

Adelina Adinolfi, Roberto Baratta, Enzo Cannizzaro
Massimo Condinanzi, Roberto Mastroianni, Paolo Piva
Francesco Salerno, Luigi Sbolci, Girolamo Strozzi

DIRITTO DELL'UNIONE EUROPEA

PARTE SPECIALE

a cura di

Girolamo Strozzi

Terza edizione

DIP. INV. N° 37206



G. Giappichelli Editore – Torino

CAPITOLO VI

LE POLITICHE DI CONCORRENZA

(di Enzo Cannizzaro e Lorenzo Federico Pace)*

SOMMARIO: PARTE I. LA POLITICA DI CONCORRENZA RIVOLTA ALLE IMPRESE PRIVATE. – I. *Generalità.* – 1. I settori sottoposti alle regole di concorrenza. – 2. Il concetto di impresa. – II. *Le intese vietate dall'art. 101.* – 3. I comportamenti vietati dall'art. 101. – 4. (Segue) Accordi orizzontali e accordi verticali. – 5. La nullità delle intese vietate. – 6. Le esenzioni. – 6.1. Profili generali. – 6.2. Le esenzioni individuali. – 6.3. Le esenzioni per categoria. – 7. Le condizioni di esentabilità degli accordi verticali. – III. *L'abuso di posizione dominante vietato dall'art. 102.* – 8. L'esistenza di una posizione dominante. – 9. La posizione dominante collettiva. – 10. Il mercato rilevante. – 11. Lo sfruttamento abusivo. – IV. *I procedimenti di applicazione del diritto europeo della concorrenza.* – 12. L'applicazione ad opera della Commissione. – 13. L'applicazione decentrata da parte delle autorità *antitrust* nazionali. – 14. L'applicazione giudiziale. – 15. Il coordinamento tra le autorità competenti all'applicazione del diritto europeo della concorrenza. – 15.1. Il coordinamento tra la Commissione e le autorità garanti nazionali. – 15.2. Il coordinamento tra la Commissione e le autorità giudiziarie degli Stati membri. – V. *L'ambito di applicazione del diritto europeo della concorrenza.* – 16. Il pregiudizio al commercio inter-statale e l'alterazione sensibile della concorrenza. – 17. I rapporti fra diritto europeo e diritto nazionale *antitrust.* – 18. La delimitazione territoriale. – VI. *Il diritto della concorrenza in materia di concentrazioni fra imprese.* – 19. Profili generali – 20. La disciplina delle concentrazioni nel regolamento n. 139/04. – PARTE II. LA POLITICA DI CONCORRENZA RIVOLTA AGLI STATI MEMBRI. – 21. *Generalità.* – I. *La disciplina dei comportamenti sul mercato di imprese pubbliche o incaricate della gestione di servizi d'interesse pubblico.* – 22. La struttura dell'art. 106. – 23. L'ambito di applicazione dell'art. 106. – 24. Il criterio applicativo dei limiti posti agli Stati membri. – 25. Le due fasi di applicazione dell'art. 106. – II. *Misure statali e normativa comunitaria sulla concorrenza.* – 26. La norma dedotta dagli artt. 101 e 102 TUE (già artt. 3 g, 10, 81 e 82 del Trattato CE). – 27. Il criterio applicativo della norma.

* La terza edizione di questo lavoro è stata redatta da Enzo Cannizzaro e Lorenzo Federico Pace, sulla base della seconda edizione, redatta da Enzo Cannizzaro in cooperazione con Elena Bozza.

PARTE I

LA POLITICA DI CONCORRENZA RIVOLTA ALLE IMPRESE PRIVATE

I. GENERALITÀ

1. I SETTORI SOTTOPOSTI ALLE REGOLE DI CONCORRENZA

Il Trattato di Lisbona ha modificato sensibilmente l'organizzazione dei riferimenti normativi relativamente alle politiche di concorrenza. Mentre la disciplina delle politiche di concorrenza è ora regolata nel Trattato sul Funzionamento dell'Unione europea (in seguito TFUE), il Trattato di Lisbona, come noto, ha eliminato, dietro espressa richiesta della Repubblica francese, il riferimento alla tutela della concorrenza dalla parte dei principi del Trattato dell'Unione europea, riferimento precedentemente contenuto nell'art. 3, lett. g), Trattato CE. Il vigente art. 3, par. 3 Trattato sull'Unione europea (in seguito TUE) recita, per quello che qui interessa, «L'Unione instaura un mercato interno. Si adopera per lo sviluppo sostenibile dell'Europa, basato su una crescita economica equilibrata e sulla stabilità dei prezzi, su un'economia sociale di mercato fortemente competitiva, che mira alla piena occupazione e al progresso sociale, e su un elevato livello di tutela e di miglioramento della qualità dell'ambiente. Essa promuove il progresso scientifico e tecnologico».

Il riferimento alla tutela della concorrenza, di cui al citato art. 3, lett. g) Trattato CE, è stato però inserito nel Protocollo n. 27 (protocollo sul mercato interno e sulla concorrenza) allegato ai Trattati (come noto i protocolli hanno lo stesso valore giuridico dei Trattati). In tale Protocollo si legge: «Le Alte parti contraenti, considerando che il mercato interno ai sensi dell'articolo 3 del trattato sull'Unione europea *comprende un sistema che assicura che la concorrenza non sia falsata*, hanno convenuto che a tal fine l'Unione adotta, se necessario, misure in base alle disposizioni dei trattati, ivi compreso l'articolo 352 del trattato sul funzionamento dell'Unione europea. Il presente protocollo è allegato al trattato sull'Unione europea e al trattato sul funzionamento dell'Unione europea».

A parte questa modifica relativa all'art. 3, lett. g), TCE, le norme contenute agli artt. 101-109 TFUE costituiscono sostanzialmente la trasposizione delle norme degli artt. 81-89 Trattato CE.

Gli artt. 101 e 102 TFUE disciplinano i comportamenti di imprese private

sul mercato suscettibili di alterare il libero gioco della concorrenza. Le due norme hanno applicazione generale. Nel sistema del Trattato sono sottoposti alla disciplina della concorrenza, in via di principio, tutti i settori economici con la parziale esclusione dell'agricoltura. L'art. 33, infatti, consente di escludere l'applicazione delle regole della concorrenza al mercato interno dei prodotti agricoli nella misura necessaria al buon funzionamento di questo. I regolamenti n. 1184/2006¹ (che abroga il precedente regolamento n. 26/1962) e n. 1234/2007 (che ha modificato il regolamento n. 1184/2006) hanno quindi ammesso l'applicabilità delle regole di concorrenza anche nel settore agricolo con l'eccezione di accordi che costituiscono parte integrante di un'organizzazione nazionale di mercato o che siano necessari per realizzare gli obiettivi della politica agricola comune. Di conseguenza, la determinazione dei comportamenti di imprenditori agricoli che soggiacciono alle regole di concorrenza è affidata ad una valutazione di funzionalità rispetto agli scopi dell'organizzazione dei mercati agricoli.

Regole particolari valgono inoltre per il settore delle assicurazioni e dei trasporti.

Il Trattato ammette peraltro che gli Stati membri possano limitare l'applicazione delle regole di concorrenza ad imprese alle quali riconoscano diritti speciali al fine di realizzare obiettivi di carattere generale (cfr. *infra*, par. 21 ss.).

D'altra parte, limitazioni sensibili della concorrenza possono derivare altresì da comportamenti di imprese, pubbliche o private, che si inseriscano nel quadro delle altre politiche dell'Unione europea.

2. IL CONCETTO DI IMPRESA

Il concetto di impresa che viene in considerazione ai fini del diritto europeo della concorrenza diverge sensibilmente dal concetto usualmente accolto, ad altri fini, nel diritto civile degli Stati membri. Esso ha un carattere essenzialmente economico: è impresa qualsiasi soggetto che svolga un'attività economica, capace di incidere anche potenzialmente sulla concorrenza², a prescindere dalla natura giuridica, dalle modalità di organizzazione e di finanziamento³.

¹ GUUE n. L 214 del 4 agosto 2006.

² Cfr. sentenza della Corte di Giustizia, del 17 dicembre 1991, causa C-6/89, Enichem Anic, Raccolta, II-1623 ss.

³ Cfr. sentenza della Corte di Giustizia, del 23 aprile 1991, causa C-41/90, Hofner e Helsen, Raccolta, I-2010 ss.

Il concetto di impresa è stato interpretato con una certa ampiezza; esso comprende tutti quei soggetti che offrono semplicemente beni o servizi su un determinato mercato, anche se non ricoprono la qualifica di impresa nell'ambito degli ordinamenti nazionali. La Corte di Giustizia della Comunità europea ha, ad esempio, qualificato come impresa ai fini del diritto della concorrenza l'ufficio pubblico di collocamento, pur se esso appare ispirato da finalità di natura non economica⁴. Imprese sono state considerate la persona fisica titolare di diritti di rilievo economico, pur non svolgendo attività organizzata⁵, l'ente *no profit*, sebbene privo di scopo di lucro, gli enti di natura pubblica⁶, le associazioni professionali dei liberi professionisti⁷.

Ulteriore connotazione dell'impresa affinché sia sottoposta alle disposizioni degli artt. 101 e 102 è l'autonomia con cui svolge la propria attività. Si tratta di un'autonomia concreta e operativa e non un'autonomia formale legata al criterio della personalità giuridica. Una impresa formalmente autonoma e dotata di propria personalità giuridica non è considerata impresa ai sensi dell'applicazione del diritto della concorrenza allorché il grado di controllo esercitato su di essa da una diversa impresa le impedisca di operare come entità economica indipendente⁸. Ciò appare del resto comprensibile se si pensa che le regole *antitrust* hanno riguardo ai comportamenti di fatto attuati dalle imprese sul mercato e mirano quindi ad assicurare il rispetto effettivo del principio della libertà di concorrenza.

⁴ Cfr. la sentenza della Corte di Giustizia dell'11 dicembre 1997, causa 55/96, Job Center, Raccolta, I-7199 ss.

⁵ In tal senso, cfr. la decisione della Commissione del 2 dicembre 1975, AOIP/Beyard, in *GUCE*, L 6/1976.

⁶ Tuttavia, qualora l'attività economica svolta da un organismo pubblico sia imprescindibilmente legata e finalizzata ai compiti di interesse generale ad esso conferiti, esso non soggiace alla disciplina comunitaria della concorrenza perché non costituisce "impresa"; in tal senso si è espresso il Tribunale di primo grado nella sentenza del 4 marzo 2003, causa T-319/99, Fenin, Raccolta, II-1 ss., ove ha sostenuto che gli enti pubblici spagnoli, che acquistano materiale sanitario venduto dalle imprese per offrire poi gratuitamente servizi sanitari agli iscritti al sistema nazionale sanitario, non hanno connotazione di "impresa".

⁷ Molteplici gli esempi a riguardo, cfr. la sentenza della Corte di Giustizia del 19 febbraio 2002, causa C-35/99, Arduino, Raccolta, I-152 ss.; e la sentenza della Corte di Giustizia del 18 giugno 1998, causa C-35/96, CNSD, Raccolta, I-3851 ss.

⁸ Cfr., fra le tante, le sentenze della Corte di Giustizia del 12 luglio 1984, causa 170/83, Hydrotherm, Raccolta, 2999 ss., e del Tribunale di prima istanza del 12 gennaio 1995, causa T-102/92, Viho, Raccolta, II-17 ss. Per quanto concerne il concetto di impresa ai sensi dell'art. 102, v. specialmente la sentenza del Tribunale di prima istanza del 10 marzo 1992, cause riunite T-68/89, T-77/89 e T-78/89, Vetro piano, Raccolta, II-1403 ss.

II. LE INTESI VIETATE DALL'ART. 101

3. I COMPORTAMENTI VIETATI DALL'ART. 101

L'art. 101 del Trattato proibisce alle imprese di stipulare intese, di operare con pratiche concordate e di formulare in ambito associativo decisioni aventi per oggetto o per effetto di impedire, restringere o falsare il libero gioco della concorrenza nel mercato interno.

Come la lettura stessa della disposizione suggerisce, viene in rilievo sia l'alterazione attuale che quella solo potenziale della concorrenza. Per l'applicazione della disciplina *antitrust* non è necessario che una alterazione della concorrenza si sia prodotta. È sufficiente invece una valutazione prognostica, che consideri cioè la capacità di un certo comportamento a determinare, se attuato, una alterazione della concorrenza nel mercato⁹.

D'altra parte, un accordo che impegni le imprese a tenere comportamenti lesivi della concorrenza non costituisce una violazione della normativa *antitrust* allorché le condizioni del mercato rendano impossibile, o estremamente improbabile, per le imprese interessate tenere un comportamento diverso. In tal caso, evidentemente, non è l'accordo, bensì la situazione di fatto, alle origini della scarsa concorrenza nel mercato interessato. Non costituisce, ad esempio, una violazione del diritto *antitrust* un accordo con il quale una impresa assuma l'obbligo a non operare in un determinato mercato, allorché, alla luce di un'analisi economica, risulti che l'impresa non sarebbe comunque in grado di operarvi.

Né è necessaria ai fini dell'integrazione della fattispecie di cui all'art. 101 la consapevolezza circa l'effetto distorsivo sulla concorrenza. Quel che rileva è la produzione di un effetto obiettivamente anticoncorrenziale e che questo sia voluto dalle parti, ovvero che costituisca la conseguenza prevedibile, nel senso che non poteva essere ignorata, di un comportamento al quale le parti si siano obbligate o che le parti abbiano posto in atto nella consapevolezza di cooperare alla produzione di esso.

Nella prassi applicativa delle Istituzioni la nozione di comportamenti anticoncorrenziali è stata interpretata in maniera particolarmente larga, sì da farvi rientrare tutti i comportamenti realizzati da imprese suscettibili di produrre effetti distorsivi della concorrenza. Non sono necessari, per rientrare nel divieto disposto dall'art. 101, particolari requisiti di forma. L'assenza di un requisi-

⁹ Sul concetto di concorrenza potenziale cfr. la decisione della Commissione del 14 luglio 1986, Fibre Ottiche, in *GUCE*, L 236/1986.

to formale è rafforzata dalla circostanza che la disposizione vieta anche pratiche concordate, rispetto alle quali si prescinde del tutto dallo scambio di consenso necessario per poter parlare di accordo. La definizione della pratica concordata è stata da sempre controversa. È problematico identificarne esattamente i contorni, al fine di riuscire a distinguerla da comportamenti di eguale contenuto ma non ispirati da intenti anticoncorrenziali bensì dal perseguimento della migliore ed autonoma politica aziendale in termini di efficienza economica per l'impresa.

La figura della pratica concordata è stata ricondotta dalla prassi alla circostanza in cui un soggetto assume determinati comportamenti in consapevole corrispondenza a comportamenti di altri soggetti; comportamenti che, nel loro insieme, producono una consapevole alterazione del libero gioco della concorrenza¹⁰. Peraltro, data la difficoltà di fondarsi su elementi di tipo psicologico, la prassi delle Istituzioni tende a dare rilievo ad elementi obiettivi. Tra questi vi sono, ad esempio, le comunicazioni preventive tra le imprese dalle quali, sebbene non scaturiscano forme obbligatorie di concertazione, possono sorgere comportamenti di fatto coordinati¹¹ capaci di alterare la concorrenza nel mercato, ovvero le forme di controllo o monitoraggio successive, tese a verificare e a consolidare una pratica concordata posta già in essere.

Conviene rilevare che l'accertamento della compatibilità di un'intesa con l'art. 101 implica che siano considerati tutti gli elementi che concorrono a determinare una distorsione del mercato e, quindi, sia i fattori anticoncorrenziali che quelli pro-concorrenziali. Ad esempio, nella valutazione di compatibilità con l'art. 101 di un patto di non concorrenza contenuto in un contratto di cessione di impresa le Istituzioni dell'Unione europea hanno considerato che un divieto di questo tipo, se limitato nel tempo e nel suo campo di applicazione, ha un effetto benefico sulla concorrenza che prevale sull'effetto restrittivo, in quanto esclude che il cedente possa, avvalendosi del proprio avviamento, ostacolare una sana concorrenza e finanche pregiudicare la sopravvivenza sul mercato dell'impresa ceduta¹².

D'altra parte, tale impostazione (secondo cui la natura anticoncorrenziale di un accordo è conseguenza del bilanciamento tra effetti anticoncorrenziali

¹⁰ Secondo la classica definizione della Corte di Giustizia, la nozione di pratica concordata consisterebbe in "una forma di coordinamento dell'attività delle imprese che, senza essere stata spinta fino all'attuazione di un vero e proprio accordo, costituisce in pratica una consapevole collaborazione fra le imprese stesse, a danno della concorrenza" (sentenza del 14 luglio 1972, causa 48/69, ICI, Raccolta, 619 ss.).

¹¹ Cfr. ad esempio la sentenza del Tribunale di primo grado 24 ottobre 1991, causa T-1/89, Rhône Poulenc SA, Raccolta, II-867 ss.

¹² Sentenza della Corte di Giustizia dell'11 luglio 1985, causa 42/84, Remia Nutricia, Raccolta, 2545 ss.

dell'art. 101, par. 1, e effetti pro concorrenziali dell'art. 101, par. 3, TFUE) si è ulteriormente consolidata con l'emanazione della Comunicazione sull'interpretazione dell'art. 101, par. 3, TFUE del 2004. Con tale Comunicazione la Commissione ha modificato radicalmente l'interpretazione precedentemente fornita dall'Autorità europea (e a ben vedere anche quella della consolidata giurisprudenza della Corte di giustizia) preferendo alla precedente interpretazione "formalistica" una interpretazione più attenta agli "effetti" delle intese sul mercato.

Discorso leggermente differente riguarda quei settori, come il settore agricolo, dove è necessario regolare le interazioni fra il principio di libertà di concorrenza e l'attuazione di altre politiche dell'Ue. In tali casi, il coordinamento fra politiche europee sembra imporre una interpretazione sistematica delle disposizioni del Trattato, suscettibile di temperare il rigore delle disposizioni *antitrust* laddove i comportamenti privati siano indotti da atti comunitari diretti a realizzare altri fini del Trattato.

4. (Segue) ACCORDI ORIZZONTALI E ACCORDI VERTICALI

L'art. 101 indica i contenuti che rendono un determinato accordo contrario al diritto della concorrenza. Si tratta di una elencazione dal chiaro¹³ significato esemplificativo. La prassi ve ne ha aggiunto di ulteriori. Si riproduce il testo del primo paragrafo dell'art. 101: *"Sono incompatibili con il mercato interno e vietati tutti gli accordi, tutte le decisioni di associazioni di imprese e tutte le pratiche concordate che possano pregiudicare il commercio fra Stati membri e che abbiano per oggetto o per effetto di impedire, restringere o falsare il gioco della concorrenza all'interno del mercato interno ed in particolare quelli consistenti nel:*

- a) fissare direttamente o indirettamente i prezzi d'acquisto o di vendita ovvero altre condizioni di transazione;*
- b) limitare o controllare la produzione, gli sbocchi, lo sviluppo tecnico o gli investimenti;*
- c) ripartire i mercati o le fonti di approvvigionamento;*
- d) applicare, nei rapporti commerciali con gli altri contraenti, condizioni dis-*

¹³ Introdotta dal regolamento CE 1/2003 del 16 dicembre 2002 concernente l'applicazione delle regole di concorrenza di cui agli artt. 101 e 102 del Trattato; il regolamento sostituisce il precedente regolamento di applicazione n. 17/62 e dispone, tra l'altro, l'applicazione decentrata del par. 3 dell'art. 101, concernente le esenzioni, anche da parte degli organi di controllo nazionali. (v. *infra*, par. 6.2).

simili per prestazioni equivalenti, così da determinare per questi ultimi uno svantaggio nella concorrenza;

e) subordinare la conclusione di contratti all'accettazione da parte degli altri contraenti di prestazioni supplementari che, per loro natura o secondo gli usi commerciali, non abbiano alcun nesso con l'oggetto dei contratti stessi".

Un certo rilievo ha assunto la distinzione fra accordi orizzontali e accordi verticali.

I primi sono accordi fra imprese poste allo stesso livello nel ciclo economico. Tali sono, ad esempio, accordi che fissano prezzi o spartiscono mercati fra imprese direttamente concorrenti.

Di converso, gli accordi verticali sono accordi fra imprese poste ad un diverso livello nel ciclo economico e che non sono direttamente in concorrenza, ma, anzi, la cui cooperazione appare essenziale per il coordinamento delle attività produttive. Tipici accordi verticali sono gli accordi di distribuzione che intercorrono fra una impresa di produzione e una o più imprese che ne distribuiscono il prodotto.

Nella sentenza *Consten e Grundig*, del 1966¹⁴, la Corte di Giustizia ha accertato che, in via di principio, gli accordi verticali rientrano nel divieto dell'art. 101. Come si legge nella sentenza, *"la concorrenza può essere alterata ai sensi dell'art. (101), paragrafo 1, non solo da accordi che la limitano fra le parti, ma anche da accordi che impediscono o restringono la concorrenza che potrebbe avere luogo fra una di esse e i terzi"*. La Corte ha quindi accertato che un accordo di esclusiva fra produttore e distributore contenente a carico di quest'ultimo un divieto assoluto di rivendita dei prodotti fuori dalla zona di esclusiva (clausola di protezione territoriale assoluta) altera la concorrenza fra distributori di prodotti della stessa marca – la c.d. concorrenza *intra-brand* – ed è quindi vietata dall'art. 101. Rispondendo all'osservazione delle parti private, secondo le quali un accordo verticale, se da un lato impedisce o rende più difficoltosa la concorrenza fra prodotti della stessa marca, d'altro lato ha un effetto di stimolo rispetto alla concorrenza fra prodotti similari di marche diverse, la Corte ha osservato che *"(s)e la concorrenza fra produttori è in genere più appariscente di quella fra distributori della stessa marca, ciò non significa che un accordo diretto a restringere quest'ultima sia sottratto al divieto dell'art. (101), paragrafo 1, per il solo fatto che esso potrebbe incrementare la prima"*. In concreto, la Corte ha stabilito che l'art. 101, par. 1, risulta violato da un accordo di distribuzione che realizzi, attraverso clausole di protezione territoriale, una compartimentazione dei mercati di prodotti della medesima marca. Peraltro queste conclusioni andranno precisate alla luce delle condizioni di esentabilità degli accordi verticali (v. *infra*, par. 7).

¹⁴ Sentenza 13 luglio 1966, cause riunite 56-58/64, Raccolta, 458 ss.

5. LA NULLITÀ DELLE INTESI VIETATE

Il secondo paragrafo dell'art. 101 prevede la sanzione civilistica della nullità per gli accordi e le intese vietati dal primo paragrafo della disposizione.

La nullità è insanabile, opera automaticamente e può essere rilevata, anche d'ufficio, da qualsiasi giudice. Il secondo paragrafo è stato costantemente inteso nel senso che esso sarebbe suscettibile di produrre effetti diretti. Peraltro, l'accertamento giudiziale della nullità e delle conseguenze che vi si riconnettono può originare una serie di interferenze rispetto all'accertamento operato da istituzioni dell'Unione europea (cfr. *infra*, par. 14).

Qualora l'accordo presenti clausole "separabili" la nullità colpisce solo tali clausole¹⁵. Non sono peraltro chiari i criteri da utilizzare per accertare il carattere di separabilità di una clausola dal corpo di un accordo. Non è chiaro, in particolare, se si debba dar rilievo ad un criterio soggettivo, il quale riguarderebbe il rilievo dato da ciascuna parte alla clausola dell'accordo al fine della sua conclusione, ovvero se occorra guardare a criteri obiettivi, concernenti cioè il rilievo causale della clausola rispetto all'accordo.

6. LE ESENZIONI

6.1. *Profili generali*

Il terzo paragrafo dell'art. 101 consente di esentare alcuni tipi di accordi astrattamente distorsivi della concorrenza in ragione di effetti positivi che essi sono suscettibili di realizzare sul processo di produzione o sul progresso tecnico o economico. Secondo tale disposizione:

"... le disposizioni del paragrafo 1 possono essere dichiarate inapplicabili:
– *a qualsiasi accordo o categoria di accordi fra imprese;*
– *a qualsiasi decisione o categoria di decisioni d'impresa, e*
– *a qualsiasi pratica concordata o categoria di pratiche concordate che contribuiscano a migliorare la produzione o la distribuzione dei prodotti o a promuovere il progresso tecnico o economico, pur riservando agli utilizzatori una con-*

¹⁵ Nella menzionata sentenza Consten-Grundig, del 1966, si legge, "(l)a nullità assoluta sancita dall'art. 85, par. 2, colpisce i soli elementi dell'accordi soggetti al divieto, ovvero l'accordo nel suo complesso qualora detti elementi appaiono essenziali per l'accordo stesso".

grua parte dell'utile che ne deriva, ed evitando di a) imporre alle imprese interessate restrizioni che non siano indispensabili per raggiungere tali obiettivi,

b) dare a tali imprese la possibilità di eliminare la concorrenza per una parte sostanziale dei prodotti di cui trattasi".

Nel sistema del Trattato queste ipotesi sono le sole che possano giustificare comportamenti posti in essere da soggetti privati lesivi delle regole di concorrenza. Peraltro, nella prassi, la competenza in materia di esenzione, competenza esclusiva della Commissione in vigore del regime del regolamento 17/62, è stato utilizzato in maniera da soddisfare esigenze anche non direttamente connesse ai motivi indicati dall'art. 101, par. 3, ma collegate più ampiamente agli obiettivi del mercato interno, assicurando così, sia pure parzialmente, la coerenza fra le politiche dell'Unione europea¹⁶.

Il potenziale vantaggio dell'accordo anticoncorrenziale conferito alla produzione o alla distribuzione dei prodotti ovvero al progresso tecnico o economico non è tuttavia sufficiente a garantire una esenzione. Come indicato nella Comunicazione sull'interpretazione dell'art. 101, par. 3, TFUE del 2004, occorre infatti, da un lato, che l'accordo provveda inoltre ad assicurare dei vantaggi per i consumatori nella forma di produzione di efficienze e, d'altro lato, che le restrizioni alla concorrenza siano strettamente necessarie per realizzare gli obiettivi dell'accordo. Ulteriore requisito è il mantenimento delle condizioni di un mercato concorrenziale; in altri termini, l'accordo non deve escludere la concorrenza sul mercato.

6.2. *Le esenzioni individuali*

La formulazione letterale dell'art. 101, par. 3, e la prassi delle Istituzioni permette di distinguere fra esenzioni individuali e esenzioni per categorie.

Le esenzioni individuali riguardano singoli accordi che rientrano nel divieto dell'art. 101, par. 1, ma che soddisfano le condizioni previste dal par. 3.

Secondo il precedente sistema, vigente con il regolamento n. 17/1962, primo regolamento d'applicazione degli articoli (101 e 102) del Trattato, gli accordi andavano notificati alla Commissione e, per poter spiegare lecitamente i propri effetti, dovevano attendere l'autorizzazione da parte dell'organo dell'Unione europea. Ciò era conseguenza della mancanza di effetti diretti della disposizione. Nell'assetto normativo vigente fino alla riforma del 2003, il bene-

¹⁶ Un esempio è dato dalla sentenza del Tribunale di prima istanza 15 settembre 1998, cause riunite T-374/94, T-375/94, T-384/94, T-388/94, *ENS*, Raccolta, II 3141 ss. nella quale il Tribunale sembra aver preso in considerazione le esigenze di sviluppo di reti trans-europee al fine di determinare la durata ragionevole di una esenzione.

ficio dell'esenzione e quindi la liceità di un comportamento anticoncorrenziale erano subordinati al provvedimento espresso di autorizzazione della Commissione. Gli elementi di discrezionalità riconnessi alla decisione circa l'esenzione di un certo accordo dal diritto *antitrust* contribuivano a ritenere l'art. 101, par. 3, non suscettibile di applicazione da parte dei giudici nazionali.

Il meccanismo al fine di riconoscere le esenzioni era peraltro assai complesso. Ai sensi dell'art. 4, par. 1, del regolamento n. 17/1962, gli accordi per i quali si chiedeva un'esenzione dovevano essere preventivamente notificati alla Commissione. In assenza di notifica l'esenzione non poteva essere rilasciata. Dall'obbligo di notifica erano esclusi gli accordi verticali, in seguito alla modifica introdotta dall'art. 4 del regolamento (CE) 1215/1999 del Consiglio del 10 giugno 1999, che ha costituito una prima attuazione di un più complesso disegno di riforma della disciplina degli accordi verticali (cfr. *infra*, par. 7). Esclusi altresì dall'onere di notifica e di richiesta di autorizzazione erano gli accordi compresi nei regolamenti di categoria (cfr. *infra*, par. 6.3). L'esenzione era concessa con decisione della Commissione per un periodo determinato e potevano accedervi condizioni o oneri da assolvere da parte delle imprese. La concessione di una esenzione poteva peraltro essere sempre revocata dalla Commissione qualora fossero mutate le condizioni di fatto che ne avevano costituito un presupposto essenziale, o qualora le imprese non avessero osservato gli oneri imposti, o qualora l'esenzione fosse stata ottenuta in base a documentazione inesatta ovvero in caso di abuso dell'esenzione (art. 8 del regolamento n. 17/62).

Questa situazione è mutata profondamente con il nuovo regolamento n. 1/2003, che ha sostituito il precedente regolamento n. 17/62 ed ha realizzato mutamenti assai rilevanti nei procedimenti di applicazione del diritto europeo della concorrenza.

Il nuovo regolamento sancisce, infatti, gli effetti diretti della norma contenuta nell'art. 101, par. 3, la quale è divenuta ora applicabile non solo da parte della Commissione ma anche da parte dei giudici nonché delle autorità *antitrust* nazionali, senza che occorra una previa decisione della Commissione (art. 1). In particolare, questi organi sono abilitati ad applicare il terzo paragrafo dell'art. 101 e ad accertare quindi i motivi che giustificano una esenzione, allorché questa norma sia invocata in una questione sorta innanzi a loro.

Ulteriore conseguenza degli effetti diretti dell'art. 101, par. 3, è la scomparsa dell'obbligo di notifica. Ne risulta un sistema di controllo "a posteriori", nel quale cioè le imprese hanno l'onere di valutare secondo il concetto, coniato dalla Commissione, dell'*autovalutazione*, esse stesse se ricorrano le condizioni per una esenzione e di attuare quindi accordi astrattamente incompatibili con il diritto della concorrenza, salvo invocare il terzo paragrafo dell'art. 101 nel quadro di procedimenti giudiziari o amministrativi *antitrust* avviati d'uf-

ficio o su denuncia di terzi. Le esenzioni individuali passano dunque da un regime di autorizzazioni *ex ante* ad un regime di eccezione legale. In tali procedimenti sarà a carico dell'impresa peraltro l'onere di dimostrare, ai sensi dell'art. 2 del nuovo regolamento, l'esistenza delle condizioni di esenzione.

All'attenuazione del ruolo operativo della Commissione, in seguito all'attuale decentramento applicativo, corrisponderebbe peraltro un ruolo normativo più attivo; la Commissione si riserva, infatti, il compito di guidare l'applicazione dell'art. 101, par. 3, da parte degli organi nazionali. A delineare tale nuovo ruolo attendono ora le recenti Linee direttrici sull'applicazione dell'art. 101, par. 3, del Trattato nonché, dal punto di vista procedurale, la Comunicazione sulla cooperazione nell'ambito della rete delle autorità garanti dell'aprile 2004¹⁷. La comunicazione tende a sviluppare i principi del regolamento oltre che individuare criteri per determinare quale sia, in caso di concorso di competenza, l'autorità nazionale più idonea a trattare una determinata questione e prevedere le forme di cooperazione fra autorità garanti di stati diversi (su tutta questa materia, cfr. *infra*, par. 13). Peraltro, la Commissione assolve al proprio ruolo guida attraverso un'attività di collaborazione con le autorità garanti della concorrenza degli Stati membri, ai sensi di quanto previsto dagli artt. 11 e 12 del nuovo regolamento. È l'art. 15 a regolare, invece, il rapporto con le giurisdizioni nazionali insieme alla successiva comunicazione della Commissione¹⁸.

I vantaggi del sistema di applicazione decentrata dell'art. 101, par. 3, del Trattato sono prevalentemente di carattere pratico. Il sistema vigente precedentemente aveva infatti originato la tendenza delle imprese a notificare ogni genere di accordo alla Commissione sia per ottenere attestazioni negative¹⁹ sia per ottenere dichiarazioni di esenzione. Non mancavano poi notifiche presentate strumentalmente, al fine di giungere ad una sospensione di eventuali procedimenti nazionali. D'altra parte, solo in pochissimi casi la Commissione era in grado, a fronte di una notifica, di attivare un procedimento formale e di concludere nel senso di una infrazione o di un'autorizzazione. L'istituto della notifica veniva quindi alterato: la notifica era intesa non di rado dalle imprese come un mezzo per prevenire l'applicazione del diritto *antitrust* e per diminuire l'efficacia del controllo a posteriori riguardo il rispetto dell'art. 101 del Trattato.

¹⁷ Pubblicate ambedue in *GUCE*, C 101 del 27 aprile 2004.

¹⁸ Comunicazione della Commissione relativa alla cooperazione tra la Commissione e le giurisdizioni degli Stati membri dell'Unione europea ai fini dell'applicazione degli artt. 101 e 102 del trattato, in *GUCE*, C 101 del 27 aprile 2004.

¹⁹ Le attestazioni negative erano dichiarazioni rilasciate dalla Commissione in cui essa affermava che l'accordo comunicato non rientrava nell'applicazione dell'allora art. 81, par. 1, e dunque non costituiva violazione.

Con riferimento all'applicazione del regolamento n. 1/2003 nei primi cinque anni di vigenza, la Commissione ha emanato il 29 aprile 2009 una relazione al Parlamento europeo, ai sensi dell'art. 44, sul funzionamento del nuovo regime²⁰.

6.3. *Le esenzioni per categoria*

Il terzo paragrafo dell'art. 101 prevede che una esenzione possa essere anche concessa per categorie di accordi, intese o pratiche concordate. Il Consiglio, con i regolamenti n. 19/65 e n. 2821/71, più volte modificati, ha conferito alla Commissione il potere di accordare esenzioni per categorie. Sono così stati adottati dalla Commissione gli attuali regolamenti di esenzioni per categoria: regolamento n. 330 del 20 aprile 2010 (che sostituisce il regolamento 2790/1999), relativo agli accordi verticali, regolamento n. 772/2004 del 27 aprile 2004, relativo ad accordi sul trasferimento di tecnologia, regolamento n. 2658/2000 del 29 novembre 2000, relativo ad accordi di specializzazione, regolamento n. 2659/2000 del 29 novembre 2000, relativo ad accordi in materia di ricerca e sviluppo. Sono inoltre in vigore taluni regolamenti di esenzione per categoria relativi al settore delle assicurazioni²¹. I regolamenti di esenzione per categoria hanno lo scopo di precisare, rispetto al settore di accordi considerato, le condizioni la cui osservanza consente la non applicazione del divieto dell'art. 101, par. 1, all'accordo. Tradizionalmente essi contenevano un elenco delle clausole vietate, la cui presenza nell'accordo ne avrebbe escluso l'esentabilità (c.d. clausole nere), e un elenco di quelle invece ammesse (c.d. clausole bianche).

I regolamenti più recenti hanno mutato questo approccio, di carattere normativo, adottando invece un approccio di tipo economico: essi, a parte indicare un ristretto numero di clausole assolutamente vietate che determinano la nullità dell'accordo, prevedono che la valutazione circa l'esentabilità vada compiuta in concreto, con particolare riferimento al potere di mercato detenuto dalle imprese partecipanti all'intesa.

Tale nuova impostazione ha quale obiettivo quello di valutare la violazione o meno dell'art. 101 TFUE sulla base del concreto effetto degli accordi verticali sul mercato (*effect based approach*) e non, come precedentemente con riferimento alle c.d. clausole bianche e clausole nere, relativamente a considerazioni fondate sulla struttura dei singoli accordi (*form based approach*).

La quota di mercato diventa quindi, nella nuova generazione dei regola-

²⁰ Documento COM(2009) 206 def.

²¹ Regolamento del 24 marzo 2010, n. 267/2010, che sostituisce il regolamento 27 febbraio 2003, n. 358/2003.

menti di esenzione per categoria, un parametro essenziale²²: ognuno di essi sancisce, infatti, una quota di mercato limite per le imprese partecipanti all'intesa, al di sotto della quale, salvo l'inserimento delle c.d. clausole "nere", l'accordo beneficia dell'esenzione. Il superamento della quota limite comporta contrariamente la perdita della presunzione di esenzione e, in un eventuale procedimento amministrativo o giudiziario, la necessità per l'impresa di dimostrare l'esistenza delle condizioni che permettono di beneficiare semmai dell'esenzione individuale.

L'esistenza di regolamenti che determinano un'esenzione per categoria ha l'effetto, infatti, di stabilire, per gli accordi che rientrano nell'ambito di applicazione degli stessi, una presunzione di esentabilità, che può comunque essere superata in presenza di elementi che facciano ritenere non tollerabili le alterazioni della concorrenza che essi comportano. Tuttavia, allorché un determinato accordo rientri nel campo di applicazione di un regolamento di esenzione, l'onere di provare l'esistenza di una violazione spetterà agli organi di controllo. Si verifica quindi una significativa inversione dell'onere della prova rispetto al regime delle esenzioni individuali, ove, come si è visto, è l'impresa che intende beneficiare dell'esenzione a dover dimostrare il soddisfacimento delle condizioni di cui all'art. 101, par. 3.

Legittimate a revocare l'esenzione regolamentare sono la Commissione e le autorità garanti nazionali, limitatamente queste ultime al territorio di propria competenza capace di assumere la connotazione di mercato geografico distinto.

La revoca dell'esenzione regolamentare non potrà avere effetto retroattivo: l'accordo corrispondente alle condizioni previste dai regolamenti d'esenzione cadrà nel divieto di cui all'art. 101, par. 1, solo dopo che le Istituzioni siano intervenute a dichiararne la revoca. Anche a tale riguardo si può apprezzare la differenza rispetto alla disciplina delle esenzioni individuali. Qualora infatti l'impresa ritenga che l'accordo concluso rispecchi le condizioni per un'esenzione individuale e le Istituzioni amministrative o giudiziarie ne dichiarino invece il mancato soddisfacimento, l'accordo ricadrà nel divieto di cui all'art. 101, par. 1, sin dall'origine.

Gli accordi che non rientrano nell'ambito di applicazione dei regolamenti di esenzione per categoria non sono necessariamente vietati ai sensi dell'art. 101 TFUE in quanto ad essi può comunque essere applicato l'art. 101 par. 3 TFUE.

Al fine di agevolare le imprese nella loro valutazione, la Commissione adotta documenti di carattere non vincolante, aventi natura di comunicazione, con

²² Diventa allora rilevante, al fine di conoscere la consistenza del pregiudizio arrecato alla concorrenza, la determinazione del mercato rilevante. Per l'analisi di tale nozione, prevalentemente utilizzata per valutare l'esistenza di una posizione dominante, i fini dell'applicazione dell'art. 102, cfr. *infra*, par. 10.

lo scopo di preconstituire, per quanto possibile, gli orientamenti delle autorità incaricate di accertare l'esistenza dei requisiti per l'esenzione di categoria. Fra questi, conviene ricordare soprattutto le Linee direttrici sulle restrizioni verticali²³ e le Linee direttrici sull'applicabilità dell'art. 101 del trattato CE agli accordi orizzontali²⁴.

7. LE CONDIZIONI DI ESENTABILITÀ DEGLI ACCORDI VERTICALI

Conviene dedicare una certa attenzione al fenomeno degli accordi verticali, sia perché rispetto ad essi si sono prodotti i maggiori problemi di inquadramento nell'ambito della disciplina della concorrenza sia perché essi sono stati i primi ad essere interessati dal complesso progetto di riforma che ha dato vita alla nuova generazione dei regolamenti di esenzione per categoria. Il regolamento (CE) n. 2790/1999 della Commissione del 22 dicembre 1999²⁵ è infatti il primo regolamento che ha recepito i nuovi criteri della Commissione stabilendo la presunzione di liceità per quegli accordi verticali che non presentino clausole espressamente vietate (c.d. clausole nere) e rispettino la quota di mercato limite. Tale regolamento è stato sostituito dal regolamento n. 330/2010 della Commissione del 20 aprile 2010²⁶ che ha mantenuto i principi ispiratori del regolamento n. 2790/1999.

Gli accordi verticali, in particolare gli accordi di distribuzione, sono stati oggetto di diverse valutazioni. Inizialmente, le Istituzioni dell'Unione europea hanno mostrato un atteggiamento rigoroso nei confronti degli accordi verticali per il timore che potessero produrre una compartimentazione dei mercati nazionali, ostacolando così l'unificazione del mercato interno. Tuttavia, gli accordi verticali sono stati anche considerati con un certo favore dalla letteratura economica sulla concorrenza. Essi, infatti, in un mercato caratterizzato da una forte concorrenza fra più marche, avrebbero la funzione di migliorare la distribuzione e la presentazione nonché l'assistenza al consumatore. In alcune situazioni esse sono addirittura essenziali per il buon funzionamento del mercato: la clausola di esclusiva può risultare fondamentale per la conclusione di un accordo di distribuzione che altrimenti il distributore non sottoscriverebbe perché non salvaguardato nei propri investimenti commerciali dall'azione di

²³ Pubblicata in *GUUE*, C 130 del 19 maggio 2010.

²⁴ Pubblicata in *GUCE*, C 3 del 6 gennaio 2001.

²⁵ In *GUCE*, L 336 del 29 dicembre 1999.

²⁶ In *GUUE*, L 102 del 23 aprile 2010.

altri distributori. Non mancano quindi situazioni nelle quali gli effetti pro-concorrenziali di un accordo verticale sarebbero preponderanti rispetto agli effetti anti-concorrenziali. Appare particolarmente difficile valutare a priori gli effetti di un accordo verticale, indipendentemente cioè dalla situazione di mercato nella quale esso è destinato ad operare.

Un approccio che rivolge ampia attenzione all'analisi di mercato ha trovato concretizzazione prima nel regolamento n. 2790/99 e, successivamente, poi nel vigente regolamento n. 330/2010. Questo ultimo regolamento prevede un regime legale di esenzione per tutti gli accordi verticali qualora il potere di mercato sia del fornitore che dell'acquirente non sia superiore al 30% del mercato. Entro questi margini la Commissione considera probabile che gli effetti pro-concorrenziali degli accordi verticali prevalgano sugli effetti anti-concorrenziali, riservandosi comunque la possibilità di revocare con efficacia *ex nunc* l'esenzione. La revoca può essere adottata quando la Commissione dimostri che comunque l'accordo rechi maggiori danni alla concorrenza piuttosto che obiettivi vantaggi ed in specie che sia causa di forti restrizioni concorrenziali per la presenza di una rete parallela di accordi verticali. Qualora gli effetti dell'accordo si producano sul territorio di un solo Stato o su parte di esso avente le caratteristiche di un mercato distinto, la revoca dell'esenzione potrà essere pronunciata anche dall'autorità *antitrust* di quello Stato.

L'esenzione non copre quegli accordi verticali che contengono clausole con effetti fortemente penalizzanti per la concorrenza (c.d. restrizioni fondamentali, art. 4), in particolare clausole di protezione territoriale assoluta o clausole di fissazione dei prezzi²⁷. Vi è inoltre una serie di clausole, le c.d. "clausole grigie", il cui inserimento nell'accordo non determina la perdita dell'esenzione di categoria per l'intero accordo, bensì, in base alla regola della separabilità, per la sola parte di esso che contiene tali clausole; sono gli obblighi di non concorrenza indeterminati o particolarmente gravosi o che pongono ai membri di un sistema di distribuzione selettiva un divieto di vendita di prodotti di altre marche. Il regolamento, sotto questo aspetto, riguarda specificamente anche i problemi collegati agli aspetti degli accordi verticali nelle vendite on-line.

Per gli accordi che non rientrano nell'ambito del meccanismo di esenzione permane la facoltà di avvalersi di un'esenzione individuale.

A coadiuvare le imprese nel valutare se un accordo verticale concluso possa

²⁷ L'art. 4 del regolamento aggiunge inoltre fra le clausole che giustificano l'inapplicabilità dell'esenzione la proibizione di vendita agli utilizzatori finali da parte degli appartenenti ad una rete di distribuzione selettiva, la fornitura incrociata fra membri di tale sistema e il divieto di vendita ad utilizzatori finali come parti di ricambio di componenti di un prodotto ad opera dell'acquirente che assembla il prodotto.

soddisfare le condizioni di cui al regolamento n. 330/2010 e dunque essere considerato esentabile dal divieto dell'art. 101 del Trattato, vi sono le Linee direttrici sulle restrizioni verticali²⁸.

III. L'ABUSO DI POSIZIONE DOMINANTE VIETATO DALL'ART. 102

8. L'ESISTENZA DI UNA POSIZIONE DOMINANTE

L'abuso di posizione dominante è disciplinato dall'art. 102 del Trattato.

L'esistenza di una posizione dominante non è vietata dal diritto della concorrenza; ne è vietato piuttosto uno sfruttamento abusivo, atto a ridurre le capacità competitive di altri operatori – e a conservare quindi artificialmente la posizione dominante – ovvero a realizzare politiche di mercato che si avvalgano dell'assenza o della ridotta concorrenza a danno dei consumatori.

Ad integrare la fattispecie vietata dall'art. 102 sono dunque l'esistenza di una posizione dominante, quale elemento propedeutico essenziale, e lo sfruttamento abusivo della stessa, quale elemento oggetto del divieto normativo. I soggetti economici che ricoprono una posizione dominante nel mercato sono gravati da una particolare responsabilità; essi, pena l'illiceità, non possono mettere in atto comportamenti abusivi, comportamenti che, in mancanza della posizione dominante, sarebbero invece pienamente leciti.

L'impostazione della Commissione, tanto con riferimento al concetto di posizione dominante quanto al relativo abuso, è stata modificata con la Comunicazione della Commissione denominate "Orientamenti sulle priorità della Commissione nell'applicazione dell'art. (102 TFUE) al comportamento abusivo delle imprese dominanti volto all'esclusione dei concorrenti"²⁹.

La posizione dominante sul mercato è un concetto economico, che indica l'esistenza di un notevole grado di indipendenza del quale gode un operatore economico, posto in grado di determinare con una certa libertà le proprie strategie sul mercato, senza dover tenere conto di comportamenti di eventuali concorrenti³⁰.

²⁸ V. nota 24.

²⁹ *GUUE* C 45 del 24 febbraio 2009.

³⁰ Essa corrisponde ad una "posizione di potenza economica grazie alla quale l'impresa che la detiene è in grado di ostacolare la persistenza di una concorrenza effettiva sul mercato in questione, ed ha la possibilità di tenere comportamenti alquanto indipendenti nei confronti dei

A tal fine, la quota di mercato detenuta dall'impresa è un criterio assai importante, pur se non sempre decisivo. Può essere, infatti, considerata in posizione dominante anche un'impresa dotata di una quota di mercato minoritaria in senso assoluto, ma dotata di un potere relativo assai alto nei confronti dei concorrenti e tale da determinare una notevole indipendenza dei suoi comportamenti. Questa situazione è stata riconosciuta, ad esempio, in presenza di un forte squilibrio nella struttura del mercato fra una impresa maggioritaria e una molteplicità di imprese che detengono quote "polverizzate".

Tuttavia, alcune quote di mercato possono assurgere a valore assoluto e costituiscono quindi un elemento univoco nel definire una posizione dominante. Tali sono, nella prassi delle Istituzioni, quote superiori ad una soglia del 90%³¹. Tale soglia sta tuttavia subendo un processo di progressiva contrazione, non senza qualche critica da parte della dottrina e degli operatori commerciali³². Negli Orientamenti come regola generale è escluso che una impresa che detenga una quota di mercato inferiore al 40% possa detenere una posizione dominante.

Sussistono ulteriori elementi generalmente considerati al fine di accertare l'esistenza di una posizione dominante³³: tra questi l'esistenza di vantaggi tecnologici o finanziari detenuti dall'impresa ovvero la presenza di un mercato caratterizzato da barriere all'entrata per i nuovi concorrenti.

9. LA POSIZIONE DOMINANTE COLLETTIVA

L'esistenza di una situazione di paritario potere di mercato da parte di poche imprese, in un mercato generalmente di tipo oligopolista, può determinare

concorrenti, dei clienti e, in ultima analisi, dei consumatori" (sentenza 14 febbraio 1978, causa 27/76, *United Brands*, Raccolta, 1978, 207 ss.). Si può notare peraltro come questa definizione non è priva di una certa circolarità, in quanto la posizione dominante viene definita in ragione della potenziale commissione di un abuso, mentre la definizione della nozione di sfruttamento abusivo andrebbe, a propria volta, ricondotta ad un comportamento di impresa posta ipoteticamente in posizione dominante.

³¹ Sentenza del Tribunale di prima istanza del 6 ottobre 1994, causa T-83/91, *Tetra Pak II*, Raccolta, II-762 ss.

³² Sentenza della Corte di Giustizia del 3 luglio 1991, causa 62/86, *Akzo*, Raccolta, I-3359 ss. La Corte si esprime nel senso che anche una quota del 50% "costituisce di per se stessa, e salvo circostanze eccezionali, la prova dell'esistenza di una posizione dominante". Le critiche avverso tale orientamento sostengono una confusione tra il concetto di posizione "dominante" e di posizione "rilevante".

³³ Sentenza della Corte di Giustizia del 14 febbraio 1978, causa 27/76, *United Brands*, Raccolta, 207 ss.

una propensione a realizzare una posizione dominante collettiva. Questa fattispecie consente a imprese non dominanti di mettere comunque proficuamente in atto, tramite una concertazione tra loro, un comportamento abusivo. La posizione dominante è allora detenuta collettivamente da più operatori economici, pur se la posizione sul mercato di ciascuno di essi, singolarmente considerata, non sarebbe tale.

Conseguentemente il comportamento abusivo si pone come comportamento coordinato delle imprese; risulta palese un legame con la fattispecie dell'accordo anticoncorrenziale, da cui difficilmente l'abuso di posizione minante collettiva è riuscita a discostarsi e che spesso gli organi di controllo valutano contestualmente. Un abuso di posizione dominante collettiva può infatti concorrere con eventuali violazioni dell'art. 101, qualora l'abuso sia l'effetto di un accordo o di una pratica concordata fra le imprese. Anche la giurisprudenza nel definire l'abuso di posizione dominante collettiva si è spesso avvicinata al concetto di intesa e in specie di pratica concordata³⁴.

La pratica abusiva potrebbe tuttavia rilevare autonomamente allorché gli obblighi negoziali fra le parti non abbiano di per sé effetti anti-concorrenziali ovvero siano esentati ai sensi dell'art. 101, par. 3, mentre invece gli effetti abusivi potrebbero derivare dai comportamenti delle imprese sul mercato operati a seguito degli accordi stessi. Si pensi, ad esempio, ad un accordo di gestione di marchio collettivo, attraverso il quale le imprese interessate ostacolano l'ingresso nel mercato da parte di altri operatori.

Il "legame" che avvince più imprese in una posizione dominante collettiva può peraltro ritrovarsi, oltre che in un accordo collusivo, in vincoli economici esistenti tra le imprese; in tal senso si è espresso il Tribunale di prima istanza³⁵, che in specie ha delineato una posizione dominante collettiva in forza di un comune vantaggio tecnologico detenuto da più operatori.

³⁴ Sentenza del Tribunale di prima istanza del 6 giugno 2002, causa T 342/99, Airtours, Raccolta, II-2585 ss. Il Tribunale ha utilizzato criteri di individuazione dell'abuso di posizione dominante collettiva analoghi a quelli tradizionalmente utilizzati al fine di stabilire l'esistenza di una pratica concordata; essi consistono nel consapevole coordinamento dei comportamenti da parte di ciascuna impresa e nell'esistenza di meccanismi capaci di garantire a tale coordinamento una durata nel tempo e capaci di assicurare alle imprese un proficuo utile anche a fronte delle reazioni di concorrenti e consumatori.

³⁵ Sentenza del Tribunale di prima istanza del 10 marzo 1989, cause T 68-77-78/89, Vetro Piano, Raccolta, 1989.

10. IL MERCATO RILEVANTE

L'esistenza di una posizione dominante presuppone la previa definizione del mercato rilevante, definizione che consiste nel determinare il mercato nel quale opera l'impresa. Si tratta di una operazione particolarmente delicata: è evidente, infatti, che una posizione può apparire come dominante se si considera un mercato ristretto; essa invece diluisce, fino a scomparire, qualora si prenda in considerazione un mercato più ampio.

Ad esempio, una impresa potrebbe detenere una posizione dominante sul mercato delle banane, qualora questo costituisse un mercato a sé stante; mentre potrebbe non avere alcuna posizione dominante qualora si prendesse in considerazione il mercato complessivo della frutta. Egualmente una posizione dominante su un mercato nazionale potrebbe perdere tale carattere qualora si prendesse in riferimento il mercato di più Stati o addirittura il mercato interno dell'Unione.

Il metodo di determinazione del mercato rilevante è indicato dettagliatamente nella comunicazione della Commissione del 1997³⁶, che, seguendo un consolidato orientamento, distingue fra mercato geografico e mercato del prodotto.

Il mercato del prodotto comprende tutti i prodotti dotati di un certo grado di sostituibilità dal punto di vista del consumatore con il prodotto dell'impresa in questione, sostituibilità determinata in virtù delle caratteristiche fisiche dei prodotti, dell'uso al quale sono destinati e del prezzo. A determinare il livello di sostituibilità è l'elasticità della domanda in relazione a piccole variazioni di prezzo. Se, ad esempio, in seguito ad un aumento del prezzo del prodotto in questione, i consumatori hanno una propensione a spostare la loro preferenza su un altro prodotto, i due prodotti hanno un alto grado di intercambiabilità e possono essere considerati come appartenenti al medesimo mercato. Un mercato del prodotto può peraltro essere autonomo solo per certe categorie di consumatori o per realtà sociali particolari; questo è il caso, ad esempio, di certi prodotti utilizzati al fine di soddisfare determinate esigenze dell'infanzia.

Anche se di minore e comunque secondaria applicazione da parte degli organi di controllo, ulteriore criterio nella definizione del mercato rilevante è la sostituibilità del prodotto dal lato dell'offerta: la capacità di altre imprese ad offrire il prodotto in questione in risposta ad un aumento del prezzo operato dall'impresa in ipotetica posizione dominante. Gli operatori economici in gra-

³⁶ Comunicazione della Commissione sulla definizione del mercato rilevante ai fini dell'applicazione del diritto europeo in materia di concorrenza, in *GUCE*, C 372 del 9 dicembre 1997.

do di convertire rapidamente il loro processo produttivo/commerciale all'offerta del prodotto in esame o di prodotti con esso intercambiabili dal lato della domanda, senza dover sostenere né costi aggiuntivi né rischi eccessivi, contribuiscono alla individuazione della dimensione del mercato³⁷.

Riguardo al mercato geografico, esso è individuato in quell'area dove le condizioni di concorrenza dei prodotti considerati sono sufficientemente omogenee e tali da distinguere tale zona da aree contigue caratterizzate da condizioni di concorrenza diverse. Criterio determinante è la sostituibilità dell'offerta; se in presenza di una variazione del prezzo di un certo prodotto si verificano una tendenza della domanda a rivolgersi a fornitori provenienti da una zona contigua e la capacità degli stessi fornitori a soddisfare tale domanda, questa zona dovrà essere compresa nel mercato geografico rilevante. L'area geografica di un mercato è dunque tanto più ristretta quanto più presenti sono quei fattori che limitano la capacità delle imprese appartenenti a diverse aree geografiche di soddisfare le domande del prodotto considerato: tra questi, le caratteristiche stesse del prodotto³⁸, l'esistenza di barriere all'entrata di un mercato³⁹, le preferenze tradizionali del consumatore.

11. LO SFRUTTAMENTO ABUSIVO

Individuata in capo all'impresa la posizione dominante sul mercato di riferimento, oggetto di successiva valutazione sono i comportamenti messi in atto da tale operatore con riguardo alla loro capacità di costituire uno sfruttamento abusivo della posizione dominante detenuta.

L'art. 102 del Trattato contiene un elenco esemplificativo di comportamen-

³⁷ La Commissione ha, ad esempio, delineato l'esistenza di distinti mercati riguardo ai prodotti assicurativi individuati sia dal lato della domanda, in base al rischio coperto, sia dal lato dell'offerta, sostenendo che la sostituibilità è limitata dalla necessità che una compagnia disponga di un sufficiente bagaglio tecnico ed informativo specifico per ogni ramo. Le difficoltà connesse con il passaggio dell'offerta da una tipologia di rischio ad un'altra venivano quindi configurate come un ostacolo alla considerazione di un unico e complessivo mercato del prodotto assicurativo. Sono state invece inglobate nella definizione del mercato rilevante concernente un'operazione relativa al settore della triturazione dei semi di soia anche le imprese dotate di impianti flessibili in grado di tritare sia semi di soia che semi di girasole.

³⁸ Tipici esempi sono la deperibilità del prodotto che non ne consente l'offerta in mercati lontani o le dimensioni elevate insieme ad un valore esiguo del prodotto che ne determinano eccessivi costi di trasporto.

³⁹ Un'elencazione esemplificativa è offerta dalla Comunicazione della Commissione sul mercato rilevante, cit. nota 37.

ti che possono rappresentare un abuso di posizione dominante⁴⁰.

La prassi della Commissione tende ormai ad attribuire limitato valore ai quattro tipi di abusi elencati nell'art. 102 TFUE alle lettera a-d. Diversamente la Commissione dà rilievo alla distinzione degli abusi in due categorie: abusi di sfruttamento e abusi escludenti.

Gli abusi di sfruttamento si riferiscono a quei comportamenti diretti dall'impresa in posizione dominante nei confronti di clienti (abusivi verticali).

In tale categoria, la pratica di abuso intuitivamente più evidente è la fissazione di prezzi o condizioni di transazione iniqui o discriminatori, cioè diversi sebbene applicati a prestazioni equivalenti. Qualora i prezzi siano invece fissati ad un livello eccessivamente basso in relazione ai costi di produzione si determina una pratica predatoria, ossia tesa ad eliminare dal mercato concorrenti che non possono sopportare perdite oltre un certo periodo. Costituisce abuso anche la fissazione di prezzi o condizioni eccessivamente onerose, privi cioè di una ragionevole connessione con la prestazione. In assenza di una normale situazione concorrenziale, la norma dell'art. 102 sembra, dunque, indicare l'esigenza per l'imprenditore in posizione dominante di non discostarsi da un concetto ideale di giusto prezzo. In tali casi, al fine di verificare una pratica di abuso, appare utile il riferimento comparato, oltre che ai costi totali necessari per la produzione e la commercializzazione di un bene, anche ai prezzi praticati per prodotti analoghi in situazioni concorrenziali.

Gli abusi escludenti si riferiscono, invece, a quei comportamenti diretti dall'impresa in posizione dominante a concorrenti (abusivi orizzontali), al fine di far uscire dal mercato il concorrente, a non permettergli di entrare su di uno specifico mercato o, comunque, ad evitare che il concorrente possa aumentare la propria presenza sul mercato. Negli Orientamenti sull'interpretazione dell'art. 102 TFUE del 2009, la Commissione ha chiarito che dirigerà la propria attività repressiva in modo particolare nei confronti di tali abusi.

Rientrano in tale categoria le pratiche di limitazione della produzione, degli sbocchi commerciali, dello sviluppo tecnico; pratiche discriminatorie nei rapporti commerciali, pratiche volte a subordinare la prestazione all'accettazione di prestazioni supplementari, prive di connessione con l'oggetto principale del

⁴⁰ Secondo la nota definizione contenuta nella sentenza della Corte di Giustizia del 13 febbraio 1979, Hoffman-La Roche, causa 85/76, Raccolta, 461 ss. *“la nozione di sfruttamento abusivo è una nozione oggettiva, che riguarda il comportamento dell'impresa in posizione dominante atto ad influire sulla struttura di un mercato in cui, proprio per il fatto che vi opera detta impresa, il grado di concorrenza è già sminuito e che ha come effetto di ostacolare, ricorrendo a mezzi diversi da quelli su cui si impernia la concorrenza normale fra prodotti o servizi, fondata sulla prestazione degli operatori economici, la conservazione del grado di concorrenza ancora esistente sul mercato o lo sviluppo di detta concorrenza”*.

contratto. È tale la pratica della vendita combinata di prodotti non collegati da alcun rapporto di necessità che ne giustifichi l'abbinamento.

Nella prassi delle liberalizzazioni dei mercati ha assunto un certo rilievo l'obbligo posto in capo al soggetto in posizione dominante di consentire l'utilizzazione di *essential facilities* a tutti i concorrenti, fattispecie rientrante sempre nella categoria degli abusi di sfruttamento. Le *essential facilities* sono le infrastrutture essenziali per l'esercizio di determinate attività, delle quali una duplicazione sarebbe anti-economica o fisicamente impossibile⁴¹. Si pensi alle reti di telecomunicazione possedute da un operatore, il cui utilizzo è necessario per le imprese che vogliono offrire un certo servizio. Il rifiuto ingiustificato o l'accesso subordinato a condizioni inique o discriminatorie da parte dell'operatore in posizione dominante costituiscono comportamenti abusivi vietati dall'art. 102. Si impone l'esigenza di consentire l'equo accesso alle *essential facilities* alle imprese concorrenti; tuttavia, non deve mancare una adeguata remunerazione alla impresa che ne sopporta i costi di gestione e che consente un mercato che altrimenti sarebbe assente.

IV. I PROCEDIMENTI DI APPLICAZIONE DEL DIRITTO EUROPEO DELLA CONCORRENZA

I procedimenti di applicazione del diritto europeo della concorrenza hanno subito significative innovazioni con l'adozione del regolamento CE 1/2003, entrato in vigore il 1° maggio 2004; esso ha realizzato un ampio decentramento da tempo auspicato dalle Istituzioni dell'Unione europea. Ad assistere l'operatore economico nella conoscenza delle nuove modalità di applicazione del diritto *antitrust* europeo sono le successive comunicazioni emesse dalla Commissione⁴²: la Comunicazione sulla procedura applicabile alle denunce presentate alla Commissione ai sensi degli artt. 101 e 102 del Trattato CE, la Comunicazione sull'orientamento informale per problemi nuovi relativi agli artt. 101 e 102 del Trattato CE, sollevati da casi individuali (lettere di orientamento), le Linee direttrici sull'applicazione dell'art. 101, par. 3 del Trattato, la Comunicazione relativa alla cooperazione tra la Commissione e le giurisdizioni degli Stati membri ai fini dell'applicazione degli artt. 101 e 102 del trat-

⁴¹ Una interpretazione restrittiva del concetto sembra però emergere dalla sentenza 15 settembre 1998, causa 374/94, Oscar Bronner, Raccolta, I-7791 ss.

⁴² Pubblicate in *GUCE*, C 101 del 27 aprile 2004.

tato CE, la Comunicazione sulla cooperazione nell'ambito della Rete delle autorità garanti della concorrenza.

L'applicazione del diritto *antitrust* è resa complessa dalla coesistenza di vari procedimenti, a livello sia nazionale che europeo e ad opera di autorità sia amministrative che giudiziarie. Ciascuna di queste procedure applicative finisce con l'interferire con l'altra, in un intreccio normativo non agevole da districare. Esse saranno, singolarmente e nelle loro interferenze reciproche, analizzate nei paragrafi che seguono.

12. L'APPLICAZIONE AD OPERA DELLA COMMISSIONE

L'ordinamento dell'Unione europea predispone un apparato e un procedimento centralizzato al fine di accertare e reprimere eventuali comportamenti lesivi della libertà di concorrenza.

Il procedimento può essere avviato d'ufficio da parte della Commissione o su denuncia di qualsiasi soggetto che vi abbia interesse. La Commissione, alla quale spetta l'onere della prova delle violazioni *antitrust* che intende contestare alle imprese, ha un ampio potere di accertamento, come delineato dagli artt. 18 ss. del regolamento n. 1/2003. Essa può chiedere informazioni alle imprese e, in seguito ad una decisione che ne specifichi la richiesta, le imprese hanno l'obbligo di fornirle; la mancata ottemperanza, come anche la prestazione di informazioni incomplete o inesatte, può essere sanzionata con ammende. Tuttavia, la Corte di Giustizia ha affermato l'esistenza di un diritto delle imprese di non rispondere, qualora la richiesta sia formulata in maniera da esigere dall'impresa la confessione dell'infrazione *antitrust*. Tale diritto è simile al diritto di matrice penalistica a non testimoniare contro se stessi, ma ha un contenuto più ristretto di quest'ultimo; la Corte lo ha ricavato dal principio della difesa, considerato quale principio immanente al sistema europeo⁴³.

La Commissione ha inoltre il potere di accedere ai locali delle imprese indagate nonché ai domicili privati del personale delle stesse, di controllarne libri e documenti aziendali e di richiedere spiegazioni orali in loco. Nello svolgimento di tali attività, gli agenti della Commissione si avvalgono generalmente della assistenza delle autorità *antitrust* dello Stato membro interessato. Tale

⁴³ Cfr. la sentenza della Corte di Giustizia dell'8 ottobre 1989, causa 374/87, Orkem, Raccolta, 3283 ss.; nonché le sentenze del Tribunale di primo grado del 20 aprile 1999, cause T-305/94 e altre, PVC, Raccolta, II-931 ss.; del 15 marzo 2000, cause T-25/95 e altre, Cemento, Raccolta, II-491 ss.; del 20 febbraio 2001, causa T-112/98, Mannesmannrohren, Raccolta, II-729 ss.

collaborazione è particolarmente necessaria allorché occorra, in seguito al rifiuto di collaborazione da parte dell'impresa, procedere all'accertamento con strumenti coercitivi.

Taluni limiti ai poteri di accertamento della Commissione sono stati determinati dalla giurisprudenza, la quale ha ricostruito a tal fine dei principi generali non scritti. È stato così escluso, ad esempio, che la Commissione possa richiedere di visionare la corrispondenza fra l'impresa e i propri legali, qualora questi non siano dipendenti dell'impresa stessa⁴⁴.

Un intervento dei soggetti privati non è previsto nella fase preliminare di accertamento, tesa essenzialmente a far acquisire alla Commissione gli elementi utili per decidere se intraprendere un formale procedimento istruttorio⁴⁵.

Al termine della fase pre-istruttoria, la Commissione decide se archiviare la denuncia, ovvero se respingere la denuncia, per l'insussistenza di motivi sufficienti ad agire, o infine se aprire un procedimento formale di infrazione.

Con l'apertura del procedimento di infrazione sorge in capo alle parti interessate, alle imprese indagate e ai terzi denunciati una serie di diritti tesi ad assicurare il diritto alla difesa ed in specie un giusto contraddittorio. Disposizioni al riguardo sono ora dettate dal regolamento n. 773/2004 della Commissione adottato il 7 aprile 2004⁴⁶. In particolare, l'art. 10 del regolamento prevede che la Commissione debba comunicare alle parti per iscritto i fatti che originano le pratiche contestate, tramite la comunicazione degli addebiti. La contestazione segna l'ambito materiale entro il quale il procedimento avviato potrà muoversi; la Commissione non potrà modificare gli addebiti a meno di non riaprire il procedimento. Le parti indagate hanno la possibilità di illustrare per iscritto il proprio punto di vista entro il termine fissato dalla Commissione oltre che chiedere un'audizione orale.

Un procedimento analogo è previsto per i soggetti che abbiano denunciato un comportamento illecito altrui. Essi, in caso di rigetto della denuncia, hanno peraltro il diritto di conoscere le motivazioni a base della decisione e di presentare osservazioni scritte. Soggetti terzi possono, ai sensi dell'art. 13, chiedere di essere ammessi a presentare osservazioni scritte e di partecipare alle audizioni, qualora dimostrino di avervi interesse.

La fase delle audizioni attua una forma di contraddittorio fra i funzionari della Commissione responsabili del procedimento e l'impresa nei cui confron-

⁴⁴ Sentenza della Corte di Giustizia del 18 maggio 1982, causa 155/79, *AM&S*, Raccolta, 1575 ss. Una recente pronuncia è offerta dall'ordinanza del tribunale di primo grado del 30 ottobre 2003, cause riunite T-125/03 e T-253/03, *Akzo*, Raccolta, II-3523.

⁴⁵ Cfr. la sentenza della Corte di Giustizia del 26 giugno 1980, causa 136/79, *Panasonic*, Raccolta, 2033 ss.

⁴⁶ Pubblicata in *GUCE*, L 123 del 27 aprile 2004.

ti si muove l'addebito oltre l'eventuale denunziante o terzo. L'audizione è diretta da un funzionario della Commissione, il consigliere-auditore, al quale sono riconosciute talune garanzie di indipendenza e terzietà rispetto al procedimento di infrazione⁴⁷.

Al termine del procedimento la Commissione può constatare, ai sensi dell'art. 7, regolamento n. 1/2003, l'esistenza di una infrazione e, se non ancora cessata, disporre la cessazione, ovvero può riconoscere l'inapplicabilità dei divieti di cui agli artt. 101 e 102, eventualmente in combinazione con impegni assunti dalle imprese (art. 8, regolamento n. 1/03⁴⁸). La decisione della Commissione che constati l'esistenza di una infrazione contiene generalmente anche l'indicazione dei rimedi comportamentali o strutturali nonché l'inflizione di ammende, qualora l'impresa abbia contravvenuto intenzionalmente o per negligenza. Gli obblighi che la Commissione impone alle imprese possono avere oggetto comportamenti di *facere* o di *non facere* o, quando questi appaiono inefficaci o eccessivamente onerosi, comportamenti di tipo strutturale, quali dismissioni di attività, di partecipazioni in imprese, cessioni di marchi, di brevetti. Se dal punto di vista del diritto della concorrenza i rimedi strutturali potrebbero meglio garantirne un'effettiva tutela, la loro utilizzazione esige una cautela particolare, considerata la possibilità che essi interferiscano con diritti fondamentali individuali, quali il diritto di iniziativa economica privata o il diritto di proprietà.

Nella determinazione delle ammende, ampia discrezionalità è lasciata alla Commissione entro un tetto massimo del 10% del fatturato totale di ciascuna impresa. La Commissione ha precisato, in una comunicazione del 1 settembre 2006⁴⁹, alcuni criteri di massima per il calcolo delle ammende, classificando le infrazioni in tre categorie progressive di gravità. Per ciascuna categoria è fissato un importo base di ammenda, al quale devono essere aggiunti o detratti importi supplementari, in corrispondenza all'esistenza di fattori rispettivamente aggravanti o attenuanti. È peraltro previsto un trattamento favorevole, che va dalla riduzione della sanzione all'immunità dalla stessa, per l'impresa che collabora con la Commissione nell'individuazione delle intese, fornendo elementi di prova capaci di aprire un procedimento di infrazione⁵⁰.

⁴⁷ Cfr. la decisione della Commissione del 23 maggio 2001 relativa al mandato dei consiglieri-auditores per taluni procedimenti in materia di concorrenza, in *GUCE*, L 162 del 19 giugno 2001.

⁴⁸ Sul punto v. la sentenza della Corte di giustizia del 29 giugno 2010, causa C-441/07 P, *Alrosa*, non ancora pubblicata.

⁴⁹ Orientamenti per il calcolo delle ammende inflitte in applicazione dell'art. 23, par. 2, lett. a), del regolamento n. 1/2003, in *GUCE*, C 210 del 1 settembre 2006.

⁵⁰ Comunicazione della Commissione relativa all'immunità dalle ammende e alla riduzione del loro importo nei casi di cartelli tra imprese, in *GUCE*, C 298 dell'8 dicembre 2006.

Nell'ambito di una procedura di infrazione, iniziata sia d'ufficio che su istanza di parte, la Commissione può peraltro revocare il beneficio dell'esenzione di categoria ad accordi, pratiche concordate e decisioni di associazioni, qualora constati che questi producano, nel caso specifico, effetti incompatibili con il terzo par. dell'art. 101; ciò ai sensi dell'art. 29 del regolamento n. 1/2003.

Inoltre, la Commissione, in presenza di un rischio di danno grave e irreparabile per la concorrenza, qualora rilevi *prima facie* l'esistenza di un'infrazione, può disporre d'ufficio misure cautelari, come previsto dall'art. 8 del regolamento n. 1/2003. Ciò potrebbe accadere, ad esempio, se i comportamenti anticoncorrenziali siano suscettibili, nelle more del procedimento, di causare il fallimento di una impresa, alterando così in maniera irreversibile la situazione concorrenziale in un dato mercato. Si tratta di provvedimenti finalizzati alla tutela della libera concorrenza intesa come pubblico interesse e non già di misure aventi ad oggetto la tutela di interessi privati, come dimostra peraltro il fatto che la Commissione decide d'ufficio, a prescindere da istanze delle imprese. In caso di rischio di danno grave e irreparabile alla situazione giuridica di soggetti privati, che non si accompagni ad un rischio analogo per la concorrenza, l'operatore economico privato può trovare tutela cautelare solo in sede giudiziale.

Infine, la Commissione può, come preannunciato in precedenza, adottare ai sensi dell'art. 10 del regolamento n. 1/2003 una decisione di inapplicabilità degli artt. 101 e 102. La decisione di inapplicabilità può essere pronunciata d'ufficio. Con tale provvedimento la Commissione persegue l'intento di offrire chiarimenti in merito a fattispecie nuove, che non trovano precedenti nella prassi né nella giurisprudenza. L'inapplicabilità dell'art. 101 può derivare sia dalla mancanza degli elementi di cui al paragrafo primo dell'art. 101 sia dal soddisfacimento delle condizioni previste dal paragrafo terzo. La decisione di inapplicabilità va coordinata con il nuovo regime delle esenzioni: ritenuto che gli accordi che soddisfano le condizioni dell'art. 101, par. 3, sono ora esentati senza la necessità di una previa decisione di merito (come al contrario era previsto dal precedente regolamento n. 17/1962); la decisione di inapplicabilità non avrà valore costitutivo, ma meramente dichiarativo.

Il controllo giurisdizionale di legittimità sulle decisioni della Commissione in tema di concorrenza è affidato al Tribunale dell'Unione europea, in primo grado, e alla Corte di giustizia, in secondo grado. La giurisdizione di merito sulle decisioni con le quali si irroga una ammenda è devoluta, ai sensi dell'art. 31 del regolamento n. 1/2003, alla Corte di Giustizia.

13. L'APPLICAZIONE DECENTRATA DA PARTE DELLE AUTORITÀ ANTITRUST NAZIONALI

La disciplina *antitrust* comunitaria trova applicazione altresì ad opera delle autorità garanti della concorrenza di ciascuno Stato membro. Come la Commissione e a differenza degli organi giudiziari nazionali, tali autorità sono preposte alla tutela del pubblico interesse per una concorrenza non falsata e non alla garanzia dei diritti dei singoli lesi da una violazione del diritto *antitrust*.

Il regolamento n. 1/2003 ha affidato alle autorità garanti l'attuazione della disciplina di cui agli artt. 101 e 102 nel loro complesso: anche il terzo paragrafo dell'art. 101, precedentemente di competenza esclusiva della Commissione, è dunque, a partire dal 1° maggio 2004, applicato dalle autorità garanti nazionali.

Tali organi nazionali, ai sensi dell'art. 5 del regolamento n. 1/2003, devono poter adottare, d'ufficio o su richiesta, decisioni analoghe a quelle emanabili dalla Commissione: l'ordine di cessazione dell'infrazione, la previsione di misure cautelari, l'accettazione di impegni, la disposizione di ammende e sanzioni. Quando non sussistono gli elementi per un'infrazione, essi decideranno di non intervenire.

Peraltro, le autorità nazionali, come prevede l'art. 29 del regolamento n. 1/2003, sono competenti a revocare sul proprio territorio di competenza o su parte di esso il beneficio di un regolamento di esenzione di categoria dal divieto dell'art. 101; ciò qualora un'intesa, sebbene rientrante in uno dei regolamenti comunitari di esenzione, determini effetti contrari all'art. 101, par. 3, all'interno dello Stato membro o in una sua parte che assuma la connotazione di mercato geografico distinto.

Nell'ordinamento italiano, la competenza dell'autorità garante per la concorrenza ad applicare gli artt. 101 e 102 trova altresì fondamento nell'art. 54, par. 5, della legge 6 febbraio 1996, n. 52⁵¹. Dinanzi alle rilevanti modifiche previste dal regolamento n. 1/2003, il legislatore italiano ha emanato la legge 6 agosto 2008, con la quale, e in particolare l'art. 23 *bis*, la legge italiana *antitrust* è stata modificata al fine di prevedere le modifiche rese necessarie dal nuovo regime del 2003.

Le autorità garanti nazionali dunque sono ora competenti a conoscere *in toto* sia del diritto europeo *antitrust* sia di quello interno; in particolare il regolamento n. 1/03 impone tanto alle Autorità quanto ai giudici nazionali di applicare gli artt. 101 e 102 TFUE ogni qual volta sia oggetto di valutazione una

⁵¹ Recante Disposizioni per l'adempimento di obblighi derivanti dall'appartenenza dell'Italia alle Comunità europee - Legge comunitaria per il 1994, in *G.U.* 10 febbraio 1996, n. 34, S.O.

fattispecie avente rilevanza inter-statale, applicando eventualmente anche la normativa nazionale (art. 3, regolamento n. 1/03).

Deve essere inoltre sottolineato che nel nostro ordinamento nazionale, che assegna il controllo giurisdizionale dei provvedimenti della Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato alla competenza esclusiva del giudice amministrativo⁵², possono sorgere difficoltà di coordinamento fra le competenze del giudice ordinario, comunque competente per i diritti lesi da una violazione del diritto *antitrust*, e quelle del giudice amministrativo.

14. L'APPLICAZIONE GIUDIZIALE

Le norme sulla concorrenza aventi effetti diretti possono essere applicate nei giudizi interni. Poiché i divieti sanciti dagli artt. 101 e 102 sono atti a produrre effetti nei rapporti fra i singoli, essi attribuiscono a questi direttamente dei diritti che i giudici interni devono tutelare⁵³.

Rispetto ai procedimenti innanzi alla Commissione e alle autorità garanti nazionali, le procedure giudiziarie offrono una serie di vantaggi legati alla possibilità di tutelare posizioni di natura privatistica: il riconoscimento della nullità di un contratto, il risarcimento del danno, la refusione delle spese nonché il diritto ad ottenere provvedimenti cautelari tesi ad evitare che dai comportamenti anticoncorrenziali possano derivare danni gravi e irreparabili per gli interessi privati delle imprese coinvolte.

D'altra parte, non mancano svantaggi. I giudici nazionali non possono pronunciare le sanzioni di carattere amministrativo, le quali costituiscono uno strumento dissuasivo di particolare efficacia. Inoltre, il carattere assai specializzato della disciplina *antitrust* rende sovente problematico il raggiungimento di una adeguata tutela da parte dei giudici nazionali. Nell'ordinamento italiano, peraltro l'applicazione giudiziale del diritto della concorrenza incontra un ostacolo ulteriore, dovuto al frazionamento della competenza del giudice ordinario: mentre le norme *antitrust europee* possono essere applicate dal giudice individuato secondo gli usuali criteri della competenza territoriale e per valore, a conoscere di azioni civili fondate su norme *antitrust nazionali* spetta esclusivamente alla Corte d'Appello competente per territorio⁵⁴. In pratica, per

⁵² Vedi l'art. 33, par. 1, della menzionata legge 10 ottobre 1990, n. 287.

⁵³ Pressoché letteralmente in questo senso, cfr. la sentenza della Corte di Giustizia del 30 gennaio 1974, causa 127/73, BRT I, Raccolta, 51 ss. Cfr. ora l'art. 6 del regolamento n. 1/2003.

⁵⁴ Vedi l'art. 33, par. 2, della menzionata legge 10 ottobre 1990, n. 287.

determinare l'organo competente occorre preliminarmente valutare se la controversia sia di rilievo interno o di rilievo europeo. Come si vedrà, si tratta di una questione di particolare complessità, la cui soluzione non appare peraltro sempre necessaria per risolvere il merito della questione, data l'identità delle norme *antitrust* interne ed europee.

Le giurisdizioni nazionali conoscono di azioni intraprese per l'applicazione degli artt. 101 e 102 in tema di diritti soggettivi ed in specie, a partire dal 1° maggio 2004, anche del terzo paragrafo dell'art. 101. L'applicazione delle due disposizioni all'interno di un contenzioso giudiziale può avvenire sia su istanza di parte sia d'ufficio, in quanto gli artt. 101 e 102 ricoprono natura di norme d'ordine pubblico.

Non è conferito alle autorità giudiziarie nazionali, diversamente da quanto previsto per le altre Istituzioni, il potere di revoca del beneficio dell'esenzione di categoria.

Nello svolgimento del proprio operato i giudici nazionali sono vincolati al rispetto dei precedenti della Corte di Giustizia e del Tribunale di primo grado oltre che dei regolamenti di esenzione comunitari (art. 16).

Nell'attuazione del diritto europeo *antitrust*, i giudici nazionali applicano la propria normativa processuale. Vige, quindi, anche in materia *antitrust* il principio dell'autonomia processuale degli Stati membri. Tuttavia, tale autonomia non è del tutto esente da limiti derivanti dal diritto europeo; la procedura civile nazionale non deve, infatti, impedire o rendere particolarmente difficoltosa la tutela delle posizioni soggettive conferite ai singoli dal diritto europeo. A differenza di tale principio nel nostro ordinamento non mancano però istituti processuali capaci invece di rendere impossibile o eccessivamente difficoltosa la tutela di posizioni soggettive *antitrust*. Una considerazione analoga potrebbe farsi in generale riguardo a provvedimenti cautelari di contenuto positivo. Non occorre, peraltro, enfatizzare eccessivamente tali difficoltà; esse in molti casi possono essere, infatti, risolte attraverso una interpretazione degli istituti processuali nazionali, che ne adegui la portata rispetto alla natura delle posizioni soggettive prodotte dal diritto europeo *antitrust*. Nell'esempio fatto poco sopra è verosimile ritenere che l'esistenza di forme di abuso che si concretizzano in un rifiuto a contrarre da parte del soggetto in posizione dominante possa comunque giustificare un provvedimento del giudice, cautelare o definitivo, che produca gli effetti dell'atto negoziale⁵⁵.

⁵⁵ Né sembra insuperabile la difficoltà di precisare nel provvedimento giudiziale il contenuto di un diritto che si definisce attraverso un'attività di carattere negoziale. Tale contenuto potrà talvolta essere individuato per riferimento a regolamenti o a contratti tipo; altre volte il giudice potrà indicare il contenuto minimo del diritto da tutelare, rinviando, per la definizione delle sue articolazioni, ad ulteriori attività negoziali fra le parti.

15. IL COORDINAMENTO TRA LE AUTORITÀ COMPETENTI ALL'APPLICAZIONE DEL DIRITTO EUROPEO DELLA CONCORRENZA

Accanto al sistema di decentramento dell'applicazione della normativa *antitrust* comunitaria, rafforzato dal regolamento n. 1/2003, si inserisce un particolare meccanismo di coordinamento tra le autorità competenti a conoscere di infrazioni *antitrust*. Scopo di tale meccanismo è il mantenimento di uniformità e coerenza applicativa nell'attuazione del diritto europeo della concorrenza; obiettivi che riescono ad essere garantiti principalmente dal ruolo assunto dalla Commissione. L'Istituzione comunitaria ricopre, infatti, un ruolo guida sia tramite il potere di adottare comunicazioni e linee direttrici, che, sebbene sprovviste di per sé di valore vincolante, acquistano nella prassi un rilievo proprio di atti normativi, sia tramite il potere di avocazione per particolari procedimenti. Un ulteriore strumento di uniformità deriva dai principi generali: l'obbligo posto a carico delle autorità garanti e giudiziarie nazionali di conformarsi agli atti normativi adottati dalla Commissione e, quindi, non solo ai regolamenti di esenzione per categoria, ma anche agli orientamenti generali che emergono dalle sue decisioni.

Le esigenze di uniformità e coerenza sono ancor più sentite riguardo al decentramento della funzione di amministrazione delle esenzioni, il quale reca con sé il rischio di un'applicazione differenziata del diritto della concorrenza ed accentua la possibilità di orientamenti interpretativi divergenti fra diversi organi, amministrativi o giudiziari, nonché fra organi di diversi Stati membri, con la conseguente eventualità di produrre situazioni di *forum shopping*.

15.1. *Il coordinamento tra la Commissione e le autorità garanti nazionali*

La Commissione insieme alle autorità garanti nazionali costituiscono la Rete di autorità di concorrenza, il cui funzionamento è disciplinato dal regolamento n. 1/2003 e dalla Comunicazione sulla cooperazione nell'ambito della Rete delle autorità garanti della concorrenza³⁶.

Con il sistema di decentramento e quindi con una competenza ad applicare gli artt. 101 e 102 nella loro interezza conferita anche a favore delle autorità nazionali sorge l'esigenza di evitare sovrapposizioni tra gli organi di controllo e di delineare meccanismi che ne regolino la competenza nell'applicazione del diritto europeo.

³⁶ Vedi nota 43.

Il meccanismo di coordinamento, previsto dall'art. 11 del regolamento nonché dalla comunicazione menzionata, assicura alla Commissione un ruolo primario. L'Istituzione comunitaria deve essere informata per iscritto dell'avvio di una procedura e dell'adozione di un provvedimento finale da parte delle autorità nazionali e può avocare a sé un procedimento già avviato da quest'ultime. Tuttavia, quando l'autorità nazionale abbia già iniziato il procedimento istruttorio, solo gravi motivi di opportunità possono giustificare il potere di avocazione: il rischio che siano assunte decisioni contrarie alla prassi e alla giurisprudenza europee o contraddittorie tra le varie autorità nazionali; la soluzione di questioni nuove come presupposto necessario per la definizione del procedimento; la durata del procedimento ingiustificatamente prolungata; la mancata opposizione da parte dell'autorità nazionale.

Ai sensi dell'art. 11, par. 6, del regolamento n. 1/2003, l'avvio di una procedura da parte della Commissione priva di competenza le autorità garanti. Di converso, l'avvio di una procedura da parte di una autorità non priva di competenza la Commissione, la quale tuttavia ha l'onere di consultare l'autorità nazionale prima di avviare il proprio procedimento. Pur in presenza di un procedimento amministrativo, come anche giudiziario, già avviato, la Commissione ha quindi competenza a conoscere dell'infrazione e, quindi, anche a concedere o negare una esenzione; si deve rilevare pertanto che il ricorso alla Commissione potrebbe essere utilizzato anche come mezzo di difesa da parte del denunciante o del resistente nei confronti di organi nazionali dei quali è già noto l'orientamento. A livello orizzontale, tra autorità garanti nazionali, il meccanismo di coordinamento segue diverse regole. Esiste una facoltà di informazione riguardo sia l'avvio del procedimento sia l'adozione di un provvedimento nonché la facoltà, ai sensi dell'art. 13 del regolamento, di sospendere il procedimento avviato o respingere una denuncia se la stessa fattispecie è o è stata oggetto di esame da parte di altra autorità nazionale. La determinazione dell'autorità nazionale normalmente competente è effettuata in base a vari criteri: l'individuazione del territorio dello Stato dal quale l'infrazione ha origine o nel quale essa è stata o deve essere attuata o nel quale essa può produrre effetti; la capacità dell'autorità nazionale a raccogliere le prove necessarie per la dimostrazione dell'infrazione; la capacità di un provvedimento dell'autorità nazionale a far cessare la violazione.

Tuttavia, non sembra che tali previsioni, fra l'altro non vincolanti, riescano a stabilire un vero e proprio principio di competenza fra autorità di Stati membri diversi per la trattazione di una questione *antitrust*. L'assenza di meccanismi cogenti di competenza oltre che di riconoscimento della decisione amministrativa negli ordinamenti nazionali degli altri Stati membri rende incompleta la disciplina della litispendenza, di cui alla suddetta facoltà di sospensione del procedimento o di rigetto della denuncia in caso di trattazione di una questione da parte di altra autorità garante nazionale.

15.2. *Il coordinamento tra la Commissione e le autorità giudiziarie degli Stati membri*

Anche in riferimento al rapporto con le autorità giudiziarie, la Commissione svolge un ruolo cardine; chiaro è in tal senso l'art. 16 del regolamento n. 1/2003. In base a tale disposizione, è fatto divieto ai giudici nazionali di adottare decisioni in contrasto con una precedente decisione della Commissione in merito alla stessa violazione.

L'art. 16 del regolamento impone inoltre al giudice di aderire alla decisione anche solo contemplata in un procedimento avviato dalla Commissione. Apparentemente tale limite è evanescente, dato che la nozione di "decisione contemplata" non è certo fra le più chiare. Evidentemente, la disposizione si riferisce ad un procedimento già in stadio avanzato che, in considerazione della giurisprudenza costante, si avvia inevitabilmente verso una decisione avente un determinato esito. Peraltro, la disposizione non prevede un obbligo di non pronunciarsi, ma solo l'obbligo di considerare l'opportunità, al fine di evitare l'adozione di una decisione contrastante, di sospendere il procedimento, avvalendosi degli strumenti processuali nazionali.

La presenza di una decisione della Commissione comunque non impedisce certamente al giudice di effettuare un rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia al fine di farne valere l'invalidità. Anzi, questo è lo strumento tipico a disposizione del giudice allorché egli intenda disporre in contrasto con quanto stabilito previamente dalla Commissione.

La Corte di Giustizia ha avuto modo peraltro di pronunciarsi in merito alla cooperazione tra giudice nazionale e Commissione, sebbene in un caso in parte diverso. Nella sentenza *Masterfood*⁵⁶ la Corte ha affermato l'esistenza di un obbligo a carico del giudice nazionale di sospendere un procedimento giudiziario, quando l'esito della controversia dipenda dalla validità della decisione della Commissione e si sia in attesa che il Tribunale di prima istanza si pronunci sul ricorso di annullamento della medesima.

L'esigenza di un coordinamento fra attività di attuazione amministrativa e applicazione giudiziaria del diritto della concorrenza emerge anche in presenza di un concorso di procedimenti⁵⁷. In tali casi non è possibile ricostruire alcuna priorità a favore del procedimento innanzi alla Commissione, con il conseguente rischio di pervenire a decisioni confliggenti. Conviene ricordare che l'esistenza di un giudicato costituisce un limite anche rispetto alle decisioni della Commissione. Il regolamento non manca peraltro di prospettare degli strumenti di coordinamento⁵⁸. La Commissione ed anche le autorità garanti

⁵⁷ Sentenza del 14 dicembre 2000, causa C-344/98, Raccolta, I-11369 ss.

⁵⁸ Cfr. Comunicazione relativa alla cooperazione tra la Commissione e le giurisdizioni degli Stati membri ai fini dell'applicazione degli artt. (101) e (102) del trattato CE, cit. nota 43.

nazionali possono, ai sensi dell'art. 15 del regolamento n. 1/2003, intervenire nel giudizio interno a titolo di *amicus curiae*, presentando osservazioni scritte e, se autorizzate, orali. Si tratta di strumenti che vanno esercitati sulla base del diritto procedurale di ciascuno Stato membro. È invece difficile pensare che la Commissione possa anticipare i propri orientamenti in relazione ad un procedimento pendente innanzi ad essa. Rimane comunque ferma la possibilità per il giudice nazionale di adire direttamente la Corte di Giustizia con rinvio pregiudiziale al fine di risolvere questioni interpretative.

Nell'ambito delle varie autorità competenti ad applicare il diritto europeo *antitrust* si potrebbe delineare, in seguito all'attuazione del sistema di decentramento, una tendenza a favore del ricorso all'autorità giudiziaria, ora altresì competente in materia di applicazione dell'art. 101, par. 3, TFUE. Il ricorso alle vie giudiziarie può, infatti, apparire di maggior convenienza rispetto ai procedimenti amministrativi innanzi alle autorità nazionali; le sentenze godono del regime di riconoscimento automatico in virtù del regolamento CE 22 dicembre 2001, n. 44/2001⁵⁹, concernente la competenza giurisdizionale, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale; mentre il riconoscimento delle decisioni delle autorità *antitrust*, come si è detto, appare assai più problematico. Va considerato, inoltre, che nei confronti di un giudizio civile vale il particolare regime della litispendenza e della connessione stabilito dal regolamento n. 44/2001, assai più preciso del meccanismo di coordinamento stabilito dall'art. 13 del regolamento n. 1/2003 per la competenza fra autorità garanti nazionali.

Problemi particolari si pongono allorché una controversia venga in essere di fronte ad un arbitro. Dato che questi è comunque competente ad applicare la normativa *antitrust*, a rigore egli dovrebbe ritenere la propria competenza anche nei casi in cui sia chiamato a conoscere di accordi o intese per i quali si faccia valere l'esigenza di una esenzione. Va considerato, tuttavia, che agli arbitri è preclusa, in via generale, la via del rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia. Analogamente, agli arbitri non si estendono formalmente le ipotesi di cooperazione fra Commissione e autorità giudiziarie definite dal regolamento n. 1/2003.

⁵⁹ Pubblicato in *GUCE*, L 12 del 16 gennaio 2001.

V. L'AMBITO DI APPLICAZIONE DEL DIRITTO EUROPEO DELLA CONCORRENZA

16. IL PREGIUDIZIO AL COMMERCIO INTER-STATALE E L'ALTERAZIONE SENSIBILE DELLA CONCORRENZA

Il diritto europeo della concorrenza si applica a comportamenti suscettibili di pregiudicare in maniera sensibile il commercio fra Stati; pertanto, laddove non sia riscontrato un pregiudizio sensibile agli scambi intracomunitari, attuale o anche solo potenziale, gli artt. 101 e 102 non potranno essere applicati e l'eventuale infrazione *antitrust* potrà rilevare esclusivamente ai sensi della normativa nazionale della concorrenza.

Il pregiudizio al commercio inter-statale è un criterio particolarmente elastico e capace, se inteso in senso ampio, di colpire un numero assai elevato di comportamenti che esauriscono principalmente i propri effetti nel territorio di un singolo Stato membro; tuttavia la Commissione ha tentato di precisarne i confini tramite l'adozione di una comunicazione del 2004⁶⁰. L'esistenza del pregiudizio al commercio inter-statale è ricondotto alla probabilità adeguata che un'intesa o una pratica abusiva riesca ad avere un'influenza, diretta o indiretta, attuale o potenziale, sull'attività economica transfrontaliera che interessi almeno due Stati membri. Peraltro, nel rilevare l'importanza anche di un elemento quantitativo che limiti la sfera di applicabilità degli artt. 101 e 102 alle fattispecie capaci di determinare un'incidenza sensibile al commercio inter-statale, la comunicazione fornisce una presunzione negativa che esclude la ricorrenza di un pregiudizio sensibile in quelle intese ove la quota di mercato aggregata delle parti non superi il 5% e il "fatturato europeo" delle imprese relativo ai prodotti interessati non sia maggiore a 40 milioni di euro.

Il limite all'applicazione della normativa *antitrust* comunitaria legato all'incidenza sensibile sugli scambi comunitari è ulteriore e distinto da quello che concerne gli accordi di importanza minore (*de minimis*), sviluppato nella comunicazione della Commissione del 2001 relativa agli stessi⁶¹. La Commissione, al fine di dare certezza all'operatore economico sulla portata dell'esclusione, fornisce una serie di indici relativi al fatturato e alle quote di mercato

⁶⁰ Linee Diretrici sulla nozione di pregiudizio al commercio tra Stati membri di cui agli artt. (101) e (102) del trattato, GUCE, C 101 del 27 aprile 2004.

⁶¹ Comunicazione della Commissione relativa agli accordi di importanza minore che non determinano restrizioni sensibili della concorrenza ai sensi dell'art. (101), paragrafo 1, del trattato che istituisce la Comunità europea (*de minimis*) in GUCE, C 368 del 22 dicembre 2001.

delle imprese partecipanti all'intesa, indicando altresì il mercato rilevante rispetto al quale debba essere svolta l'analisi. La comunicazione è stata ispirata, da un lato, dall'esigenza di limitare il numero di accordi notificati alla Commissione, quando ancora vigeva un regime di autorizzazione dell'esenzione, e, dall'altro, da quella di agevolare la cooperazione fra piccole e medie imprese, rispetto alle quali gli effetti pro-concorrenziali superano generalmente quelli anti-concorrenziali.

La distinzione fra i due concetti, mancanza di pregiudizio sensibile al commercio inter-statale e accordi di importanza minore, è netta teoricamente, pur se talvolta rischia di offuscarsi nella prassi. Mentre il secondo concerne accordi il cui effetto anticoncorrenziale è di per sé trascurabile, considerate le dimensioni delle imprese che vi partecipano, il primo riguarda accordi che hanno un impatto non trascurabile sulla concorrenza, ma che tuttavia rimangono al di fuori dell'ambito di applicazione del diritto europeo in quanto producono effetti prevalentemente sul territorio di uno degli Stati membri o di Paesi extracomunitari. Nei confronti degli accordi *de minimis* la comunicazione sembra evidenziare una forma di favore che va tenuta in considerazione anche nell'applicare il diritto nazionale *antitrust*. Nei confronti degli accordi che non incidono sull'attività economica transfrontaliera, viceversa, la mancata applicazione del diritto europeo non ostacola, ma anzi sembra implicitamente presupporre, l'applicazione delle norme nazionali della concorrenza.

17. I RAPPORTI FRA DIRITTO EUROPEO E DIRITTO NAZIONALE ANTITRUST

Il diritto europeo non conteneva sino al regolamento n. 1/2003 alcun obbligo nei confronti degli Stati membri di delimitare negativamente l'ambito di applicazione delle normative *antitrust* nazionali in relazione all'applicabilità al medesimo comportamento della disciplina comunitaria. Un criterio di questo tipo, adottato, ad esempio, dall'ordinamento italiano con la legge n. 287/1990⁶², era l'effetto di una scelta unilaterale del legislatore interno.

L'ordinamento dell'Unione europea non escludeva quindi che il medesimo comportamento, rilevante sia ai fini del diritto *antitrust* europeo che di quello

⁶² L'art. 1, par. 1, della menzionata legge 10 ottobre 1990, n. 287, recita: "Le disposizioni della presente legge in attuazione dell'art. 41 della Costituzione a tutela e garanzia del diritto di iniziativa economica, si applicano alle intese, agli abusi di posizione dominante e alle concentrazioni di imprese che non ricadono nell'ambito di applicazione degli articoli 65 e/o 66 del Trattato istitutivo della Comunità europea del carbone e dell'acciaio, degli articoli 85 e/o 86 del Trattato istitutivo della Comunità economica europea o di atti comunitari con efficacia normativa equiparata".

nazionale, fosse preso in considerazione da ambedue gli ordinamenti al fine di riconnettervi, autonomamente, le conseguenze sanzionatorie previste da ciascuno di essi. Nel caso *Walt Wilhelm* la Corte di Giustizia ha, tuttavia, precisato che l'applicazione del diritto interno *antitrust* trova un limite nell'esigenza di non pregiudicare l'uniforme applicazione delle norme europee e l'effetto dei provvedimenti adottati in applicazione di esse⁶³. Ciò potrebbe accadere, ad esempio, qualora il diritto nazionale considerasse vietate delle intese che godono del beneficio dell'esenzione ai sensi dell'art. 101, par. 3. Attraverso l'applicazione di tale disposizione, infatti, l'ordinamento dell'Unione europea evidenzia un atteggiamento favorevole all'intesa, che potrebbe essere vanificato da provvedimenti contrari adottati dalle autorità nazionali. Questo principio è ora riconosciuto dall'art. 3, par. 2, del regolamento n. 1/2003. La previsione dispone, infatti, il divieto per la legislazione nazionale di sancire una violazione *antitrust* per quelle intese che invece risultino lecite ai sensi del diritto europeo per la concorrenza, sia perché non ricorrono gli elementi di cui al paragrafo uno dell'art. 101 sia perché rispondono ai requisiti di cui al paragrafo terzo. L'art. 3 del regolamento n. 1/2003 afferma, peraltro, la necessità per le autorità nazionali di applicare sempre, oltre eventualmente al diritto nazionale, gli artt. 101 e 102 quando il comportamento rientra nel campo di applicazione del diritto europeo. La circostanza che le autorità *antitrust* interne debbano applicare la normativa comunitaria a fattispecie di rilievo europeo potrebbe comportare l'utilizzo nei procedimenti nazionali di figure ed istituti propri dei procedimenti innanzi alla Commissione e non previsti invece dalla normativa interna della concorrenza.

Sebbene il diritto europeo consenta un'applicazione parallela del diritto *antitrust* europeo con quello nazionale, se pur nei limiti indicati, alcuni Stati membri hanno scelto di optare non per un concorso di normative ma per un'esclusione reciproca. In tal senso, come accennato, ha optato l'ordinamento italiano, disponendo l'applicazione della legislazione interna solo qualora non debba applicarsi quella comunitaria. All'autorità nazionale, che deve conoscere di un comportamento che ricade nell'ambito di applicazione del diritto nazionale, si pone quindi il problema di vedere se esso ricada anche nell'ambito di applicazione del diritto europeo, al fine di verificare quale la normativa che debba applicare. L'identificazione del diritto applicabile non è questione irrilevante, nonostante l'identità formale delle regole. In caso di applicazione degli artt. 101 e 102, ad esempio, l'autorità nazionale dovrà disapplicare eventuali norme di legge interne contrarie alla disciplina *antitrust* co-

⁶³ Sentenza della Corte di Giustizia del 13 febbraio 1969, causa 14/68, *Walt Wilhelm*, Raccolta, 1 ss.

munitaria, come riconosciuto dalla Corte di Giustizia nel recente caso CIF⁶⁴.

18. LA DELIMITAZIONE TERRITORIALE

Il problema di limitare l'applicazione extraterritoriale del diritto della concorrenza si è posto nei riguardi del diritto europeo in maniera analoga a come esso si è posto nei confronti di normative *antitrust* di altri ordinamenti.

Convieni ricordare brevemente, a proposito, che l'ordinamento degli Stati Uniti ha inizialmente adottato un approccio assai espansivo, basato sull'analisi degli effetti della condotta anticoncorrenziale. In tal senso si giungeva a consentire l'applicazione del diritto statunitense *antitrust* a qualsiasi comportamento lesivo della concorrenza, suscettibile di provocare effetti sul territorio degli Stati Uniti.

La giurisprudenza statunitense ha poi moderato notevolmente questo approccio. Merita considerazione, in particolare, il noto metodo del bilanciamento di interessi, ricondotto dalla giurisprudenza degli Stati Uniti all'esistenza di norme internazionali in materia: in presenza di una fattispecie che presenti contatti significativi con altri ordinamenti, lo Stato territoriale dovrebbe ponderare il proprio interesse a regolamentare un comportamento – e a sanzionare eventuali violazioni della propria normativa *antitrust* – in relazione all'interesse di altri Stati. Tuttavia, anche nei confronti di tale approccio, conosciuto con la formula della *interests analysis*, sono state formulate obiezioni tendenti ad un suo superamento. In particolare, è stato osservato che nell'applicazione di tale metodo gli operatori giuridici non sarebbero esenti da un sentimento nazionalista che porterebbe ad alterare il carattere neutrale del criterio e ad affermare l'esigenza di applicare la legge del proprio Paese. D'altra parte, lo svantaggio insito nel metodo fondato sull'*interests analysis* è la sua notevole indeterminatezza, che lascia all'accertamento giudiziario un ampio margine di discrezionalità.

Nell'ambito europeo, la giurisprudenza della Corte di Giustizia ha elaborato un diverso orientamento. Nella sentenza *Woodpulp*⁶⁵ la Corte ha corretto il criterio degli effetti ed ha richiesto, al fine di consentire l'applicazione del diritto europeo *antitrust*, che le intese all'origine della alterazione della concorrenza, pur concluse fuori dal territorio della Comunità, siano applicate su questo territorio attraverso attività di filiali e di rivenditori delle imprese che le

⁶⁴ Vedi *infra*, par. 27.

⁶⁵ Sentenza 27 settembre 1988, cause riunite 89, 104, 114, 117 e 125-129/85, Raccolta, I-651 ss.

avevano stipulate. Si è pervenuti ad un criterio che ha riguardo al luogo di attuazione di un'intesa vietata. Esso è stato ricondotto nondimeno dalla Corte al principio di territorialità del diritto. Si legge nella sentenza: "*una trasgressione dell'art. (101) quale la conclusione di un accordo che ha avuto come effetto quello di restringere la concorrenza all'interno del mercato comune implica due atti, vale a dire la formazione dell'intesa e la sua messa in pratica. Subordinare l'applicazione dei divieti posti dal diritto della concorrenza al luogo di formazione dell'intesa si risolverebbe chiaramente nel fornire alle imprese un facile mezzo per sottrarsi a detti divieti. Quello che conta è il luogo in cui l'intesa è posta in atto. Nella fattispecie i produttori hanno messo in atto la loro intesa sui prezzi all'interno del mercato comune. A questo proposito, è irrilevante che si siano valsi di affiliate, di agenti, subagenti o succursali stabilite nella Comunità onde creare dei contatti fra essi e gli acquirenti che vi sono stabiliti*".

Il criterio adottato dalla Corte risponde, da un lato, all'esigenza di contrastare comportamenti che realizzano effetti contrari alla disciplina *antitrust* nel mercato interno senza, d'altro lato, sanzionare comportamenti privi di reali connessioni con l'ordinamento dell'Unione europea. Esso appare anche idoneo a sanzionare l'esistenza di cartelli di esportazione, tradizionalmente guardati con una certa tolleranza dalle legislazioni interne in quanto trasferiscono l'effetto distorsivo sul territorio di un diverso Stato. Ci si può chiedere, peraltro, se esso sia idoneo a disciplinare fenomeni più complessi, quali quelli che si concretano in comportamenti che, senza mirare a realizzare effetti anticoncorrenziali in un determinato mercato, producono indirettamente tale effetto pur se ritenuti leciti nei mercati sui quali sono diretti ad operare⁶⁶.

La Commissione sembra tendere a seguire concetti di più ampia portata nella definizione della propria competenza, facendovi rientrare violazioni *antitrust* extraterritoriali che spieghino semplicemente effetti anticoncorrenziali all'interno del territorio europeo. In tal senso si è recentemente espressa nella comunicazione sul pregiudizio al commercio inter-statale⁶⁷, dichiarando sufficiente, ai fini dell'applicazione del diritto europeo della concorrenza, la capacità delle intese o delle pratiche abusive a pregiudicare l'attività economica transfrontaliera all'interno della Comunità, anche se la sede delle parti sia situata al di fuori del territorio europeo.

Ai problemi derivanti dalla difficoltà di delimitare spazialmente l'applicazione del diritto *antitrust* tende a rispondere la cooperazione fra autorità *an-*

⁶⁶ Cfr. la sentenza del Tribunale di prima istanza del 25 marzo 1999, causa T-102/96, Gencor, Raccolta, II-87 ss., la quale sembra segnare un ritorno ad una teoria fondata sull'effetto prodotto dall'accordo nel mercato interno.

⁶⁷ V. nota 59.

itrust intrapresa nel quadro di accordi bilaterali⁶⁸. Accordi di questo tipo hanno il compito di avviare consultazioni fra le Istituzioni, scambiarsi informazioni utili ai fini delle rispettive indagini e prevenire i conflitti di competenza che si possono produrre. Essi, tuttavia, non impediscono i conflitti positivi o negativi di competenza; non provvedono, infatti, ad una vera e propria demarcazione di competenza, ma lasciano in definitiva le rispettive autorità *antitrust* libere di agire. Ad una maggiore cooperazione tendono gli accordi di "seconda generazione", i quali cercano di risolvere i conflitti negativi di competenza attraverso l'istituto della *positive comity*; in sostanza, l'autorità *antitrust* di uno Stato può sollecitare l'intervento dell'autorità di un altro Stato parte, pur senza acquistare il ruolo di denunciante ai sensi della rispettiva normativa *antitrust*⁶⁹.

La prassi di attuazione degli accordi evidenzia come questi hanno funzionato soprattutto come fondamento di un'attività di consultazione e di informazione reciproca. Il loro effetto è stato, quindi, soprattutto di accrescere la fiducia reciproca e di stimolare la collaborazione fra autorità *antitrust*.

In questo senso, essi hanno evidenziato una certa efficacia per evitare l'insorgere di conflitti fra ordinamenti, pur se questo non costituisce l'effetto di una vera e propria regola giuridica di soluzione dei conflitti.

Va, peraltro, notato come accordi di questo tipo concernono unicamente le attività di tipo amministrativo, mentre sono escluse le attività di attuazione della disciplina della concorrenza operate da autorità giudiziarie.

⁶⁸ Sono attualmente in vigore quattro accordi di questo tipo. Il primo è stato originariamente stipulato in nome proprio dalla Commissione delle Comunità europee e dal Governo degli Stati Uniti il 23 settembre 1991. In seguito ad una pronuncia di annullamento della Corte di Giustizia, esso è stato sostanzialmente convalidato dal Consiglio delle Comunità europee e dal Governo degli Stati Uniti con scambio di lettere nel 1995, che ha confermato gli effetti prodotti a partire dalla data di stipulazione originaria (in *GUCE*, L 95 del 27 aprile 1995). Successivamente nel 1998 è stato siglato un secondo accordo tra UE e USA (*GUCE*, L 173, del 18 giugno 1998). Il terzo è stato stipulato fra la Comunità europea e il Canada nel 1999 (in *GUCE*, L 175 del 10 luglio 1999) e il quarto con il Giappone in data 10 luglio 2003 disponibile sul sito www.europa.eu.int/comm/competition/international/bilateral.

⁶⁹ Cfr. il secondo accordo fra Comunità europee e Stati Uniti sull'applicazione dei principi della *positive comity* nell'applicazione del rispettivo diritto della concorrenza, citato in nota 68.

VI. IL DIRITTO DELLA CONCORRENZA IN MATERIA DI CONCENTRAZIONI FRA IMPRESE

19. PROFILI GENERALI

Nell'ambito delle politiche della concorrenza va inquadrata l'attività delle Istituzioni dell'Unione europea relative al controllo delle concentrazioni. I problemi presentati da quest'attività sono assai peculiari; un breve cenno è opportuno per completezza di informazione.

Nella disciplina della concorrenza originariamente inserita nel testo del Trattato non vi era menzione del fenomeno delle concentrazioni. È probabile che l'omissione fosse dovuta alla volontà di non impedire processi di riagggregazione delle industrie europee in pieno sviluppo nel dopoguerra.

Non erano mancati peraltro, pur in assenza di uno specifico fondamento nel Trattato, tentativi di sottoporre a controllo il fenomeno delle concentrazioni, utilizzando le norme sulla concorrenza rivolte alle imprese. In relazione ad una operazione di concentrazione nel settore degli imballaggi la Commissione aveva qualificato come abuso di posizione dominante una operazione nella quale un'impresa già in possesso di posizione dominante aveva rafforzato la propria posizione mediante l'acquisizione di un'impresa concorrente. Sono evidenti, tuttavia, i limiti di tale procedura; essa consentiva, infatti, di vietare solo forme di acquisizione ad opera di imprese già in possesso di una posizione dominante sul mercato. Meno convincente appariva, peraltro, il tentativo di configurare il fenomeno delle concentrazioni come un accordo fra imprese.

In assenza di una norma sulle concentrazioni, la disciplina comunitaria *antitrust* sembrava scarsamente coerente. Essa finiva, infatti, per vietare fenomeni collaborativi fra imprese, in quanto lesivi della concorrenza, ma non quel fenomeno di massima collaborazione quale è la fusione.

Nel 1989 il Consiglio ha adottato il regolamento n. 4064/89/CEE fondandosi sia sulla norma del Trattato che consente l'adozione di regolamenti in tema di concorrenza, l'art. 83 CE (ora 103 TFUE) sia sulla generale norma dell'allora art. 308 CE (ora artt. 352 e 353 TFUE), il quale, come è noto, conferisce i poteri per l'adozione di atti rispetto ai quali manchi un fondamento più specifico nel Trattato. Il regolamento n. 4064/89 è stato poi sostituito dal regolamento n. 139/04⁷⁰ entrato in vigore il 1° maggio 2004. Al nuovo regolamento si accompagna una serie di atti attuativi, taluni dei quali aventi la na-

⁷⁰ Regolamento n. 139/2004 del 20 gennaio 2004 relativo al controllo delle concentrazioni tra imprese, *GUCE*, L 24 del 29 gennaio 2004.

tura di comunicazione, che hanno lo scopo di chiarire gli orientamenti ai quali la Commissione si atterrà nell'applicazione della disciplina sulle concentrazioni di rilievo europeo⁷¹.

20. LA DISCIPLINA DELLE CONCENTRAZIONI NEL REGOLAMENTO N. 139/04

Il regolamento n. 139/04 si applica alle sole concentrazioni "di dimensioni europea". Il termine "concentrazione" riassume in sé le operazioni sia di fusione sia di acquisizione di controllo di altra impresa. La dimensione comunitaria è affidata ad elementi quantitativi che concernono il raggiungimento di determinate soglie di fatturato da parte delle imprese partecipanti, indicate all'art. 1 del regolamento. Ai fini dell'esatta determinazione degli importi di fatturato sono fornite dettagliate indicazioni all'art. 5 del regolamento e un particolare procedimento da seguire è previsto dalla Comunicazione consolidata della Commissione sui criteri di competenza giurisdizionale a norma del regolamento n. 139/2004⁷². Peraltro, il regolamento può essere applicato anche a concentrazioni che, sebbene non raggiungano le soglie di fatturato per essere considerate di rilevanza comunitaria, ricadano nel campo di applicazione della legislazione nazionale sul controllo delle concentrazioni di almeno tre Stati membri e nessuno di essi si opponga al rinvio dell'operazione alla Commissione per l'applicazione del regolamento n. 139/04. La norma, così prevista dall'art. 4, è motivata dall'intento di evitare le c.d. notificazioni multiple, alle quali consegue un esame della medesima operazione in più Stati membri e ad opera di autorità *antitrust* diverse.

La competenza a conoscere delle concentrazioni di natura comunitaria è affidata in maniera esclusiva alla Commissione e non anche alle autorità garanti *antitrust* nazionali né a quelle giudiziarie. Tuttavia, la Commissione, qualora l'operazione abbia incidenza sul mercato di un singolo Stato membro che

⁷¹ Regolamento (CE) n. 802/2004 della Commissione del 7 aprile 2004 di esecuzione del regolamento (CE) n. 139/2004 del Consiglio relativo al controllo delle concentrazioni tra imprese, in *GUCE*, L 133 del 30 aprile 2004; Comunicazione della Commissione ai sensi dell'art. 23, n. 1, del regolamento (CE) n. 802/2004 della Commissione che stabilisce disposizioni di esecuzione del regolamento (CE) n. 139/2004 del Consiglio relativo al controllo delle concentrazioni tra imprese, in *GUCE*, C 139 del 19 maggio 2004; Orientamenti relativi alla valutazione delle concentrazioni orizzontali a norma del regolamento del Consiglio relativo al controllo delle concentrazioni tra imprese, in *GUCE*, C 31 del 5 febbraio 2004; Orientamenti relativi alla valutazione delle concentrazioni non orizzontali a norma del regolamento del Consiglio relativo al controllo delle concentrazioni tra imprese, *GUUE*, C 265 del 18 ottobre 2008.

⁷² In *GUUE*, C 95 del 16 aprile 2008.

rappresenta un mercato distinto, può rinviare l'esame della concentrazione all'autorità *antitrust* nazionale competente.

Le concentrazioni di dimensioni europea vanno notificate alla Commissione e non possono essere realizzate, a norma dell'art. 7 del regolamento, prima della notifica né prima di essere dichiarate compatibili con il mercato interno in forza di una decisione della Commissione, salvo l'ottenimento di una deroga alla obbligatoria sospensione dell'operazione. La mancata notifica può essere sanzionata con pene pecuniarie. A differenza di quanto era previsto dal precedente regolamento n. 4064/89, il nuovo regolamento sulle concentrazioni dispone peraltro la possibilità per le parti di notificare alla Commissione la loro volontà di operare una concentrazione, non solo allorché abbiano concluso gli accordi relativi, ma anche nella fase preliminare, quando cioè esse abbiano manifestato una chiara intenzione a concludere. La norma è tesa a collocare la valutazione circa la compatibilità della concentrazione nella fase antecedente la complessa fase della redazione degli atti sui quali si fonda l'operazione. Il nuovo sistema, introdotto dal regolamento n. 139/04, tende, inoltre, ad incoraggiare le parti ad avvalersi di meccanismi di consultazione preventiva con la Commissione, attraverso i quali la valutazione dell'operazione si introduce nella fase negoziale e può più agevolmente influenzarne gli esiti. Una volta ricevuta la notifica, si apre il complesso procedimento di accertamento, fondato su termini certi entro i quali la Commissione deve stabilire la compatibilità dell'operazione con il mercato comune. Il procedimento è descritto nei dettagli dal regolamento n. 139/04 oltre che dal regolamento n. 802/04⁷³.

La valutazione delle operazioni di concentrazione segue ora parametri diversi da quelli previsti dal precedente regolamento.

In tale sistema, ora abrogato, l'unico criterio per valutare la compatibilità dell'operazione con il mercato comune era, quindi, la creazione o il consolidamento attraverso la concentrazione di una posizione dominante⁷⁴. Risultava, così, assai problematico inserire fra i criteri di valutazione anche considerazioni attinenti agli effetti pro-concorrenziali che l'operazione avrebbe potuto produrre.

Il rigore dei criteri di valutazione adottati dal regolamento n. 4064/89 era stato oggetto di critiche in dottrina e fra gli operatori economici. Fra l'altro,

⁷³ Vedi nota 73.

⁷⁴ Secondo l'art. 2, par. 2, del regolamento n. 4064/89, "le operazioni di concentrazione che non creano o rafforzano una posizione dominante, da cui risulti che una concorrenza effettiva sia ostacolata in modo significativo nel mercato comune o in una parte sostanziale di esso, devono essere dichiarate compatibili con il mercato comune". D'altra parte, secondo il par. 3, "le operazioni di concentrazione che creano o rafforzano una posizione dominante, da cui risulti che una concorrenza effettiva sia ostacolata in modo significativo nel mercato comune o in una parte sostanziale di esso, devono essere dichiarate incompatibili con il mercato comune".

era ritenuto altresì all'origine delle divergenti conclusioni adottate dalla Commissione e dall'autorità *antitrust* degli Stati Uniti rispetto ad operazioni che ricadevano nell'ambito dell'applicazione della rispettiva normativa di controllo delle concentrazioni.

Il nuovo regolamento n. 139/04 adotta un criterio più flessibile ed attinente agli effetti anticoncorrenziali prodotti dall'operazione sul mercato. Si potranno vietare concentrazioni considerate distorsive della concorrenza pur se non suscettibili di costituire una posizione dominante, ma che, ad esempio, producano un eccessivo aumento dei prezzi ovvero una significativa riduzione della possibilità di scelta del consumatore. D'altra parte, operazioni che determinano una posizione dominante sul mercato potrebbero essere invece considerate compatibili con il regolamento in relazione agli effetti positivi che esse producono.

Il nuovo regolamento prevede, infatti, all'art. 2, che: "1. *Le concentrazioni di cui al presente regolamento sono valutate conformemente agli obiettivi del presente regolamento e alle seguenti disposizioni per stabilire se siano compatibili o meno con il mercato comune.*

In tale valutazione la Commissione tiene conto:

a) *della necessità di preservare e sviluppare una concorrenza effettiva nel mercato comune alla luce, segnatamente, della struttura di tutti i mercati interessati e della concorrenza effettiva o potenziale di imprese situate all'interno o esterno della Comunità;*

b) *della posizione sul mercato delle imprese partecipanti, del loro potere economico e finanziario, delle possibilità di scelta dei fornitori e degli utilizzatori, del loro accesso alle fonti di approvvigionamento o agli sbocchi, dell'esistenza di diritto o di fatto di ostacoli all'entrata, dell'andamento dell'offerta e della domanda dei prodotti e dei servizi in questione, degli interessi dei consumatori intermedi e finali nonché dell'evoluzione del progresso tecnico ed economico purché essa sia a vantaggio del consumatore e non costituisca impedimento alla concorrenza.*

2. *Le concentrazioni che non ostacolino in modo significativo una concorrenza effettiva nel mercato comune o in una parte sostanziale di esso, in particolare a causa della creazione o del rafforzamento di una posizione dominante, sono dichiarate compatibili con il mercato comune.*

3. *Le concentrazioni che ostacolino in modo significativo una concorrenza effettiva nel mercato comune o in una parte sostanziale di esso, in particolare a causa della creazione o del rafforzamento di una posizione dominante, sono dichiarate incompatibili con il mercato comune.*

4. *Se e in quanto la costituzione di un'impresa comune che costituisce una concentrazione ai sensi dell'articolo 3 ha per oggetto o per effetto il coordinamento del comportamento concorrenziale di imprese che restano indipendenti,*

detto coordinamento viene valutato sulla base dei criteri di cui all'articolo 81, paragrafi 1 e 3, del trattato, al fine di stabilire se l'operazione sia compatibile o meno con il mercato comune.

5. In tale valutazione, la Commissione tiene conto segnatamente: – della presenza significativa e simultanea di due o più imprese fondatrici sullo stesso mercato dell'impresa comune, o su un mercato situato a monte o a valle di tale mercato, ovvero su un mercato contiguo strettamente legato a detto mercato, – della possibilità offerta alle imprese interessate, attraverso il loro coordinamento risultante direttamente dalla costituzione dell'impresa comune, di eliminare la concorrenza per una parte sostanziale dei prodotti e servizi di cui trattasi⁷⁵.

La possibilità di integrare, nel nuovo parametro di valutazione, le considerazioni attinenti alle modifiche prodotte sulla struttura di mercato con considerazioni riguardanti gli effetti sulle politiche di prezzo e sulla tutela dei consumatori emerge chiaramente anche dalla comunicazione della Commissione concernente gli orientamenti relativi alla valutazione delle concentrazioni orizzontali⁷⁵.

PARTE II

LA POLITICA DI CONCORRENZA RIVOLTA AGLI STATI MEMBRI

21. GENERALITÀ

Il Trattato pone una serie di limiti al potere degli Stati membri di regolamentare i fattori economici e sociali in ipotesi in cui un intervento pubblico potrebbe alterare il libero gioco della concorrenza sul mercato.

I limiti agli Stati membri che derivano dalla normativa comunitaria *anti-trust* sono riconducibili a tre blocchi. Un primo concerne i comportamenti delle imprese pubbliche ovvero delle imprese alle quali siano riconosciuti diritti speciali o esclusivi per l'adempimento di servizi di interesse pubblico. Un secondo limite, che deriva da una norma non scritta del Trattato, concerne la possibilità che gli Stati membri pregiudichino con proprie norme l'efficacia dei divieti posti dal Trattato alle imprese private. Il terzo, che sarà esposto in un diverso capitolo, concerne il tema degli aiuti di Stato.

⁷⁵ Cfr. i par. 8 e 9; vedi nota 73.

Nel loro complesso, gli obblighi rivolti agli Stati in tema di concorrenza descrivono un sistema completo teso a ridurre le interferenze fra le politiche statali nel campo dei rapporti economici e sociali e la politica comunitaria della concorrenza. Peraltro, come avremo modo di vedere in riferimento a ciascun settore l'esistenza di obblighi in tema di concorrenza rivolti agli Stati solleva il problema di identificare un criterio che consente di distinguere ragionevolmente fra misure lecite di politica economica e misure che producono invece una interferenza illecita rispetto al libero gioco della concorrenza. La questione non è di agevole soluzione, considerato che per la sua soluzione si rivelano insoddisfacenti sia criteri di tipo oggettivo che criteri puramente soggettivi. Criteri di tipo oggettivo, che vietino qualsiasi misura avente effetti distorsivi della concorrenza, sarebbero eccessivamente penalizzanti per la sfera delle competenze degli Stati membri; pressoché qualsiasi misura di tipo economico di uno Stato è capace di alterare, infatti, l'equilibrio concorrenziale che si sarebbe stabilito in sua assenza sul mercato. Sarebbe parimenti incongruo, d'altra parte, ritenere che solo provvedimenti soggettivamente motivati dall'intento di alterare il gioco della concorrenza rientrino nell'ambito dei divieti stabiliti dal Trattato; un tale approccio sarebbe inefficace nei confronti di quelle misure pesantemente distorsive della concorrenza ma motivate da finalità di carattere generale.

I. LA DISCIPLINA DEI COMPORAMENTI SUL MERCATO DI IMPRESE PUBBLICHE O INCARICATE DELLA GESTIONE DI SERVIZI D'INTERESSE PUBBLICO

22. LA STRUTTURA DELL'ART. 106

Il Trattato non vieta agli Stati di possedere o gestire imprese⁷⁶. Anzi, l'art. 345 TFUE ne sancisce espressamente la neutralità rispetto ad un determinato regime proprietario. Né il Trattato pone un divieto di riconoscere a talune

⁷⁶ La legittimità di un regime di monopolio legale è stata affermata in una serie di casi. Cfr. per tutti la sentenza della Corte di Giustizia 30 aprile 1974, causa 155/73, Sacchi, Raccolta, 409 ss. Si tratta peraltro di un orientamento giurisprudenziale che riconosceva una sfera di discrezionalità assai pronunciata a favore degli Stati membri, che non pare corrispondere agli attuali indirizzi delle Istituzioni dell'Unione europea.

imprese diritti esclusivi o speciali ovvero di costituire e mantenere imprese in monopolio legale.

Tali imprese sono soggette al diritto europeo della concorrenza; tuttavia, in qualità dell'interesse pubblico che perseguono, sono immuni dall'applicazione delle norme *antitrust* limitatamente alla soddisfazione di tale interesse. La disciplina relativa a tali imprese è indicata all'art. 106.

L'art. 106 si compone di tre norme. La prima vieta agli Stati membri di emanare nei confronti di imprese pubbliche, o imprese alle quali sono riconosciuti diritti speciali o esclusivi, misure contrarie al Trattato e, in particolare, alle norme sulla concorrenza. La seconda concerne l'applicabilità delle regole di concorrenza alle imprese in monopolio legale, o alle quali siano riconosciuti diritti speciali o esclusivi. La terza stabilisce un potere normativo della Commissione, la quale, oltre ad adottare nei confronti degli Stati membri decisioni individuali, può anche emanare direttive.

Il regime stabilito dall'art. 106 ha trovato ampia applicazione, considerato il largo utilizzo da parte degli Stati membri di imprese titolari di diritti speciali o esclusivi al fine di assicurare la gestione di servizi d'interesse generale ed evitare che preoccupazioni di tipo concorrenziale ne potessero pregiudicare l'erogazione. È apparso quindi ragionevole consentire, attraverso l'intervento degli Stati, ad un'impresa vincolata a garantire un determinato servizio anche in situazioni di non redditività di "finanziare" tali prestazioni con profitti collegati alla titolarità di diritti esclusivi o monopoli legali⁷⁷.

L'orientamento delle Istituzioni dell'Unione europea si è tuttavia evoluto e sembra segnare nettamente una tendenza a favore della separazione fra la gestione in regime di monopolio di attività di interesse pubblico e la gestione in regime di concorrenza di attività economiche che non assolvono ad interessi di natura universale.

Un diverso problema è quello di determinare come le regole di concorrenza, in senso lato, possano orientare anche le scelte delle amministrazioni pubbliche nell'affidamento della gestione di servizi pubblici in regime di concessione. Sono numerosi, sebbene decrescenti, i settori nei quali la soddisfazione di interessi pubblici è affidata ad attività di privati che operano su concessione pubblica. Questi profili trovano ampia trattazione nella Comunicazione interpretativa sulle concessioni nel diritto europeo adottata dalla Commissione nell'aprile 2000⁷⁸, il cui scopo è quello di ricostruire, sulla base delle regole

⁷⁷ Vedi per tutte le sentenze della Corte di Giustizia del 19 maggio 1993, causa C-320/91, Corbeau, Raccolta, I-2533 ss. e del 27 aprile 1994, causa C-393/92, Comune di Almelò, Raccolta, I-1477 ss.

⁷⁸ Comunicazione interpretativa della Commissione sulle concessioni nel diritto comunitario, in *GUCE*, C 121 del 29 aprile 2000.

del Trattato, i principi generali atti a disciplinare questa complessa problematica.

23. L'AMBITO DI APPLICAZIONE DELL'ART. 106

Evidentemente, l'art. 106 non concerne tutti i possibili casi nei quali misure statali assicurino un regime preferenziale per una determinata impresa. Esso ha riguardo solo a misure relative ad imprese pubbliche quanto al regime di proprietà o controllo o ad imprese alle quali sia affidata la gestione di un servizio di interesse generale o in monopolio legale.

Per un verso sono quindi escluse dal suo ambito di applicazione attività di enti e soggetti non aventi carattere di imprenditorialità. Per altro verso, sfuggono ad essa altresì le misure statali di sostegno di imprese private che non svolgono attività di servizio pubblico; misure cui si applicheranno le norme relative agli aiuti di Stato. La distinzione fra le due ipotesi, in teoria chiara, si può prestare ad equivoci in pratica. Non costituiscono aiuto, secondo una nozione peraltro ancora in via di definizione, misure ispirate da intenti di carattere economico e sociale che si applichino indistintamente ad una pluralità di operatori economici. Misure ispirate bensì a finalità generali ma a carattere selettivo ricadono sotto il controllo dell'art. 106 e sono lecite solo alle condizioni previste da tale disposizione⁷⁹.

Conviene notare inoltre che misure statali a carattere generale concernenti comportamenti di imprese private sul mercato non ricadono nell'ambito di applicazione dell'art. 106, ma sono soggette ai limiti, meno rigorosi, stabiliti dalle norme sulla concorrenza rivolte alle imprese private che saranno analizzate nella sezione seguente.

24. IL CRITERIO APPLICATIVO DEI LIMITI POSTI AGLI STATI MEMBRI

Gli Stati membri subiscono con le prime due norme dell'art. 106 una delimitazione della loro attività normativa ed imprenditoriale: essi non possono

⁷⁹ Ci si potrebbe chiedere quindi se vi siano casi nei quali il perseguimento di finalità di carattere generale giustifichi l'attribuzione di diritti speciali o esclusivi ovvero se non si debba invece provvedere a liberalizzare il settore, aprendolo quindi ad una pluralità di operatori e prevedendo nel contempo misure di aiuto a carattere generale per realizzare gli scopi per i quali si sarebbe invece disposto un diritto di carattere esclusivo.

adottare né mantenere misure concernenti le imprese pubbliche o le imprese beneficiarie di diritti esclusivi o speciali che contravvengano alle norme del Trattato e in specie a quelle della concorrenza; essi possono costituire imprese in monopolio legale o titolari di diritti esclusivi o speciali, le quali però sono sottoposte alle regole di concorrenza, sebbene limitatamente a quanto ciò non precluda il soddisfacimento dei compiti ad esse affidati.

Le disposizioni dell'art. 106 vanno lette congiuntamente, nel senso che, laddove si possa ragionevolmente supporre che la finalità attribuita ad una determinata impresa ne giustifichi la sottrazione alle regole della concorrenza, sarebbe lecito, per uno Stato membro, emanare misure apparentemente contrarie al diritto europeo della concorrenza. Ancorché complementari, le due norme rimangono però autonome; diverso è infatti il loro ambito di applicazione. Mentre la seconda norma concerne il comportamento delle imprese sul mercato, la prima ha riguardo all'attività normativa degli Stati membri⁸⁰ ed ha, pertanto, un contenuto più ampio, obbligando il legislatore interno ad ispirare la propria attività all'esigenza di realizzare una situazione concorrenziale. La disposizione dell'art. 106 non è quindi necessariamente connessa al comportamento di imprese; può sussistere violazione dell'art. 106 ogni qual volta uno Stato scelga di sottrarre alla concorrenza un dato settore senza che tale scelta sia sorretta da sufficienti motivazioni di carattere generale.

La valutazione circa la compatibilità con il Trattato della misura statale che abbia sottratto al regime di concorrenza un determinato settore è quindi fondata sul bilanciamento di interessi: l'interesse ad assicurare lo svolgimento di un determinato servizio d'interesse generale, da un lato, e l'esigenza di non alterare il libero gioco della concorrenza, dall'altro. Una deroga alle regole sulla concorrenza è quindi lecita solo nella misura in cui sia necessaria a garantire lo svolgimento di un interesse pubblico e sia rispettato un principio di proporzionalità fra la realizzazione dell'interesse generale e l'alterazione della concorrenza sul mercato. Tali valutazioni in merito alla compatibilità della misura statale appaiono di particolare difficoltà, mancando parametri certi di confronto. Preliminarmente, occorre stabilire il rilievo da assegnare all'interesse pubblico perseguito dallo Stato – e la ragionevolezza dello *standard* qualitativo di realizzazione di esso – per poi comparare le esigenze di carattere pubblico con l'esigenza di assicurare il libero gioco della concorrenza sul mercato. Queste valutazioni comportano indubbiamente un certo margine di discrezionalità. Tuttavia, la Corte di Giustizia sembra riconoscere la possibilità di un'ap-

⁸⁰ Un caso nel quale si è posto il problema di distinguere fra le due disposizioni è quello definito dalla sentenza della Corte di Giustizia del 9 settembre 1999, causa C-108/98, Comune di Ischia, Raccolta, I-5219 ss.

plicazione diretta dell'art. 106, in particolare laddove essa è connessa con l'applicazione di altre regole del Trattato aventi effetti diretti.

L'orientamento delle Istituzioni dell'Unione europea è conforme al più generale orientamento tendente ad incrementare i casi di applicazione diretta del diritto europeo da parte dei giudici nazionali. D'altra parte, l'applicazione dell'art. 106 pone al giudice il compito di apprezzare e ponderare elementi caratterizzati da un alto tasso di indeterminatezza. Il problema di determinare in quali casi l'esigenza generale giustifica un regime di esclusività di una determinata prestazione sul mercato comporta, insomma, non di rado una serie di considerazioni che sembrano avere natura essenzialmente politica. Si pensi alle misure statali che pongono obblighi di contrarre o regimi preferenziali o esclusivi ispirati da esigenze di tipo occupazionale. Un indice di valutazione è offerto dallo stesso art. 106: con il secondo paragrafo è disposta l'esigenza di considerare se gli scambi commerciali siano compromessi in misura contraria all'interesse della Comunità.

25. LE DUE FASI DI APPLICAZIONE DELL'ART. 106

Nell'applicazione dell'art. 106 si possono riconoscere due distinte fasi. Nella prima, corrispondente ai primi anni di applicazione del Trattato, è stata prevalente l'esigenza di non sovrapporre la valutazione delle Istituzioni dell'Unione europea agli orientamenti di politica economica degli Stati membri. In questa prima fase, le Istituzioni dell'Unione europea sembrano così aver riconosciuto agli Stati membri un margine assai ampio di discrezionalità nel valutare sia l'esistenza di un interesse pubblico che giustifichi una sottrazione di determinate attività alle regole di concorrenza sia la misura di tale deroga. Significativa è stata la conclusione della menzionata sentenza *Sacchi*, nella quale la Corte di Giustizia ha riconosciuto la legittimità del monopolio del servizio radiotelevisivo senza chiedersi se tale regime fosse effettivamente funzionale all'adempimento di un servizio di interesse generale.

Più di recente, anche in connessione all'attivismo dimostrato dalla Commissione, si può registrare un mutamento di tendenza. L'art. 106 è stato utilizzato non di rado in funzione di "grimaldello" per indurre gli Stati membri ad accelerare processi di liberalizzazione di settori dell'economia soggetti al controllo statale.

Il mutamento di rotta si è avvertito soprattutto con l'utilizzazione del terzo paragrafo dell'art. 106, il quale riconosce poteri normativi alla Commissione.

La Commissione, inizialmente, ha fatto uso della previsione del Trattato con molta cautela. Del 1980 è, ad esempio, la direttiva relativa ai rapporti fra

Stati membri ed imprese pubbliche, tesa essenzialmente a stabilire un regime di trasparenza⁸¹. Successivamente la Commissione ha invece utilizzato con notevole ampiezza tali poteri, al fine di promuovere e dirigere una imponente attività di liberalizzazione di settori protetti, quali quello dell'energia, del gas, dei servizi postali, dei trasporti, delle telecomunicazioni. Se da un lato, l'attribuzione alla Commissione di poteri normativi generali sembra indicare l'esigenza di affidare i processi di liberalizzazione ad un potere neutro, d'altro lato, la formulazione del terzo paragrafo dell'art. 106, che prevede l'adozione di atti rivolti agli Stati membri, sembra evidenziare come, nell'impostazione originaria del Trattato, il processo di liberalizzazione fosse concepito come un processo da attuare prevalentemente attraverso le dinamiche istituzionali del sistema europeo.

Nelle più recenti evoluzioni, il terzo paragrafo dell'art. 106 viene dunque interpretato come un mezzo per assicurare la compatibilità fra le esigenze di gestione di servizi pubblici e l'esigenza di realizzare un assetto di mercato concorrenziale. Si tratta di un indirizzo che comporta interferenze rispetto a settori ritenuti tradizionalmente fuori dal campo di applicazione delle regole di concorrenza, quali quelli degli appalti, dei regimi di concessione pubblica⁸², dei servizi di pubblica utilità.

Da questa spinta pro-concorrenziale della Commissione è nato il fenomeno della regolazione. Con tale termine si indica la tendenza degli Stati membri a disciplinare con proprie regole mercati nei quali è forte la presenza di interessi di carattere sociale, evitando tuttavia interventi aventi una connotazione dirigista nell'economia nazionale. Tramite la regolazione, gli Stati membri dovrebbero quindi "traghettare" particolari settori, fortemente chiusi alle politiche di mercato, verso una significativa apertura alla concorrenza, pur rispettando le esigenze di carattere sociale e politico.

In connessione con l'orientamento della Commissione, anche la Corte di Giustizia ha mostrato di voler ricorrere più largamente agli strumenti offerti dall'art. 106 al fine di ridurre l'impatto anticoncorrenziale derivante dall'intervento degli Stati in economia. Non mancano, tuttavia, casi nei quali il giudice europeo ha dato prova di *self-restraint*, astenendosi (a volte ricorrendo a strumenti procedurali) dal decidere questioni la cui soluzione avrebbe coinvolto un giudizio di carattere politico sull'assetto dei rapporti economici e sociali presente in un determinato Stato membro.

⁸¹ Direttiva 80/723, in *GUCE*, L 195/1980.

⁸² Cfr. ad esempio la menzionata Comunicazione interpretativa della Commissione sulle concessioni nel diritto dell'Unione europea, la quale si pone nella direzione di risolvere un problema assai complesso quale la determinazione delle regole di concorrenza applicabili alle concessioni.

II. MISURE STATALI E NORMATIVA COMUNITARIA SULLA CONCORRENZA

26. LA NORMA DEDOTTA DAGLI ARTT. 101 E 102 TUE (GIÀ ARTT. 3 G, 10 DEL TRATTATO CE)

Come accennato nei paragrafi che precedono, nel Trattato sono assenti disposizioni concernenti obblighi degli Stati membri in relazione alle norme europee sulla concorrenza rivolte ad imprese private. Tuttavia, la regolamentazione dei fattori economici e sociali da parte di uno Stato può pregiudicare l'effettività della disciplina comunitaria *antitrust*.

Il problema è stato affrontato per la prima volta dalla Corte di Giustizia nel caso INNO/ATAB⁸³. In questo caso era oggetto di controversia la compatibilità con il Trattato di una disposizione belga che obbligava, nella rivendita di prodotti di tabacco, il rispetto dei prezzi imposti da produttori o importatori. La Corte affermava il principio, al quale si è poi costantemente richiamata, secondo il quale "se è innegabile che l'art. (102) si rivolge alle imprese, è altrettanto vero che il Trattato obbliga gli Stati membri ad astenersi dall'emanare o mantenere in vigore provvedimenti che possano rendere praticamente inefficace tale norma". Il principio veniva ricavato dalle disposizioni dell'art. 3, lett. g), del Trattato CE, il quale indica fra gli obiettivi della Comunità l'istituzione di un regime teso a garantire che la concorrenza non sia falsata nel mercato comune, dell'art. 5 CE (ora art. 4, par. 3, TFUE), il quale pone l'obbligo per gli Stati di adottare ogni misura atta ad assicurare l'esecuzione degli obblighi del Trattato e di astenersi da misure capaci di compromettere la realizzazione dei suoi scopi, e infine dalle disposizioni degli artt. 101 e 102. Il combinato disposto completa così gli obblighi stabiliti dagli artt. 101 e 102, assicurandone l'effettività: accanto agli obblighi a carico delle imprese private nasce così un obbligo nei confronti degli Stati membri di non utilizzare i propri poteri di regolamentazione in maniera da pregiudicare l'efficacia del diritto europeo *antitrust*.

Nella recente giurisprudenza, la Corte di giustizia omette il riferimento all'art. 3, lett. g), del Trattato Ce, limitandosi a richiamare esclusivamente l'obbligo di leale cooperazione (art. 4, par. 3, TFUE) e i relativi divieti (artt. 101 e 102 TFUE)⁸⁴.

⁸³ Sentenza della Corte di Giustizia del 16 novembre 1977, causa 13/77, G.B.-Inno, Raccolta, 2115 ss.

⁸⁴ Sentenza della Corte di Giustizia del 5 dicembre 2006, cause riunite 94/04 e 202/04, Cipolla, Raccolta, I-11421.

27. IL CRITERIO APPLICATIVO DELLA NORMA

In merito all'obbligo sorto in capo agli Stati membri in base al disposto degli artt. 4, comma 3, 101 e 102 del Trattato, si deve tuttavia rilevare la difficoltà ad identificare un criterio atto a darne contenuto concreto.

Un criterio prevalentemente oggettivo è quello che sembrerebbe emergere dalla sentenza *Leclerc-livres*⁸⁵. In questa sentenza, concernente una norma francese in tema di fissazione del prezzo dei libri, la Corte affermava l'incompatibilità con il Trattato di qualsiasi normativa nazionale che imponesse o rafforzasse gli effetti di un accordo fra imprese vietato dall'art. 101 del Trattato o ne rendesse superflua la stipulazione. L'adozione di un criterio di questo tipo avrebbe avuto però la conseguenza di comprimere fortemente il potere degli Stati membri ad operare nel campo dei rapporti economici e sociali. È, infatti, evidente che pressoché qualsiasi misura statale comporta una distorsione della concorrenza (o, *rectius*, della concorrenza che si stabilirebbe in sua assenza) e, per questo aspetto, quindi, avrebbe gli effetti di un ipotetico comportamento di imprese vietato dalla normativa comunitaria.

Nella successiva giurisprudenza la Corte ha significativamente modificato questo orientamento, pur senza pervenire all'adozione di un criterio soggettivo in senso stretto. Le misure statali incompatibili con la disciplina *antitrust* sono state ricondotte a comportamenti di imprese: sarebbero illegittime le misure statali che corrispondono ad accordi o intese vietati dal diritto della concorrenza ovvero che impongono la stipulazione di tali intese o accordi. Ad esempio nelle sentenze *BNIC c. Clair*⁸⁶ e *BNIC c. Aubert*⁸⁷ la Corte ha accertato come fossero incompatibili con il diritto europeo *antitrust* le misure statali che avevano esteso *erga omnes* gli effetti di un accordo vietato dall'art. 101.

Queste conclusioni sono state poi ulteriormente sviluppate con la previsione dell'illegittimità di misure statali che incorporano un accordo codificandone il contenuto⁸⁸. Non sarebbero allora incompatibili con il Trattato tutte le misure oggettivamente distorsive della concorrenza, ma solo quelle alle cui origini vi sia un comportamento di imprese che sarebbe proibito – qualora non assorbito in una misura di carattere pubblico – dalle norme sulla concorrenza

⁸⁵ Sentenza della Corte di Giustizia del 10 gennaio 1985, causa 229/83, *Association des Centres distributeurs Édouard Leclerc*, Raccolta, 1 ss.

⁸⁶ Sentenza della Corte di Giustizia del 30 gennaio 1985, causa 123/83, *Bureau national interprofessionnel du cognac*, Raccolta, 391 ss.

⁸⁷ Sentenza della Corte di Giustizia del 3 dicembre 1987, causa 136/86, *Bureau national interprofessionnel du cognac II*, Raccolta, 4789 ss.

⁸⁸ Sentenza della Corte di Giustizia del 1° ottobre 1987, causa 311/85, *Vlaamse Reisbureaus*, Raccolta, 3801 ss.

dirette alle imprese private. In consonanza con questo orientamento, la giurisprudenza è giunta a valutare se l'adozione di una determinata misura, avente effetti restrittivi della concorrenza, sia l'effetto di considerazioni di interesse pubblico o corrisponda piuttosto all'apprezzamento di interessi privati compiuto dalle medesime imprese operanti sul mercato. In sostanza, la giurisprudenza si è orientata nel constatare se l'influsso determinato dalla partecipazione degli operatori privati alla formazione della misura statale sia tale da privare quest'ultima del proprio carattere pubblico⁸⁹.

Tale orientamento ha il pregio di mantenere entro un margine di ragionevolezza il contenuto dell'obbligo imposto agli Stati membri. Esso è imperniato su un criterio latamente soggettivo, dato che va a valutare se la misura statale abbia conservato caratteristiche tali da essere ritenuta determinazione di carattere pubblico o se costituisca, piuttosto, la mera copertura normativa di una determinazione proveniente da soggetti privati per la soddisfazione di interessi individuali.

In altre parole, questo orientamento giurisprudenziale appare, per un verso, eccessivamente permissivo e, per l'altro, eccessivamente rigoroso. Esso, infatti, qualora non sia rinvenibile nella formazione della misura un intervento di parti private quale quello richiesto dal criterio che abbiamo menzionato, non riesce a colpire le misure che comportano una distorsione notevole del libero gioco della concorrenza e che non corrispondono ad un apprezzabile interesse pubblico. D'altra parte, esso, considerato astrattamente, finirebbe per ritenere illecita una misura statale che sia discorsiva della concorrenza, ma che costituisca anche una equilibrata regolamentazione dei fattori economici e sociali; ciò sol perché alle sue origini vi è una attività di concertazione fra parti private.

Queste difficoltà si sono palesate negli incerti itinerari della giurisprudenza. La Corte ha spesso esaminato in maniera dettagliata il procedimento di formazione delle misure di intervento pubblico nell'economia, prendendo in considerazione il carattere consultivo ovvero vincolante delle delibere delle commissioni private, il numero dei componenti indicati dalle imprese private in una commissione deliberante, i criteri di scelta dei componenti ed altri elementi di natura strettamente formale. Tale approccio ha evidenziato una scar-

⁸⁹ Una sintesi di questo orientamento è data dall'Avvocato Generale Tesouro nelle sue conclusioni relative al caso Meng, causa C-2/91, Raccolta, I-5773 ss.: *"l'effetto utile delle norme sulla concorrenza rischia di essere pregiudicato solo in presenza di misure statali che consentano alle imprese private di sottrarsi ai vincoli di cui all'art. (101), misure che siano dunque manifestamente elusive, vuoi perché a) offrono una copertura legale a comportamenti altrimenti vietati, vuoi perché b) rendono inutili tali comportamenti per il fatto di lasciare agli stessi operatori interessati il compito di regolamentare il mercato, con la conseguenza che l'azione di tali operatori potrà essere analizzata, in buona sostanza, come comportamento d'impresa ai sensi dell'art. (101)"*.

sa efficacia nella tutela del diritto della concorrenza e non è mancato di essere oggetto di critiche per l'accentuato formalismo. Ad evidenza di ciò è la valutazione di compatibilità con il Trattato compiuta dalla Corte di Giustizia in occasione di due sentenze, che riguardavano misure statali italiane di fissazione delle tariffe nel settore del trasporto. Il giudice europeo nella sentenza *Spedito*⁹⁰ ha dichiarato che tali misure non costituivano violazione del Trattato, in base, fra l'altro, alla considerazione che rilevava una partecipazione di sola minoranza da parte dei rappresentanti delle imprese di trasporto nelle commissioni competenti a determinare le tariffe. Nella successiva sentenza *Autotrasporti Librandi*⁹¹, la Corte si è trovata di fronte ad un mutamento del quadro normativo interno: i rappresentanti dei trasportatori disponevano della maggioranza dei voti nell'ambito delle commissioni tariffarie. Tuttavia, la Corte è pervenuta al medesimo risultato, accertando la compatibilità con il Trattato delle misure statali sulla base di altre argomentazioni.

Qualche indicazione nel senso di una maggiore valorizzazione di elementi oggettivi si può cogliere in alcune pronunce della Corte di Giustizia, nelle quali il giudice europeo sembra incline a valutare l'interesse pubblico atto a giustificare una compressione della concorrenza⁹². In questa diversa angolazione, per il momento solo accennata dalla Corte, la considerazione del procedimento di formazione della misura statale andrebbe fatta al solo fine di accertare se esso risulta razionalmente idoneo a considerare gli interessi generali e a bilanciarne le esigenze con quelle sottese dalla disciplina comunitaria sulla concorrenza. Questo diverso criterio consentirebbe, peraltro, un sindacato sul tipo di procedimento adottato da un determinato Stato e non sul contenuto dell'interesse che esso è teso ad individuare. La Corte non dovrebbe cioè entrare nel merito delle misure ed accertare, sulla base di un bilanciamento di interessi, la congruità dell'assetto normativo realizzato dalle misure statali. Alla Corte spetterebbe invece una supervisione più limitata, consistente nel vedere se il procedimento messo in essere dallo Stato sia idoneo ad individuare tale equilibrio. Come ha affermato l'Avv. Gen. Alber nelle sue conclusioni relative al menzionato caso Librandi, "*c'est aux juridictions nationales qu'il appartient de déterminer si et dans quelle mesure les critères de l'intérêt public et la nondélégation de prérogatives de droit public permettent en définitive de sau-*

⁹⁰ Sentenza della Corte di Giustizia del 5 ottobre 1995, causa C-96/94, Centro Servizi Spedito Srl, Raccolta, I-2883 ss.

⁹¹ Sentenza della Corte di Giustizia del 1° ottobre 1998, causa C-38/97, Autotrasporti Librandi Snc, Raccolta, I-5955 ss.

⁹² Cfr. oltre alle citate sentenze Meng (v. nota 87) e Librandi (v. nota 89), le sentenze della Corte di Giustizia del 17 novembre 1993, causa C-185/91, Reiff, Raccolta, I-5801 ss., e del 9 giugno 1994, causa C-153/93, Delta, Raccolta, I-2517 ss.

vegarder la pleine efficacité des règles de concurrence". In sostanza, una cosa sarebbe apprezzare direttamente gli interessi pubblici che consentano una alterazione della concorrenza, altra cosa sarebbe apprezzare la congruità del procedimento che uno Stato membro pone in essere al fine di individuare tali interessi. La distinzione è assai sottile e sfugge ad una linea di demarcazione precisa. Un diverso orientamento che disponga un diretto apprezzamento degli interessi pubblici fatti valere dallo Stato membro indurrebbe, peraltro, ad adottare un criterio sostanzialmente analogo a quello utilizzato dall'art. 106 del Trattato, consistente nel valutare se le finalità d'indole generale che perseguono la misura statale possano ragionevolmente giustificare la sottrazione delle imprese dal puntuale rispetto della disciplina comunitaria della concorrenza.

Conseguenza della riconosciuta incompatibilità della misura statale con il diritto europeo della concorrenza è la disapplicazione della stessa nell'ordinamento giuridico interno. Tale potere è stato da sempre esercitato dalle autorità giudiziarie nazionali; tuttavia, recentemente, è stata riconosciuta dalla Corte di Giustizia la competenza anche delle autorità garanti a disapplicare la norma statale contraria al combinato disposto degli artt. 4 TUE e 101 e 102 TFUE⁹³. Ne deriva un rafforzato potere di intervento delle autorità garanti nazionali a tutela della concorrenza del mercato, potendo esse colpire contestualmente sia gli operatori economici, per i loro comportamenti restrittivi della concorrenza, sia le misure statali, di natura amministrativa o anche legislativa, che siano capaci di imporre o favorire l'intesa o la pratica abusiva, legittimandone o rafforzandone gli effetti.

La disapplicazione di norme nazionali contrarie alla disciplina comunitaria *antitrust* lascia aperta, tuttavia, la questione concernente il trattamento sanzionatorio del soggetto privato che a tali norme si sia attenuto, violando quindi il diritto della concorrenza. La prassi delle Istituzioni di controllo ha, in merito, evidenziato l'inapplicabilità della sanzione in presenza di norme nazionali che non lascino all'operatore alcuna discrezionalità ed impongano un comportamento contrario agli artt. 101 e 102. Non appare ragionevole in tali casi applicare al soggetto privato le sanzioni previste per comportamenti anticoncorrenziali; il singolo si troverebbe altrimenti costretto a violare la normativa interna, sul presupposto ipotetico dell'incompatibilità con il diritto europeo, e a sopportare, in caso di errata valutazione, le conseguenze che l'ordinamento interno riconnette a tale violazione. Qualora una normativa nazionale non imponga all'operatore un obbligo incondizionato, ma lasci un pur minimo margine di discrezionalità quanto ai comportamenti da seguire, si ritiene invece l'impresa,

⁹³ Cfr. sentenza della Corte di Giustizia del 9 settembre 2003, causa C-198/01, Consorzio Industrie Fiammiferi, Raccolta, I-8055 ss.

che abbia posto in essere comportamenti anticoncorrenziali, soggetta alle sanzioni previste dal diritto europeo *antitrust*⁹⁴.

BIBLIOGRAFIA ESSENZIALE

(*La letteratura in argomento è assai ampia per poterne dare conto in maniera articolata. Si indicano, di seguito, solo alcuni fra i testi di riferimento generali e di recente pubblicazione*).

- BISHOP SIMON, WALKER MIKE, *The Economics of EC Competition Law: Concepts, Application and Measurement*, 3a, Sweet & Maxwell, London, 2010.
- COMMISSIONE EUROPEA – DIREZIONE GENERALE DELLA CONCORRENZA, *Glossario dei termini utilizzati nell'ambito della politica di concorrenza dell'UE: antitrust e controllo delle concentrazioni*, Office for Official Publications of the European Communities, Bruxelles, 2003.
- FAULL JONATHAN, NIKPAY ALI, *The EC Law of Competition*, 2a, Oxford University Press, Oxford-New York, 2007.
- FRIGNANI ALDO, PARDOLESI ROBERTO, *La concorrenza*, Torino, 2006.
- GOYDER JOANNA, ALBORS-LLORENS ALBERTINA, *EC Competition Law*, 5th, Oxford University Press, Oxford-New York, 2009.
- JONES ALISON, SUFRIN BRENDA, *EC Competition Law: Text, Cases, and Materials*, 4th, Oxford University Press, Oxford-New York, 2010.
- JONES CHRISTOPHER, VAN DER WOUDE MARC, *EC Competition Law Handbook: 2002/2003 Edition*, Sweet & Maxwell, London, 2003.
- KERSE CHRISTOPHER, *EC Antitrust Procedure*, 5th edition, Sweet & Maxwell, London, 2004.
- KORAH VALENTINE, *An Introductory Guide to EC Competition Law and Practice*, 9th, Hart Publishing, Oxford-Portland Oregon, 2007.
- MOTTA MASSIMO, *Competition Policy: Theory and Practice*, Cambridge University Press, Cambridge, 2004.
- PACE LORENZO FEDERICO, *Diritto europeo della concorrenza*, Cedam, Padova, 2007.
- PERA ALBERTO, *Concorrenza e antitrust*, 4a, Il Mulino, Bologna, 2009.
- POSNER RICHARD A., *Antitrust Law*, University of Chicago Press, Chicago and London, 2002.
- ROTH PETER, ROSE VIVIEN, *Bellamy and Child: European Community Law of Competition*, 6th, Sweet & Maxwell, London, 2008.
- TODINO MARIO, FATTORI PIERO, *La disciplina della concorrenza in Italia*, 2°, 2010.
- TOSATO GIAN LUIGI, BELLODI LEONARDO, *Il nuovo diritto europeo della concorrenza*, Giuffrè, Milano, 2004.
- WHISH RICHARD, *Competition Law*, 6th, Butterworths, London, 2008.

⁹⁴ Cfr. sentenza della Corte di Giustizia del 18 giugno 1998, causa C-35/96, CNSD, Raccolta, I-3851.