFUE (già art. 33 TCE); attribuendo poi alla Commissione la competenza esclusiva ad «accertare, mediante decisione da pubblicarsi, per quali accordi, decisioni e pratiche» ricorrono le condizioni della deroga.

La generale applicabilità delle regole comunitarie di concorrenza ai prodotti agricoli incontra dunque dei limiti riconducibili alla necessità di non pregiudicare il raggiungimento degli obiettivi della politica agricola comune <sup>(14)</sup>. La prima deroga al divieto di cui all'art. 101, n. 1, è di portata ormai molto limitata, sia perché sono state create per la maggior parte dei prodotti delle organizzazioni comuni di mercato, che hanno sostituito quelle esistenti a livello nazionale, sia perché, dopo la fine del periodo transitorio, le organizzazioni nazionali di mercato devono comunque essere conformi alle disposizioni del Trattato relative alla libera circolazione delle merci <sup>(15)</sup>. Di rilievo attuale è invece quella stabilita con riferimento alle intese necessarie al conseguimento degli obiettivi di cui all'art. 39 del Trattato. Tale previsione, in quanto eccezione ad una norma generale, è stata peraltro interpretata in maniera restrittiva sia nella prassi decisionale della Commissione, che nella giurispru-

2007, recante organizzazione comune dei mercati agricoli e disposizioni specifiche per taluni prodotti agricoli (regolamento unico OCM), in GUUE L 299 del 16 novembre 2007, p. 1 e, da ultimo, dal regolamento n. 491/2009 del Consiglio, del 25 maggio 2009, in GUUE L 154 del 17 giugno 2009, p. 1, che ha sostituito il regolamento n. 26/62 del 4 aprile 1962, in GUCE del 20 aprile 1962, n. 30.

<sup>(14)</sup> Il regolamento n. 1184/2006, come il precedente n. 26/62, non prevede invece alcuna eccezione in ordine all'applicabilità dell'art. 82 (oggi 102 TFUE). L'abuso di posizione dominante è dunque perseguibile nel settore agricolo negli stessi termini in cui ciò avviene in tutti gli altri settori economici: Suiker Unie, 40-48, 50, 54-56, 111, 113-114/73, sent. 16 dicembre 1975, *Racc.* p. 1663; United Brands, 27/76, sent. 14 febbraio 1978, *Racc.* p. 207. Del pari, il regolamento n. 4064/89, ora sostituito dal regolamento n. 139/2004 (v. *infra*, par. 18), relativo al controllo delle concentrazioni, come precisato dallo stesso, si applica senza eccezioni alle concentrazioni che riguardano i mercati dei prodotti agricoli.

<sup>(15)</sup> Charmasson, 48/74, sent. 10 dicembre 1974, *Racc.* p. 1383; Commissione c. Francia (carne ovina), 232/78, sent. 25 settembre 1979, *Racc.* p. 208.

denza della Corte e del Tribunale di primo grado, secondo i quali, per rientrare in tale categoria, non è sufficiente che un determinato accordo tenda a realizzare gli obiettivi dell'art. 39, ma occorre che esso rappresenti l'unico e migliore strumento a tale scopo. Solo in questa eventualità, un tale accordo può essere considerato necessario ai sensi della suddetta disposizione <sup>(16)</sup>.

Relativamente agli accordi verticali, ai sensi della disciplina relativa a diverse organizzazioni comuni di mercato, beneficiano di una parziale esenzione dalle regole di concorrenza gli accordi interprofessionali <sup>(17)</sup>. Sono tuttavia considerati in ogni caso contrari all'art. 101

<sup>(16)</sup> Frubo, 71/74, sent. 15 maggio 1975, *Racc.* p. 563; Oude Luttikhuis, C-399/93, sent. 12 dicembre 1995, *Racc.* p. I-4515; Florimex, T-70-71/92, sent. 14 maggio 1997, *Racc.* p. II-693, confermata dalla Corte in appello: C-265/97 P, sent. 30 marzo 2000, *Racc.* p. I-2061, punti 94-95; Milk Marque, C-137/00, sent. 9 settembre 2003, *Racc.* I-7975, punto 57; FNCBV, riunite T-217/03 e T-245/03, sent. del 13 dicembre 2006, *Racc.* p. II-4987. A ciò si aggiunga che nel determinare l'esatta portata delle deroghe di cui al regolamento n. 1184/2006 non si può prescindere dai radicali cambiamenti del contesto normativo intervenuti a seguito della progressiva attuazione della PAC. L'orientamento interpretativo delle competenti istituzioni comunitarie tiene conto di una siffatta evoluzione: v. ad esempio, in relazione alla c.d. «eccezione cooperativa» (seconda frase dell'art. 2, n. 1, del regolamento 26/62) all'applicabilità delle norme di concorrenza, Drijkstra, C-319/93, C-40 e 224/94, sentenze 12 dicembre 1995, *Racc.* p. I-4471; Oude Luttikhuis, *sopra citata*. La circostanza che la cooperazione e l'associazionismo tra agricoltori siano visti con favore sia dal legislatore nazionale, sia dalle autorità comunitarie, si spiega in quanto essi facilitano il raggiungimento degli obiettivi della PAC, costituendo un fattore importante di ammodernamento e razionalizzazione del settore agricolo e di miglioramento dell'efficienza delle imprese. Ciò non impedisce, beninteso, una verifica della loro compatibilità con l'art. 81, n. 1. Non sono infatti rare le occasioni in cui la Commissione ha vietato accordi di tale tipo, a motivo degli effetti anticoncorrenziali prodotti dagli stessi. Tra le tante, 2003/600/CE: Decisione della Commissione, del 2 aprile 2003, relativa ad una procedura di applicazione dell'articolo 81 del trattato CE (Caso COMP/C.38.279/F3 - Carni bovine francesi) (GU L 209 del 19 settembre 2003, p. 12); 2007/236/CE: Decisione della Commissione, del 20 ottobre 2004, relativa ad un procedimento ai sensi dell'articolo 81, paragrafo 1, del trattato CE (Caso COMP/C.38.238/B.2) - Tabacco greggio - Spagna (GU L 102 del 19 aprile 2007, p. 14); 2006/901/CE: Decisione della Commissione, del 20 ottobre 2005, relativa ad un procedimento ai sensi dell'articolo 81, paragrafo 1, del trattato CE (Caso COMP/C.38.281/B.2 - Tabacco greggio, Italia) (GU L 353 del 13 dicembre 2006, p. 45).

<sup>(17)</sup> V., il regolamento (CE) n. 1234/2007, regolamento unico OCM, già ci-

gli accordi interprofessionali che portano alla ripartizione dei mercati e alla fissazione dei prezzi oppure, più in generale, che producono effetti distorsivi della concorrenza in una misura che va oltre quanto necessario per il raggiungimento degli obiettivi della PAC, o, infine, che eliminano la concorrenza rispetto ad una percentuale sostanziale dei prodotti in questione. Per quanto riguarda gli accordi tra singoli operatori, quelli conclusi cioè da un'impresa agricola o una associazione di produttori o una cooperativa, da un lato, e un distributore, dall'altro, essi assumono certamente rilievo *antitrust* in virtù della loro idoneità a limitare l'accesso al mercato e la concorrenza tra gli operatori. Del pari, accordi di *partnership* tra produttori e distributori, che possono a volte costituire strumenti importanti per migliorare la competitività del settore agricolo, in quanto permettono di orientare alle esigenze del mercato la produzione e di assicurare una maggiore efficienza e stabilità delle consegne, sono da considerare restrittivi della concorrenza se e quando si trasformano in accordi commerciali esclusivi rispetto a prodotti specifici.

Attualmente, peraltro, grazie al nuovo regolamento sulle intese verticali <sup>(18)</sup>, gran parte delle restrizioni della concorrenza determinate dai suddetti accordi sono esentate dall'applicazione delle norme *antitrust* relative alle intese, dato il permanere di un livello di frammentazione del settore tale da rendere improbabile il raggiungimento della soglia del 30% della quota di mercato da parte dei fornitori, vale a dire i produttori agricoli.

È infine sottratto all'applicazione delle regole di concorrenza il settore della difesa e della sicurezza nazionale. L'art. 346 TFUE (già art. 296 TCE) consente agli Stati membri di non fornire informazioni contrarie alle esigenze essenziali di sicurezza e di prendere le misure necessarie alla tutela di interessi essenziali connessi alla

tato, come modificato dal regolamento (CE) n. 361/2008 del 14 aprile 2008, in GUUE L 121 del 7 maggio 2008, p. 1.

<sup>(18)</sup> Regolamento (CE) n. 2790/99 della Commissione del 22 dicembre 1999, relativo all'applicazione dell'articolo 81, paragrafo 3, del trattato CE a categorie di accordi verticali e pratiche concordate (GUCE del 29 dicembre 1999, n. L 336, p. 21). Il regolamento è entrato in vigore il 1° gennaio 2000 ed è applicabile dal 1° giugno 2000.

produzione ed al commercio di materiale bellico, armi e munizioni. Lo Stato membro interessato e la Commissione possono trovare insieme le misure meno distorsive della concorrenza, mentre la Corte di giustizia può essere adita direttamente dagli Stati membri e dalla Commissione in caso di uso improprio dei poteri consentiti nel settore in questione (art. 348 TFUE, già art. 298 TCE).

In definitiva, le norme del Trattato specificamente indirizzate alle imprese sono quelle di cui agli artt. 101 e 102, dedicati rispettivamente alle intese tra imprese ed all'abuso di posizione dominante. Si tratta di norme provviste di effetto diretto e dunque azionabili dal singolo dinanzi al giudice nazionale<sup>(19)</sup>; nonché applicabili cumulativamente<sup>(20)</sup>. Alle norme ricordate vanno aggiunte quelle introdotte dal Consiglio in virtù dell'art. 103, in particolare il regolamento n. 1/2003 del 16 dicembre 2002, che contiene l'insieme delle disposizioni più rilevanti ai fini dell'attuazione dei principi di cui agli artt. 101 e 102 del Trattato<sup>(21)</sup>. Sin d'ora va sinteticamente precisato che tale regolamento ha ridotto l'attività di controllo della Commissione, concen-

<sup>(19)</sup> BRT/SABAMI, 127/73, sent. 30 gennaio 1974, *Racc.* p. 5, punti 16-17. Più di recente, v. *Courage & Crehan*, C-453/99, sent. 20 settembre 2001, *Racc.* p. I-6297, punti 23-24; in tale occasione la Corte ha precisato che la violazione dell'art. 81, in quanto norma fondamentale, «indispensabile per l'adempimento dei compiti affidati alla Comunità e in particolare per il funzionamento del mercato interno», può essere fatta valere dinanzi al giudice anche da un soggetto che sia parte dell'intesa, a meno che non abbia una responsabilità significativa nella distorsione della concorrenza (punto 24 e seguenti). Sulla stessa linea, v. anche *Manfredi*, da C-295/04 a C-298/04, sent. 13 luglio 2006, *Racc.* p. I-6619, punto 58. Le norme sulla concorrenza devono poter essere applicate anche d'ufficio dal giudice nazionale, alla sola condizione che l'ordinamento interno preveda analoghe possibilità per norme nazionali di pari importanza: *Van Schijndel*, C-430-431/93, sent. 14 dicembre 1995, *Racc.* p. I-4705, punto 15. Gli artt. 81 e 82 non perdono evidentemente l'effetto diretto quando siano coniugati con altre norme del Trattato (ad esempio gli artt. 3, 10 e 90: *Merci convenzionali*, C-179/90, sent. 10 dicembre 1991, *Racc.* p. I-5889, punto 23; *Carra*, C-258/98, sent. 8 giugno 2000, *Racc.* p. I-4217, punto 11; v. oltre, cap. VIII, par. 1).

<sup>(20)</sup> *Ahmed Saeed*, 66/86, sent. 11 aprile 1989, *Racc.* p. 803; *Tetra Pak*, T-51/89, sent. 10 luglio 1990, *Racc.* p. II-309, punti 21-31.

<sup>(21)</sup> GUUE L 1 del 4 gennaio 2003. Tale regolamento ha sostituito il regolamento n. 17 del Consiglio del 6 febbraio 1962 (GUCE n. 13 del 21 febbraio 1962), più volte modificato (da ultimo con regolamento del Consiglio n. 1216 del 10 gennaio 1999, in GUCE L 148 del 15 giugno 1999).

trandola sui casi più importanti; ha stabilito a carico delle autorità e delle giurisdizioni nazionali il potere-dovere di applicare gli artt. 101 e 102 ai casi di rilevanza comunitaria; ha fissato criteri di cooperazione e di controllo relativi alle autorità ed alle giurisdizioni nazionali; e, infine, ha chiarito il rapporto tra diritto *antitrust* comunitario e normative di concorrenza degli Stati membri.

## 2. LA NOZIONE DI IMPRESA

La nozione di *impresa* utilizzata ai fini dell'applicazione delle norme a difesa della concorrenza è una nozione alquanto ampia; essa comprende qualsiasi entità – persona giuridica o fisica – che svolga un'attività economicamente rilevante, industriale o commerciale o di prestazione di servizi, ivi compreso lo sfruttamento di un'opera dell'ingegno e l'esercizio di una professione liberale<sup>(22)</sup>, ivi compresa l'attività dell'avvocato<sup>(23)</sup> e del medico<sup>(24)</sup>, nonché

<sup>(22)</sup> È al riguardo irrilevante il modo di finanziamento dell'attività o il fatto che in concreto essa sia svolta senza fini di lucro, essendo all'uopo sufficiente che sia suscettibile, almeno in via di principio, di essere esercitata in vista del conseguimento di un profitto. V. *Eurocontrol*, C-364/92, sent. 19 gennaio 1994, *Racc.* p. I-43, punto 18. Nel senso che «la nozione di impresa abbraccia qualsiasi entità che eserciti un'attività economica, a prescindere dallo status giuridico di detta entità e dalle sue modalità di finanziamento, e che costituisce un'attività economica qualsiasi attività che consiste nell'offrire beni o servizi su un determinato mercato», cfr. *Commissione c. Italia (spedizionieri doganali)*, C-35/96, sent. 18 giugno 1998, *Racc.* p. I-3851, punto 28. Nella stessa occasione, la Corte ha significativamente precisato che «il fatto che l'attività di spedizioniere doganale sia intellettuale, richieda un'autorizzazione e possa essere svolta senza la combinazione di elementi materiali, immateriali ed umani non è tale da escluderla dalla sfera di applicazione degli artt. 85 e 86 del Trattato CE» (punto 38).

<sup>(23)</sup> *Wouters*, C-309/99, sent. 19 febbraio 2002, *Racc.* p. I-1577, punti 46-49; *Arduino*, C-35/99, sent. 19 febbraio 2002, *Racc.* p. I-1529 (dove la qualificazione dell'avvocato come impresa è presupposta dall'affermazione della Corte circa la legittimità del sistema delle tariffe previsto dalla legge italiana, affermazione peraltro fin troppo rapida e sorprendente, alla luce dei precedenti).

<sup>(24)</sup> *Pavlov*, C-180 e 184/98, sent. 12 settembre 2000, *Racc.* p. I-6451, punto 73 e seguenti.

un'attività artistica<sup>(25)</sup>. Ne consegue altresì che è ad esempio applicabile l'art. 101 alle decisioni di un ordine professionale in quanto associazione di imprese<sup>(26)</sup> o ancora, ad esempio, ad un'intesa tra un organizzatore di viaggi ed un agente<sup>(27)</sup>. È associazione di imprese anche una Federazione sportiva (si pensi alla FIFA<sup>(28)</sup> o alla Federazione Italiana Gioco Calcio), per le attività economicamente rilevanti dalla stessa svolte in connessione con l'organizzazione di una manifestazione, sì che costituiscono accordi rilevanti ai sensi delle norme della concorrenza i contratti conclusi dall'associazione con i distributori di biglietti di ingresso agli impianti o quelli conclusi con le reti televisive per la trasmissione di avvenimenti sportivi<sup>(29)</sup>. Rientra altresì nella nozione di impresa un organismo pubblico cui la normativa statale abbia attribuito la gestione di un servizio di interesse generale, nella misura in cui l'applicazione delle regole di concorrenza non sia incompatibile con lo svolgimento di quel compito. È, questo, il caso, ad esempio, degli uffici di collocamento<sup>(30)</sup> o del servizio postale<sup>(31)</sup>.

<sup>(25)</sup> Deutsche Grammophon, 78/70, sent. 8 giugno 1971, *Racc.* p. 487, punto 18.

<sup>(26)</sup> Commissione c. Italia (spedizionieri doganali), *sopra citata*, punto 28; Wouters, *sopra citata*, punti 50-71, dove la Corte, avendo definito l'ordine olandese degli avvocati un'associazione di imprese, ha poi escluso che potesse essere qualificato come gruppo di imprese, in quanto tra gli avvocati iscritti all'albo non esistevano vincoli sufficienti per consentire l'adozione sul mercato di un'identica linea d'azione ovvero che gli avvocati fossero detentori di una posizione dominante collettiva (punti 113-114).

<sup>(27)</sup> Vlaamse Reisbureaus, 311/85, sent. 1° ottobre 1987, *Racc.* p. 3801, punti 19-21.

<sup>(28)</sup> Piau c. Commissione, T-193/02, sent. 26 gennaio 2005, punto 69, con riguardo al regolamento adottato sull'attività degli agenti dei calciatori: «... la FIFA ha come membri federazioni nazionali costituite da società che esercitano economicamente il gioco del football. Ne consegue che tali società sono imprese nel senso dell'art. 81 CE e che le federazioni nazionali che le rappresentano sono associazioni di imprese».

<sup>(29)</sup> Distribuzione di pacchetti turistici in occasione della Coppa del mondo di calcio 1990, decisione 92/521/CEE della Commissione del 27 ottobre 1992, in GUCÉ L 326 del 12 novembre 1992, p. 31, punti 43-60.

<sup>(30)</sup> Job Centre, C-55/96, sent. 11 dicembre 1997, *Racc.* p. I-7119, punto 24 e seguenti; nonché Carra, *sopra citata*. V. anche, con riguardo all'attività di collo-

Nella nozione rilevante di impresa rientra del pari il gruppo, sia nel senso negativo che l'art. 101 non si applica alle intese fra imprese dello stesso gruppo che non godano di un'autonomia apprezzabile<sup>(32)</sup>; sia nel senso positivo che il comportamento del gruppo, in quanto entità economica considerata complessivamente e nelle singole articolazioni, rileva ai fini della sussistenza di una posizione dominante<sup>(33)</sup>. Ciò vuol dire anche, ad esempio, che nel caso in

camento di funzionari e dirigenti di impresa svolta da un ufficio pubblico, Hoefner e Elser, C-41/90, sent. 23 aprile 1991, *Racc.* p. I-1979, punto 21 e seguenti. Non è sempre facile cogliere le ragioni in base alle quali la giurisprudenza comunitaria perviene all'affermazione della inapplicabilità delle regole di concorrenza, in taluni casi a seguito dell'esclusione della qualifica di impresa in capo ad un determinato soggetto, in altri attraverso l'art. 86, n. 2, TCE (oggi art. 106, n. 2, TFUE), dunque riconoscendo ad un organismo la natura di impresa e giustificandone la sottrazione alle regole di concorrenza per il fatto che tali regole osterebbero all'adempimento della missione di interesse generale ad esso affidata. Si veda, ad esempio, Cali, C-343/95, sent. 18 marzo 1997, *Racc.* p. I-1547, punti 22-23, dove è stata esclusa dalla nozione di impresa una società che svolgeva (anche) attività di sorveglianza destinata ad evitare l'inquinamento all'interno del porto di Genova, in quanto una simile attività è stata considerata costituire missione di interesse generale collegata a funzioni essenziali dello Stato per la tutela dell'ambiente: circostanza che un maggior rigore avrebbe suggerito di utilizzare piuttosto per fare applicazione della deroga di cui all'art. 106, n. 2, TFUE.

<sup>(31)</sup> Corbeau, C-320/91, sent. 19 maggio 1993, *Racc.* p. I-2533, punto 8, dove si è fatta rientrare nella nozione di impresa un ente, quale quello responsabile delle Poste in Belgio, al quale è stata accordata l'esclusiva della raccolta, del trasporto e della distribuzione della posta.

<sup>(32)</sup> Hydroterm, 170/83, sent. 12 luglio 1984, *Racc.* p. 2999; Viho, T-102/92, sent. 12 gennaio 1995, *Racc.* p. II-17, punti 47-55; Viho, C-73/95 P, sent. 24 ottobre 1996, *Racc.* p. I-5457, punto 16 e seguenti; Micro Leader Business, T-198/98, sent. 16 dicembre 1999, *Racc.* p. II-3922; Confederación Estaciones de Servicio, C-217/05, sent. 14 dicembre 2006, *Racc.* p. I-11987, punto 40.

<sup>(33)</sup> Nel senso che «Nell'ambito del diritto della concorrenza la nozione d'impresa dev'essere intesa nel senso che essa si riferisce ad un'unità economica dal punto di vista dell'oggetto dell'accordo, anche se sotto il profilo giuridico quest'unità economica è costituita da più persone, fisiche o giuridiche», Hydroterm, 170/83, sent. 12 luglio 1984, *Racc.* p. 2999, punto 11; nella specie, una parte dell'accordo era costituita da due persone giuridiche e da una persona fisica che le controllava. V. anche Bodson, 30/87, sent. 4 maggio 1988, *Racc.* p. 2479, punti 19-21; nello stesso senso le sentenze Centrafarm, *sopra citata*, e Ahmeed Saeed, 66/86, sent. 11 aprile 1989, *Racc.* p. 803, punto 35; per alcuni interessanti

cui una società, pur dotata di personalità giuridica distinta, sia *interamente* posseduta da altra società, sussiste una presunzione semplice secondo la quale la società madre esercita un controllo sulle condotte commerciali dell'affiliata o, in altri termini, che quest'ultima non determini in modo autonomo i suoi comportamenti sul mercato, con la conseguenza che tali comportamenti ben possono essere imputati alla stessa società madre <sup>(34)</sup>.

Ai fini dell'applicazione delle norme sulla concorrenza, non è neppure rilevante la forma giuridica assunta dall'impresa o le modalità di finanziamento <sup>(35)</sup>. Nel caso degli enti pubblici o degli organismi statali, si è partiti dal presupposto che occorre distinguere tra le manifestazioni tipiche del potere statale e quelle non tipiche. Ad esempio, è stata riconosciuta la natura d'impresa, in considerazione dell'attività svolta, all'amministrazione dei monopoli di Stato in Italia, nonostante essa fosse, dal punto di vista giuridico, incorporata nella pubblica amministrazione <sup>(36)</sup>. Del pari, l'assenza del fine di lucro, di per sé, non priva affatto l'attività svolta della sua portata economica ed il soggetto che la svolge della qualifica di impresa <sup>(37)</sup>.

profili sul punto, v. altresì *Continental Can*, 6/72, sent. 21 febbraio 1973, *Racc.* p. 215, punto 15.

<sup>(34)</sup> *Akzo Nobel*, C-97/08 P, sent. 10 settembre 2009, punto 60 e seguenti. Tale sentenza ha superato le cautele della precedente giurisprudenza della Corte (in particolare v. *Stora Kopparbergs*, C-286/98 P, sent. 16 novembre 2000, *Racc.* p. I-9925, punto 26 e seguenti) in forza della quale il controllo totalitario costituiva solo un indizio forte del fatto che la controllante esercitasse un'influenza determinante sulla politica commerciale della controllata, indizio che necessitava di ulteriori elementi di conferma, quali la composizione degli organi sociali, il fatto che le stesse persone fisiche figurassero negli organi della controllante e della controllata, o ancora la circostanza che la controllata non avesse *assets* propri e personale alle proprie dipendenze.

<sup>(35)</sup> *Confederación Española de Empresarios de Estaciones de Servicio*, *sopra citata*, punto 39.

<sup>(36)</sup> V. Commissione c. Italia, 118/85, sent. 16 giugno 1987, *Racc.* p. 2599, punti 6-10. Sul concetto generale di impresa ai sensi del diritto comunitario della concorrenza, v. *Dansk Rørindustri*, C-189/02 P, C-202/02 P, C-205/02 P a C-208/02 P e C-213/02 P, sent. 28 giugno 2005, *Racc.* p. I-05425, punti 112-113.

<sup>(37)</sup> *Féd. fr. soc. d'assurances*, C-244/94, sent. 16 novembre 1995, *Racc.* p.

È viceversa escluso dalla nozione di impresa ai sensi e per gli effetti della disciplina comunitaria della concorrenza un ente che contribuisca alla gestione di un servizio pubblico di carattere sociale, la cui attività sia, cioè, svolta secondo principi estranei alle leggi di mercato o ancora che agisca in veste di pubblica autorità, avvalendosi di prerogative che esorbitano dal diritto comune, di privilegi e di poteri coercitivi sui privati. È stato escluso, pertanto, dalla nozione di impresa soggetta alla normativa in parola un organismo di previdenza sociale di categoria, la cui attività è ispirata al principio di solidarietà a livello nazionale ed è esercitata senza fini di lucro <sup>(38)</sup>; e, per gli stessi motivi, l'ente che gestisce il sistema sanitario nazionale di un Paese, garantendo la prestazione di servizi sanitari gratuiti agli iscritti <sup>(39)</sup>, o ancora l'ente incaricato di gestire il servizio di controllo della navigazione aerea, nonché la riscossione di contributi di rotta, in quanto l'attività svolta si traduce in una funzione di polizia dello spazio aereo connessa all'esercizio della sovranità dello Stato <sup>(40)</sup>. La natura di impresa è stata invece riconosciuta alla società che gestisce gli aeroporti di Parigi <sup>(41)</sup>, ad un

I-4013, punto 21; *Albany*, C-67/96, sent. 21 settembre 1999, *Racc.* p. I-5751, punto 85. V. sulle fondazioni bancarie *Cassa di Risparmio di Firenze*, C-222/04, sent. del 10 gennaio 2006, *Racc.* 2006, p. I-289, punti 119-125; e l'applicazione in Cass. SS.UU., 29 dicembre 2006, n. 27619, *Compagnia S. Paolo*.

<sup>(38)</sup> *Poucet e Pistre*, C-159 e 160/91, sent. 17 febbraio 1993, *Racc.* p. I-637, punti 17-19; *Cisal*, C-218/00, sent. 22 gennaio 2002, *Racc.* p. I-691, punto 31 e seguenti (è il caso dell'INAIL italiano). V. anche *Freskot e Dimosio*, C-355/00, sent. 22 maggio 2003, *Racc.* p. I-5263, punto 76 e seguenti; *AOK Bundesverband e a.*, C-264, 306, 354 e 355/01, sent. 16 marzo 2004, *Racc.* p. I-2493, punto 53 e seguenti, riguardante le casse malattia del sistema previdenziale tedesco; *Kattner*, C-250/07, sentenza 5 marzo 2009, sul regime tedesco di assicurazione obbligatoria contro gli infortuni sul lavoro.

<sup>(39)</sup> *FENIN*, T-319/99, sent. 4 marzo 2003, *Racc.* p. I-357, punto 36 e seguenti (è il caso degli organismi che gestiscono il Sistema sanitario nazionale spagnolo).

<sup>(40)</sup> *Eurocontrol*, C-364/92, sent. 19 gennaio 1994, *Racc.* p. I-43, punti 25-30; ma vedi le puntualizzazioni in *SELEX*, T-155/04, sent. 12 dicembre 2006, *Racc.* p. II-4797, punti 59-61, 65.

<sup>(41)</sup> *Aéroports de Paris c. Commissione*, C-82/01, sent. 24 ottobre 2002, *Racc.* p. I-9297, punto 68 e seguenti (che ha confermato la sentenza di primo grado, T-128/98, sent. 12 dicembre 2000, *Racc.* p. II-3929, punti 120-126).

ente gestore di un sistema integrativo di assicurazione per la vecchiaia, che operi secondo il criterio della capitalizzazione<sup>(42)</sup>; e del pari ad un fondo pensioni obbligatorio creato con un contratto collettivo e che funziona anch'esso in base al criterio della capitalizzazione, nonostante le finalità sociali e gli elementi di solidarietà che lo caratterizzano<sup>(43)</sup>.

### 3. OGGETTO E CONDIZIONI DI APPLICABILITÀ DEL DIVIETO DI CUI ALL'ART. 101: L'ACCORDO, LA PRATICA CONCORDATA, LA DECISIONE DI ASSOCIAZIONE D'IMPRESE

In base all'art. 101, sono vietati, in quanto incompatibili col mercato comune, «tutti gli accordi tra imprese, tutte le decisioni di associazioni d'impres e tutte le pratiche concordate che possano pregiudicare il commercio tra Stati membri e che abbiano per oggetto o per effetto di impedire, restringere o falsare il gioco della concorrenza all'interno del mercato comune».

L'*intesa* rilevante ai fini della disciplina comunitaria riguarda i rapporti concorrenziali tra imprese, sia che queste si trovino allo stesso stadio del processo economico, industriale o commerciale (rapporti orizzontali), sia che si trovino a stadi diversi (rapporti verticali)<sup>(44)</sup>. Essa può assumere qualsiasi forma e può essere anche implicita, essendo al riguardo sufficiente che le imprese abbiano espresso la comune volontà di comportarsi sul mercato in un determinato modo. In proposito, si è accolta una nozione funzionale di intesa, di parti-

<sup>(42)</sup> Féd. fr. soc. d'assurances, *sopra citata*, punti 21-22, dove si è precisato che l'assenza di fine di lucro non è decisiva, poiché l'attività può comunque dar luogo a comportamenti in contrasto con le regole di concorrenza, tenuto conto delle caratteristiche del suo esercizio; nella specie, il regime instaurato operava in base al principio della capitalizzazione e le prestazioni cui dava diritto dipendevano solo dall'ammontare dei contributi versati, nonché dai risultati finanziari degli investimenti effettuati dall'ente di gestione, caratteristiche che mettono tutte le attività in questione in concorrenza con quella esercitata dalle società di assicurazione sulla vita.

<sup>(43)</sup> Albany, *sopra citata*, punto 71 e seguenti.

<sup>(44)</sup> Confederación Española de Empresarios de Estaciones de Servicio, *sopra citata*, punto 37.

colare ampiezza, che comprende tutti quei comportamenti di due o più imprese finalizzati a realizzare iniziative comunque idonee ad alterare la concorrenza. La condizione necessaria e sufficiente per la qualificazione di una fattispecie come intesa è costituita pertanto da un dato sostanziale, quale è la concertazione nell'attività di due o più soggetti altrimenti indipendenti sul mercato, quali che siano le forme attraverso le quali la concertazione si realizza.

Le ipotesi di intesa rilevante sono quelle dell'accordo, della pratica concordata e della decisione di associazione di imprese.

La nozione di *accordo* è molto ampia e privilegia la sostanza rispetto alla forma. È sufficiente che sia stata manifestata l'intenzione comune di due o più imprese indipendenti di comportarsi sul mercato in un modo piuttosto che in un altro. Può dunque trattarsi di un accordo sia scritto che verbale e, nel primo caso, può anche non essere sottoscritto<sup>(45)</sup>. Né è necessario che l'accordo si traduca in un vero e proprio contratto, giuridicamente valido<sup>(46)</sup>. Sono così stati qualificati accordi anche un accordo interprofessionale concluso nell'ambito di un ente di diritto pubblico<sup>(47)</sup>, un accordo verbale<sup>(48)</sup>, un «*gentlemen's agreement*»<sup>(49)</sup>, un accordo transatti-

<sup>(45)</sup> Tepea, 28/77, sent. 20 giugno 1978, *Racc.* p. 1391; Hercules c. Commissione, T-7/89, sent. 17 dicembre 1991, *Racc.* p. II-1711, punto 254 e seguenti; Enichem c. Commissione, T-6/89, sent. 17 dicembre 1991, *Racc.* p. II-1623, punto 213 e seguenti.

<sup>(46)</sup> Hercules c. Commissione, *sopra citata*, punti 256-257; Montecatini (polipropilene), C-235/92 P, sent. 8 luglio 1999, *Racc.* p. I-4539, punto 162; LR AF 1998 A/S (tubi per teleriscaldamento), T-23/99, sent. 20 marzo 2002, *Racc.* p. II-1705, punto 56. Può, ad esempio, configurare un accordo anche la semplice partecipazione ad una riunione tra imprese concorrenti, durante la quale non sia stata manifestata espressamente una volontà contraria alle decisioni assunte in quella sede; Westfalen Gassen, T-303/02, sent. 5 dicembre 2006, *Racc.* p. II-4567, punti 75 e 76.

<sup>(47)</sup> BNIC c. Clair, 123/83, sent. 30 gennaio 1985, *Racc.* p. 391, punti 13-26. Sono però sottratti all'applicazione dell'art. 81 gli accordi collettivi di lavoro e comunque gli accordi tra categorie datoriali e di lavoratori che perseguono fini sociali; Albany, C-67/96, sent. 21 settembre 1999, *Racc.* p. I-5751, punti 59 e seguenti.

<sup>(48)</sup> Tepea, *sopra citata*, punto 41.

<sup>(49)</sup> Tréfileurope (rete metallica elettrosaldata), T-141/89, sent. 6 aprile 1995, *Racc.* p. II-791, punti 95-97.

vo di controversia giudiziale <sup>(50)</sup>, una circolare inviata dal produttore ai distributori e sottoscritta da questi ultimi <sup>(51)</sup>. A tale ultimo proposito risulta dunque che la giurisprudenza ha ritenuto che costituissero accordi ai sensi dell'art. 101 anche misure prese o imposte in modo apparentemente unilaterale da un produttore, in quanto, inserendosi nell'ambito di rapporti contrattuali continuativi intercorrenti con i propri rivenditori, apparivano accettate da questi ultimi e, dunque, sintomatiche di un'intesa tra gli operatori interessati <sup>(52)</sup>.

Tale giurisprudenza è stata parzialmente corretta, nel senso che un'evoluzione del contratto può essere ritenuta anticipatamente accettata solo in caso di evoluzione legittima del contratto stesso, prevista alla conclusione o comunque in linea con gli usi o la normativa rilevante. Per contro, un'evoluzione illegittima non potrebbe considerarsi anticipatamente accettata, sì che in casi del genere non si può ritenere che vi sia un accordo ai sensi dell'art. 101 <sup>(53)</sup>. Nella stessa linea, ma non del tutto coincidente, è il caso di una misura effettivamente unilaterale di un produttore, alla quale i distributori non hanno assentito neppure tacitamente, ma che anzi abbiano tentato di contrastare <sup>(54)</sup>. Sul punto, si è precisato che un'accettazione tacita può dedursi solo se la manifestazione di volontà di una parte, volta a un fine lesivo della concorrenza, costituisca un invito all'altra parte, espresso o tacito, alla realizzazione comune di tale scopo, tanto più nel caso in cui l'accordo non sia *prima facie* nell'interesse della parte cui è proposto <sup>(55)</sup>.

<sup>(50)</sup> Bayer, 65/86, sent. 27 settembre 1988, *Racc.* p. 5249, punto 15.

<sup>(51)</sup> BMW, 32/78 e 36-82/78, sent. 12 luglio 1979, *Racc.* p. 2435.

<sup>(52)</sup> Oltre alla sentenza citata alla nota precedente, v. Ford e Ford Europe, 25/84 e 26/84, sent. 17 settembre 1985, *Racc.* p. 2725, punto 21; Bayerische Motorwerke, C-70/93, sent. 24 ottobre 1995, *Racc.* p. I-3439, punti 16 e 17; Volkswagen, T-62/98, sent. 6 luglio 2000, *Racc.* p. II-2707, punto 236.

<sup>(53)</sup> Volkswagen, T-208/01, sent. 3 dicembre 2003, *Racc.* p. I-511, punti 43-45.

<sup>(54)</sup> In tal senso, Bayer (Adalat), T-41/96, sent. 26 ottobre 2000, *Racc.* p. II-3383, punti 66-72.

<sup>(55)</sup> BAI e Commissione c. Bayer, C-2/01 P e C-3/01 P, sent. 6 gennaio 2004, *Racc.* p. I-23, punto 102.

Le *decisioni di associazioni d'impresa* sono quelle, anche non vincolanti, adottate da raggruppamenti d'impresa o sindacati professionali nei riguardi degli associati e che abbiano l'effetto di alterare le condizioni della concorrenza <sup>(56)</sup>; anche delle semplici raccomandazioni emanate dall'associazione di categoria, dunque, la cui accettazione da parte delle imprese associate destinatarie influisca in modo rilevante sulla concorrenza <sup>(57)</sup>.

*Pratica concordata* va considerata qualsiasi forma di comportamento coordinato tra imprese che, senza tradursi in un vero e proprio accordo formale, rappresenti una *cooperazione consapevole* tra le stesse a danno della concorrenza: è questa la definizione data dalla Corte fin dal caso delle materie coloranti, in cui un gruppo di imprese del settore aveva proceduto ad uno stesso, simultaneo e ripetuto, aumento di prezzi <sup>(58)</sup>. È stato poi precisato che i criteri del coordinamento e della collaborazione non richiedono l'elaborazione di un vero e proprio «piano», ma vanno intesi alla luce della concezione inerente alle norme del Trattato in materia di concorrenza, secondo la quale ogni operatore economico deve autonomamente determinare la propria condotta nel mercato comune, anche riguardo alla scelta dei destinatari delle merci da lui offerte e vendute <sup>(59)</sup>. Pur non escludendo il diritto degli operatori economici di reagire intelligentemente e secondo le loro convenienze al comportamento dei concorrenti, l'esigenza di autonomia vieta però rigorosamente che fra gli operatori stessi abbiano luogo contatti diretti o indiretti aventi lo scopo o l'effetto d'influire sul comporta-

<sup>(56)</sup> Verband der Sachversicherer, 45/85, sent. 27 gennaio 1987, *Racc.* p. 405. Nella specie si trattava di una raccomandazione di un comitato che formalmente non aveva il potere di obbligare tutti gli associati. La Corte ne rilevò comunque la portata vincolante.

<sup>(57)</sup> IAZ, 96/82 e altre, sent. 8 novembre 1983, *Racc.* p. 3369, punto 20.

<sup>(58)</sup> ICI (materie coloranti), 48/69, sent. 14 luglio 1972, *Racc.* p. 619, punto 64. V. anche, tra le tante, Commissione c. ANIC, C-49/92 P, sent. 8 luglio 1999, *Racc.* p. I-4125, punto 115 e seguenti; Cimenteries CBR (cemento), T-25-26, 30-32, 34-39, 46-48, 50-65, 68-71, 87-88, 103, 104/95, sent. 15 marzo 2000, *Racc.* p. II-491, punto 3150; Westfalen Gassen, *sopra citata*, punto 121.

<sup>(59)</sup> Deere c. Commissione, C-7/95 P, sent. 28 maggio 1998, *Racc.* p. I-3111, punto 86.

mento tenuto sul mercato da un concorrente attuale o potenziale, ovvero di rivelare ad un concorrente il comportamento che l'interessato ha deciso, o prevede, di tenere egli stesso sul mercato, insomma di creare condizioni diverse da un assetto correttamente concorrenziale del mercato; e ciò anche in considerazione della natura delle prestazioni e delle merci fornite, dell'importanza e del numero delle imprese e della consistenza del mercato stesso <sup>(60)</sup>. Se poi la mera partecipazione a riunioni o discussioni tra concorrenti non è di per sé idonea a dimostrare l'esistenza di una concertazione tra le imprese, tuttavia ciò dà luogo ad una presunzione, fatta salva la prova contraria il cui onere incombe agli interessati, che le imprese tengano conto dello scambio di informazioni per decidere il loro comportamento sul mercato, tanto più se i contatti abbiano un carattere regolare e si siano protratti per un lungo periodo di tempo <sup>(61)</sup>.

La giurisprudenza ha comunque ulteriormente precisato che non è neppure escluso che, a seconda della struttura del mercato, anche una sola presa di contatto possa essere sufficiente perché le imprese interessate concordino i rispettivi comportamenti sul mercato e, in tal modo, pervengano ad una cooperazione di fatto contraria all'art. 101 <sup>(62)</sup>. In definitiva, si vuole evitare che tra le imprese interessate abbiano luogo contatti con lo scopo di «eliminare in anticipo ogni incertezza relativa al futuro comportamento dei loro concorrenti» <sup>(63)</sup>. Come è stato ancora recentemente precisato dalla Corte di giustizia, la nozione di pratica concordata «implica, oltre alla concertazione fra le imprese, un comportamento successivo

<sup>(60)</sup> In questo senso preciso, cfr. Deere c. Commissione, *sopra citata*, punto 87; Commissione c. ANIC, *sopra citata*, punto 117.

<sup>(61)</sup> Commissione c. ANIC, *sopra citata*, punto 121 e T-Mobile Netherlands BV e a., C-8/08, sent. 4 giugno 2009, punto 51.

<sup>(62)</sup> T-Mobile Netherlands BV e a., *sopra citata*, punto 59.

<sup>(63)</sup> Suiker Unie e a., 40-48, 50, 54-56, 111, 113 e 114/73, sent. 16 dicembre 1975, *Racc.* p. 1663, punti 173-175; Deere c. Commissione, *sopra citata*, punto 90; Cimenteries CBR, *sopra citata*, punto 1896. L'informazione alle parti dell'intesa non va confusa con una informazione utile ai consumatori (caso Ahlström II, C-89/85, 104, 114, 116-117, 125-129/85, sent. 31 marzo 1993, *Racc.* p. I-1307).

alla concertazione stessa ed un nesso causale tra questi due elementi» <sup>(64)</sup>.

Su questa base, è stato dunque dichiarato incompatibile, e sanzionato, il comportamento uniforme delle banche riguardo alla commissione richiesta al cliente sui trasferimenti di fondi in un altro Stato membro, quando ricorrono gli elementi del consapevole coordinamento <sup>(65)</sup>. Al riguardo è stato tuttavia precisato che la concertazione non si può presumere quando il parallelismo di comportamento può spiegarsi anche diversamente <sup>(66)</sup>; ma che esso rimane pur sempre un serio indizio, qualora porti a condizioni di concorrenza non corrispondenti a quelle normali del mercato: ciò che si verifica, ad esempio, quando il comportamento parallelo permette di stabilizzare i prezzi ad un livello diverso da quello che poteva risultare in regime di libera concorrenza, nonché di «cristallizzare le posizioni acquisite, a detrimento dell'effettiva libertà di circolazione delle merci nel mercato comune e della libera scelta dei fornitori da parte dei consumatori» <sup>(67)</sup>. È stato anche precisato che il parallelismo di comportamento non può essere considerato prova di una concertazione tra le imprese se non quando questa sia la sola spiegazione plausibile; e che l'art. 101 non elimina il diritto degli operatori economici di adattarsi «intelligentemente» al comportamento rivelato dai concorrenti <sup>(68)</sup>.

La pratica concordata che abbia un oggetto anticoncorrenziale integra come tale – al pari dell'accordo – una violazione del Trattato, senza che occorra verificare la sussistenza anche di effetti anti-

<sup>(64)</sup> Commissione c. ANIC, *sopra citata*, punti 118-125 e Krupp Thyssen (extra di lega), T-45/98 e T-47/98, sent. 13 dicembre 2001, *Racc.* p. II-3757, punto 352.

<sup>(65)</sup> Züchner, 172/80, sent. 14 luglio 1981, *Racc.* p. 2021.

<sup>(66)</sup> Tournier, 395/87, sent. 13 luglio 1989, *Racc.* p. 2521, punto 24; nonché SACEM, 110, 241 e 242/88, sent. 13 luglio 1989, *Racc.* p. 2811, punto 18.

<sup>(67)</sup> ICI (materie coloranti), 48/69, sent. 14 luglio 1972, *Racc.* p. 619, punti 66-67.

<sup>(68)</sup> Ahlström II, *sopra citata*, punto 71. Nella stessa occasione la Corte ha escluso che risponda al criterio della cooperazione consapevole a danno della concorrenza l'ipotesi di annunci di prezzi fatti dai produttori agli utilizzatori, in quanto tali annunci non riescono a ridurre l'incertezza di ciascuna impresa sulle strategie delle imprese concorrenti, non essendoci alcuna garanzia per l'impresa che si adegua quanto ad un pari atteggiamento delle altre (punti 63-64).

concorrenziali <sup>(69)</sup>. Ed infatti lo scopo dell'art. 101 è precisamente quello di scoraggiare anche la semplice idoneità a produrre effetti anticompetitivi. Così è censurabile la partecipazione all'intesa anche quando non se ne seguano le direttive ovvero la stessa intesa non abbia trovato attuazione <sup>(70)</sup>. In ogni caso, l'esistenza effettiva di una concertazione vietata dal Trattato va verificata in base a vari elementi, soprattutto di fatto, ivi comprese talune presunzioni, nonché attraverso la valutazione di documenti ed ogni altro mezzo di prova. Ed è chiaro che si tratta di valutazioni demandate sia alla Commissione, nell'esercizio dei poteri ad essa attribuiti dal Trattato, che agli stessi giudici nazionali, nell'ambito della cooperazione con il giudice comunitario di cui all'art. 267 TFUE <sup>(71)</sup>. In particolare, è alla Commissione che spetta l'onere di provare la sussistenza della violazione e di produrre tutti gli elementi idonei ad individuare la responsabilità di ciascuna impresa <sup>(72)</sup>.

L'intesa rilevante è quella tra due o più imprese, non necessariamente – come si vedrà – comunitarie. Ciò, da un lato, non esclude che pur nel concorso di più imprese all'infrazione si possano individuare comportamenti di diversa gravità; dall'altro, la diversità di forme di partecipazione all'infrazione non esclude la responsabilità di ogni impresa per l'infrazione nel suo insieme <sup>(73)</sup>. Del pari, la violazione dell'art. 101 può risultare da un atto isolato come da un insieme collegato e continuato di atti <sup>(74)</sup>.

<sup>(69)</sup> Commissione c. ANIC, *sopra citata*, punti 122 e seguenti; Hüls, C-199/92 P, sent. 8 luglio 1999, *Racc.* p. I-4287, punti 163-165; Deere c. Commissione, T-35/92, sent. 27 ottobre 1994, *Racc.* p. II-957, punti 61 e 92; LVM c. Commissione (PVC II), T-305/94 e a., sent. 20 aprile 1999, *Racc.* p. II-931, punto 741 e Beef Industry e Barry Brothers, C-209/07, sent. 20 novembre 2008, *Racc.* p. 8637, punto 16.

<sup>(70)</sup> PVC II, *sopra citata*, punti 741-743; Ahlström II, *sopra citata*, punto 132.

<sup>(71)</sup> V. Tournier, 395/87, sent. 13 luglio 1989, *Racc.* p. 2521, punti 25; SA-CEM, 110, 241-242/88, sent. 13 luglio 1989, *Racc.* p. 2811, punto 19.

<sup>(72)</sup> Commissione c. ANIC, *sopra citata*, punti 86 e 87.

<sup>(73)</sup> Commissione c. ANIC, *sopra citata*, punto 206; LR AF 1998 A/S, T-23/99, sent. 20 marzo 2002, *Racc.* p. II-1705, punto 158.

<sup>(74)</sup> Commissione c. ANIC, *sopra citata*, punto 78 e seguenti; HFB Holding, T-9/99, sent. 20 marzo 2002, *Racc.* p. II-1487, punti 187-188; BPB plc, T-53/03, sent. 8 luglio 2008, *Racc.* p. II-1333, punti 246 e ss.

Per altro verso, non è affatto escluso che un'intesa anticompetitiva possa articolarsi vuoi in un accordo, vuoi in una pratica concordata, vuoi in una decisione di associazione di imprese. In tal caso, l'orientamento della giurisprudenza è nel senso che si possono correttamente considerare i comportamenti illegittimi sia come infrazione unica all'art. 101, sia come una pluralità di infrazioni <sup>(75)</sup>. In particolare, l'accordo e la pratica concordata, avendo la stessa natura e distinguendosi solo per l'intensità e la forma in cui si realizza il comportamento anticoncorrenziale delle imprese, in presenza di determinate condizioni possono ben costituire una infrazione unica <sup>(76)</sup>.

Gli elementi che rilevano perché la fattispecie possa rientrare nella sfera di applicazione del divieto sono due: *a)* il pregiudizio al commercio tra Stati membri; *b)* l'alterazione delle condizioni di concorrenza all'interno del mercato comune, nel senso che l'intesa deve avere oggetto o effetti anticoncorrenziali. E prima ancora, tuttavia, occorre che le imprese siano libere di determinare i loro comportamenti: gli artt. 101 e 102 trovano applicazione solo a fronte di comportamenti anticoncorrenziali che sono il risultato di una iniziativa autonoma delle imprese <sup>(77)</sup>. Se, viceversa, il comportamento è imposto da una normativa nazionale o se questa abbia creato di per sé un contesto che ha eliminato ogni possibilità di comportamento concorrenziale, gli artt. 101 e 102 non trovano applicazione. In altri termini, le regole di concorrenza si applicano, in presenza di una normativa nazionale, solo nella misura in cui quest'ultima lasci sussistere la possibilità di comportamenti autonomi delle imprese <sup>(78)</sup>.

<sup>(75)</sup> Commissione c. ANIC, *sopra citata*, punto 111 e seguenti, specie punto 113.

<sup>(76)</sup> Commissione c. ANIC, *sopra citata*, punto 131 e seguenti; Volkswagen, T-62/98, sent. 6 luglio 2000, *Racc.* p. II-2707, punto 237.

<sup>(77)</sup> Italia c. Commissione, 41/83, sent. 20 marzo 1985, *Racc.* p. 873, punti 18-20; Ladbroke Racing, C-359 e 379/95 P, sent. 11 novembre 1997, *Racc.* p. I-6165, punto 33; CNSD c. Commissione, T-513/93, sent. 30 marzo 2000, *Racc.* p. II-1807, punto 58; Glaxo Smith Kline, T-168/01, sent. del 27 settembre 2006, *Racc.* p. II-2969, punti 66-70, 104-107.

<sup>(78)</sup> Irish Sugar, T-228/97, sent. 7 ottobre 1999, *Racc.* p. II-2969, punto 130; Consorzio Industrie Fiammiferi, C-198/01, sent. 9 settembre 2003, *Racc.* p.

#### 4. LE CONDIZIONI DEL DIVIETO. IL PREGIUDIZIO AL COMMERCIO INTRACOMUNITARIO

L'elemento del *pregiudizio al commercio intracomunitario* costituisce uno dei presupposti per l'applicabilità dell'art. 101<sup>(79)</sup>. Secondo la formulazione più volte ribadita dalla Corte di giustizia, è suscettibile di pregiudicare gli scambi intracomunitari l'accordo che, sulla base di un insieme di elementi oggettivi di diritto o di fatto, è ragionevole prevedere possa esercitare un'influenza diretta o indiretta, attuale o potenziale, sulle correnti di scambio tra Stati membri in una misura che potrebbe nuocere alla realizzazione degli obiettivi di un mercato unico<sup>(80)</sup>. Si tratta, peraltro, di una formula che riecheggia, e non a caso, quella ricorrente nell'interpretazione delle regole che sovrintendono alla realizzazione del mercato unico, in particolare la formula *Dassonville* in tema di libera circolazione delle merci<sup>(81)</sup>; ed in materia di aiuti di Stato alle imprese<sup>(82)</sup>. Il pregiudizio è in generale dovuto ad un insieme di elementi, che singolarmente considerati non sono necessariamente decisivi<sup>(83)</sup>. Al fine di fornire degli orientamenti alle giurisdizioni e alle autorità nazionali di concorrenza circa la portata di tale nozione, la Commissione ha adottato, nel 2004, delle linee guida volte ad

I-8055, punti 56 e seguenti; Glaxo Smith Kline, T-168/01, *sopra citata*, punti 66 e seguenti. V. anche *infra*, cap. VII, paragrafi 1-2.

<sup>(79)</sup> Non era così, viceversa, per le regole di concorrenza CECA, che si applicavano indipendentemente dal pregiudizio agli scambi, con la conseguenza che non residuava alcuna competenza per autorità di concorrenza e giudici nazionali quanto all'applicazione delle norme comunitarie. La Comunicazione relativa ad alcuni aspetti del trattamento di casi in materia di concorrenza a seguito della scadenza del trattato CECA, n. 2002/C 152/03, in GUCE C 152 del 26 giugno 2002, precisa che a partire dal 24 luglio 2002 le ipotesi di intesa o abuso di posizione dominante che non incidono sugli scambi intracomunitari sono di competenza delle autorità e dei giudici nazionali (punto 6).

<sup>(80)</sup> *Ambulanz Glöckner*, C-475/99, sent. 25 ottobre 2001, *Racc.* p. I-8089, punto 48; *Manfredi*, C-295-298/04, sent. 13 luglio 2006, *Racc.* p. I-6619, punto 42.

<sup>(81)</sup> *Causa 8/74*, sent. 11 luglio 1974, *Racc.* p. 387, punto 5. Sul punto, v. cap. IV, par. 7.

<sup>(82)</sup> *Philip Morris*, 730/79, sent. 17 settembre 1980, *Racc.* p. 2671, punto 11.

<sup>(83)</sup> *British Sugar/Commissione*, C-359/01, sent. 29 aprile 2004, *Racc.* p. I-4933, punto 27.

illustrare i principi sviluppati nell'interpretazione di tale presupposto di applicabilità degli artt. 101 e 102 dagli organi giurisdizionali comunitari<sup>(84)</sup>.

L'elemento del pregiudizio agli scambi in via di principio limita l'applicabilità della disciplina comunitaria della concorrenza alle intese i cui effetti si realizzano a livello comunitario e non siano confinati, dunque, all'interno di un solo Stato membro. Esso ha pertanto essenzialmente lo scopo di delimitare il campo di applicazione delle norme del Trattato rispetto a quello dei diritti nazionali. Il rilievo comunitario di una fattispecie, tuttavia, non è escluso per il solo fatto della localizzazione delle imprese e/o della loro attività in un unico Stato membro. Anche in questo caso, infatti, l'intesa solo nazionale ben potrebbe pregiudicare il commercio intracomunitario per effetto della chiusura del mercato nazionale o comunque della maggiore difficoltà per i concorrenti stranieri di accedere a quel mercato. Anzi, più volte la Corte ha ribadito l'affermazione di principio che un'intesa che si estenda all'intero territorio nazionale rinforza la compartimentazione dei mercati nazionali, con l'effetto di ostacolare gli scambi e di proteggere i prodotti nazionali<sup>(85)</sup>; sussisterebbe, al riguardo, una presunzione che può cadere solo se l'analisi delle caratteristiche dell'accordo e del contesto economico in cui si inserisce dimostri il contrario<sup>(86)</sup>. Così, nel settore dei giornali, la Corte ha precisato che un

<sup>(84)</sup> Linee direttrici relative alla nozione di pregiudizio al commercio tra Stati membri di cui agli articoli 81 e 82 del trattato (GUUE C 101 del 27 aprile 2004, p. 81).

<sup>(85)</sup> *Ex multis*, v. *Commissione c. Italia (spedizionieri doganali)*, C-35/96, sent. 18 giugno 1998, *Racc.* p. I-3851, punto 48; *Wouters*, C-309/99, sent. 19 febbraio 2002, *Racc.* p. I-1577, punto 95; *Manfredi*, *sopra citata*, punto 45.

<sup>(86)</sup> In tal senso, *Erste Group Bank e a. c. Commissione (Club Lombard)*, C-125/07 P, C-133/07 P, C-135/07 P e C-137/07 P, sent. 24 settembre 2009, punto 39 e ss., che ha confermato sul punto la pronuncia del Tribunale di primo grado, *Raiffeisen Zentralbank Österreich e a. c. Commissione*, T-259/02 a T-264/02 e T-271/02, sent. 14 dicembre 2006, *Racc.* p. II-5169, punto 181. Una siffatta presunzione di pregiudizio al commercio intracomunitario era stata sovvertita nel caso *Bagnasco*, C-215 e 216/96, sent. 21 gennaio 1999, *Racc.* p. I-135, punti 49-52, con riguardo ad un accordo che stabiliva norme bancarie

sistema di distribuzione chiuso, che interessi la maggior parte dei punti vendita nel territorio di uno Stato, può incidere anche sulla distribuzione dei giornali o periodici provenienti da altri Paesi membri<sup>(87)</sup>; nel settore della birra, sono stati compresi nel divieto accordi di fornitura esclusiva tra produttori e distributori dello stesso Paese<sup>(88)</sup>; analogamente, una clausola di non concorrenza inserita in un contratto di cessione di azienda, se estesa all'intero territorio di uno Stato membro, può ugualmente risultare idonea ad ostacolare gli scambi commerciali intracomunitari ai sensi dell'art. 101, n. 1<sup>(89)</sup>. Ancora, la Corte ha stabilito che un'intesa tra compagnie d'assicurazioni, consistente in uno scambio illecito d'informazioni relative ai clienti e produttiva di effetti unicamente all'interno di uno Stato, può costituire una violazione anche delle norme comunitarie, qualora si accerti che essa possa disincentivare l'ingresso nel mercato nazionale delle compagnie attive negli altri Stati membri<sup>(90)</sup>.

Più in generale, il mercato geografico che rileva ai fini di un'intesa, e ancor più ai fini dell'abuso di posizione dominante e delle concentrazioni di cui si dirà in seguito, è costituito da una «parte sostanziale del mercato comune»<sup>(91)</sup>. Tale elemento va distinto da quello

uniformi imposte ai propri membri da una associazione bancaria cui aderivano la quasi totalità delle banche operanti nel paese in questione, e relative ai contratti di fideiussione *omnibus* a garanzia dell'apertura di credito in conto corrente.

<sup>(87)</sup> *Salonia*, 126/80, sent. 16 giugno 1981, *Racc.* p. 1563, punto 15.

<sup>(88)</sup> *Brasserie de Haecht I*, 23/67, sent. 12 dicembre 1967, *Racc.* p. 479.

<sup>(89)</sup> *Remia*, 42/84, sent. 11 luglio 1985, *Racc.* p. 2545, punti 23-24.

<sup>(90)</sup> *Manfredi*, *sopra citata*, punti 44 e seguenti. In tale circostanza, la Corte ha anche precisato che i giudici interni, ai fini dell'applicazione dell'art. 81 (oggi art. 101 TFUE), devono procedere ad una valutazione sostanziale sulle caratteristiche del mercato nazionale e sugli effetti di chiusura che l'intesa produce rispetto all'eventuale ingresso d'impresa di Stati terzi; non è invece determinante (sebbene importante), ad esempio, il mero dato formale della partecipazione all'intesa di operatori esteri.

<sup>(91)</sup> Ad esempio, è stato considerato parte rilevante del mercato comune anche un porto (*Raso*, C-163/96, sent. 12 febbraio 1998, *Racc.* p. I-533, punto 26) ovvero un aeroporto; ed anche un ambito locale quando abbia sufficienti legami con il mercato nazionale (*Béguelin*, 22/71, sent. 25 novembre 1971, *Racc.* p. 949,

del pregiudizio agli scambi intracomunitari, anche se ad esso normalmente resta collegato.

Un pregiudizio agli scambi può anche conseguire ad una raccomandazione emanata da un'associazione di assicuratori che stabilisca un aumento dei premi e che coinvolga solo le succursali di società operanti in altri Stati membri, con l'argomento che i rapporti finanziari tra la succursale e la società madre sono comunque influenzati da tale circostanza, indipendentemente dal grado di autonomia giuridica della succursale<sup>(92)</sup>. Del pari, non si è escluso il pregiudizio agli scambi in relazione alla fissazione dei prezzi di un prodotto semi-finito che non è oggetto di commercio intracomunitario, ma che costituisce la materia prima di un altro prodotto commercializzato altrove nella Comunità<sup>(93)</sup>. Esso può altresì derivare da un accordo di distribuzione destinato a trovare applicazione in un territorio situato al di fuori della Comunità, che comporti un obbligo di esportazione di prodotti verso un Paese terzo, nonché un divieto di reimportazione e di commercializzazione di detti prodotti nella Comunità<sup>(94)</sup>. Perché un simile effetto si produca, tuttavia, occorre tener conto del contesto economico e giuridico in cui l'accordo si inserisce; in particolare, rileveranno la struttura del mercato, la posizione nello stesso occupata dal fornitore e il differenziale esistente tra i prezzi dei prodotti di cui trattasi all'interno ed all'esterno della Comunità.

L'accertamento del pregiudizio al commercio fra Stati membri va operato caso per caso. Ad esempio, è contrario all'art. 101 un divieto, posto da un fornitore comunitario ad un distributore per mercati di Paesi terzi stabilito in altro Stato membro, di vendere il prodotto in Paesi diversi da quelli stabiliti contrattualmente o di riesportarlo dai Paesi previsti in contratto in presenza di determinate condizioni, quali la struttura oligopolistica del mercato comu-

punti 10-18). V. la Comunicazione della Commissione sugli accordi di importanza minore, ricordata *infra*, p. 648, nota 117.

<sup>(92)</sup> *Verband der Sachversicherer*, 45/85, sent. 27 gennaio 1987, *Racc.* p. 405, punto 48.

<sup>(93)</sup> *Ahlström II*, *sopra citata*, punto 142.

<sup>(94)</sup> *Javico*, C-306/96, sent. 28 aprile 1998, *Racc.* p. I-1983, punti 23-26.

nitario ovvero la differenza di prezzi tra il mercato comunitario e quello esterno, condizioni che possono determinare un pregiudizio agli scambi intracomunitari <sup>(95)</sup>.

È necessario che il pregiudizio abbia una certa consistenza, ma non che si sia già verificato in fatto: è sufficiente che sia *potenziale* («possano pregiudicare») e che investa direttamente o indirettamente <sup>(96)</sup> il volume degli scambi o i prezzi o la qualità dei prodotti o dei servizi. La Corte, fin da occasioni remote, precisando che l'art. 101, n. 1, non pretende che gli accordi abbiano effettivamente pregiudicato gli scambi, circostanza peraltro difficile da dimostrare, richiede la prova che gli accordi siano idonei a produrre l'effetto vietato, ovvero «deve apparire ragionevolmente probabile, in base ad un complesso di elementi oggettivi di diritto o di fatto, che l'accordo eserciti un'influenza diretta o indiretta, attuale o potenziale, sulle correnti degli scambi fra Stati membri» <sup>(97)</sup>.

Come si vede, la logica della disciplina della concorrenza è e

<sup>(95)</sup> Javico, *sopra citata*, punto 28. Nella stessa sentenza la Corte ha escluso che il carattere selettivo della distribuzione all'interno della Comunità, esentata ai sensi dell'art. 81, n. 3, sia idonea di per sé ad evitare la violazione dell'art. 81.

<sup>(96)</sup> Nel senso del pregiudizio anche indiretto, Bagnasco, *sopra citata*, punto 34; Comp. gén. maritime e a., T-86/95, sent. 28 febbraio 2002, *Racc.* p. II-1011, punto 145. V. anche le Linee direttrici la nozione di pregiudizio al commercio tra Stati membri di cui agli articoli 81 e 82 del trattato, *sopra citate*, punto 23 e seguenti; nonché la giurisprudenza ivi citata.

<sup>(97)</sup> Consten e Grundig, 56 e 58/64, sent. 13 luglio 1966, *Racc.* p. 457; Völk, 5/69, sent. 9 luglio 1969, *Racc.* p. 295; Cadillon, 1/71, sent. 6 maggio 1971, *Racc.* p. 351; Gøttrup-Klim, C-250/92, sent. 15 dicembre 1994, *Racc.* p. I-5641, punto 54; SPO c. Commissione, T-29/92, sent. 21 febbraio 1995, *Racc.* p. II-289, punto 235; ENS e Eurostar, T-374-375, 384, 388/94, sent. 15 settembre 1998, *Racc.* p. II-3141, punti 136-137; si vedano anche le Linee direttrici, *sopra citate*, punto 23. La ricordata sentenza Bagnasco (punto 51), avendo escluso il pregiudizio al commercio intracomunitario a proposito di una decisione di un'associazione bancaria in quanto il servizio bancario interessato riguardava attività economiche con influenza ridotta sugli scambi fra Stati membri e la partecipazione di filiali o succursali di istituti di credito era limitata, non sembra del tutto coerente con questa giurisprudenza. V. anche Hugin, 22/78, sent. 31 maggio 1979, *Racc.* p. 1869, punti 17-26. Si tratta di pronunce che vanno collegate al caso di specie, nel quale è ben possibile che l'attenzione si sia focalizzata sulla circostanza che il danno non fosse neppure potenziale o che ne fosse provata l'insussistenza.

dev'essere in sintonia con la logica della libera circolazione delle merci all'interno del mercato comune: come gli Stati devono eliminare gli ostacoli alle importazioni, così le imprese non possono concertare preclusioni equivalenti. D'altra parte, come si è più volte sottolineato e come lo stesso preambolo del Trattato indica in modo emblematico, le disposizioni sulla concorrenza non possono che essere interpretate ed applicate in funzione della realizzazione di un assetto unitario del mercato e dunque della libera circolazione di merci, persone, servizi e capitali <sup>(98)</sup>.

A partire dalla riforma introdotta dal regolamento n. 1/2003, il criterio del pregiudizio agli scambi ha assunto un ruolo centrale e ancor più determinante nel nuovo sistema di applicazione del diritto *antitrust* comunitario. L'art. 3 del regolamento impone infatti alle autorità di concorrenza e ai giudici nazionali l'obbligo di applicare le norme comunitarie a tutte le intese e pratiche abusive che possano incidere sul commercio tra Stati membri e – per quanto riguarda le intese tra imprese – preclude in questi casi l'applicabilità di norme nazionali di concorrenza più severe di quelle comunitarie. Ed è anche per questo che la Commissione ha predisposto la ricordata Comunicazione, intesa a fornire, sulla base dei principi elaborati in proposito dalla giurisprudenza comunitaria, indicazioni ed elementi di valutazione in merito all'interpretazione della nozione di pregiudizio al commercio <sup>(99)</sup>. Oltre ad enumerare i principi interpretativi della materia, la Comunicazione introduce specifiche presunzioni (positive, oltre che negative) in ordine all'idoneità di

<sup>(98)</sup> V. in questo senso anche Italia c. Consiglio e Commissione, 32/65, sent. 13 luglio 1966, *Racc.* p. 295, sp. 319. Nella ben nota pronuncia sul caso Consten e Grundig, 56 e 58/64, sent. 13 luglio 1966, *Racc.* p. 457, sp. p. 518, la Corte non ha mancato di sottolineare che «Il Trattato, che nel preambolo e nell'insieme del suo testo mira a sopprimere le barriere fra Stati e che, in numerose disposizioni, reprime severamente la loro ricostituzione, non poteva permettere alle imprese di elevare nuovamente tali barriere. L'art. 85, par. 1, risponde a questo scopo, quand'anche si tratti di accordi tra imprese che operano in fasi diverse del processo economico». V. anche, nella stessa ed anche più ampia prospettiva, Francia c. Commissione (terminali di telecomunicazioni), 202/88, sent. 19 marzo 1991, *Racc.* p. I-1223, specie punto 9 e seguenti.

<sup>(99)</sup> V. *supra*, nota 84.

intese e pratiche abusive a determinare o meno un pregiudizio *sensibile* agli scambi tra Stati membri. In particolare, la Comunicazione delinea una regola generale che, con riferimento a tutte le fattispecie di intesa, stabilisce una presunzione negativa – nel senso di escludere un pregiudizio *sensibile* al commercio – laddove la quota di mercato aggregata delle parti su qualsiasi mercato rilevante all'interno della Comunità interessato dagli accordi non supera il 5% e, 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, invece, di intese verticali, il fatturato comunitario aggregato annuo del fornitore dei prodotti a cui si applica l'accordo non deve essere superiore a 40 milioni di euro. La presunzione negativa è applicabile a tutte le intese, indipendentemente dalla natura delle restrizioni contenute nell'accordo.

Un'analisi caso per caso è invece necessaria, al fine di determinare il carattere *sensibile* o meno di un possibile pregiudizio al commercio, laddove almeno una delle richiamate condizioni non sia 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) la Comunicazione prevede altresì 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.

Inoltre, la Comunicazione della Commissione illustra, senza pretesa di esaustività, le modalità di applicazione dei richiamati principi interpretativi nei casi in cui le condizioni previste per escludere il pregiudizio agli scambi non siano soddisfatte, distinguendo 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.

## 5. L'ALTERAZIONE DELLE CONDIZIONI DI CONCORRENZA. PORTATA TERRITORIALE DEL DIVIETO

L'intesa vietata è inoltre quella che ha «per oggetto o per effetto di impedire, restringere o falsare il gioco della concorrenza all'interno del mercato comune»<sup>(100)</sup>. Già ad una prima lettura è evidente che il pregiudizio alla concorrenza causato dall'intesa può essere anche potenziale e persino indiretto. Esso comunque deve essere valutato non in termini astratti, bensì in funzione del contesto concreto in cui il comportamento delle imprese è stato posto in essere. La concorrenza non falsata di cui all'art. 101 del Trattato implica, come si è già detto, l'esistenza sul mercato di una concorrenza efficace (*workable competition*), cioè di un'attività concorrenziale sufficiente a far ritenere che siano rispettate le esigenze fondamentali e conseguite le finalità del Trattato. La suddetta esigenza consente, dunque, che natura ed intensità della concorrenza varino a seconda dei prodotti o dei servizi e della struttura dei mercati di settore<sup>(101)</sup>.

Per stabilire se una determinata intesa ricada nell'ambito di applicazione del divieto sancito dall'art. 101, n. 1, occorre procedere ad uno scrutinio articolato in due fasi successive<sup>(102)</sup>.

In una prima fase, si dovrà verificare se l'intesa comporti, per il suo oggetto, una restrizione di concorrenza. All'uopo sarà indispensabile valutare le finalità perseguite mediante l'intesa stessa, nel contesto economico in cui essa deve essere applicata<sup>(103)</sup>. Se l'intesa, che abbia assunto la forma di accordo o di pratica concor-

<sup>(100)</sup> Nella versione italiana originaria dell'art. 81, invero, la formula era «per oggetto e per effetto», diversa da tutte le altre versioni, ed appariva piuttosto l'oggetto di un refuso di stampa. Il Tribunale e la Corte, peraltro, non hanno mancato di ricordare al riguardo il principio dell'uniformità di applicazione delle norme comunitarie, che ne vuole la lettura secondo la prevalente formulazione: Ferriere Nord c. Commissione, C-219/95 P, sent. 17 luglio 1997, *Racc.* p. I-4411, punti 14-15.

<sup>(101)</sup> Metro, 26/76, sent. 25 ottobre 1977, *Racc.* p. 1875.

<sup>(102)</sup> Société Technique Minière, 56/65, sent. 30 giugno 1966, *Racc.* p. 261; Delimitis, C-234/89, sent. 28 febbraio 1991, *Racc.* p. I-935.

<sup>(103)</sup> CRAM, 29 e 30/83, sent. 28 marzo 1984, *Racc.* p. 1679.

data, ha per oggetto di restringere la concorrenza, deve ritenersi senz'altro vietata, senza che sia necessario considerarne gli effetti <sup>(104)</sup>.

Ove l'oggetto non sia anticompetitivo, si dovrà procedere ad una seconda fase di analisi, prendendo in considerazione gli *effetti* che l'intesa è in concreto idonea a produrre sul gioco della concorrenza. In tale ipotesi, l'intesa sarà considerata vietata qualora emerga che essa è suscettibile di restringere la concorrenza in modo *sensibile* <sup>(105)</sup>. Criterio generale per apprezzare se un'intesa abbia per oggetto o per effetto di restringere la concorrenza è quello consistente nel verificare come la concorrenza avrebbe operato nell'ambito del mercato di cui trattasi in assenza dell'intesa medesima <sup>(106)</sup>.

In forza di questo schema di analisi saranno considerate vietate, per il loro oggetto, le intese che, considerate in termini obiettivi ed astratti, non hanno altra funzione se non quella di restringere la libertà di concorrenza tra le parti, ovvero tra le parti ed i terzi concorrenti, in modo ritenuto incompatibile con il mercato comune. Si pensi, ad esempio, ad un cartello che attui una segmentazione dei mercati, che contingenti la produzione o che definisca i prezzi di vendita; ovvero ad una clausola, inserita in un contratto di distribuzione, che vieti le importazioni o le esportazioni del prodotto contrattuale all'interno del mercato comune o che imponga i prezzi di rivendita del prodotto stesso.

<sup>(104)</sup> Sumitomo Metal Industries Ltd, riunite C-403/04 P e C-405/04 P, sent. 25 gennaio 2007, *Racc.* p. I-729, punto 43. Per una chiara affermazione che anche una pratica concordata è vietata indipendentemente dai suoi effetti, qualora abbia un oggetto anticoncorrenziale, v. Commissione c. ANIC, C-49/92 P, sent. 8 luglio 1999, *Racc.* p. I-4125, punti 99 e 118-129. In particolare, la Corte ha precisato (punto 124) che «se la nozione stessa di pratica concordata presuppone un comportamento delle imprese partecipanti sul mercato, essa non implica necessariamente che tale comportamento abbia l'effetto concreto di restringere, impedire o falsare la concorrenza».

<sup>(105)</sup> Société Technique Minière, 56/65, sent. 30 giugno 1966, *Racc.* p. 261.

<sup>(106)</sup> Société Technique Minière, *sopra citata*, sp. p. 281; L'Oreal, 31/80, sent. 11 dicembre 1980, *Racc.* p. 3775, punto 21; Deere q. Commissione, C-7/95 P, sent. 28 maggio 1998, *Racc.* p. I-3111, punto 76.

Per contro, dovrà ritenersi che non abbiano oggetto anticompetitivo le intese che sono idonee a svolgere una più complessa funzione. Ciò vale per le clausole che fanno parte integrante del contenuto di un determinato contratto e che in tal modo contribuiscono a determinare l'assetto e l'equilibrio dei rapporti giuridici tra le parti. Invero, secondo quanto emerge anche dalla giurisprudenza della Corte, per stabilire se una determinata clausola abbia oggetto anticompetitivo, ai sensi dell'art. 101, n. 1, occorre considerare la funzione nel contesto dei rapporti contrattuali in cui si inserisce. In tale prospettiva non avranno oggetto anticoncorrenziale le clausole che risultino in astratto *necessarie* a far sì che un contratto, di per sé non dannoso per la concorrenza, possa assolvere compiutamente la funzione giuridico-economica che lo caratterizza. Non violano, ad esempio, l'art. 101, n. 1, per il loro oggetto, salvo che non risultino, in funzione di circostanze concrete, effetti anticompetitivi <sup>(107)</sup>:

- il patto di non concorrenza inserito in un contratto di cessione di azienda, in quanto tale patto, purché di durata non sproporzionata, può ritenersi necessario ad assicurare l'effettività della cessione <sup>(108)</sup>;
- la clausola di approvvigionamento esclusivo e la clausola di non concorrenza, inserite in un contratto di *franchising* -, in quanto necessarie a far sì che tale contratto possa pienamente realizzare la sua funzione tipica <sup>(109)</sup>, ovvero nello statuto di una cooperativa, in quanto necessarie alla realizzazione dei fini sociali <sup>(110)</sup>;
- la clausola di non contestazione, inserita in un contratto di licenza di brevetto (a titolo gratuito), in quanto determinante per l'equilibrio di un accordo che non ha né l'oggetto, né l'effetto di

<sup>(107)</sup> Relativamente alla valutazione della accessorietà di patti di non concorrenza, clausole di approvvigionamento o fornitura esclusiva, si veda la Comunicazione della Commissione sulle restrizioni direttamente connesse e necessarie alle operazioni di concentrazione, 2005/C 56/03 (GUUE 5 marzo 2005).

<sup>(108)</sup> Remia, 42/84, sent. 11 luglio 1985, *Racc.* p. 2545.

<sup>(109)</sup> Pronuptia, 161/84, sent. 28 gennaio 1986, *Racc.* p. 353.

<sup>(110)</sup> Gøttrup-klim, C-250/92, sent. 15 dicembre 1994, *Racc.* p. I-5641, punti 28 e seguenti.

impedire, di restringere o di falsare il gioco della concorrenza <sup>(111)</sup>;

- la clausola di approvvigionamento esclusivo, inserita in un contratto di fornitura di birra, in quanto inerente a quella forma di cooperazione fra rivenditore e fornitore, fondata su una convergenza di interessi in ordine alla promozione delle vendite del prodotto, che caratterizza questo specifico tipo contrattuale <sup>(112)</sup>.

Peraltro, come si è detto, la circostanza che un'intesa non abbia un oggetto anticompetitivo non esclude che essa, tenuto conto del concreto contesto economico in cui è destinata ad operare, possa ugualmente produrre effetti inconciliabili con il corretto funzionamento della concorrenza nel mercato comune. Nulla esclude pertanto che un'intesa che non ha oggetto anticompetitivo possa, in presenza di una determinata situazione di mercato, essere considerata incompatibile con il mercato comune, laddove la stessa intesa, posta in una situazione di mercato differente, sia considerata in linea con le esigenze di tutela della concorrenza. Nell'ambito di tale analisi, si deve in particolare tener conto del livello di concorrenza, attuale e potenziale, esistente sul mercato interessato indipendentemente dall'intesa di cui trattasi, nonché della circostanza che l'intesa stessa contribuisca o meno in modo significativo a restringere ulteriormente la concorrenza su tale mercato <sup>(113)</sup>.

In sintesi, l'analisi dell'oggetto è destinata a valutare, in astratto, la funzione obiettiva di una determinata pattuizione nel contesto contrattuale in cui si inserisce. L'analisi dell'effetto, viceversa, mira a stabilire se, in concreto, un'intesa che non ha oggetto anticompetitivo sia comunque idonea, per la specifica situazione di mercato in cui viene ad operare, a restringere in modo sensibile la concorrenza nel mercato comune.

Gli effetti devono evidentemente prodursi all'interno del mercato comune. Così un'intesa tra imprese comunitarie sulla riparti-

<sup>(111)</sup> Bayer, 65/86, sent. 27 settembre 1988, *Racc.* p. 5249 e conclusioni Darrmon, punto 17.

<sup>(112)</sup> Delimitis, C-234/89, sent. 28 febbraio 1991, *Racc.* p. I-935.

<sup>(113)</sup> Delimitis, *sopra citata*.

zione dei mercati terzi è in principio consentita, a meno che i suoi effetti non si ripercuotano sul mercato comune; allo stesso modo un'intesa tra un'impresa comunitaria ed un'impresa appartenente ad un Paese terzo è vietata se investe il mercato comune <sup>(114)</sup>.

Relativamente alle intese tra imprese non comunitarie, va peraltro precisato che la Corte non ha aderito in modo sicuro ed esplicito alla c.d. teoria degli effetti come argomento decisivo per applicare la disciplina europea ad accordi tra imprese non comunitarie; e si è sempre dichiarata ancorata alla preclusione di effetti extraterritoriali. Il risultato cui è normalmente approdata, peraltro, non si discosta molto da quello cui perviene quella dottrina. Ad esempio, a volte si è posto l'accento soprattutto sull'unità dell'impresa con le sue articolazioni localizzate all'interno dell'Unione <sup>(115)</sup>. In altre occasioni, è stato valorizzato il principio della territorialità attraverso il criterio dell'attuazione dell'intesa all'interno del mercato comune, con la conseguenza che la competenza dell'Unione ad applicare le sue regole sulla concorrenza a siffatti comportamenti risulta rispettosa del principio di territorialità universalmente riconosciuto come principio di diritto internazionale <sup>(116)</sup>.

Un deciso accoglimento della teoria degli effetti sembra invece emergere nella più recente giurisprudenza del Tribunale che, nell'ambito di un ricorso diretto contro una decisione della Commissione che aveva dichiarato l'incompatibilità di una concentrazione con il mercato comune <sup>(117)</sup>, ha perentoriamente affermato che «qualora sia prevedibile che una progettata concentrazione produca un effetto immediato e sostanziale nella Comunità, l'applicazione del regolamento [relativo al controllo delle concentrazioni] è

<sup>(114)</sup> Béguelin, 22/71, sent. 25 novembre 1971, *Racc.* p. 949; Tepea, 28/77, sent. 20 giugno 1978, *Racc.* p. 1391.

<sup>(115)</sup> ICI (materie coloranti), 48/69, sent. 14 luglio 1972, *Racc.* p. 619, punto 125 e seguenti.

<sup>(116)</sup> Ahlström I, 89, 104, 114, 116-117 e 125-129/85, sent. 27 settembre 1988, *Racc.* p. 5193, punto 18.

<sup>(117)</sup> Gencor, T-102/96, sent. 25 marzo 1999, *Racc.* p. II-753, punto 89 e seguenti.

giustificata con riferimento al diritto internazionale pubblico»<sup>(118)</sup>. Tale affermazione appare tanto più significativa, in quanto la competenza della Commissione ad esaminare la concentrazione, che era contestata dalla ricorrente, avrebbe ben potuto essere affermata sulla base dei criteri cui tradizionalmente aveva fatto ricorso la Corte in casi analoghi, vale a dire sulla base del collegamento di una delle imprese interessate alla concentrazione con una società localizzata all'interno dell'Unione, o con riferimento al criterio dell'attuazione dell'accordo.

## 6. LA REGOLA DE MINIMIS

Gli effetti sulla concorrenza e sugli scambi devono essere sensibili, sì che sono escluse dal divieto le intese aventi effetti minimi sul mercato di cui si tratta (regola c.d. *de minimis*)<sup>(119)</sup>. La Corte ha infatti precisato che un accordo sfugge al divieto quando investe il mercato in maniera insignificante, considerata la debole posizione detenuta dagli interessati sul mercato dei prodotti di cui trattasi; e ciò anche quando, ad esempio nell'ipotesi di un accordo di distribuzione, l'esclusiva comporti una protezione territoriale assoluta a favore del distributore<sup>(120)</sup>. Tuttavia, non è da escludere che un'intesa, anche se isolatamente non sia compresa nel divieto in quanto «minima», possa comunque esservi ricompresa quando sia inserita in un contesto economico e giuridico tale da alterare la concorrenza e pregiudicare gli scambi intracomunitari: è stato il caso, ad esempio, di un singolo contratto di fornitura esclusiva di birra tra produttore e distributore, che se di per sé, come si è detto, non viola l'art. 101, n. 1, può essere diversamente

<sup>(118)</sup> Gencor, *sopra citata*, punto 90.

<sup>(119)</sup> Sirena, 40/70, sent. 18 febbraio 1971, *Racc.* p. 69; Tepea, 28/77, sent. 20 giugno 1978, *Racc.* p. 1391; Bagnasco, C-215 e 216/96, sent. 21 gennaio 1999, *Racc.* p. II-135, punto 34.

<sup>(120)</sup> Volk, 5/69, sent. 9 luglio 1969, *Racc.* p. 295; Cadillon, 1/71, sent. 6 maggio 1971, *Racc.* p. 351; Parker Pen, T-77/92, sent. 14 luglio 1994, *Racc.* p. II-549, punto 39; LVM e a.c. Commissione (PVC II), T-305/94 e a., sent. 20 aprile 1999, *Racc.* p. II-931, punto 754.

valutato se considerato nel contesto di un'intera rete di accordi dello stesso tipo<sup>(121)</sup>.

La Commissione, in una Comunicazione del 2001, ha differenziato le soglie di sensibilità relative alle quote di mercato detenute dalle imprese partecipanti a seconda che si tratti di accordi tra imprese concorrenti effettive o potenziali su uno dei mercati rilevanti o accordi tra imprese non concorrenti. Nel primo caso, la soglia applicabile è fissata al 10%, nel secondo al 15%<sup>(122)</sup>. Qualora risulti difficile determinare se l'accordo sia concluso tra concorrenti o tra non concorrenti è prevista la soglia del 10%. Inoltre, quando sul mercato rilevante la concorrenza risulti limitata dall'effetto cumulativo di accordi relativi alla vendita di beni o servizi, posti in essere da più fornitori o distributori (effetto cumulativo di preclusione prodotto da reti parallele di accordi aventi effetti simili sul mercato), le soglie sono ridotte al 5% sia per gli accordi tra concorrenti, sia per quelli tra non concorrenti. In linea generale, si ritiene che i fornitori o distributori individuali la cui quota di mercato non superi il 5% non contribuiscano in maniera significativa a tale effetto cumulativo<sup>(123)</sup>. La Comunicazione precisa anche che, indipendentemente dal superamento delle suddette soglie, non ricadono in linea generale nel divieto di cui all'art. 101, n. 1, le intese concluse tra piccole e medie imprese<sup>(124)</sup>. L'art. 101 resta applicabile, invece, anche qualora le imprese partecipanti detengano quote inferiori a quelle indicate, a determinate tipologie di accordi suscettibili di provocare effetti distorsivi della concorrenza particolarmente gravi, quali i cartelli di prezzo o di ripartizione dei mercati, nonché le intese volte alla limitazione della produzione o delle vendite.

<sup>(121)</sup> Brasserie de Haecht I, 23/67, sent. 12 dicembre 1967, *Racc.* p. 479, sp. p. 490.

<sup>(122)</sup> Comunicazione relativa agli accordi di importanza minore che non determinano restrizioni sensibili della concorrenza ai sensi dell'art. 81, par. 1, del Trattato CE, in GUCE C 368 del 22 dicembre 2001, p. 13.

<sup>(123)</sup> Ai sensi della Comunicazione, peraltro, il verificarsi di tale effetto è improbabile qualora meno del 30% del mercato rilevante sia coperto da reti di accordi paralleli aventi effetti simili.

<sup>(124)</sup> Sono le imprese definite nell'allegato alla raccomandazione 96/280/CE della Commissione (GUCE n. L107 del 30 aprile 1996).

Vale la pena di ricordare, a questo proposito, come il Tribunale abbia comunque escluso che il raggiungimento od il superamento delle quote indicate consenta di concludere con certezza che un accordo ricade sotto il divieto di cui all'art. 101, n. 1: l'applicabilità della suddetta norma dovrà, anche in tali casi, essere adeguatamente giustificata dalla Commissione <sup>(125)</sup>. La Corte, d'altra parte, non ha mai fatto suo espressamente il criterio *de minimis* così come prefigurato nella Comunicazione della Commissione. È vero, tuttavia, che talvolta la Corte ha dichiarato applicabili le regole di concorrenza alle sole intese idonee a produrre un effetto sensibile sulla concorrenza ed in particolare quando almeno una delle parti dell'intesa avesse una quota apprezzabile di mercato <sup>(126)</sup>.

#### 7. IPOTESI TIPIZZATE D'INTESA. GLI ACCORDI DI DISTRIBUZIONE

L'art. 101, n. 1, indica anche alcune ipotesi tipizzate di intese vietate, sia orizzontali che verticali, cioè sia tra imprese che si trovano allo stesso livello del ciclo produttivo (ad esempio, produttori), sia tra imprese che si trovano a livelli diversi (produttori e distributori, ad esempio).

Anzitutto, sono menzionate le intese rivolte a regolare i prezzi e/o le altre condizioni di vendita. La previsione è molto ampia e riguarda qualunque tipo di comportamento che in qualche modo conduca ad un coordinamento o ad un allineamento dei prezzi <sup>(127)</sup>. Ad esempio, è stato ritenuto illecito un accordo sui prezzi

<sup>(125)</sup> Langnese-Iglo, T-7/93, sent. 8 giugno 1995, *Racc.* p. II-1533, punto 98; ENS e Eurostar, T-374/94, T-375/94, T-384/94 e T-388/94, sent. 15 settembre 1998, *Racc.* p. II-3141, punti 102-103.

<sup>(126)</sup> Hugin, 22/78, sent. 31 maggio 1979, *Racc.* p. 1869, punti 15-26; Bagnasco, C-215-216/96, sent. 21 gennaio 1999, *Racc.* p. I-235, punto 34.

<sup>(127)</sup> Già ICI (materie coloranti), 48/69, sent. 14 luglio 1972, *Racc.* p. 619, punti da 64 a 123; v. anche le altre sentenze «materie coloranti» in data 14 luglio 1972, *Racc.* p. 713 ss., dove è ripetuta la formula di cui al punto 67 della pronuncia ICI: «Ciò si verifica quando il comportamento parallelo permette agli interessati di trovare l'equilibrio dei prezzi ad un livello diverso da quello che si sarebbe determinato in regime di concorrenza, nonché di cristallizzare le posizioni acqui-

minimi di un prodotto, trasmesso all'amministrazione perché ne estendesse in via generale l'applicazione <sup>(128)</sup>; un accordo sugli sconti praticabili ai dettaglianti <sup>(129)</sup>; un sistema che riservi la garanzia del prodotto ai soli clienti del concessionario, nella misura in cui privilegia quest'ultimo rispetto al distributore parallelo <sup>(130)</sup>; una raccomandazione di un'associazione di assicuratori che impone ai suoi membri un aumento generale dei premi <sup>(131)</sup>; una rete di accordi tra agenti di viaggio sui prezzi dei viaggi <sup>(132)</sup>.

In secondo luogo, l'art. 101, n. 1, lett. *b*, censura le intese che limitano o controllano la produzione, gli sbocchi, lo sviluppo tecnico o gli investimenti. Si tratta in generale di accordi che mirano a ridurre i costi, razionalizzando la produzione e/o gli acquisti e/o l'acquisizione di clientela. Possono rientrare anche in questa ipotesi gli accordi di distribuzione selettiva, le esclusive di vendita <sup>(133)</sup>, determinati accordi di acquisto in comune come la realizzazione di centrali comuni d'acquisto, le intese sulle quote di produzione: tutte pratiche al confine con l'ipotesi di ripartizione dei mercati o delle fonti di approvvigionamento (art. 101, n. 1, lett. *c*). Ed è appena il caso di precisare che non occorre che le parti dell'accordo o del-

site a detrimento dell'effettiva libertà di circolazione delle merci nel mercato comune e della libera scelta dei fornitori da parte dei consumatori».

<sup>(128)</sup> BNIC c. Clair, 123/83, sent. 30 gennaio 1985, *Racc.* p. 391; Messageries de la presse, 243/83, sent. 3 luglio 1985, *Racc.* p. 2015.

<sup>(129)</sup> Nederlandse Sigarenwinkeliers Org. c. Commissione, 260/82, sent. 10 dicembre 1985, *Racc.* p. 3801.

<sup>(130)</sup> Dassonville, 8/74, sent. 11 luglio 1974, *Racc.* p. 387; ETA, 31/85, sent. 10 dicembre 1985, *Racc.* p. 3933. V. tuttavia Cartier, C-376/92, sent. 13 gennaio 1994, *Racc.* p. I-15, in cui la Corte, che pure aveva sottolineato l'utilità delle importazioni parallele, nega il diritto del consumatore parallelo alla garanzia del prodotto prestata dal fabbricante, con una evidente contraddizione e con altrettanto ingiustificato pregiudizio per il consumatore. Il tentativo di estendere questa giurisprudenza anche ad altri settori, ad esempio quello della distribuzione di automobili, non ha trovato spazio nella prassi. V. sull'argomento anche VAG c. SYD Consult, C-41/96, sent. 5 giugno 1997, *Racc.* p. I-3123.

<sup>(131)</sup> Verband der Sachversicherer, 45/85, sent. 27 gennaio 1987, *Racc.* p. 405.

<sup>(132)</sup> Vlaamse Reisbureaus, 311/85, sent. 1° ottobre 1987, *Racc.* p. 3801.

<sup>(133)</sup> V. *infra*, in questo stesso paragrafo.

l'intesa siano in concorrenza tra loro, in quanto potrebbe comunque prodursi un'alterazione della concorrenza nei rapporti con i terzi; per ciò stesso, rileva ad esempio l'ipotesi di accordo tra operatori che si situano a stadi diversi dell'attività economica, quando vi sia l'elemento del pregiudizio agli scambi e l'effetto di un'alterazione della concorrenza.

Grande attenzione è sempre stata riservata ai sistemi di distribuzione, spesso incorsi nelle censure della Commissione e poi della Corte; rilievo ancor più significativo ove si pensi alla possibile interferenza della distribuzione commerciale sulla libera circolazione delle merci.

Il punto fondamentale è che il mercato comune non può essere ripartito, né a livello di produzione, né a livello di distribuzione.

Così, fin dal caso *Consten e Grundig*, relativo ad un accordo di distribuzione esclusiva in Francia, la Corte affermò il principio che un accordo inteso a mantenere artificialmente dei mercati nazionali distinti in seno alla Comunità è già come tale atto a falsare la concorrenza nel mercato comune e dunque rientra nell'ipotesi vietata dall'art. 101, n. 1 <sup>(134)</sup>.

Ciò non ha impedito, peraltro, di tenere nella giusta considerazione gli effetti positivi sul piano della concorrenza che siffatte clausole di esclusiva comportano in diversi casi. Esse possono facilitare, infatti, l'ingresso di un prodotto su un nuovo mercato nei non rari casi in cui è il distributore/rivenditore a richiedere al fabbricante l'impegno a non rifornire altri distributori nel territorio contrattuale. Ancora, in quanto consentano un'azione più incisiva sul mercato e la razionalizzazione della distribuzione, esse possono altresì stimolare la concorrenza fra i prodotti di fabbricanti diversi (*inter-brand competition*).

Alla luce pertanto della citata sentenza *Consten e Grundig* e della successiva giurisprudenza della Corte, le autorità comunitarie hanno ritenuto che gli accordi di distribuzione esclusiva, per quanto rientranti nella previsione dell'art. 101, n. 1, possano tuttavia essere esentati dal divieto ivi stabilito, in forza del n. 3 della stessa di-

<sup>(134)</sup> *Consten e Grundig*, 56 e 58/64, sent. 13 luglio 1966, *Racc.* p. 457.

sposizione, qualora non sia stabilita una protezione territoriale assoluta a favore del distributore. Tale ipotesi si verifica quando il distributore viene posto al riparo non solo dalla concorrenza che potrebbe essergli fatta dal produttore/fornitore – ciò che è la conseguenza normale dell'obbligo assunto da quest'ultimo di rifornire quel solo distributore in quel determinato territorio – ma anche dagli altri distributori, ai quali viene fatto divieto di esportare nello Stato che costituisce la zona esclusiva dell'altro, sia direttamente, attraverso vendite a clienti ivi stabiliti, che indirettamente, attraverso vendite a clienti stabiliti nel loro territorio contrattuale, ma che intendano esportare i prodotti così acquistati nella zona esclusiva di un altro distributore. Sono dunque le clausole che tendono ad escludere in modo assoluto le importazioni abitualmente indicate come «parallele» – in quanto si affiancano a quelle effettuate dall'importatore «ufficiale», cioè territorialmente competente – a rendere incompatibile con il Trattato un accordo di distribuzione esclusiva, per il fatto di determinare l'artificiale mantenimento di mercati nazionali distinti e l'eliminazione della concorrenza fra prodotti di una stessa marca (*intra-brand competition*) <sup>(135)</sup>. Sempre al fine di costituire o rafforzare una protezione territoriale assoluta a favore del distributore, le parti di un accordo di esclusiva hanno fatto ricorso ad altre clausole contrattuali od hanno messo in atto ulteriori pratiche di concerto tra loro, come si preciserà in seguito.

Anche la distribuzione selettiva, caratterizzata dal fatto che il produttore intende riservare la vendita dei propri prodotti solo a taluni rivenditori, appunto selezionati sulla base di taluni criteri atinenti in particolare alla loro qualificazione professionale, è stata oggetto di attenzione da parte della Commissione e della Corte. La giurisprudenza ha in particolare precisato che la distribuzione selettiva deve restare l'eccezione e si giustifica, in vista di esigenze relative alla specifica natura del prodotto, laddove la selezione dei distributori sia operata sulla base di criteri assolutamente oggettivi,

<sup>(135)</sup> V. sul punto *Musique Diffusion Française*, 100-103/80, sent. 7 giugno 1983, *Racc.* p. 1825, in particolare punti 37-60; *Sandoz*, C-277/87, sent. 11 gennaio 1990, *Racc.* p. I-45, pubblicazione sommaria; *Tipp-Ex*, C-279/87, sent. 8 febbraio 1990, *Racc.* p. I-261, pubblicazione sommaria.

di natura qualitativa (qualificazione professionale del distributore, dei suoi dipendenti, qualità e natura degli impianti) e comunque non discriminatori <sup>(136)</sup>. In principio, dunque, l'istituzione di un sistema di distribuzione selettiva sarà giustificata per prodotti di elevata tecnicità, come apparecchi elettronici ed anche per prodotti di lusso, ad esempio orologi di grande marca. In tale ultimo settore, la canalizzazione attraverso distributori selezionati può diventare un elemento importante per il mantenimento di un'immagine di marca di prestigio e quindi per la reputazione commerciale del prodotto <sup>(137)</sup>.

Inoltre, la selezione dei distributori sicuramente compatibile con la disciplina comunitaria della concorrenza è quella che assume carattere meramente *qualitativo*. Tale formula di selezione implica che sia consentito effettivo accesso alla (e permanenza nella) rete a *tutti* gli operatori potenziali che rispondano ai requisiti professionali stabiliti dal produttore e che desiderino concludere un contratto per la commercializzazione dei prodotti di cui trattasi. Per contro, è ritenuta incompatibile con l'art. 101, n. 1, e di norma non suscettibile di esenzione di cui al n. 3, la selezione c.d. *quantitativa*, vale a dire la selezione che, oltre a prevedere criteri oggettivi di qualificazione dei distributori «autorizzati», limita altresì il numero totale degli operatori ammessi ad agire all'interno di determinate aree territoriali. Anche relativamente al settore della distribu-

<sup>(136)</sup> Metro, 26/76, sent. 25 ottobre 1977, *Racc.* p. 1875, punto 20: «in particolare, nel settore della produzione dei beni di consumo durevoli, di alta qualità e tecnicità, nel quale un numero relativamente ridotto di produttori, grandi e medi, offre una gamma ampia di apparecchi facilmente intercambiabili, quanto meno agli occhi dei consumatori, la struttura del mercato non è incompatibile con l'esistenza di canali distributivi differenziati adeguati alle caratteristiche rispettive dei vari produttori ed alle esigenze delle varie categorie di consumatori; in questa luce la Commissione a ragion veduta ha ammesso che sistemi di distribuzione selettiva costituivano uno degli elementi di concorrenza conformi all'art. 85, n. 1, purché la scelta dei rivenditori avvenga secondo criteri oggettivi di indole qualitativa, riguardanti la qualificazione professionale del rivenditore, del suo personale e dei suoi impianti, questi requisiti siano richiesti indistintamente per tutti i rivenditori potenziali e vengano valutati in modo non discriminatorio». V. infine, L'Oréal, 31/80, sent. 11 dicembre 1980, *Racc.* p. 3775, punto 17.

<sup>(137)</sup> V. Cartier, C-376/92, sent. 13 gennaio 1994, *Racc.* p. I-15.

zione di automobili, in cui eccezionalmente era consentita la selezione quantitativa, è stata applicata la regola generale dell'incompatibilità <sup>(138)</sup>.

In una posizione intermedia fra le due ipotesi dinanzi accennate si collocano le figure contrattuali (le più frequenti nella prassi commerciale) che oltre a prevedere criteri qualitativi di accesso alla rete impongono al distributore l'ottemperanza a specifici obblighi di assortimento e promozione del prodotto contrattuale. Tali ipotesi sono soggette ad un apprezzamento caso per caso. Da un punto di vista generale, può dirsi che esse sono di norma considerate favorevolmente in ragione degli effetti positivi prodotti sulla concorrenza fra beni o servizi di diverse imprese (c.d. *interbrand competition*), potendo pertanto beneficiare di una esenzione ai sensi dell'art. 101, n. 3.

In sintesi, la rete distributiva deve, in generale e fatta salva la tolleranza per la distribuzione selettiva, rimanere «aperta» per essere lecita o comunque esentata o esentabile ai sensi dell'art. 101, n. 3; se dovesse essere «chiusa», nel senso di non consentire o restringere notevolmente – come si è già chiarito – le c.d. importazioni parallele e di precludere al consumatore l'acquisto del prodotto nel mercato di sua scelta e convenienza, sarebbe vietata e non esentabile.

Più volte è stato ribadito, dalla Commissione e poi dalla Corte, che un sistema di distribuzione che riduca o addirittura escluda la possibilità di importazioni parallele integra una delle ipotesi vietate dall'art. 101, in particolare nella misura, prefigurata alla lettera c, in cui dall'intesa risulti l'idoneità a produrre una ripartizione dei mercati e per ciò stesso un pregiudizio agli scambi tra Stati membri. Pertanto, da un lato, il fatto di importare una merce regolarmente commercializzata in uno Stato non solo non è di per sé un atto di concorrenza sleale, neppure se realizzata attraverso un canale com-

<sup>(138)</sup> Regolamento CE n. 1400/2002 della Commissione, del 31 luglio 2002, in GUCE L 203, del 1° agosto 2002, p. 30. Su tale regolamento, v. Vulcan Silkeborg, C-125/05, sent. 7 settembre 2006, *Racc.* p. I-7637; Auto Peter Petschenig, C-273/06, ordinanza 26 gennaio 2007, *Racc.* p. I-14\*; City Motors, C-421/05, sent. 18 gennaio 2007, *Racc.* p. I-653.

merciale diverso, appunto parallelo, da quello designato dalla casa produttrice<sup>(139)</sup>; ma anzi, un'intesa o una pratica commerciale che impedisse del tutto le importazioni parallele è addirittura vietata dall'art. 101, n. 1<sup>(140)</sup>, così come una normativa o una prassi amministrativa che crea ostacoli al commercio intracomunitario è vietata dall'art. 34 TFUE (già art. 28 del Trattato CE).

La ripartizione dei mercati è beninteso vietata anche quando avviene al livello della produzione (intese orizzontali): ad esempio, con un'intesa tra due produttori sulla produzione e vendita in territori diversi<sup>(141)</sup>. Allo stesso modo è stata considerata in violazione dell'art. 101 una pratica concordata tra società nazionali di gestione dei diritti d'autore che si risolve in un impegno a non dare accesso diretto al repertorio agli utilizzatori di musica registrata stabiliti in un altro Stato membro<sup>(142)</sup>.

Un problema peculiare si pone in relazione alle modalità di sfruttamento dei diritti sulla proprietà intellettuale: marchi, brevetti, diritti d'autore e via di seguito. Al contrario di quanto di-

<sup>(139)</sup> Béguelin, 22/71, sent. 25 novembre 1971, *Racc.* p. 949; e Dansk Supermarked, 58/80, sent. 22 gennaio 1981, *Racc.* p. 181.

<sup>(140)</sup> Musique Diffusion Française (Pioneer), 100-103/80, sent. 7 giugno 1983, *Racc.* p. 1825, punti 86-90. Né un regolamento di esenzione per categoria, in quanto relativo ai soli rapporti contrattuali tra fornitore e distributore, riduce la possibilità per gli operatori estranei alla rete di distribuzione «ufficiale» di esercitare la loro attività di commercializzazione libera: v., tra le tante, Gran Garage Albigeois e a., C-226/94, sent. 15 febbraio 1996, *Racc.* p. I-651, punti 15-20; meno che mai un regolamento di esenzione per categoria può essere interpretato nel senso di vietare le importazioni parallele: VAG c. Syd Consult, C-41/96, sent. 5 giugno 1997, *Racc.* p. I-3123, punto 17. Nel senso che una clausola che impone al distributore autorizzato di trasmettere al produttore tutte le richieste di clienti localizzati all'esterno della zona contrattuale costituisce una limitazione della libertà del concessionario di operare vendite passive fuori della sua zona ed è pertanto in contrasto con l'art. 81, n. 1, v. Accinauto c. Commissione, T-176/95, sent. 19 maggio 1999, *Racc.* p. II-1637, punti 104-106. V. anche Volkswagen, T-62/98, sent. 6 luglio 2000, *Racc.* p. II-2707, confermata dalla Corte, C-338/00 P, sent. 18 settembre 2003, *Racc.* p. I-9189.

<sup>(141)</sup> V. Suiker Unie, 40-48, 50, 54-56, 111, 113 e 114/73, sent. 16 dicembre 1975, *Racc.* p. 1663.

<sup>(142)</sup> Tournier, 395/87, sent. 13 luglio 1989, *Racc.* p. 2521, punto 23; nonché SACEM, 110, 241 e 242/88, sent. 13 luglio 1989, *Racc.* p. 2811, punto 17.

sciplinato con riguardo alla circolazione delle merci all'art. 36 TFUE, nessuna previsione espressa è stata inserita al riguardo nelle norme a tutela della concorrenza; eppure, l'idea stessa di diritto esclusivo di sfruttamento, così come quella di territorialità propria dei regimi nazionali, si pone in contrasto con la libera concorrenza e l'integrazione tra i mercati.

Vero è che nella materia, sia con riguardo alla circolazione delle merci che con riguardo alla disciplina della concorrenza, ha prevalso ed è stato applicato il criterio del c.d. esaurimento comunitario, nel senso che in via di principio il diritto di esclusiva termina con lo sfruttamento (messa sul mercato, contratto di licenza) in un Paese membro, laddove questo avvenga con il legittimo consenso del titolare del diritto. Di conseguenza, una volta che il prodotto in cui sia incorporato il diritto in questione sia stato legalmente commercializzato in uno Stato membro (dal titolare del diritto o con il suo consenso), non ne può essere impedita la circolazione e quindi la rivendita negli altri Stati membri.

In proposito, significativo è stato il già ricordato caso *Consten e Grundig*<sup>(143)</sup>. Le due imprese – la *Consten* era in Francia la distributrice esclusiva di prodotti *Grundig* – avevano convenuto di depositare in Francia il marchio GINT, che contrassegnava dovunque il prodotto, ma a nome della *Consten*, in modo da rafforzare anche in base alla territorialità del marchio l'esclusiva di distribuzione sul mercato francese e da evitare ogni rischio di importazioni parallele. Prima la Commissione e poi la Corte rilevarono tuttavia che l'accordo violava l'art. 101, n. 1, e che non poteva essere consentito di valersi del diritto nazionale sul marchio per ostacolare le importazioni parallele e comunque per eludere le norme comunitarie in materia di intese restrittive della concorrenza<sup>(144)</sup>.

Rilevanti in proposito sono anche le sentenze della Corte in tema di brevetti<sup>(145)</sup>, di marchi<sup>(146)</sup>, di diritti d'autore<sup>(147)</sup>. Si è al-

<sup>(143)</sup> Causa 56 e 58/64, sent. 13 luglio 1966, *Racc.* p. 457.

<sup>(144)</sup> V. anche BAT, 35/83, sent. 30 gennaio 1985, *Racc.* p. 363, punto 3.

<sup>(145)</sup> Deutsche Grammophon, 78/70, sent. 8 giugno 1971, *Racc.* p. 487; e Centrafarm c. Sterling Drug, 15/74, sent. 31 ottobre 1974, *Racc.* p. 1147; Ottung, 320/87, sent. 12 maggio 1989, *Racc.* p. 1177.

trèsì precisato che l'esercizio di un diritto di proprietà industriale o commerciale rientra nella sfera dell'art. 101 quando abbia per oggetto o per effetto di creare una situazione di protezione territoriale assoluta e preclusiva delle importazioni parallele, ad esempio attraverso un accordo in tal senso con un licenziatario cui si attribuisca la distribuzione esclusiva su un determinato territorio<sup>(148)</sup>. È ben chiaro che tale orientamento va sintonizzato per quanto di ragione con quello di recente affermatosi in materia di proprietà intellettuale con riguardo alla circolazione delle merci<sup>(149)</sup>.

## 8. LA NULLITÀ DEGLI ACCORDI VIETATI

Gli accordi vietati sono affetti da nullità: «nulli di pieno diritto», secondo la formula precisa ed inequivocabile utilizzata dall'art. 101, n. 2. Tale previsione comporta che il soggetto che si senta leso da un accordo in contrasto con il divieto di intese anticoncorrenziali ne può far valere la nullità. Inoltre, e più in generale, il singolo può chiedere il risarcimento del danno che gli sia derivato da comportamenti di impresa in violazione del divieto.

La giurisprudenza sul punto è consolidata in questo senso, con la precisazione che le modalità procedurali sono di competenza dei sistemi giuridici nazionali, salvo il rispetto del principio di equivalenza e di effettività<sup>(150)</sup>. È pacifico, in particolare, che la nullità è

<sup>(146)</sup> Hoffmann La Roche, 85/76, sent. 13 febbraio 1979, *Racc.* p. 461; e Hydroterm c. Compact, 170/83, sent. 12 luglio 1984, *Racc.* p. 2999; Silhouette, C-355/96, sent. 16 luglio 1998, *Racc.* p. I-4799; Sebago e Dubois, C-173/98, sent. 1° luglio 1999, *Racc.* p. I-4103.

<sup>(147)</sup> Polydor, 270/80, sent. 9 febbraio 1982, *Racc.* p. 329; FDV, C-61/97, sent. 22 settembre 1998, *Racc.* p. I-5171.

<sup>(148)</sup> Nungesser c. Commissione, 258/78, sent. 8 giugno 1982, *Racc.* p. 2015.

<sup>(149)</sup> V. *supra*, cap IV, par. 14.

<sup>(150)</sup> Sulle azioni di risarcimento dei danni da illecito *antitrust*, v. Courage & Crehan, C-453/99, sent. 20 settembre 2001, *Racc.* p. I-6297, punto 29; Manfredi, C-295-298/04, sent. 13 luglio 2006, *Racc.* p. I-6619, punti 59 e seguenti. Con riferimento alla giurisprudenza interna, si veda Cass., Sez. Un., sent. 4 febbraio 2005, n. 2207, in *Foro it.*, 2005, I, c. 1014; Cass., sent. 2 febbraio 2007, n. 2305, in

assoluta, nel senso che il giudice o l'organo amministrativo possono rilevarla anche di ufficio, non può essere oggetto di esenzione, opera *ex tunc*; inoltre, in base al principio *quod nullum est nullum producit effectum*, l'accordo nullo resta privo di effetti tra le parti ed è inopponibile ai terzi, con l'ulteriore conseguenza che sono travolti dalla nullità tutti gli effetti, passati e futuri<sup>(151)</sup>. Il regolamento 1/2003, all'art. 1, – così come il precedente regolamento 17 – ha espressamente sancito che gli accordi, le decisioni e le pratiche concordate di cui all'art. 101, n. 1, nonché lo sfruttamento abusivo di posizione dominante ai sensi dell'art. 102, «sono vietati senza che occorra una previa decisione in tal senso».

La nullità del contratto, o all'occorrenza delle sole clausole vietate se le stesse sono separabili dall'insieme del contratto<sup>(152)</sup>, può essere accertata dal giudice nazionale, in quanto si tratta di una

*Foro it.*, 2007, I, c. 1097. In tema, si veda anche quanto sostenuto nel Libro Bianco della Commissione Europea, in materia di *Azioni di risarcimento del danno per violazione delle norme antitrust comunitarie*, del 2 aprile 2008, doc. (2008)165 definitivo, pubblicato sul sito *web* della Commissione.

<sup>(151)</sup> Béguelin, 22/71, sent. 25 novembre 1971, *Racc.* p. 949, punto 29; *Braserie de Haecht*, 48/72, sent. 6 febbraio 1973, *Racc.* p. 77, punto 26. Anche nella giurisprudenza nazionale non mancano le affermazioni sul carattere imperativo delle norme di concorrenza, con la conseguenza, ad esempio, che la nullità dei contratti può essere fatta valere anche se non è espressamente previsto dalla legge, com'è il caso della nullità conseguente all'abuso di posizione dominante: v. App. Roma, ord., 16 gennaio 2001, *Stream c. Telepiù*, in *Giur. Commerciale* 2002, II, p. 362 (la nullità riguardava in questo caso i contratti stipulati con alcune squadre di calcio da Telepiù, censurata e sanzionata dall'Autorità nazionale di concorrenza per abuso di posizione dominante).

<sup>(152)</sup> A tale riguardo, la Corte ha avuto occasione di chiarire che, qualora l'effetto restrittivo della concorrenza sia la conseguenza dell'effetto cumulativo di un insieme di contratti analoghi, non necessariamente tutti i contratti in questione sono affetti da nullità, ma solo quelli che, ai sensi della giurisprudenza *Delimitis* in precedenza richiamata, contribuiscono in maniera significativa all'effetto cumulativo. Ne consegue che, qualora le clausole contrattuali contenute nei diversi contratti di distribuzione conclusi da un fornitore non siano identiche in tutti i casi, occorre frazionare l'insieme dei contratti e valutare distintamente, ai fini della nullità sanzionata dall'art. 101, n. 2, l'apporto di ciascun contratto alla produzione dell'effetto cumulativo: v. *Neste Markkinointi*, C-214/99, sent. 7 dicembre 2000, *Racc.* p. I-11121; *Courage & Crehan*, *sopra citata*, punto 34.

norma provvista sicuramente di efficacia diretta e dunque azionabile dal singolo direttamente; ed è ovviamente accertabile dalla Commissione, che al riguardo gode di poteri di indagine molto ampi e puntualmente disciplinati dal citato regolamento 1/2003. L'ipotesi più frequente è che a richiamare l'attenzione della Commissione o del giudice nazionale sia l'impresa concorrente che abbia subito dall'intesa un pregiudizio economico. Il concorrente, peraltro, può far valere i suoi diritti sia attraverso un esposto alla Commissione, affinché inizi una procedura di verifica della legittimità dell'intesa; sia iniziando un'azione davanti al giudice nazionale, di accertamento e/o di risarcimento del danno, con possibile richiesta di rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia in caso di dubbi interpretativi; sia infine, come già sottolineato, percorrendo contestualmente entrambe le strade.

Quanto al diritto del singolo al risarcimento del danno, la possibilità del suo esercizio in sede giudiziaria è considerata un elemento che rafforza l'operatività delle norme e che per ciò stesso contribuisce al mantenimento di una effettiva concorrenza<sup>(153)</sup>. Né è di poco rilievo che il diritto al risarcimento del danno causato da un contratto contrario all'art. 101 sia altresì riconosciuto alle parti del contratto, con la sola eccezione per quella parte che abbia avuto un ruolo rilevante nella distorsione della concorrenza. Il principio è stato affermato dalla Corte in vista del carattere fondamentale delle norme a tutela della concorrenza e, al contempo, dell'esigenza di evitare che una parte possa realizzare un arricchimento per effetto di un comportamento illecito<sup>(154)</sup>. Sotto tale profilo, e precisamente perché sia pienamente garantita l'efficacia dell'art. 101, la Corte ha ritenuto che il diritto nazionale possa limitare il diritto al risarcimento dei danni fondato sui propri atti illeciti solo a quelle parti di accordi anticoncorrenziali che abbiano avuto una responsabilità «significativa» nella distorsione della concorrenza<sup>(155)</sup>. Più recentemente, la Corte ha anche ammesso,

<sup>(153)</sup> Courage & Crehan, *sopra citata*, punti 26-27; nonché Libro Bianco, *sopra citato*, punto 1.2.

<sup>(154)</sup> Courage & Crehan, *sopra citata*, punto 29 e seguenti.

<sup>(155)</sup> Courage & Crehan, *sopra citata*, punto 36.

in caso di violazione del diritto europeo della concorrenza, la possibilità per i giudici nazionali di riconoscere il danno c.d. punitivo o esemplare, purché una tale sanzione sia prevista dall'ordinamento dello Stato per le analoghe fattispecie interne e dalla sua applicazione non consegua un ingiustificato arricchimento per la parte attrice<sup>(156)</sup>.

#### 9. LE ESENZIONI INDIVIDUALI DI CUI ALL'ART. 101, N. 3

La disciplina comunitaria della concorrenza è fondata sul criterio del divieto, che vuole in principio vietate tutte le intese che ricadono nella previsione dell'art. 101, n. 1, a meno che non siano «esentate» ai sensi dell'art. 101, n. 3.

La competenza a dichiarare inapplicabile il divieto è stata attribuita dal ricordato regolamento 1/2003 oltre che alla Commissione, anche alle autorità nazionali di concorrenza e del pari ai giudici nazionali<sup>(157)</sup>. A tal fine, la Commissione ha fornito dettagliati orientamenti riguardo alle condizioni di applicazione dell'art. 101, n. 3, in una Comunicazione adottata al riguardo nel 2004<sup>(158)</sup>.

La possibilità di esenzione si fonda su vari elementi, puntualmente individuati dall'art. 101, n. 3, e tutti ugualmente necessari<sup>(159)</sup>:

a) le intese o pratiche concordate devono contribuire a migliorare la produzione o la distribuzione oppure a promuovere il progresso tecnico o economico; fra le misure che si ritiene possano dare siffatto contributo può essere ricompreso il mantenimento dell'oc-

<sup>(156)</sup> Manfredi, *sopra citata*, punto 99.

<sup>(157)</sup> Regolamento 1/2003 del Consiglio, del 16 dicembre 2002, in GUCE 1/1 del 4 gennaio 2003.

<sup>(158)</sup> Comunicazione della Commissione relativa alle linee direttrici sull'applicazione dell'articolo 81, paragrafo 3, del Trattato (GUUE C 101 del 27 aprile 2004, p. 97).

<sup>(159)</sup> Le condizioni sono cumulative, nel senso preciso che basta l'assenza di una di esse perché la domanda di esenzione sia respinta: SPO c. Commissione, C-137/95 P, ordinanza 25 marzo 1996, *Racc.* I-1611, punto 34; Métropole, T-528-542-543-546/93, sent. 11 luglio 1996, *Racc.* p. II-649, punto 93.

cupazione, specie in un momento di congiuntura economica sfavorevole <sup>(160)</sup>;

- b) le intese o pratiche concordate devono lasciare agli utilizzatori una congrua parte dell'utile che ne deriva: non vi può essere esenzione se accordi sui prezzi avvantaggiano esclusivamente i produttori e gli importatori e non recano alcun profitto ai consumatori <sup>(161)</sup>;
- c) le restrizioni della concorrenza devono essere necessarie al raggiungimento degli obiettivi «positivi» appena ricordati <sup>(162)</sup>;
- d) le intese o pratiche concordate non devono pervenire al risultato di eliminare la concorrenza per una parte sostanziale dei prodotti <sup>(163)</sup>.

<sup>(160)</sup> Remia, 42/84, sent. 11 luglio 1985, *Racc.* p. 2545, punto 42; Metro, 26/76, sent. 25 ottobre 1977, *Racc.* p. 1875; Matra, T-17/93, sent. 15 luglio 1994, *Racc.* p. II-595, punto 110; Langnese-Iglo, T-7/93, sent. 8 giugno 1995, *Racc.* p. II-1533, punti 181-182; Idem, C-279/95 P, sent. 1° ottobre 1998, *Racc.* p. I-5609.

<sup>(161)</sup> SSI, 240-242, 261-262 e 268-269/82, sent. 10 dicembre 1985, *Racc.* p. 3831, punto 85.

<sup>(162)</sup> Verband der Sachversicherer, 45/85, sent. 27 gennaio 1987, *Racc.* p. 405, punti 58-60. A proposito di un aumento dei premi assicurativi in un intero settore, a seguito di una raccomandazione dell'associazione di categoria, è stato rilevato che un aumento indifferenziato per tutti gli associati, destinato a coprire non solo gli aumenti dei costi determinati dai sinistri, ma anche le spese di gestione delle compagnie, spese di ben diversa consistenza a seconda della compagnia, sotto quest'ultimo profilo andava al di là di quanto necessario per raggiungere lo scopo di ripristinare la redditività delle imprese di assicurazione e dunque migliorare la prestazione dei servizi forniti dalle stesse; va sottolineato, poi, che la Corte, nel rilevare che gli svantaggi della soluzione scelta erano superiori ai vantaggi, non si è limitata ad escludere la sussistenza dell'elemento della proporzionalità, ma ha escluso che nella specie ricorresse la condizione positiva del miglioramento delle prestazioni dei servizi assicurativi (punto 61).

<sup>(163)</sup> A proposito di analoga formula nella corrispondente disposizione del Trattato CECA, l'art. 65, n. 2, la Corte ha affermato che «Il sistema del Trattato induce a ritenere che il potere di determinare i prezzi o di controllare gli sbocchi viene esercitato su una parte "sostanziale" dei prodotti di cui trattasi nel mercato comune qualora le conseguenze che ne derivano non siano secondarie o accessorie, bensì tali da compromettere nel mercato comune quel minimo di concorrenza voluto dal Trattato, come pure il compito che gli articoli 2, 3, 4 e 5 assegnano alla Comunità»: Uffici vendita della Ruhr, 13/60, sent. 18 maggio 1962, *Racc.* p. 165, sp. p. 213; v. anche Coöperative Stremsel, 61/80, sent. 25 marzo 1981, *Racc.*

Le autorità competenti devono quindi operare un bilancio concorrenziale dell'accordo al fine di stabilire se la valenza positiva della fattispecie sia prevalente e comunque tale da legittimare la restrizione della concorrenza che la stessa produce. La valutazione in ordine all'applicabilità dell'esenzione costituisce il risultato di una analisi di elementi diversi e comporta sostanzialmente una ponderazione degli effetti restrittivi della concorrenza con il perseguimento utile di obiettivi o anche interessi meritevoli di attenzione e di tutela. Dunque, si tratta di una valutazione che investe l'assetto e il funzionamento del mercato su cui incide la fattispecie; ma non è meno rilevante la considerazione degli interessi a confronto.

Il nuovo sistema introdotto dal regolamento 1/2003 risulta caratterizzato principalmente dalla sostituzione del regime di autorizzazione e di notifica, per cui con una decisione « costitutiva » la Commissione dichiarava se un'intesa ad essa a tal fine notificata, se vietata ai sensi dell'art. 101, n. 1, soddisfaceva i requisiti di cui al n. 3, con uno di eccezione legale, che presuppone l'applicazione decentrata delle regole di concorrenza ed implica il rafforzamento del controllo *a posteriori*. Pertanto, le intese vietate dal n. 1, ma rispondenti alle condizioni di cui al n. 3 del medesimo articolo, sono lecite *ab initio* e senza la necessità di una decisione preventiva. Parallelamente, le intese restrittive della concorrenza e/o pregiudizievoli del commercio intracomunitario non conformi a tali condizioni restano illecite. Contemporaneamente la competenza ad accertare la ricorrenza delle condizioni previste dall'art. 101, n. 3, è stata attribuita anche alle autorità nazionali di concorrenza e del pari ai giudici nazionali, ponendo così fine al monopolio che in materia il regolamento 17/1962 aveva invece attribuito alla Commissione <sup>(164)</sup>.

Alla sola Commissione è riconosciuta, comunque, la compe-

p. 851; e Van Landewyck, 209-215 e 218/78, sent. 29 ottobre 1980, *Racc.* p. 3125, p. 3278.

<sup>(164)</sup> Regolamento 1/2003 del Consiglio, del 16 dicembre 2002, in GUCE 1/1 del 4 gennaio 2003; riguardo all'art. 81.3 e al bilanciamento tra aspetti anti-concorrenziali e proconcorrenziali, v. GlaxoSmithKline, T-168/01, sent. del 27 settembre 2006, punti 233 ss.

tenza d'ufficio, e non più dietro notifica, a valutare la compatibilità di un'intesa con il diritto *antitrust* ed a dichiarare l'inesistenza di una violazione, sia qualora la pratica non contrasti con l'art. 101, par. 1, sia qualora ricorrano i presupposti per un'esenzione (art. 10 del regolamento 1/2003). Nondimeno, il suo intervento è riservato ai casi di particolare rilevanza in cui ricorrano ragioni di interesse pubblico comunitario, come nell'ipotesi di nuove tipologie di clausole contrattuali o di pratiche concordate riguardo alle quali non si è ancora formata una prassi consolidata. Le decisioni ai sensi dell'art. 10, per quanto eccezionali, sono volte a garantire un'efficace applicazione decentrata del diritto comunitario, in quanto consentono alla Commissione di orientare lo sviluppo del diritto comunitario, a seguito dell'avocazione a sé di un caso, in presenza di orientamenti divergenti fra le autorità nazionali ovvero di interpretazioni improprie di una singola autorità nazionale. Peraltro, all'istituzione comunitaria è attribuito il compito di definire i criteri per l'applicazione dell'art. 101, n. 3, da parte degli organi nazionali. Ed infatti, al fine di fornire un orientamento ai giudici ed alle autorità nazionali in merito ai criteri da essa utilizzati nella valutazione circa l'applicazione del n. 3 dell'art. 101, la Commissione ha emanato una apposita Comunicazione interpretativa che fornisce una metodologia di analisi da applicare nei singoli casi<sup>(165)</sup>. Detta comunicazione integra, con indicazioni più precise, le indicazioni già fornite dalla stessa Commissione in passato in materia di intese verticali, di cooperazione orizzontale e di trasferimento di tecnologie, ed applica l'approccio economico ivi sviluppato<sup>(166)</sup>.

<sup>(165)</sup> Linee direttrici sull'applicazione dell'articolo 81, paragrafo 3, del trattato, in GUUE C 101 del 27 aprile 2004, p. 97.

<sup>(166)</sup> Linee direttrici sulle intese verticali, in GUCE C 291 del 13 ottobre 2000, p. 1; Linee direttrici sull'applicabilità dell'articolo 81 del trattato CE agli accordi di cooperazione orizzontale, in GUCE C 3 del 6 gennaio 2001, p. 2; Linee direttrici sull'applicazione dell'articolo 81 del trattato CE agli accordi di trasferimento di tecnologia, in GUUE C 101 del 27 aprile 2004, p. 2.

## 10. LE ESENZIONI PER CATEGORIA

Lo strumento delle esenzioni per categoria ha subito una profonda modifica a seguito dell'entrata in vigore del regolamento n. 1/2003, che ne ha snaturato sostanzialmente la natura e la funzione rispetto a quella che essi avevano in vigore del regolamento 17/1962. In passato, infatti, l'attribuzione alla Commissione della competenza esclusiva a concedere delle esenzioni ai sensi dell'art. 101, n. 3, aveva posto gravi problemi di funzionalità del sistema in considerazione del numero sempre crescente di accordi notificati; ciò aveva rapidamente evidenziato la pratica impossibilità di risolvere, in tempi ragionevoli, tutti i casi sottoposti all'esame dell'autorità comunitaria per il tramite di decisioni individuali. Per fare fronte alle suddette difficoltà, il Consiglio aveva adottato, sulla base dell'art. 103, n. 2, lett. *b*, una serie di regolamenti con cui autorizzava la Commissione ad adottare a sua volta dei regolamenti che concedevano un'esenzione a determinate categorie di accordi, decisioni e pratiche concordate<sup>(167)</sup>.

Anche alla luce dell'esperienza accumulata nell'esame degli

<sup>(167)</sup> Si tratta, in particolare, del regolamento (CEE) n. 19/65 del 2 marzo 1965 relativo all'applicazione dell'art. 81, n. 3, del Trattato a categorie di accordi e pratiche concordate (GUCE 36 del 6 marzo 1965, p. 533), modificato dal regolamento CE n. 1215/99 del 10 giugno 1999 (GUCE L 148 del 15 giugno 1999) e dal regolamento (CE) 1/2003, *sopra citato*; del regolamento (CEE) n. 2821/71 del 20 dicembre 1971 relativo all'applicazione dell'art. 81, n. 3, del Trattato a categorie di accordi, di decisioni e di pratiche concordate (GUCE L 285 del 29 dicembre 1971, p. 46), modificato dal regolamento (CEE) n. 2743/72 del 19 dicembre 1972 (GUCE L 291 del 28 dicembre 1972, p. 144) e dal regolamento (CE) 1/2003, *sopra citato*; del regolamento (CEE) n. 3976/87 del 14 dicembre 1987 relativo all'applicazione dell'art. 81, n. 3, del Trattato a talune categorie di accordi e pratiche concordate nel settore dei trasporti aerei (GUCE L 374 del 31 dicembre 1987, p. 9), modificato da ultimo dal regolamento (CE) n. 411/2004 del 26 febbraio 2004 (GUUE L 68 del 6 marzo 2004, p. 1) ed ora sostituito dal regolamento (CE) n. 487/2009 del 25 maggio 2009 (GUUE L 148 dell'11 giugno 2009) che ha codificato le disposizioni contenute nei precedenti regolamenti; ma vedi anche regolamento (CE) n. 358/2003 della Commissione, del 27 febbraio 2003, relativo all'applicazione dell'art. 81, n. 3 Trattato a talune categorie di accordi, decisioni e pratiche concordate nel settore delle assicurazioni (GUUE L 53 del 28 febbraio 2003 p. 8).

accordi notificati ai fini dell'ottenimento di un'esenzione individuale, la Commissione ha fatto un uso sempre più ampio di tale delega e ha adottato numerosi regolamenti di esenzione per categorie individuate di accordi. Fra quelli attualmente in vigore, di rilievo sono il regolamento relativo alle restrizioni verticali, vale a dire agli accordi conclusi o alle pratiche messe in atto da due o più imprese operanti a livelli diversi della catena di produzione o distribuzione e che si riferiscono alle condizioni in base alle quali le parti possono acquistare, vendere o rivendere determinati beni o servizi<sup>(168)</sup>, con la sola eccezione degli accordi di distribuzione di autoveicoli, che formano oggetto di una disciplina specifica settoriale<sup>(169)</sup>, i regolamenti di trasferimento di tecnologia<sup>(170)</sup>, di specializzazione e di ricerca e sviluppo<sup>(171)</sup>, nonché quelli adottati nel settore del trasporto aereo<sup>(172)</sup>, del tra-

<sup>(168)</sup> Regolamento (CE) n. 2790/99 del 22 dicembre 1999, relativo all'applicazione dell'articolo 81, paragrafo 3, del trattato CE a categorie di accordi verticali e pratiche concordate (GUCE L 336 del 29 dicembre 1999, p. 21); detto regolamento scadrà il 31 maggio 2010 (art. 13, 3° comma).

<sup>(169)</sup> Il Regolamento (CE) n. 1400/2002, già citato (v. nota 140).

<sup>(170)</sup> Regolamento (CE) n. 772/2004 del 27 aprile 2004 relativo all'applicazione dell'art. 81, n. 3, del trattato CE a categorie di accordi di trasferimento di tecnologia (GUUE L 123 del 27 aprile 2004, p. 11). V., altresì, la Comunicazione della Commissione (2004/C 101/02) relativa alle Linee direttrici sull'applicazione dell'articolo 81 del trattato CE agli accordi di trasferimento di tecnologia (GUUE C 101 del 27 aprile 2004, p. 2).

<sup>(171)</sup> Regolamento (CE) n. 2658/2000 del 29 novembre 2000, relativo all'applicazione dell'articolo 81, paragrafo 3, del Trattato a categorie di accordi di specializzazione (GUCE L 304 del 5 dicembre 2000, p. 3) e regolamento (CE) n. 2659/2000 del 29 novembre 2000 relativo all'applicazione dell'art. 81, paragrafo 3, del Trattato a categorie di accordi in materia di ricerca e sviluppo (GUCE L 304 del 5 dicembre 2000, p. 7).

<sup>(172)</sup> Sulla base del Regolamento (CEE) n. 3976/87 del Consiglio del 14 dicembre 1987 (GUCE L 374 del 31 dicembre 1987, p. 9), come modificato dal già ricordato regolamento n. 411/2004 (ed ora sostituito dal pure ricordato regolamento n. 487/2009), che ha fissato le modalità di applicazione delle regole di concorrenza al settore dei trasporti aerei e autorizzato la Commissione ad adottare regolamenti di esenzione applicabili a determinate categorie di accordi nel suddetto settore, la Commissione ha adottato il regolamento (CEE) n. 1617/93 del 25 giugno 1993 relativo all'applicazione dell'articolo 81, n. 3, del Trattato

sporto marittimo<sup>(173)</sup> e delle assicurazioni<sup>(174)</sup>.

Nel quadro normativo precedente all'adozione del regolamento 1/2003, gli accordi che soddisfacevano le condizioni indicate nei regolamenti di esenzione per categoria beneficiavano automaticamente dell'esenzione, senza che fosse necessario procedere alla loro notifica ed al loro esame individuale. Erano invece soggette all'obbligo di notifica le intese che non rientravano nelle categorie ivi disciplinate. I regolamenti di esenzione generalizzavano, pertanto, gli effetti di una decisione di esenzione individuale, rendendola applicabile ad una categoria di intese. Con il passaggio al regime di

CEE ad alcune categorie di accordi, decisioni e pratiche concordate aventi per oggetto, sui servizi aerei di linea, la programmazione congiunta e il coordinamento degli orari, gli esercizi congiunti, le consultazioni sulle tariffe per i passeggeri e le merci e l'assegnazione delle bande orarie negli aeroporti (GUCE L 155 del 26 giugno 1993, p. 18), disciplina modificata da ultimo dal regolamento (CE) n. 545/2009 del 18 giugno 2009 (GUUE L 167 del 29 giugno 2009, p. 24).

<sup>(173)</sup> Regolamento (CE) n. 1419/2006 del Consiglio del 25 settembre 2006, che abroga il regolamento n. 4056/86, che determina le modalità di applicazione degli articoli 85 e 86 del Trattato ai trasporti marittimi, e che modifica il regolamento n. 1/2003 estendendone il campo di applicazione al cabotaggio e ai servizi internazionali di trasporto con navi da carico non regolari (GU L 269 del 28 settembre 2006, p. 1). Sulla base del regolamento (CEE) n. 479/92 del Consiglio del 25 febbraio 1992 relativo all'applicazione dell'articolo 85, n. 3 del Trattato a talune categorie di accordi, di decisioni e di pratiche concordate tra compagnie di trasporto marittimo di linea («consorzi») (GUCE L 55 del 29 febbraio 1992, p. 3), la Commissione ha adottato il regolamento (CE) n. 870/95 del 20 aprile 1995 (GUCE L 89 del 21 aprile 1995, p. 7) che ha esentato determinate categorie di accordi di consorzio marittimo. Il regolamento (CE) 870/95 è stato sostituito dal regolamento (CE) n. 823/2000, del 19 aprile 2000, GUCE L 100 del 20 aprile 2000, p. 24. V. anche regolamento (CE) n. 611/2005 della Commissione del 20 aprile 2005, recante modifica del regolamento n. 823/2000 relativo all'applicazione dell'articolo 81, paragrafo 3, del trattato a talune categorie di accordi, di decisioni e di pratiche concordate tra compagnie di trasporto marittimo di linea (consorzi) (GU L 101 del 21 aprile 2005, p. 10).

<sup>(174)</sup> Sulla base del regolamento n. 1534/91 del Consiglio, del 31 maggio 1991 (GUCE L 143 del 7 giugno 1991), la Commissione ha adottato il regolamento (CE) n. 358/2003 della Commissione, del 27 febbraio 2003, relativo all'applicazione dell'articolo 81, paragrafo 3, del trattato a talune categorie di accordi, decisioni e pratiche concordate nel settore delle assicurazioni (GUUE L 53 del 28 febbraio 2003, p. 8), con scadenza al 31 marzo 2010.

eccezione legale lo strumento del regolamento di esenzione ha cambiato natura, acquisendo una natura solo dichiarativa. Anche la funzione dei regolamenti si è profondamente modificata, non essendo più quella di eliminare l'incentivo alle notifiche delle intese alla Commissione; piuttosto, essi rappresentano oggi uno strumento di orientamento dell'applicazione del diritto comunitario a livello nazionale, per fornire certezza giuridica alle imprese e garantire l'uniforme applicazione dell'art. 101, n. 3, del trattato.

Nel merito dell'analisi svolta dai regolamenti di esenzione per categoria, va rilevato che, sulla base dell'impostazione seguita fino al 1999, anteriormente cioè alla riforma della disciplina relativa alle restrizioni verticali, ogni regolamento conteneva un elenco sia delle clausole contrattuali che potevano beneficiare dell'esenzione per categoria (la c.d. «*white list*») sia di quelle che escludevano l'applicabilità del beneficio (la c.d. «*black list*»): l'accordo che le prevedeva poteva dunque essere eventualmente esentato solo a seguito dell'adozione di una decisione *ad hoc*. In caso di dubbio, comunque, ad esempio quando le parti avessero inserito nel loro accordo clausole non menzionate né nella *white list*, né nella *black list*, restava sempre aperta la possibilità per le imprese interessate di richiedere alla Commissione una esenzione individuale <sup>(175)</sup>.

Come si è detto, una modifica, sotto molti aspetti anche radicale, dell'approccio fino ad allora seguito dalla Commissione con riguardo alle esenzioni per categoria, ha caratterizzato anzitutto la riforma adottata in materia di accordi verticali. Essa tiene conto dell'esperienza acquisita e dei limiti emersi nel funzionamento della disciplina dei regolamenti di esenzione, precedentemente in vigore, in materia di distribuzione esclusiva, acquisto esclusivo e *franchising*, come pure delle opinioni espresse dagli ambienti economici sentiti nel quadro dell'ampio dibattito che aveva preceduto la riforma. Sulla base di queste considerazioni, il regolamento n. 2790/99, ritenendo che gli accordi di tipo verticale sono in via

<sup>(175)</sup> Una impostazione di questo tipo caratterizza oggi il solo regolamento, recentemente modificato, in materia di distribuzione di autoveicoli, il già ricordato regolamento (CE) n. 1400/2002.

generale idonei ad incrementare l'efficienza economica nell'ambito di una catena produttiva in assenza di potere di mercato delle imprese interessate, ha previsto un regime legale di esenzione per tutti gli accordi verticali a condizione che la quota di mercato detenuta dal fornitore non superi il 30% del mercato rilevante in cui esso vende i beni o i servizi oggetto del contratto. La quota del 30% da prendere in considerazione è quella dell'acquirente nel caso di accordi di fornitura esclusiva. Ricorrendo tale condizione, la Commissione ritiene infatti probabile che gli incrementi di efficienza derivanti dagli accordi siano in grado di controbilanciare gli eventuali effetti anticoncorrenziali derivanti dalle restrizioni negli stessi contenute. Il regolamento peraltro non esenta, indipendentemente dalle quote di mercato detenute dalle imprese interessate, alcuni accordi contenenti restrizioni (le restrizioni c.d. *hard core*) il cui carattere gravemente anticoncorrenziale è stato riconosciuto dalla consolidata prassi decisionale della Commissione e dalla giurisprudenza comunitaria, quali l'imposizione di un prezzo di rivendita minimo o fisso e talune forme di protezione territoriale. Resta altresì salva la possibilità per la Commissione, oltre che eventualmente per l'autorità nazionale, secondo quanto previsto oggi in via generale per tutti i regolamenti di esenzione dall'art. 29 del regolamento 1/2003, di revocare il beneficio dell'esenzione per categoria a quegli accordi, che, pur rientrando nell'ambito del regolamento, producano effetti gravemente distortivi della concorrenza.

Al fine di facilitare le imprese nel compito di valutare la conformità dell'accordo che intendono porre in essere alle esigenze di cui all'art. 101, n. 3, la Commissione ha adottato una Comunicazione contenente le linee guida volta a precisare i principi cui essa intende ispirarsi nella valutazione degli accordi verticali in relazione all'art. 101 <sup>(176)</sup>.

Questo nuovo approccio, se vogliamo meno formalistico e più

<sup>(176)</sup> Comunicazione della Commissione del 24 maggio 2000 relativa alle Linee Guida in materia di restrizioni verticali (GUCE C 291 del 13 ottobre 2000, p. 1). In argomento, v. anche la XXIX Relazione sulla politica di concorrenza, doc. Commissione SEC (2000) del 5 maggio 2000.

attento all'analisi del contesto economico nel quale si inserisce un determinato accordo, caratterizza ormai tutta la disciplina in materia di esenzioni e quindi anche la valutazione che deve essere operata delle diverse e sempre più variegate forme di cooperazione orizzontale tra imprese, vale a dire di imprese che si situano allo stesso stadio della filiera produttiva. Il punto di partenza dell'analisi *antitrust* è rappresentato dunque, come è stato chiarito anche in una comunicazione della Commissione <sup>(177)</sup>, dalla posizione delle parti ad un accordo sui mercati interessati dalla cooperazione, al fine di determinare se le imprese coinvolte possano, proprio in virtù della cooperazione, mantenere, acquisire o rafforzare il loro potere di mercato, vale a dire se abbiano la capacità di incidere negativamente sul funzionamento del mercato per quel che riguarda prezzi, produzione, innovazione o, ancora, varietà e qualità delle merci e dei servizi. Solo in presenza di tali effetti un accordo potrà essere vietato, non essendo sufficiente a tal fine che lo stesso limiti solo la concorrenza tra le parti.

Da ciò consegue che, qualora le parti detengano una quota di mercato congiunta modesta <sup>(178)</sup>, risulta poco probabile che la cooperazione sia in grado di produrre effetti restrittivi ed in tal caso non è necessario, almeno in linea generale, procedere ad un'analisi più approfondita. D'altra parte, non potrà neppure essere di per sé considerata indice di un effetto restrittivo della concorrenza sul mercato rilevante un'elevata quota di mercato congiunta, se le parti all'accordo sono solo due ed una di esse detenga una quota di mercato trascurabile e non possieda risorse significative. In considerazione, peraltro, delle diverse forme che può assumere la cooperazione tra le imprese, risulta più difficile individuare, a differenza di quanto accade con riguardo alle restrizioni verticali, una soglia uni-

<sup>(177)</sup> V. la Comunicazione della Commissione contenente le linee direttrici sull'applicabilità dell'art. 81 del Trattato agli accordi di cooperazione orizzontale, in GUCE C 3 del 6 gennaio 2001.

<sup>(178)</sup> A tale riguardo va segnalato che le quote di mercato, di regola, vanno calcolate sulla base del valore delle vendite sul mercato e che, per determinare la quota di una parte su un determinato mercato, occorre tenere conto altresì delle imprese alla stessa collegate.

ca ed assoluta di quota di mercato che sia senz'altro indice che un determinato accordo crea un certo grado di potere di mercato. A tale riguardo, il regolamento di esenzione relativo ad accordi in materia di ricerca e sviluppo e quello relativo ad accordi di specializzazione hanno individuato rispettivamente nel 25% <sup>(179)</sup> e nel 20% <sup>(180)</sup> le soglie indicative al di sotto delle quali normalmente un accordo non pone problemi di concorrenza. Anche in questi casi, peraltro, vale a dire indipendentemente dalle quote di mercato, l'art. 101 resta comunque applicabile in presenza di restrizioni fondamentali, tendenti cioè a fissare i prezzi, limitare la produzione o ripartire i mercati o la clientela, in quanto siffatte restrizioni continuano sempre a far parte di una «lista nera» di clausole vietate (*hard core restrictions*).

#### 11. INTESE VIETATE E INTESE AUTORIZZATE

Una volta descritte la struttura e la funzione del sistema di norme materiali prefigurato dal Trattato a disciplina delle intese restrittive della concorrenza, è forse opportuno fornire una ricognizione conclusiva e di insieme della concreta portata del regime *antitrust* quale si è venuto formando progressivamente in sede applicativa. In sintesi, e cercando di ricostruire in chiave sistematica una casistica tanto nutrita quanto diversificata, si possono enucleare, procedendo per grandi linee, le seguenti ipotesi.

a) *Intese vietate*. Rientrano in questa categoria una serie di accordi, più o meno formalizzati, che hanno una spiccata valenza anticompetitiva. Fra le intese c.d. orizzontali si ricordano i casi – cui si è già accennato in precedenza – dei cartelli o delle pratiche che restringono l'azione delle imprese partecipanti con riferimento ad alcune delle principali variabili dell'attività aziendale: ci si riferisce segnatamente alle collusioni sui prezzi di vendita o di acquisto (*price-fixing* o *maximum buying prices*), sui volumi di produzione e sulle quote di mercato (*market-sharing*).

<sup>(179)</sup> Art. 4, paragrafo 2 del già citato regolamento (CE) n. 2659/2000.

<sup>(180)</sup> Art. 4 del già citato regolamento (CE) n. 2658/2000.

Sono altresì riconducibili a questo filone le intese che, pur disciplinando apparentemente forme di cooperazione fra imprese di per sé non necessariamente anticompetitive, si configurano in realtà, per il loro specifico contenuto o per le circostanze economiche in cui vengono attuate, come meri cartelli fra imprese concorrenti (*naked cartels*): è il caso di taluni accordi di *joint venture* che hanno sostanzialmente per oggetto o per effetto il coordinamento concorrenziale fra imprese, senza fornire alcun «valore aggiunto» in termini di promozione/razionalizzazione della ricerca, della produzione o del commercio. Può al riguardo citarsi l'esempio delle *joint ventures* destinate esclusivamente a coordinare le vendite dei prodotti ovvero gli acquisti di materie prime da parte di operatori concorrenti: *joint selling* e *joint purchasing agreements* <sup>(181)</sup>.

Analoga rilevanza assumono taluni sistemi di scambi di informazioni (eventualmente attuati sotto forma di elaborazione e diffusione di statistiche di mercato in seno ad associazioni di categoria) che, divulgando dati «sensibili», suscettibili di svelare comportamenti di singoli operatori solitamente coperti da riservatezza, aumentano la trasparenza e quindi accentuano la propensione degli operatori ad adattare il proprio comportamento a quello dei concorrenti. Ciò accade certamente nei mercati oligopolistici, in cui tale propensione è già particolarmente spiccata e dove la struttura della concorrenza è già sensibilmente rarefatta. Non è escluso affatto, tuttavia, che in un mercato non oligopolistico uno scambio di informazioni sia altrettanto lesivo della concorrenza. La necessità di ricorrere ad un coordinamento collusivo, nella forma di un'intesa che abbia come oggetto lo scambio di informazioni, può essere infatti perfino più avvertita nei settori caratterizzati da un numero cospicuo di concorrenti, avendo ciascuno di questi maggiori diffi-

<sup>(181)</sup> Se tuttavia le parti di siffatti accordi detengono nel loro insieme una quota di mercato inferiore al 15% è improbabile che la cooperazione sia in grado di creare un grado di potere di mercato tale da farla rientrare nel campo di applicazione dell'art. 101, n. 1 o, comunque, è probabile che siano soddisfatte le condizioni di cui al n. 3 dello stesso articolo: in tal senso vedi punti 130 e 149 delle citate linee direttrici sull'applicabilità dell'art. 81 del Trattato agli accordi di cooperazione orizzontali (GUCE C 3 del 6 gennaio 2001).

coltà ad acquisire autonomamente informazioni sul comportamento dei propri concorrenti.

Con riferimento poi alle intese verticali, sono essenzialmente riconducibili alla categoria degli accordi vietati le pattuizioni che ostacolano gli scambi all'interno del mercato comune (clausole di divieto di esportazione/importazioni o aventi effetti equivalenti), ovvero che definiscono in modo tassativo il livello dei prezzi di rivendita dei distributori (*resale price maintenance*).

b) *Intese autorizzate*. Nel novero delle intese normalmente autorizzate – o perché ritenute non restrittive, e quindi estranee alla sfera di applicazione del divieto di cui all'art. 101, n. 1, o perché suscettibili di esenzione (individuale o per categoria) ai sensi dell'art. 101, n. 3 – rientra un'ampia tipologia di accordi orizzontali e verticali.

Fra i primi, occorre menzionare le diverse ipotesi di accordi di cooperazione fra imprese, alcune delle quali trovano attualmente disciplina in regolamenti di esenzione per categoria:

- accordi di specializzazione: si tratta degli accordi, considerati con particolare favore se posti in essere da piccole e medie imprese, in virtù dei quali una delle parti si concentra su un determinato tipo di prodotti, mentre l'altra si specializza su produzioni collegate e tuttavia distinte dalle prime;
- accordi per la ricerca e lo sviluppo di nuove tecnologie di prodotto o di processo produttivo;
- accordi per la produzione in comune di determinati prodotti/servizi che richiedono impegni in termini di risorse (finanziarie, organizzative e tecnologiche) e comportano rischi che difficilmente potrebbero essere affrontati dalle parti singolarmente;
- accordi inerenti allo sfruttamento di diritti di proprietà intellettuale (brevetti, marchi, *know how*, diritti di autore su *software*); va peraltro segnalato che tali accordi presentano anche connotati tipici delle intese c.d. verticali.

Va segnalato che non di rado gli accordi predetti assumono carattere c.d. strutturale, nel senso che comportano la costituzione di un supporto organizzativo comune, una *joint venture* o impresa comune avente solitamente veste societaria. In tal caso, il fenomeno viene ad assumere estesi profili di contatto con quello delle con-

centrazioni fra imprese; ciò che ha indotto di recente il legislatore comunitario ad uniformare la disciplina procedurale delle due fattispecie, almeno in presenza di determinate circostanze <sup>(182)</sup>.

Quanto agli accordi verticali (solitamente) autorizzati, basti riferirsi alle ipotesi dianzi già segnalate degli accordi di agenzia <sup>(183)</sup>, di concessione esclusiva di vendita, di fornitura esclusiva, di distribuzione selettiva (a carattere qualitativo), di *franchising* e di sub-fornitura.

## 12. L'ABUSO DI POSIZIONE DOMINANTE. IL MERCATO RILEVANTE

L'art. 102 (già 82 TCE) del Trattato FUE sancisce l'incompatibilità con il mercato comune e, dunque, il divieto per le imprese, dello *sfruttamento abusivo di posizione dominante* sul mercato comune o su una parte sostanziale di esso, in quanto possa pregiudicare il commercio tra Stati membri. Il divieto persegue anch'esso l'obiettivo generale enunciato all'art. 3, par. 3, del Trattato di garantire l'affermazione di un'economia sociale di mercato fortemente competitiva.

Non è vietato detenere una posizione dominante, ma abusarne, tanto da alterare le condizioni normali della concorrenza. Lo stesso art. 102 enumera in modo esemplificativo alcune ipotesi di abuso,

<sup>(182)</sup> Regolamento CE 1310/97, in GUCE L 180 del 9 luglio 1997, recante modifica del regolamento CE 4064/89, oggi sostituito dal regolamento CE n. 139/2004; con riferimento, invece, alla disciplina materiale delle *joint ventures*, v. Comunicazione della Commissione relativa alla nozione di imprese comuni che esercitano tutte le funzioni di una entità economica autonoma a norma del regolamento (CEE) n. 4064/89 del Consiglio relativo al controllo delle operazioni di concentrazione tra imprese (GUCE n. C 66 del 2 marzo 1998 p. 1); sostituita dalla Comunicazione della Commissione del 10 luglio 2007 sui criteri di competenza giurisdizionale a norma del regolamento (CE) n. 139/2004 del Consiglio relativo al controllo delle concentrazioni tra imprese (GUUE n. C 95 del 16 aprile 2008, p. 1).

<sup>(183)</sup> I principi cui la Commissione intende ispirarsi nell'applicazione dell'art. 81 ai contratti di agenzia sono stati ora precisati nel capitolo 2 della Comunicazione della Commissione del 24 maggio 2000 relativa alle Linee guida in materia di restrizioni verticali, *sopra citata*.

dall'imposizione di prezzi o di condizioni di vendita inique alla discriminazione nei rapporti commerciali, dalla limitazione della produzione, della commercializzazione o dello sviluppo tecnico a danno dei consumatori all'imposizione di clausole contrattuali anomale.

La sfera di applicazione materiale dell'art. 102 è delimitata ancora una volta dal *pregiudizio agli scambi tra Paesi membri*, condizione comune anche all'art. 101. Ricordiamo in proposito la formula più volte ribadita nella prassi, secondo cui è rilevante per il diritto comunitario della concorrenza qualsiasi intesa o pratica che possa «influire, direttamente o indirettamente, in atto o in potenza, sulle correnti di scambio fra gli Stati membri ed ostacolare in tal modo la compenetrazione economica voluta dal Trattato» <sup>(184)</sup>. Anche in questo caso, come si è già rilevato con riguardo agli accordi vietati dall'art. 101, per potere affermare che una determinata pratica pregiudica gli scambi tra Stati membri, non occorre dimostrare che essa abbia effettivamente recato pregiudizio al commercio tra Stati membri in maniera rilevante, ma è sufficiente dimostrare che la pratica censurata sia idonea a produrre un tale effetto <sup>(185)</sup>.

Ulteriore presupposto per l'applicazione dell'art. 102 è la *posizione dominante*, rilevabile in funzione di una molteplicità di elementi, che vanno considerati nel loro insieme. La posizione dominante va identificata con la posizione di potenza economica che consente all'impresa di ostacolare, per un consistente periodo di tempo, il permanere di una concorrenza effettiva nel mercato preso in considerazione e di tenere comportamenti non condizionati

<sup>(184)</sup> V., tra le numerose pronunce in tema di abuso di posizione dominante, *Alsatec*, 247/86, sent. 5 ottobre 1988, *Racc.* p. 5987, punto 11, dove la Corte sottolinea che la «prima condizione di applicazione» dell'art. 86 (oggi 82) è il pregiudizio al commercio tra Stati membri. Riguardo al progetto di modificare la nozione di posizione dominante e quella di abuso, v., altresì, la Comunicazione della Commissione contenente gli Orientamenti sulle priorità della Commissione nell'applicazione dell'articolo 82 del trattato CE al comportamento abusivo delle imprese dominanti volto all'esclusione dei concorrenti (GUUE n. C 45 del 24 febbraio 2009, p. 7).

<sup>(185)</sup> *Irish Sugar*, T-228/97, sent. 7 ottobre 1999, *Racc.* p. II-2969, punto 170.

da concorrenti e clienti, nonché dai consumatori <sup>(186)</sup>. La posizione dominante va distinta da quella di monopolio, in quanto a differenza di quest'ultima non esclude il permanere di una certa concorrenza, ma attribuisce all'impresa che la detiene la possibilità di influenzare sensibilmente le condizioni e lo sviluppo della concorrenza e persino di prescindere, senza per questo subire un pregiudizio. Del pari, la posizione dominante va distinta dall'oligopolio, in quanto in quest'ultima ipotesi i comportamenti delle imprese si influenzano reciprocamente, mentre nel caso di posizione dominante il comportamento dell'impresa è determinato unilateralmente <sup>(187)</sup>.

La posizione dominante dell'impresa è ovviamente un dato relativo, in quanto va misurata rispetto ad un ambito molto preciso: il c.d. *mercato rilevante*. Invero, la definizione del mercato rilevante è pregiudiziale a qualsiasi accertamento di una condotta anticoncorrenziale, in quanto si tratta precisamente di misurare la consistenza del potere di un'impresa rispetto ad un contesto di mercato ben delimitato, sia sotto il profilo merceologico che geografico <sup>(188)</sup>. Ed infatti il mercato rilevante oggetto dell'analisi ha due dimensioni: quella relativa all'area geografica e quella relativa al prodotto.

Il *mercato geografico rilevante* è l'area in cui le imprese interessate forniscono o acquisiscono prodotti o servizi ed in cui le condi-

<sup>(186)</sup> United Brands, 27/76, sent. 14 febbraio 1978, *Racc.* p. 207, punto 65; Michelin, 322/81, sent. 9 novembre 1983, *Racc.* p. 3461, punto 30; France Télécom, T-340/03, sent. 30 gennaio 2007, *Racc.* p. II-107, punto 99; Microsoft, T-201/04, sent. 17 settembre 2007, *Racc.* p. II-3601, punto 229.

<sup>(187)</sup> Hoffmann-La Roche, 85/76, sent. 13 febbraio 1979, *Racc.* p. 461, punto 39 e seguenti.

<sup>(188)</sup> Continental Can, 6/72, sent. 21 febbraio 1973, *Racc.* p. 215, punto 32. Con riferimento ai casi in cui sia obbligatorio individuare il mercato rilevante prima di determinare l'esistenza di una violazione ai sensi del diritto comunitario della concorrenza, v. CMA CGM, T-213/00, sent. 19 marzo 2003, *Racc.* p. II-913, punto 206; Brasserie nationale, T-49/02 a T-51/02, sent. 27 luglio 2005, *Racc.* p. II-3033, punti 144 ss.; Danone, T-38/02, sent. 25 ottobre 2005, *Racc.* p. II-4407, punto 58; Heubach, T-64/02, sent. 29 novembre 2005, *Racc.* p. II-5137, punto, 122.

zioni di concorrenza sono sufficientemente omogenee e tali da distinguerle dalle aree geografiche contigue, in ragione di condizioni di concorrenza sostanzialmente diverse <sup>(189)</sup>. Concretamente, la determinazione del mercato geografico comporta l'individuazione delle fonti di approvvigionamento cui i clienti dell'impresa oggetto dell'accertamento possono ragionevolmente ricorrere in funzione della sua localizzazione geografica. Ulteriore condizione di applicabilità dell'art. 102, collegata alla determinazione del mercato geografico rilevante, è che la condotta abusiva deve comunque incidere, come si è detto, sul commercio intracomunitario: perché ciò si verifichi, essa deve estendersi all'insieme del mercato comune ovvero ad una sua parte sostanziale. A tale riguardo, in via generale un intero mercato nazionale costituisce una parte sostanziale del mercato comune <sup>(190)</sup>. Aree ancor più ristrette sono state qualificate allo stesso modo (si pensi al porto di Genova) <sup>(191)</sup>, così come aree più estese, fino all'intero territorio comunitario <sup>(192)</sup>.

Il *mercato rilevante del prodotto* comprende tutti i beni e i servizi che possono considerarsi, all'esito di un'adeguata analisi economica, fungibili o sostituibili dal consumatore, in ragione delle caratteristiche dei prodotti, dei loro prezzi e dell'uso ai quali sono normalmente destinati <sup>(193)</sup>. Il criterio della «sostituibilità dal lato della domanda» rappresenta il principale criterio dell'analisi dei

<sup>(189)</sup> Comunicazione della Commissione sulla definizione di mercato rilevante ai fini dell'applicazione del diritto comunitario in materia di concorrenza, in GUCE C 372 del 9 dicembre 1997, punto 8.

<sup>(190)</sup> Comunicazione della Commissione sulla definizione di mercato rilevante *sopra citata*, punto 8.

<sup>(191)</sup> Mercati convenzionali Porto di Genova, C-170/90, sent. 10 dicembre 1991, *Racc.* p. I-5889, punto 15.

<sup>(192)</sup> Tetra Pak II, T-83/91, sent. 6 ottobre 1994, *Racc.* p. II-755, punti 92-99.

<sup>(193)</sup> Michelin, 322/81, sent. 9 novembre 1983, *Racc.* p. 3461, punto 28; L'Oréal, 31/80, sent. 11 dicembre 1980, *Racc.* p. 3775, punto 25; La Crespelle, C-323/93, sent. 5 ottobre 1994, *Racc.* p. I-5077, punto 17; Oscar Bronner, C-7/97, sent. 26 novembre 1998, *Racc.* p. I-7791, punto 33. Per l'ipotesi di prodotti diversi su un medesimo mercato geografico, France Télécom, *sopra citata*, punto 78 ss. V. altresì la Comunicazione della Commissione sul mercato rilevante, *sopra citata*, punto 7.

mercati. Per una corretta definizione del mercato rilevante del prodotto occorre altresì verificare se, dal lato dell'offerta (sostituibilità dal lato dell'offerta), operino imprese che, pur producendo beni o servizi non necessariamente sostituibili con quelli che interessano, siano tuttavia idonei ad entrare nello stesso mercato con investimenti di conversione non eccessivi data la contiguità nella tecnica di produzione. Occorre pertanto fare riferimento non solo al mercato del prodotto in discussione, ma altresì a quello dei prodotti equivalenti, tenendo conto delle rispettive proprietà, dei prezzi, dell'utilizzazione, delle tendenze dei consumatori.

In definitiva, l'individuazione del mercato rilevante, cioè di quella parte sostanziale del mercato comune rispetto alla quale si misura la posizione dominante dell'impresa, è il risultato di un'analisi economica e giuridica fondamentale per la verifica di compatibilità del comportamento di quell'impresa con l'art. 102 del Trattato. E il risultato dell'analisi non può che collegarsi al caso concreto ed in funzione dello specifico servizio o prodotto preso in considerazione. Ad esempio, il mercato delle banane è stato considerato un mercato a sé e diverso da quello di altra frutta fresca, in quanto la domanda relativa non subisce apprezzabili alterazioni in funzione della disponibilità di altri prodotti e vi è dunque un basso grado di sostituibilità stagionale tra la banana e altri tipi di frutta<sup>(194)</sup>. In altri casi la valutazione è stata di maggiore ampiezza del mercato. Così, nel caso dei voli di linea, la Corte non ha escluso che su determinate rotte intracomunitarie debbano prendersi in considerazione anche possibilità alternative di trasporto, su strada o su ferrovia, oltre che su rotte aeree sostitutive<sup>(195)</sup>. Nel caso delle guide ai

<sup>(194)</sup> United Brands, 27/76, sent. 14 febbraio 1978, *Racc.* p. 207, punti 34-35.

<sup>(195)</sup> Ahmed Sahed, 66/86, sent. 11 aprile 1989, *Racc.* p. 803, punti 39-40. Nel caso Alsatel, 247/86, sent. 5 ottobre 1988, *Racc.* p. 5987, punti 15-16, 19 e 23, in cui si contestava una posizione dominante in un mercato regionale e limitato alla locazione e manutenzione di materiale telefonico, la Corte ha escluso l'applicabilità del divieto di cui all'art. 102, in quanto ha considerato come rilevante l'intero mercato nazionale e, quanto al prodotto, il mercato degli impianti telefonici in genere, in cui l'impresa non aveva una posizione dominante.

programmi radiotelevisivi<sup>(196)</sup>, il Tribunale ha ristretto il mercato rilevante a quello specifico delle guide settimanali, distinguendolo sia da quello dei servizi di radiotelediffusione in genere, sia da quello dell'informazione generica sui programmi; e, geograficamente, al mercato di un solo Stato membro (nella specie quello irlandese).

Gli indizi che inducono a rilevare l'esistenza di una posizione dominante sono numerosi e di diversa natura. La quota di mercato è senza dubbio un elemento di grande rilievo al riguardo, così come possono esserlo il rapporto con le quote rispettive delle imprese concorrenti più importanti<sup>(197)</sup>, il vantaggio tecnologico rispetto ai concorrenti, una rete di distribuzione efficiente, l'assenza di concorrenza potenziale<sup>(198)</sup>. È ben chiaro, peraltro, che singoli indizi possono non essere sufficienti e che dunque la situazione va valutata sulla base di un insieme di elementi di fatto e di diritto concomitanti. Altrettanto chiaro è, peraltro, che una quota di mercato molto alta può essere di per sé una prova sufficiente della posizione dominante<sup>(199)</sup>, mentre una quota consistente, per un periodo lungo di tempo, ne è un indizio molto forte<sup>(200)</sup>. Per converso, una quota di mercato molto ridotta è indizio dell'insussistenza di una posizione dominante<sup>(201)</sup>, sebbene quest'ultima possa sussistere anche all'interno di un mercato caratterizzato da una concorrenza vivace<sup>(202)</sup>.

<sup>(196)</sup> BBC, T-70/89, sent. 10 luglio 1991, *Racc.* p. II-535, punti 48 e seguenti.

<sup>(197)</sup> British Airways, T-219/99, sent. 17 dicembre 2003, *Racc.* p. II-5917, punto 211.

<sup>(198)</sup> Hoffmann-La Roche, *sopra citata*, punto 48.

<sup>(199)</sup> Hilti, T-30/89, sent. 12 dicembre 1991, *Racc.* p. II-1439, punto 92 (quota 70-80%); Hilti, C-53/92 P, sent. 2 marzo 1994, *Racc.* p. I-667; Tetra Pak I, T-83/91, sent. 6 ottobre 1994, *Racc.* p. II-755, punto 109 (quota 90%); France Télécom, *sopra citata*, punto 100.

<sup>(200)</sup> Michelin, 322/81, sent. 9 novembre 1983, *Racc.* p. 3461, punto 32 e seguenti (quota 57%); Akzo, C-62/86, sent. 3 luglio 1991, *Racc.* p. I-3359, punto 60 (quota 50% negli ultimi tre anni).

<sup>(201)</sup> Metro (Saba II), 75/84, sent. 22 ottobre 1986, *Racc.* p. 3021, punti 85-86; Alsatel, 247/86, sent. 5 ottobre 1988, *Racc.* p. 5987, punti 11 e seguenti.

<sup>(202)</sup> France Télécom, *sopra citata*, punto 101.

Altro profilo rilevante è costituito dalle barriere all'entrata, da verificare puntualmente in quanto possono facilitare l'acquisizione e il consolidamento di una posizione dominante. Le barriere possono derivare, ad esempio, da vincoli legali o amministrativi<sup>(203)</sup> ovvero da regimi di privative industriali o intellettuali<sup>(204)</sup>, dal costo di entrata nel mercato per l'impresa<sup>(205)</sup> e dal costo del cambiamento per il consumatore, nonché da barriere strategiche all'espansione o all'entrata<sup>(206)</sup>.

L'impresa in posizione dominante, invero, ha una «speciale responsabilità» rispetto all'assetto concorrenziale del mercato, precisamente in funzione della circostanza che già la posizione che essa detiene, pur non essendo come tale censurabile, riduce il grado di concorrenza. Ciò vuol dire, in termini concreti, che uno stesso comportamento, pienamente legittimo se posto in essere da un'impresa in posizione non dominante, può invece essere qualificato come illegittimo e configurare un'ipotesi di abuso nella misura in cui si colleghi ad una posizione dominante<sup>(207)</sup>.

Di rilievo è la circostanza, più volte confermata in giurisprudenza, che l'art. 102 si applica anche quando la posizione dominante è dovuta non all'attività dell'impresa ma alla situazione di monopolio attribuito dalla legge<sup>(208)</sup>; o quando disposizioni di leg-

<sup>(203)</sup> Italia c. Commissione (British Telecom), 41/83, sent. 20 marzo 1985, *Racc.* p. 873, punti 21-22.

<sup>(204)</sup> IMS c. NDC, C-418/01, sent. 29 aprile 2004, *Racc.* p. I-5039; Microsoft, *sopra citata*.

<sup>(205)</sup> United Brands, *sopra citata*, punto 122.

<sup>(206)</sup> Per un'elencazione più dettagliata delle possibili barriere all'entrata, si veda il *DG Competition Discussion Paper on the Application of Art. 82 to Exclusionary Abuses*, Brussels, dicembre 2005, reperibile sul sito <http://ec.europa.eu/comm/competition/antitrust/art82/discpaper2005.pdf>.

<sup>(207)</sup> Michelin, 322/81, sent. 9 novembre 1983, *Racc.* p. 3461, punto 57; Irish Sugar, T-228/97, sent. 7 ottobre 1999, *Racc.* p. II-2969, punto 112; Microsoft, *sopra citata*, punto 229.

<sup>(208)</sup> Höfner e Elser, C-41/90, sent. 23 aprile 1991, *Racc.* p. I-1979, punto 28; Corbeau, C-320/91, sent. 19 maggio 1993, *Racc.* p. I-2533, punti 8-10, nostre conclusioni punto 5; Deutsche Post, C-147 e 148/97, sent. 10 febbraio 2000, *Racc.* p. I-825, punto 38.

ge hanno eliminato in tutto o in gran parte le possibilità di concorrenza<sup>(209)</sup>.

La prassi della Commissione e la giurisprudenza hanno individuato, nei casi in cui la condotta sia posta in essere da più imprese, la figura della *posizione dominante collettiva*. Normalmente, viene a tal fine in rilievo l'ipotesi di oligopolio o di un gruppo di imprese che, pur essendo indipendenti, comunque ostacolano insieme e consapevolmente la concorrenza; ed è necessario che «le imprese del gruppo siano sufficientemente legate tra loro per adottare una linea d'azione comune sul mercato»<sup>(210)</sup>. Ciò è possibile se tali imprese sono in grado di prevedere i loro reciproci comportamenti e sono pertanto incentivate ad allineare il loro comportamento sul mercato in modo da massimizzare il loro profitto comune riducendo la produzione al fine di aumentare i prezzi. Se, dunque, l'assenza di un'effettiva concorrenza tra operatori membri di un oligopolio dominante costituisce un elemento importante nella valutazione dell'esistenza di una posizione dominante collettiva, la sua esistenza non richiede, tuttavia, l'eliminazione di ogni concorrenza tra le

<sup>(209)</sup> CBEM (Telemarketing), 311/84, sent. 3 ottobre 1985, *Racc.* p. 3261, punto 18; già Sacchi, 155/73, sent. 30 aprile 1974, *Racc.* p. 409, punto 14 e seguenti; Aéroports de Paris, T-128/98, sent. 12 dicembre 2000, *Racc.* p. II-3929, punto 148.

<sup>(210)</sup> Comune di Almelo, C-393/92, sent. 27 aprile 1994, *Racc.* p. I-1477, punto 42; v. anche SIV, T-68, 77 e 78/89, sent. 10 marzo 1992, *Racc.* p. II-1403, punto 39 (ad esempio la comune disponibilità di un vantaggio tecnologico, che consente alle imprese di tenere «comportamenti indipendenti in una misura apprezzabile nei confronti dei loro consumatori»); Sodemare, C-70/95, sent. 17 giugno 1997, *Racc.* p. I-3395, punto 46; DIP C. Bassano del Grappa, C-140-1431-142/94, sent. 17 ottobre 1995, *Racc.* I-3257, punti 24-27; Compagnie Maritimes belge c. Commissione, T-24-25-26-28/93, sent. 8 ottobre 1996, *Racc.* p. II-1201, punto 59 e seguenti, in cui il Tribunale ha precisato, in primo luogo, che per aversi posizione dominante collettiva è sufficiente che l'insieme delle imprese occupi una posizione dominante; in secondo luogo, che in una conferenza marittima rileva la volontà delle compagnie di costituire una entità comune e che dunque la posizione dei membri della conferenza sia da valutare collettivamente (punti 65 e 66). La Corte ha escluso che ricorra l'ipotesi di dominanza collettiva nel caso degli avvocati olandesi, il cui ordine è stato invece qualificato associazione di imprese: Wouters, C-309/99, sent. 19 febbraio 2002, *Racc.* p. I-1577, punto 114.

imprese interessate<sup>(211)</sup>. Il che vuol dire che l'analisi dovrà anzitutto accertare che le due o più imprese interessate abbiano legami economici tali da consentire loro di agire come una sola entità economica e indipendentemente dai concorrenti, dai clienti e dai consumatori<sup>(212)</sup>. È questo il caso di un legame rappresentato da un'intesa (nelle forme di un accordo, di una pratica concordata ovvero di una decisione di associazione di imprese) che, se non di per sé, nella sua applicazione abbia come conseguenza che le imprese si presentano «come una entità collettiva nei confronti dei loro concorrenti, delle loro controparti commerciali e dei consumatori»<sup>(213)</sup>.

### 13. NOZIONE DI SFRUTTAMENTO ABUSIVO

Quanto alla nozione di *sfruttamento abusivo*, anch'essa è oggettiva e va valutata in funzione di vari elementi. In generale, l'abuso va riferito a quell'impresa in posizione dominante che, 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 concor-

<sup>(211)</sup> Atlantic Container, T-191/98 e da T-242/98 a T-214/98, sent. 30 settembre 2003, *Racc.*, p. II-3275, punti 653 e ss.

<sup>(212)</sup> Comune di Almelò, *sopra citata*, punto 43; Spediporto, C-96/94, sent. 5 ottobre 1995, *Racc.* p. I-2883, punti 32-33; Francia c. Commissione, C-68/94 e C-30/95, sent. 31 marzo 1998, *Racc.* p. I-1375, punto 221; Irish Sugar, T-228/97, sent. 7 ottobre 1999, *Racc.* p. II-2969, punto 46 (v. anche la sentenza di appello: Irish Sugar, C-497/99 P, sent. 10 luglio 2001, *Racc.* p. I-5333, punto 46).

<sup>(213)</sup> Risultato che può conseguirsi con altri elementi economici o anche solo giuridici: Comp. maritime belge, *sopra citata*, punti 44 e seguenti. Sul quesito se requisito essenziale della dominanza collettiva sia la presenza di legami strutturali tra le imprese, v. in particolare Gencor c. Commissione, T-102/96, sent. 25 marzo 1999, *Racc.* p. II-753, punti 273-284, dove il Tribunale ha precisato che la presenza di legami strutturali tra le imprese non è requisito essenziale della dominanza collettiva e che per legami economici si intende anche la semplice situazione di interdipendenza economica tipica di un oligopolio ristretto (punto 276); la sentenza riguarda una concentrazione, ma l'orientamento del Tribunale investe comunque la nozione di dominanza collettiva come tale (punto 277).

renzialità a proprio vantaggio<sup>(214)</sup>. Nel ben noto caso *Continental Can*, la Corte affermò che l'abuso può anche derivare dal semplice consolidarsi di una posizione dominante, attraverso l'acquisizione di un concorrente, al punto da creare un ostacolo oggettivo alla concorrenza e far dipendere il comportamento di eventuali altre imprese da quello dell'impresa dominante; e che il rafforzamento della posizione dominante può esaurirsi in un abuso vietato dall'art. 102 indipendentemente dai mezzi e procedimenti utilizzati a questo fine<sup>(215)</sup>. La Corte nella stessa occasione aggiunse che, in quanto elemento oggettivo, l'abuso prescinde dall'intenzionalità e da eventuale colpa o dolo, con la conseguenza che è abusiva la posizione dominante per il solo fatto di determinare una «modifica così profonda della struttura dell'offerta da compromettere gravemente la libertà di azione del consumatore sul mercato»<sup>(216)</sup>. L'abuso può pertanto consistere vuoi in un comportamento che mira ad escludere dal mercato ovvero marginalizzare un'impresa concorrente (*c.d. pratiche escludenti*), arrecando nel contempo un pregiudizio indiretto ai consumatori<sup>(217)</sup>, vuoi

<sup>(214)</sup> Hoffmann-La Roche, 85/76, sent. 13 febbraio 1979, *Racc.* p. 461, punto 91; United Brands, 27/76, sent. 14 febbraio 1978, *Racc.* p. 207, punto 249; AKZO, C-62/86, sent. 3 luglio 1991, *Racc.* p. I-3359, punto 70. Sulla nozione di sfruttamento abusivo, più di recente, vedi Unilever Bestfoods, C-552/03 P, ord. del 28 settembre 2006, *Racc.* p. I-9091, punto 129; SELEX, T-155/04, sent. 12 dicembre 2006, *Racc.* p. II-4797, punto 107.

<sup>(215)</sup> Continental Can, 6/72, sent. 21 febbraio 1973, *Racc.* p. 215, punti 26 e 27; v. anche Tetra Pak I, T-51/89, sent. 10 luglio 1990, *Racc.* p. II-309. Peraltro, può accadere che il comportamento dell'impresa in posizione dominante sia all'apparenza rivolto alla legittima tutela dei propri interessi commerciali, ma sia nella sostanza diretto ad uno scopo anticompetitivo; cfr. France Télécom, *sopra citata*, punto 185.

<sup>(216)</sup> Continental Can, *sopra citata*, punto 29. Nel senso preciso che il comportamento dell'impresa non occorre sia qualificato dalla colpa: BPB Industries, T-65/89, sent. 1° aprile 1993, *Racc.* p. II-389; Aéroports de Paris, T-128/98, sent. 12 dicembre 2000, *Racc.* p. II-3229, punto 170.

<sup>(217)</sup> British Airways, C-95/04 P, sent. 15 marzo 2007, *Racc.* p. I-2331, punto 106; Microsoft, *sopra citata*, punto 664. In particolare, poi, su questo tipo di pratiche si veda la Comunicazione della Commissione «Orientamenti sulle priorità della Commissione nell'applicazione dell'art. 82 del Trattato CE al comporta-

in una politica commerciale che, invece, pregiudica direttamente questi ultimi (*pratiche di sfruttamento*).

La giurisprudenza comunitaria ha altresì precisato che oggetto di censura può anche essere un abuso di posizione dominante che esplicita i suoi effetti su un mercato diverso da quello dominato<sup>(218)</sup>. Così il Tribunale ha confermato la decisione con cui la Commissione aveva sanzionato la società che gestiva l'insieme delle installazioni di un aeroporto – mercato su cui l'impresa destinataria della decisione deteneva una posizione dominante – per l'applicazione di canoni discriminatori ai diversi operatori presenti nell'aeroporto, vale a dire per un comportamento i cui effetti si esplicavano sui diversi mercati dei servizi di assistenza a terra e, indirettamente, dei trasporti aerei nei quali l'impresa in questione non era presente<sup>(219)</sup>.

L'art. 102, come si è detto, elenca in modo non esaustivo alcune ipotesi di sfruttamento abusivo della posizione dominante<sup>(220)</sup>. Particolare rilievo ha l'ipotesi di abuso che ruota intorno alla politica dei prezzi. Ad esempio, quanto alle ipotesi di abuso di sfruttamento, è stato considerato abusivo il fatto di praticare prezzi eccessivi e «privi di ragionevole rapporto con il valore economico della prestazione fornita», rapporto da valutarsi in particolare in base al costo di produzione ed al conseguente margine di profitto<sup>(221)</sup>, all'occorrenza considerando anche i prezzi praticati negli altri Stati membri e dai concorrenti<sup>(222)</sup>. Quanto alle ipotesi di abuso esclu-

mento abusivo delle imprese dominanti volto all'esclusione dei concorrenti», in GUUE [2009], C 45/7.

<sup>(218)</sup> Tetra Pak III, C-333/94 P, sent. 14 novembre 1996, *Racc.* p. 5951, punto 27 e seguenti.

<sup>(219)</sup> Aéroports de Paris, T-128/98, *sopra citata*, punto 164 e seguenti.

<sup>(220)</sup> British Airways, *sopra citata*, punto 57 e seguenti; Microsoft, *sopra citata*, punto 860.

<sup>(221)</sup> United Brands, 27/76, sent. 14 febbraio 1978, *Racc.* p. 207, punti 250-251; General Motors, 26/75, sent. 13 novembre 1975, *Racc.* p. 1367, punto 12; GT-Link, C-242/95, sent. 17 luglio 1997, *Racc.* p. I-4449, punto 39; Traco c. Poste Italiane, C-340/99, sent. 17 maggio 2001, *Racc.* p. I-4109, punti 46-47 (in questo caso il corrispettivo veniva richiesto addirittura per un servizio non fornito).

<sup>(222)</sup> Tournier, 395/87, sent. 13 luglio 1989, *Racc.* p. 2521, punti 34 e seguenti.

dente, la giurisprudenza ha precisato che sono prova di abuso dei prezzi inferiori alla media dei costi variabili; con tali prezzi, infatti, dettati solo da un interesse commerciale, e correntemente indicati come prezzi predatori, l'impresa persegue esclusivamente lo scopo di eliminare i concorrenti<sup>(223)</sup>.

Sempre con riguardo alla politica dei prezzi, è stata riconosciuta come abusiva l'applicazione di prezzi discriminatori da parte di un'impresa in posizione dominante, vale a dire prezzi differenziati per prestazioni identiche o prezzi uguali per prestazioni diverse, a meno che il trattamento differenziato non si possa giustificare sulla base di motivi oggettivi. È stata così ritenuta contraria all'art. 102, in quanto discriminatoria, una politica tariffaria praticata da una compagnia aerea, consistente nell'applicazione di aliquote di commissione diverse alle agenzie di viaggi sulla base degli obiettivi di vendita raggiunti<sup>(224)</sup>. A tale riguardo, la Corte, confermando l'analisi effettuata dalla Commissione, ha ritenuto che tali riduzioni non si giustificavano sulla base di economie di scala realizzate dalle imprese in questione – e, dunque, erano discriminatorie – in quanto era pacificamente ammesso che l'atterraggio o il decollo di un aereo richiedono lo stesso servizio, qualunque sia il numero di aerei appartenenti alla stessa compagnia<sup>(225)</sup>. Si collega all'ipotesi di abuso escludente quella degli sconti fidelizzanti<sup>(226)</sup> e delle clausole (c.d. inglesi), che consentono all'operatore dominante di ridurre le condizioni economiche contrattualmente previste almeno al livello o anche oltre di quelle successivamente proposte dal concorrente<sup>(227)</sup>.

È bene sottolineare che la pratica escludente che si realizzi, nei contratti con i clienti, attraverso una riduzione consistente dei

<sup>(223)</sup> Akzo, *sopra citata*, punto 72; Tetra Pak III, C-333/94 P, sent. 14 novembre 1996, *Racc.* p. I-5951, punto 41; France Télécom, *sopra citata*, punti 130 e 176 e seguenti; Deutsche Telekom, T-271/03, sent. 10 aprile 2008, *Racc.* p. II-477, punto 194.

<sup>(224)</sup> British Airways, *sopra citata*, punto 134.

<sup>(225)</sup> Portogallo c. Commissione, C-163/99, sent. 29 marzo 2001, *Racc.* p. I-2613, punto 51 e seguenti.

<sup>(226)</sup> Michelin c. Commissione, T-203/01, sent. 30 settembre 2003, *Racc.* p. II-4071.

<sup>(227)</sup> Hoffmann-La Roche, *sopra citata*, punto 102 e seguenti.

prezzi priva di una giustificazione economica obiettiva, dall'ipotesi di prezzi predatori a quella degli sconti fidelizzanti, è illegittima se praticata dall'impresa in posizione dominante nonostante dia in fatto un beneficio economico alla controparte, che a sua volta può avere una notevole forza in altro mercato e comunque contrattuale (228). Ora, mentre è pacifico che la forza del contraente dell'impresa dominante non ne scalfisce affatto la dominanza, che peraltro riguarda mercati diversi, altrettanto incontestabile è più in generale che non rileva neppure ai fini dell'abuso (229). Tale pratica, infatti, mira appunto ad escludere i concorrenti dal mercato attraverso riduzioni temporanee di prezzi, destinati col tempo e con la marginalizzazione o l'uscita dei concorrenti a cedere il passo agli aumenti, fino al prezzo c.d. monopolistico, e cioè allo scopo precisamente perseguito dall'abuso escludente.

Altro esempio di abuso è quello dell'esclusiva di fornitura che l'impresa dominante impone ai suoi clienti (230). Inoltre, è riconducibile al divieto di cui all'art. 102 l'ipotesi che un'impresa in posizione dominante su un determinato mercato si riservi, senza obiettiva necessità, un'attività ausiliare o derivata su un mercato contiguo ma distinto, in cui non occupa alcuna posizione dominante, con il rischio di eliminare ogni concorrenza o comunque di falsarla anche sul secondo mercato (231).

In presenza di determinati indizi, si realizza una vera e propria inversione dell'onere della prova (232). La giurisprudenza ha rilevato come, in presenza di una differenza anomala tra i prezzi praticati

(228) British Airways, *sopra citata*, punto 58 e seguenti.

(229) Hoffmann-La Roche, *sopra citata*, punto 120. Ma vedi, nel senso opposto e con motivazione che ignora questo fondamentale del diritto della concorrenza, TAR Lazio, sent. n. 3655 dell'11 maggio 2005, decisione che opportunamente è stata completamente ribaltata da Consiglio di Stato, VI Sezione, 10 marzo 2006, n. 1271.

(230) Hoffmann-La Roche, *sopra citata*, punti 89 e 90; Akzo, *sopra citata*, punto 149.

(231) RTT, 18/88, sent. 13 dicembre 1991, *Racc. p. I-5941*, punto 18; Irish Sugar, T-228/97, sent. 7 ottobre 1999, *Racc. p. II-2969*, punti 166-167; Ambulanz Glöckner, C-475/99, sent. 25 ottobre 2001, *Racc. p. I-8089*, punto 40.

(232) Microsoft, *sopra citata*, punto 688.

in diversi Stati membri da un'impresa in posizione dominante, tale differenza costituisce un indizio di sfruttamento abusivo, con la conseguenza che in tal caso grava sull'impresa l'onere di giustificare la circostanza (233). Allo stesso modo, prezzi inferiori alla media dei costi variabili sono considerati abusivi di per sé, senza alcuna necessità di procedere alla dimostrazione in concreto degli effetti anticompetitivi, in quanto, in tali casi, l'unico interesse perseguito dall'impresa in posizione dominante non può che essere l'eliminazione dei concorrenti dal mercato di riferimento (234).

Inoltre, ferma restando la libertà di scelta della propria controparte commerciale, ove sussistano determinate circostanze, il rifiuto unilaterale a contrarre non obiettivamente giustificato può integrare un abuso di posizione dominante (235). Ipotesi per certi versi analoga è quella in cui, anziché rifiutare di effettuare la fornitura, un'impresa dominante applica al prodotto, sul mercato a monte, un prezzo che, rispetto a quello applicato sul mercato a valle, non consente neppure ad un concorrente altrettanto efficiente di operare in modo redditizio su base duratura sul mercato a valle (a causa della cosiddetta «compressione dei margini» o «margin squeeze») (236). Una specifica ipotesi di abuso è quella del contratto «legante» o *tying*, cioè del rifiuto di fornire un prodotto se non congiuntamente ad un altro – che non gli sia oggettivamente connesso per natura o secondo gli usi commerciali (237); ciò che si verifica spesso nella forma di rifiuto di fornire i componenti indipendentemente dal prodotto (238). È stato consi-

(233) Microsoft, *sopra citata*, punto 688.

(234) France Télécom, *sopra citata*, punto 195.

(235) Microsoft, *sopra citata*, punto 319.

(236) Sul punto, vedi la Comunicazione della Commissione contenente gli Orientamenti sulle priorità della Commissione nell'applicazione dell'articolo (oggi 102 TFUE) del trattato CE al comportamento abusivo delle imprese dominanti volto all'esclusione dei concorrenti, *sopra citata*, punti 80-81. Sulla correttezza di tale specifica applicazione dell'art. 102 è oggi chiamato a pronunciarsi il Tribunale sul ricorso introdotto da Telefonica, T-336/07, tuttora pendente.

(237) Microsoft, *sopra citata*, punto 852 e seguenti.

(238) Hilti I, T-30/89, sent. 12 dicembre 1991, *Racc. p. II-1439*, punti 99 e seguenti.

derato come sfruttamento abusivo di posizione dominante, inoltre, anche il caso di un'impresa che in periodo di rarefazione dell'offerta ha privilegiato le forniture a clienti che si servivano esclusivamente presso di lei rispetto a clienti che si fornivano anche da imprese concorrenti <sup>(239)</sup>.

Un problema particolare è quello, posto anche nel già ricordato caso *Magill* delle guide ai programmi radiotelevisivi, del rapporto tra sfruttamento abusivo di una posizione dominante e sfruttamento dei diritti d'autore. Invero, la Corte aveva sempre individuato nella tutela dei diritti che siano l'oggetto specifico della proprietà intellettuale (o industriale e commerciale) la sola ipotesi di deroga possibile, vuoi rispetto all'art. 34 TFUE (già art. 28 TCE) vuoi rispetto agli artt. 101 e 102 <sup>(240)</sup>; e che l'esercizio di un diritto d'autore esclusivo può in casi eccezionali risultare vietato dall'art. 34 qualora integri l'ipotesi dello sfruttamento abusivo <sup>(241)</sup>. Il Tribunale, nel caso *Magill*, ha in particolare rilevato un abuso nella circostanza che l'emittente televisiva in posizione dominante, rifiutando di fornire le informazioni sui propri programmi avvalendosi dell'esclusiva, impediva l'uscita sul mercato di una nuova rivista settimanale di programmi televisivi, mentre ne autorizzava la pubblicazione in altri Paesi membri e sulla stampa non specializzata in Irlanda e nel Regno Unito <sup>(242)</sup>. Nel confermare la pronuncia di primo grado, la Corte ha considerato rilevante che il prodotto oggetto dell'esclusiva (l'informazione sui programmi) era indispensabile per introdurre un prodotto nuovo (le guide settimanali) richiesto dai consumatori, che il rifiuto non era giustificato da ragioni ogget-

<sup>(239)</sup> BPB Industries, T-65/89, sent. 1° aprile 1993, *Racc.* p. II-389, punto 94.

<sup>(240)</sup> Deutsche Grammophon, 78/70, sent. 8 giugno 1971, *Racc.* p. 487, punto 11.

<sup>(241)</sup> Volvo, 238/87, sent. 5 ottobre 1988, *Racc.* p. 6211, punto 9.

<sup>(242)</sup> BBC c. Commissione, T-70/89, sent. 10 luglio 1991, *Racc.* p. II-535, punto 60; ITP c. Commissione, T-76/89, sent. 10 luglio 1991, *Racc.* p. II-575, punto 56 e seguenti. In Tiercé Ladbroke, T-504/93, sent. 12 giugno 1997, *Racc.* p. II-923, il Tribunale ha confermato che il rifiuto di fornitura può ricadere nel divieto di abuso di posizione dominante quando il prodotto o il servizio sia essenziale ovvero nuovo (punto 131). V. anche RTE e ITP c. Commissione (Magill), C-241-242/91 P, sent. 6 aprile 1995, *Racc.* p. I-743, punti 52-54.

tive e poteva determinare l'esclusione della concorrenza nel mercato a valle <sup>(243)</sup>. Alla medesima conclusione la Corte è giunta nel caso *IMS*, in riferimento al rifiuto da parte dell'impresa in posizione dominante di concedere la licenza d'uso su una banca dati che consisteva in un sistema di raccolta dati per la vendita di prodotti medicinali <sup>(244)</sup>. In quest'ultima pronuncia, la Corte ha anche precisato che la protezione dei diritti di proprietà industriale non costituisce sempre una obiettiva giustificazione al rifiuto <sup>(245)</sup>. Viene quindi estesa ai diritti di proprietà intellettuale la dottrina delle c.d. *essential facilities* per cui un'impresa in posizione dominante, titolare di un'infrastruttura essenziale per l'esercizio di un'attività economica, non può rifiutarne l'accesso o l'utilizzazione ad imprese concorrenti: si pensi al caso della rete ferroviaria o elettrica o telefonica. Invero la giurisprudenza comunitaria è stata molto prudente nell'accogliere la dottrina delle *essential facilities*, non mancando di precisare che la violazione dell'art. 102 del Trattato potrebbe individuarsi unicamente nell'ipotesi che per il concorrente non vi sia alcuna alternativa possibile all'utilizzo della infrastruttura in questione; e che non sarebbe economicamente e/o tecnicamente ragionevole una sua duplicazione. Ad esempio, con riguardo al caso di un editore di giornali, titolare di una rete di distribuzione a domicilio dei propri quotidiani, che ne rifiutava l'uso ad altri editori, la

<sup>(243)</sup> RTE e ITP c. Commissione (Magill), C-241 e 242/91 P, sent. 6 aprile 1995, *Racc.* p. I-743, punto 48 e seguenti.

<sup>(244)</sup> *IMS* c. NDC, C-418/01, sent. 29 aprile 2004, *Racc.* p. I-5039, con sintesi al punto 52 (si tratta della pronuncia resa su rinvio pregiudiziale). Nella vicenda, la Commissione aveva in via cautelare imposto di sospendere il rifiuto, decisione prima sospesa, ancora in via cautelare, dal Tribunale di primo grado nella procedura attivata da un ricorso di annullamento (T-184/01 R, ordinanza 26 ottobre 2001, *Racc.* p. II-3193) e poi revocata dalla Commissione, sì da portare ad un non luogo a provvedere: T-184/01, ordinanza 10 marzo 2005, *Racc.* p. II-817. Vale sottolineare che uno degli argomenti che ha indotto il Presidente del Tribunale a sospendere il provvedimento della Commissione è stato che quest'ultima aveva fatto valere l'interesse generale a proteggere i concorrenti di *IMS*, mentre lo scopo dell'art. 102 è proteggere i consumatori (ord. 26 ottobre, *sopra citata*, punto 145).

<sup>(245)</sup> *IMS* c. NDC, *sopra citata*, punto 107; nonché Microsoft, *sopra citata*, punto 690.

Corte ha negato che sussistesse un abuso di posizione dominante, non essendo stata provata la eccessiva onerosità o l'impossibilità tecnica della realizzazione di una rete distributiva autonoma <sup>(246)</sup>. A questo tipo di valutazione la giurisprudenza è giunta dopo casi nei quali la nozione di *essential facilities* era stata estesa, come si è appena ricordato evocando il caso *Magill*, sino a ricomprendere gli *input* ritenuti necessari alla realizzazione di un nuovo prodotto, in sostanza assimilando un diritto su un bene immateriale ad una risorsa essenziale.

Inoltre, nella pronuncia del Tribunale sul caso *Microsoft*, si è affermato che il rifiuto unilaterale a contrarre può limitare la concorrenza e costituire abuso quando abbia ad oggetto un bene-informazione, che rappresenti uno *standard* o sia comunque indispensabile per raggiungere l'interoperabilità dei prodotti offerti dalle imprese che vogliono entrare o rimanere sul mercato di riferimento. Mentre la circostanza che l'oggetto del rifiuto sia o meno coperto da un diritto di proprietà intellettuale non assume alcun rilievo ai fini della qualificazione della pratica come abusiva <sup>(247)</sup>.

#### 14. APPLICAZIONE CUMULATIVA DEGLI ARTT. 101 E 102. CONSEGUENZE DELL'ACCERTAMENTO DI UN ABUSO

Questione di grande rilievo è quella dell'applicazione cumulativa degli artt. 101 e 102, ad esempio quando la situazione di soggezione di più imprese rispetto ad un'altra dominante venga formalizzata con un accordo. Se è vero che si tratta di due disposizioni tra loro collegate e complementari, a tacer d'altro ispirate al comune obiettivo della creazione di un regime che garantisca una sana concorrenza nel mercato comune, è anche vero che investono situazioni diverse o almeno profili diversi di una stessa situazione economica e che hanno presupposti di applicazione e disciplina non perfettamente analoghi: in particolare, in caso di abuso di po-

<sup>(246)</sup> Oscar Bronner, C-7/97, sent. 26 novembre 1998, *Racc.* p. 7791, punto 23 e seguenti.

<sup>(247)</sup> *Microsoft*, *sopra citata*, punto 690.

sizione dominante non c'è alcuna possibilità di esenzione ed è sufficiente individuare il comportamento abusivo e non anche la restrizione della concorrenza, che è *in rebus*.

La giurisprudenza è nel senso dell'applicazione cumulativa e dunque della possibilità di esiti diversi a seconda che la verifica di compatibilità sia fatta in vista dell'una o dell'altra disposizione. Ciò riguarda tutte le ipotesi di potenziale doppia rilevanza, nel senso che devono ricorrere le condizioni di applicazione di entrambe le norme <sup>(248)</sup>.

Successivamente, è stato altresì precisato dal Tribunale che l'applicabilità dell'art. 102 non era esclusa né da una pregressa decisione individuale di esenzione, né, anzi tanto meno, da una esenzione per categoria <sup>(249)</sup>. Tra gli argomenti fatti valere, vi è anche quello relativo all'impossibilità di derogare ad una disposizione del Trattato con un atto di diritto derivato quale una decisione di esenzione individuale o anche un regolamento di esenzione per categoria <sup>(250)</sup>.

A differenza dell'art. 101, n. 2, che sancisce espressamente la nullità degli accordi vietati come conseguenza dell'accertamento di un'intesa anticoncorrenziale, l'art. 102 non prevede nulla al riguardo. È ragionevole, tuttavia, far conseguire all'accertamento dell'abuso ogni conseguenza che dia un effetto utile alla norma e ne concretizzi l'effetto diretto all'interno degli ordinamenti nazionali. La giurisprudenza è precisamente nel senso che l'accertamento dell'abuso apre la strada ai rimedi giurisdizionali previsti negli Stati membri, ad esempio

<sup>(248)</sup> *Hoffmann-La Roche*, 85/76, sent. 13 febbraio 1979, *Racc.* p. 461, punto 116, in cui la Corte ha affermato in via generale la possibilità per la Commissione di instaurare il procedimento di verifica in base all'una o all'altra disposizione; *Ahmed Saeed*, C-66/86, sent. 11 aprile 1989, *Racc.* p. 803, punto 37, dove non si esclude l'applicazione simultanea degli artt. 101 e 102 nell'ipotesi che «un accordo tra due o più imprese rappresenti solo l'atto formale che sancisce una realtà economica caratterizzata dal fatto che un'impresa in posizione dominante è riuscita a far applicare da altre imprese le tariffe di cui trattasi»; *BPB Industries*, C-310/93, sent. 6 aprile 1995, *Racc.* p. I-865, punto 11; *Comp. maritime belge*, C-395-396/96 P, sent. 16 marzo 2000, *Racc.* p. I-1365, punto 130.

<sup>(249)</sup> *Tetra Pak I T-51/89*, sent. 10 luglio 1990, *Racc.* p. II-309, punti 21-31.

<sup>(250)</sup> *Tetra Pak I*, *sopra citata*, punto 25. Va appena ricordato che non sono previste esenzioni in relazione all'art. 102.

un'azione di risarcimento del danno ovvero, in caso di contratti, un'azione diretta a farne dichiarare la nullità <sup>(251)</sup>.

#### 15. LA PROCEDURA DI APPLICAZIONE DEGLI ARTT. 101 E 102. LA DENUNCIA, LE INDAGINI PRELIMINARI, LA PROCEDURA FORMALE

Sul piano normativo, le disposizioni del Trattato sin qui esaminate sono state integrate da numerosi ed importanti atti del Consiglio e della Commissione, che ne hanno disciplinato compiutamente la fase di concreta applicazione. L'art. 103 TFUE (già art. 83 del Trattato CE), infatti, attribuisce in primo luogo al Consiglio la competenza a stabilire «tutti i regolamenti utili ai fini dell'applicazione dei principi contemplati dagli articoli [101 e 102]», competenza da esercitarsi su proposta della Commissione e consultazione del Parlamento. Vanno poi considerate le norme poste in essere dalla Commissione su delega del Consiglio.

La principale normativa è stata per decenni quella contenuta nel ben noto e più volte ricordato regolamento 17/62 (come modificato dal regolamento 1216/99), di applicazione degli artt. 81 e 82 del Trattato, che indicava soprattutto le modalità di esercizio dei poteri di controllo e di indagine della Commissione nei confronti delle imprese. Tale normativa è stata, come più volte ricordato, sostituita dal regolamento n. 1/2003 del Consiglio del 16 dicembre 2002, che ha previsto, a decorrere dal 1° maggio 2004, un maggior coinvolgimento delle autorità di concorrenza degli Stati membri al fine di consentire loro di applicare pienamente gli artt. 101 e 102 del trattato (compreso l'art. 101, n. 3) <sup>(252)</sup>.

Vale quindi la pena di seguire i principali passaggi della disci-

<sup>(251)</sup> BRT SABAM, 123/73, sent. 30 gennaio 1974, *Racc.* p. 51, punti 15 e seguenti; GT-Link, C-242/95, sent. 17 luglio 1997, *Racc.* p. I-4449, punto 61. Vale in proposito ricordare che, a seguito di una decisione di abuso di posizione dominante dell'Antitrust italiana, fondata sulla violazione dell'art. 82 del Trattato (Bollettino AGCM n. 23 del 26 giugno 2000), il Tribunale di Milano ha rilevato la nullità di un contratto oggetto del comportamento abusivo: ordinanza n. 216/2000 feriale del 4-7 agosto 2000.

<sup>(252)</sup> GUUE L 1 del 4 gennaio 2003.

plina vigente. Anzitutto, va ben sottolineato ancora una volta che l'accordo e la decisione che rientrino nella previsione dell'art. 101, n. 1, ovvero l'abuso di cui all'art. 102, sono vietati e per ciò stesso nulli «senza che occorra una previa decisione in tal senso»: è, questo, il tenore emblematico dell'art. 1, nn. 1 e 3, del regolamento n. 1/2003.

L'intervento della Commissione può essere sollecitato – come si è già accennato – attraverso un esposto-denuncia, nel quale si contesta la legittimità di un'intesa o di una pratica concordata o di una decisione ovvero di un comportamento unilaterale di un'impresa in posizione dominante sul mercato. Legittimati ad attivare la procedura sono gli Stati membri ed i singoli, persone fisiche o giuridiche, che vi abbiano interesse (art. 7, n. 2, del reg. n. 1/2003) come nel caso delle imprese concorrenti o delle associazioni di consumatori <sup>(253)</sup>. La procedura di verifica, peraltro, può essere iniziata anche d'ufficio dalla Commissione, sulla base di elementi di cui sia comunque venuta a conoscenza <sup>(254)</sup>. Ne consegue che solo impropriamente si parla di legittimazione dei singoli ad attivare la procedura con una denuncia, in quanto la mancanza di un «legittimo» interesse nel denunciante non priva affatto di una valida base giuridica la decisione finale della Commissione <sup>(255)</sup>.

<sup>(253)</sup> A tale riguardo è stato predisposto un modulo di denuncia, pubblicato quale allegato al reg. (CE) n. 773/2004 della Commissione, del 7 aprile 2004, relativo ai procedimenti svolti dalla Commissione a norma degli articoli 81 e 82 del trattato CE, in GUUE L n. 123 del 27 aprile 2004, p. 18. Tutte le denunce ai sensi dell'articolo 7 del reg. n. 1/03 devono essere conformi a tale modulo, dovendo contenere le informazioni in esso prescritte, salvo che la Commissione dispensi dall'osservanza di tale obbligo per una parte di tali informazioni (art. 5 del citato reg. n. 773/2004). In particolare, la denuncia deve contenere informazioni in merito al denunciante ed alle imprese denunciate, una descrizione della presunta infrazione e le evidenze probatorie disponibili, indicare quale intervento della Commissione si richiede e qualificare il legittimo interesse del denunciante ai sensi dell'articolo 7 del reg. n. 1/2003; infine, è necessario precisare se vi sono procedimenti in corso presso autorità nazionali della concorrenza o giurisdizioni nazionali.

<sup>(254)</sup> È dunque la Commissione l'unica legittimata a stabilire se la fattispecie denunciata sia effettivamente di interesse comunitario, AEPI, C-425/07P, sent. del 23 aprile 2009.

<sup>(255)</sup> BMW, 32 e 36-82/78, sent. 12 luglio 1979, *Racc.* p. 2435, punto 18.

Se, sulla base degli elementi di prova raccolti, la Commissione ritiene che non sussistano motivi sufficienti per una sua azione, essa deve inviare al richiedente una lettera indicando le ragioni della sua valutazione e fissare un termine per la presentazione di eventuali osservazioni scritte (art. 7 del regolamento 773/2004). Se osservazioni non sono presentate o se le stesse non inducono la Commissione a modificare il convincimento in precedenza espresso, essa può adottare una decisione formale di rigetto della denuncia, impugnabile dinanzi al giudice comunitario <sup>(256)</sup>. La decisione della Commissione che respinge la denuncia deve contenere una motivazione adeguata quanto ai fatti ed alle considerazioni giuridiche che l'hanno determinata, in armonia con l'obbligo di motivazione che investe tutti gli atti <sup>(257)</sup>. La decisione definitiva della Commissione deve essere resa entro un termine ragionevole a partire dalla ricezione delle osservazioni del denunciante; e la ragionevolezza si misura in rapporto ai diversi elementi che caratterizzano la procedura <sup>(258)</sup>. Secondo quanto precisato nella Comunicazione sulla procedura applicabile alle denunce <sup>(259)</sup>, la Commissione si è at-

<sup>(256)</sup> Invero, proprio in relazione all'ipotesi non infrequente di inerzia della Commissione, cui si collegavano azioni in carenza dei denunciati, la Corte ha precisato che la Commissione, in omaggio «ai principi di buona amministrazione», non può prolungare oltre un periodo ragionevole la sua inazione, ma deve o aprire la procedura o respingere definitivamente la denuncia, con decisione impugnabile con ricorso di annullamento e con il quale il denunciante può far valere gli eventuali vizi anche degli atti preparatori: Guérin, C-282/95 P, sent. 18 marzo 1997, *Racc.* p. I-1503, punto 36 e seguenti. Peraltro, la Corte ha in quell'occasione ricordato, in primo luogo, che in mancanza di decisione c'è la possibilità di un'azione in carenza ed eventualmente di reiterarla (punto 38); ed inoltre che è sempre consentito all'impresa di dolersi di fronte al giudice nazionale dei comportamenti anticoncorrenziali, dal momento che gli artt. 101, n. 1, e 102 del Trattato sono provvisti di effetto diretto (punto 39), ciò che oggi va esteso anche all'art. 101, n. 3.

<sup>(257)</sup> La Cinq c. Commissione, T-44/90, sent. 24 gennaio 1992, *Racc.* p. II-1, punto 41.

<sup>(258)</sup> UPS Europe, T-127/98, sent. 9 settembre 1999, *Racc.* p. II-2633, punti 37-38.

<sup>(259)</sup> Comunicazione della Commissione sulla procedura applicabile alle denunce presentate alla Commissione ai sensi degli articoli 81 e 82 del trattato CE, in GUUE C 101 del 27 aprile 2004, p. 65.

tualmente impegnata ad informare i denunciati del seguito che intende dare alla denuncia entro un termine indicativo di quattro mesi dal suo ricevimento <sup>(260)</sup>. Il diritto del denunciante è invero limitato a che la Commissione adotti una decisione motivata, non invece a che la Commissione decida sul merito della denuncia, cioè se l'infrazione alle norme sulla concorrenza sussista o no, come si deduce anche dal tenore dell'art. 7 del regolamento 1/2003. Non vi è, infatti, a carico della Commissione un obbligo di pronunciarsi sulla sussistenza dell'infrazione allegata, ma quello di esaminare «con attenzione» tutti gli elementi di fatto e di diritto esposti dal denunciante <sup>(261)</sup> e di precisare l'esito dato alla denuncia in una decisione impugnabile davanti al giudice <sup>(262)</sup>. La responsabilità dell'istituzione in materia di tutela della concorrenza le attribuisce anche il diritto di assegnare diversi gradi di priorità alle denunce che le sono presentate e di esercitare al riguardo un potere discrezionale ampio, in particolare facendo riferimento alla sussistenza di un interesse comunitario a dare o meno seguito alla denuncia <sup>(263)</sup>. L'assenza di interesse comunitario deve, tuttavia, essere adeguatamente motivata in modo da consentire un effettivo controllo giurisdizionale sull'uso del potere discrezionale di cui gode la Commissione nel definire le priorità <sup>(264)</sup>.

<sup>(260)</sup> *Ivi*, punto 61.

<sup>(261)</sup> Demo-Studio Schmidt, 210/81, sent. 11 ottobre 1983, *Racc.* p. 3045, punto 19; Automec II, T-24/90, sent. 18 settembre 1992, *Racc.* p. II-2223, punto 78; Ufex c. Commissione, C-119/97 P, sent. 4 marzo 1999, *Racc.* p. I-1341, punto 86.

<sup>(262)</sup> Guérin Automobiles, C-282/95 P, sent. 18 marzo 1997, *Racc.* p. I-1503, punto 36; Ufex c. Commissione, *sopra citata*, punto 86.

<sup>(263)</sup> GEMA c. Commissione, 125/78, sent. 18 ottobre 1979, *Racc.* p. 3173, punto 18; Ufex c. Commissione, C-119/97 P, sent. 4 marzo 1999, *Racc.* p. I-1341, punto 87 e seguenti; IECC c. Commissione, C-449/98 P, sent. 17 maggio 2001, *Racc.* p. I-3875, punto 34 e seguenti.

<sup>(264)</sup> V. Automec II, *sopra citata*, punti 71-98; BAT e Reynolds, 142 e 156/84, sent. 17 novembre 1987, *Racc.* p. 4487, punti 11-13; in particolare Ufex c. Commissione, *sopra citata*, punti 88 e seguenti. In quest'ultima occasione, ad esempio, la Corte ha affermato, sulla premessa che «la Commissione ha l'obbligo di valutare in ciascun caso di specie la gravità delle asserite violazioni della concorrenza e della persistenza dei loro effetti», che la stessa Commissione «non può

La Commissione può archiviare una denuncia anche nel caso in cui la fattispecie sia già all'esame dell'autorità di concorrenza di uno Stato membro (art. 13, n. 1), oppure qualora la fattispecie sia stata già trattata da un'autorità nazionale (art. 13, n. 2). In tali ipotesi, l'istituzione non è obbligata a motivare approfonditamente la causa dell'archiviazione, in quanto il suo rigetto è dovuto a palese carenza di interesse comunitario della denuncia. La Commissione comunica, tuttavia, al denunciante quale sia l'autorità nazionale di concorrenza che sta esaminando o ha esaminato il caso (art. 9, reg. 773/2004). Nel quadro del sistema di competenze parallele per l'applicazione della disciplina *antitrust* istituito dal regolamento n. 1/2003 ed alla luce degli orientamenti per la divisione del lavoro tra Commissione e autorità garanti della concorrenza nazionali enunciati in un'apposita Comunicazione della Commissione<sup>(265)</sup>, si può ritenere che un'autorità nazionale sia nella posizione idonea per trattare una denuncia qualora i comportamenti che ne formano oggetto producono effetti sensibili e diretti sulla concorrenza essenzialmente nell'ambito del suo territorio, mentre sarà la Commissione a dover intervenire in linea di principio se i comportamenti denunciati incidono sulla concorrenza in più di tre Stati membri<sup>(266)</sup>.

pertanto basarsi unicamente sul fatto che siano cessate pratiche assertivamente contrarie al Trattato per decidere di archiviare per assenza di interesse comunitario la denuncia che segnala tali pratiche, senza aver verificato che non persistano effetti anticoncorrenziali e che, all'occorrenza, la gravità delle asserite violazioni della concorrenza o la persistenza dei loro effetti non fossero tali da attribuire a tale denuncia un interesse comunitario» (punti 93 e 95). Sul punto v. AEPI c. Commissione, T-229/05, sent. 12 luglio 2007.

<sup>(265)</sup> Comunicazione della Commissione sulla cooperazione nell'ambito della rete delle autorità garanti della concorrenza, in GUUE, C 101 del 27 aprile 2004, p. 43.

<sup>(266)</sup> Punto 22 della Comunicazione sulla procedura applicabile alle denunce presentate alla Commissione ai sensi degli articoli 81 e 82 del trattato CE. Peraltro, nello stesso punto della Comunicazione, la Commissione precisa altresì che l'azione parallela di due o tre autorità nazionali di concorrenza può rivelarsi adeguata qualora un comportamento produca effetti sulla concorrenza principalmente nei rispettivi territori e l'azione di un'unica autorità di concorrenza non risulti sufficiente.

Qualora le risultanze dell'indagine preliminare lo giustificino, la Commissione può decidere di dare inizio alla fase formale della procedura<sup>(267)</sup>. Questa si svolge in contraddittorio fra Commissione ed imprese ed ha inizio con l'invio alle imprese stesse della comunicazione degli addebiti (art. 10 del reg. 773/2004). Tale comunicazione deve enunciare in maniera chiara tutti gli elementi di fatto del caso, la valutazione giuridica che degli stessi dà la Commissione ed inoltre precisare se il comportamento delle imprese sia passibile di ammenda<sup>(268)</sup>. Qualora la procedura sia stata avviata a seguito di una denuncia, una copia della versione non riservata degli addebiti viene altresì inviata al denunciante<sup>(269)</sup>. La Commissione può rendere pubblico l'avvio del procedimento secondo le modalità ritenute più appropriate (art. 2, n. 2, del reg. 773/2004), ad esempio dandone notizia sulla Gazzetta ufficiale dell'Unione, tenuto conto dell'opportunità, nel quadro di competenze parallele istituito dal regolamento n. 1/2003, che le autorità e le giurisdizioni nazionali siano tempestivamente informate dell'iniziativa assunta dall'Istituzione comunitaria.

La comunicazione degli addebiti è certamente un passaggio fondamentale della procedura, di cui in effetti delimita l'oggetto<sup>(270)</sup>; la Commissione non può pertanto, nella successiva decisione, tener conto di addebiti sui quali le parti non abbiano avu-

<sup>(267)</sup> Si tratta di un atto che, in quanto solo preparatorio di una decisione, non può formare oggetto di impugnazione autonoma, ai sensi dell'art. 263 del Trattato. V. IBM, 60/81, sent. 11 novembre 1981, *Racc.* p. 2639, punto 8 e seguenti.

<sup>(268)</sup> V. *Musique Diffusion Française*, 100-103/80, sent. 7 giugno 1983, *Racc.* p. 1825, punti 10 e 14-16; *Cimenteries CBR c. Commissione*, T-25/95, sent. 15 marzo 2000, *Racc.* p. II-491, punto 480.

<sup>(269)</sup> Art. 6 del reg. n. 7733/04. Che sussista un vero e proprio diritto del denunciante a ricevere copia della comunicazione degli addebiti è stato confermato dalla giurisprudenza del Tribunale: *Österreichische Postsparkasse*, T-213/01 R, ordinanza 20 dicembre 2001, *Racc.* p. II-3963, punto 47 e seguenti, con riguardo alla previsione di cui al precedente reg. 2842/98.

<sup>(270)</sup> Trattandosi anche in questo caso di un atto preparatorio, essa non è suscettibile di impugnazione autonoma. V. *Musique Diffusion Française (Pioneer)*, *sopra citata*, punto 9; sentenza IBM, *sopra citata*, punti 19-21; v. anche SGL Carbon, C-328/05, sent. 10 maggio 2007, *Racc.* p. I-3921, punti 55 ss.

to modo di esporre il loro punto di vista <sup>(271)</sup>.

Per consentire alle imprese oggetto di indagine di sottoporre alla Commissione le loro osservazioni nel termine assegnato, alle stesse è riconosciuta la facoltà di prendere visione dei fascicoli che compongono la pratica che le riguarda, fatta eccezione per le informazioni riservate o relative a segreti aziendali <sup>(272)</sup>. Oltre al diritto di presentare le proprie difese a mezzo di memorie scritte, l'impresa indagata deve poter essere sentita, se lo richiede, nel corso di una audizione <sup>(273)</sup>.

Al fine di garantire appieno i diritti della difesa delle imprese implicate in una procedura *antitrust*, ed in particolare allo scopo di rendere più trasparenti i procedimenti in questione, il relativo svolgimento, e segnatamente l'organizzazione e la direzione delle audizioni è affidata ad un Consigliere-auditore, una figura indipendente dai servizi, collocata dal punto di vista amministrativo alle dirette dipendenze del Commissario alla concorrenza <sup>(274)</sup>. Spetta in particolare a tale organo risolvere tutte le questioni che si pongono nell'ambito del procedimento e garantire il pieno rispetto dei diritti delle imprese destinatarie della comunicazione degli addebiti,

<sup>(271)</sup> Comp. gén. maritime e a., T-86/95, sent. 28 febbraio 2002, *Racc.* p. II-1011, punto 442.

<sup>(272)</sup> Art. 27, n. 2, del regolamento 1/2003, e art. 15, n. 2, del regolamento n. 773/2004. Sull'argomento, v. *Hercules Chemical*, T-7/89, sent. 17 dicembre 1991, *Racc.* p. II-1711, punti 53-54. Sul punto, v. altresì la Comunicazione della Commissione relativa alle regole procedurali interne per l'esame delle domande di accesso al fascicolo nei casi di applicazione degli artt. 85 e 86 (oggi artt. 81 e 82) del Trattato CE e del regolamento n. 4064/89 (GUCE C 23, del 23 gennaio 1997, p. 3).

<sup>(273)</sup> All'audizione, che non è pubblica, possono partecipare, oltre al destinatario della comunicazione degli addebiti, anche i terzi che dimostrino di avervi interesse (ad es. le imprese che abbiano introdotto un reclamo), o la cui partecipazione sia considerata necessaria dalla Commissione, nonché i rappresentanti delle autorità degli Stati membri. Prima dell'adozione della decisione formale deve essere infine sentito il comitato consultivo in materia di intese e posizioni dominanti (art. 14 del regolamento n. 1/2003), il cui parere non ha valore vincolante per la Commissione.

<sup>(274)</sup> Decisione della Commissione del 23 maggio 2001, relativa al mandato dei consiglieri-auditori per taluni procedimenti in materia di concorrenza (GU-CE L 162 del 19 giugno 2001, p. 21).

nonché dei terzi interessati, ad essere sentiti prima dell'adozione di qualsiasi decisione finale. All'uopo, il Consigliere-auditore redige una relazione, in particolare riguardo ai profili attinenti al rispetto del diritto al contraddittorio. Tale relazione è quindi trasmessa ai destinatari della decisione, contestualmente alla decisione stessa.

#### 16. *Segue*: POTERI DI CONTROLLO DELLA COMMISSIONE E DIRITTI DEI SINGOLI

Nella procedura di verifica della compatibilità con la disciplina comunitaria di una fattispecie rilevante di cui sia venuta a conoscenza, quale ne sia stato il modo, la Commissione gode di poteri di indagine molto ampi. La disciplina in proposito prevista dal regolamento 17/1962 è stata sensibilmente rafforzata dal regolamento 1/2003.

Anzitutto, la Commissione può chiedere ed ha il diritto di ottenere le informazioni che ritiene necessarie ed utili, sia dai governi dei Paesi membri sia dalle imprese o dalle associazioni di imprese coinvolte nella procedura o ancora da terzi (concorrenti, fornitori, eventualmente autori del reclamo). Mentre il regolamento 17/1962 prevedeva una procedura articolata in due fasi, in cui la Commissione inizialmente inviava una semplice richiesta di informazioni e solo in caso di rifiuto o di risposte incomplete adottava una decisione formale <sup>(275)</sup>, con la quale avanzava la richiesta di informazioni e fissava un termine al riguardo, il nuovo regolamento (art. 18) non richiede il previo invio di una domanda, potendo la Commissione assumere direttamente una decisione di richiesta di informazioni. Il regolamento 1/2003 ha, inoltre, innovato il regime sanzionatorio, prevedendo la possibilità di comminare sanzioni e penali di mora non più solo per l'ipotesi di informazioni inesatte, ma anche per quella di informazioni fuorvianti fornite in risposta ad una

<sup>(275)</sup> *National Panasonic*, 136/79, sent. 26 giugno 1980, *Racc.* p. 2033, punto 10. Cfr. *Orkem*, 374/87, sent. 18 ottobre 1989, *Racc.* p. 3283, punto 14, per la precisazione che si trattava di due procedure distinte ma niente affatto alternative.

domanda o a una decisione della Commissione, e ne ha inasprito l'ammontare. La Commissione può, peraltro, rispettare l'anonimato delle imprese che lo chiedano, così come deve rispettare la confidenzialità di talune informazioni sensibili, ad esempio limitando l'accesso a taluni documenti.

In secondo luogo, la Commissione può procedere alle necessarie verifiche *in loco* presso le sedi d'impresa o di associazioni d'impresa (276). I funzionari della Commissione in tali ipotesi possono agire o in base a mandato scritto oppure in base ad una previa decisione, comunque con la precisazione dell'oggetto, dello scopo e dei tempi dell'accertamento. Tale precisazione deriva dall'esigenza non soltanto di giustificare l'accesso ai locali dell'impresa, ma anche di consentire a quest'ultima di valutare la portata del dovere di collaborazione, da un lato, e del diritto di difesa, dall'altro (277). La Commissione può scegliere se limitarsi ad esibire un mandato, con cui non può costringere l'impresa a sottoporsi all'ispezione, o agire previa decisione, a seconda delle particolarità della fattispecie; ma, anche se non è tenuta ad informare il destinatario di tutti gli elementi di cui dispone e della qualificazione giuridica delle ipotizzate violazioni, deve pur sempre informarlo con chiarezza degli indizi che intende sottoporre a verifica attraverso l'accesso ai locali dell'impresa (278). Ciò non vuol dire, però, che la Commissione sia tenuta ad una completa e previa elencazione dei documenti e delle prove in genere che intende ricercare (279).

L'autorità di concorrenza dello Stato membro in cui si trovano i locali oggetto dell'accertamento deve essere informata dalla Com-

(276) Art. 20 del regolamento n. 1/2003. In particolare, i funzionari comunitari possono controllare i libri e gli altri documenti aziendali, prendendone copie o estratti, accedere a tutti i locali, apporre sigilli a tutti i locali e libri o documenti aziendali per la durata degli accertamenti e nella misura eventualmente necessaria, richiedere spiegazioni orali ai dipendenti dell'impresa di cui si tratta.

(277) Dow Chemical Ibérica, 97-99/87, sent. 17 ottobre 1989, *Racc.* p. 3165, punto 26.

(278) Dow Chemical Ibérica, *sopra citata*, punti 19 e 45; v. anche Roquette Frères, C-94/00, sent. del 22 ottobre 2002, *Racc.* p. I-9011, punto 99.

(279) Dow Chemical Ibérica, *sopra citata*, punto 24.

missione sulla missione e l'identità dei suoi agenti; se l'ispezione avviene a seguito di decisione, la Commissione deve sentire l'autorità di concorrenza nazionale preventivamente (art. 20, n. 3). Gli agenti della Commissione possono chiedere di accedere ai locali, agli archivi ed ai documenti, ma certo non possono procedere con la forza in caso di resistenza. I funzionari dell'autorità nazionale sul cui territorio viene svolto l'accertamento possono, su domanda della stessa autorità nazionale o della Commissione, prestare assistenza durante l'ispezione. Quanto alle modalità procedurali, sono quelle disciplinate dal diritto nazionale, alla cui osservanza è evidentemente tenuta la Commissione.

La nuova disciplina introdotta dal regolamento 1/2003 ha sensibilmente rafforzato i poteri di accertamento della Commissione, consentendo alla Commissione di accedere anche ai domicili privati del personale delle imprese. Tali accertamenti, a differenza di quelli nei locali dell'impresa, devono essere necessariamente disposti mediante decisione motivata della Commissione, adottata dopo aver consultato l'autorità di concorrenza nazionale (art. 21, n. 2); ed essere sempre preventivamente autorizzati dal giudice nazionale, il quale deve verificare che la decisione della Commissione sia autentica e che le misure coercitive non siano arbitrarie o sproporzionate. In particolare, l'art. 21 del regolamento 1/2003 stabilisce limiti chiari e maggiori garanzie in ordine all'estensione e alle modalità di esercizio di questo potere. Relativamente ai presupposti, la disposizione prevede la necessità che il sospetto riguardi documenti pertinenti ai fini dell'accertamento di gravi violazioni dell'articolo 101 o 102 del Trattato e richiede alla Commissione di indicare, nella propria decisione, gli elementi a sostegno dell'esistenza e della ragionevolezza del sospetto che i documenti aziendali oggetto degli accertamenti si trovino nei locali al di fuori dell'impresa, per i quali viene richiesta l'autorizzazione.

In secondo luogo, alla stregua della più recente giurisprudenza comunitaria, di cui si dirà subito dopo (280), la norma individua espressamente le circostanze (gravità della presunta infrazione, ri-

(280) Roquette Frères II, C-94/00, sent. 22 ottobre 2002, *sopra citata*.

levanza della prova ricercata, natura del coinvolgimento dell'impresa interessata, probabilità che i documenti aziendali ricercati si trovino nei locali oggetto dell'ispezione) di cui il giudice nazionale può tener conto nel procedere alla verifica circa il carattere non arbitrario e proporzionato dei provvedimenti coercitivi richiesti. In relazione a tali elementi, pur non potendo mettere in discussione la necessità dell'accertamento, né ottenere la trasmissione delle informazioni contenute nel fascicolo della Commissione, il giudice nazionale può tuttavia chiedere a quest'ultima ulteriori e più dettagliati chiarimenti, in assenza dei quali è legittimato a rifiutare l'autorizzazione all'esecuzione della misura ispettiva. Infine, rispetto agli accertamenti presso le imprese, nel caso di ispezioni domiciliari i funzionari e gli agenti della Commissione dispongono sì di ampi poteri, ma non possono procedere all'apposizione di sigilli o chiedere spiegazioni su fatti e documenti relativi all'oggetto e allo scopo dell'accertamento.

L'esercizio dei poteri di controllo da parte della Commissione è stato spesso esaminato sotto il profilo della tutela dei diritti fondamentali. Talvolta le decisioni di accertamento della Commissione sono state contestate in relazione alla inviolabilità del domicilio e del diritto al rispetto della vita privata garantito dagli ordinamenti costituzionali degli Stati membri, nonché dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali. Al riguardo, la Corte ha in primo luogo affermato che l'esigenza di una protezione nei confronti di interventi arbitrari o sproporzionati dei pubblici poteri nella sfera di attività privata di ogni persona, sia fisica che giuridica, è un principio generale del diritto comunitario<sup>(281)</sup>; e che tale principio va osservato dalle autorità nazionali chiamate ad assistere la Commissione in occasione dell'accesso alla sede di un'impresa nel contesto di una procedura istruttoria per violazione delle norme sulla concorrenza. Beninteso, in tale occasione, le istituzioni nazionali e quelle comunitarie sono tenute, nell'ambito delle rispet-

<sup>(281)</sup> Hoechst, 46/87 e 227/88, sent. 21 settembre 1989, *Racc.* p. 2859, punto 19; Roquettes Frères II, *sopra citata*, punto 77.

tive competenze, al rispetto dell'obbligo di leale cooperazione<sup>(282)</sup>.

Ora, premesso che le modalità con cui si realizza la collaborazione tra la Commissione e le autorità nazionali sono regolate dal diritto dello Stato membro interessato, resta che le autorità, anche giurisdizionali, di quest'ultimo devono, da un lato, assicurare l'efficacia dell'azione della Commissione e, dall'altro, verificare che l'intervento non sia né arbitrario né sproporzionato; e che la Commissione deve fornire alle autorità nazionali tutti gli elementi necessari perché la predetta verifica possa essere realizzata utilmente<sup>(283)</sup>. In definitiva, si tratta di temperare le due esigenze, quella di tempestività ed efficacia, nonché di riservatezza, dell'azione della Commissione, che va assicurata anche dagli Stati membri, con quella di tutela dei diritti dei soggetti interessati ad un'invasione nella sfera privata, che non sia arbitraria e sproporzionata rispetto all'obiettivo. La tutela, inoltre, gode in sostanza di un doppio controllo giurisdizionale, quello del giudice nazionale cui sia demandato il controllo a livello nazionale degli elementi di fatto e di diritto su cui il provvedimento di accesso si fonda, nonché quello del giudice comunitario, dinanzi al quale beninteso lo stesso provvedimento può essere impugnato<sup>(284)</sup>.

Per quanto riguarda più specificamente la tutela dei diritti della difesa, se è vero che la Commissione è solo un organo amministra-

<sup>(282)</sup> Roquettes Frères II, *sopra citata*, punti 30-32 («... qualora, come nel caso di specie, le autorità comunitarie e nazionali siano chiamate a concorrere alla realizzazione degli obiettivi del Trattato mediante un esercizio coordinato delle rispettive competenze, tale cooperazione riveste un carattere particolarmente essenziale»).

<sup>(283)</sup> Hoechst c. Commissione, *sopra citata*, punti 33-35; Roquettes Frères II, *sopra citata*, punti 35-37.

<sup>(284)</sup> Roquettes Frères II, *sopra citata*, punto 49 e seguenti. Tali principi sono stati espressamente ripresi dal reg. 1/2003 rispetto alla previsione di un dovuto controllo del giudice nazionale sulle decisioni della Commissione di condurre accertamenti in locali diversi da quelli dell'impresa (art. 21, n. 3), nonché rispetto all'eventuale (se previsto dalla normativa nazionale) controllo giurisdizionale sull'assistenza dei funzionari nazionali nelle ispezioni della Commissione laddove ciò richieda l'uso della forza pubblica (art. 20, n. 7).

tivo e non giudiziario, così come la procedura di accertamento che essa svolge, tanto che non soggiace all'applicazione dell'art. 6 della Convenzione europea sui diritti dell'uomo, è pur vero che anche in un procedimento di tale natura vanno rispettate le garanzie procedurali contemplate dal diritto comunitario <sup>(285)</sup>. Si tratta di un procedimento che può concludersi con l'applicazione di una sanzione e comunque con una lesione degli interessi dell'impresa, sì che quest'ultima deve poter esercitare pienamente i diritti della difesa ed anzitutto deve conoscere con precisione e chiarezza i fatti che le si addebitano. Ciò vuol dire in particolare che la comunicazione degli addebiti, pur potendo avere carattere sommario, deve in ogni caso elencare gli elementi essenziali sui quali si fonda, in modo che l'impresa possa difendersi adeguatamente prima della decisione finale <sup>(286)</sup>. E già rispetto al sistema CECA la Corte ebbe a rilevare la propria competenza a verificare che gli accertamenti della Commissione non andassero «oltre il lecito» <sup>(287)</sup>.

A tale proposito, è stato escluso che rappresenti una violazione del diritto di difesa il procedere ad accertamenti *in loco* senza prima avvertire l'impresa <sup>(288)</sup>. Per quanto riguarda poi la corrispondenza tra l'avvocato e l'impresa, essa rientra in generale nella categoria di documenti cui si riferiscono gli artt. 18, 20 e 24 del regolamento 1/2003, dunque da mettere a disposizione della Commissione. Tuttavia, può ricorrere l'esigenza di tutelarne la riservatezza, vuoi in vista della natura stessa della professione legale, vuoi in vista del più generale diritto di difesa. Devono però ricorrere due

<sup>(285)</sup> *Musique Diffusion Française (Pioneer)*, 100-103/80, sent. 7 giugno 1983, *Racc.* p. 1825, punti 7-8. V. anche *Solvay c. Commissione*, T-30/91, sent. 29 giugno 1995, p. II-1775, punti 59 e 98; *SCK e FNK*, T-213/95 e T-18/96, sent. 22 ottobre 1997, *Racc.* p. II-1739.

<sup>(286)</sup> *Hoffmann-La Roche*, 85/76, sent. 13 febbraio 1979, *Racc.* p. 461, punto 11; *Musique Diffusion Française (Pioneer)*, *sopra citata*, punto 14 (anche nel senso che la decisione può anche non ricalcare pedissequamente tutti gli addebiti); *Irish Sugar*, T-228/97, sent. 7 ottobre 1999, *Racc.* p. II-2969, punto 35; *Kish Glass*, T-65/96, sent. 30 marzo 2000, *Racc.* p. II-1885, punti 32 e seguenti.

<sup>(287)</sup> *San Michele e a.*, 5-11 e 13-15/62, sent. 14 dicembre 1962, *Racc.* p. 837.

<sup>(288)</sup> *National Panasonic*, 136/79, sent. 26 giugno 1980, *Racc.* p. 2033, punti 17-20.

condizioni: deve trattarsi di corrispondenza relativa alla procedura, anche se anteriore alla sua apertura formale; e l'avvocato deve essere indipendente, cioè non deve sussistere un rapporto di subordinazione organica con l'impresa oggetto dell'indagine <sup>(289)</sup>. Sul carattere riservato e tutelabile della corrispondenza può e deve, in caso di contestazione, pronunciarsi la Commissione, con una decisione *ex art.* 20, n. 4, del regolamento 1/2003), motivata e impugnabile <sup>(290)</sup>. Peraltro, sia pure in un'ordinanza resa nell'ambito di un procedimento sommario, il Tribunale ha ammesso l'estensione del segreto professionale a documentazione interna, trattandosi di documenti che apparivano redatti e raccolti in vista dell'ottenimento di un parere di un avvocato esterno <sup>(291)</sup>.

Si è posto anche il quesito se l'impresa abbia il diritto di non fornire dichiarazioni che siano idonee a provare l'esistenza di una sua violazione della disciplina della concorrenza. La Corte, mentre ha ritenuto che uno specifico diritto fondamentale in tal senso rileva soltanto rispetto al processo penale, lo ha considerato tuttavia quale espressione del diritto di difesa inteso nel senso più ampio e tutelabile anche nei procedimenti amministrativi che possono portare all'irrogazione di sanzioni. Ne consegue che certi diritti devono essere tutelati anche nel corso di indagini e di procedure istruttorie precontenziose, quali quelle in tema di violazione delle norme sulla concorrenza, nelle quali l'onere di provare la violazione è a carico della Commissione <sup>(292)</sup>. In altri termini, la Commissione, pur potendo obbligare l'impresa a fornire ogni utile informazione sui fatti, non può pretendere dall'impresa delle risposte che equivarrebbero per quest'ultima ad ammettere sostanzialmente l'esi-

<sup>(289)</sup> *AM&S*, 155/79, sent. 18 maggio 1982, *Racc.* p. 1575, punti 18-24.

<sup>(290)</sup> *AM&S*, *sopra citata*, punti 29-32.

<sup>(291)</sup> *Akzo*, T-125/03R e T-253/03R, ord. 30 ottobre 2003, *Racc.* p. II-4771. Nell'ordinanza si afferma, tuttavia, più in generale la possibilità di estendere la tutela del privilegio legale ai documenti redatti da legali interni, pur rinviandosi al merito per una valutazione più approfondita sulla questione. Qualora tali principi venissero confermati nella sentenza definitiva del Tribunale ne risulterebbe un ampliamento significativo della tutela delle imprese.

<sup>(292)</sup> *Dow Chemical Ibérica*, 97-99/87, sent. 17 ottobre 1989, *Racc.* p. 3165, punti 12-13; *Orkem*, 374/87, sent. 18 ottobre 1989, *Racc.* p. 3283, punto 33.

stenza di un'infrazione che è la Commissione a dover provare; tuttavia, come precisato dalla Corte di giustizia, il divieto di autoincriminazione può essere fatto valere dalle imprese solo nelle ipotesi in cui abbiano l'obbligo di rispondere a pena di ammenda <sup>(293)</sup>.

Secondo la giurisprudenza della Corte, la situazione delle imprese oggetto di un'indagine è, sotto il profilo che qui rileva, sostanzialmente diversa da quella delle imprese che hanno introdotto un reclamo; a queste ultime vanno infatti riconosciute determinate garanzie procedurali, ma non tanto ampie quanto le prerogative della difesa attribuite alle prime <sup>(294)</sup>.

#### 17. *Segue*: LE DECISIONI DELLA COMMISSIONE. I POTERI SANZIONATORI

Il regolamento 1/2003 individua i quattro tipi di decisione che la Commissione può assumere a seguito dell'avvio di una procedura formale per l'applicazione degli articoli 101 e 102 del Trattato. Si tratta, in particolare, delle seguenti decisioni: decisioni di constatazione ed eliminazione delle infrazioni; decisioni che rendono obbligatori gli impegni presentati dalle parti; decisioni di adozione di misure cautelari; decisioni di constatazione di inapplicabilità dei divieti di cui agli articoli 101 e 102 per ragioni di interesse pubblico comunitario.

Per quanto riguarda la prima tipologia di decisioni, al termine del procedimento la Commissione può constatare un'infrazione agli artt. 101 e 102 del Trattato e, ai sensi dell'art. 7 del regolamento 1/2003, adottare una decisione con la quale obbliga le imprese o le associazioni di imprese a porre fine all'infrazione e, se del caso, impone loro un'ammenda secondo quanto previsto dall'art. 23, par. 2, lett. a). In proposito, il regolamento ha introdotto

<sup>(293)</sup> Dalmine, C-407/04 P, sent. 25 gennaio 2007, *Racc.* p. I-829, punti 33 e seguenti.

<sup>(294)</sup> BAT e Reynolds, 142 e 156/84, sent. 17 novembre 1987, *Racc.* p. 4487, punti 19 e 20; Kish Glass c. Commissione, T-65/96, sent. 30 marzo 2000, *Racc.* p. II-1885, punto 33.

una significativa innovazione, secondo cui la Commissione può imporre l'adozione di rimedi comportamentali o strutturali, proporzionati all'infrazione commessa e necessari a far cessare effettivamente l'infrazione. Tale potere è assistito da taluni limiti e condizioni: in primo luogo, rispetto alle modifiche strutturali, il considerando 12 prevede che siano concesse solo in presenza di un rischio sostanziale del perdurare o del ripetersi dell'infrazione derivante dalla struttura stessa dell'impresa; peraltro, possono essere imposte solo qualora non esista un rimedio comportamentale parimenti efficace o se quest'ultimo sarebbe più oneroso della stessa misura strutturale, dunque con il dovuto rispetto del principio di proporzionalità (art. 7). In definitiva, i rimedi devono essere necessari a far cessare effettivamente l'infrazione, così da assicurare che la libertà contrattuale ed imprenditoriale rimanga la regola, non spettando normalmente alla Commissione imporre alle imprese interessate la scelta di quale condotta seguire fra quelle conformi al Trattato <sup>(295)</sup>.

Con regolamento n. 622/2008 <sup>(296)</sup>, di modifica del regolamento n. 773/2004, la Commissione ha introdotto, esclusivamente con riguardo ai procedimenti avviati ex art. 101 nei confronti di cartelli, una speciale procedura di transazione. In forza di questa procedura, descritta nel nuovo art. 10 *bis* del regolamento n. 773/2004, le imprese che ne facciano richiesta e sulla base degli elementi essenziali che figurano nel fascicolo della Commissione possono decidere di riconoscere la loro partecipazione ad un'intesa anticompetitiva e la loro responsabilità per i fatti contestati. Come ricompensa di questo riconoscimento, la Commissione potrà ridurre del 10% l'importo dell'ammenda da irrogare alle imprese che hanno aderito alla procedura <sup>(297)</sup>. Al riguardo va precisato che non è ri-

<sup>(295)</sup> Automec II, T-24/90, sent. 18 settembre 1992, *Racc.* p. II-2223, punti 47-54.

<sup>(296)</sup> GUUE L 71 del 1° luglio 2008, p. 3.

<sup>(297)</sup> Ciò viene precisato nella Comunicazione della Commissione concernente la transazione nei procedimenti per l'adozione di decisioni a norma dell'articolo 7 e dell'articolo 23 del regolamento (CE) n. 1/2003 del Consiglio nei casi di cartelli, in GUUE C 167 del 2 luglio 2008, p. 1, punto 32.

conosciuto un diritto alla transazione, sulla cui opportunità la Commissione conserva un ampio margine di discrezionalità <sup>(298)</sup>.

Alternativamente, laddove le parti presentino degli *impegni* al fine di rimuovere le preoccupazioni espresse nella valutazione preliminare dalla Commissione, il regolamento 1/2003 ha introdotto la possibilità per quest'ultima di adottare una decisione di accettazione degli impegni proposti. Tale decisione rende, eventualmente anche per un periodo determinato, gli impegni vincolanti per le parti e pone termine al procedimento in quanto l'intervento della Commissione «non è più giustificato», senza tuttavia stabilire l'esistenza o la permanenza di un'infrazione. In questo senso, è prevista una soluzione alternativa alle decisioni di divieto e di imposizione di rimedi anche se, in linea di principio, se ne prefigura un uso limitato ai casi nei quali la Commissione non ritenga opportuna l'imposizione di un'ammenda <sup>(299)</sup>.

Il regolamento 1/2003 esclude la possibilità per le imprese di ottenere dalla Commissione, dietro notifica, decisioni di compatibilità dei propri accordi o comportamenti con l'art. 101 del Trattato, diversamente dal regime di notifica stabilito per le intese dal precedente regolamento 17/1962. Tuttavia, ai sensi dell'art. 10, è prevista la possibilità eccezionale per la Commissione, per ragioni di interesse pubblico comunitario, «d'ufficio, di stabilire mediante decisione» che gli artt. 101 e 102 non siano applicabili a determinate condotte anticompetitive. Si tratta di decisioni dichiarative, attraverso le quali la Commissione precisa gli orientamenti comunitari in materia di politica di concorrenza e chiarisce i relativi divieti, così da indirizzare l'applicazione decentrata del diritto comunitario. Per tal via, la stessa istituzione potrà archiviare le successive denunce relative alle fattispecie oggetto della constatazione di inapplicabilità. Peraltro, per agevolare le imprese nel processo di autovalutazione della compatibilità dei propri comportamenti con il diritto comunitario cui la nuova disciplina le costringe, la Com-

<sup>(298)</sup> V. considerando 4 del regolamento n. 622/2008 e la Comunicazione *sopra citata*.

<sup>(299)</sup> V. l'art. 9 ed il considerando 13 del regolamento n. 1/2003. Sulle prime applicazioni dell'art. 9, v. *Alrosa*, T-170/06, sent. dell'11 luglio 2007.

missione si è impegnata a fornire orientamenti su questioni nuove relative all'applicazione degli artt. 101 e/o 102 con una dichiarazione scritta (lettera di orientamento). Essa ha fornito alcuni dettagli su tale strumento nella Comunicazione sulle lettere di orientamento: in particolare, le imprese che abbiano concluso un accordo o adottato una pratica o che abbiano intenzione di farlo, ed in relazione ai quali nutrano incertezze quanto alla loro conformità alle norme *antitrust*, possono richiedere un orientamento su questioni nuove o non risolte circa l'interpretazione e l'applicazione degli artt. 101 e 102 del Trattato. La domanda, presentata in modo informale attraverso un semplice promemoria contenente tutte le informazioni richieste dalla Comunicazione, dovrà necessariamente contenere un quesito di rilevanza pratica relativo a problemi che non siano già sollevati in una causa pendente dinanzi alla Corte di giustizia o al Tribunale di primo grado, né che siano oggetto di un procedimento pendente dinanzi alla Commissione o alle autorità nazionali <sup>(300)</sup>.

Il regolamento 1/2003 ha, infine, disciplinato la possibilità per la Commissione di adottare  *misure cautelari*. La complessità e la durata sovente non breve dell'attività di accertamento della violazione contestata avevano in passato indotto a chiedersi se e secondo quali modalità fosse possibile tutelare in via provvisoria, nelle more della procedura, le situazioni giuridiche riconosciute dalla normativa comunitaria sulla concorrenza. L'esigenza avvertita è da sempre quella di evitare che, in attesa dell'accertamento definitivo e delle eventuali misure sanzionatorie ad esso collegate, tali situazioni finiscano per essere pregiudicate irrimediabilmente. La giurisprudenza della Corte aveva da tempo riconosciuto il potere della Commissione di assumere provvedimenti provvisori, fondandolo espressamente sulla necessità di garantire l'effettività delle decisioni definitive <sup>(301)</sup>.

<sup>(300)</sup> Cfr. Comunicazione della Commissione sull'orientamento informale per questioni nuove relative agli articoli 81 e 82 del trattato CE, sollevate da casi individuali, in GUUE C 101, 27 aprile 2004, p. 78.

<sup>(301)</sup> *Camera Care*, 792/79 R, ordinanza 17 gennaio 1980, *Racc.* p. 119, punto 18.

La possibilità di adottare misure cautelari nelle more del procedimento è stata, pertanto, recepita e per la prima volta espressamente disciplinata dall'art. 8 del regolamento n. 1/2003. In particolare, i provvedimenti cautelari debbono essere adottati soltanto in caso di indiscussa urgenza, per far fronte ad una situazione tale da causare un danno grave ed irreparabile; devono avere carattere provvisorio e cautelare e limitarsi a quanto necessario nella situazione data al fine di preservare lo *status quo* fino all'adozione della decisione di merito, essere cioè conformi al principio di proporzionalità<sup>(302)</sup>; infine, anche nell'adozione di provvedimenti cautelari, comunque sottoposti al controllo del giudice comunitario, la Commissione è tenuta a rispettare i diritti della difesa<sup>(303)</sup>. Anche il Tribunale aveva delineato in passato l'interpretazione dei due requisiti del *fumus boni iuris* e del *periculum in mora*. Sotto il primo profilo, il Tribunale aveva respinto l'interpretazione della Commissione secondo cui il *fumus* doveva essere identificato con la esistenza di un'infrazione chiara e flagrante, in quanto sarebbe stato contrario alla logica stessa della richiesta di misura cautelare, che è da valutarsi sull'apparenza e non sulla certezza del diritto, dunque sulla esistenza verosimile e non certa della violazione<sup>(304)</sup>. Nella stessa ottica, il Tribunale aveva chiarito, quanto alla nozione di *periculum*, che doveva trattarsi di un rischio di pregiudizio che non potesse trovare rimedio nella decisione della Commissione in esito alla procedura amministrativa. Deve pertanto trattarsi di un pregiudizio attuale, non eventuale ed aleatorio, suscettibile di prodursi in un futuro indeterminato<sup>(305)</sup>.

Quanto, infine, ai *poteri sanzionatori*, la Commissione può, mediante decisione, infliggere sanzioni fino al 10% del fatturato realizzato durante l'esercizio sociale precedente, nel caso in cui accerti

<sup>(302)</sup> IMS Health c. Commissione, T-184/01 R, ord. del presidente del 10 agosto 2001, *Racc.* p. II-2349, punto 25.

<sup>(303)</sup> V. già Camera Care, *sopra citata*, punti 19 e seguenti.

<sup>(304)</sup> La Cinq, T-44/90, sent. 24 gennaio 1992, *Racc.* p. II-1; IMS c. Commissione, T-184/01 R, ord. del presidente del 26 ottobre 2001, *Racc.* p. II-3193, punti 92-93.

<sup>(305)</sup> V. CMBT, T-24/93 R, ord. 13 maggio 1993, *Racc.* p. II-543, punti 31-35.

la sussistenza di un'infrazione agli articoli 101 o 102, nonché penalità di mora. L'ammenda va determinata principalmente su due parametri, la gravità e la durata della violazione; sennonché, nelle ipotesi in cui i guadagni illeciti, derivanti da comportamenti anti-concorrenziali, siano ingenti, la Commissione può aumentare l'importo della sanzione rispetto ai canoni ordinari al fine di diminuire – se non annullare – i proventi (*effetto deterrente*), ma sempre entro i limiti previsti dai regolamenti comunitari<sup>(306)</sup>. Altri elementi vanno considerati, quali l'intenzionalità, i precedenti della stessa impresa<sup>(307)</sup>, il contesto economico in cui si colloca la violazione, nonché ogni altro elemento utile, compresi l'impatto sul mercato e la sua estensione geografica<sup>(308)</sup>. Inoltre, sono previste sanzioni e penalità di mora anche per violazioni procedurali, anch'esse da determinare in funzione della gravità e durata delle stesse. È prevista, invece, una riduzione della sanzione o anche una totale immunità per quelle imprese che abbiano dato un contributo significativo all'avvio di una indagine o alla sua definizione<sup>(309)</sup>. Tale beneficio

<sup>(306)</sup> V., in argomento, gli Orientamenti per il calcolo delle ammende inflitte in applicazione dell'articolo 23, paragrafo 2, lettera a), del regolamento (CE) n. 1/2003, in GUUE C 210 del 1° settembre 2006, p. 2, che sostituisce la Comunicazione della Commissione recante orientamenti per il calcolo delle ammende, in GUCE C 9 del 14 gennaio 1998, p. 3.

<sup>(307)</sup> A tale riguardo la giurisprudenza ha precisato che la Commissione non è vincolata ad un eventuale termine di prescrizione per una constatazione di recidiva e che tale aggravante può essere applicata anche qualora l'accertamento di un'infrazione alle regole di concorrenza in capo ad un'impresa non fosse stata accompagnata dall'imposizione di alcuna ammenda (Danone, C-3/06 P, sent. 8 febbraio 2007, *Racc.* p. I-1331, punti 38 e 41 e che la recidiva non presuppone che le infrazioni riguardino lo stesso mercato del prodotto, essendo al riguardo sufficiente che si tratti di infrazioni che rientrano nella stessa disposizione del Trattato CE (BASF e a. c. Commissione, T-101/05 e T-111/05, sent. del 12 dicembre 2007, *Racc.* p. II-4949, punto 64; Hoechst, T-161/05, sent. del 30 settembre 2009, punto 141).

<sup>(308)</sup> Michelin c. Commissione, T-203/01, sent. 30 settembre 2003, *Racc.* p. II-4071, punti 258-259; Danone, C-3/06 P, sent. 8 febbraio 2007, *Racc.* p. I-1331, punto 25 e seguenti.

<sup>(309)</sup> Comunicazione della Commissione relativa all'immunità dalle ammende o alla riduzione del loro importo nei casi di cartelli tra imprese, in GUUE C 298 dell'8 dicembre 2006, p. 17.

può, eventualmente, cumularsi con quello previsto dalla nuova procedura di transazione introdotta nei casi riguardanti i cartelli <sup>(310)</sup>. La Commissione, disponendo al riguardo di un margine ampio di discrezionalità in funzione della sua linea politica generale sulla concorrenza <sup>(311)</sup>, ha anche per questo inteso disciplinare e precisare meglio i criteri che intende applicare, in sostanza autolimitando l'esercizio dei propri poteri, con l'adozione dei ricordati Orientamenti per il calcolo delle ammende.

Il regolamento 1/2003 ha potenziato in più punti il regime sanzionatorio a disposizione della Commissione, prevedendo, in primo luogo, che la Commissione può esigere il pagamento di sanzioni e penalità di mora comminate ad associazioni di imprese dalle singole imprese ad esse aderenti, nonché imporre ammende in caso di inosservanza di decisioni volte ad adottare provvedimenti provvisori o a rendere obbligatori impegni volontariamente assunti dalle parti. Infine, le ammende per violazioni procedurali e le penalità di mora sono ora commisurate al fatturato e non più stabilite in cifra fissa.

Particolare rilevanza assumono le modifiche in materia di sanzioni alle associazioni di imprese. In proposito, nel caso in cui l'infrazione accertata nei confronti dell'associazione di imprese riguardi attività economiche esercitate dalle imprese associate, l'art. 23, n. 2, stabilisce che l'ammenda a carico dell'associazione non possa eccedere il limite massimo del 10% del fatturato totale di ciascun membro attivo sul mercato interessato dalla violazione posta in essere dall'associazione stessa. Sulla scorta di analoghi orientamenti e indicazioni della giurisprudenza comunitaria <sup>(312)</sup>, la disposizione è in sostanza intesa a garantire l'efficacia deterrente della sanzione e

<sup>(310)</sup> Comunicazione della Commissione concernente la transazione nei procedimenti per l'adozione di decisioni a norma dell'articolo 7 e dell'articolo 23 del regolamento (CE) n. 1/2003 del Consiglio nei casi di cartelli, *sopra citata*, punto 1.

<sup>(311)</sup> *Musique Diffusion Française*, *sopra citata*, punto 105 e seguenti; *Britania Alloys*, C-76/06 P, sent. 7 giugno 2007, *Racc.* p. I-4405, punto 57.

<sup>(312)</sup> *SCK e FNK c. Commissione* (gru olandesi), T-213/95 e T-18/96, sent. 22 ottobre 1997, *Racc.* p. II-1739, spec. punto 246 e seguenti.

ad assicurare che, nei procedimenti riguardanti esclusivamente decisioni o pratiche di associazioni di imprese, l'importo dell'ammenda possa essere determinato tenendo conto del fatturato delle imprese associate, così da riflettere in modo più preciso il potere economico dell'associazione e l'influenza di quest'ultima sulle condizioni di concorrenza nel mercato rilevante <sup>(313)</sup>.

Il nuovo regime in tema di ammende alle associazioni di imprese è completato e rafforzato dalla disposizione dell'art. 23, n. 4, che ne disciplina le modalità di pagamento nei casi in cui la sanzione sia stata determinata sulla base del fatturato delle imprese associate e l'associazione non sia solvibile. In tali circostanze, entro un termine stabilito dalla Commissione, l'associazione provvede a richiedere e ottenere dai propri membri i contributi necessari al pagamento dell'ammenda, in assenza dei quali la Commissione potrà esigere il relativo importo direttamente da ciascuna delle imprese rappresentate negli organi decisionali dell'associazione. Inoltre, laddove ciò risulti insufficiente ad assicurare la copertura totale dell'ammenda (dato il limite massimo esigibile da ciascuna impresa pari al 10% del suo fatturato totale), la Commissione potrà comunque richiedere l'importo residuo (sempre nel limite massimo del 10%) a ciascuna delle altre imprese associate operanti nel mercato interessato dall'infrazione. Nonostante la sua apparente complessità, la norma è diretta ad assicurare nel prossimo futuro maggiori garanzie di deterrenza e di equità nell'applicazione del meccanismo di responsabilità solidale e sussidiaria a carico delle imprese associate rispetto a quanto inizialmente proposto dalla Commissione.

L'ammenda va inflitta normalmente all'impresa cui sia imputa-

<sup>(313)</sup> Qualche perplessità solleva, semmai, il riferimento al fatturato totale delle imprese associate, anziché a quello da esse realizzato nel mercato interessato dall'infrazione. Infatti, laddove l'associazione includa membri che sono, o fanno capo a, operatori di grandi dimensioni e significativamente diversificati, ma con attività soltanto marginali nei mercati rilevanti, il fatturato complessivo di queste imprese potrebbe risultare un indice scarsamente rappresentativo del potere economico dell'associazione e l'importo massimo dell'ammenda potrebbe risultare eccessivamente elevato.

bile per intero la condotta anticoncorrenziale. Il principio della responsabilità personale può subire un'eccezione quando la condotta sia imputabile a due imprese succedutesi nel tempo, la prima delle quali non svolge più l'attività oggetto della violazione, continuata dalla seconda, ed entrambe dipendano da un soggetto terzo, in particolare un soggetto pubblico. La Corte, premesso che una modifica giuridica, anche se operata dal legislatore, non può di per sé lasciare la nuova impresa in ogni caso esente dalla responsabilità per le violazioni commesse dall'impresa precedente, ha affermato che il principio della responsabilità personale non si oppone a che la sanzione sia inflitta per intero all'impresa che ha continuato l'attività e con essa l'infrazione<sup>(314)</sup>.

Sull'ammontare dell'ammenda o della penalità di mora è ammesso il sindacato del Tribunale e della Corte, cui spetta infatti un esame di «piena» giurisdizione<sup>(315)</sup>.

<sup>(314)</sup> Autorità di concorrenza c. ETI, C-280/06, sent. 11 dicembre 2007, *Racc.* p. I-10893. V. in particolare i punti da 38 a 52 («... gli artt. 81 CE e seguenti devono essere interpretati nel senso che, nel caso di enti dipendenti dalla stessa autorità pubblica, qualora una condotta costitutiva di una stessa infrazione alle regole della concorrenza sia stata commessa da un ente e successivamente proseguita fino alla sua fine da un altro ente succeduto al primo, il quale non ha cessato di esistere, tale secondo ente può essere sanzionato per l'infrazione nella sua interezza, se è provato che tali due enti sono stati sotto la tutela della citata autorità»). Di rilievo è che sia il TAR Lazio che il Consiglio di Stato, fondandosi sul principio della responsabilità personale, avevano dissentito dalla decisione dell'Autorità che viceversa aveva inflitto l'ammenda alla sola ETI in nome del criterio della continuità economica, il primo annullando *in parte qua* la decisione, il secondo comunque operando correttamente il rinvio pregiudiziale. Sulla competenza della Corte nell'ipotesi che si richieda l'interpretazione di una norma comunitaria quando sia invece applicabile una norma nazionale, v. cap. III, par. 12, nota 308 e seguenti.

<sup>(315)</sup> V. Rhône-Poulenc, T-1/89, sent. 24 ottobre 1991, *Racc.* p. II-867, punti 151-174; Petrofina, T-2/89, sent. 24 ottobre 1991, *Racc.* p. II-1087, punti 249-291. In generale, sulle circostanze da considerare ai fini del calcolo dell'ammenda, Archer c. Commissione, T-224/00, sent. 9 luglio 2003, *Racc.* p. I-2597, punto 75 e seguenti.

## 18. IL CONTROLLO SULLE CONCENTRAZIONI

Il fenomeno delle concentrazioni tra imprese ha assunto rilevanza sempre maggiore in funzione della progressiva realizzazione del mercato comune. È fin troppo chiaro, poi, l'impatto delle concentrazioni sulle condizioni di concorrenza ed il loro possibile effetto restrittivo. Un'impresa può crescere non soltanto aumentando le vendite dei propri prodotti nel mercato ma anche unendo le proprie forze con quelle di altre imprese, cioè concentrandosi. Un'operazione di concentrazione si realizza quando un'impresa si fonde con un'altra ovvero ne acquisisce il controllo, dunque con la possibilità di esercitare un'influenza determinante sull'attività della stessa. Si ha altresì una concentrazione quando due o più imprese creano un'impresa comune, da entrambe controllata, mettendo insieme le rispettive attività.

Ciò che può destare preoccupazioni per il funzionamento del mercato e per il suo assetto competitivo è la possibilità che un'impresa, concentrandosi con altri operatori prima indipendenti, acquisti un significativo potere di mercato che le consenta, da sola o congiuntamente con altre, di ridurre in modo sostanziale e durevole la concorrenza, accrescendo la propria capacità di aumentare prezzi o praticare condizioni svantaggiose per i consumatori. Da ciò deriva pertanto l'esigenza di una valutazione *ex ante* delle operazioni di concentrazione, al fine di evitare che a siffatte operazioni conseguano modifiche dell'assetto dei mercati in senso anticoncorrenziale.

Le norme dell'Unione sulle concentrazioni hanno lo scopo di evitare che i processi di concentrazione tra imprese producano una riduzione sostanziale della concorrenza, attraverso, in particolare, la creazione ovvero il consolidamento e il rafforzamento di una posizione dominante, tale da ostacolare la concorrenza nel mercato comune o in una parte sostanziale di esso<sup>(316)</sup>. Per le concentrazioni è in definitiva richiesta una valutazione economica dell'impatto dell'operazione sul mercato e sulla posizione del soggetto che ne risulta: si tratta dunque di una valutazione di prospettiva, che investe

<sup>(316)</sup> Sul criterio sostanziale di valutazione delle concentrazioni, v. *infra*.

le possibilità di sviluppo del mercato in senso competitivo. Secondo quanto chiarito dalla Corte, siffatta valutazione consiste nel verificare in quali termini un'operazione di concentrazione potrebbe modificare i fattori che determinano lo stato della concorrenza in un determinato mercato, al fine di accertare se ne conseguirebbe un ostacolo significativo ad una concorrenza effettiva. Nel procedere a tale analisi, in particolare, occorre prendere in considerazione le diverse concatenazioni-effetto, al fine di accogliere quelle che risultano le più probabili <sup>(317)</sup>.

Il Trattato CECA prevedeva un regime di autorizzazione per le operazioni che avessero «come effetto diretto o indiretto» una concentrazione tra imprese (art. 66). L'ipotesi comprendeva anche le concentrazioni tra imprese carbossiderurgiche appartenenti allo stesso Stato membro, non assumendo rilievo in tale caso la condizione del pregiudizio al commercio intracomunitario; così come comprendeva la concentrazione tra un'impresa comunitaria ed un'impresa di uno Stato terzo. L'operazione poteva riguardare lo stesso prodotto o prodotti diversi e poteva avvenire in qualunque modo, attraverso fusione o acquisizione di quote, con prestito o contratto o qualunque altro mezzo con cui un'impresa pervenisse a controllarne un'altra <sup>(318)</sup>.

Il Trattato FUE, così come già il TCE, viceversa, non contiene una disposizione di contenuto analogo. L'ipotesi di concentrazione tra imprese, pertanto, è stata considerata come rilevante e dunque valutata ai sensi degli artt. 101 e 102, fino al varo – alquanto travagliato – del regolamento 4064/89 specificamente dedicato alle concentrazioni <sup>(319)</sup>, ora sostituito dal regolamento 139/

<sup>(317)</sup> Commissione c. Tetra Laval, C-12/03 P, sent. 15 febbraio 2005, *Racc.* p. I-987, punto 43.

<sup>(318)</sup> Comunicazione della Commissione relativa ad alcuni aspetti del trattamento di casi in materia di concorrenza a seguito della scadenza del trattato CECA, in GUCE C 152 del 26 giugno 2002, punto 2.2 e seguenti. La scadenza del Trattato CECA ha pertanto trasferito alle autorità nazionali la competenza sulle concentrazioni che non superino le soglie comunitarie.

<sup>(319)</sup> Regolamento del Consiglio n. 4064/89 del 21 dicembre 1989, in GUCE L 257 del 21 settembre 1990, p. 13. Non è privo di significato che tra i «considerando» del regolamento si leggeva che gli artt. 101 e 102 del Trattato «non sono

2004 <sup>(320)</sup>. Ben noto, ad esempio, è il caso *Continental Can*, in cui per la prima volta fu fatto valere che l'art. 102 potesse comprendere un'ipotesi di acquisizione del controllo di imprese concorrenti da parte di un'impresa in posizione dominante; e ciò per il motivo che una siffatta operazione avrebbe potuto causare l'eliminazione della concorrenza, effettiva o potenziale, che pure sussisteva nonostante l'esistenza di una posizione dominante <sup>(321)</sup>. Su questi presupposti, si ritenne che l'art. 102 si applicasse non solo ai comportamenti dell'impresa che incidono direttamente sul mer-

tuttavia sufficienti a coprire tutte le operazioni che rischiano di rivelarsi incompatibili con il regime di concorrenza non falsata contemplato nel Trattato». Il regolamento era stato modificato dal regolamento del Consiglio n. 1310/97 del 30 giugno 1997, in GUCE L 180 del 9 luglio 1997, p. 1.

<sup>(320)</sup> Regolamento del Consiglio n. 139/2004, del 20 gennaio 2004, relativo al controllo delle concentrazioni tra imprese, in GUUE L24 del 29 gennaio 2004. A tale regolamento, entrato in vigore il 1° maggio 2004, hanno fatto seguito taluni atti attuativi che chiariscono gli orientamenti comunitari nell'applicazione della disciplina in parola quali: il regolamento n. 802/2004 della Commissione, del 7 aprile 2004, di esecuzione del regolamento 139/2004, in GUUE L 133, del 30 aprile 2004, modificato da ultimo dal regolamento n. 1033/2008, in GUUE L 279, del 22 ottobre 2008; la Comunicazione consolidata della Commissione sui criteri di competenza giurisdizionale a norma del regolamento (CE) n. 139/2004 del Consiglio relativo al controllo delle concentrazioni tra imprese, in GUUE C 95 del 16 aprile 2008, p. 1; gli Orientamenti relativi alla valutazione delle concentrazioni orizzontali a norma del regolamento del Consiglio relativo al controllo delle concentrazioni tra imprese, in GUUE C 31, del 5 febbraio 2004; la Comunicazione della Commissione sul rinvio in materia di concentrazioni, in GUUE C 56 del 5 marzo 2005, p. 2; la Comunicazione della Commissione sulle restrizioni direttamente connesse e necessarie alle concentrazioni, in GUUE C 56 del 5 marzo 2005, p. 24; la Comunicazione della Commissione concernente una procedura semplificata per l'esame di determinate concentrazioni a norma del regolamento 139/2004, in GUUE C 56 del 5 marzo 2005, p. 32; gli Orientamenti relativi alla valutazione delle concentrazioni non orizzontali a norma del regolamento del Consiglio relativo al controllo delle concentrazioni tra imprese, in GUUE C 265 del 18 ottobre 2008, p. 6; la Comunicazione della Commissione concernente le misure correttive considerate adeguate a norma del regolamento (CE) n. 139/2004 del Consiglio e del regolamento (CE) n. 802/2004 della Commissione, in GUUE C 267 del 22 ottobre 2008, p. 1.

<sup>(321)</sup> *Continental Can*, 6/72, sent. 21 febbraio 1973, *Racc.* p. 215.

cato, ma anche alle modifiche strutturali dell'impresa che si risolvano in una grave alterazione della concorrenza in una parte sostanziale del mercato comune. Infatti, la distinzione fra provvedimenti che influiscono sulla struttura dell'impresa e pratiche che hanno un'incidenza sul mercato non è decisiva, poiché qualsiasi provvedimento strutturale può, dal momento che accresce le dimensioni e la potenza economica dell'impresa, avere incidenza sulla situazione del mercato.

In un'altra occasione, poi, la Corte ha riconosciuto la possibilità di fare applicazione dell'art. 101 nel caso dell'acquisto da parte di un'impresa di una partecipazione anche minoritaria in una impresa concorrente <sup>(322)</sup>, ritenendo che siffatta operazione potesse comunque comportare un condizionamento delle strategie commerciali dell'impresa controllata, a tal punto da alterare il gioco della concorrenza. Ciò si verifica quando il risultato dell'accordo è «il controllo di diritto o di fatto del comportamento commerciale dell'altra impresa o se l'accordo contempla la collaborazione commerciale fra le imprese o crea strutture atte ad agevolare tale collaborazione» <sup>(323)</sup>.

Il regolamento 139/2004, come anche quello precedente, si applica alle concentrazioni che abbiano una dimensione comunitaria. I criteri per determinare la dimensione comunitaria sono legati al fatturato delle imprese interessate dall'operazione. Ai sensi dell'art. 1, n. 2 del regolamento, si ha riguardo ad un fatturato a livello mondiale di oltre 5 miliardi di euro e ad un fatturato, raggiunto da almeno due delle imprese interessate, che superi nella Comunità i 250 milioni di euro. Non è raggiunta la dimensione comunitaria quando i due terzi del fatturato di ciascuna impresa sono realizzati in uno stesso Stato membro.

L'art. 1, n. 3, del regolamento 139/2004 considera di dimensione comunitaria un'operazione di concentrazione qualora, pur non essendo raggiunte le suddette soglie,

- il fatturato totale realizzato a livello mondiale da tutte le imprese interessate sia superiore a 2,5 miliardi di euro;

<sup>(322)</sup> BAT e Reynolds, 142 e 156/84, sent. 17 novembre 1987, *Racc.* p. 4487.

<sup>(323)</sup> BAT e Reynolds, *sopra citata*, punto 38.

- in ciascuno di almeno tre Stati membri il fatturato totale realizzato dall'insieme delle imprese interessate sia superiore a 100 milioni di euro;
- in ciascuno degli stessi tre Stati membri, il fatturato totale realizzato individualmente da almeno due delle imprese interessate sia superiore a 25 milioni di euro;
- il fatturato totale realizzato individualmente nella Comunità da almeno due delle imprese interessate sia superiore a 100 milioni di euro.

Anche rispetto a queste soglie, tuttavia, non è raggiunta la dimensione comunitaria quando i due terzi del fatturato totale di ciascuna impresa nella Comunità sono realizzati all'interno di un solo e medesimo Stato membro. Ai fini del calcolo del fatturato si tiene conto in via di principio dei ricavi delle imprese coinvolte nell'ultimo esercizio, al netto degli oneri tributari <sup>(324)</sup>. Nondimeno, tali soglie si applicano soltanto laddove non siano raggiunte quelle previste dall'art. 1, n. 2, del regolamento 139/2004. Per talune ipotesi specifiche, poi, l'art. 5 del regolamento fissa criteri diversi, ad esempio per gli istituti di credito e per le imprese di assicurazione.

Il sistema di definizione della dimensione comunitaria, basato su un criterio quantitativo, è integrato dalla possibilità di correzione della competenza a mezzo del meccanismo dei rinvii di cui agli artt. 9 e 22 del regolamento 139/2004, in forza del quale ed in conformità al principio di sussidiarietà ciascuna concentrazione viene esaminata dall'autorità più appropriata; tale meccanismo, peraltro, consente altresì di ridurre costi, rischi e inconvenienti connessi alla molteplicità di notifiche e procedimenti nei casi di operazioni che investono più di uno Stato (c.d. multigiurisdizionali). In questa prospettiva, il regolamento 139/2004 ha modificato la disciplina

<sup>(324)</sup> Al fine di chiarire i dubbi e le difficoltà interpretative poste dagli artt. 1 e 5 del regolamento, la Commissione ne ha precisato la portata nella Comunicazione sul calcolo del fatturato a norma del regolamento n. 4064/89 del Consiglio, relativo al controllo delle concentrazioni tra imprese, in GUCE C 66 del 2 marzo 1998, p. 25, ora sostituita Comunicazione consolidata della Commissione sui criteri di competenza giurisdizionale a norma del regolamento (CE) n. 139/2004 del Consiglio relativo al controllo delle concentrazioni tra imprese, *sopra citata*.

preesistente e introdotto condizioni di maggiore flessibilità in relazione ai criteri ed alle procedure di rinvio, che facilitano un più ampio ricorso a tale meccanismo.

In particolare, può essere oggetto di rinvio ad un'autorità nazionale una concentrazione che incide in misura significativa sulla concorrenza in un mercato all'interno dello Stato membro interessato che possa caratterizzarsi come mercato distinto, o anche che incide sulla concorrenza in tale mercato se esso, pur costituendo un mercato distinto, non costituisce una parte sostanziale del mercato comune (art. 9, n. 2). In questo secondo caso, la Commissione, se ritiene che ricorrano siffatte condizioni, è tenuta a rinviare la concentrazione alle autorità dello Stato interessato che ne facciano richiesta (art. 9, n. 3). Tale decisione è idonea ad essere oggetto di un ricorso da parte di un terzo, in quanto la stessa, determinando mediante il rinvio al diritto nazionale della concorrenza i criteri di valutazione della regolarità dell'operazione, nonché la procedura e le eventuali sanzioni ad essa applicabili, ne modifica la situazione giuridica privandola della possibilità di far esaminare dalla Commissione la regolarità dell'operazione di cui trattasi in base al regolamento comunitario n. 4064/89 ed essendo chiaro che «il controllo di un'operazione di concentrazione, operato in base alla legislazione nazionale, non può essere assimilato per quanto riguarda la sua portata e i suoi effetti a quello esercitato dalla Commissione in forza del regolamento n. [139/2004]»<sup>(325)</sup>.

In senso inverso, l'art. 22 prevede la possibilità di un rinvio da parte di una o più autorità nazionali alla Commissione di operazioni che, pur non raggiungendo le soglie di fatturato fissate dall'art. 1 del regolamento 139/2004, siano suscettibili di incidere in maniera significativa sulla concorrenza nel territorio dello Stato membro o degli Stati membri che effettuano la richiesta ed abbiano un impatto sul commercio intracomunitario. Al fine di consentire un più esteso ricorso al meccanismo dei rinvii, il regolamento 139/2004 ha attribuito anche alle imprese un potere di iniziativa in tal senso,

<sup>(325)</sup> Royal Philips Electronics c. Commissione, T-119/02, sent. 3 aprile 2003, *Racc.* p. II-1433, punti 282-283.

esercitabile in una fase antecedente alla formale notifica dell'operazione alla Commissione ovvero alle autorità nazionali competenti. Prima della notifica, infatti, le parti possono presentare alla Commissione una richiesta motivata volta a ottenere il rinvio all'autorità nazionale di una concentrazione di dimensione comunitaria (art. 4, n. 4), ovvero il rinvio alla Commissione di un'operazione priva di dimensione comunitaria e altrimenti soggetta a controllo in almeno tre Stati membri (art. 4, n. 5)<sup>(326)</sup>.

Il regolamento definisce l'operazione di concentrazione sottoposta alla sua disciplina. Si tratta in particolare (art. 3)<sup>(327)</sup>:

- a) dell'ipotesi di fusione tra due o più imprese prima indipendenti;
- b) dell'ipotesi di acquisto del controllo totale o parziale di una o più imprese da parte di soggetti che controllano già un'impresa o da parte di una o più imprese; l'acquisto può avvenire direttamente o indirettamente, con l'acquisizione di quote di capitale o di qualsiasi elemento del patrimonio, contrattualmente o altro<sup>(328)</sup>;
- c) dell'ipotesi di costituzione di un'impresa comune che esercita stabilmente tutte le funzioni di un'entità economica autonoma (le c.d. imprese comuni di pieno esercizio o *full function*)<sup>(329)</sup>.

<sup>(326)</sup> V. la Comunicazione della Commissione sul rinvio in materia di concentrazioni, GUUE C 56 del 5 marzo 2005, p. 2.

<sup>(327)</sup> Il regolamento 139/2004, pur non apportando modifiche all'art. 3, ha evidenziato, nel considerando 20, l'opportunità di considerare come concentrazioni uniche le operazioni che: *i*) sono strettamente collegate tra loro con vincolo condizionale, ovvero *ii*) assumono la forma di una serie di operazioni su valori mobiliari concluse in un periodo di tempo ragionevolmente breve.

<sup>(328)</sup> Al riguardo, v. la Comunicazione della Commissione sulla nozione di concentrazione a norma del previgente reg. n. 4064/89 (GUCE C 66 del 2 marzo 1998, p. 5). V. altresì la Comunicazione della Commissione sulla nozione di imprese interessate a norma dello stesso regolamento (*ibidem*, p. 14). Entrambe le Comunicazioni sono ora state sostituite dalla Comunicazione consolidata della Commissione sui criteri di competenza giurisdizionale a norma del regolamento (CE) n. 139/2004 del Consiglio relativo al controllo delle concentrazioni tra imprese, *sopra citata*.

<sup>(329)</sup> Ai sensi della Comunicazione relativa alla nozione di impresa comune che esercita le funzioni di un'entità economica autonoma 4064/89 (GUCE C 66 del 2 marzo 1998, p. 1), questa ipotesi ricorre se l'impresa comune opera sul mer-

Con riguardo a quest'ultima fattispecie, va segnalato che si resta fuori del campo di applicazione del regolamento, qualora l'impresa non sia *full-function*, il che non esclude che gli accordi che hanno dato origine all'impresa comune possano essere analizzati nel quadro dell'art. 101, qualora determinino una restrizione della concorrenza e siano atti a pregiudicare il commercio intracomunitario. Nel caso di costituzione di impresa comune rientrante nella nozione di concentrazione da parte di imprese, che restano tuttavia indipendenti, se tale costituzione rischia di portare ad un coordinamento del comportamento concorrenziale delle società madri, detto coordinamento deve essere valutato nell'ambito della stessa procedura di esame dell'operazione di concentrazione, sulla base, comunque, dei criteri di cui all'art. 101, nn. 1 e 3, del Trattato (art. 2, n. 4).

Le operazioni di concentrazione di dimensione comunitaria vanno obbligatoriamente notificate alla Commissione. La notifica ha effetti sospensivi e l'operazione non può comunque essere realizzata fino a quando non intervenga una decisione positiva di compatibilità o non siano decorsi i termini per adottarla (art. 7). A tal fine, entro 25 giorni (35 giorni in caso di richiesta di rinvio *ex art. 9* da parte di un'autorità nazionale di uno Stato membro o di presentazione di impegni da parte delle imprese interessate), la Commissione può aprire la procedura di verifica, procedura che deve concludersi entro 90 giorni lavorativi dalla decisione di avvio dell'istruttoria, trascorsi i quali l'operazione va considerata compatibile (art. 10); la Commissione, negli stessi termini, può altresì dichiarare inapplicabile il regolamento ovvero decidere che l'opera-

---

cato, esercitando le funzioni normalmente svolte dalle imprese attive sul medesimo mercato. Ciò vuol dire, in particolare, che l'impresa comune deve disporre di una direzione che si occupi della gestione quotidiana degli affari e di risorse sufficienti, in termini finanziari, di personale e di attività materiali ed immateriali per potere esercitare durevolmente la sua attività economica nell'ambito della sua autonomia operativa, come precisata negli accordi che l'hanno costituita. La Comunicazione è stata ora sostituita dalla Comunicazione consolidata della Commissione sui criteri di competenza giurisdizionale a norma del regolamento (CE) n. 139/2004 del Consiglio relativo al controllo delle concentrazioni tra imprese, *sopra citata*).

zione non solleva seri dubbi di incompatibilità (art. 6, n. 1). Nel caso di mancata notifica, e ciò anche qualora l'operazione di concentrazione si riveli compatibile con il mercato comune all'esito dell'accertamento, come pure nel caso in cui le imprese procedano all'operazione nonostante la decisione negativa adottata dalla Commissione, quest'ultima dispone di un potere sanzionatorio: alle parti può essere inflitta un'ammenda fino al 10% del fatturato totale dell'impresa interessata (art. 14, n. 2). Inoltre, ai sensi dell'art. 8, n. 4, del regolamento, la Commissione ha il potere di ordinare lo scioglimento dell'entità risultante dall'operazione, così da ripristinare direttamente, e per quanto possibile, la situazione precedente la concentrazione<sup>(330)</sup>.

La procedura di controllo si apre con la notifica della concentrazione alla Commissione, in qualsiasi momento dopo la conclusione dell'accordo, la comunicazione dell'offerta di acquisto o di scambio o l'acquisizione di una partecipazione di controllo, ma sempre prima della loro realizzazione. Inoltre, con le modifiche introdotte dal regolamento 139/2004, le imprese possono notificare altresì un accordo preliminare, qualora siano in grado di dimostrare che hanno in buona fede l'intenzione di concludere l'accordo stesso ovvero, nel caso di offerta pubblica, qualora abbiano pubblicamente annunciato la loro intenzione di procedere all'offerta. Nella maggior parte dei casi, peraltro, la notifica è preceduta da un incontro con la Commissione, che ha lo scopo di informare quest'ultima dei negoziati in corso, di individuare gli elementi di cono-

---

<sup>(330)</sup> Il potere di ordinare lo scioglimento può essere esercitato anche nel caso di concentrazioni realizzate contravvenendo ad una condizione imposta in una decisione adottata ai sensi dell'art. 8.2, nella quale la Commissione abbia constatato che l'operazione sarebbe altrimenti incompatibile con il mercato comune. Nel caso, invece, di decisioni di autorizzazione condizionate, in prima o in seconda fase, attesa l'assenza di una previa constatazione di incompatibilità con il mercato comune, la Commissione potrà disporre solo misure provvisorie laddove la concentrazione sia stata realizzata in violazione di una condizione: art. 8.5, lett. *a*) e *b*). Tuttavia, la Commissione potrà successivamente riesaminare l'operazione senza essere vincolata ai termini altrimenti previsti dal regolamento ed eventualmente ordinare, in caso di accertata incompatibilità con il mercato comune, lo scioglimento dell'entità risultante dall'operazione: art. 8.7 e 10.5.

scienza necessari per un corretto controllo e di avere un primo scambio di idee sulle questioni più rilevanti poste dall'operazione<sup>(331)</sup>. In ogni caso, il termine di 25 giorni lavorativi per la «prima fase» della procedura di controllo decorre dal momento della notifica, che dev'essere completa. In tale periodo, la Commissione può chiedere informazioni, oltre che alle parti, alle imprese concorrenti, ai consumatori e ad altri terzi interessati; e può in generale utilizzare gli strumenti di cui dispone in relazione alle intese e all'abuso di posizione dominante.

All'esito della prima fase, la Commissione decide se la concentrazione è compatibile con il mercato comune, eventualmente imponendo condizioni volte ad assicurare l'esecuzione di rimedi proposti dalle parti<sup>(332)</sup> (nel qual caso la decisione deve essere assunta entro 35 giorni lavorativi); oppure che non rientra nella sfera di applicazione del regolamento; oppure che va aperta la «seconda fase» della procedura di controllo in quanto sono necessari ulteriori approfondimenti. La Commissione può anche decidere di rimettere la trattazione del caso, o parte di esso, all'autorità nazionale di concorrenza. In tale ipotesi, l'istituzione comunitaria deve emettere una decisione di rinvio entro 35 giorni lavorativi se non ha ancora avviato il procedimento, oppure entro 65 giorni lavorativi a decorrere dalla notifica, qualora abbia già avviato la seconda fase del procedimento senza aver adottato provvedimenti ai sensi dell'art. 8 (art. 9, n. 4).

La seconda fase si apre con la decisione con cui la Commissione comunica alle parti che, sulla base degli elementi in suo possesso, la concentrazione notificata solleva seri dubbi di compatibilità

<sup>(331)</sup> Un tale contatto preventivo è del resto auspicato dalla stessa Commissione proprio al fine di rendere più celere la successiva analisi della Commissione e di favorire la presentazione di notifiche complete, evitando il rischio del loro rigetto per carenza di tutte le informazioni richieste. In tale prospettiva essa ha pubblicato, sul suo sito Internet, un documento di supporto alle imprese e ai loro consulenti, le *Best Practices on the conduct of EC merger control proceeding* del 20 gennaio 2004.

<sup>(332)</sup> In forza dell'art. 19, par. 1 del regolamento n. 802/2004, le parti possono presentare impegni, nel corso della prima fase della procedura, entro e non oltre venti giorni lavorativi a decorrere dalla data di ricezione della notifica.

con il mercato comune. Nel caso in cui la Commissione intenda adottare, in esito alla seconda fase, una decisione diversa da quella che dichiara la piena compatibilità della concentrazione ai sensi dell'art. 8, par. 1, del regolamento 139/2004, deve comunicare per iscritto le sue obiezioni alle parti notificanti, impartendo loro un termine per la presentazione di osservazioni (art. 13, parr. 1 e 2 del regolamento 802/2004). Di tali obiezioni la Commissione informa le altre parti interessate (art. 13, par. 2, terzo cpv. del regolamento 802/2004). Le parti notificanti, nonché le altre parti interessate, hanno il diritto e l'onere di rispondere, sia con memorie scritte, sia partecipando ad un'audizione orale (art. 14 del regolamento 802/2004). Quando la Commissione ritiene la concentrazione incompatibile, è ancora possibile autorizzarla qualora le parti propongano rimedi sufficienti ad eliminarne l'incompatibilità<sup>(333)</sup>. Di solito è preferibile ricorrere a rimedi strutturali (dismissioni, mantenimento della separazione di reti commerciali, uso del marchio *et similia*) piuttosto che comportamentali, anche perché non richiedono complesse attività di monitoraggio della loro attuazione; ma non è escluso che impegni comportamentali siano anch'essi idonei ad impedire l'impatto restrittivo della concorrenza derivante dalla concentrazione<sup>(334)</sup>.

<sup>(333)</sup> In forza dell'art. 19, n. 2, del regolamento n. 802/2004 le parti possono presentare impegni, nel corso della seconda fase della procedura, entro e non oltre 65 giorni lavorativi a decorrere dalla data di avvio del procedimento. In tal caso il termine per la conclusione del procedimento è portato a 105 giorni dalla data di avvio dell'istruttoria approfondita, a meno che gli impegni non siano presentati entro i primi 55 giorni dalla data di avvio dell'istruttoria (art. 10, par. 3, del regolamento 139/2004).

<sup>(334)</sup> Gencor, T-102/96, sent. 25 marzo 1999, *Racc.* p. II-753, punto 319; ARD, T-158/00, sent. 30 settembre 2003, *Racc.* p. II-3825, punto 193. V. sul punto la Comunicazione della Commissione concernente le misure correttive considerate adeguate a norma del regolamento (CE) n. 139/2004 del Consiglio e del regolamento (CE) n. 802/2004 della Commissione, *sopra citata*. In data 2 maggio 2003, la Direzione generale della Concorrenza della Commissione ha pubblicato sul suo sito internet delle linee guida per la presentazione delle misure correttive di tipo strutturale ritenute idonee a risolvere i problemi posti da una concentrazione (*Best Practice Guidelines: The Commission's Model Texts for Divestiture Commitments and the Trustee Mandate under the EC Merger Regula-*

Quanto al criterio sostanziale di valutazione delle concentrazioni, esso è stato sostanzialmente ridefinito dal regolamento 139/2004, così da sostituire il criterio della dominanza avente effetti restrittivi con il diverso criterio, già utilizzato dalle autorità di concorrenza degli Stati Uniti e di qualche altro Paese, sinteticamente espresso con la formula «*riduzione sostanziale della concorrenza*»: diversità spesso identificata (a torto o a ragione) come la causa di alcune divergenti valutazioni su talune medesime operazioni di concentrazione<sup>(335)</sup>. Il nuovo test è basato su valutazioni di natura economica e permette di vietare tutte le concentrazioni che hanno effetti anticompetitivi, ovvero che determinano l'aumento dei prezzi e diminuiscono la scelta dei consumatori o l'innovazione. Invero, ai sensi dell'art. 2, n. 1, del regolamento, sono ritenute compatibili con il mercato comune le concentrazioni che non ostacolano in modo significativo una concorrenza effettiva sul mercato comune o in una parte sostanziale di esso, soprattutto attraverso la creazione o il rafforzamento di una posizione dominante.

Il nuovo criterio di valutazione sostanziale deve essere interpretato e applicato anche alla luce e nei limiti di quanto precisato nel considerando 25, in cui con riferimento alla nozione di *ostacolo significativo ad una concorrenza effettiva*, si precisa che tale nozione «*dovrebbe essere interpretata come riguardante, al di là del concetto di posizione dominante, solo gli effetti anticoncorrenziali di una concentrazione risultanti dal comportamento non coordinato di imprese che non avrebbero una posizione dominante sul mercato in questione*». Ne consegue, pertanto, che l'ambito di applicazione del divieto continua ad essere definito in misura largamente prevalente in corrispondenza della nozione di dominanza e che l'utilizzo in senso estensivo del nuovo criterio sostanziale di valutazione si confi-

tion) nonché un formulario *standard* per la loro sottoposizione ai Servizi competenti.

<sup>(335)</sup> Ad esempio in occasione della decisione della Commissione del 3 luglio 2001 sul caso General Electric/Honeywell, Caso Comp/M2220. Con riferimento ad una recente decisione di divieto di una concentrazione ai sensi dell'art. 8.3 reg. 139/04, vedi la decisione della Commissione relativamente alla concentrazione Ryanair/Aer Lingus del 27 giugno 2007.

gura in linea di principio come un'ipotesi residuale, limitata esclusivamente alle situazioni, verosimilmente marginali, nelle quali il rischio di significativi effetti anticoncorrenziali non sia riconducibile alle fattispecie di dominanza come fino ad ora delineate nella prassi e nella giurisprudenza comunitarie, ma che comunque realizzi effetti c.d. unilaterali, consentendo ad un'impresa di raggiungere una dimensione tale da ridurre le reazioni competitive dei concorrenti anche in assenza di una posizione dominante e quindi di applicare e mantenere prezzi sovracompetitivi (i c.d. «effetti non coordinati» di una concentrazione)<sup>(336)</sup>.

Va altresì rilevato che il regolamento 139/2004 consente di vietare anche un'operazione di concentrazione che dia luogo alla creazione di una posizione dominante collettiva, vale a dire una situazione in cui due o più imprese indipendenti sono, relativamente ad uno specifico mercato, unite da vincoli economici tali da detenere insieme una posizione dominante rispetto ad altri operatori sullo stesso mercato. Tale applicabilità era stata affermata dalla Corte nel caso *Kali und Salz*<sup>(337)</sup> e ribadita nei casi *Gencor*<sup>(338)</sup> ed *Airtours*<sup>(339)</sup>, con riferimento al regolamento 4064/89.

In particolare, il Tribunale di primo grado ha ritenuto che, sul piano giuridico o economico, non esiste alcuna ragione per escludere dalla nozione di legame economico la relazione di interdipendenza esistente tra i membri di un oligopolio ristretto all'interno del quale questi ultimi, su un mercato di caratteristiche adeguate, in particolare in termini di concentrazione del mercato, di traspa-

<sup>(336)</sup> Ad una più dettagliata illustrazione delle modalità di applicazione del nuovo criterio di valutazione è peraltro dedicata buona parte della Comunicazione della Commissione in materia di valutazione delle concentrazioni orizzontali di dimensione comunitaria: Orientamenti relativi alla valutazione delle concentrazioni orizzontali a norma del regolamento del Consiglio relativo al controllo delle concentrazioni tra imprese, in GUUE C 31 del 5 febbraio 2004, p. 5.

<sup>(337)</sup> Francia e SNCA c. Commissione, C-68/94 e C-30/95, sent. 31 marzo 1998, *Racc.* p. I-1375, punti 357-366.

<sup>(338)</sup> Gencor c. Commissione, *sopra citata*, punto 94.

<sup>(339)</sup> Airtours c. Commissione, T-342/99, sent. 6 giugno 2002, *Racc.* p. II-2585, punto 58.

renza e di omogeneità del prodotto, sono in grado di prevedere i loro reciproci comportamenti e sono pertanto fortemente incentivati ad allineare il loro comportamento sul mercato in modo da massimizzare il profitto comune riducendo la produzione al fine di aumentare i prezzi. Infatti, in un siffatto contesto, ciascun operatore sa che un'azione fortemente concorrenziale da parte sua diretta ad accrescere la sua quota di mercato (per esempio, una riduzione di prezzo) provocherebbe un'azione identica da parte degli altri, di modo che egli non trarrebbe alcun vantaggio dalla sua iniziativa<sup>(340)</sup>.

Sulla base di tale premessa, affinché sia fondato un rifiuto di autorizzazione di una operazione di concentrazione, per il Tribunale è necessario, preliminarmente, accertare che essa comporti un mutamento importante del tasso di concorrenzialità esistente al momento della notifica, nel senso di una restrizione significativa della concorrenza. Quanto poi alla dominanza collettiva, occorre accertare che i membri dell'oligopolio conoscano il comportamento degli altri al fine di adottare una stessa strategia, che in virtù del coordinamento siano durevolmente dissuasi dall'allontanarsi da tale strategia, che i risultati di quest'ultima non possano essere messi in discussione dai concorrenti, attuali o potenziali, né dai consumatori<sup>(341)</sup>.

In relazione al ruolo ed al trattamento dei possibili guadagni di efficienza nell'ambito del processo di valutazione delle concentrazioni, in passato la Commissione aveva sempre evitato di riconoscere esplicitamente l'esistenza di una vera e propria *efficiency defence*, sia pure in presenza del riferimento alla evoluzione del pro-

<sup>(340)</sup> Gencor c. Commissione, *sopra citata*, punto 276; Airtours, *sopra citata*, punti 60-61.

<sup>(341)</sup> Tali principi, ed in particolare quelli espressi nella sentenza Airtours c. Commissione, *sopra citata*, punto 74 e seguenti, sono stati ripresi dalla Commissione nella ricordata Comunicazione in materia di valutazione delle concentrazioni orizzontali quali criteri di esame delle concentrazioni che, modificando la natura dei rapporti concorrenziali specie in un mercato oligopolistico, consentono o facilitano il coordinamento tacito dei comportamenti delle imprese sul mercato. Nell'occasione specifica, peraltro, il Tribunale ha ritenuto che la decisione della Commissione di rifiutare l'autorizzazione non fosse stata adeguatamente provata.

gresso tecnico ed economico contenuto nell'art. 2, n. 1 (b) del vecchio regolamento. Tale disposizione non è stata modificata dal regolamento 139/2004, in quanto è stata ritenuta una base giuridica adeguata per consentire di tener conto delle suddette efficienze. Particolare rilevanza assume, pertanto, il considerando 29, che espressamente indica l'opportunità di una valutazione delle concentrazioni che tenga conto degli eventuali incrementi di efficienza specificamente generati da una concentrazione, prevedendo altresì che spetti alle imprese interessate l'onere di addurre, motivare e documentare l'esistenza o la probabilità di tali incrementi, così come la loro idoneità a compensare qualunque possibile pregiudizio concorrenziale altrimenti risultante dall'operazione<sup>(342)</sup>.

All'esito della procedura, un progetto di decisione viene trasmesso alle autorità di concorrenza degli Stati membri e discusso dal Comitato consultivo, composto di rappresentanti delle autorità nazionali competenti in materia di concorrenza (art. 19 del regolamento 139/2004). La decisione è infine pubblicata sulla Gazzetta ufficiale dell'Unione.

Nel caso di decisione che dichiara l'operazione compatibile con il mercato comune, in prima o in seconda fase, il nuovo regolamento (artt. 6, n. 1, e 8, n. 1), confermando formalmente una prassi applicativa già introdotta dalla Commissione ma dichiarata illegittima dal Tribunale di primo grado<sup>(343)</sup>, chiarisce che tale decisione riguarda anche le restrizioni accessorie all'operazione, ma che la Commissione non è obbligata a verificare, nei singoli casi, se le restrizioni concordate tra

<sup>(342)</sup> Il nuovo approccio della Commissione trova inoltre compiuta definizione nella citata (v. *supra*, nota 341) Comunicazione sugli Orientamenti relativi alla valutazione delle concentrazioni, nella quale vengono enunciati ed illustrati principi, criteri e limiti che informeranno la prassi della Commissione in sede di analisi e valutazione dei possibili incrementi di efficienza nell'ambito dei procedimenti comunitari di controllo delle concentrazioni.

<sup>(343)</sup> V. la relativa Comunicazione della Commissione in GUCE C 188 del 4 luglio 2001. Il Tribunale (Lagardère, T-251/00, sent. 20 novembre 2002, *Racc. p. II-4825*) aveva rilevato che, ai sensi del regolamento n. 4064/89, la Commissione era tenuta a una valutazione espressa delle restrizioni accessorie e che per modificare quel quadro giuridico doveva essere proposta e approvata una modifica del regolamento.

le parti siano effettivamente necessarie e direttamente collegate alla concentrazione, dunque accessorie. Coerentemente con il regime di eccezione legale previsto dal regolamento 1/2003 per l'applicazione del diritto *antitrust* comunitario in materia di intese, la valutazione dovrebbe invece essere rimessa alle parti o, in caso di disaccordo, affidata ai giudici nazionali. Il regolamento prevede, tuttavia (considerando n. 21), che la Commissione, su richiesta delle imprese interessate, sia tenuta a pronunciarsi nei casi che presentino quesiti nuovi o non risolti, rispetto ai quali né la Comunicazione sulle restrizioni accessorie, né i precedenti della Commissione forniscano validi criteri e riferimenti interpretativi <sup>(344)</sup>. Peraltro, secondo quanto rilevato dalla giurisprudenza, l'esame del carattere obiettivamente necessario di una restrizione rispetto all'operazione principale non deve consistere nella verifica, astratta, se, alla luce della situazione concorrenziale presente in un determinato mercato, la restrizione sia necessaria per il successo commerciale dell'operazione stessa, ma deve essere diretta a determinare se, nell'ambito particolare dell'operazione notificata, la restrizione sia necessaria alla realizzazione dell'operazione in questione, vale a dire che, mancando la restrizione, l'operazione principale sarebbe risultata difficilmente realizzabile o, addirittura, irrealizzabile <sup>(345)</sup>.

Una procedura semplificata di esame è prevista per determinate categorie di concentrazioni che, sulla base dell'esperienza fin qui acquisita dalla Commissione, sono generalmente ritenute «non problematiche» per la concorrenza, nel senso che non danno luogo, se non eccezionalmente, a situazioni incompatibili con il mercato comune. Secondo quanto previsto nella conferente Comunicazione della Commissione <sup>(346)</sup>, pertanto una procedura semplificata si applica alle operazioni a seguito delle quali:

<sup>(344)</sup> Comunicazione della Commissione sulle restrizioni direttamente connesse e necessarie alle concentrazioni, GUUE C 56 del 5 marzo 2005, p. 24.

<sup>(345)</sup> Métropole Télévision (M6), T-112/99, sent. 18 settembre 2001, *Racc.* p. II-2459, punto 109.

<sup>(346)</sup> Comunicazione della Commissione concernente una procedura semplificata per l'esame di determinate concentrazioni a norma del regolamento n. 139/2004 del Consiglio, in GUUE C 56 del 5 marzo 2004, p. 32.

- a) due o più imprese acquisiscono congiuntamente il controllo di un'impresa comune che non svolge, né è prevedibilmente destinata a svolgere alcuna attività, o solo attività di minima entità, nel territorio dello Spazio economico europeo;
- b) acquisiscono il controllo esclusivo o congiunto di una impresa, e nessuna delle parti opera nel medesimo mercato del prodotto e geografico, o in mercati situati a monte o a valle di una delle altre parti all'operazione;
- c) due o più imprese procedono ad una fusione, o una o più imprese acquisiscono il controllo esclusivo o congiunto di un'altra impresa, ma la loro quota congiunta non è superiore al 15% in caso di rapporti orizzontali o al 25% in caso di rapporti verticali;
- d) una parte acquisisce il controllo esclusivo di un'impresa di cui detiene già il controllo congiunto.

In questi casi, e ferma restando la facoltà della Commissione, qualora lo ritenga opportuno in una determinata fattispecie, di avviare un'indagine e di adottare una decisione, la concentrazione sarà dichiarata compatibile con il mercato comune entro 25 giorni lavorativi dalla data di notifica con una decisione in forma abbreviata, che si limiterà ad indicare che la concentrazione rientra in una o più delle categorie previste dalla suddetta comunicazione. La procedura semplificata non trova applicazione se l'autorità di concorrenza di uno Stato membro chiede che una concentrazione le sia rinviata ai sensi dell'art. 9 del regolamento concentrazioni oppure se la Commissione accoglie una richiesta di una o più autorità nazionali di rinvio ai sensi dell'art. 22 di una concentrazione notificata.

Quanto all'estensione del sindacato esercitato dal giudice comunitario sulle decisioni adottate dalla Commissione, va rilevato che, secondo quanto ribadito dalla Corte <sup>(347)</sup>, se il controllo giurisdizionale va effettuato tenendo conto dell'ampio potere discrezionale implicito nelle regole di carattere economico che fanno parte della disciplina delle concentrazioni, ciò non esclude, tuttavia, che

<sup>(347)</sup> Francia e SNCA c. Commissione, *sopra citata*, punti 223-224 e Commissione c. Tetra Laval, C-12/03 P, sent. 15 febbraio 2005, *Racc.* p. I-987, punti 38-41.

il giudice sia tenuto a verificare l'esattezza materiale degli elementi di prova adottati dalla Commissione, la loro attendibilità e coerenza e ad accertare altresì che tali elementi costituiscono l'insieme dei dati rilevanti da prendere in considerazione per valutare una situazione complessa. Tale controllo è, anzi, tanto più necessario in quanto l'analisi svolta dalla Commissione è un'analisi di tipo prospettico<sup>(348)</sup>. La questione dell'intensità di controllo esercitabile dal giudice comunitario sui provvedimenti *antitrust* della Commissione si riflette anche sull'accertamento dell'eventuale responsabilità dell'Unione *ex art.* 340 TFUE (già *art.* 288 TCE), derivante dalla violazione grave e manifesta delle norme comunitarie di concorrenza<sup>(349)</sup>.

Sono naturalmente impugnabili tutti gli atti adottati nel corso della procedura di esame suscettibili di produrre effetti giuridici. Oltre, come ovvio, ad un'eventuale decisione che dichiara incompatibile con il mercato comune un'operazione notificata, anche una decisione positiva che autorizzi la concentrazione può formare oggetto di impugnazione da parte delle imprese notificanti, se le constatazioni in essa effettuate producono effetti giuridici vincolanti tali da pregiudicare gli interessi delle ricorrenti<sup>(350)</sup>. Una tale decisione è altresì impugnabile da terzi che, ai sensi dell'*art.* 263 TFUE (già 230 TCE), 4° comma, del Trattato siano riguardati direttamente ed individualmente dalla decisione o, dopo la riforma introdotta dal Trattato di Lisbona, solo direttamente, qualora tali decisioni siano considerate alla stregua di «atti regolamentari»: si tratterà in primo luogo delle imprese concorrenti, anche potenziali, sul mercato interessato dall'operazione in mercati caratterizzati da una struttura oligopolistica<sup>(351)</sup>, come pure di imprese attive in mercati contigui o a monte o a valle allorché una concentrazione

<sup>(348)</sup> Commissione c. Tetra Laval, *sopra citata*, punto 39.

<sup>(349)</sup> Si veda, in proposito, Schneider c. Commissione, T-351/03, sent. 11 luglio 2007, *Racc.* p. II-2237, punti 113 e seguenti.

<sup>(350)</sup> Coca-Cola, riunite T-125/97 e T-127/97, sent. 22 marzo 2000, *Racc.* p. II-1733, punto 79.

<sup>(351)</sup> Kaysesberg, T-290/94, sent. 27 novembre 1997, *Racc.* p. II-2197 e *Babyliss*, T-114/02, sent. 3 aprile 2003, *Racc.* p. II-1279, punti 97 e ss.

rafforzi la posizione di un'impresa in posizione di monopolio<sup>(352)</sup>. Soggette, infine, a controllo giurisdizionale sono le decisioni adottate dalla Commissione nell'ambito dell'attuazione degli impegni assunti dalle parti notificanti un'operazione di concentrazione e che hanno condizionato la dichiarazione di compatibilità della stessa<sup>(353)</sup>. Parimenti impugnabile, in quanto pone fine al procedimento di applicazione del regolamento in materia di concentrazioni avviato a seguito della notifica dei rilevanti accordi, è la decisione, adottata in base all'*art.* 6, par. 1, lett. *a*), con la quale la Commissione conclude che un'operazione non costituisce una concentrazione ai sensi del suddetto regolamento<sup>(354)</sup>.

#### 19. TUTELA DELLA CONCORRENZA TRA DIRITTO COMUNITARIO E DIRITTO NAZIONALE

L'articolo 3 del regolamento 1/2003 interviene a disciplinare, per la prima volta dall'adozione del Trattato, la materia dei rapporti tra normativa comunitaria e normative nazionali di concorrenza, prevedendo, in primo luogo, a carico di giudici e autorità nazionali di concorrenza un esplicito obbligo di applicazione del diritto comunitario ai comportamenti d'impresa che siano tali da incidere

<sup>(352)</sup> ARD, *sopra citata*, punti 78 e ss.

<sup>(353)</sup> *Petrolesence* e *SG2R*, T-342/00, sent. 3 aprile 2003, *Racc.* p. II-1161, punto 38. V. i principi al riguardo fissati in *EDP* c. Commissione, T-87/05, sent. del 21 settembre 2005, *Racc.* p. II-3745; *Cementbouw Handel & Industrie* c. Commissione, T-282/06, sent. del 23 febbraio 2006, *Racc.* p. II-319, in cui il Tribunale ha precisato, in particolare, che le parti notificanti non sono obbligate a limitarsi a proporre impegni strettamente diretti a ristabilire la situazione di concorrenza precedente all'operazione di concentrazione, di modo che la Commissione possa dichiarare tale operazione compatibile con il mercato comune, bensì, ai sensi dell'*art.* 8, n. 2, del regolamento n. 4064/89, possono essere accettati tutti gli impegni delle parti che consentano di adottare una decisione che dichiara la concentrazione compatibile con il mercato comune (v. punto 294 e ss.); *EasyJet* c. Commissione, T-177/04, sent. del 4 luglio 2006, *Racc.* p. II-1931, punto 116 e ss.

<sup>(354)</sup> *Assicurazioni Generali e Unicredito*, T-87/96, sent. 4 marzo 1999, *Racc.* p. II-203, punto 39.

sugli scambi tra Stati membri. Oltre a favorire una più ampia e sistematica applicazione degli artt. 101 e 102 del Trattato a livello nazionale, l'obbligo è diretto anche a garantire che i procedimenti delle autorità nazionali di concorrenza, riguardanti pratiche suscettibili di pregiudicare gli scambi tra Stati membri, siano soggetti alle procedure di informazione e consultazione preventiva della Commissione previste dal regolamento<sup>(355)</sup>, al fine di assicurare un'applicazione omogenea e coerente del diritto *antitrust* comunitario. In questo modo viene lasciata aperta la possibilità di un'applicazione parallela delle legislazioni nazionali.

Relativamente alle intese, tuttavia, questa possibilità è soggetta a un vincolo di convergenza – ulteriore e più stringente dei limiti finora imposti dal principio del primato del diritto comunitario della concorrenza in caso di conflitto, ma che poteva dedursi dal sistema anche prima della riforma del regolamento n. 17/62<sup>(356)</sup> – che preclude l'applicazione di norme nazionali di concorrenza più severe ad accordi, decisioni e pratiche concordate suscettibili di influenzare gli scambi intracomunitari, ma che non integrino una violazione dell'articolo 101 del Trattato<sup>(357)</sup>. In termini concreti, se un'intesa, in ipotesi con oggetto o effetti anticoncorrenziali, sia ritenuta dalla Commissione compatibile con il diritto comunitario (art. 101, n. 1) per il solo motivo che non pregiudica il commercio intracomunitario, legittimamente potrebbe l'autorità nazionale pervenire ad una valutazione opposta e ravvisare un pregiudizio all'assetto *interno* della concorrenza. Al contrario, se la Commissione accerta la rilevanza comunitaria a ragione dell'incidenza sugli scambi e dichiara l'incompatibilità dell'intesa con l'art. 101, ciò impedisce alle autorità nazionali di dichiararne l'illegittimità rispetto alle norme nazionali. Se così non fosse, uno stesso accordo potrebbe risultare trattato in maniera diversa a seconda del regime nazio-

<sup>(355)</sup> V. in particolare l'art. 11, nn. 3 e 4.

<sup>(356)</sup> V. le nostre conclusioni (sp. punto 44 e seguenti) in Bundeskartellamt c. Volkswagen, C-266/93, sent. 24 ottobre 1995, *Racc.* p. I-3477.

<sup>(357)</sup> Si tratta cioè delle intese non restrittive ai sensi dell'articolo 101, n. 1, o che soddisfino le condizioni dell'articolo 101, n. 3, ovvero rientrino nel campo di applicazione di un regolamento comunitario di esenzione per categoria.

nale in cui è valutato, dunque risulterebbe compromessa l'esigenza di applicazione uniforme del diritto comunitario.

Lo stesso vale quando ricorre l'ipotesi di una esenzione per categorie di accordi, oggetto di apposito regolamento. In tal caso, non potendo adottare decisioni incompatibili con il regolamento, il giudice nazionale non potrà considerare contrario al regime nazionale della concorrenza un accordo o una pratica che siano coperti dall'esenzione; al più, potrà operare un rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia per avere l'interpretazione delle disposizioni comunitarie rilevanti.

La portata del vincolo di convergenza è limitata alle sole fattispecie di intesa. Esso non preclude invece l'applicabilità di discipline nazionali più severe laddove queste ultime abbiano ad oggetto *condotte unilaterali* d'impresa, come tali non rientranti nell'ambito di applicazione dell'art. 101. Anche nel nuovo sistema, pertanto, sono pienamente applicabili le norme nazionali che, per esempio, vietino o sanzionino condotte unilaterali abusive diverse e ulteriori rispetto a quelle previste dall'art. 102 del Trattato, ovvero comportamenti unilaterali di imprese non dominanti (come nel caso degli abusi di dipendenza economica). In secondo luogo, il vincolo di convergenza riguarda esclusivamente l'applicazione delle norme nazionali di tutela della concorrenza e non di quelle che invece perseguono obiettivi differenti rispetto agli articoli 101 e 102 e siano dirette alla tutela di altri legittimi interessi, come, per esempio, le norme nazionali in materia di protezione del consumatore o di pratiche commerciali sleali.

La espressa possibilità per le autorità nazionali competenti in materia di concorrenza di fare diretta applicazione degli artt. 101 e 102 del Trattato è un passaggio di grande rilievo ai fini del processo di decentramento. A tale riguardo, la Commissione ha sempre ritenuto che una siffatta possibilità fosse da escludere se non prevista da una norma nazionale *ad hoc*. In tal modo, solo in quei Paesi membri che avessero provveduto ad autorizzare con norma apposita l'autorità competente ad applicare le norme comunitarie sulla concorrenza, un tale risultato sarebbe stato raggiunto.

Già a prima lettura, questa posizione appare discutibile ed eccentrica rispetto al sistema comunitario complessivamente consi-

derato. In particolare lo è se la si confronta con il principio generale dell'applicazione delle norme comunitarie provviste di effetto diretto da parte delle amministrazioni nazionali e dei giudici. Ci si può chiedere, ad esempio, perché sia necessaria in questo caso un'apposita abilitazione, per giunta a mezzo di una norma interna, quando numerose norme comunitarie, del Trattato come di regolamenti, sono provviste di effetto diretto – e tra queste sicuramente rientrano gli artt. 101 e 102 del Trattato – e dunque sono direttamente applicabili sia da parte dei giudici che da parte delle amministrazioni nazionali<sup>(358)</sup>. La presenza, al contrario, di una riserva di competenza alla Commissione rispetto all'applicazione dell'articolo 101, n. 3, ha – quella sì fondatamente – fino all'entrata in vigore del regolamento 1/2003 escluso l'applicabilità diretta di tale specifica previsione<sup>(359)</sup>.

È pacifico, invece, che i giudici e le amministrazioni nazionali possono ed anzi devono fare applicazione delle norme provviste di effetto diretto e che le norme del Trattato che qui sono in questione non rappresentano affatto una eccezione. Ciò va inteso nel senso che, secondo lo schema ben noto, tali norme sono invocabili direttamente davanti al giudice e che, in caso di conflitto tra norma comunitaria e norma nazionale, la seconda va disapplicata<sup>(360)</sup>. A tal fine non si pongono particolari problemi, tanto meno per il giudice, che dispone anche di uno strumento di ulteriore accertamen-

<sup>(358)</sup> BRT/SABAM I, 127/73, sent. 30 gennaio 1974, *Racc.* p. 5, punti 16-17; Sacchi, 155/73, sent. 30 aprile 1974, *Racc.* p. 409, punto 18; Estée Lauder, 37/79, sent. 10 luglio 1980, *Racc.* p. 2481, punto 13; Delimitis, C-234/89, sent. 28 febbraio 1991, *Racc.* p. I-935, punto 45; Courage & Crehan, C-453/99, sent. 20 settembre 2001, *Racc.* p. I-6297, punti 23-24; Manfredi, da C-295/04 a C-298/04, sent. 13 luglio 2006, *Racc.* p. I-6619, punto 39.

<sup>(359)</sup> Cfr. Delimitis, *sopra citata*.

<sup>(360)</sup> Guérin Automobiles, C-282/95 P, sent. 18 marzo 1997, *Racc.* p. I-1503, punto 39; Masterfoods, C-344/98, sent. 14 dicembre 2000, *Racc.* p. I-11369, punto 47; Courage & Crehan, *sopra citata*, punti da 19 a 24, specie punto 23. Più ampiamente, sul tema, v. *supra*, cap. II, parr. 12 e 13. Nel senso dell'obbligo di disapplicazione di «qualsiasi disposizione della legislazione nazionale in contrasto con una norma comunitaria», v., in particolare in tema di applicazione delle norme comunitarie di concorrenza, Consorzio Industrie Fiammiferi, C-198/01, sent. 9 settembre 2003, *Racc.* p. I-8055, punto 48.

to, quale il rinvio pregiudiziale. Lo stesso diritto comunitario, d'altra parte, nonché la giurisprudenza consolidata della Corte di giustizia, hanno attribuito espressamente anche alle amministrazioni nazionali il potere di applicare gli artt. 101 e 102 del Trattato in assenza di una procedura avviata dalla Commissione<sup>(361)</sup>.

Vero è che l'idea di un'apposita abilitazione interna ad applicare direttamente le norme comunitarie francamente appare priva di senso logico e comunque, sotto il profilo della teoria giuridica generale, assolutamente errata. Non è infatti ragionevole né corretto ipotizzare che la qualità di una norma comunitaria, ed in particolare l'effetto diretto, dipendano dall'attribuzione espressa che ne dia questo o quello Stato membro, con le conseguenze che ben si possono immaginare sul piano dell'uniformità del sistema. Né si può dubitare che l'effetto diretto degli artt. 101 e 102 del Trattato comporti, oltre che la invocabilità delle norme dinanzi ai giudici ed alle amministrazioni nazionali, il potere-dovere degli uni e delle altre di farne diretta applicazione anche nel senso di far valere gli obblighi che quelle norme impongono ai singoli e diciamo pure in loro «sfavore». Il dubbio che, ad esempio, un'autorità nazionale di concorrenza non potesse fare applicazione delle norme del Trattato e censurare o sanzionare le imprese che le avessero violate in quanto si tratterebbe di un'applicazione *in malam partem*, non era un dubbio fondato<sup>(362)</sup>, alla luce delle caratteristiche del sistema comunitario e dei suoi fondamentali, in par-

<sup>(361)</sup> Sull'argomento, più in generale, Commissione c. Italia, 48/71, sent. 13 luglio 1972, *Racc.* p. 529, punto 7; Costanzo, 103/88, sent. 22 giugno 1989, *Racc.* p. 1839, punti 28-33; Commissione c. Italia, C-101/91, sent. 19 gennaio 1993, *Racc.* p. I-191, punto 24; Ciola, C-224/97, sent. 29 aprile 1999, *Racc.* p. I-2517, punto 26 e seguenti; Larsy, C-118/00, sent. 28 giugno 2001, *Racc.* p. I-5063, punti 52-53; Melgar, C-438/99, sent. 4 ottobre 2001, *Racc.* p. I-6915, punto 32; Masterfoods, *sopra citata*, punto 49; Consorzio Industrie Fiammiferi, *sopra citata*, punto 49 («tale obbligo di disapplicare una normativa nazionale in contrasto con il diritto comunitario incombe non solo al giudice nazionale, ma anche a tutti gli organi dello Stato, comprese le autorità amministrative, il che implica, ove necessario, l'obbligo di adottare tutti i provvedimenti necessari per agevolare la piena efficacia del diritto comunitario»). V. sul punto anche *infra*, cap. VIII, par. 1.

<sup>(362)</sup> V. uno dei quesiti pregiudiziali del TAR Lazio e la risposta della Corte in Consorzio Industrie Fiammiferi, *sopra citata*, punto 49 e seguenti. V. ne il seguito in TAR Lazio 10 ottobre 2004, I Sez., n. 10325.

ticolare della portata dell'effetto diretto delle norme del Trattato. A fronte di un diritto dei singoli, che deriva direttamente dalla norma comunitaria, c'è sempre un obbligo di un altro soggetto; ed è quest'obbligo che l'autorità di concorrenza, così come il giudice, tende a far rispettare. In sostanza, disapplicando la norma nazionale contrastante con quella comunitaria, si rimuove in ogni caso un ostacolo al godimento del diritto da parte dei singoli, anche quando in via diretta si rimuove l'ostacolo per il puntuale assolvimento di un obbligo a carico di altri singoli: rispetto al modello *Van Gend en Loos* cambia solo il soggetto obbligato.

A tale riguardo, si ricorda quanto già sottolineato a proposito del dovere di leale collaborazione tra istituzioni comunitarie e istituzioni degli Stati membri: queste ultime sono tenute a garantire che i singoli osservino puntualmente gli obblighi loro imposti dalle norme del diritto comunitario. Inoltre, come pure è stato più volte sottolineato, tale obbligo investe tutti gli organi degli Stati membri, ivi comprese le amministrazioni <sup>(363)</sup>.

La competenza a fare diretta applicazione dell'art. 101 (nella sua interezza) e dell'art. 102, consente all'autorità nazionale di fare applicazione della norma comunitaria così come essa viene normalmente interpretata ed applicata dalle istituzioni comunitarie. Non è poco. Se, infatti, l'accertamento di un'intesa anticompetitiva a mezzo dell'art. 101 ovvero della corrispondente norma nazionale

<sup>(363)</sup> V. *supra*, cap. II, p. 115 e p. 178. V. inoltre Consorzio Industrie Fiammiferi, *sopra citata*, punto 49 e seguenti, ove la Corte ribadisce l'obbligo degli organi dello Stato, comprese le autorità amministrative incaricate di tutelare la concorrenza, «di adottare tutti i provvedimenti necessari per agevolare la piena efficacia del diritto comunitario». Beninteso, il potere-dovere delle amministrazioni nazionali riguarda gli obblighi dei singoli sanciti da norme comunitarie provviste di effetto diretto e comunque non vale per le norme di una direttiva, che per sua natura non può far nascere obblighi a carico dei singoli, ma solo diritti. Le due ipotesi, peraltro, sono tanto diverse da non potere essere in alcun modo confuse: v. anche, sul punto, *supra*, cap. II, par. 8 e 13. In Italia la competenza ad applicare gli artt. 101 e 102 del Trattato è stata attribuita espressamente all'Autorità garante della concorrenza e del mercato dalla legge comunitaria del 1994 (art. 54), in GU n. 34 del 10 febbraio 1996. Per quanto detto, si è trattato di un avallo formale ad un potere-dovere già inerente al sistema.

può non comportare diversità alcuna di conseguenze, è pur vero che orizzonti più ampi si aprono alle autorità nazionali nel caso in cui, conformemente ad una giurisprudenza ormai consolidata della Corte di giustizia <sup>(364)</sup>, applicano l'art. 101 insieme agli artt. 3, par. 3 TUE, e art. 4, par. 3 TUE. In tale ipotesi, infatti, la valutazione concorrenziale può investire anche una normativa che induca all'intesa o anche la faciliti o la consolidi, ciò che, invece, sarebbe assolutamente precluso con la sola applicazione delle norme *antitrust* nazionali <sup>(365)</sup>.

Il potere-dovere dei giudici e delle autorità nazionali di concorrenza di fare applicazione delle norme comunitarie, peraltro, non appare di per sé tale da minacciare l'uniformità di applicazione del diritto comunitario della concorrenza. Demandare la valutazione delle intese o degli abusi di posizione dominante alle autorità nazionali in realtà è soltanto un aspetto del decentramento prefigurato nei suoi termini essenziali e completi già dal Trattato del 1957. I giudici e le amministrazioni nazionali costituiscono infatti l'essenza del decentramento dell'applicazione di tutte le norme comunitarie: e le norme sulla concorrenza non fanno eccezione. Basti pensare, ad esempio, all'art. 34 TFUE (già art. 28 TCE) e con esso all'art. 36 TFUE (già art. 30 TCE), e ancora alle eccezioni che sono state rilevate dalla giurisprudenza come inerenti allo stesso art. 34 TFUE: a ben vedere, si tratta di disposizioni che hanno trovato applicazione senza problemi da parte delle giurisdizioni e delle amministrazioni nazionali. Hanno posto sì un problema di uniforme applicazione, ma l'abbondante giurisprudenza in materia oggi disponibile costituisce una garanzia sufficiente perché la difformità di applicazione sia l'eccezione e non la regola. Non si vede, quindi, alcuna ragione per temere l'applicazione decentrata dell'art. 101, n. 3, trattandosi di una norma come altre e che, pertanto, ben può trovare una applicazione adeguata da parte dei giudici e delle amministrazioni nazionali, in particolare ad opera delle autorità *antitrust*.

<sup>(364)</sup> Ad esempio, Inno/ATAB, 13/77, sent. 16 novembre 1977, *Racc.* p. 2115; Meng, C-2/91, sent. 17 novembre 1993, *Racc.* p. I-5791; Commissione c. Italia, C-35/96, sent. 18 giugno 1998, *Racc.* p. I-3851.

<sup>(365)</sup> V. su questo tema, *infra*, cap. VII, par. 1.

Inoltre, il regolamento 1/2003 mantiene in capo alla Commissione un ruolo rilevante nella determinazione della politica comunitaria della concorrenza, ad esempio attraverso l'adozione di regolamenti e comunicazioni sui principali criteri di interpretazione degli artt. 101 e 102. In un sistema di competenze concorrenti della Commissione, delle autorità e dei giudici nazionali, sono comunque previsti dei meccanismi di salvaguardia; in tal senso rilevante è la possibilità che la Commissione avochi a sé la trattazione di un caso, nonché il preciso obbligo che fa capo alle autorità e ai giudici nazionali di non adottare decisioni contrastanti con quelle della Commissione.

Relativamente ai poteri delle autorità nazionali di concorrenza nell'applicazione del diritto comunitario, l'art. 5 del regolamento 1/2003 sancisce che esse sono competenti ad applicare gli artt. 101 e 102 del Trattato in casi individuali. È quindi espressamente escluso che tali autorità abbiano il potere di adottare atti generali, quali i regolamenti di esenzione per categoria. Nondimeno, a certe condizioni, le autorità nazionali possono revocare in casi individuali il beneficio dell'esenzione per categoria limitatamente al territorio nazionale. Inoltre, con il passaggio dal regime di autorizzazione a quello di eccezione legale, in sede di valutazione di intese restrittive della concorrenza ai sensi dell'articolo 101, n. 1, le autorità nazionali potranno altresì esaminare la sussistenza delle condizioni previste dal n. 3 per la non applicabilità del divieto. In sostanza, i poteri attribuiti alle autorità nazionali coincidono con quelli della Commissione, tranne che per le decisioni di constatazione di inapplicabilità: ordinare la cessazione di un'infrazione, disporre misure cautelari, accettare impegni, comminare ammende, penalità di mora o altra sanzione <sup>(366)</sup>.

<sup>(366)</sup> L'art. 5 del regolamento 1/2003 attribuisce immediatamente tali poteri alle autorità nazionali di concorrenza, che rappresentano, quindi, i diretti destinatari delle disposizioni in commento; nella giurisprudenza interna, v. sul punto Tar Lazio, sent. 7 marzo 2006, n. 1713, in *Foro it.*, 2007, III, c. 89. Ciò nonostante, con riferimento all'autorità di concorrenza italiana, i poteri summenzionati trovano la propria fonte anche nel testo novellato della l. 287/90, grazie alle innovazioni apportate dall'art. 14, 1° comma, del decreto legge 223/2006 e dalla l. 4

A fronte di questa equivalenza di poteri, le autorità nazionali continuano, tuttavia, a svolgere un ruolo diverso rispetto alla Commissione. In primo luogo, perché all'istituzione comunitaria resta la competenza esclusiva di orientamento della politica *antitrust* comunitaria; in secondo luogo perché l'avvio di un procedimento da parte della Commissione per l'adozione di una decisione priva tutte le autorità nazionali garanti della concorrenza della competenza ad applicare gli artt. 101 e 102 del Trattato CE. In particolare, una volta che la Commissione abbia avviato formalmente un procedimento, le autorità in parola non possono più iniziare un loro procedimento sullo stesso caso ai fini dell'applicazione degli artt. 101 e 102 ovvero devono chiudere il procedimento qualora sia in corso (art. 11, n. 6, del regolamento 1/2003). Pertanto, allorché la Commissione abbia ricevuto semplicemente una denuncia, questa non è di per sé sufficiente a privare le autorità nazionali della competenza sul caso.

Le autorità nazionali di concorrenza possono iniziare un procedimento istruttorio nel caso in cui, in base alle informazioni di cui dispongono, appaiono sussistere le condizioni per un divieto; in tal modo esse sono chiamate a tutelare i diritti riconosciuti dagli artt. 101 e 102 del Trattato. In ogni caso, tali autorità non possono prendere decisioni che siano in contrasto con un'eventuale decisione già adottata dalla Commissione.

Ai sensi dell'art. 6 del regolamento 1/2003, la competenza ad ap-

agosto 2006, n. 248, contenente la «Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 4 luglio 2006, n. 223, recante disposizioni urgenti per il rilancio economico e sociale, per il contenimento e la razionalizzazione della spesa pubblica, nonché interventi in materia di entrate e di contrasto all'evasione fiscale», in G.U. n. 186, 11 agosto 2006, S.O. n. 183. Gli artt. 14-bis e ter della l. 287/90, infatti, attribuiscono all'Agcm la possibilità, rispettivamente, di adottare misure cautelari e di accettare impegni anche per le fattispecie di rilevanza comunitaria. In proposito, cfr. anche il provv. n. 16218 del 14 dicembre 2006, di *Applicazione dell'articolo 14-bis della legge 10 ottobre 1990, n. 287*, in *Boll.* del 18 dicembre 2006, n. 48, p. 83, e l'allegata *Comunicazione*; nonché il provv. n. 16015 del 12 ottobre 2006, che stabilisce le *Procedure di applicazione dell'articolo 14-ter della legge n. 287/90*, in *Boll.* del 16 ottobre 2006, n. 39, p. 123, ed, ancora una volta, l'allegata *Comunicazione*.

plicare gli artt. 101 e 102 del Trattato è espressamente attribuita ai giudici nazionali. Per tal via, alle giurisdizioni statali è stata estesa altresì la possibilità di conoscere di azioni intraprese per l'applicazione del terzo paragrafo dell'art. 101. Nell'esercizio di tale competenza, i giudici sono tenuti a rispettare i precedenti della giurisprudenza comunitaria oltre che i regolamenti di esenzione comunitari.

Di grande rilievo pratico è pertanto la definizione delle rispettive sfere di azione e di competenza della Commissione e del giudice nazionale. La competenza dei tribunali nazionali, concorrente con quella della Commissione, deriva infatti dalla efficacia diretta dei divieti sanciti dagli artt. 101 e 102, che, come già sottolineato, incidono direttamente sulla posizione giuridica dei privati e attribuiscono loro diritti ed obblighi che i giudici nazionali sono tenuti a tutelare<sup>(367)</sup>. Ne consegue che anche l'avvio da parte della Commissione di un procedimento a norma del regolamento n. 1/2003 non esime dal decidere il giudice nazionale dinanzi al quale siano fatti valere gli artt. 101 ovvero 102<sup>(368)</sup>.

La decisione del giudice nazionale, d'altra parte, non vincola la Commissione, che resta libera di decidere, eventualmente in modo diverso dal giudice nazionale<sup>(369)</sup>. Resta inteso, in forza del principio di leale collaborazione con le istituzioni comunitarie che investe tutti gli organi degli Stati membri, nonché in forza del principio della certezza del diritto, che il giudice nazionale deve astenersi dal prendere provvedimenti idonei a compromettere la realizzazione degli scopi del Trattato e dunque evitare l'adozione di provvedimenti in contrasto con decisioni della Commissione<sup>(370)</sup>.

<sup>(367)</sup> Courage & Crehan, C-453/99, sent. 20 settembre 2001, *Racc.* p. I-6297, punto 23; Manfredi, *sopra citata*, punto 58.

<sup>(368)</sup> BRT c. SABAM, *sopra citata*, punto 20; Estée Lauder, 37/79, sent. 10 luglio 1980, *Racc.* p. 2481, punto 13; Delimitis, C-234/89, sent. 28 febbraio 1991, *Racc.* p. I-935, punto 45; Dijkstra e a., C-319/93, C-40/94 e C-224/94, sent. 12 dicembre 1995, *Racc.* p. I-4471, punto 26; Masterfoods, C-344/98, sent. 14 dicembre 2000, *Racc.* p. I-11369, punto 47.

<sup>(369)</sup> Masterfoods, *sopra citata*, punto 48.

<sup>(370)</sup> Masterfoods, *sopra citata*, punti 49-52. Ciò vale anche quando la decisione della Commissione è in contrasto con una sentenza di primo grado del giudice nazionale (*ibidem*, punto 52).

Ove il giudice nazionale rilevi l'incompatibilità di determinate pattuizioni con il disposto dell'art. 101 non può che dichiararne la nullità. In particolare, la nullità di «pieno diritto» è sancita dallo stesso disposto dell'art. 101, n. 2; detta nullità, come si è già accennato, è da intendersi come nullità assoluta, nel senso di rendere l'accordo «privo di effetti nei rapporti fra i contraenti» oltre che inopponibile ai terzi<sup>(371)</sup>; inoltre, essa ha effetto retroattivo, in quanto «riguarda tutti gli effetti, passati e futuri, dell'accordo»<sup>(372)</sup>.

## 20. LA COOPERAZIONE TRA COMMISSIONE, AUTORITÀ E GIUDICI NAZIONALI NELL'APPLICAZIONE DEL DIRITTO EUROPEO DELLA CONCORRENZA

Un aspetto essenziale del sistema di applicazione delle regole di concorrenza comunitarie consiste nella cooperazione all'interno della rete di autorità di concorrenza (*European Competition Network*), composta dalle istituzioni pubbliche designate dagli Stati membri (per l'Italia, l'Autorità Garante della concorrenza e del mercato o Autorità *Antitrust*) in conformità all'art. 35 del regolamento 1/2003 e dalla Commissione<sup>(373)</sup>.

La cooperazione richiede vari tipi di contatti tra le autorità, ma soprattutto si basa sullo scambio di informazioni e sull'assistenza nella raccolta delle prove e nelle ispezioni. In particolare, quando si tratta di casi di pregiudizio agli scambi e di applicazione delle norme comunitarie, l'art. 11 del regolamento 1/2003 impone alle autorità nazionali di informare preventivamente la Commissione sull'esito dei procedimenti e prima di adottare taluni tipi di decisione. Nell'ipotesi di casi nuovi, un'autorità nazionale dovrà infor-

<sup>(371)</sup> Béguelin, 22/71, sent. 25 novembre 1971, *Racc.* p. 949. In relazione alla violazione dell'art. 102, v. *supra*, par. 14.

<sup>(372)</sup> Brasserie de Haecht II, 48/72, sent. 6 febbraio 1973, *Racc.* p. 77, punti 25-27; Courage & Crehan, *sopra citata*, punto 22.

<sup>(373)</sup> V. Comunicazione della Commissione sulla cooperazione nell'ambito della rete delle autorità garanti della concorrenza, in GUUE C 101, del 27 aprile 2004, p. 43.

mare la Commissione soltanto qualora intenda effettuare indagini sul caso, ovvero adottare eventuali misure formali di indagine. Nel rapporto orizzontale tra autorità, questo scambio di informazioni si svolge su base volontaria, ma qualsiasi informazione scambiata ai sensi della norma in parola deve essere resa disponibile e facilmente accessibile a tutti i membri della rete.

Un accordo o una pratica abusiva sono di pertinenza della rete qualora pregiudichino il commercio tra Stati membri. La Commissione ha precisato che il concetto di commercio non è limitato agli scambi tradizionali di beni e servizi a livello transfrontaliero, ma include anche i casi nei quali le intese pregiudichino la struttura della concorrenza nel mercato<sup>(374)</sup>. In altri termini, rientra in tale concetto ogni condotta che sia diretta ad eliminare o minacci di eliminare un concorrente che opera all'interno del mercato comunitario. Inoltre, gli artt. 101 e 102 sono applicabili anche nei casi che riguardano una parte di uno Stato membro, nella misura in cui l'incidenza sugli scambi sia sensibile.

L'applicazione del criterio del pregiudizio al commercio è indipendente dalla definizione dei mercati geografici rilevanti. Infatti, il commercio tra Stati membri può essere pregiudicato anche nei casi in cui il mercato rilevante sia nazionale o sub-nazionale. Peraltro, secondo un criterio elaborato dalla Corte di giustizia, è necessario prevedere con un grado di probabilità adeguato, in base ad un complesso di fattori obiettivi, di fatto o di diritto, che l'accordo o la pratica possano avere un'influenza, diretta o indiretta, attuale o potenziale, sugli scambi tra Stati membri. Qualora non vi siano effetti sul commercio tra gli Stati membri, le informazioni relative al caso devono essere rese disponibili tempestivamente sulla rete; viceversa, la questione deve essere trattata come di pertinenza della rete anche in presenza di dubbi sulla sussistenza di tali effetti.

Se un caso è stato identificato di pertinenza della rete, il primo obbligo consiste nell'informare la Commissione dell'avvio del pro-

<sup>(374)</sup> Comunicazione della Commissione, Linee direttrici sulla nozione di pregiudizio al commercio tra Stati membri di cui agli articoli 81 e 82 TCE (oggi art. 101 e 102 TFUE), in GUUE C 101, del 27 aprile 2004, p. 81.

cedimento. In linea di principio, le informazioni devono essere fornite precedentemente o immediatamente dopo l'adozione della prima misura formale di indagine, ovvero l'utilizzo dei poteri investigativi conferiti dalla legislazione nazionale. Nell'ipotesi di violazioni occulte delle regole di concorrenza e qualora si ritenga che l'infrazione possa produrre effetti, essere attuata o essere organizzata sul territorio di un altro Stato membro, la Commissione e le altre autorità nazionali devono essere informate in via riservata prima che si svolga l'accertamento, affinché si possano organizzare ispezioni contemporanee sui vari territori<sup>(375)</sup>. Va tenuto presente che il contenuto delle informazioni deve essere puntuale e dettagliato in modo da consentire alle autorità garanti della concorrenza di decidere se sono interessate al caso e se desiderano essere associate al suo trattamento.

La comunicazione ai sensi dell'art. 11, n. 3, del regolamento, apre un periodo di attribuzione del caso della durata di due mesi, entro il quale ciascuna autorità deve valutare se desidera intervenire. Durante tale periodo, l'autorità che ha comunicato il caso alla rete resta pienamente competente e prosegue le proprie indagini. I casi potranno essere trattati da una singola autorità nazionale, da più autorità nazionali operanti in parallelo, o dalla Commissione. La possibilità di una riattribuzione del caso sarà presa in considerazione solo nella fase iniziale del procedimento, qualora l'autorità che ha ricevuto la denuncia o avviato d'ufficio il procedimento ritenga di non essere nella posizione idonea ad intervenire, ovvero qualora anche altre autorità ritengano di esserlo. La circostanza che le pratiche abbiano origine o siano attuate in un determinato territorio e/o la localizzazione degli effetti anticoncorrenziali, la capacità di porre fine e di sanzionare efficacemente un'infrazione e la capacità di raccogliere i necessari elementi di prova, costituiranno i criteri essenziali ai fini dell'individuazione della (o delle) autorità «ben situata» per trattare un caso. Laddove possibile, sarà privilegiato l'intervento da parte di una singola

<sup>(375)</sup> Comunicazione della Commissione sulla cooperazione nell'ambito della rete delle autorità garanti della concorrenza, *sopra citata*.

autorità nazionale, tranne nelle fattispecie in cui l'azione parallela di due o tre autorità nazionali sia necessaria a far cessare la violazione nel suo complesso e/o a sanzionarla adeguatamente. L'intervento della Commissione, invece, sarà in linea generale ritenuto preferibile qualora l'accordo o la pratica incida sulla concorrenza in più di tre Stati membri, oppure quando un caso sia strettamente collegato con altre disposizioni comunitarie, per la cui applicazione la Commissione ha competenza esclusiva o si trova meglio posizionata (per esempio quelle in materia di aiuti di Stato o riguardanti imprese titolari di diritti speciali o esclusivi); oppure, infine, la tutela dell'interesse comunitario richieda una decisione della Commissione al fine di orientare la politica comunitaria di concorrenza o di assicurare l'efficace applicazione del diritto *anti-trust* comunitario <sup>(376)</sup>.

In sostanza, possono verificarsi tre situazioni diverse. In primo luogo, è possibile che una o più autorità decidano di agire in parallelo a quella che ha comunicato il caso per prima: sarà allora possibile individuare un'autorità responsabile del coordinamento delle misure di indagine. In secondo luogo, l'autorità che ha comunicato originariamente le informazioni alla rete decide di chiudere il procedimento in quanto un'altra autorità nazionale intende occuparsi del caso. Infine, la Commissione può avocare a sé il caso e, dunque, privare l'autorità nazionale dalla sua competenza.

Ai sensi dell'art. 11, n. 4, del regolamento 1/2003, le autorità sono altresì tenute ad informare la Commissione prima di adottare una decisione con la quale si ordina la cessazione dell'infrazione (anche mediante l'imposizione di ammende); oppure una decisione volta ad accettare impegni ovvero una decisione diretta a revocare l'applicazione di un regolamento di esenzione per categoria <sup>(377)</sup>.

<sup>(376)</sup> *Ibidem.*

<sup>(377)</sup> In particolare, le autorità devono fornire alla Commissione una sintesi del caso in questione e la decisione prevista o, in sua mancanza, qualsiasi altro documento che esponga la linea di azione proposta. Tali informazioni possono essere trasmesse anche alle altre autorità nazionali di concorrenza. Dietro richiesta, l'autorità dovrà mettere a disposizione della Commissione altri documenti in

L'articolo 11, n. 6, prevede che l'avvio di un procedimento da parte della Commissione priva le autorità nazionali della competenza ad applicare gli articoli 101 e 102. Se un'autorità nazionale sta già trattando il caso, l'esercizio del potere di avocazione è subordinato alla preventiva e tempestiva informazione dei membri della rete, ai quali la Commissione dovrà anche indicare per iscritto le relative motivazioni <sup>(378)</sup>. Inoltre, successivamente al periodo iniziale di attribuzione del caso, l'applicazione dell'articolo 11, n. 6, potrà aver luogo, in linea di principio, solo laddove le autorità nazionali intendano adottare decisioni contrastanti sul medesimo caso o in palese conflitto con la giurisprudenza consolidata del giudice comunitario; o, ancora, in caso di ingiustificato prolungamento del procedimento o di non opposizione da parte delle autorità nazionali interessate; ovvero qualora l'adozione di una decisione della Commissione sia necessaria per orientare la politica comunitaria di concorrenza (in particolare quando il medesimo problema di concorrenza si presenti in vari Stati membri) o per assicurare l'efficace applicazione del diritto *antitrust* comunitario. Infine, in assenza di particolari ragioni di interesse pubblico comunitario, la Commissione si impegna a non adottare successivamente decisioni in contrasto con quelle delle autorità nazionali nei casi in cui queste ultime abbiano correttamente adempiuto agli obblighi di informazione e consultazione preventiva di cui all'articolo 11 del Regolamento e la Commissione non abbia esercitato il proprio potere di avocazione.

L'art. 12 del regolamento 1/2003 stabilisce, inoltre, che la Commissione e le autorità nazionali hanno la facoltà di scambiare

---

suo possesso, necessari alla valutazione del caso. Le informazioni devono essere inviate al più tardi 30 giorni prima dell'adozione di una decisione. Se, entro 30 giorni dall'invio di tali informazioni, né la Commissione né le autorità nazionali presentano osservazioni, la decisione può essere adottata; in caso contrario, saranno avviate consultazioni bilaterali al fine di risolvere i problemi presentati in obiezioni e/o interrogazioni. Qualora non si dovesse raggiungere un accordo, la Commissione potrebbe avviare un procedimento e privare l'autorità della sua competenza. La rete deve essere informata anche quando un'autorità nazionale chiuda un caso precedentemente notificato.

<sup>(378)</sup> *Ibidem.*

ed utilizzare come mezzo di prova qualsiasi elemento di fatto e di diritto, comprese le informazioni riservate, a condizione che siano state legalmente raccolte dall'autorità trasmittente in base alla legislazione ad essa applicabile. Nondimeno, il principio del segreto d'ufficio comporta che i segreti aziendali e altre informazioni riservate appartenenti ad imprese non possono essere divulgati all'esterno della rete, ma ciò non può comunque impedire la divulgazione delle informazioni necessarie a comprovare la violazione degli articoli 101 e 102 del Trattato. Quando le informazioni scambiate sono utilizzate per provare un'infrazione agli artt. 101 e 102 del Trattato, i diritti di difesa delle parti interessate e le norme procedurali autorizzano la divulgazione delle informazioni scambiate a tali parti solo nella misura necessaria.

Nel caso di scambio di informazioni fornite a un'autorità di concorrenza nell'ambito di un programma di clemenza, al fine di preservare l'efficacia di tali programmi nell'individuazione dei cartelli e gli incentivi alla collaborazione da parte delle imprese coinvolte, la Comunicazione della Commissione, prevede, in deroga a quanto consentito dall'articolo 12 del Regolamento 1/2003, che in questi casi le informazioni trasmesse alla rete non possano essere utilizzate dagli altri membri per avviare proprie indagini ai fini dell'applicazione delle norme di concorrenza comunitarie o nazionali <sup>(379)</sup>. Di conseguenza, il fatto che un'autorità di concorrenza abbia disposto ed effettuato indagini a seguito di informazioni ricevute nel quadro di una richiesta di adesione a un programma di clemenza non può essere utilizzato da altre autorità come elemento per l'avvio di un proprio procedimento istruttorio, a meno che tali autorità non dispongano di informazioni ricevute da altre fonti. Inoltre, le informazioni volontariamente fornite, ovvero ottenute a seguito di misure di indagine rese possibili dalla collaborazione offerta nell'ambito di un programma di clemenza, non potranno essere scambiate con altre autorità senza il consenso del soggetto che ha presentato la richiesta di ammissione al programma di clemenza. Tale consenso non sarà necessario solo nei casi in cui l'autorità

<sup>(379)</sup> *Ibidem.*

a cui l'informazione viene trasmessa abbia ricevuto analoga richiesta di trattamento di clemenza da parte del medesimo soggetto e in merito alla medesima infrazione, oppure si sia impegnata per iscritto a non imporre sanzioni a carico di ogni persona fisica o giuridica coperta dal trattamento di clemenza, o ancora le informazioni siano state raccolte da un membro della rete, ai sensi dell'articolo 22, n. 1, del regolamento 1/2003, in nome e per conto dell'autorità che ha ricevuto la richiesta di trattamento di clemenza e ai fini della loro successiva trasmissione a tale autorità.

Infine, l'art. 22, n. 1, del regolamento 1/2003, consente alle autorità nazionali, di raccogliere informazioni, in base alla legislazione interna, per conto di un'altra autorità. La richiesta di assistenza deve essere formale, scritta e motivata e, nei casi in cui è necessario l'accesso agli uffici delle imprese, è necessario che siano fornite tutte le informazioni utili per facilitare l'indagine.

Anche rispetto alle giurisdizioni nazionali il regolamento 1/2003 ha introdotto significative forme di cooperazione nell'applicazione del diritto comunitario della concorrenza, definite poi anche in una specifica Comunicazione <sup>(380)</sup>.

In particolare, viene anzitutto in rilievo in maniera specifica l'obbligo di leale collaborazione tra l'istituzione comunitaria ed i giudici nazionali, nella misura in cui entrambe le autorità sono chiamate alla reciproca assistenza nell'applicazione delle regole *antitrust*. La Commissione, in qualità di *amicus curiae*, è tenuta a fornire informazioni, formulare pareri e presentare osservazioni, in ogni caso non vincolanti e sempre previa richiesta di una giurisdizione nazionale <sup>(381)</sup>. Invero, le autorità giudiziarie nazionali possono richiedere all'istituzione comunitaria la trasmissione di documenti in suo possesso o notizie di natura procedurale, in modo da accertare se un determinato caso sia già al suo esame, se essa ha avviato un procedimento o adottato una decisione. Peraltro, una giu-

<sup>(380)</sup> 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, in GUUE C 101 del 27 aprile 2004, p. 54.

<sup>(381)</sup> Inspecteur van de Belastingdienst, C-429/07, sent. dell'11 giugno 2009.

risdizione nazionale può domandare quando sarà presumibilmente presa una decisione, al fine di determinare le condizioni per un'eventuale sospensione del procedimento o per l'adozione di misure provvisorie. Nella trasmissione delle informazioni, la Commissione deve assicurare alle persone fisiche e giuridiche la tutela offerta dall'art. 339 TFUE (già art. 287 TCE); pertanto, potrà divulgare informazioni coperte dal segreto d'ufficio soltanto qualora, anche a livello nazionale, tali informazioni siano garantite da una protezione adeguata. Pur tuttavia, la medesima istituzione può rifiutare di trasmettere informazioni alla giurisdizioni nazionali per motivi attinenti alla necessità di salvaguardare i suoi interessi o di evitare che siano compromessi il funzionamento e l'indipendenza della Comunità.

Sempre nell'ambito della proficua collaborazione, alla Commissione può essere richiesto un parere su questioni economiche, di fatto e di diritto, allorché il giudice nazionale non rinvenisse nella giurisprudenza e nella normativa rilevante gli strumenti necessari per la soluzione di un caso. Il parere, che conterrà soltanto i chiarimenti richiesti e, quindi, nessuna valutazione di merito, non sarà vincolante per la giurisdizione richiedente.

Un altro strumento di cooperazione per garantire l'applicazione uniforme degli artt. 101 e 102 è rappresentato dalle osservazioni scritte, che la Commissione e le autorità nazionali di concorrenza possono presentare di propria iniziativa, e dalle osservazioni orali che possono essere formulate soltanto previa autorizzazione della giurisdizione competente. La Commissione deve limitarsi ad un'analisi economica e giuridica dei fatti su cui verte la causa pendente dinanzi alla giurisdizione nazionale. All'organo comunitario deve essere altresì inviata copia delle sentenze emanate dalla giurisdizioni nazionali in cui trovano applicazione gli artt. 101 e 102 del Trattato.

Infine, i giudici nazionali possono essere chiamati ad intervenire, come si è già ricordato, in caso di ispezioni compiute dalla Commissione presso le imprese e le associazioni di imprese ovvero presso il domicilio degli amministratori e di dipendenti delle imprese. Nell'ipotesi in cui per lo svolgimento di tali ispezioni sia necessaria la preventiva autorizzazione dell'autorità giudiziaria, co-

m'è prescritto sempre nella seconda ipotesi, la medesima autorità è tenuta a verificare l'autenticità della decisione della Commissione, nonché la proporzionalità delle misure coercitive previste rispetto all'oggetto degli accertamenti.

ABATE A., *Droit communautaire, privatisations, dérèglementations*, in *Rev. mar. un. eur.* 1994, p. 11; ADINOLFI A., DANIELE L., NASCIMBENE B., AMADEO S. (a cura di), *L'applicazione del diritto comunitario della concorrenza - Commentario al regolamento (CE) n. 1/2003 del Consiglio del 16 dicembre 2002*, Milano 2007; ANDERMAN S., *EC Competition Law & Intellectual Property Rights*, Oxford 2000; BASTIANON S., *L'abuso di posizione dominante*, Milano 2001; ANTONIOLI M., *Concorrenza*, in CHITTI M. - P. e GRECO G. (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo europeo*, parte speciale, II, Milano 2007; ARNAUDO L., *Le misure cautelari nel diritto antitrust comunitario e nazionale*, in *Riv. it. dir. pub. com.* 2006, p. 983; BASTIANON S., *Il risarcimento del danno antitrust tra esigenze di giustizia e problemi di efficienza - Prime riflessioni sul Libro Verde della Commissione*, in *Merc. conc. reg.* 2006, p. 321; BELLAMY-CHILDROTH, *European Community law of competition*, London 2007; BAUDENBACHER C. (editor), *Neuste Entwicklungen im Europaischen und internationalen kartellrecht*, Basel 2000; BLESSING M., *Arbitration Antitrust and Merger Control Issues*, Zürich 2003; BONI S., *La tutela dei diritti di coloro che denunciano violazioni del diritto antitrust: ordinamento comunitario e italiano a confronto*, in *Il diritto dell'Un. europea* 2003, p. 45; BISHOP-WALKER, *The economics of EC Competition Law: concepts, application and measurement*, London 1999; BROBERG, *The Concept of Control in the Merger Control Regulations*, in *Eur. Competition Law Rev.* 2004, n. 12, p. 741; CANENBLEY C., ROSENTHAL M., *Co-operation Between Antitrust Authorities In- and Outside the EU: What Does it Mean for Multinational Corporations?*, in *Eur. Competition Law Rev.* 2005, n. 3, p. 178; CAPOBIANCO A., *Information exchange under EC competition law*, in *Com. Mark. Law Rev.* 2004, p. 1247; CAPUANO V., *Posizione dominante collettiva e oneri probatori della Commissione: il caso Airtours*, in *Il diritto dell'Unione europea* 2003, p. 481 ss.; CAPUANO V., *Procedimento antitrust (diritto comunitario)*, in *Digesto, Discipline Privatistiche, Sezione Civile*, Aggiornamento, Utet, Torino 2010, p. 392; CASSINIS P., *I nuovi poteri dell'Autorità nell'ambito della dialettica tra public e private enforcement*, in *Contr. imp./Europa* 2006, p. 719; M. CLARICH, *I pro-*

grammi di clemenza nel diritto antitrust, in *Dir. amm.* 2007, p. 265; CLF, *The reform of article 82: recommendations on key policy objectives*, in *European Competition Journal* 2005, p. 179; D'ATTORRE G., *Una «ragionevole» concorrenza: il ruolo della «rule of reason» dopo la riforma del diritto antitrust comunitario*, in *Giurisprudenza commerciale* 2004, p. 80; DE BENEDETTO M., *L'Autorità garante della concorrenza e del mercato*, Bologna 2000; DE PASQUALE P., *La disciplina della concorrenza oltre i confini comunitari - Tra applicazione extraterritoriale e cooperazione*, Napoli 2005; Di Federico G., *La riforma del procedimento comunitario antitrust e i diritti di difesa*, Napoli 2008; EGGE-BAY-CALZADO, *The new EC Merger Regulation: recipe for profound Change or more of the Same?*, in *Il Diritto dell'Unione Europea* 2004, p. 461; FAULL-NIKPAY (editors), *The EC Law of Competition*, Oxford 2007; FATTORI P., TODINO M., *La disciplina della concorrenza in Italia*, Bologna 2004; FERRARO F., *L'efficacia dei principi comunitari sulla concorrenza*, in *Dir. Un. Eu.* 2005, p. 669; FERRARO V., *Il rapporto fra le nozioni di impresa ed ente pubblico nella giurisprudenza comunitaria*, in *Riv. it. dir. pub. com.* 2002, p. 802; FINE F., *NDC/IMS: a Logical Application of Essential Facilities Doctrine*, in *Eur. Competition Law Rev.* 2002, p. 435; FOX E., *The Competition Law of the UE*, in BERMANN-GOEBEL-DAVEY-FOX, *Cases and Materials on EU Law*, New York 2002; FOX E., *What is Harm to Competition? Exclusionary Practices and Anticompetitive Effect*, in *Antitrust Law Journal* 2002, p. 371; FRIGNANI A., PARDOLESI R. (a cura di), *La concorrenza*, Torino 2006; GERARDIN D., *L'ouverture à la concurrence des entreprises de réseau*, in *Cahiers de droit européen* 1999, p. 13; GERARDIN D., *Limiting the scope of Article 82 EC: What can the EU learn from the U.S. Supreme Court's judgment in Trinko in the wake of Microsoft, IMS, and Deutsche Telekom?*, in *Com. Mark. Law Rev.* 2004, p. 1519; GERBER D., *Law and Competition in Twentieth-Century Europe*, Oxford 2001; GIRGENSON I., BRUNET F., *La double réforme du contrôle communautaire des concentrations*, in *Revue Trimestrielle de droit européen* 2004, p. 1; GOYDER D.G., *EC Competition law*, Oxford 2003; HARDING-JOSHUA, *Regulating Cartels in Europe*, Oxford 2002; HAYS T., *Anti-competitive agreements and extra-market parallel importation*, in *Eur. Law Rev.* 2001, p. 468; HILDEBRAND D., *The Role of Economic Analysis in EC Competition Rules*, Amsterdam 2002; JOLIET R., *The Rule of Reason in Antitrust Law*, La Haye 1967; JOLIET R., *Monopolization and Abuse of Dominant Position*, Liège 1970; JONES C., *Private Enforcement of Antitrust Law in EU, UK and USA*, Oxford 2001; KERSE-Khan, *EC Antitrust procedure*, Lon-

don 2005; KJØLBYE L., *The New Commission Guidelines on the Application of Article 81(3): An Economic Approach to Article 81*, in *Eur. Competition Law Rev.* 2004, p. 566; KORAH V., *An introductory guide to EC competition law and practice*, Oxford 2007; KORAH V., *Competition Law of the European Community*, New York 2000; LOVDAHL GORMSEN L., *The European Commission's priority guidelines on Article 82 EC*, *Communications Law* 2009, p. 83; MANDELSON-ROSE, *Guide to the EC Block Exemption for Vertical Agreements*, Amsterdam 2002; MAPELLI-STELLA, *Concentrazioni tra imprese e failing company defense: un confronto tra l'esperienza statunitense e l'esperienza comunitaria*, in *Giurisprudenza commerciale* 1999, p. 49; MARENCO G., *The Birth of Modern Competition Law in Europe*, in VON BOGDANDY, MAVROIDIS, MÉNY, *Studies in Transnational Economic Law in honour of C.D. Ehlermann*, The Hague 2002, p. 279; MASTROIANNI R., *Osservazioni in merito alla effettività del sistema italiano di tutela decentrata del diritto comunitario della concorrenza*, in *Il dir. dell'Unione eur.* 2001, p. 78; MERCIER-MACH-GILLIÉRON-AFFOLTER, *Grands principes du droit de la concurrence*, Bruxelles 1999; MELI V., *Rifiuto di contrattare e tutela della concorrenza nel diritto antitrust comunitario*, Torino 2003; MUNARI F., *La legge n. 28/1990 ed i suoi rapporti col diritto comunitario*, in *Dir. comm. int.* 1991, p. 173; MUNARI F., *Il diritto comunitario antitrust nel commercio internazionale*, Padova 1993; MUNARI F., *Le regole di concorrenza nel sistema del Trattato - Le intese restrittive della concorrenza - Lo sfruttamento abusivo di posizione dominante detenuta sul mercato*, in TIZZANO (a cura di), *Il diritto privato dell'Unione Europea*, II, Torino 2006, p. 1459; NYSSSENS H., PECCHIOLI N., *Il regolamento n. 1/2003 CE: verso una decentralizzazione ed una privatizzazione del diritto della concorrenza. Commento a Reg. CE 1/2003*, in *Il dir. dell'Unione eur.* 2003, p. 357; O'DONOGHUE-PADILLA, *The Law and Economics of Article 82 EC*, Oxford 2005; O'LOUGHLIN R., *EC Competition Rules and Free Movement Rules*, in *Eur. Competition Law Rev.* 2002, p. 62; ORLANDI M., *La disciplina delle concentrazioni tra imprese*, in TIZZANO (a cura di), *Il diritto privato dell'Unione Europea*, II, Torino 2006, p. 153; ORIZ - BLANCO, *EC competition procedure*, Oxford 2006; PACE L.F., *Il sistema italiano di tutela della concorrenza e il vincolo comunitario imposto al legislatore nazionale*, in *Riv. Ital. Dir. Pub. Com.* 2001, p. 997 ss.; PACE L.F., *I fondamenti del diritto antitrust europeo*, Milano, 2005; PALLOTTA O., *Consumatori e concorrenza: le questioni irrisolte nella causa Manfredi*, in *Dir. Un. Eu.* 2007, p. 305; PARDOLESI-RENDA, *The European Commission's Case Against Mi-*

*crosoft: Kill Bill?*, in *World Competition* 2004, p. 513; PICONE P., *Regole comunitarie di concorrenza e apologia del mercato «sociale» europeo*, *Quaderno n. 2 degli Annuali della Facoltà di Giurisprudenza di Bari* 1974; PICONE P., *L'applicazione extraterritoriale delle regole sulla concorrenza e il diritto internazionale*, in *Il fenomeno delle concentrazioni di imprese nel diritto interno e internazionale*, Padova 1989, p. 81; RENZULLI A., *La modernizzazione del diritto della concorrenza: il buyer power e l'art. 82 del Trattato CE*, in *Dir. Un. Eu.* 2006, p. 747; 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 tema di concorrenza*, in *Diritto del commercio internazionale* 2003, p. 143; RITTER-BRAUN-RAWLINSON, *European Competition Law: a practitioner's guide*, The Hague 2000; ROBERTI G.M., ORLANDI M., *Le procedure applicative delle regole di concorrenza*, in TIZZANO (a cura di), *Il diritto privato dell'Unione Europea*, II, Torino 2006, p. 1589; SIRAGUSA M., GUERRI E., *L'applicazione degli artt. 81 e 82 del Trattato CE in seguito all'introduzione del Regolamento 1/2003*, in *Il Diritto industriale* 2004, p. 348; SLON-JOHNSTON, *An Introduction to Competition Law*, Oxford 2005; TESAURO G., *The Relationship between the European Commission and the Competition Authorities of the EC Member Countries*, in BAUDENBACHER C. (editor), *Neuste Entwicklungen im Europaischen und internationalen Kartellrecht*, VI St. Gallen Kartellrechtsforum 1999, Basel 2000, p. 153; TESAURO G., *Applicazione del diritto comunitario della concorrenza da parte delle Autorità nazionali*, in RAFFAELLI E.A. (editor), *Antitrust between EC Law and National Law*, Bruxelles-Milano 2000, p. 1; TOFFOLETTI L., *Riforma del diritto antitrust comunitario: giudizio di esenzione e diritti dei singoli*, in *Giur. Commerciale* 2002, p. 417; TOMASEVIC, D.M., *Le passage à l'euro et le droit de la concurrence*, in *Revue du marché unique européen* 1998, p. 95; TOSATO G.L., BELLODI L., *Il nuovo diritto europeo della concorrenza*, Milano 2004; Townely C., *Art. 81 and public policy*, Oxford 2009; TUMBRIDGE J., *Syfait II: restrictions on parallel trade within the European Union*, *EIPR* 2009, p. 1; VAN BAEL-BELLIS, *Il diritto comunitario della concorrenza, con analisi del procedimento antitrust in Italia*, Torino 2009; VAN DER WOUDE-JONES-SOLIS, *EC competition law handbook 2005-2006*, London 2005; VON MEIBOM-GEIGER, *A World Competition as an ultima ratio*, in *Eur. Competition Law* 2002, p. 445; WESTKAMP G., *Balancing Database Sui Generis Right Protection with European Monopolies Control under Article 82 EC*, in *Eur. Competition Law Rev.* 2001, p. 13; WILS W., *Should Private Antitrust Enforce-*

*ment be Encouraged in Europe?*, in *World Competition* 2003, p. 1; WILS W., *The Optional Enforcement of EC Antitrust Law*, Amsterdam 2002; WILS W., *Principles of European Antitrust Enforcement*, Oxford 2005; WILS W., *Efficiency and Justice in European Antitrust Enforcement*, Oxford 2008; WISH R., *Competition Law*, London 2009; WEITBRECHT A., *From Freiburg to Chicago and beyond - The first 50 years of European Competition law*, in *European Competition Law Review* 2008, p. 81.