

DIPARTIMENTO DI GIURISPRUDENZA

Cattedra di Diritto Amministrativo

**LA COOPERAZIONE AMMINISTRATIVA TRA LE
AUTORITÀ DI CONCORRENZA
NELL'APPLICAZIONE DEL DIRITTO ANTITRUST**

RELATORE
Chiar.mo Prof.
Salvatore Alberto Romano

CANDIDATA
Giulia Volpe
Matr. 089913

CORRELATORE
Chiar.mo Prof.
Gustavo Olivieri

ANNO ACCADEMICO 2011-2012

Desidero innanzitutto l'infaticabile Professor Romano per i preziosi insegnamenti impartiti durante questi anni e per le numerose ore dedicate alla mia tesi.

Intendo poi ringraziare l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, sottolineando la particolare disponibilità della Dottoressa Scorciarini Coppola, per il materiale fornitomi e il tempo dedicatomi, e tutti i funzionari della "Biblioteca Francesco Saia" per il loro gentile aiuto nel reperimento dei testi indispensabili alla realizzazione di questa tesi.

Vorrei inoltre esprimere la mia sincera gratitudine alle Suore Orsoline e alle meravigliose ragazze del "Collegio Casa Santa Maria" per la letizia e la preghiera che mi hanno donato in questi anni, la mia amata 'figlioccia' Melania per l'affetto fraterno che ci lega e tutti gli amici che mi hanno sostenuto infondendomi il loro coraggio e la loro forza e senza il cui aiuto nulla di quanto ho fatto sarebbe stato possibile.

Ringrazio in modo particolare il mio Enrico per l'amore con cui mi ha accompagnato ogni giorno e per essere stato costantemente esempio accademico e modello cui tendere con fiducia e ammirazione.

Infine desidero ringraziare i miei genitori nella speranza che ogni giorno della mia vita possa essere dedicato a rendere loro un barlume dell'onore che sento per essere loro figlia.

INDICE

1 - Il sistema decentralizzato nell'applicazione del diritto antitrust comunitario.		
1. Il sistema centralizzato del Regolamento 17: punti critici.....	Pag.	1
2. La Riforma: costruzione del sistema decentrato.....	“	10
2.1. Obiettivi e principali tappe del processo di riforma.....	“	10
2.2. La nuova condivisione di competenze del Regolamento 1/2003.....	“	16
2.2.1. Il ruolo della Commissione.....	“	17
2.2.2. La competenza delle ANC.....	“	31
3. La disciplina delle concentrazioni: il Regolamento 139/2004.....	“	54
3.1. Sistema di competenze esclusive.....	“	54
3.2. Nozione di concentrazione comunitaria.....	“	57
3.3. Valutazione delle concentrazioni.....	“	60
2 - La cornice giuridica della cooperazione: il		

Network.

1. Che cos'è l'European Competition Network.....	“	67
2. I meccanismi di coordinamento nella decisione dei casi concreti.....	“	75
2.1. L'allocazione del caso.....	“	77
2.2. Scambio di informazione e assistenza amministrativa tra Autorità.....	“	87
2.3. Consultazione prima della decisione finale.....	“	102
3. Formazione di una politica di attuazione comune.....	“	107
3.1. Individuazione delle priorità di intervento.....	“	107
3.2. Indirizzo dell'attività decisionale delle ANC.....	“	110
3.3. L'effetto Network: europeizzazione delle Autorità di concorrenza.....	“	119

3 - Quattro autorità antitrust a confronto.

Premessa.....	“	125
1.1. Le radici del modello: il sistema della concorrenza negli Stati Uniti.....	“	127
1.2. Diffusione del modello: la nascita della concorrenza in Europa.....	“	135
2. L'architettura istituzionale negli Stati Membri.....	“	142
3. Francia.....	“	145
3.1. Dalla Commission des ententes all'Autorité de la Concurrence.....	“	145
3.2. Indipendenza.....	“	150
3.3. Procedimento.....	“	153
3.4. Controllo giurisdizionale.....	“	158
3.5. Revisione Politica.....	“	161

4. Italia.....	“	162
4.1. L’importazione della tutela della concorrenza e la fine dello Stato-Imprenditore.....	“	162
4.2. Indipendenza.....	“	165
4.3. Procedimento.....	“	168
4.4. Controllo giurisdizionale.....	“	175
4.5. Revisione Politica.....	“	179
5. Germania.....	“	180
5.1. L’importazione della concorrenza nel paese dei cartelli.....	“	180
5.2. Indipendenza.....	“	185
5.3. Procedimento.....	“	190
5.4. Controllo giurisdizionale.....	“	193
5.5. Revisione politica.....	“	198
6. Gran Bretagna.....	“	198
6.1. Approccio pragmatico alla concorrenza.....	“	198
6.2. Indipendenza.....	“	205
6.3. Procedimento.....	“	207
6.4. Controllo giurisdizionale.....	“	215
6.5. Revisione politica.....	“	219

4 - L’effettività del coordinamento alla luce della giurisprudenza comunitaria.

Premessa.....	“	221
1.1. Intese restrittive della concorrenza: la fattispecie.....	“	223
1.2. Il rapporto ECN sul settore alimentare.....	“	231
1.3.1. Italia: il caso Listino prezzi pasta.....	“	233
1.3.2. Francia : il caso Frutta e verdura.....	“	238

1.3.3. Germania: il caso Lavorazione del caffè.....	“	242
2.1. Abuso di posizione dominante: la fattispecie.....	“	245
2.2. La Guida della Commissione 2008.....	“	250
2.3. L’articolo 102 TFUE nella prassi delle autorità nazionali di concorrenza.....	“	256
2.3.1. Francia: il caso Chep.....	“	258
2.3.2. Italia: il caso Grandi Navi Veloci.....	“	260
2.3.3. Inghilterra: il caso Flybe.....	“	263
Conclusioni.....	“	267
Bibliografia.....	“	272

CAPITOLO 1

Il sistema decentralizzato nell'applicazione del diritto antitrust comunitario.

1. Il sistema centralizzato del Regolamento 17: punti critici.

Nel 2004 il diritto di concorrenza europeo ha conosciuto una riforma radicale avente come punto nevralgico il Regolamento 1/2003 sull'applicazione degli articoli 81 e 82 del Trattato, che ha operato una fondamentale riorganizzazione della suddivisione di responsabilità tra la Commissione Europea e le Autorità di concorrenza degli Stati membri. La nuova disciplina ha di fatti inaugurato un sistema decentrato di applicazione del diritto comunitario di concorrenza, in cui la Commissione e gli organismi antitrust condividono la responsabilità di implementare le regole comunitarie attraverso un sistema di competenze parallele. Questa applicazione tentacolare del diritto comunitario ha reso necessario individuare gli opportuni strumenti di coordinamento per garantirne l'uniformità, ponendo allo stesso tempo alcune problematiche connesse all'interpretazione e applicazione delle stesse regole da parte di organismi appartenenti a tradizioni e substrati giuridici differenti.

Per contestualizzare la riforma operata dal Regolamento 1/2003 e comprendere meglio i profondi cambiamenti che ne sono derivati, può essere utile richiamare le principali disposizioni comunitarie in materia di concorrenza e fare un breve accenno al precedente sistema di controllo.

In particolare, si farà riferimento agli articoli 81, 82 e 83 del Trattato sulla Comunità Europea (d'ora in poi TCE) nella versione contestuale al primo regolamento di attuazione del 1962 e oggi corrispondenti agli articoli 101, 102 e 103 del Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea entrato in vigore nel 2009 (d'ora in poi TFUE).

L'art 81 del Trattato vieta gli accordi e le intese restrittive della concorrenza, stabilendo in particolare che:

1. Sono incompatibili con il mercato interno e vietati tutti gli accordi tra imprese, tutte le decisioni tra imprese e le pratiche concordate che possano pregiudicare il commercio tra Stati membri e che abbiano per oggetto o per effetto di impedire, restringere o falsare il gioco della concorrenza all'interno del mercato interno. [...]

2. Gli accordi o decisioni vietati in virtù del presente articolo sono nulli di pieno diritto.

3. Tuttavia le disposizioni del paragrafo 1 possono essere dichiarate inapplicabili:

- *a qualsiasi accordo o categoria di accordi tra imprese,*
- *a qualsiasi decisione o categoria di decisioni tra imprese 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 di una congrua parte dell'utile che ne deriva, evitando di

a) imporre alle imprese interessate restrizioni che non siano indispensabili per raggiungere l'obbiettivo;

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

La *ratio legis* dell'eccezione va riscontrata nel fatto che le quattro condizioni fissate dalla norma assicurano che l'accordo abbia virtù economiche sufficienti a controbilanciare gli effetti negativi della restrizione, in modo da poter essere considerato complessivamente positivo per l'economia di mercato.

L'art. 82 colpisce invece l'abuso di posizione dominante:

E' incompatibile con il mercato interno e vietato, nella misura in cui possa essere pregiudizievole al commercio tra gli Stati membri, lo sfruttamento abusivi da parte di una o più imprese di una posizione dominante sul mercato interno o su una parte sostanziale di questo.

Infine l'art. 83 attribuisce al Consiglio il potere di emanare *“i regolamenti e le direttive utili ai fini dell'applicazione dei principi contemplati dagli articoli 81 e 82, su proposta della Commissione e previa consultazione del Parlamento europeo.”*

Sulla base di questa disposizione, il Consiglio adottò il Regolamento 17/1962, che stabiliva un sistema incentrato sul

meccanismo della notifica-autorizzazione e sul monopolio della Commissione Europea nell'applicazione dell' art. 81, par. 3. Gli Stati membri, attraverso i propri organismi di concorrenza e le corti nazionali, potevano applicare l'art. 81, par. 1, e l'art. 82 autorizzando le operazioni notificate loro dalle imprese qualora la Commissione non avesse iniziato alcuna procedura; la Commissione era l'esclusiva depositaria del potere di garantire le esenzioni a norma dell'art. 81, par. 3, sia nella forma di decisioni individuali che di decisioni "in blocco", estese ad interi gruppi di accordi. L'operazione doveva essere previamente notificata dalle imprese interessate alla Commissione, che garantiva l'esenzione in seguito alla verifica della sussistenza di almeno una delle condizioni contemplate dall'art. 81, par. 3. In assenza della notificazione, nessuna esenzione poteva essere adottata d'ufficio e l'accordo era da considerarsi nullo ai sensi dell'art. 81, par. 2.

La scelta del Consiglio di stabilire un sistema fortemente centralizzato, in particolare attraverso la configurazione di una competenza esclusiva della Commissione nell'applicazione dell'art. 81, par. 3, è comprensibile considerando il contesto storico in cui il diritto europeo della concorrenza affonda le proprie radici.

In primo luogo, il Regolamento 17 fu adottato nel 1962, quando c'erano solo sei stati membri, due dei quali, Italia e Lussemburgo, ancora sprovvisti di un vero e proprio diritto della concorrenza. Le regole in materia di concorrenza dei restanti quattro membri non erano omogenee. Solo le legislazioni di Francia e Germania erano basate su un principio di proibizione delle restrizioni

(Verbotsprinzip)¹ simile a quello delle regole comunitarie, mentre Belgio e Paesi Bassi utilizzavano solo un sistema di controllo degli abusi.

Inoltre, gli stati fondatori erano privi delle strutture amministrative necessarie per dare luogo ad un sistema decentralizzato efficiente, senza menzionare l'assenza di una comune cultura della concorrenza.

Occorre ancora considerare che il sistema di controllo degli abusi aveva rappresentato la principale politica in materia di cartelli fino alla Seconda Guerra Mondiale perfino in Germania, che a quell'epoca i cartelli erano perfino utilizzati come strumenti di politiche di governo e che la protezione del mercato nazionale veniva considerata tradizionalmente una prerogativa dello stato nazionale. In un simile contesto, l'introduzione di un divieto generale che colpisse gli accordi e le pratiche restrittive in tutti gli Stati Membri nel 1958 sembrava assolutamente rivoluzionario².

Stabilire un sistema centralizzato fondato su un meccanismo di autorizzazione preventiva appariva perciò lo strumento obbligato per assicurare una interpretazione uniforme e una applicazione efficiente e coerente delle regole comunitarie sulla concorrenza.

¹ In Germania, peraltro, questo meccanismo si applicava solo agli accordi orizzontali: le restrizioni verticali erano invece soggette solo ad un controllo sugli abusi. Tuttavia, la Germania del 1958 era il solo Stato membro un ad avere un diritto della concorrenza simile a quello dell'allora CEE. A Weitbrech, "From Freiburg to Chicago and Beyond - the First 50 years of European Competition Law" in *Competition Law Review*", (2008) n. 14, pagg. 81-82.

² Mestmacker, "The EC Commission's Modernization of Competition Policy: a challenge to the Community Constitutional order" in *European Organization Law Review* (2000) n. 1, pagg. 401-407.

Tuttavia, ben presto divenne evidente che il sistema delineato dal Regolamento 17 presentava una serie di gravi inconvenienti.

La Commissione interpretava la nozione di “restrizione della concorrenza” piuttosto ampiamente. La semplice presenza di una clausola che tecnicamente limitasse la libertà di azione delle parti era ragione sufficiente per considerare l’accordo restrittivo ai sensi dell’art. 81, par. 1.

L’applicazione dell’art. 81, par. 1 dipendeva inoltre dalla idoneità dell’accordo a pregiudicare il commercio tra gli stati membri. La Corte di Giustizia della Comunità Europea interpretava a sua volta estensivamente questo requisito che avrebbe dovuto determinare l’ambito di competenza della Commissione, ritenendolo soddisfatto ogni qualvolta l’accordo in questione fosse stato in grado di avere un’influenza “diretta o indiretta, attuale o potenziale, sul commercio tra Stati Membri”³.

A causa delle interpretazioni della Commissione e della Corte di Giustizia, l’art. 81, par. 1 aveva un ambito di applicazione molto esteso. Combinato col monopolio della Commissione rispetto all’art. 81, par. 3, ciò stava a significare che quasi tutti gli accordi di una qualche rilevanza commerciale, inclusi quelli essenzialmente benigni, dovevano essere notificati alla Commissione per sfuggire all’invalidità di cui all’art. 81, par. 2.

Non deve quindi sorprendere che, nel 1967, il numero delle notifiche indirizzate alla Commissione avesse raggiunto i 37,450

³ Il criterio venne individuato per la prima volta in *Société Technique Minière v Maschinenbau Ulm*, Caso 54/65 e successivamente divenne giurisprudenza consolidata.

casi⁴.

Poiché l'adozione di una formale esenzione non era un semplice atto amministrativo ma un vero e proprio esempio di regolamentazione, la Commissione riusciva a garantire pochissime esenzioni ogni anno, raramente più di tre o quattro.

Al fine di gestire meglio il consistente flusso di notificazioni, la Commissione cominciò ad adottare sempre più spesso delle decisioni informali, le cd. *comfort letters*, informando le parti che la Commissione intendeva archiviare il caso senza applicare alcuna sanzione⁵. Concepite evidentemente come un'alternativa celere rispetto ad un formale atto di esenzione collocato al termine di un procedimento amministrativo alquanto farraginoso, le *comfort letters*, pur essendo indubbiamente dotate di autorità persuasiva, non erano vincolanti per le autorità nazionali e non erano dunque in grado di assicurare la necessaria certezza giuridica in ordine alla validità degli accordi notificati.

La Commissione dovette così orientarsi verso ulteriori rimedi. Facendo proprio l'orientamento inaugurato dalla Corte di Giustizia nella sentenza *Volk vs Vervaeke*⁶, la Commissione introdusse il concetto di effetti "apprezzabili", da cui derivava che gli accordi con effetti trascurabili sul commercio e sulla concorrenza erano esclusi dall'ambito di applicazione dell'art 81, par 1. Il concetto

⁴ Nel 1967, il numero dei casi era arrivato a 37,450. Libro Bianco della Commissione, par. 25.

⁵ C Kerse, *Ec Antitrust procedure* (London, Sweet & Maxwell, 1994)

⁶ In questa sentenza, la Corte stabiliva che "un accordo esula dal divieto quando ha solo un effetto insignificante sui mercati." *Volk vs. Vervaeke* Caso 5/69.

venne chiarito in una nota sugli accordi di minore rilevanza (cd “*de minimis*” Notice)⁷.

Infine, la Commissione cominciò a sviluppare la tendenza a rigettare l’investigazione su casi che non rivelassero un sufficiente “interesse comunitario”⁸.

Comunque la situazione rimaneva insoddisfacente. Malgrado le strategie adottate, la Commissione continuava a stentare a gestire il considerevole numero di notificazioni ricevute annualmente. Alla fine del 1994, le statistiche registravano ancora un arretrato di 1,052 casi. Inoltre, le parti erano spesso costrette ad attendere anni prima di ottenere una decisione, formale o informale che fosse. Mentre la situazione era stata tollerata nei primi decenni di vigenza del Regolamento 17, l’atteggiamento generale cominciò a cambiare negli anni Ottanta e nel decennio successivo la Commissione fu fatta oggetto di critiche sempre più aspre per l’arretrato dei casi, la lentezza dei procedimenti e la carenza di trasparenza e di motivazione delle *comfort letters*.

In un ulteriore tentativo di snellire la mole di lavoro, la Commissione adottò due note che miravano a stimolare l’applicazione decentrata delle regole di concorrenza comunitarie

⁷ La prima Nota *de minimis* venne pubblicata nel 1970, poco dopo la sentenza *Volk.*, e in seguito è stata aggiornata più volte. Nella prima versione il concetto di apprezzabilità è riferito solo alle restrizioni della concorrenza mentre il problema dell’apprezzabilità degli effetti sul commercio intracomunitario viene affrontato nelle Linee Guida successive (*amplius* paragrafo 2.2, lett. a).

⁸ Questa prassi fu sostenuta dal Tribunale di Prima Istanza nel caso *Automec v Commissione*, consentendo alla Commissione di stabilire delle priorità nella propria azione, indirizzando i reclami alle Autorità nazionali nei casi in cui gli effetti dell’operazione, pur non essendo al di sotto della soglia *de minimis*, fossero essenzialmente circoscritti al territorio di uno Stato membro.

da parte delle corti nazionali e degli organismi preposti alla tutela della concorrenza nei singoli stati membri.

Nel 1993 fu pubblicata la Nota sulla cooperazione tra le corti nazionali e la Commissione nell'applicazione degli articoli 85 e 86 del TCE ("1993 Cooperation Notice") e nel 1997 la Nota sulla cooperazione tra le autorità nazionali di concorrenza e la Commissione nella gestione dei casi rientranti nell'ambito degli articoli 85 e 86 del TCE ("1997 Cooperation Notice").

Offrendo cooperazione e supporto alle corti e alle autorità nazionali di concorrenza, la Commissione aveva sperato di condividere il fardello dell'applicazione del TCE con gli stati membri. Comunque, i meccanismi delineati in queste note ebbero poco successo e gli sforzi della Commissione per coinvolgere le corti e le autorità nazionali degli stati membri fallirono largamente.

Alla fine degli anni Novanta era ormai opinione comune che una riforma del sistema esistente fosse imperativa.

In vista del rapido e progressivo allargamento dell'Unione Europea, il bisogno di cambiamenti strutturali del sistema appariva ancora più urgente. Era infatti probabile che i problemi che la Commissione stava affrontando sarebbero stati esacerbati dall'ingresso di nuovi stati membri. Data la loro recente transizione da economie dirette dallo stato a economie di mercato, i paesi candidati presentavano un numero di questioni legate alla concorrenza potenzialmente molto alto. Una modernizzazione del sistema era perciò più che benvenuta.

2. La Riforma: costruzione del sistema decentrato.

2.1. Obiettivi e principali tappe del processo di riforma.

Il Regolamento 1/2003 fu adottato il 16 dicembre 2002 dopo un dibattito tra la Commissione, gli Stati Membri e le altre parti interessate, come l'industria, gli Stati dell'area EEA e i maggiori studiosi della concorrenza. La Commissione aveva già pubblicato un Libro Bianco nell'aprile 1999 con il proposito di innescare la discussione su una possibile riforma del Regolamento 17 .

Nel Libro Bianco, la Commissione stabiliva i principali obiettivi della Riforma, che possono essere così schematizzati:

- concentrare le attività della Commissione nella repressione delle violazioni più gravi del diritto europeo della concorrenza;
- decentralizzare il sistema di applicazione del diritto europeo della concorrenza;
- semplificare i procedimenti in modo da alleggerire il fardello amministrativo per le imprese⁹.

Erano poi individuate cinque possibili opzioni per riformare il sistema. Quattro di queste concernevano essenzialmente il miglioramento del sistema esistente di notificazione-esenzione attraverso: a) un mutamento interpretativo dell'art. 81, par 1, per ridurre l'ambito di applicazione della previsione; b) la condivisione del potere di garantire esenzioni a norma dell'art. 81, par 3, con le autorità di concorrenza nazionali; c) ampliare l'ambito di applicazione dell'art. 4, par. 2, del Regolamento 17 in modo da

⁹ Cfr. Libro Bianco 1999, par 43-51.

limitare la necessità di previa notifica per certi accordi; d) semplificare il procedimento per l'adozione delle formali decisioni di esenzione.

La quinta alternativa vagliata dalla Commissione consisteva invece nel sostituire il sistema di notificazione con un sistema direttamente applicabile di eccezione legale (*Legalausnahme/exception légale*)¹⁰. Tale sistema si fondava su due elementi chiave: l'abolizione della necessità di notifica e l'eliminazione del monopolio della Commissione nell'applicazione dell'art. 81, par. 3.

E' comprensibile che la Commissione abbia optato per la quinta alternativa, presentandola come l'unica proposta adeguata ("la Proposta"), anche se non mancano quanti sostengono che una scelta diversa, specialmente se fondata su una combinazione delle altre alternative prima introdotte, avrebbe consentito di eliminare i difetti del sistema centralizzato senza porre quei problemi di coordinamento che un sistema decentrato inevitabilmente comporta.

Comunque, a prima vista, l'abolizione del procedimento di notifica sembra la via più effettiva per ridurre il sovraccarico di casi, obiettivo che le precedenti misure non avevano raggiunto. In effetti, la riduzione del carico di lavoro sembra essere la principale motivazione della Proposta della Commissione, permeando l'intero Libro Bianco, pur non essendo naturalmente un fine in se stesso.

La Commissione avvertiva che il processo di notificazione non era il miglior modo di utilizzare le proprie risorse, contrastando un

¹⁰ *Ibid*, par. 69 e ss.

simile approccio con “la sua autentica missione”¹¹. Poiché gli accordi e le pratiche notificate raramente presentavano problemi di concorrenza, la gestione delle notificazioni non contribuiva, secondo la Commissione, a tutelare sufficientemente la concorrenza nel mercato europeo. La Commissione intendeva pertanto disimpegnare le proprie risorse in modo da riuscire a rimodulare il proprio lavoro sulla investigazione e repressione delle violazioni più gravi, onde assicurare una tutela più effettiva della competizione.

Su un simile sfondo, il decentramento del sistema di applicazione del diritto comunitario antitrust, segnatamente il secondo obiettivo della riforma, sembra essere piuttosto uno strumento che un obiettivo in se stesso: esso aiuta la Commissione a ridurre la mole dei casi attribuendo parzialmente il compito di tutela agli stati Membri. Similmente, il terzo obiettivo individuato dalla Commissione, l’alleggerimento burocratico per le imprese, sembra essere più un utile effetto dell’abolizione del procedimento di notifica che un vero e proprio obiettivo di riforma.

Il Libro Bianco avrebbe dovuto limitarsi a esporre delle osservazioni preliminari. Avrebbe dovuto servire da punto di partenza per un’apertura di discussione sulle varie alternative possibili. Tuttavia, il modo in cui esso fu effettivamente redatto suggerisce che la commissione si fosse già orientata sui provvedimenti da prendere quando questo venne pubblicato. L’impressione è confermata dal successivo sviluppo del procedimento di riforma.

¹¹ *Ibid* par. 43.

Dopo la pubblicazione del Libro Bianco, la Commissione ricevette circa 120 proposte da parte degli Stati membri e delle istituzioni europee, come pure da diverse altre parti interessate, inclusi i paesi EFTA, associazioni di imprese, studi legali e organismi preposti alla tutela della concorrenza in alcuni dei paesi candidati¹².

I commenti sottoposti alla Commissione non erano interamente favorevoli e alcuni addirittura rigettavano la Proposta. Due Stati Membri si opponevano all'abolizione del sistema di notifica. Alcuni Stati Membri dubitavano della compatibilità del sistema proposto col TCE. Importanti osservazioni furono fatte anche da istituzioni nazionali, come la Commissione Tedesca sui Monopoli (Monopolkommission)¹³.

Comunque, malgrado le severe critiche che il Libro Bianco aveva incontrato e gli importanti temi sollevati durante il processo di consultazione, la Commissione non riconsiderò il suo approccio, né riaprì il dibattito. Semplicemente mosse invece il passo successivo, presentando una bozza per un regolamento del Consiglio (cd. "Draft Regulation") che implementasse gli articoli 81 e 82 del TCE nel settembre del 2000. La Bozza si basava infatti sulla Proposta che la Commissione aveva salutato come opzione preferibile quando aveva steso il Libro Bianco.

L'art. 1 del Draft Regulation stabiliva un sistema di diretta

¹² Commission's Summary of observations:

http://europa.eu.int/comm/competition/antitrust/on_modernisation/summary_observations.html

¹³ Monopolkommission, *Kartellpolitische Wende in der Europäischen Union. Zum Weisbuch der Kommission vom 28 April 1999.*

applicabilità dell'art 81, par 3, nella parte in cui stabiliva che gli accordi e le pratiche concertate rientranti nell'ambito di applicazione dell'art. 81, par. 1, "che non soddisfano le condizioni dell'art. 81, par. 3, sono vietati, non essendo richiesta a tale effetto alcuna preventiva decisione". In altri termini, laddove le condizioni dell'art. 81, par. 3, sono riscontrate, senza la necessità di alcuna decisione, l'accordo non è vietato. In questo modo la Commissione presentava una proposta formale per un'abolizione del sistema di notifica e rimuoveva il proprio monopolio nell'applicazione dell'art. 81, par. 3. Non ci fu alcuna ulteriore discussione sulle opzioni alternative.

Il dibattito che seguì si concentrò invece sui dettagli del sistema di diretta applicabilità come proposto nella Bozza di regolamento. Le parti interessate discussero in particolare i vari meccanismi che la Commissione suggeriva al fine di assicurare una coerente e uniforme applicazione delle regole e la certezza giuridica in un sistema in cui il diritto comunitario sulla concorrenza sarebbe stato applicato da molteplici autorità e corti nazionali e in cui lo strumento delle esenzioni costitutive non sarebbe stato più disponibile.

Il processo portò infine alla redazione del Regolamento 1/2003, che fu adottato dal Consiglio il 16 Dicembre 2003 e che divenne applicabile il Primo Maggio 2004.

Come si è evidenziato, il sistema decentrato è stato oggetto di critiche e osservazioni fin dalla prima stesura delineata nel Libro Bianco. In particolare, i problemi più pressanti che erano stati sollevati riguardavano la certezza giuridica e l'uniformità e la

coerenza nell'applicazione del Trattato.

Per quanto riguarda la certezza giuridica, un primo aspetto inerisce al problema di validità degli accordi, posto che nel sistema di diretta applicabilità dell'art. 81, par. 3, le formali esenzioni di natura costitutiva non sono ormai più disponibili. Le stesse imprese devono assestare la legalità di un accordo o di una pratica senza possibilità di ottenere una conferma della Commissione¹⁴.

Un altro aspetto dello stesso problema è poi riscontrato in relazione ai procedimenti a livello nazionale. Il rischio di violazioni del principio generale del *ne bis in idem*, ad esempio in caso di investigazioni o di azioni giudiziarie parallele in diversi Stati Membri concernenti lo stesso accordo o la medesima pratica, e la possibilità di risultati inconsistenti in simili indagini parallele contiene un certo grado di incertezza.

Poiché l'art. 81 TCE si applica solo quando c'è un effetto sul commercio tra gli stati, è altamente improbabile che accordi o pratiche privi di un qualsiasi elemento di confine ricadano nell'ambito della previsione. Di conseguenza, nella maggioranza dei casi, più di uno Stato membro può legittimamente rivendicare la competenza perché esiste un collegamento materiale con il suo territorio nella misura in cui l'accordo ha effetti sulle imprese o sui

¹⁴ A causa della prassi di risolvere la maggior parte dei casi per mezzo delle comfort letters, è stato però argomentato che la certezza legale nel precedente sistema di notificazione fosse più illusoria che reale: H. Gilliams, "Modernisation: From Policy to Practice", in *El Rev* (2008), n. 21, pagg. 451, 470. D'altra parte è stato sostenuto che, in pratica, le comfort letters fornissero una relativa certezza giuridica, essendo le stesse difficilmente ignorate o scavalcate dalle autorità e dalle corti nazionali: W. Deselaers and S. Obst, "Weissbuch zum Europaischen Kartellrecht- Rechtssicherheit ade?" in *Europaische Wirtschafts - und Steurrecht* (2000), pagg. 41, 43.

consumatori nel mercato nazionale. Le investigazioni parallele aventi ad oggetto il medesimo accordo/pratica da parte di diverse autorità di concorrenza sono perciò probabili, con il conseguente rischio di duplicazioni di procedure.

La sfida maggiore della riforma è comunque il mantenimento della coerenza nell'applicazione del diritto comunitario di concorrenza in tutto il territorio dell'Unione evitando decisioni contrastanti da parte dei diversi organismi chiamati ad applicare le stesse regole comunitarie. Non tutte le 27 autorità nazionali di concorrenza hanno la stessa tradizione legale e la stessa esperienza, le stesse risorse, lo stesso grado di indipendenza, le stesse sensibilità nazionali. Non applicano le stesse regole procedurali e probabilmente non seguono le stesse considerazioni politiche. Si può pertanto facilmente immaginare che queste 27 autorità abbiano vedute diverse sia su questioni procedurali che su temi sostanziali.

Il Regolamento 1/2003 prevede una serie di meccanismi per porre riparo a questi inconvenienti, creando una intelaiatura giuridica per la cooperazione nella rete che collega le autorità preposte alla tutela di concorrenza: l'European Competition Network. L'analisi di questi meccanismi e la verifica della loro reale idoneità a garantire il coordinamento sarà oggetto dei capitoli successivi.

2.2. La nuova condivisione di competenze del Regolamento 1/2003.

Nel Libro Bianco, la Commissione descrive i nuovi compiti che dovrebbero essere assunti dalle autorità di concorrenza degli stati

membri, dalle corti nazionali e dall'istituzione medesima parlando di una "nuova divisione di responsabilità". Il termine "divisione" non sembra però appropriato poiché manca una linea di demarcazione tra i casi rientranti nella competenza della Commissione e quelli rientranti nella competenza delle autorità antitrust nazionali.

Quando un accordo o una pratica restrittiva della concorrenza influenza il commercio tra Stati Membri, sia la Commissione sia gli stati membri sono competenti ad applicare l'art. 81. Nemmeno il Regolamento 1/2003 contiene un criterio che attribuisca la responsabilità alla Commissione o alle autorità nazionali, o che distribuisca i casi tra queste. Esso si limita a stabilire che la Commissione e le autorità applicano le regole comunitarie "in stretta cooperazione".

Di conseguenza, finché la Commissione non abbia iniziato alcun procedimento¹⁵, sia gli Stati Membri che la Commissione hanno competenza concorrente sullo stesso caso ai sensi dell'art. 81. Il Regolamento 1/2003 non stabilisce un sistema di sfere di competenza esclusive. Pertanto sembra più corretto parlare di una "condivisione" di competenza.

2.2.1. Il ruolo della Commissione.

La Commissione continua a mantenere un ruolo chiave nella

¹⁵ Se la Commissione inizia un procedimento, le Autorità antitrust nazionali sono rilette dalla loro competenza ai sensi dell'art. 11(6) del Regolamento 1/2003 (diritto di avocazione). Per quanto riguarda le corti nazionali, queste dovranno sospendere il procedimento ai sensi dell'art. 16(1) del Regolamento qualora la Commissione stia trattando il caso.

diretta applicazione delle regole di competizione.

In aggiunta al potere di adottare decisioni di veto, il Regolamento 1/2003 le conferisce nuovi poteri decisionali, alcuni dei quali peraltro già precedentemente riconosciuti dalla Corte di Giustizia, ancorché non esplicitamente previsti dal Regolamento 17. Inoltre, anche in un assetto di competenza concorrente, la Commissione mantiene il controllo sull'esito dei procedimenti condotti dalle autorità nazionali mediante una serie di poteri di supervisione e intervento. Sono inoltre estese le sue possibilità di assistenza alle corti nazionali. Infine, la gestione dei reclami è disciplinata più dettagliatamente.

Occorre peraltro rimarcare che l'opzione verso il sistema decentrato ha mantenuto inalterato il compito precipuo della Commissione nell'orientamento della politica concorrenziale dell'Ue¹⁶.

~ Poteri decisionali.

Constatazione ed eliminazione delle infrazioni-art 7 Reg. 1/2003. In base alla norma in esame, la Commissione vieta gli accordi e le pratiche restrittive della concorrenza e che non soddisfano le condizioni dell'art. 81(3). Inoltre la previsione garantisce ora espressamente alla Commissione il potere di imporre rimedi comportamentali e strutturali alle imprese coinvolte, se ciò è necessario per reprimere definitivamente la violazione¹⁷. L'art. 8

¹⁶ Esempi di tale ruolo sono da riscontrarsi nella discrezionalità che le è stata riconosciuta dalla citata sentenza *Automec* o nella Nota *de minimis*.

¹⁷ Memorandum esplicativo della Commissione, 27 settembre 2000. La Commissione stabilisce espressamente che tali rimedi possono arrivare ad includere la scomposizione di una impresa o delle sue parti. Si tratta peraltro di

consente esplicitamente alla Commissione di applicare misure cautelari nel caso in cui si rischi un danno grave e irreparabile alla concorrenza. Accertando una violazione delle norme comunitarie, tali decisioni possono essere combinate con una decisione ai sensi dell'art. 23(2), irrogando una sanzione pecuniaria alle imprese che abbiano violato il TCE.

Constatazione di inapplicabilità – art. 10 Reg. 1/2003. Poiché l'art. 81(3) è direttamente applicabile senza che si renda necessario alcun atto ulteriore, la Commissione non adotta più provvedimenti di esenzione. Perciò l'art. 10 del Regolamento 1/2003 introduce un potere completamente nuovo di decisione individuale. La norma in esame consente alla Commissione di adottare delle decisioni positive, ad esempio decisioni che accertano che l'art. 81 non è applicabile ad un determinato accordo o pratica, sia perché questi si collocano al di fuori dell'ambito di applicazione dell'art. 81(1), sia perché sono coperti dalla eccezione legale dell'art. 81(3) TCE¹⁸.

E' importante sottolineare che tali decisioni sono adottate solo d'ufficio ed esclusivamente sulla base del pubblico interesse. Formalmente, non esiste alcuna possibilità per le imprese di richiedere una decisione di constatazione di inapplicabilità in favore di un certo accordo/pratica, diversamente da quanto avveniva per le precedenti esenzioni. Sempre in contrasto con la precedente tipologia di provvedimenti, le decisioni ex art. 10 hanno natura

uno strumento particolarmente incisivo, da utilizzarsi secondo condizioni rigorose, seguendo il principio di proporzionalità: A. Jones e B. Sufrin, *EC Competition Law* (Oxford University Press, 2008) pag. 1206.

¹⁸ Un chiarimento di questo tipo potrebbe rendersi necessario ad esempio in caso di conclusione di un nuovo tipo di accordo non ancora affrontato dalla pratica amministrativa: Preambolo al Regolamento 1/2003, par. 14.

puramente dichiarativa:esse si limitano a dichiarare conforme alla legge un accordo o pratica la cui validità deriva direttamente dalla legge stessa, senza che sia necessario alcun intervento costitutivo della Commissione¹⁹. La ragione è che, dato il regime di diretta applicabilità dell'art. 81(3), un atto formale della Commissione non è più necessario per beneficiare dell'esenzione. In altre parole, una constatazione di inapplicabilità si limita a dichiarare la legge. Con il logico corollario che, se mutano i fatti e le circostanze rilevanti su cui la Commissione ha basato la propria decisione, l'accordo o pratica diventa automaticamente invalido per il regime di applicabilità diretta dell'art. 81(3), senza che sia necessario alcun intervento della Commissione. Si tratta di una differenza ulteriore rispetto all'esenzione, che la Commissione doveva formalmente annullare se intendeva privare del beneficio dell'esenzione l'impresa coinvolta²⁰.

Impegni – art. 9 Reg. 1/2003. Un altro potere interamente nuovo è stabilito nell'art. 9(1) del Regolamento 1/2003, che permette alla Commissione di vincolare le imprese agli impegni²¹.

Nel corso di una procedura di infrazione, gli impegni possono essere offerti dalle imprese o proposti dalla stessa Commissione. In entrambi i casi lo scopo è quello di superare le obiezioni sollevate

¹⁹ *Ibid.*

²⁰ C. Kerse - N. Kahn, *EC Antitrust Procedure* (London, Sweet & Maxwell, 2005), paragrafi 2-065 e ss.

²¹ Il nuovo strumento offerto dalle decisioni sugli impegni è in effetti simile alla possibilità per la Commissione, nei procedimenti sulle concentrazioni, di accettare gli impegni proposti dalle imprese con lo scopo di modificare la concentrazione originariamente modificata in modo da renderla compatibile con il mercato comune: Artt. 6(2) e 8(2) Regolamento sulle Concentrazioni 139/2004.

dalla Commissione, evitando che venga constatata una infrazione a carico delle imprese. Il regolamento 17 non permetteva di concludere un procedimento di infrazione accettando impegni legalmente vincolanti dalle imprese; la Commissione poteva ricorrere solo ad un provvedimento di esenzione, soggetto a condizioni e obblighi. Ai sensi dell'art. 9(1), la Commissione ha attualmente il potere di rendere tali impegni vincolanti con un provvedimento. Il rispetto dell'impegno è garantito dalla previsione di sanzioni in caso di inosservanza²².

Le decisioni in materia di impegni possono essere adottate per un periodo di tempo determinato. Si basano su una valutazione preliminare del caso e perciò non accertano se ci sia stata veramente una violazione, stabilendo piuttosto che non ci sono più motivi per un intervento della Commissione²³. Quest'ultima può riaprire il procedimento solo in certe circostanze specificate dall'art. 9(2), in linea generale quando le imprese agiscono contrariamente agli impegni.

La Commissione utilizza questo nuovo strumento solo nei casi in cui non intende applicare una sanzione pecuniaria. Per questa ragione, le decisioni sugli impegni adottate ex art. 9 devono essere tenute distinte dai procedimenti di transazione, un nuovo tipo di

²² Cfr. in generale C. Cook, "Commitment Decisions: The Law and Practice under Article 9" in *World Competition Law* (2006) n. 29, pagg. 209-221.

²³ Cfr. Regolamento 1/2003, Preambolo, par. 13. E' stato comunque auspicato che la Commissione sottolinei il più incisivamente possibile l'improbabilità di una violazione in seguito al pieno adempimento dell'impegno, in modo da incoraggiare il ricorso a questo tipo di decisioni: J. Temple Lang, "Commitment Decisions under Reg. 1/2003: legal aspects of a new kind of competition decisions" in *European Competition Law Review* (2003) n. 24, pagg. 347-349.

provvedimenti introdotti dalla Commissione senza comunque modificare il Regolamento 1/2003. A differenza degli impegni, le transazioni sono possibili solo nei casi in cui la Commissione abbia inizialmente previsto una constatazione di infrazione accompagnata da ammenda ai sensi degli artt. 7 e 23.

Bisogna riconoscere che il procedimento ex art. 9 è circondato da numerose incertezze che potrebbero compromettere la sua attrattiva per le imprese e dunque l'utilità di questo strumento²⁴.

Uno dei maggiori dubbi riguarda il perdurare della possibilità per gli organismi antitrust nazionali di investigare e procedere in ordine alla pratica che forma oggetto della decisione sugli impegni.

Il paragrafo introduttivo 13 del Regolamento 1/2003 stabilisce che tali decisioni non contengono né un accertamento che la precedente condotta sia stata in contrasto con il diritto comunitario, né un accertamento che la futura condotta assistita dagli impegni non infrangerà le regole. Inoltre la statuizione in esame dispone espressamente che “le decisioni sugli impegni non pregiudicano la facoltà delle autorità garanti della concorrenza e delle corti degli stati membri di svolgere accertamenti e di decidere sul caso” Su questa base, successive azioni ad opera delle autorità e delle corti nazionali non sono precluse. Le imprese non hanno quindi alcuna certezza di non essere perseguite da una o più autorità garanti o di essere esposte ad azioni civili di danno.

Nonostante ciò, le imprese possono trovare vantaggioso transigere una procedura di infrazione ricorrendo all'art. 9. Se si

²⁴ Cfr. M. Sousa Ferro, “Commitment decisions – Unanswered Questions” in *European Competition Law Review* (2005), n. 26, pagg. 451-457.

esclude l'ovvio vantaggio costituito dall'esclusione di un'ammenda e dalla possibilità di disputare sulla responsabilità civile, non essendoci alcun accertamento di violazione, ci sono considerevoli vantaggi in termini di costo e di pubblicità negativa dovuta all'accertamento di una condotta illegale.

Anche dal punto di vista della Commissione simili decisioni apportano considerevoli vantaggi anche se, come visto, gli impegni non interrompono necessariamente una violazione nella misura in cui sono fondati su una valutazione preliminare, che potrebbe perciò avere omesso aspetti rilevanti del caso che solo un'indagine approfondita avrebbe portato alla luce. La Commissione ne ricava quindi benefici essenzialmente in termini di durata del procedimento, potendo omettere alcune delle fasi che sono invece richieste nel procedimento di constatazione della violazione. Infine c'è ben poca prospettiva di impugnazione di una decisione presa ai sensi dell'art 9 da parte dei suoi destinatari, che hanno proposto, negoziato ed accettato gli impegni.

~ Poteri di supervisione e intervento.

Nel sistema decentralizzato stabilito dal Regolamento 1/2003, la Commissione ha una speciale responsabilità in ordine alla coerente applicazione delle regole di concorrenza comunitarie. Perciò, in aggiunta ai tradizionali poteri decisionali, le sono stati conferiti alcuni limitati poteri di supervisione e intervento rispetto alle autorità di concorrenza nazionali. Inoltre, la Commissione ha la possibilità di monitorare, in una certa misura, i procedimenti davanti alle corti nazionali degli Stati Membri e di intervenire in tali procedimenti.

Supervisione sui procedimenti delle Autorità Concorrenza Nazionali. La Commissione ha il potere di rivedere le misure adottate dalle Autorità Nazionali di Concorrenza (d'ora in poi ANC) in applicazione del diritto comunitario di concorrenza. Quando applicano gli articoli 81 o 82 TCE, le ANC devono informare la Commissione dell'inizio del procedimento e prima che questo sia concluso²⁵. L'informazione deve essere fornita, in principio, prima del compimento del primo atto formalmente investigativo, e successivamente prima che sia adottata una constatazione di violazione o una decisione sugli impegni.

Nel Libro Bianco, la Commissione spiega che l'informazione che deve essere fornita dalla ANC si sensi dell'art 11(3-4) del Regolamento 1/2003 dovrebbero permetterle di assicurare la coerente applicazione delle regole comunitarie senza che si richieda un meccanismo di imposizione delle sue soluzioni in caso di contrasto²⁶.

Queste spiegazioni dovrebbero implicare che la Commissione informi le ANC del proprio orientamento in un certo settore, aspettando che le ANC vi aderiscano. Dato che la Commissione conserva il diritto di rilevare le ANC dalla loro competenza (Art. 11(6) del Regolamento 1/2003, diritto di avocazione), queste ultime sono naturalmente portate a conformarsi all'indirizzo della Commissione. La Commissione cerca dunque di influenzare l'esito dei procedimenti nazionali ove necessario per evitare decisioni divergenti; i poteri di supervisione hanno quindi un carattere

²⁵ Art. 11 (3) e (4) del Regolamento 1/2003.

²⁶ Libro Bianco, par. 105.

preventivo.

Intervento nei procedimenti delle ANC. La Commissione adotta anche misure di natura più spiccatamente correttiva. Come accennato, essa può intervenire nei procedimenti di infrazione nazionali esercitando un vero e proprio diritto di avocazione. Secondo quanto dispone l'art. 11(6) del Regolamento 1/2003, la Commissione può, in ogni momento rilevare le ANC dalla loro competenza ad applicare gli articoli 81 e 82 TCE in un determinato caso, iniziando essa stessa un procedimento sulla stessa questione (diritto di avocazione)²⁷.

Malgrado si tratti di una prerogativa di importanza cruciale, il Regolamento 1/2003 non fissa le circostanze in cui dovrebbe essere esercitata. Nella Nota sulla cooperazione con le Autorità Nazionali ("Network Notice")²⁸, la Commissione ha però stabilito una serie di regole cui intende attenersi nella rilevazione di un caso dalla competenza delle ANC. Non c'è dubbio che l'inizio del procedimento da parte della Commissione possa intervenire in ogni fase di investigazione sul caso. La versione finale dell'art. 11(6) del Reg. 1/2003 obbliga la Commissione a consultare l'autorità nazionale prima di avocare un caso su cui quest'ultima stia già agendo nell'ambito di propria competenza, anche se non contiene obblighi ulteriori. Nella Nota, la Commissione si impegna a motivare le ragioni per l'applicazione dell'art 11(6), scrivendo all'autorità direttamente coinvolta e agli altri membri del Network.

²⁷ L'art. 9(3) del Regolamento 17 conteneva già una previsione equivalente: il punto non è stato quindi innovato dalla riforma.

²⁸ Network Notice, 2004.

Vengono poi elencate cinque opzioni che possono sollecitare l'intervento della Commissione dopo che un caso è già stato allocato ad una o più ANC.

In particolare:

1) la possibilità di decisioni contrastanti di diverse ANC sullo stesso caso;

2) la possibilità di decisione di una ANC chiaramente in contrasto con la casistica consolidata;

3) la necessità di sviluppare la politica di concorrenza comunitaria (ad esempio quando casi simili sorgono in diversi Stati Membri);

4) l'ANC sta indebitamente omettendo di procedere su un caso particolare;

5) L'ANC coinvolta non obietta.

Al di fuori delle ipotesi elencate, in linea di principio la Commissione non applicherà l'art 11(6) dopo che un caso è stato allocato ad una determinata ANC; la Commissione utilizzerà questo potere solo come *extrema ratio*, ad esempio nell'ipotesi limite di un disaccordo sostanziale che non possa essere risolto da una intensa consultazione e discussione.

In termini rigorosi, il diritto di avocazione è l'unico intervento formale nei procedimenti pendenti davanti ad una ANC. Tuttavia, quando a livello nazionale è stata adottata una constatazione di non applicazione non più suscettibile di impugnazione, la Commissione

afferma di poter “sempre intervenire per proibire l’accordo”²⁹. Questo approccio pone una serie di problemi.

In primo luogo, poiché le decisioni positive delle ANC non possono essere revocate dalla Commissione, non è chiaro quale effetto giuridico e quali implicazioni pratiche una simile proibizione avrebbe sull’accordo e per le parti. La Commissione afferma che il suo intervento sarebbe comunque soggetto al principio della *res iudicata*, di modo che non influenzerebbe la decisione adottata tra le parti, indirizzandosi semmai ai terzi³⁰.

E’ anche probabile che il termine “constatazione di non applicazione” usato nel paragrafo 102(2) del Libro Bianco non si riferisca ad una decisione di inapplicabilità ai sensi dell’art. 10 Reg. 1/2003, quanto piuttosto a quella con cui una ANC respinge un reclamo o archivia un procedimento, rilevando l’assenza di presupposti per un’ulteriore azione da parte sua. La funzione di simili decisioni è di concludere un procedimento senza accertare il rispetto del diritto concorrenziale UE. La Commissione rileva che una simile “non azione” vincola solo l’autorità che l’ha emessa e dunque non preclude alle altre autorità di concorrenza di agire in ordine al medesimo accordo³¹.

Su questa base, la Commissione potrebbe con sequenzialmente

²⁹ Libro Bianco, par. 102. E’ interessante notare come la Commissione normalmente tenda a non intervenire quando è stata adottata una constatazione di infrazione su cui non concorda, lasciando invece alle parti l’opzione di impugnare la decisione. La ragione potrebbe essere semplicemente che la Commissione è più preoccupata da constatazioni di non applicazioni erronee in merito ad accordi lesivi che non da constatazioni di infrazione erronee rispetto ad accordi benigni.

³⁰ Libro Bianco, par. 102, subpara. (2).

³¹ Memorandum esplicativo, 16.

vietare l'accordo per il futuro, impedendo alle parti di implementarlo o di onorarlo oltre: la decisione negativa della Commissione sostituirebbe la precedente constatazione di non applicazione (in senso lato) della autorità nazionale. Le parti sarebbero pertanto obbligate a rispettare la decisione successiva.

Cooperazione con le corti nazionali. Il Reg. 1/2003 intensifica la cooperazione tra la Commissione e i giudici nazionali. Per questo l'art. 15(1-2) individua tre strumenti principali avvalendosi dei quali la Commissione può effettivamente supportare i giudici nazionali svolgendo un ruolo attivo nei relativi giudizi. Ulteriori dettagli inerenti a questi meccanismi di cooperazione sono contenuti nella National Courts Notice.

Ai sensi dell'art. 15(1), la Commissione può innanzitutto fornire informazioni in suo possesso o rendere pareri su temi concernenti l'applicazione del diritto comunitario di concorrenza. Questi pareri non vincolanti non sono più limitati a semplici questioni di fatto, potendo invece coprire aspetti legali o economici³². Per questa via, la cooperazione è ulteriormente sviluppata in una sorta di procedimento preliminare di consulenza. Spetta alle corti nazionali decidere se avvalersi o no di questi tipi di assistenza: la Commissione non può imporla agli Stati membri. La cooperazione ex art. 15(1) è possibile solo su richiesta del giudice nazionale.

Al contrario, il terzo strumento di assistenza può esplicarsi su iniziativa della Commissione, senza l'approvazione della corte nazionale. Secondo quanto dispone l'art. 15(3), la Commissione può intervenire nei giudizi davanti alle corti nazionali sottoponendo

³² National Courts Notice, par. 27.

osservazioni scritte se ciò sia richiesto dalla coerente applicazione degli articoli 81 o 82 TCE³³. Si tratta di un nuovo potere basato sulla premessa che la Commissione presenta la propria opinione in veste di *amicus curiae*, non come portatore di un interesse individuale di una delle parti del giudizio nazionale. Conseguentemente, le sue osservazioni devono attenersi ad un'analisi giuridica o economica dei fatti rilevanti. Il potere viene esercitato a tutela di un interesse pubblico, per evitare decisioni confliggenti³⁴.

Lo strumento dell'*amicus curiae* è accompagnato da un'altra importante previsione che permette alla Commissione di monitorare i procedimenti nazionali che implicano l'applicazione del diritto antitrust comunitario. Ai sensi dell'art. 15(2), gli Stati Membri devono trasmettere alla Commissione copia delle sentenze scritte delle giurisdizioni nazionali competenti a pronunciarsi sull'applicazione degli articoli 81 o 82 del Trattato. Questo procedimento dovrebbe tenere la Commissione sufficientemente bene informata, consentendole di non avallare orientamenti che potrebbero determinare un'errata applicazione delle regole del Trattato, richiedendo pertanto un suo intervento³⁵.

Infine, come nel caso delle constatazioni di non applicazione

³³ National Courts, par. 29-30.

³⁴ National Courts, par. 19.

³⁵ Si può umanamente dubitare che la Commissione disponga delle risorse sufficienti per seguire tutti i giudizi nazionali che applicano gli articoli 81 e 82 TCE. Gli estratti delle sentenze nazionali sono che vengono notificati alla Commissione sono raccolti in uno speciale database (National Court Database) che è reso disponibile al pubblico on-line. V. DG Comp's Website: www.ec.europa.eu/comm/competition/antitrust/national_courts/index_en.html.

(come prima, in senso lato) da parte delle ANC, la Commissione si riserva la prerogativa di vietare l'accordo giudicato valido da un giudice nazionale quando la sentenza non è più impugnabile, con tutte le conseguenti problematiche che si sono espone.

~ **Gestione delle denunce.**

Compito primario della Commissione è la repressione delle violazioni più gravi degli artt. 81 e 82 attraverso un sistema di controllo *ex post* intensificato, logico corollario dell'abolizione del precedente sistema di notifica. In larga misura, tale controllo successivo sarà realizzato attraverso procedimenti attivati d'ufficio. Tuttavia, la Commissione ha ripetutamente enfatizzato che le denunce svolgeranno un ruolo sempre più importante in un sistema decentralizzato come validi strumenti di investigazione delle violazioni.

In primo luogo, la Commissione cerca di incoraggiare e facilitare la presentazione delle denunce redigendo delle guide per i potenziali reclamanti rispetto alla scelta del destinatario più appropriato (ad esempio la Commissione, un'ANC o una corte nazionale) e introducendo dei limiti temporali per la presentazione dei reclami³⁶.

Per quanto riguarda i poteri dismissivi conferiti alla Commissione rispetto alle denunce, è importante sottolineare che la Commissione, concordemente alla giurisprudenza del Tribunale di Prima Istanza, conserva il diritto di fissare le priorità nelle proprie attività di *enforcement* e, di conseguenza, quello di rigettare

³⁶ Libro Bianco, par. 119-120.

denunce per mancanza di interesse comunitario³⁷, Come corollario l'art. 113 Reg. 1/2003 statuisce che la Commissione può rigettare una denuncia semplicemente basandosi sulla circostanza che il caso è già seguito da un'ANC.

Ciò non significa, comunque, che la Commissione può rigettare una denuncia solo nel caso in cui ci sia un'ANC che stia effettivamente seguendo il caso. Infatti, il paragrafo 18 del Reg. 1/2003 dispone espressamente che la Commissione può rifiutare il caso per mancanza di interesse comunitario “anche se nessun'altra autorità garante ha indicato la propria intenzione di seguire il caso”. Non c'è quindi alcun obbligo di azione a carico della Commissione e, contemporaneamente, la Commissione è priva di mezzi formali per obbligare un'ANC a investigare su un particolare accordo, difettando così il sistema di uno strumento di risoluzione dei conflitti negativi di competenza.

2.2.2. Le competenze delle Autorità nazionali di concorrenza.

L'introduzione di un sistema di eccezione legale direttamente applicabile costituisce indubbiamente il cuore del sistema; tuttavia, non è solo a causa dell'abolizione del diritto esclusivo della Commissione di applicare l'art. 81(3) TCE che il ruolo delle autorità nazionali è cambiato significativamente. L'obbligo imposto alle ACN dall'art. 3(1) del Regolamento 1/2003 di applicare gli articoli 81 e 82 TCE in tutti i casi in cui applicano la legislazione

³⁷ Vedasi ancora la sent. *Automec*, T-24/90.

nazionale e il commercio tra gli stato membri possa essere pregiudicato ha infatti avuto sulle ANC un impatto di grande rilevanza. Inoltre le possibilità perle ANC di cooperare tra di loro e di assistere le corti nazionali è stata rafforzata e formalizzata.

~ Diritti e obblighi delle ANC secondo il Regolamento 1/2003.

Il diritto di applicare l'art. 81(3) TCE. L'art. 1(2) del Regolamento 1/2003 prevede che gli accordi e le pratiche individuati dall'art. 81(1) che soddisfino le condizioni dell'art. 81(3) TCE non sono vietati "senza che occorra una previa decisione in tal senso". La validità degli accordi e delle pratiche restrittive non dipende più da una notifica e da una susseguente decisione della Commissione che statuisca che l'accordo rispetta i criteri dell'art. 81(3).

La rimozione del sistema di notifica-autorizzazione ha particolare rilevanza sulla competenza delle ANC, conferendo loro maggiori poteri e contemporaneamente traslando sugli stati membri la responsabilità dell'applicazione delle regole di concorrenza comunitarie.

Sotto il Regolamento 17 le ANC potevano applicare l'art. 81(1) e, in questa misura, il sistema precedente includeva alcune forme di limitato decentramento. Tuttavia, quando rilevava una fattispecie rientrante nell'ambito di applicazione dell'art 81(3), l'ANC non poteva decidere il caso, ma doveva sospendere il procedimento attendendo l'esenzione (o il diniego della stessa) della Commissione, che aveva il monopolio sull'applicazione dell'art 81(3). Oggi la sospensione non è più necessaria, potendo le ANC

applicare direttamente l'intero articolo 81.

L'obbligo di applicare gli articoli 81 e 82 TCE. La nozione di effetto sul commercio intercomunitario. Il sistema decentrato si fonda sul potere delle ANC di applicare il diritto di concorrenza comunitario accanto a quello nazionale. Il decentramento è anzi effettivo nella misura in cui le ACN utilizzano realmente questo potere.

Il regolamento 1/2003 rende quindi la diretta applicazione degli articoli 81 e 82 del TCE obbligatoria per le ANC. L'art. 3(1) del regolamento, in particolare, stabilisce che:

“Quando le autorità garanti della concorrenza degli Stati membri applicano la legislazione nazionale in materia di concorrenza ad accordi o pratiche concordate ai sensi dell'art. 81, par. 1, del trattato che possono pregiudicare il commercio tra Stati membri ai sensi di detta disposizione, esse applicano anche l'art. 81 del trattato a siffatti accordi o pratiche concordate.”

Ciò significa anche, indirettamente, che gli Stati membri sono tenuti a dotare gli organismi antitrust nazionali del potere di applicare gli art. 81 e 82 TCE³⁸. Il diritto delle ANC trova peraltro il limite del diritto di avocazione della Commissione precedentemente descritto. Ciò fa sorgere il problema circa l'esistenza o meno della residua possibilità per le ANC di applicare

³⁸ Letto in combinazione con l'art. 35(1) del Regolamento 1/2003, ciò implica che l'obbligo degli Stati Membri di dotare le rispettive autorità nazionali di concorrenza delle risorse necessarie a implementare le regole di concorrenza del Trattato. Cfr. W. Wils, “The Reform of Competition Law Enforcement - Will it work?” in *The Modernisation of EU Competition Law Enforcement in the EU_Fide 2004 National Reports* (Cambridge, Cambridge University Press, 2004).

comunque le regole di concorrenza nazionali ad un caso che sia stato avvocato dalla Commissione, la quale applicherà invece allo stesso le regole comunitarie in luogo degli organismi nazionali. Alcuni autori hanno sostenuto che, dato che in tal caso le ANC non possono conformarsi all'obbligo di applicare sia il diritto comunitario che quello nazionale, esse potrebbero anche non applicare la legislazione nazionale alla stessa fattispecie divenuta oggetto del procedimento della Commissione³⁹. Seguendo questa interpretazione, in tutti i casi gestiti dalla Commissione il sistema di applicazione parallela diritto comunitario - diritto nazionale sarebbe esclusa e le imprese completamente protette dal rischio di procedimenti multipli.

Tuttavia un'applicazione effettiva degli articoli 81 e 82 TCE non richiede che alle ANC sia preclusa l'applicazione del diritto nazionale in caso di avocazione del procedimento ad opera della Commissione. La dottrina della prevalenza del diritto comunitario su quello nazionale elaborata dalla giurisprudenza comunitaria e la regola di convergenza dettata dall'art. 3(2) impediscono comunque che siano adottate decisioni a livello nazionale contrastanti con quelle della Commissione. Una ricostruzione della disposizione come quella che esclude in radice l'applicazione parallela andrebbe non solo oltre gli scopi dell'art. 3(1) del Reg. 1/2003, bensì anche oltre quanto necessario per assicurare l'effettiva applicazione delle norme comunitarie⁴⁰.

³⁹ W. Wils, "The principle of Ne bis in idem in EC Antitrust Enforcement: a legal and economic analysis" in *European Competition Law Review* (2004), n. 25, pagg. 765-768.

⁴⁰ Una simile interpretazione sembra infatti confliggere con i principi di

Si può naturalmente dubitare dell'utilità di un'applicazione parallela del diritto antitrust nazionale quando l'applicazione delle regole comunitarie viene garantita dalla Commissione attraverso l'avocazione, dato che il procedimento nazionale non può in alcun caso condurre ad un esito contrastante con la decisione della Commissione. In termini di sistema, però, l'esclusione radicale della competenza parallela in casi simili rischierebbe di vanificare la portata dell'intero articolo 81; si porrebbe inoltre probabilmente in contrasto con il principio di proporzionalità, qui declinato nel senso che il diritto degli Stati Membri di applicare la legislazione nazionale non deve essere compreso al di là di quanto assolutamente necessario per garantire un'applicazione effettiva del diritto comunitario.

E' perciò opinione generalmente condivisa che le ANC siano in grado di applicare il diritto di concorrenza nazionale nei casi seguiti dalla Commissione ai sensi degli articoli 81 e 82, nel rispetto del primato del diritto comunitario e della regola di convergenza di cui all'art. 3(2) del regolamento.

Un altro problema di grande importanza riguarda l'idoneità dell'accordo o pratica a pregiudicare il commercio fra Stati membri. La questione deve essere vagliata caso per caso, dato che l'obbligo delle ANC di applicare gli articoli 81 e 82 del trattato dipende da questo criterio: quando non ci sono effetti sul commercio intercomunitario, le ANC possono applicare solo il diritto nazionale; quando un simile effetto pregiudizievole esiste, le ANC

sussidiarietà e proporzionalità: *Monopolkommission, Folgenprobleme der europäischen Kartellverfahrensreform*, 32. Sondergutenachten 2001, paragrafi 47-48.

debbono applicare (anche) gli articoli 81 e 82 TCE.

Si tratta quindi di un elemento cruciale, risolvendosi in un criterio di giuridico che definisce l'ambito di applicazione del diritto comunitario di concorrenza, influenzando in ultima analisi sull'estensione dello spazio giuridico in cui gli stati membri possono applicare autonomamente ed esclusivamente le proprie legislazioni nazionali nel rispetto dell'art. 3(1) del Reg. 1/2003.

Poiché al concetto in questione è stato dato un significato piuttosto vago attraverso interpretazioni tradizionalmente estensive, la Commissione ha pubblicato delle Guide con lo scopo di chiarire il concetto (EOT Guidelines), illustrando i principi sviluppati dalla giurisprudenza comunitaria nell'interpretazione di tale criterio.

La Commissione ha anche tentato di indicare i casi in cui gli accordi sono generalmente inidonei a pregiudicare in maniera apprezzabile il commercio intercomunitario, facendo proprio un concetto già adoperato dalla Corte di Giustizia nella sentenza *Volk vs. Vervaeke*. Nelle linee guida della Commissione, il criterio è definito attraverso la fissazione di determinate quote di mercato e soglie di *turnover* al di sotto delle quali un accordo non è idoneo in linea di principio a pregiudicare il commercio intercomunitario in maniera apprezzabile⁴¹. D'altra parte gli accordi che non rimangono nei limiti prefissati non sono automaticamente considerati pregiudizievoli: in questo caso, piuttosto, si richiede un'analisi caso per caso.

Le soglie di mercato individuate nelle Guide devono essere

⁴¹ EOT Guidelines, par. 44 e 52. I criteri rilevanti sono una quota del mercato rilevante pari al 5% e un turnover di 40 milioni delle imprese coinvolte.

tenute distinte da quelle fissate nella cd. Nota *de minimis*: queste ultime si collocano infatti a monte in quanto, se non sono raggiunte, l'accordo non è restrittivo ai sensi dell'art. 81. Se invece l'accordo rispetta le soglie fissate nelle guide significa che, pur essendo in senso tecnico restrittivo, ha un effetto marginale (non apprezzabile) sul commercio comunitario, ragion per cui è fuori dall'ambito di applicazione degli articoli 81 e 81 TCE. I due criteri non sono necessariamente collegati⁴².

Tuttavia le incertezze non sono completamente eliminate, con la conseguenza che, se l'autorità nazionale valuta erroneamente l'incidenza dell'accordo sul commercio tra gli Stati membri, la decisione è viziata. Simili dubbi rendono le ANC inclini a motivare ogni decisione basandosi sistematicamente sia sul diritto comunitario che su quello nazionale, vanificando la portata pratica del criterio in esame.

Per superare queste difficoltà, peraltro, l'art. 15 del Reg. 1/2003 stabilisce che le ANC possono “consultare la Commissione su qualsiasi caso che implichi l'applicazione del diritto comunitario”.

Inoltre, negli stati membri che hanno adottato una struttura dualista, in cui ci sono due organismi diversi deputati rispettivamente all'istruzione e alla decisione del caso, poiché i secondi hanno spesso un carattere giudiziale o quasi giudiziale tale da farli qualificare come “corti”, si apre la possibilità di sollevare la

⁴² Un caso paradigmatico è il *Dutch Banks* (1989), in cui la Commissione non rilevava alcuna infrazione in merito ad alcuni accordi tra alcune banche olandesi ed altre organizzazioni finanziarie, accertando che gli accordi, mentre apprezzabilmente restrittivi della concorrenza sul mercato interno, non avevano effetti apprezzabili sul commercio tra gli Stati membri.

questione pregiudiziale comunitaria davanti alla Corte di Giustizia.

Il dovere di evitare decisioni contrastanti. L'obbligo di applicare il diritto comunitario di concorrenza implica una serie di doveri secondari volti a evitare le divergenze tra l'applicazione degli articoli 81 e 82 TCE ad opera delle ANC da un lato e dalla Commissione dall'altro, così come i conflitti tra l'applicazione del diritto comunitario e il diritto nazionale alla stessa fattispecie. Il Regolamento 1/2003 disciplina questo problema in due norme fondamentali.

In primo luogo, l'art. 16(2) prevede che le ANC non possono prendere decisioni contrastanti con una decisione della Commissione. L'ambito della previsione dipende dai fatti su cui si basa la decisione della Commissione: se la fattispecie è la stessa, le ANC non possono discostarsi dalla massima della Commissione. Sembra, comunque, che la disposizione in esame si applichi quando il provvedimento dell'ANC si riferisca ad un'area geografica diversa da quella oggetto della decisione della Commissione⁴³. In questa situazione le ANC non potrebbero adottare una decisione divergente in merito all'accordo o alla pratica in esame in ambito nazionale, salvo che le circostanze di fatto siano materialmente diverse. Se infatti la norma si applicasse solo a fattispecie propriamente identiche (stesso accordo, stesse parti, stesso prodotto e stesso mercato geografico), la previsione sarebbe priva di scopo poiché in questa ipotesi, avendo la Commissione già deciso il caso, le ANC sarebbero private del potere di deciderlo ai sensi dell'art

⁴³ D Gerber e P Cassinis, "The Modernisation of European Community Law: Achieving Constistency in Enforcement" in *European Competition Law Review* (2006), n. 27, pag. 51.

11(6) dello stesso regolamento e quindi non ci sarebbe alcun rischio di decisione divergente.

Quanto al secondo aspetto, l'art. 3(2) prevede un criterio di convergenza dettagliato, basato sul principio di supremazia del diritto comunitario affermato dalla Corte di Giustizia nel noto caso *Walt Wilhelm*⁴⁴. La prima parte della disposizione recita:

“Dall'applicazione della legislazione nazionale in materia di concorrenza non può scaturire il divieto di accordi o pratiche concordate che possono pregiudicare il commercio fra Stati membri, che non impongono restrizioni alla concorrenza ai sensi dell'art. 81(1) TCE, che soddisfano le condizioni dell'art. 81(3) TCE o che sono disciplinati da un regolamento per l'applicazione dell'art. 81(3) del Trattato.”

La norma riguarda quindi i casi ex art. 81 TCE idonei a influire, realmente o potenzialmente, sul commercio degli Stati Membri.

Il primo scenario indicato riguarda gli accordi e/o le pratiche concertate che non sono restrittivi della concorrenza ai sensi dell'art. 81(1) TCE⁴⁵ e, deve ritenersi, quelli cui effetti anti-competitivi non sono apprezzabili secondo l'interpretazione fornita dalla giurisprudenza comunitaria. Tali accordi, non essendo sanzionati dall'art. 81 del Trattato, non possono nemmeno essere vietati da norme nazionali più restrittive.

Il secondo scenario evocato dalla norma riguarda invece gli

⁴⁴ *Walt Wilhelm vs Bundeskartellamt*, Case 14/1968.

⁴⁵ Prezzi massimali e clausole di maggior favore erano ad esempio considerate restrizioni illegali nel diritto di concorrenza tedesco mentre non lo sono per il diritto UE. R. Berchtold, *Kartellgesetz Kommentar* (Munich, Verlag CH Beck, 2002).

accordi e le pratiche che, pur essendo tecnicamente anti-competitivi ai sensi dell'art. 81(1), soddisfano le condizioni richieste dall'art. 81(3) e che quindi non sono vietati *sic et simpliciter* secondo il meccanismo implicato dal sistema di eccezione legale introdotto dalla Riforma. La norma prende in considerazione anche gli accordi e le pratiche che beneficiano di regolamenti di esenzione in blocco, sopravvissuti anche nel sistema decentrato per ragioni di certezza giuridica. Tali accordi, essendo implicitamente o esplicitamente esentati, sono consentiti dal diritto comunitario e non possono quindi essere vietati da norma più rigorose sul piano nazionale.

Il terzo scenario riguarda gli assetti che non costituiscono accordi o pratiche concertate ai sensi dell'art. 81(1). Un'interpretazione estensiva dell'art. 3(2) precluderebbe ai legislatori nazionali di sanzionare tali condotte, che non sono appunto vietate dall'UE. Una simile interpretazione si trova però a confliggere drasticamente col principio di proporzionalità, privando di fatto gli stati membri di qualsiasi autonomia in materia di diritto della concorrenza⁴⁶. Pertanto sembra preferibile un'interpretazione restrittiva, che permette agli stati membri di vietare a livello nazionale le condotte che non sono contemplate dalla normativa comunitaria.

Occorre considerare che la seconda parte dell'art. 3(2) contiene un'eccezione di rilievo, ammettendo che le legislazioni nazionali possano contenere norme più restrittive in materia di condotte unilaterali delle imprese, dunque anche in tema di abuso di

⁴⁶ L. PACE, Die Dezentralisierungspolitik im EG Kartellrecht", in *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, (2004) n. 15, pagg. 301-305.

posizione dominante ex art. 82 TCE:

“Agli Stati Membri non sono comunque precluse l’adozione e l’applicazione, sul loro territorio, di norme nazionali più restrittive, che vietino o sanzionino le condotte unilaterali delle imprese.”

Il divieto di porre norme più restrittive riguarda quindi, in ultima analisi, solo i cartelli ex art. 81.

Infine occorre ricordare che sia per l’art. 81 che per l’art. 82 TCE vale il divieto di stabilire norme nazionali più blande di quelle comunitarie: le ANC non possono quindi ammettere sulla base del diritto nazionale un accordo o pratica che risulta proibito in base alla normativa comunitaria.

Si tratta di una regola che, ancorché non espressamente ribadita dal Reg. 1/2003, discende direttamente dal principio generale del primato del diritto comunitario⁴⁷.

I tipi di decisioni adottabili dalle ANC. Quando le ANC applicano il diritto comunitario, lo fanno applicando le proprie regole procedurali e anche le sanzioni irrogabili in caso di violazione degli articoli 81 e 82 TCE sono determinate dai diritti nazionali degli Stati Membri.

Il Regolamento 1/2003, pur non armonizzando propriamente né le procedure né le sanzioni irrogabili, individua nell’art. 5 i tipi di decisione che le ANC possono adottare nell’applicazione del diritto comunitario, garantendo un livello minimo di equivalenza. Le ANC possono, in particolare, (i) ordinare la cessazione di un’infrazione;

⁴⁷ Il noto principio è stato affermato dalla Corte di Giustizia in *Costa vs Enel*, Caso 6/64.

(ii) disporre misure cautelari; (iii) accettare impegni; (iv) comminare ammende, penalità di mora o qualunque altra misura disposta dal diritto nazionale.

Lo scopo della previsione è duplice: da un lato, essa assicura che le ACN siano dotate dei poter necessari per applicare effettivamente le regole di concorrenza; dall'altro pone dei limiti alla varietà delle decisioni nazionali.

Le decisioni applicabili dalle ANC sono essenzialmente equivalenti a quelle della Commissione, con un'eccezione: l'art. 5 sembra precludere alle ANC la prerogativa di applicare decisioni di inapplicabilità ai sensi dell'articolo 10 del Regolamento. Per quanto concerne la non applicabilità del trattato, infatti, l'art. 5 si limita a stabilire che le ANC possono anche decidere di non intervenire, "non sussistendo le condizioni per un divieto". Quest'ultima parte dell'art. 5 fu inserita tenendo conto di quegli Stati Membri le cui legislazioni non permettono di archiviare informalmente un procedimento: per permettere a questi Paesi di chiudere un procedimento o di rigettare una denuncia nei casi in cui non fosse stata accertata alcuna infrazione, fu aggiunta questa sorta di decisione "di non luogo a procedere"⁴⁸.

Comunque, la differenza testuale con l'art. 10 suggerisce che non si tratti di decisioni di inapplicabilità ai sensi di quest'ultima disposizione⁴⁹: il provvedimento dichiara piuttosto che l'autorità

⁴⁸ A. Schaub, "The Reform of Regulation 17/62: The issues of compatibility, effective enforcement and legal certainty" in Ehlerman and Atanasiu (eds), *European Competition Law Annual 2000: The modernization on EC Competition Policy* (Oxford, Hart Publishing, 2001), pagg. 457, 466.

⁴⁹ Kerse and Khan, *EC Antitrust Procedure* (London, Sweet & Maxwell,

non perseguirà la questione⁵⁰. Per questa via la Commissione ha probabilmente inteso assicurarsi che lo strumento delle decisioni di inapplicabilità non sia distorto in un ritorno al precedente sistema di notifica-esenzione; rischio che può essere minimizzato appunto attribuendo il loro monopolio alla Commissione e precludendole invece alle ANC⁵¹.

Tuttavia permangono delle incertezze: il Regolamento 1/2003 e in particolare lo stesso art. 5 non preclude espressamente alle ANC di adottare constatazioni di inapplicabilità; l'obbligo di motivazione dei provvedimenti secondo i principi generali contribuisce a stemperare la differenza tra le due categorie di decisioni, soprattutto se si assume che, per le decisioni di non luogo a procedere ex art. 5, la semplice dichiarazione che non ci sono condizioni per un divieto sia sufficiente. Infine, la stessa Commissione, in un Memorandum esplicativo, suggerisce un'equazione tra le due forme di provvedimenti, statuendo che:

*“Se l'ACN accerta, d'ufficio o in seguito a denuncia, che la condotta non viola l'art. 81 o l'art. 82, può chiudere il procedimento accertando che non ci sono condizioni per un'azione di veto.”*⁵²

A causa di questi elementi, soprattutto dell'obbligo di motivazione, le decisioni di non luogo a procedere possiedono di

2005).

⁵⁰ Ancora A. Schaub, che ritiene che la funzione di queste decisioni sia l'archiviazione del procedimento piuttosto che la definizione del diritto europeo di concorrenza.

⁵¹ Ehlerman “The Modernisation of EC Antitrust Policy: a Legal and Cultural Revolution” in *CML Rev* (2000) n. 37, pagg. 537-539.

⁵² Memorandum Esplicativo della Commissione, 16.

fatto un'autorità persuasiva nel caso in cui la medesima violazione divenga oggetto di indagine per un'altra autorità di concorrenza, pur non essendo formalmente vincolanti per le altre ANC e per la Commissione.

Le decisioni sugli impegni rappresentano uno strumento radicalmente nuovo che la riforma attribuisce alle ANC. Nella pratica hanno posto alcuni problemi nei Paesi che hanno adottato un sistema dualistico di amministrazione antitrust⁵³: da un lato, infatti, non è conveniente per le imprese negoziare gli impegni con l'organismo che istruisce la pratiche, che non offre alcuna garanzia che il risultato sia poi accettato dal corpo giudiziale; dall'altro, la negoziazione degli impegni ad opera del medesimo corpo giudiziale, spesso un tribunale amministrativo, sembra configgere con i requisiti di imparzialità e indipendenza, necessari a qualunque corpo eserciti una funzione strutturalmente giurisdizionale. Per ovviare a questi inconvenienti, la soluzione più spesso adottata consiste nel mancato inoltro della pratica al corpo giudiziale da parte dell'organismo istruttore che ha accettato gli impegni. Si registrano però anche soluzioni intermedie: in Belgio, ad esempio, si prevede che la proposta d'impegno possa essere fatta avanzata dal corpo istruttore nella sua relazione al corpo giudiziale, anche se è con quest'ultimo che l'impegno viene poi effettivamente negoziato.

Infine, un altro importante strumento previsto dall'art. 13(1) del Reg. 1/2003 è il diritto delle ANC di sospendere il procedimento o respingere una denuncia senza entrare nel merito del caso, per il

⁵³ Nei sistemi antitrust dualistici la fase istruttoria e la fase decisoria sono attribuite a due organi diversi, rispettivamente un'autorità amministrativa (in senso lato) e un corpo giudiziale: v. *amplius* Cap. 3.

solo fatto che un'altra ANC lo stia esaminando. Il paragrafo successivo della disposizione prevede che le ANC possano respingere una denuncia quando il caso è già stato trattato da un'altra ANC. La *ratio* della norma è chiaramente evitare la duplicazione dei procedimenti attinenti alla stessa fattispecie.

E' irrilevante che l'altra ANC abbia adottato una decisione positiva, negativa o abbia respinto la denuncia.

~ Cooperazione con le altre Autorità Nazionali di Concorrenza.

La cooperazione all'interno della rete è regolata principalmente dagli articoli 11 e 12 del Regolamento 1/2003, che pongono le basi per lo scambio di informazioni anche confidenziali. Tali norme sono poi implementate dalla cd. Network Notice della Commissione. L'art. 22 del regolamento disciplina invece il principio per cui l'Autorità di uno Stato membro può svolgere ispezioni nel proprio territorio per conto dell'Autorità di un altro Stato Membro.

Informazioni all'inizio del procedimento (Allocazione del caso).
Dato che il Regolamento 1/2003 istituisce un sistema di competenze parallele, lo scambio di informazioni all'inizio del procedimento è primariamente richiesto per scongiurare la moltiplicazione dei procedimenti e per identificare l'autorità o le autorità che sono meglio collocate per risolvere il caso.

L'art. 11(3) del Regolamento obbliga le ANC a informare la Commissione dell'apertura di ogni procedimento di applicazione degli articoli 81 e 82 del trattato, prima o immediatamente dopo il

compimento del primo atto di investigazione formale. L'informazione deve essere fornita per iscritto, in una forma standard contenente gli aspetti salienti del caso, come l'autorità procedente, le parti, i prodotti e i territori coinvolti, l'estensione e la sospetta durata della violazione e l'origine del caso.

Per scongiurare l'attivazione di procedimenti multipli, la predetta informazione dovrebbe essere fornita non solo alla Commissione, bensì anche direttamente alle altre ANC. L'art. 11(3) tuttavia non rende questa seconda informativa obbligatoria, contemplandola come mera facoltà. Ci troviamo davanti ad un esempio che bene illustra come la dimensione orizzontale del decentramento sia scarsamente sviluppata nel Reg. 1/2003. Nella Network Notice la Commissione cerca di rimediare a questa omissione prevedendo che l'informazione fornita ai sensi dell'art. 11(3) del Regolamento 1/2003 dovrebbe essere resa disponibile sia alle ACN che alla Commissione. Nella pratica, l'informazione sui casi ex artt. 81 e 82 TCE pendenti davanti alle ANC dovrebbero essere fornite regolarmente a tutti i membri del Network. Poiché l'art. 12 del regolamento autorizza espressamente la Commissione e le ANC a scambiarsi informazioni confidenziali, il fatto che certi dettagli dei casi siano coperti dal segreto professionale non dovrebbe, per principio, ostacolare lo scambio di queste informazioni all'interno del Network.

La condivisione di informazioni tra i membri della rete permette inoltre alle ANC di fare ampio uso dell'art. 13(1) del regolamento, che dà loro il potere di sospendere i procedimenti o di respingere una denuncia per la semplice ragione che un'altra ANC si stia

occupando del caso: è chiaro che la regola può essere applicata solo se le ANC sono effettivamente a conoscenza dei procedimenti pendenti davanti alle loro consorelle negli altri Stati membri.

Consultazione prima della decisione finale. Al termine dell'indagine, prima dell'adozione della decisione finale, lo scambio di informazioni sull'esito del procedimento condotto dalle ANC è necessaria per assicurare l'applicazione uniforme del diritto comunitario di concorrenza in tutto il territorio UE. Da un lato, le decisioni delle ANC che si porrebbero in contrasto con una decisione della Commissione esistente debbono essere prevenute; dall'altro, le decisioni contrastanti tra diverse ANC che indagano sulla stessa materia debbono essere evitate.

Per quanto riguarda il primo profilo, l'art. 11(4) del Reg. 1/2003 impone alle ANC di informare la Commissione al più tardi 30 giorni prima di adottare determinati tipi di decisioni finali. A questo scopo, le ANC devono trasmettere una sintesi del caso e della decisione contemplata insieme ad ogni altro documento necessario per la soluzione del caso che venga successivamente richiesto dalla Commissione. L'obbligo per le ANC di informare in anticipo la Commissione riguarda solo tre tipi di decisioni: le decisioni de veto, le accettazioni di impegni e le decisioni che ritirano le esenzioni in blocco. Si tratta di decisioni che possono essere ribaltate solo con difficoltà mentre i provvedimenti cautelari, i rigetti di denunce e le decisioni di procedimento officiosi non sono soggetti al procedimento di consultazione obbligatoria. Riguardo a queste ultime decisioni l'art. 11(5) stabilisce solo un diritto, non un obbligo. La *ratio* della differenza deve riscontrarsi nel fatto che le

decisioni non menzionate dal par. 4 vincolano solo l'ANC che le ha adottate, senza precludere alla Commissione o alle altre autorità di investigare e di vietare lo stesso accordo o pratica. Tuttavia la Commissione, riconoscendo che anche questi provvedimenti possono essere rilevanti sotto il profilo della politica di concorrenza, attribuisce alle ANC la facoltà di informarsi reciprocamente il merito all'adozione di simili decisioni. In particolare, la Commissione statuisce che:

“Le ANC possono pertanto informare la Commissione e attraverso di essa il Network di ogni altro caso in cui il diritto comunitario di concorrenza venga applicato.”⁵⁴

A differenza di quanto statuito dall'art. 11(4) del Regolamento, che per le decisioni di veto, gli impegni e i regolamenti di esenzione in blocco conferisce all'ANC la facoltà (e non l'obbligo) di informare gli altri membri della rete, questo paragrafo della Nota della Commissione prevede che le informazioni siano incanalate dalla Commissione, che provvede a trasmetterle automaticamente a tutte le altre ANC.

Per quanto riguarda il secondo profilo, che investe la dimensione orizzontale del coordinamento, si percepisce un'evidente deficienza della disciplina: il Regolamento 1/2003 trascura questo aspetto limitandosi a prevedere, nel già citato art. 11(4), che l'ANC che intenda prendere provvedimenti vincolanti possa informare in anticipo anche le altre autorità, contrapponendo l'obbligo di previa informativa alla Commissione alla mera facoltà di preavvisare, negli stessi casi, le autorità consorelle.

⁵⁴ Network Notice, par. 48.

Si tratta di un aspetto la cui scarsa disciplina è tanto più deprecabile nella misura in cui problemi di coordinamento rilevanti si pongono proprio in ambito orizzontale: il Regolamento 1/2003 non esclude investigazioni multiple da parte di diverse ANC concernenti lo stesso accordo o pratica, suscettibili di produrre decisioni contrastanti. Inoltre, potrebbero esserci differenze nell'approccio giuridico preso dalle ANC riguardo alla stessa tipologia di accordi. Simili divergenze a livello nazionale possono costituire una minaccia reale per l'uniforme applicazione delle regole di concorrenza in Europa.

In questo caso, all'assenza di norme vincolanti sulla cooperazione orizzontale non si pone veramente rimedio nella Network Notice: la Commissione si limita a ribadire quanto disposto dall'art. 11(4) del regolamento, menzionando la facoltà di condividere le informazioni con gli altri membri del Network.

Assistenza amministrativa. Le ANC devono coordinarsi e trasmettersi informazioni anche quando una o più autorità richiedono assistenza per l'accertamento dei fatti inerenti ad un'infrazione degli articoli 81 o 82 su cui stiano indagando. Una simile assistenza è particolarmente rilevante quando una singola Autorità indaga su una violazione che coinvolga imprese o che pregiudichi la concorrenza in diversi Stati, dunque quando le prove sono collocate anche al di fuori del proprio ambito territoriale di competenza. La cooperazione tra autorità garanti potrebbe anche essere necessaria quando la stessa violazione è oggetto di indagine parallelamente da parte di più ANC: in questi casi, il coordinamento nell'accertamento e nelle altre acquisizioni di fatti

da parte delle altre ANC e il susseguente scambio di prove assume grande importanza.

Gli articoli 22(1) e 12(2) del Regolamento 1/2003 individuano la cornice giuridica per questa cooperazione amministrativa.

L'art. 22(1) stabilisce che un'ANC possa procedere, sul proprio territorio, all'accertamento di fatti in nome e per conto dell'ANC di un altro Stato Membro; le prove così raccolte possono essere trasmesse, nel rispetto di determinati vincoli. L'ANC che procede è in questo modo in grado di delegare alcune funzioni all'ANC di un altro Stato Membro, che svolge nel proprio territorio gli accertamenti e le ispezioni che l'autorità procedente ritiene necessarie. In questo modo L'ANC procedente è in grado di procurarsi quelle prove che, dati i limiti territoriali posti ai suoi poteri, non sarebbe altrimenti in grado di ottenere. La debolezza della disposizione in esame è ancora una volta da collegarsi alla scarsa incisività della cooperazione orizzontale, essendo la richiesta di indagine configurata come non obbligatoria per l'autorità che la riceve⁵⁵.

Al contrario, l'art. 12(2) obbliga l'ANC a conformarsi alla richiesta di indagine quando questa è invece avanzata dalla Commissione.

Lo scambio di informazioni ai sensi dell'art. 12(1) deve rispettare i vincoli posti dall'art. 12 del regolamento. In particolare, l'art. 12(3) proibisce all'ANC che riceve le informazioni di utilizzarle per imporre sanzioni a persone fisiche quando la

⁵⁵ Il tema è trattato approfonditamente da Y. Van Gerven nel suo saggio "Regulation 1/2003: ispezioni e diritti di difesa" in C. Baudenbacher (ed), *Neuste Entwicklungen im europäischen und internationale Kartellrecht* (Basel, Helbing & Lichtenhahn, 2007).

legislazione dell'autorità che le trasmette non prevede sanzioni di tipo analogo, né garantisce lo stesso livello di protezione dei diritti di difesa delle persone fisiche assicurato dalla legislazione nazionale dell'autorità ricevente. Inoltre l'autorità ricevente non può imporre misure custodiali sulla base delle prove raccolte dall'autorità trasmittente, a meno che la legge dell'autorità che le trasmette non preveda parimenti una misura detentiva.

Questa previsione indubbiamente suscita diversi interrogativi: non è facile determinare quando le sanzioni previste dalle legislazioni nazionali siano dello stesso tipo ed è ancora più arduo verificare quando i diritti nazionali assicurino lo stesso livello di tutela dei diritti di difesa. Infine non è chiaro se l'assenza di equivalenza richiesta dall'art. 12(3) inibisca all'autorità in possesso delle informazioni di comunicarle o solo all'autorità ricevente di utilizzarle come prova⁵⁶.

Malgrado queste difficoltà interpretative poste dall'art. 12, è chiaro che la possibilità di un'autorità di ottenere assistenza amministrativa da un'autorità consorella è un pre-requisito per l'allocatione dei casi di confine presso una singola autorità: l'art. 22(1) è perciò uno strumento necessario al principio di allocatione, senza il quale il decentramento non sarebbe realizzabile.

~ Cooperazione con le Corti nazionali.

Il Regolamento 1/2003 dà la possibilità alle ANC di cooperare

⁵⁶ Sulle difficoltà interpretative generate dalla previsione e sul loro effetto deterrente per la cooperazione A. Riley, "EC Antitrust Modernization: The Commission does very nicol, thank you! Part One: Regulation 1 and Notification Burden" in *European Competition Law Review* (2003), n. 24, pag. 604.

con le corti nazionali: l'art. 15(3) attribuisce infatti non solo alla Commissione, ma anche alle autorità nazionali la facoltà di sottoporre osservazioni scritte alle giurisdizioni nazionali in merito a questioni concernenti l'applicazione degli articoli 81 e 82 TCE. Al pari della Commissione, le ANC possono presentare tali osservazioni di propria iniziativa, senza che sia necessario il permesso del giudice nazionale.

Il consenso del giudice è invece richiesto, sia per la Commissione che per le ANC, in caso di presentazione di osservazioni orali.

A differenza della Commissione, il potere dell'autorità garante di intervenire davanti alle giurisdizioni nazionali è limitata alle corti nazionali del proprio Stato. Un'altra differenza con i poteri della Commissione riguarda invece i presupposti per l'intervento in veste di *amicus curiae*: la Commissione può infatti presentare osservazioni scritte solo se ciò sia necessario ai fini della coerente applicazione degli articoli 81 e 82; per contro l'intervento delle ANC non è subordinato ad alcun problema di coerenza.

Questa differenza sembra indicare che l'intervento *amicus curiae* è concepito essenzialmente come uno strumento nelle mani delle ANC, considerata anche la maggiore riluttanza dei giudici nazionali a tollerare interventi dalla Commissione. Alcuni problemi potrebbero peraltro presentarsi quando l'ANC competente è un organismo giudiziale o quasi giudiziale; inoltre, l'intervento *amicus curiae* potrebbe essere oggetto di abuso, qualora l'autorità garante se ne avvalga in procedimenti davanti alle giurisdizioni nazionali in cui abbia un interesse, ad esempio nel caso di impugnazione di una

sua decisione davanti a un giudice nazionale. E' evidente che in un simile contesto la partecipazione dell'autorità al processo dovrebbe avvenire esclusivamente in base alle regole procedurali nazionali e che non si possa invece ricorrere all'art. 15. Infine, anche nell'ipotesi in cui la validità di una decisione adottata dall'ANC sia oggetto di una mera verifica *incidenter tantum* da parte del giudice nazionale, sarebbe opportuno che l'autorità si astenesse da un simile intervento, rispettando la legislazione nazionale in termini di separazione dei poteri e di divisione di competenze tra diverse corti⁵⁷.

Ai sensi del secondo sottoparagrafo dell'art. 15(3), il giudice nazionale deve fornire all'ANC che lo richieda tutti i documenti necessari per la presentazione di osservazioni in merito al caso. C'è però una difficoltà pratica riguardo alla possibilità dell'ANC di fare una simile richiesta: a differenza della Commissione: infatti, le ANC non sono automaticamente informate dei processi nazionali implicanti un'applicazione degli articoli 81 e 82 TCE, salvo che la legge nazionale non disponga specificamente in tal senso. Di conseguenza, le ANC potrebbero non essere nemmeno a conoscenza della pendenza del procedimento. E' questo un altro esempio dello sviluppo insufficiente dato alla dimensione orizzontale della cooperazione dal Regolamento 1/2003. Per ovviare a questa lacuna, la Commissione vede accrescere il proprio fardello nel monitoraggio dei processi nazionali, visto che, in definitiva, le possibilità di intervento delle ANC dipendono dalle

⁵⁷ Edward "The Modernization of EC Antitrust Policy: issues for Courts and Judges" in Ehlerman - Atanasiu (eds) *European Competition Law Annual 2000* (Oxford, Hart Publishing, 2001)

informazioni che esse ricevono dalla Commissione sulla pendenza dei giudizi nazionali che potrebbero richiedere un loro intervento.

E' probabilmente per risolvere questo problema che la Commissione ha espresso la sua intenzione di delegare i propri interventi alle stesse ANC, pubblicando versioni informali di tutti i giudizi pendenti davanti alle giurisdizioni nazionali su un sito apposito⁵⁸. Questo permette a tutte le ANC di monitorare le decisioni delle corti nazionali ai fini dell'intervento, incluse le autorità che non sono automaticamente informate in base alla loro legislazione nazionale.

3. La disciplina delle concentrazioni: il Reg. 139/2004.

3.1. Sistema di competenze esclusive.

Il nucleo essenziale del diritto antitrust comunitario e nazionale si completa con la disciplina delle concentrazioni.

In termini generali si può definire concentrazione una modifica duratura del controllo su una o più imprese, realizzata basilarmente attraverso operazioni di fusione, di acquisizione del controllo di un'impresa su un'altra o della costituzione da parte di più imprese di un'impresa comune⁵⁹.

Il monitoraggio delle concentrazioni tende a prevenire l'accentramento del potere economico in capo a uno o pochi operatori presenti sul mercato, evitando la possibilità di

⁵⁸ Network Notice, par. 18. I giudizi nazionali notificati alla Commissione sono raccolti nel National Court Case database, disponibile su DG Comp's Website (www.ec.europa.eu/comm/competition/antitrust/national_courts/index_en.html)

⁵⁹ R. Caiazza "Antitrust: profili giuridici" (Torino, Giappichelli, 2007).

sfruttamento della posizione dominante così formata o la collusione tacita degli operatori che rimangono sul mercato dopo la concentrazione.

Diversamente da quanto avviene per gli altri segmenti del diritto della concorrenza, il TCE non contiene disposizioni dedicate alle concentrazioni: il legislatore comunitario era infatti originariamente ostile a misure che potessero comprimere le potenzialità espansive delle imprese allora nascenti; inoltre si riteneva che un aumento della scala di produzione di un'impresa potesse portare a una diminuzione del costo unitario di produzione da essa affrontato, con conseguenze benefiche per i consumatori finali.

Solo in un secondo momento apparvero chiari i rischi di un possibile abuso della posizione di preminenza ottenuto e della possibilità di collusione tra i membri del ristretto oligopolio formatosi ai danni della concorrenza. Mossa da simili motivazioni e dall'esigenza di evitare che la diminuzione degli operatori economici presenti sul mercato si traducesse in un sensibile aumento dei prezzi, la Commissione tentò in un primo momento di interpretare estensivamente gli articoli 81 e 82 TCE in modo da ricomprendere nel loro ambito applicativo nuove fattispecie sensibili⁶⁰.

La presa di coscienza della limitata efficacia di tale sforzo interpretativo si è tradotta nella successiva decisione di adottare il Reg. 4064/89, modificato dal Reg. 1310/97 e infine sostituito dal

⁶⁰ Esempi di simili criteri interpretativi sono da rinvenirsi ad esempio nelle sentenze della Corte di Giustizia nei casi *Philipp Morris v Commissione* (causa 730/79) e *Europemballage e Continental Can v Commissione* (causa 6/72).

Reg. 139/2004, che costituisce l'attuale disciplina di riferimento.

La normativa comunitaria sulle concentrazioni si differenzia da quella dedicata a intese e abusi sotto due profili sostanziali.

In primo luogo, la disciplina delle intese/abusi si caratterizza oggi per un controllo tipicamente *ex post*, incentrato sulla verifica di una eventuale condotta illecita; la disciplina delle concentrazioni fa invece leva su di un controllo *ex ante*, volto a valutare gli effetti che una determinata operazione potrebbe avere sul mercato prima che si verifichino, ai fini della sua autorizzazione. E' dunque in primis la preventività a caratterizzare la fattispecie in esame: le imprese sono obbligate a comunicare le concentrazioni "sospette" alle autorità competenti prima di metterle in atto per consentire loro di verificare che l'operazione segnalata non crei un assetto di mercato pregiudizievole alla concorrenza. Dalla preventività nasce anche una esigenza di celerità della procedura, dato che l'impresa è tenuta a sospendere l'attività in attesa che la stessa sia o meno autorizzata dall'autorità alla luce di determinati requisiti, con conseguente limitazione della libertà di iniziativa economica.

In secondo luogo, la disciplina delle concentrazioni si distingue dal restante diritto della concorrenza per il rapporto intercorrente tra la Commissione e le ANC nel sistema decentrato: mentre la prima e le seconde applicano le norme del Trattato relative ad intese e abusi "in stretta cooperazione", cioè in uno schema di competenza concorrente che viene coordinata in seno al Network, l'applicazione del Reg. 139/2004 avviene in un contesto di competenze esclusive: alla Commissione spetta il compito di vagliare le concentrazioni che abbiano dimensione comunitaria secondo il predetto

regolamento, mentre le autorità degli Stati membri esercitano la loro competenza esclusivamente sulle concentrazioni di rilevanza nazionale, secondo le discipline dei singoli Stati Membri⁶¹.

3.2. Nozione di concentrazione comunitaria.

In dettaglio, un'operazione di concentrazione è di rilevanza comunitaria se (art. 1 Regolamento):

- Il fatturato totale realizzato a livello mondiale da tutte le imprese interessate è superiore a 5 miliardi di Euro;
- Il fatturato totale realizzato individualmente nella comunità da almeno due delle imprese partecipanti all'operazione di concentrazione è superiore a 250 milioni di Euro, salvo che ciascuna delle imprese che procedono all'operazione di concentrazione realizzi oltre i due terzi del suo fatturato totale nella Comunità all'interno di un solo Stato membro.

Un'operazione di concentrazione che non supera le soglie predette è tuttavia di rilevanza comunitaria se:

- Il fatturato realizzato a livello mondiale da tutte le imprese interessate è superiore a 2,5 miliardi di Euro;
- In ciascuno di almeno tre Stati membri il fatturato totale realizzato dall'insieme delle imprese interessate è superiore a 100 milioni di Euro;
- In ciascuno di almeno tre Stati membri il fatturato totale realizzato individualmente da almeno due imprese interessate è

⁶¹ Cook - Kerse "EC Merger Control" (London, Sweet & Maxwell, 2005).

superiore a 25 milioni di Euro;

- Il fatturato totale realizzato individualmente nella Comunità da almeno due delle imprese partecipanti all'operazione di concentrazione è superiore a 100 milioni di Euro, salvo che ciascuna impresa realizzi oltre i due terzi del suo fatturato totale nella Comunità all'interno di un solo Stato membro.

Nella Comunicazione del 10 luglio 2007 ("Commission Consolidated Jurisdictional Notice"), la Commissione ha descritto in maniera dettagliata sia la nozione di imprese interessate che i criteri da seguire per il calcolo del fatturato. Essa definisce imprese interessate quelle partecipanti all'operazione in quanto parti che procedono alla fusione, che acquisiscono il controllo o che sono oggetto di un'operazione di controllo. Dunque, in caso di fusione, le imprese interessate sono quelle che partecipano alla fusione.

Meno intuitiva è la definizione di imprese interessate in caso di acquisto di controllo.

Più in dettaglio, nell'ipotesi di acquisto di controllo esclusivo di una società o di parti di questa, imprese interessate sono acquirente e acquisita (o parti acquisite).

Nell'ipotesi di controllo congiunto di una nuova società, è impresa interessata ciascuna delle acquirenti della nuova impresa comune; se il controllo riguarda una società preesistente, invece, imprese interessate sono ciascuna delle acquirenti e la società preesistente oggetto di acquisizione, il cui fatturato non si computa solo nel caso in cui la stessa fosse già soggetta al controllo esclusivo di una delle acquirenti.

Nel caso di passaggio da controllo congiunto a controllo esclusivo di una società, imprese interessate sono acquirente e controllata, mentre il fatturato dell'azionista uscente non andrà computato.

Infine, nel caso di acquisto di controllo per mezzo di un'impresa comune, occorre distinguere il caso in cui l'impresa comune sia dotata di una propria autonomia dal caso in cui sia invece una società veicolo, costituita con il solo scopo di acquisire la società oggetto dell'operazione: solo nel primo caso, infatti, l'impresa comune può dirsi concentrativa e quindi interessate saranno l'impresa comune e quella oggetto di acquisizione; nel secondo, invece, saranno imprese interessate le controllanti dell'impresa comune e l'impresa acquisita.

Per quanto riguarda il fatturato, i paragrafi 157-220 della Nota della Commissione sull'art. 5 del Regolamento definiscono il fatturato come l'insieme degli importi ricavati dalla vendita di prodotti e dalla prestazione di servizi da parte delle imprese interessate. Rilevano gli importi di vendita realizzati dal gruppo controllante l'impresa acquirente, mentre per quanto riguarda il soggetto cedente, rileva solo il fatturato dell'impresa ceduta. Gli importi devono corrispondere alle normali attività dell'impresa e quindi non solo quelle direttamente interessate all'operazione; vanno detratti gli sconti concessi sulle vendite, gli importi corrispondenti alle operazioni infragruppo, l'IVA e le altre imposte direttamente collegate al fatturato. Il fatturato da prendere in considerazione è quello dell'ultimo esercizio precedente alla concentrazione mentre il luogo di realizzazione del fatturato è

determinato dalla localizzazione del cliente al momento della vendita dei beni e della prestazione dei servizi.

Sono inoltre previste delle regole particolari per il calcolo del fatturato degli enti creditizi e delle imprese di assicurazione⁶².

3.3. La valutazione delle operazioni di concentrazione.

Come enunciato nello stesso preambolo del Regolamento, le disposizioni in esso contenute sono applicate esclusivamente alle concentrazioni di rilevanza comunitaria dalla Commissione mentre le operazioni che non abbiano dimensione comunitaria seguono le rispettive discipline nazionali. Tuttavia, anche se il Regolamento non innesca un meccanismo di competenza concorrente in grado di dare luogo a problemi di coordinamento effettivi, la disciplina comunitaria dettata nel regolamento ha di fatto rappresentato un paradigma per le singole discipline nazionali, creando i presupposti per un'armonizzazione di fatto. Inoltre, lo stesso Regolamento mette in relazione la Commissione con le ANC, sia prevedendo un sistema di rinvio delle notifiche ricevute in modo da chiarire la competenza a decidere sull'operazione, sia prevedendo la possibilità per la Commissione di chiedere informazioni alle ANC dei Paesi cui appartengono le imprese interessate in una concentrazione sospetta.

Per quanto riguarda capisaldi della disciplina comunitaria, il carattere *ex ante* della valutazione rende prima di tutto necessario definire il mercato rilevante, ossia l'ambito in cui l'operazione

⁶² Si veda la *Commission Consolidated Jurisdictional Notice*, 10 Luglio 2007.

dispiegherà i suoi effetti, e subito dopo l'impatto dell'operazione sul mercato, ossia l'idoneità dell'entità da essa nascente ad influire sulle condizioni concorrenziali preesistenti, valutando a questo scopo l'offerta di mercato, le caratteristiche del medesimo, la domanda e gli eventuali guadagni di efficienza in grado di compensare la riduzione di concorrenza derivante dalla concentrazione.

L'analisi di mercato descritta assumerà caratteri diversi a seconda del tipo di concentrazione coinvolta.

Le concentrazioni si dividono infatti in:

orizzontali: coinvolgono imprese che appartengono allo stesso mercato e allo stesso livello economico, es. quello dei distributori o dei produttori;

verticali: riguardano imprese che si collocano allo stesso mercato, ma a livelli diversi, es. concentrazione tra un produttore di caffè e un suo distributore;

conglomerati: coinvolgono imprese fra cui non esiste alcuna relazione funzionale e che operano su mercati diversi⁶³.

Nelle concentrazioni orizzontali, l'individuazione del mercato rilevante è immediata, coincidendo lo stesso con il mercato in cui operano le imprese partecipanti.

L'offerta è invece rappresentata dalla quota di mercato da queste detenuta prima e dopo la concentrazione, sia in termini assoluti che rispetto a quella dei concorrenti. Ai sensi della Comunicazione della Commissione sulle concentrazioni orizzontali 2004/C 31/03, una

⁶³ Rino Caiazza, "Antitrust: profili giuridici" (Torino, Giappichelli, 2007).

soglia di pericolo è data da una quota di mercato superiore al 50% mentre quote inferiori al 25% non sono ritenute in grado di sollevare problemi concorrenziali⁶⁴.

La quota di mercato e il suo incremento non sono di per sé sufficienti ad adottare una decisione: sarà necessario valutare anche altri fattori in grado di influenzare l'offerta, come il possesso di una leadership tecnologica, una forte integrazione verticale, l'accesso privilegiato a una fonte produttiva, la forza dei marchi d'impresa, la capacità di accesso a risorse finanziarie.

Le caratteristiche del mercato rilevanti ai fini della valutazione sono in particolare quelle attinenti alla sua vulnerabilità: mercati che abbiano barriere all'ingresso potrebbero incentivare comportamenti non virtuosi mentre al contrario mercati privi di barriere naturali, garantendo l'ingresso di nuovi concorrenti in tempi sufficientemente rapidi, sono in grado di esercitare un potere disciplinante sulle imprese già presenti ed eventualmente dominanti. Un discorso analogo si può fare per i mercati caratterizzati da forte dinamismo, dato il breve ciclo di vita dei beni presenti o il forte grado di innovazione tecnologica che li connota. Tali mercati, tenuto conto dell'alto tasso di crescita, rappresentano terreno fertile per nuovi entranti, in grado di contenere gli abusi delle imprese presenti nel settore.

Infine, dato fondamentale da prendere in considerazione è la

⁶⁴ L'incremento della quota di mercato susseguente alla concentrazione esprime l'aumento del grado di concentrazione del mercato, che si calcola grazie agli indici di concentrazione elaborati dagli economisti, in grado di rappresentare il numero e la distribuzione dimensionale delle imprese presenti sul mercato. Uno dei più utilizzati è l'indice Herfindal-Hirschmann (HHI).

domanda di mercato: infatti, la posizione dominante assunta grazie alla concentrazione potrebbe non condurre a comportamenti abusivi in presenza di una domanda caratterizzata da un forte potere di acquisto. Se ad esempio una domanda è costituita in maniera prevalente da grandi imprese che, in presenza di un aumento dei prezzi da parte dell'operatore dominante in seguito alla concentrazione, possono ricorrere facilmente a fonti di approvvigionamento alternative, l'impatto della concentrazione sarà ovviamente ridotto rispetto a quello che la stessa potrebbe avere in un mercato composto in gran parte da piccoli consumatori.

Le concentrazioni verticali sono a prima vista meno dannose di quelle orizzontali, in quanto non comportano l'eliminazione diretta di un concorrente di mercato, creando piuttosto delle sinergie positive (es. riduzione dei costi di transazione e del rischio di prezzi troppo elevati da parte dei distributori) fra imprese operanti a livello integrato.

Tuttavia, le concentrazioni verticali sono in grado di determinare l'eliminazione di concorrenti in maniera indiretta, dando luogo in definitiva alle stesse disfunzioni generate dalle concentrazioni orizzontali. Infatti, se un'impresa a valle del processo produttivo acquista un'impresa a monte dello stesso, fornitrice delle materie prime essenziali per la realizzazione del prodotto finito, l'impresa a valle potrebbe limitare l'approvvigionamento dei concorrenti, escludendoli in radice dal mercato a valle, oppure potrebbe accordare loro condizioni commerciali più onerose, facendone intenzionalmente lievitare i costi di produzione.

Poiché le concentrazioni verticali coinvolgono diversi livelli di mercato, l'analisi economica delineata per le concentrazioni orizzontali deve valutare l'impatto non solo sui mercati direttamente coinvolti dall'operazione, ma anche su quelli posti a monte o a valle dei primi.

Particolarmente difficile risulta invece la valutazione delle concentrazioni conglomerali che, riguardando mercati differenti, a prima vista non sembrerebbero idonee a suscitare preoccupazioni concorrenziali. Nel caso Tetra Laval, in particolare, la Commissione ha sostenuto la necessità di valutare l'impatto delle concentrazioni conglomerali alla luce del cosiddetto effetto leva, che potrebbe permettere all'impresa acquirente, già dominante sul mercato 1, di acquisire, a seguito dell'operazione e in un lasso di tempo relativamente breve, una posizione dominante sul mercato 2, nel quale già occupa una posizione di preminenza⁶⁵. Ciò può verificarsi ad esempio nei mercati complementari tecnicamente o economicamente, dove una tipica strategia di leverage consiste nell'imporre ai clienti offerte congiunte di beni e servizi o incentivi fidelizzanti condizionati all'acquisto dell'intera gamma di prodotti disponibili.

Dunque le condizioni che debbono essere verificate affinché una concentrazione conglomerale possa produca effetti anticoncorrenziali sono:

- Una delle imprese coinvolte deve disporre di un rilevante potere in almeno uno dei mercati interessati dall'operazione;

⁶⁵ Sentenza del Tribunale di Primo Grado "*Tetra Laval BV contro Commissione*", Causa T 5/02.

- L'operazione produce sinergie a vantaggio delle altre imprese partecipanti alla concentrazione, che si traducono in un vantaggio concorrenziale derivante dall'offerta congiunta di beni e servizi;
- Le strategie di concentrazione non sono duplicabili dai concorrenti, se non a costi troppo elevati.⁶⁶

In questo tipo di operazioni, poiché gli effetti anticoncorrenziali sono destinati a prodursi solo un certo lasso di tempo, il veto della Commissione deve essere suffragato da elementi di prova particolarmente solidi.

Per quanto riguarda gli aspetti compensativi delle concentrazioni da considerarsi nell'analisi, essi non sono espressamente contemplati dal legislatore comunitario mentre appaiono nella Comunicazione della Commissione sulle concentrazioni orizzontali, dove si prevede che la Commissione possa tenere conto di tali elementi (es. riduzione dei costi variabili, realizzazione di prodotti tecnologicamente avanzati) qualora gli stessi conducano le imprese interessate alla concentrazione ad agire in chiave pro-competitiva a favore dei consumatori, compensando gli effetti correlati all'aumento del potere di mercato.

Si richiede che i guadagni di efficienza siano direttamente a vantaggio dei consumatori, consequenziali all'operazione e non realizzabili attraverso operazioni meno restrittive della concorrenza e che siano sostanziali, tempestivi e verificabili. Inoltre è necessario che a seguito dell'operazione permanga comunque nel mercato un

⁶⁶ R. Caiazza, *"Antitrust: profili giuridici"* (Torino, Giappichelli, 2007).

grado sufficiente di concorrenza; l'onere della prova grava sulle parti della concentrazione.

CAPITOLO 2

La cornice giuridica della cooperazione: il Network.

1. Che cos'è l'European Competition Network.

L'art. 11(1) del Regolamento 1/2003 prevede che la Commissione e le autorità di concorrenza “applicano le regole di concorrenza comunitarie in stretta cooperazione”.

Per realizzare questo obiettivo, la Commissione e gli organismi preposti alla tutela della concorrenza nei 27 Stati membri hanno costituito una rete di autorità pubbliche, l'European Competition Network(d'ora in poi ECN), la cui funzione è quella di fornire l'intelaiatura giuridica all'interno della quale operare quei meccanismi di comunicazione e coordinamento necessari per correggere il deficit di uniformità/consistenza nell'implementazione del diritto comunitario, percepito come la principale debolezza del sistema decentrato.

Per comprendere meglio le caratteristiche dell'ECN può essere utile prendere in prestito alcuni concetti elaborati sulla figura del network nell'ambito delle scienze politiche, che lo hanno spesso eletto metafora privilegiata per descrivere la complessità dei sistemi

politici postmoderni, caratterizzati dalla moltiplicazione dei livelli di Governo, dalla frammentazione delle sedi decisionali, dalla crescente interpenetrazione tra società, stato e mercato che rendono ardua l'applicazione dei classici stili di governo weberiani¹.

In primo luogo è importante considerare che il network non costituisce un ente, in quanto tale dotato di personalità giuridica: competenze, poteri e decisioni continuano ad essere imputati ai singoli membri della rete secondo uno schema ormai ben noto agli studi del settore, dai quali si può attingere questa classica definizione del fenomeno reticolare:

*“un insieme di relazioni relativamente stabili, di natura paritaria e interdipendente che collegano diversi attori, i quali condividono interessi comuni e si scambiano risorse al fine di perseguire tali interessi, consapevoli che la cooperazione è lo strumento migliore per raggiungere obiettivi comuni.”*²

La “governance school” tedesca fa risaltare la particolarità del modello raffrontandolo con due strutture tradizionali come la gerarchia e il mercato: il network differisce dal modello gerarchico in quanto non ha un vertice e un insieme di relazioni autoritarie prestabilite; differisce dal mercato in quanto le relazioni sono personalizzate e basate su scambi fluidi e spesso informali piuttosto

¹ Rhodes - Binder - Rockman, *The Oxford Handbook of Political Institutions*, Oxford University Press, 2006. Paradigmatico è proprio il sistema UE, affrontato in questa prospettiva in un saggio collettaneo peraltro antesignano della rete di concorrenza: *L'Europa delle Reti* (Giappichelli, 2001).

² T. Borzel, “Organizing Babylon: On different conceptions of Policy Networks” in *Public Administration* (1998), n. 76, pagg. 253-254.

che su un formale scambio contrattuale³.

Il network descritto dalle scienze politiche e il network concepito come strumento giuridico condividono le caratteristiche fondamentali del modello, una serie di relazioni reciproche ed essenzialmente non gerarchiche. Tuttavia, mentre nell'ambito politico l'attenzione è focalizzata sui meccanismi che a monte determinano l'interazione e ne permeano il funzionamento, ponendo il network in un contesto legale si assume che l'interazione avviene perché decretata da regole giuridiche, che legano gli attori della rete attraverso diritti e obblighi reciproci che costituiscono la tecnica in grado di dare concretamente forma a quelle relazioni. Ciò implica anche che il network giuridicamente inteso conosce un grado di istituzionalizzazione più elevato del network considerato a livello puramente politico.

La differenza peraltro è prettamente metodologica, attinente all'ottica utilizzata dai diversi ambiti di studio, e aiuta principalmente a filtrare le definizioni: la medesima rete è contemporaneamente politica e giuridica, i legami tra i diversi attori essendo basati non solo su regole giuridiche, bensì anche su connessioni non formalizzate quali la fiducia reciproca, la condivisione di standards operativi e pratiche comuni, l'interdipendenza di risorse e la reputazione acquisita nell'*enforcement*.

L'ossimoro della rete istituzionale, che sembra opporre

³ S. Wilks, "Understanding competition policy networks in Europe: a political science perspective" in CD Ehlerman e Athanasiu (eds) "*Constructing the EU Network of Competition Authorities*", European Competition Law annual 2002 (Oxford, Hart Publishing, 2005), pagg. 65-67.

irrimediabilmente un concetto fluido ed informale come quello di “rete” ad uno rigido e formale come quello di “istituzione”, trova in realtà la propria conciliazione laddove si esaminano il contenuto e la struttura delle relazioni tra i membri del network: nella misura in cui queste relazioni sono previste dal diritto in modo positivo, creando una serie di obblighi reciproci, l’istituzionalizzazione della rete cessa di essere una nozione contraddittoria; d’altra parte, nella misura in cui alcune di queste relazioni vengono lasciate allo stato fluido, la rete stessa conserva la flessibilità che la contraddistingue come strumento. Al riguardo occorre pensare che ogni rete ha come unità di base una diade, la relazione tra due attori; la rete nel suo complesso è formata da una serie di diadi interconnesse. Ciascuna diade può seguire lo schema diritto-obbligo, creando un legame rigido, ovvero facoltà-onere, creando un legame fluido. Nel caso dell’ECN, ad esempio, la singola autorità ha l’obbligo di notificare la decisione che intende adottare alla Commissione (che quindi ha il diritto ad esserne informata) e la facoltà di effettuare la stessa notifica alle autorità consorelle (che quindi non possono pretenderla). Più in generale, si assiste nell’ECN ad una maggiore strutturazione delle relazioni verticali, tra ANC e Commissione, e ad una maggiore fluidità di quelle orizzontali, tra ANC consorelle. Si potrebbe del resto osservare che la scelta di configurare le diverse relazioni nell’uno o nell’altro tipo è comunque una scelta normativa e che quindi tutte le relazioni che compongono una rete normativamente prevista (formale) sono in senso lato giuridiche⁴.

⁴ Rhodes – Binder - Rockman, *The Oxford Handbook of political Institutions*, (Oxford University Press, 2006).

Esaminando lo sviluppo del network nel contesto europeo, si osserva innanzitutto come le diverse reti elaborate nel corso del tempo abbiano intensificato progressivamente l'aspetto organizzativo⁵.

Negli anni '80 e '90 i networks erano caratterizzati da un grado di istituzionalizzazione limitato: l'integrazione tra i membri della rete veniva assunta, piuttosto che costruita attraverso una interdipendenza giuridica, e in termini sistematici i networks erano individuati come strumenti ancillari rispetto ai modelli esistenti piuttosto che come strutture di governance alternative. Esempi di questa concezione di rete possono essere individuati nel sistema di autorità di controllo dei contratti pubblici e, in campo ambientale, nel Network Europeo di Informazione e Osservazione (Eionet). Il primo si profilava come un meccanismo ancora allo stato embrionale, fondato essenzialmente sull'obbligo delle autorità nazionali di riferire alla Commissione in ordine all'applicazione delle direttive in tema di contratti pubblici, per consentire alle istituzioni comunitarie di confrontare le diverse ricezioni nazionali e quindi di saggiare l'effettività della normativa comunitaria⁶.

L'Eionet nacque invece come rete di osservatori nazionali legata all'Agenzia Europea per l'Ambiente (EEA), creata con il Regolamento del Consiglio 1210/90 per fornire alla Comunità e agli Stati Membri le informazioni scientifiche rilevanti in campo

⁵ Cfr. M. De Visser, *"Network based governance in EC Law: the example of EC competition Law"* (Oxford Hart Publishing 2009).

⁶ Le direttive a cui si fa riferimento sono la Direttiva 92/50 CEE e la Direttiva 93/50 CEE, entrambe dedicate al coordinamento delle procedure di aggiudicazione dei contratti pubblici.

ambientale. Il regolamento non distribuiva i compiti tra i vari attori del network, lasciando sostanzialmente il profilo organizzativo nelle mani dell'Agenzia.

Quest'ultima cominciò ad adottare Programmi annuali per stabilire gli obiettivi di raccolta e diffusione delle informazioni da parte del network; per quanto riguarda lo scambio delle informazioni, l'istituzionalizzazione era decisamente carente: i singoli membri della rete non erano in grado di interferire con l'operato altrui e mancava un coordinatore centrale in condizione di sincronizzare le loro azioni⁷.

L'approccio alla rete cominciò a cambiare con il nuovo millennio: i networks cominciarono ad essere sperimentati come strutture portanti attraverso le quali le regole comunitarie potessero essere formate e applicate. L'esempio più notevole e sotto certi aspetti ancora insuperato di questa nuova era del network è stato senza dubbio il Sistema Europeo delle Banche Centrali (SEBC), dotato di una solida base giuridica posta dal Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea e diventato operativo nel Gennaio 1999⁸. Il SEBC comprende la Banca Centrale Europea (BCE) con sede a Francoforte e le Banche Centrali Nazionali (BCN). Queste ultime sono contemporaneamente partecipanti della BCE e destinatarie degli indirizzi di questa, che attraverso i propri organi decisionali governa il Network. Il principale organo di

⁷ Cfr. ancora “ *Network based governance in EC law: the example of EC Competition Law*”, (Oxford Hart Publishing 2009).

⁸ I compiti basilari del SEBC sono individuati nell'art. 105(2) TFUE e nell'art. 3 dello Statuto SEBC. Le altre regole sul funzionamento sono contenute nello Statuto.

governo della BCE è il Consiglio, formato dai governatori delle Banche centrali in area Euro e dal Comitato esecutivo, composto dal Governatore della Banca Centrale e da quattro membri. Il Consiglio adotta regolamenti, linee guida e decisioni per l'adempimento dei compiti del sistema, formulando la politica monetaria dell'UE.

In particolare, secondo quanto disposto dalla Decisione 2004/257/CE e dall'art. 34(2) dello Statuto SEBC, gli atti adottati dal Consiglio hanno la stessa efficacia legale degli atti adottati dalle istituzioni comunitarie secondo le normali procedure legislative. In modo ancora più pregnante, l'art. 237 TCE e l'art. 35(6) dello statuto attribuiscono al Consiglio il potere di convenire di fronte alla Corte di Giustizia la Banca Centrale Nazionale che non segua le istruzioni impartite, previa diffida ad adottare le misure indicate. La Banca Nazionale che abbia omesso di seguire le indicazioni del Comitato Esecutivo è tenuta a conformarsi al giudizio della Corte di Giustizia ma non può essere multata per la propria omissione.

Gli elementi descritti forniscono lo spunto per due osservazioni: da un lato, essi permettono di rilevare la maturità organizzativa raggiunta dal network nella declinazione offerta dal SEBC; dall'altro, essi consentono di rilevare come la rete non sia perfettamente acefala secondo lo schema tracciato negli studi politici, data l'incisività del ruolo assunto dalla BCE, ferma restando comunque la natura strettamente non entificata del network.

Come è stato osservato, il SEBC non può infatti dirsi una sovrastruttura creata *ex nihilo* e posta al di sopra delle banche

nazionali, tenute ad obbedire ai suoi ordini, quanto più precisamente “un network generato dalle banche stesse, avente il proprio nodo di coordinamento a Francoforte”⁹.

La rete europea delle banche centrali ha una funzione prettamente regolatoria: un ulteriore passo avanti nello sviluppo del network si è verificato con l'introduzione del suo uso nell'amministrazione pura del diritto comunitario, inducendo parte della dottrina a considerarlo addirittura lo strumento privilegiato di governance europea per la sua duttilità nello gestire realtà complesse¹⁰. Paradigma di questa nuova forma di utilizzo della rete è proprio l'European Competition Network: auspicato dal Regolamento 1/2003 sull'applicazione parallela e decentrata del diritto comunitario di concorrenza e disciplinato dalla Nota della Commissione C101/43¹¹, l'ECN consiste in una serie di meccanismi che coordinano l'azione delle

⁹ “*Comment organiser en réseau le système administratif communautaire*”, Séminaire du réseau Europe 2020, Bonn, 1999.

¹⁰ Il termine governance è qui usato nella sua definizione puramente funzionale fornita dall'Oxford English Dictionary, che lo descrive come “azione, modalità o funzione del governare, intendendo con governare l'esercizio del potere”. Ci si vuole quindi riferire ad un esercizio in senso ampio, comprensivo della fase legislativa in tutta la sua complessità fino a quella amministrativa che qui interessa in maniera particolare e che si trova ad avere oggetto le complesse costellazioni politiche ed economiche post moderne, sfuggite alle maglie delle tradizionali forme di governo sperimentate a livello nazionale: M. de Visser, *Network-based governance in EC Law: the example of EC Competition Law* (Oxford Hart publishing, 2009), pagg. 32-35.

¹¹ Il Regolamento 1/2003 si limita a caldeggiare la rete di autorità di concorrenza, menzionandola in alcune disposizioni, ad esempio negli articoli 15-16-18 e 22. La disciplina della rete è in realtà articolata in più note della Commissione: la citata Nota sulla cooperazione all'interno del network di autorità di concorrenza C101/43 è dedicata all'aspetto organizzativo del sistema decentrato ed è collegata con la cd. Network Courts, C101/54 sul ruolo delle corti nazionali dopo la riforma. I più importanti aspetti sostanziali della disciplina sono invece contenuti nella Nota sul concetto di effetto sul commercio intercomunitario C101/81 e nella Nota sull'applicazione dell'art 81(3) TCE, C 101/97.

ANC tra loro e su un piano più sviluppato, corroborato da previsioni che profilano una relazione almeno di sovraordinazione, tra le ANC e la Commissione¹².

L'ECN ha due obiettivi: in primo luogo, esso si propone di assicurare la consistenza nell'applicazione degli articoli 81 e 82 TCE evitando la sovrapposizione dei procedimenti nel rispetto del principio generale del *ne bis in idem*, dando così luogo ad un'interazione basata sui casi concreti. In secondo luogo, esso mira a configurare una politica di attuazione condivisa, affrontando i problemi rilevati nella pratica dalle autorità dei singoli Stati Membri mediante gruppi di lavoro che si occupano di elaborare soluzioni e modelli comuni¹³.

Alla luce di quanto osservato fin qui sulla natura dei networks, l'ECN potrebbe essere descritto, forse più ancora che come cornice della cooperazione nel sistema decentrato, come un fascio di meccanismi cooperativi intercorrenti tra gli organismi di concorrenza, avente il proprio centro nel quid normativo che informa tali relazioni e nel ruolo sincronizzatore della Commissione.

2. I meccanismi di coordinamento nella decisione dei casi concreti.

Il primo obiettivo dell'ECN è quello di facilitare il

¹² Si allude qui in particolare al poter di avocazione della Commissione già accennato nel Cap. 1. Una disamina più puntuale dei rapporti tra le ACN e tra queste e la Commissione sarà oggetto del prosieguo del Cap. 2.

¹³ Un risultato importante di questo secondo tipo di cooperazione è il Modello sui Programmi di Clemenza, che è trattato nel terzo paragrafo di questo capitolo.

coordinamento tra le autorità di concorrenza degli Stati membri nel corso dei procedimenti di decisione dei singoli casi. Il problema che concretamente si pone è legato alla crescente diffusione di operazioni di cartello e di abuso di posizione dominante che coinvolgono le imprese di diversi stati del Mercato Unico, integrando delle fattispecie astrattamente rientranti nell'ambito di diverse giurisdizioni; un problema acuito dal fatto che gli articoli 81 e 82 del Trattato trovano applicazione solo quando ci sia un effetto sul commercio tra gli Stati Membri, rendendo l'individuazione della giurisdizione un tema fondamentale della pratica antitrust.

Per evitare una moltiplicazione di procedimenti che potrebbe portare all'adozione di decisioni contrastanti dello stesso caso, il Regolamento 1/2003 e la Network Notice prevedono tre strumenti fondamentali:

- Allocazione del caso all'Autorità meglio posizionata;
- Scambio di informazioni e assistenza amministrativa tra autorità nel corso del procedimento;
- Consultazione prima della decisione finale¹⁴.

Per quanto riguarda il primo strumento di coordinamento, l'allocazione del caso alla singola autorità meglio posizionata per deciderlo, si può anticipare che il Regolamento 1/2003 non esclude comunque a priori che diverse ANC possano condurre dei

¹⁴ Per un commento critico dei processi di coordinamenti ECN in ordine ai casi concreti, cfr. in generale S. Brammer, *Cooperation between National Competition Agencies in the enforcement of EC Competition Law*, Oxford Hart Publishing 2009.

procedimenti paralleli¹⁵. La permanente possibilità di procedimenti paralleli solleva una serie di problemi, in particolare la compatibilità della possibile irrogazione di sanzioni multiple da parte di più autorità al medesimo soggetto, in ordine al medesimo fatto, con il principio del *ne bis in idem*¹⁶.

2.1. L'allocazione del caso.

Idealmente, il procedimento di allocazione più efficace sarebbe stato quello di attribuire la giurisdizione di un caso ad una singola autorità o alla Commissione sulla base di precise fattispecie astratte. Ciò determinerebbe la giurisdizione esclusiva di ciascuna autorità di concorrenza in ordine a delle materie predeterminate. Appare subito evidente, tuttavia, che la vocazione transazionale della concorrenza in un mercato aperto, addirittura in un mercato unico quale quello europeo, non permette di realizzare questo regime di competenze esclusive, dati i legami che i casi tipicamente hanno con diversi paesi. In sede di riforma del Regolamento 17/1962 non è stato nemmeno adottato un regime di competenze esclusive che separa il livello nazionale da quello comunitario, come è avvenuto invece con la disciplina sul controllo delle concentrazioni: il principio della giurisdizione concorrente ha prevalso sia a livello orizzontale, tra le ANC, sia a livello verticale, tra queste e la Commissione.

L'unica regola sulla giurisdizione contenuta nel Regolamento

¹⁵ Il termine “paralleli” è usato in senso ampio, includendo sia i procedimenti sul medesimo caso che si svolgono simultaneamente, sia i procedimenti sul medesimo caso che si svolgono in successione.

¹⁶ S. Brammer, *Cooperation between National Competition Agencies in the enforcement of EC Competition Law*, Oxford Hart Publishing 2009.

1/2003 è posta dall'art. 11(6), che prevede che le ANC sono private della competenza nel momento in cui la Commissione inizia un procedimento ai sensi dell'art. 81 o 82 TCE. Ad esempio, l'intervento antitrust nei confronti di Google ha visto coinvolte, con tempistiche volutamente differenziate, sia l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, che nel corso del 2010 ha concluso un procedimento avente ad oggetto le condotte dell'operatore relative alle attività di indicizzazione e visualizzazione di contenuti giornalistici e di intermediazione nella vendita di spazi pubblicitari, sia la Commissione, che nel dicembre 2010 ha avviato una procedura avente ad oggetto possibili condotte escludenti di Google nei mercati dei motori di ricerca e della pubblicità on line¹⁷.

La previsione, come si è osservato, previene soltanto la possibilità di procedimenti paralleli a livello verticale: il Regolamento non detta una regola analoga a livello orizzontale e quindi non esclude in radice l'investigazione parallela dello stesso caso da parte di più ANC. Una norma che si presta a raggiungere questo scopo potrebbe secondo alcuni desumersi dall'art. 13, che consente alle ANC (e alla Commissione) di sospendere un procedimento iniziato d'ufficio o di rigettare una denuncia sulla base della mera circostanza che un'altra ANC o la Commissione si stia occupando del caso. Tuttavia l'art. 13 trova applicazione solo dopo che diverse autorità sono state investite della fattispecie e quindi non costituisce, a rigore, un criterio di allocazione. Inoltre la norma non configura un obbligo di rigetto/sospensione in capo

¹⁷ Relazione annuale dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato 2011.

all'autorità adita, limitandosi ad attribuirle la facoltà di non duplicare un procedimento già aperto in altra sede. Pertanto essa appare lungi dal poter essere definita uno strumento risolutivo del problema.

Le ragioni che hanno indotto il legislatore comunitario a non dettare norme sulla giurisdizione nel regolamento possono essere individuate nella opinione, sostenuta ripetutamente della Commissione, che il procedimento di allocazione non dovrebbe costituire un processo rigidamente meccanico, e che al contrario le soluzioni flessibili andrebbero incoraggiate. Del resto, la Commissione appare condivisibilmente poco propensa ad accettare regole vincolanti che escludano a priori certi casi dall'ambito della sua giurisdizione. Per questo la Commissione ha preferito includere i criteri di allocazione in un documento di *soft law* come la Network Notice. Le regole ivi contenute si basano su due principi: la preferenza per la gestione del caso da parte di una singola autorità (che ricalca peraltro l'auspicio dell'art. 18 Reg. 1/2003), e la preferenza per la permanente gestione del procedimento da parte dell'Autorità che lo ha iniziato, d'ufficio o in seguito a denuncia. Le regole contenute nella note riguardano quindi più la riallocazione del caso che la sua originaria attribuzione e la stessa riallocazione deve essere considerata eccezionale, imponendosi ad esempio quando la denuncia è stata rivolta all'autorità palesemente incompetente o quando i fatti noti all'inizio del procedimento cambiano nel corso dell'investigazione condotta dall'autorità procedente.

Ciò premesso, il criterio di (ri)allocazione individuato nella

Network Notice attribuisce il caso all’Autorità “meglio posizionata” per risolverlo. L’approccio seguito dalla nota per l’individuazione dell’autorità meglio posizionata è pragmatico, ritenendo decisiva la prossimità geografica ai fatti rilevanti e alle prove. In particolare, un’Autorità si considera meglio posizionata per la gestione del caso quando:

- l’accordo o la condotta in esame ha effetti diretti (attuali o prevedibili) nel suo territorio;
- L’ANC è in grado di fare effettivamente cessare la violazione, i.e. ha giurisdizione per vietare l’accordo o comportamento e, ove necessario, applicare le sanzioni adeguate;
- L’ANC è in grado di raccogliere le prove, da sola o con l’assistenza amministrative di altre Autorità.

Se i requisiti predetti sono soddisfatti, l’Autorità procedente è verosimilmente nelle condizioni di concludere il procedimento da sola, posto che i criteri previsti, e in particolare il primo, assicurano che la giurisdizione sia asserita solo su casi che abbiano un effettivo nesso con lo Stato Membro ove ha sede l’Autorità procedente.

La situazione è più complessa quando i fatti rilevanti eccedono il territorio di un singolo Stato, di modo che il caso ha dei legami con più Stati, come frequentemente avviene. Si pensi ad esempio ad un cartello che coinvolge imprese aventi le loro sedi legali in diversi Paesi, che arrechi pregiudizio ai consumatori di diversi Paesi e che di conseguenza richieda una raccolta di prove che implica una ricerca in più Stati. In ipotesi come questa si profilano tre soluzioni.

1. Se gli Stati interessati sono due o tre, l’azione di una sola ANC

potrebbe essere comunque sufficiente a far cessare la violazione delle regole di concorrenza. Si pensi qui al caso in cui le compagnie coinvolte abbiano la sede legale in uno stesso Stato, ma siano attive anche in uno o due altri Stati Membri. In questo caso l'Autorità dello Stato in cui le imprese sono legalmente domiciliate è di solito nella posizione di far cessare la condotta illegale; per la raccolta di prove collocate negli altri Stati può essere sufficiente lo strumento dell'assistenza amministrativa richiesta alle autorità consorelle delle altre giurisdizioni ai sensi dell'art. 22(1) Reg. 1/2003.

2. Se invece una singola Autorità non è in grado di far cessare la violazione, due o anche tre ANC possono agire parallelamente, anche se una di esse dovrebbe preferibilmente essere designata come autorità leader per il caso. Un'ipotesi del genere può verificarsi quando le imprese coinvolte hanno le rispettive sedi legali in Stati diversi. Le autorità che perseguono il medesimo accordo in parallelo devono naturalmente mantenersi in stretto contatto attraverso uno scambio costante di informazioni per coordinare al meglio la loro azione, ad esempio nel caso in cui occorra ricorrere ad ispezioni a sorpresa nei locali delle imprese interessate, la segretezza e tempistica essendo essenziali per il buon esito dell'operazione.
3. Infine, se l'accordo ha dimensioni tali da pregiudicare la concorrenza in più di tre Stati, la Commissione si considera particolarmente qualificata per gestire il caso. La Commissione si considera ancora meglio posizionata quando un caso riveste un particolare interesse comunitario, ad esempio quando esso

solleva nuove questioni concorrenziali che richiedono l'intervento della Commissione per porre un precedente. L'ultimo criterio dettato sembra configurarsi come un criterio residuale, idoneo a ricoprire le situazioni non sussumibili sotto altre fattispecie.

L'efficienza del Network richiede un processo di (ri)allocazione snello e veloce, che non rallenti le investigazioni in corso. Il Joint Statement menziona un lasso di tempo indicativo di tre mesi, che decorrono dal momento in cui la prima informazione rilevante è condivisa con il Network, trascorsi i quali l'allocazione dovrebbe dirsi definitivamente effettuata.

In particolare, nei due mesi successivi alla comunicazione predetta, il caso dovrebbe essere allocato secondo i criteri previsti dalla Nota; nel mese successivo la riallocazione dovrebbe essere disposta solo nel caso in cui i fatti rilevanti noti cambino materialmente nel corso dell'investigazione condotta dall'Autorità inizialmente procedente, rivelandola come inidonea a perseguire la violazione.

Trascorsi i due mesi iniziali, in principio, la stessa Commissione non dovrebbe ritoccare l'allocazione del caso. Tuttavia l'art. 54 del Reg. 1/2003 individua una serie di ipotesi in cui la Commissione può avocare il procedimento anche dopo che il periodo iniziale di due mesi è spirato¹⁸.

L'individuazione dell'Autorità dotata di giurisdizione in ordine al singolo caso richiede, come si è accennato, l'attivazione di un

¹⁸ I casi enumerati dall'art. 54 sono elencati nel Cap. 1 a proposito dei poteri della Commissione nel sistema decentrato.

flusso di informazioni all'interno del Network. L'art. 11(3) del Regolamento 1/2003 obbliga le ANC a riferire l'apertura di nuovi procedimenti soltanto alla Commissione. E' peraltro opinione generalmente condivisa che un efficiente processo di allocazione richieda che tutti i membri della rete siano a conoscenza dei nuovi casi. Il paragrafo 17 della Nota stabilisce così che le informazioni sui nuovi procedimenti dovrebbero essere fornite alle ANC e alla Commissione. Nella pratica, l'informazione fornita alla Commissione ai sensi dell'art. 11(3) del Regolamento viene simultaneamente condivisa da questa con gli altri membri via Internet, risultando accessibile a tutta la rete.

L'informazione così diffusa deve rendere possibile a ciascuna ANC di identificare prontamente il caso, per verificare se lo stesso sia già oggetto di un proprio procedimento attivato d'ufficio o sia oggetto di una denuncia ricevuta. Per questa ragione essa deve contenere gli elementi essenziali del caso, che includono il nome e la sede delle imprese coinvolte, i prodotti cui l'accordo o pratica illegale si riferisce, il territorio potenzialmente interessato, il tipo di violazione sospettata e la sua durata e, nei procedimenti attivati dietro istanza, i nomi dei denunciatori. Allo stesso tempo, l'informazione fornita deve essere facilmente accessibile, obiettivo che viene raggiunto ricorrendo a una forma standardizzata.

Per quanto riguarda i termini, l'art. 11(3) del Regolamento prevede che i nuovi procedimenti siano notificati alla Commissione "prima o immediatamente dopo il compimento della prima misura d'investigazione formale". Ora, la nozione di investigazione formale non è intesa in modo univoco, data la permanente

differenza procedurale tra le ANC. Nel paragrafo 17 della Network Notice, la Commissione cerca di chiarire la nozione facendo riferimento alle misure che essa stessa può adottare sulla base del Reg. 1/2003, segnatamente la richiesta formale di informazioni e le ispezioni dei locali delle imprese. Malgrado i tentativi di chiarimento fatti dalla Commissione, sembra che le autorità conservino una certa discrezione nella scelta del momento del rapporto, ferma l'esigenza di una informazione tempestiva anche nell'interesse delle parti soggette all'investigazione. Inoltre, per prassi consolidata, la rete viene informata prima dell'adozione della misura mentre una notifica successiva alla misura investigativa deve essere giustificata dalle particolari circostanze del caso, ad esempio la necessità di tutelare il segreto prima di un'ispezione a sorpresa.

Le informazioni vengono scambiate via Internet. Poiché le informazioni trasmesse contengono spesso dati riservati, è essenziale che vengano usate solo linee sicure. In particolare assume cruciale importanza il fatto che i dati non siano accessibili a soggetti esterni alla rete. Per prevenire la fuga di informazioni, il Network usa un sistema informatico apposito, l'ECMS (Electronic Case Management System), che è protetto dagli accessi non autorizzati. Ogni autorità prevede poi un diritto d'accesso limitato alle proprie strutture informatiche, riservandolo solo ai responsabili del caso e al personale autorizzato. Inoltre i dati confidenziali non vengono trasmessi mediante l'ECMS, bensì ricorrendo ad e-mail criptate.

La prerogativa dei membri della rete di scambiarsi informazioni

confidenziali è prevista dall'art. 12(1) del Reg. 1/2003. Allo stesso tempo, però, l'art. 28 obbliga i funzionari della Commissione e delle ANC a non diffondere all'esterno l'informazione condivisa all'interno del Network che sia coperta dal segreto professionale. Individuato dall'art. 287 TCE, il "segreto professionale" è un concetto di autonoma rilevanza comunitaria e deve essere perciò interpretato uniformemente. Il Tribunale di primo grado ha statuito che, anche se l'art. 287 TCE si riferisce specificamente ai dati raccolti dalle imprese, mirando quindi in primo luogo a difendere i legittimi interessi di queste, come la protezione dei segreti commerciali, l'informazione coperta da segreto professionale include anche altri tipi di dati confidenziali, ad esempio quelli la cui divulgazione potrebbe ledere gli interessi privati dei difensori, dei denunciati o di altre soggetti coinvolti nel procedimento. In particolare la Corte di Giustizia, nella sentenza *Adams contro Commissione*, ha specificato che deve sempre considerarsi coperta dal segreto professionale l'informazione concernente l'identità dei privati che abbiano richiesto di mantenere il dato confidenziale. Gli interessi coperti dal segreto professionale non sono peraltro soltanto interessi privati, includendo anche l'interesse pubblico dell'Autorità procedente al successo della sua investigazione.

L'allocazione del procedimento ad un determinato organismo di concorrenza ha importanti conseguenze per le imprese interessate: in termini procedurali, la differenza tra le singole autorità può comportare una sensibile variazione nella tutela riservata ai diritti di difesa, soprattutto negli Stati Membri che, configurando le violazioni delle regole di concorrenza anche come reato, assicurano

alle imprese coinvolte una tutela del diritto di difesa molto più articolata rispetto a quella garantita in altri paesi, spesso addirittura di carattere processuale¹⁹.

Anche la discrepanza dei programmi di clemenza ha importanti ripercussioni sulle compagnie coinvolte, che in alcuni Paesi beneficiano dell'immunità se segnalano il cartello, in altri solo di una riduzione della sanzione pecuniaria che le ANC possono irrogare. Un problema strettamente legato ai programmi di clemenza è poi determinato dalla circostanza che, dato il flusso di informazioni tra i membri della rete, è possibile che un'autorità consorella di quella che ha accolto la segnalazione di un partecipante al cartello sulla base del proprio programma di clemenza se ne serva per perseguire a sua volta l'accordo, essendo però dotata di un programma meno favorevole di quello della prima autorità o addirittura essendone sprovvista²⁰.

¹⁹ In Estonia, ad esempio, le operazioni di cartello sono perseguite dalla legge penale e le persone giuridiche sono considerate penalmente responsabili; in Irlanda le sanzioni penali, sia per le imprese che per gli individui, sono perfino l'unico tipo di sanzioni previsto per la violazione degli articoli 81 e 82 TCE e quindi anche le multe comminate alle imprese hanno carattere di sanzione penale. Pene per gli individui coinvolti nelle operazioni di cartello, ad esempio per gli amministratori delle società, sono invece previste, fra gli altri, in Spagna, Francia, Paesi Bassi, Germania e Regno Unito: P. M. Roth and V. Rose (eds) *“European Community Law of Competition”* (Oxford, Oxford University Press, 2008).

²⁰ Per risolvere i problemi legati alla divergenza dei programmi di clemenza, che si sono statisticamente rivelati lo strumento più utile per combattere i cartelli, l'art. 39 della Network Notice proibisce all'Autorità che abbia ricevuto informazioni relative ad operazioni di cartello da un'altra ANC, che le abbia a sua volta ricevute nell'ambito del proprio programma di clemenza, di utilizzarle come base per aprire un'investigazione per proprio conto. Poiché la Nota è uno strumento di *soft law*, dunque non giuridicamente vincolante, la Commissione ha chiesto alle ANC di impegnarsi formalmente a rispettare queste regole. Peraltro la Nota stabilisce espressamente che il divieto non impedisce alle ANC di aprire un procedimento sulla base di informazioni

Alla luce di questi problemi, il congegno di allocazione previsto dalla Nota presta il fianco a diverse critiche, rimettendo sostanzialmente l'allocazione ad una consultazione tra le autorità che non prevede la partecipazione degli altri soggetti coinvolti nel procedimento. Non sono inoltre poste regole per risolvere i conflitti di giurisdizione e l'errata allocazione del caso ad un'autorità sprovvista di giurisdizione non è autonomamente impugnabile, dovendo essere impugnata congiuntamente alla decisione del caso²¹.

2.2. La nuova condivisione di competenze del Regolamento 1/2003.

L'articolo 12(1) del Regolamento 1/2003 consente alle ANC e alla Commissione di scambiarsi ogni elemento di fatto e di diritto, incluse le informazioni confidenziali, e di utilizzarli come prove nei procedimenti volti a garantire il rispetto degli articoli 81 e 82 del Trattato; l'articolo 22 permette alle ANC di condurre ispezioni nel proprio territorio su richiesta e per conto di un'altra ANC. Le disposizioni in esame costituiscono la cornice giuridica

provenienti da altre fonti. Per eliminare gli inconvenienti legati alla diversità dei programmi di clemenza, l'ECN ha anche elaborato un Modello Comune sui Programmi di Clemenza, per il quale si rinvia al paragrafo 3 di questo capitolo.

²¹ La Corte di Giustizia ha rilevato che l'allocazione del caso è un processo di consultazione informale basato sull'accordo tra i membri della rete che il caso sarà gestito da una determinata autorità; esso non termina con un provvedimento di allocazione formale, anche nel caso di avocazione del procedimento da parte della Commissione. L'allocazione va dunque considerata una misura preparatoria all'interno di un procedimento scandito in più fasi, inidonea a ledere interessi di soggetti esterni. La giurisdizione dell'ANC può essere quindi messa in discussione solo impugnando la decisione finale: Corte di Giustizia, Sent. *IBM v Commission*, C 60/81.

dell'assistenza amministrativa tra i membri della rete nel corso del procedimento e rappresentano una condizione necessaria per l'efficace funzionamento del sistema decentrato, in particolare per l'effettività di quella regola di preferenza per la gestione del caso da parte di una singola autorità che costituisce il cuore del sistema. Infatti questo tipo di gestione è possibile solo se la singola ANC è messa nelle condizioni di accedere a prove e dati rilevanti che si trovano parzialmente al di fuori del proprio ambito territoriale di giurisdizione.

Gli articoli 12(1) e 22(1) del regolamento pongono come regola generale del sistema la libera circolazione delle informazioni all'interno della rete.

Più in particolare, l'art. 12(1) attribuisce alla Commissione e alle ANC il potere di trasmettere ogni tipo di informazione raccolta al fine di applicare le regole di concorrenza comunitarie, inclusa l'informazione confidenziale. Il diritto di trasferire le informazioni ammette questa stessa modalità di circolazione dei dati sia dalla Commissione alle ANC che tra alle ANC, configurandosi probabilmente come l'unica previsione del Regolamento 1/2003 che pone sullo stesso piano la dimensione verticale e quella orizzontale della cooperazione. In secondo luogo, l'art. 12 permette ai membri della rete di utilizzare come prova l'informazione così scambiata, ancorché si tratti di informazione confidenziale.

Il Regolamento 1/2003 segna così il superamento dell'orientamento della Corte di Giustizia nel caso *Spanish Banks*, che precludeva alle ANC l'uso probatorio dell'informazione confidenziale ricevuta dalla Commissione e la sua condivisione

all'interno del Network.

L'art. 22(1) permette di trasmettere e utilizzare ai sensi dell'art. 12(1) del Regolamento l'informazione che un'ANC abbia raccolto nel corso di un'ispezione o di un'altra misura di indagine svolta su richiesta e per conto di un'autorità consorella, dilatando così l'ambito di applicazione dell'art. 12(1). Nel contesto cooperativo è importante tenere presente che l'Autorità mittente deve agire concordemente ai propri poteri di indagine: quando all'autorità mittente viene richiesto di dimostrare un certo *fumus commissi delicti* per poter procedere ad ispezioni di locali di imprese, l'autorità richiedente deve fornire gli elementi richiesti secondo gli standards previsti nello Stato Membro in cui l'ispezione deve essere condotta: il fatto che nello Stato della richiedente si applichino criteri meno restrittivi non è rilevante. Analogamente è la legge applicabile nello Stato membro in cui la perquisizione deve essere svolta a determinare l'eventuale necessità di un mandato. Ancora, è importante considerare che il Regolamento 1/2003 non obbliga l'autorità cui sia stata avanzata la richiesta di assistenza amministrativa da parte di un altro membro della rete a fornirla, rendendo legittimo il declino della richiesta. Ancora una volta, l'effettività del coordinamento viene lasciato nella discrezionalità e dunque nella disponibilità delle ANC.

Il principio per cui ogni elemento di fatto o di diritto, di natura confidenziale o meno, può circolare liberamente all'interno della rete ed essere utilizzato come prova sia dalla Commissione che dalle ANC nell'applicazione degli articoli 81 e 82 TCE, è temperato dalla necessità di garantire un adeguato livello di tutela alle

compagnie coinvolte. Per questo motivo, l'art. 12(2) e (3) limitano l'uso probatorio dell'informazione circolante all'interno del Network:

- All'applicazione del diritto di concorrenza;
- All'ambito definito dall'ANC che ha raccolto l'informazione;
- All'uso fattone da un'autorità che predispose un livello di tutela equivalente a quello dell'autorità che ha raccolto e trasmesso il materiale.

Per quanto riguarda il primo aspetto, l'art. 12(2) prima parte stabilisce che l'informazione circolante nel network deve essere utilizzata come prova soltanto al fine di applicare gli articoli 81 e 82 TCE: è pertanto escluso il suo uso tanto nell'ambito della disciplina delle concentrazioni, che non è collocata nel Trattato, quanto nelle applicazione delle regole nazionali di concorrenza che non ricalchino le disposizioni comunitarie predette. Ciò potrebbe avvenire nel caso in cui l'autorità di concorrenza di uno Stato Membro si veda affidata l'implementazione di altre regole nazionali di concorrenza, ad esempio, come avviene in Italia, in tema di tutela dei consumatori e di pubblicità ingannevole.

La seconda parte del paragrafo in esame circoscrive l'uso probatorio dei dati ai procedimenti in cui il diritto nazionale di concorrenza è applicato parallelamente agli articoli 81 e 82 TCE. Si pensi all'ipotesi di una violazione che sia inizialmente perseguita ai sensi degli articoli 81 e 82 e delle disposizioni nazionali parallele e che sia successivamente perseguita solo in base a queste ultime perché si è accertata la mancanza di pregiudizio per il commercio

intercomunitario: in una simile situazione, l'informazione ottenuta via Network può essere utilizzata solo per giustificare l'apertura del procedimento nazionale ma non può essere utilizzata per provare, perlomeno non direttamente, la violazione del diritto nazionale di concorrenza, concordemente alla dottrina elaborata dalla Corte di Giustizia nel caso *Spanish Banks*. L'art. 12(2) seconda parte precisa poi che l'uso probatorio dei dati è ulteriormente limitato ai procedimenti in cui il diritto nazionale, oltre ad essere applicato parallelamente alle regole comunitarie, conduca ad uno stesso esito. La precisazione è importante per quanto riguarda le condotte unilaterali ex art. 82 TCE, dato che l'art. 3(2) del Regolamento permette alle ANC di applicare regole nazionali più severe, reprimendo condotte che non sono proibite dall'art. 82: in questo caso, l'ANC non può però usare come prova l'informazione acquisita via Network. Per quanto riguarda invece la repressione dei cartelli ex art. 81 TCE, l'art. 12(2) non ha alcun significato addizionale, posto che l'art. 3(2) del Regolamento non permette alle ANC di applicare ai cartelli regole nazionali che conducano ad un esito diverso dalle previsioni comunitarie, siano esse più restrittive o più favorevoli agli accordi.

Il secondo limite all'uso probatorio dell'informazione circolante nella rete attiene all'ambito di indagine definito dall'ANC che ha raccolto i dati: le informazioni raccolte da un'ANC per indagare su un accordo tra determinate compagnie, in un certo mercato geografico, riguardante certi prodotti, non possono essere usate come prove dalle altre autorità per reprimere violazioni concernenti altre imprese e altri settori di mercato, o anche i medesimi settori di

mercato ma compagnie diverse²². L'ambito di indagine viene normalmente definito nel provvedimento che ordina determinate misure investigative; in particolare, gli articoli 18 e seguenti del Regolamento 1/2003 obbligano la Commissione a specificare l'oggetto e lo scopo di una richiesta o di un'ispezione presso le imprese. La Corte di Giustizia ha specificato che si tratta di un obbligo preordinato alla fondamentale garanzia dei diritti di difesa²³ e dunque ragionevolmente estendibile alle ANC.

La Commissione e le ANC non incontrano comunque una preclusione assoluta nell'utilizzo dell'informazione scambiata nel Network al di fuori dell'ambito originariamente definito dall'autorità trasmittente: gli altri membri della rete possono infatti usare questa informazione come elemento circostanziale, ad esempio fondandosi su di essa per aprire un nuovo procedimento avente un ambito diverso. In questo caso i dati vengono usati in maniera puramente indicativa, senza poter assumere valore di prova; se verranno applicate delle sanzioni al termine del nuovo procedimento, la decisione potrà essere motivata solo sulla base delle prove raccolte nel corso di questo.

Il terzo limite è dato invece dalla necessaria equivalenza della tutela offerta dall'ANC trasmittente e l'ANC ricevente l'informazione via Network ai fini dell'uso probatorio dei dati condivisi. Come è noto, l'applicazione decentrata delle stesse regole di concorrenza sostanziali avviene secondo le regole procedurali dei

²² A meno che, naturalmente, l'ANC non abbia già raccolto personalmente l'informazione che nel frattempo è circolata nel Network.

²³ Corte di Giustizia in Joined Cases 46/87, par. 41.

diversi Stati Membri che non sono se non in minima parte armonizzate²⁴. Una divergenza procedurale particolarmente importante è legata alla criminalizzazione del diritto di concorrenza in alcuni Stati Membri dove, a fronte della possibilità di irrogare sanzioni penali alle persone fisiche coinvolte delle operazioni di cartello, sono previste garanzie procedurali di tenore processualistico, come il diritto al silenzio e il privilegio contro l'autoincriminazione, che risultano invece assenti nei Paesi caratterizzati da un diritto di concorrenza in tutto o in parte depenalizzato. E' sufficiente paragonare l'ordinamento comunitario (quindi la Commissione), che non prevede alcuna sanzione nei confronti delle persone fisiche, l'ordinamento tedesco, che prevede invece l'irrogazione di multe alle persone fisiche, e l'ordinamento inglese, che permette addirittura la pena carceraria per gli amministratori e i managers che risultino colpevoli della conclusione di accordi di cartello, per avvertire la gravità del problema²⁵.

Il Regolamento 1/2003, per evitare una distorsione degli ordinamenti dei singoli Stati, subordina l'uso probatorio dei dati circolanti nella rete al riscontro di due indici alternativi: la simmetria nelle sanzioni irrogabili o l'equivalenza delle tutele nella raccolta delle informazioni.

²⁴ C. Gauer, "Does the effectiveness of the Network of Competition Authorities require a certain degree of armonisation of national procedures and sanctions?" in Ehlerman-Atanasiu (eds) *European Competition Law Annual 2002: constructing the Network of Competition Authorities*, Oxford Hart Publishing, 2004.

²⁵ L'assunto posto alla base del sistema decentrato è invece la sostanziale equivalenza delle garanzie riservate alle imprese dai diversi Stati Membri.

Per quanto riguarda il primo criterio, l'art. 12(3) del Regolamento stabilisce che l'autorità ricevente l'informazione via Network possa usarla per provare una violazione solo se la sanzione che intende irrogare alle persone fisiche è simile a quelle previste dalla legge dell'autorità mittente. Il concetto di sanzioni simili non viene spiegato dal regolamento; una distinzione consolidata nella casistica è quella che vede opposte le sanzioni custodiali a quelle pecuniarie, indipendentemente dal fatto che queste ultime siano configurate come sanzioni amministrative o penali. Un'ulteriore distinzione oppone le sanzioni pecuniarie a quelle disciplinari quali la di squalifica professionale per gli amministratori o la sospensione di certi diritti civili, da parte della dottrina ritenute più simili alle misure custodiali. Ne consegue che, in base al criterio principe dettato dall'art. 12(3), l'ANC ricevente può applicare sanzioni pecuniarie alle persone fisiche sulla base dell'informazione scambiata, che viene quindi usata come prova, solo se l'autorità mittente può fare altrettanto e lo stesso vale qualora l'autorità ricevente intenda applicare misure disciplinari o custodiali.

Se il criterio della simmetria delle sanzioni non risulta soddisfatto, l'uso probatorio delle informazioni ricevute non risulta ancora precluso, soccorrendo il secondo indice dettato dall'art. 12(3), che lo consente purché l'autorità mittente abbia raccolto i dati accordando lo stesso livello di protezione dei diritti di difesa delle persone fisiche che viene accordato dall'autorità ricevente. La regola in esame non si applica però per le misure custodiali, che possono essere irrogate dall'autorità ricevente sulla base delle prove ottenute tramite la rete solo sulla base del primo criterio e dunque

della simmetria sanzionatoria con l'autorità mittente.

La nozione di “stesso livello di protezione” è vago e ancora una volta non viene chiarito dalla norma; il tenore letterale del paragrafo sembra suggerire che si tratti di un indice da valutare facendo riferimento al caso concreto. Tuttavia una simile interpretazione pone dei gravi inconvenienti: essa obbligherebbe l'ANC ricevente a valutare la corretta applicazione da parte del mittente delle regole procedurali di quest'ultimo, regole che verosimilmente non le sono familiari. Inoltre essa consentirebbe all'ANC di utilizzare l'informazione ricevuta come prova contro le persone fisiche anche in caso di provenienza da un'ANC che in termini di legge accorda una protezione di livello inferiore, argomentando che il livello di protezione accordato era equivalente nel caso concreto. Sembra quindi che sia preferibile un'analisi astratta dei livelli di tutela predisposti, che paragoni le regole applicabili alla raccolta delle informazioni nei sistemi giuridici di riferimento, tenendo naturalmente conto del procedimento che viene seguito nel caso concreto. In Germania, ad esempio, le violazioni delle regole di concorrenza non costituiscono reato e vengono pertanto perseguite attraverso un normale procedimento amministrativo; tuttavia, quando l'autorità raccoglie informazioni nel contesto della procedura su una violazione per la quale intende irrogare una multa, deve farlo assicurando alle persone fisiche coinvolte le stesse garanzie previste dal codice di procedura penale tedesco per le persone che sono imputate di un fatto penalmente rilevante²⁶. Anche ammettendo una simile lettura permangono alcuni dubbi: nel

²⁶ R. Bechtold, *Kartellgesetz Kommentar*, (Munich, Verlag CH Beck, 2002).

caso dell'autorità di concorrenza tedesca, si potrebbe comunque dubitare che le garanzie procedurali previste nell'applicazione di sanzioni pecuniarie siano effettivamente paragonabili al sistema di garanzie offerte dall'ordinamento inglese, dove le violazioni delle regole di concorrenza rendono le persone fisiche imputabili di reati a fronte dei quali è prevista una pena detentiva.

Di fronte a questi problemi, c'è chi dubita che il secondo indice previsto dall'art. 12(3) sia di grande utilità pratica, tendendo quindi ad ancorare il limite alla sola simmetria delle sanzioni applicabili²⁷.

La possibilità offerta ai membri della rete di condividere informazioni confidenziali costituisce una assoluta novità, che rischia di compromettere la protezione dell'informazione confidenziale a causa della sua libera circolazione all'interno della rete. Per questo motivo la Commissione e le ANC sono obbligate a tutelare l'informazione confidenziale che abbiano acquisito attraverso la rete come l'avessero raccolta personalmente. La norma cardine nella protezione dei dati confidenziali è l'art. 287 TCE, che obbliga la Commissione a serbare il segreto professionale sull'informazione confidenziale raccolta non diffondendola al pubblico. Poiché la disposizione in esame vincola solo la Commissione, l'art. 28(2) del Regolamento 1/2003 dilata l'obbligo sia soggettivamente che oggettivamente, estendendolo sia alle autorità di concorrenza nazionali, sia all'informazione comunque circolante in base al regolamento e quindi non solo a quella raccolta e trasmessa dalla Commissione. La nozione di segreto professionale

²⁷ S. Brammer, *Cooperation between National Competition Agencies in the enforcement of European Competition Law* (Oxford Hart Publishing, 2009).

è un concetto di autonoma rilevanza comunitaria basato sull'art. 287 del Trattato e deve quindi essere interpretato e applicato uniformemente all'interno dell'UE; per evitare letture e di conseguenza applicazioni divergenti da parte dei membri della rete, il concetto viene chiarito dalla Nota della Commissione sull'accesso ai file e dalla giurisprudenza comunitaria.

La Nota della Commissione si riferisce essenzialmente delle imprese sotto investigazione che abbiano ricevuto un elenco di obiezioni da un organismo di concorrenza, distinguendo tra documenti accessibili e non accessibili: i secondi, limitatamente ai quali vige l'obbligo del segreto professionale dell'autorità, sono quelli contenenti i segreti commerciali dell'impresa e altri tipi di informazione confidenziale. Il Tribunale di Prima istanza, nel caso *Postbank*, ha descritto i segreti commerciali come:

*“le informazioni di cui non solo la diffusione al pubblico, bensì anche la trasmissione ad un soggetto diverso da quello che l'ha fornita, potrebbero seriamente ledere l'interesse di quest'ultimo.”*²⁸

Nella stessa sentenza, tuttavia, il Tribunale di Prima Istanza ha riconosciuto l'esistenza di dati commerciali che possono essere ritenuti confidenziali solo rispetto a determinati soggetti, potendo invece essere diffusi presso altri senza danni per l'impresa cui ineriscono: si pensi a dati commerciali che non possono essere comunicati ai concorrenti senza danni per l'impresa cui si riferiscono, ma dalla cui diffusione ai consumatori non può derivare alcun pregiudizio per l'impresa interessata. I dati commerciali possono così beneficiare di una protezione assoluta (segreti

²⁸ Caso T-353/94 *Postbank v. Commission*.

commerciali in senso proprio) o relativa, a seconda che la loro diffusione sia preclusa solo rispetto a determinati soggetti ovvero a qualunque soggetto diverso dall'impresa interessata.

Nella sentenza *Bank Austria* il Tribunale di prima Istanza ha poi espressamente riconosciuto che “la sfera dell'informazione coperta dal segreto professionale si estende oltre i segreti commerciali delle imprese”²⁹. La confidenzialità può essere richiesta dall'impresa per ogni tipo di informazione sensibile la cui diffusione potrebbe compromettere i propri interessi o quelli di una persona fisica coinvolta. In questo ambito rientrano in particolar i dati personali dei denunciati che desiderino restare anonimi e altre informazioni da cui si potrebbe risalire alla loro identità, ma anche altri documenti, come studi, statistiche e altri dati che l'impresa abbia acquisito esclusivamente per uso interno. La richiesta di mantenere l'informazione confidenziale deve essere espressa³⁰.

L'art. 27(2) del Regolamento 1/2003 include nell'informazione confidenziale coperta dall'obbligo del segreto professionale i documenti interni della Commissione e delle ANC quali bozze, memorie e, per espressa previsione della norma, la corrispondenza tra i membri della rete concernente il caso. In principio, il diritto degli organismi di concorrenza di rifiutare la diffusione all'esterno della propria documentazione interna è stato confermato con riferimento alle istituzioni comunitarie nel caso *Carlsen*, in cui il Tribunale di Prima Istanza osservava che la diffusione esterna di documenti interni della Commissione, segnatamente le opinioni

²⁹ Caso T-198/03, *Bank Austria Credit Anstalt v. Commission*.

³⁰ Nota sull'accesso ai files, par. 22.

scritte dei consulenti legali dell'istituzione, avrebbe potuto pregiudicare l'interesse pubblico al corretto funzionamento delle istituzioni comunitarie. Tuttavia, in un *obiter dictum*, il Presidente del Tribunale chiariva che la classificazione di un documento come interno non fosse sufficiente a qualificarlo come confidenziale, escludendolo dal pubblico accesso, suggerendo la necessità che l'istituzione dimostri, per ogni documento interno rispetto al quale venga richiesto l'accesso, per quale motivo la sua accessibilità potrebbe pregiudicare il proprio operato. Seguendo questo ragionamento, l'art. 27(2) del regolamento andrebbe interpretato in modo restrittivo, non valendo a escludere automaticamente dal pubblico accesso qualsiasi documento classificato come interno dall'autorità di concorrenza indipendentemente dal suo contenuto.

L'obbligo di segretezza professionale delle autorità di concorrenza rispetto alle informazioni confidenziali non integra un principio assoluto, soffrendo alcune deroghe importanti.

L'eccezione principale in tema di diffusione delle informazioni confidenziali è posta dall'art. 12(1) del Regolamento 1/2003, nel momento in cui stabilisce il libero flusso di informazioni, anche confidenziali, all'interno della rete; l'art. 27(2) del regolamento si applica infatti "senza pregiudizio" dell'art. 12 e questo significa che il segreto professionale non vige nelle relazioni tra i membri dell'ECN. D'altra parte, l'obbligo di segreto professionale rimane invece intatto rispetto a qualsiasi altra persona, fisica o giuridica, al di fuori del Network, incluse autorità nazionali come regolatori di settori e ministeri, ai quali l'informazione non potrebbe in principio

essere dischiusa³¹.

Un'altra eccezione rilevante è contenuta ancora nell'art. 27(2) del regolamento, nella parte in cui precisa che la Commissione può sempre dischiudere ogni informazione che sia necessaria a provare una violazione: in questo caso, infatti, l'interesse pubblico alla repressione delle violazioni delle regole di concorrenza prevale sull'interesse privato delle imprese alla protezione dei propri segreti commerciali o altri dati confidenziali. L'art. 28 della Network Notice reitera il principio, suggerendo che esso sia inerente al concetto stesso di obbligo di segreto professionale, rendendolo così applicabile anche alle ANC.

Infine, l'obbligo di segreto professionale è mitigato dalla necessità di garantire alle altre parti i diritti che sono loro conferiti dal Regolamento 1/2003 nei procedimenti davanti alla Commissione, in particolare il diritto ad essere sentiti. Tuttavia, occorre distinguere tra le compagnie soggette all'investigazione (segnatamente i loro difensori legali) e i terzi partecipanti al procedimento, che non sono nella stessa situazione procedurale³². Mentre i difensori delle imprese indagate hanno diritto di accesso all'intero file della Commissione sul caso, gli altri soggetti come i denunciatori o altre compagnie interessate ma non soggette ad

³¹ Il recepimento di questa regola negli ordinamenti nazionali è peraltro discutibile: in Germania, ad esempio, il segreto professionale rispetto all'informazione confidenziale è ribadito dalla legislazione nazionale nei rapporti tra l'autorità di concorrenza nazionale, il Bundeskartellamt, e la Banca Federale mentre non viene duplicato nelle relazioni Bundeskartellamt - regolatori settoriali, suscitando più di un dubbio sulla sua compatibilità con il diritto comunitario.

³² Corte di Giustizia Cee, casi riuniti 142-156/84 *Bat and Reynolds v Commission*.

investigazione godono di un accesso più limitato, rendendo necessaria una valutazione caso per caso del documento da ammettere al loro accesso, in cui venga bilanciato il legittimo interesse dell'impresa alla protezione dei propri segreti commerciali e altri dati confidenziali con il diritto delle altre parti di essere sentite e con il principio di buona amministrazione. I segreti commerciali, in virtù della particolare protezione che viene loro accordata, non sono mai comunicabili ai terzi, i.e. denunciati e altre compagnie non soggette ad investigazione³³.

Una disciplina particolare è infine predisposta per le informazioni di cui la Commissione o le ANC siano venute in possesso da un'impresa che abbia deciso di sottoporsi ad un programma di clemenza. Come si è più volte accennato, la libera circolazione di informazioni anche presso autorità che sono sprovviste di un programma di clemenza e quindi inclini a sanzionare l'impresa postulante rischia di disincentivare la confessione dei partecipanti al cartello. Per questa ragione il Regolamento 1/2003 stabilisce che l'informazione raccolta da un membro della rete nel contesto di un procedimento di clemenza possa essere trasmessa agli altri membri del Network a condizione che questi non ne facciano uso contro l'applicante, neanche come informazione circostanziale per giustificare l'apertura di un autonomo procedimento, derogando così alla regola generale che proibisce l'uso di informazioni confidenziali solo nella loro valenza probatoria.

Per quanto riguarda invece lo scambio di informazioni nel corso

³³ ECJ Caso 53/85 *Akzo v Commission*.

del procedimento, l'art. 12 stabilisce che l'informazione proveniente da un procedimento di clemenza può essere trasmessa ad altre autorità di concorrenza solo con il consenso dell'impresa postulante, consenso che la norma rende espressamente necessario anche per la trasmissione di informazioni che non siano state fornite dalla postulante, ma che siano state raccolte autonomamente dall'autorità procedente, purché nel contesto del programma di clemenza. Ci sono comunque due eccezioni al principio in esame. In primo luogo il consenso dell'impresa postulante non è necessario quando la stessa abbia adito sia l'autorità mittente che quella ricevente l'informazione per ottenere clemenza relativamente allo stesso accordo. Il consenso della postulante non è necessario nemmeno quando l'informazione venga trasmessa ad un'autorità che si sia impegnata a non utilizzare l'informazione ricevuta per sanzionare l'impresa postulante e tutti i soggetti che beneficino di un trattamento favorevole in applicazione del programma di clemenza della mittente. L'impegno deve essere dato per iscritto e deve includere una clausola che subordini l'ulteriore trasmissione dei dati ad altre autorità all'analogo impegno di queste ultime a non perseguire l'impresa postulante. In questo modo l'immunità viene di fatto trasmessa insieme all'informazione, venendo di fatto garantita anche negli Stati Membri sprovvisti di un programma di clemenza³⁴.

2.3. Consultazione prima della decisione finale.

Il terzo meccanismo cooperativo previsto dal Regolamento

³⁴ S. Brammer, *“Cooperation between National Competition Agencies in the enforcement of EC Competition Law”* (Oxford Hart Publishing 2009).

1/2003 è l'obbligo delle ANC di notificare alla Commissione la misura che intendono prendere almeno trenta giorni prima di adottare la decisione finale.

L'art. 11(4) del Regolamento impone un simile obbligo limitatamente a tre tipi di decisione: le decisioni di veto, le decisioni sugli impegni e le decisioni che concedono un'esenzione in blocco. Le decisioni con cui vengono concesse misure cautelari non sono invece coperte dall'obbligo di notifica: la *ratio* dell'esclusione è verosimilmente la temporaneità dei provvedimenti cautelari, che non accertano definitivamente la violazione delle regole di concorrenza, rendendo possibile la correzione di eventuali divergenze con l'orientamento maturato dalla Commissione o con la giurisprudenza consolidata della Corte di Giustizia in sede di notifica della decisione finale. Più stranamente, l'art. 11 non fa obbligo di notificare alla Commissione i provvedimenti con cui sono irrogate multe alle imprese. Nella prassi il problema appare ridimensionato perché la sanzione pecuniaria che colpisce un determinato accordo si trova di solito inglobata nella decisione di veto che deve essere notificata ai sensi dell'art. 11(4); tuttavia, qualora l'autorità applichi la multa con un provvedimento formalmente separato dalla decisione di veto, stando alla lettera dell'art. 11 non ci sarebbe alcun obbligo di notifica della sanzione, che pure la Commissione potrebbe avere interesse a monitorare, accertandone l'opportunità o la congruità dell'ammontare. Il problema in questo caso è in parte risolvibile facendo riferimento all'art. 48 della Network Notice che, nell'elencare i provvedimenti esplicitamente non rientranti nell'obbligo di notifica ex art. 11 del

Regolamento, non menziona le decisioni sulle multe, e con la libertà delle autorità garanti di sottoporre volontariamente la decisione sulla multa alla Commissione. Resta peraltro fermo che nessun obbligo giuridico impone alle ANC di notificare queste decisioni, non essendovene traccia nel regolamento che è l'unico strumento vincolante le autorità, diversamente dalla Nota della Commissione.

La disciplina delle multe è stata recentemente spiegata dalla dottrina argomentando sulla necessità del legislatore comunitario di costruire un sistema decentrato che vede molti Stati Membri optare per un modello dualista di *enforcement*, in cui la gestione del caso è ripartita tra due organismi diversi, uno dei quali è un corpo giudiziale. In questi casi, la mancata previsione di un obbligo di notifica alla Commissione varrebbe a preservare l'imparzialità e l'indipendenza del corpo giudiziale, quando l'applicazione della multa sia rimessa a quest'ultimo³⁵.

L'obbligo di notifica imposto alle ANC dall'art. 11(4) non innesca una consultazione in senso proprio: le ANC non sono tenute ad ottenere un'approvazione dalla Commissione, implicita o esplicita, né la Commissione è obbligata a fornire una pronuncia di qualsiasi segno sulla proposta di decisione dell'ANC notificante. Il legislatore comunitario segue qui lo schema del silenzio-assenso, consentendo all'ANC di adottare senz'altro la decisione determinata se nei trenta giorni seguenti la notifica la Commissione

³⁵ In Svezia, ad esempio, il KKV verifica l'esistenza della violazione adottando la decisione di veto mentre le decisioni sulle multe sono rimesse alla Corte Distrettuale di Stoccolma: S. Brammer, "*Cooperation between NCA in the enforcement of EC Competition Law*" (Oxford, Hart Publishing, 2009).

non si pronuncia sulla misura proposta. A rigore, peraltro, non si potrebbe ricostruire nemmeno un vero silenzio assenso, perché il diniego espresso della Commissione in ordine al programma di azione dell'ANC non impedisce formalmente a quest'ultima di adottare comunque la decisione formulata. Peraltro, in virtù del potere di avocazione della Commissione, gli orientamenti di quest'ultima assumono un'efficacia praticamente vincolante.

L'art. 11(4) del regolamento stabilisce che l'autorità notificante deve fornire alla Commissione una sintesi del caso, la proposta di decisione o, in sua assenza, ogni altro documento da cui questa sia desumibile: l'ampiezza della formula viene deliberatamente incontro alle divergenze procedurali tra gli Stati Membri. Inoltre, la formula impiegata non obbliga le ANC a fornire alla Commissione una bozza della decisione, rendendo possibile una notifica già allo stadio del riscontro delle obiezioni, preservando, per questa via, il coinvolgimento nella consultazione dei corpi giudiziari che nei modelli dualistici adottano la decisione sul caso: sarebbero i corpi amministrativi deputati alla fase istruttoria del procedimento a dialogare con la Commissione, scongiurando ogni lesione dell'indipendenza e dell'imparzialità del giudice. Recentemente, tuttavia, Paesi dotati di modelli dualisti come l'Austria e il Belgio hanno previsto la notifica della bozza di decisione da parte del corpo giudiziale incaricato di adottare il provvedimento finale. La scelta legislativa è stata dettata verosimilmente dalla volontà di evitare i problemi connessi ad un eventuale disconoscimento del tribunale della lista di obiezioni formulata dal corpo amministrativo e notificata alla Commissione, ponendo però seri dubbi sulla sua compatibilità con i

principi del giusto processo (art. 6 CEDU). In questo caso, infatti, il tribunale dovrebbe informare le parti del responso della Commissione che, concorrendo alla deliberazione della decisione, richiede il contraddittorio³⁶. Ciò può invece essere evitato quando la consultazione avviene tra la Commissione e il corpo amministrativo ovvero con l'autorità amministrativa unica di un sistema monista. In questo caso, infatti, la correttezza della decisione può essere rimessa ad un giudice mediante impugnazione. Non varrebbe invece a garantire il principio del giusto processo una considerazione analoga applicata al modello dualista, ossia la possibilità di appellare la decisione del tribunale, perché i principi del giusto processo devono essere in principio garantiti in ogni grado di giudizio.

La documentazione relativa alla proposta di decisione contiene di solito molte informazioni confidenziali e viene quindi trasmessa per e-mail criptate.

L'art. 11(4) del Regolamento contrappone l'obbligo di notifica alla Commissione alla facoltà dell'autorità notificante di estendere la notifica alle autorità consorelle. Questa attenuazione della dimensione orizzontale della cooperazione indebolisce l'effettività di alcune situazioni giuridiche attribuite alle autorità di concorrenza, primo fra tutte il diritto di chiedere l'inserimento di un caso nell'Agenda del Comitato Consultivo ai sensi dell'art. 14(7): è evidente che l'esercizio di questo diritto richiede la conoscenza da parte dell'ANC delle decisioni proposte dalle altre autorità. La mancata consultazione orizzontale prima della decisione finale rende

³⁶ Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, Sent *Lobo Machado v Portogallo*, 26 Febbraio 1996. Sul punto c'è però contrasto con la giurisprudenza della Corte di Giustizia, caso C -17/98 *Emesa Sugar v Aruba*.

anche problematica per le ANC l'ottemperanza all'obbligo di evitare decisioni contrastanti con quella di un'altra ANC, derivante direttamente dall'art. 10 TCE³⁷.

3. Formazione di una politica di attuazione comune.

Il secondo obiettivo che l'European Competition Network si prefigge è la formulazione di una politica condivisa di attuazione delle regole di concorrenza. I principali strumenti di cui la rete si avvale a questo scopo sono la selezione di aree prioritarie di intervento e l'adozione di strumenti di soft law, che guidino le autorità nazionali nell'esercizio delle proprie responsabilità e che sono spesso preludio di processi legislativi europei in materia di concorrenza³⁸. L'interazione tra questi e i meccanismi di coordinamento legati alla risoluzione dei casi concreti ha condotto ad una progressiva europeizzazione delle autorità nazionali di concorrenza, tanto da suggerire l'adozione del modello reticolare come strumento privilegiato di amministrazione a livello europeo. Peraltro, come osserva la dottrina, l'ampliamento del ricorso al modello è strettamente correlato alla effettività del coordinamento, di cui si darà conto nei capitoli successivi.

3.1. Individuazione delle priorità di intervento.

L'agenda annuale delle priorità del Network è stabilita nel

³⁷ *Ibid.*

³⁸ V. ad esempio i Libri Bianchi della Commissione, redatti in seguito alla consultazione del Network.

Vertice tra i Presidenti delle autorità nazionali di concorrenza e i membri del Direttorio Generale per la Concorrenza presso la Commissione. La selezione dei temi da includere discende di solito da considerazioni sulla necessità di correggere problemi di consistenza e di affrontare questioni nuove. Si pensi ad esempio all'applicazione delle regole di concorrenza in settori originariamente esclusi, come quello dell'energia, o ancora al problema della disapplicazione di misure statali anticompetitive conseguente alla sentenza della Corte di Giustizia C-198/01 *Consorzio Industrie Fiammiferi(CIF) v Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*.

Il vertice descritto rappresenta il livello di cooperazione più alto all'interno della rete e si svolge annualmente; immediatamente al di sotto si colloca il l'Adunanza Plenaria dell'ECN, che raccoglie i funzionari preposti alle unità di coordinamento istituite presso le autorità nazionali e i funzionari dell'unità per il Network costituita presso la Commissione. L'Adunanza Plenaria si riunisce ad intervalli regolari per discutere questioni generali concernenti l'applicazione del Regolamento 1/2003, in particolare problemi legati al coordinamento orizzontale tra le ANC; serve inoltre da forum per lo scambio di esperienze e *know-how*. Se necessario, i risultati dell'Adunanza vengono trasmessi al Vertice per un ulteriore approfondimento.

All'interno della rete si formano poi diversi gruppi di lavoro settoriali, destinati a sciogliersi con il raggiungimento dell'obiettivo dello studio di settore, rendendo l'organizzazione interna dell'ECN dinamica, piuttosto che statica. Alla fine del 2007 erano stati

formati 16 sub-gruppi per specifiche aree di mercato incluse energia, salute, media, libere professioni, servizi finanziari e prodotti farmaceutici. I gruppi di lavoro programmano un numero limitato di incontri annuali, collaborando soprattutto via Internet; essi trattano le questioni sostanziali del settore rilevante e discutono le relative priorità di *enforcement*.

L'ECN ha inoltre dato vita a diversi gruppi di lavoro intersettoriali, che cercano principalmente di risolvere i problemi legati al raccordo tra un diritto comunitario uniforme e discipline nazionali divergenti; la Commissione partecipa sempre ai gruppi in esame. Nel Marzo 2005 è stato riunito un gruppo di lavoro importante sui programmi di clemenza e recentemente se ne è costituito uno dedicato interamente alle tematiche legate all'art. 82 del Trattato. In particolare, quest'ultimo gruppo è stato formato per fornire alla Commissione un punto di vista rilevante sulle bozze delle guide che la Commissione ha poi inviato alle ANC per rafforzare l'applicazione decentrata della disciplina sull'abuso di posizione dominante nelle condotte esclusive³⁹.

Più recentemente, la relazione annuale dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato 2011 cita la partecipazione dell'Autorità al Gruppo Cartelli, nell'ambito del quale vengono affrontati vari aspetti teorici ed applicativi che vengono in rilievo nella trattazione di questa fattispecie, per la quale il ricorrente coinvolgimento di condotte estese a più Paesi, unitamente alla gestione decentrata dei programmi di clemenza, rende indispensabile una fitta collaborazione all'interno della rete.

³⁹ V. par. 3.2.

L'Autorità Garante ha inoltre contribuito ai lavori del Gruppo sui temi della Cooperazione e del Giusto procedimento, che segue diversi progetti volti a verificare quale sia il grado di convergenza tra i diversi Paesi europei in merito alle procedure antitrust e ad affrontare il tema del giusto procedimento.

L'esempio ora fatto permette di apprezzare la stretta connessione esistente non solo tra i meccanismi di cooperazione legati al caso concreto e quelli destinati a forgiare una politica attuativa comune, bensì anche quella esistente tra i diversi meccanismi della seconda specie, essendo i gruppi sulle priorità di intervento spesso preordinati alla formazione di documenti guida dell'attività decisionale della rete⁴⁰.

3.2. Indirizzo dell'attività decisionale delle ANC.

Nell'attività di indirizzo della pratica decisionale della rete, il Network elabora tre tipi di documenti: le prove di prestazione, i modelli di armonizzazione e le consulenze alla Commissione.

Le cosiddette prove di prestazione (*benchmarks*) sono sintesi panoramiche delle performance delle diverse ANC, che identificano le pratiche migliori anche in rapporto a parametri indicativi. Le ANC sono incoraggiate a utilizzare questi standard per assestare e

⁴⁰ Ad esempio, le prove di prestazione sono tradotte in misure di armonizzazione o utilizzate come base per le iniziative politiche della Commissione. Può accadere anche il contrario: i modelli di armonizzazione possono essere supportati da prove di prestazione che specifichino i loro principi, offrendo un utile supporto nell'attività decisionale. Ci sono infine sinergie tra gli strumenti del Network e i documenti della Commissione: nel caso dei programmi di clemenza, la Commissione emendò il proprio programma per farlo convergere con i contenuti elaborati dal Network.

ove necessario migliorare le proprie prassi decisionali. Le prove di prestazione possono essere individuate sia informalmente che formalmente: ad esempio i risultati dei gruppi di lavoro settoriali possono essere utilizzati come base per rapporto ufficiale del Gruppo di Lavoro sui temi della cooperazione, che è incaricato di realizzare studi periodici sul grado di approssimazione volontaria tra le legislazioni nazionali e il Regolamento 1/2003. Una simile convergenza spontanea è stata ad esempio riscontrata nell'abolizione di un sistema di notifica preventiva degli accordi; nel potere di imporre rimedi strutturali; nel potere di offrire assistenza alle imprese.

Per quanto riguarda i modelli di armonizzazione, l'unico documento portato attualmente a termine dalla rete è il Modello sui programmi di clemenza, che ha tuttavia avuto grande impatto sulle prospettive di cooperazione all'interno della rete⁴¹. Come si è accennato, l'uso dei programmi di clemenza realizza una sorta di diritto della concorrenza premiale, incoraggiando le imprese partecipanti ai cartelli a denunciare tali accordi in cambio dell'immunità o di una riduzione delle sanzioni. La divergenza esistente tra i programmi di clemenza dei diversi Stati membri, e ancora peggio la circostanza che alcuni ne fossero addirittura privi,

⁴¹ Come è stato osservato dagli stessi funzionari che hanno partecipato alla redazione del modello, i metodi seguiti nella preparazione di questo documento ECN possono concretamente ispirare nuovo progetto di questo tipo all'interno del Network. L'ECN sta attualmente lavorando ad un modello di armonizzazione delle sanzioni pecuniarie irrogabili, con particolare riguardo al problema del rispetto del *ne bis in idem* quando le multe sono applicate da più membri della rete alla medesima fattispecie: Dekeyser-Jaspers, "A new era of ECN Cooperation: Achievements and Challenges with a special focus on Work in the leniency field", in *World Competition* (2007), n. 31, pagg. 3, 23.

tendeva a scoraggiare le imprese intenzionate a denunciare un cartello, esponendole ad essere sanzionate da un'autorità diversa da quella adita sulla base del libero flusso di informazioni all'interno della rete. Per eliminare un simile deterrente, poco dopo l'entrata in vigore del Regolamento 1/2003 venne costituito un apposito gruppo di lavoro preliminare copresieduto dall'Office of Fair Trade, l'autorità di concorrenza inglese, e dal Conseil de la Concurrence francese. I risultati dell'incontro vennero sottoposti all'Adunanza Plenaria dell'ECN, che convocò un gruppo esperto composto da funzionari delle ANC e del Direttorio Generale presso la Commissione, che realizzò rapidamente una bozza sottoposta al Vertice. Dopo una serie di discussioni in quella sede, il Modello sui Programmi di Clemenza venne unanimemente approvato dai membri dell'ECN il 29 settembre 2006.

Il Modello mira ad armonizzare i programmi di clemenza già esistenti e a facilitare l'adozione di un programma condiviso da parte delle ANC che ne siano ancora prive⁴². Esso contiene gli elementi considerati essenziali in ogni programma di clemenza, come l'indicazione del tipo di informazione che l'impresa postulante deve fornire e i principi di prova che devono essere riscontrati affinché possa essere accordato il trattamento clemente.

⁴² Il sistema introdotto dal Modello sui programmi di Clemenza è stato anche definito "a competenza esclusiva"; in realtà, esso differisce nettamente dal sistema di controllo delle concentrazioni, il sistema a competenza esclusiva per antonomasia. Infatti la tecnica giuridica adoperata per le concentrazioni individua la competenza della Commissione per i soli casi di rilevanza comunitaria, con effetti in tutta l'Unione, lasciando invece alle giurisdizioni nazionali le concentrazioni che hanno effetti essenzialmente domestici; il sistema configurato dal Modello prevede piuttosto l'identità dei programmi nazionali ed europei (cioè della Commissione), di modo che il postulante può attendersi lo stesso trattamento in ogni giurisdizione dell'ECN.

Più in particolare le imprese postulanti devono fornire alle autorità di concorrenza i nomi e delle altre partecipanti al cartello e descriverlo in maniera dettagliata, specificando i territori coperti, i prodotti coinvolti, la durata e la natura dell'accordo; devono inoltre produrre prove corroboranti la sua esistenza e informare l'autorità adita di ogni trattamento di clemenza di cui abbiano beneficiato in passato o di cui possano ragionevolmente beneficiare in futuro per aver adito altre autorità di concorrenza, anche al di fuori dell'Unione Europea. Per ottenere l'immunità dalla multa applicabile, l'impresa postulante deve aver fornito prove che da sole permettano all'autorità di individuare il cartello; ai fini invece di una riduzione della sanzione, l'impresa deve aver presentato prove che, secondo quanto attestato dall'autorità, abbiano aumentato considerevolmente il valore del materiale probatorio già in possesso di questa. Le imprese che abbiano forzato altri operatori a partecipare al cartello non possono mai qualificarsi per l'immunità.

IL Modello elenca poi doveri di cooperazione che devono informare il procedimento: le imprese postulanti devono cessare il proprio coinvolgimento nel cartello immediatamente dopo aver perfezionato l'istanza di clemenza, salvo che l'autorità di concorrenza non ritenga necessario un prolungamento della partecipazione all'accordo per preservare l'integrità delle indagini; prima di presentare un'istanza formale di clemenza, l'impresa può sottoporre all'autorità una richiesta anonima per ottenere una guida informale nella redazione dell'istanza; le ANC possono anche congelare l'istanza per un periodo determinato in modo da permettere all'impresa postulante di raccogliere l'informazione

necessaria per raggiungere la soglia richiesta ai fini dell'immunità.

Il Programma contiene anche un breve prospetto di applicazione per le violazioni della concorrenza rispetto alle quali i criteri di allocazione descrivono la Commissione come particolarmente qualificata per occuparsi del caso; in questi casi le ANC possono accettare di ricevere solo una descrizione sommaria dei cartelli correttamente denunciati alla Commissione. Su richiesta, l'autorità nazionale conferma che il postulante è stato il primo ad adirla: in questo modo, qualora la Commissione dovesse declinare la competenza in favore dell'Autorità cui il postulante ha lasciato la sintesi dell'accordo, il postulante si vedrebbe garantito un termine entro il quale completare la denuncia.

Poiché il Network non ha personalità giuridica, i documenti da esso prodotti, tra cui il Modello in esame, sono strumenti di *soft law*, in quanto tali non giuridicamente vincolanti per le Autorità nazionali di concorrenza. Tuttavia, data l'estrema importanza svolta nella repressione delle violazioni alla concorrenza dai programmi di clemenza, importanza emersa a più riprese dalle statistiche, tutti i membri della rete si sono impegnati ad allineare i rispettivi programmi nazionali al Modello elaborato in seno all'ECN; la Commissione stessa ha modificato il proprio programma di clemenza portandolo alla versione condivisa nel Modello.

Le consulenze legali alla Commissione sono il contributo dell'ECN alla formazione del diritto antitrust europeo e vengono predisposte dai funzionari delle ANC e della Commissione nell'Adunanza Plenaria. Proposte politiche che sono state discusse in questo contesto sono l'abuso di posizione dominante e le azioni

di danno, trasfuse rispettivamente nella Guida sull'applicazione all'art. 82 sugli abusi di esclusione (2005) e nel Libro Bianco sul risarcimento del danno da violazione delle regole di concorrenza del 2008.

La Guida rappresenta il tentativo della rete di conciliare la visione economica ordoliberal, che concepisce la concorrenza come un bene esulante dal semplice benessere dei consumatori conseguente all'efficienza del mercato, collegandola invece alla necessità politica di evitare lo strapotere dell'impresa dominante, con la visione efficientistica, che tutela la concorrenza soprattutto come bene strumentale alla efficienza del mercato e al benessere dei consumatori. Il contrasto tra le due scuole aveva determinato un clima di grande incertezza, dovuto soprattutto ad una serie di contrasti tra la giurisprudenza della Corte di Giustizia, legata alla prima scuola di matrice tedesca, e gli indirizzi della stessa Commissione, che si avvicinava sempre più ad una visione efficientistica della competizione⁴³. Da un punto di vista pratico, il contrasto si traduceva nell'applicazione di criteri più rigoristici da parte della Corte di Giustizia, che tendeva più facilmente a ravvisare un abuso da esclusione da parte dell'impresa dominante che avesse posto delle barriere di ingresso al mercato per le

⁴³ In particolare, la sentenza della Corte di Giustizia sul caso *British Airways* aveva disatteso gli indirizzi efficientistici della Commissione, continuando ad applicare i criteri ordoliberali più rigoristici all'abuso di posizione dominante, ravvisato nel caso di specie nell'esclusione di possibili nuove imprese concorrenti dal mercato per mezzo dell'applicazione di sconti incisivi da parte della British Airways. In particolare, la Commissione non aveva ravvisato l'abuso valutando che la condotta della British Airways non fosse verosimilmente in grado di costituire una barriera di ingresso al mercato; al contrario l'ECJ considerava che all'abuso fosse sufficiente la mera potenzialità esclusiva della condotta posta in essere dall'impresa dominante.

potenziali concorrenti (ad esempio abbassando vertiginosamente i propri prezzi), senza considerare i problemi di efficienza che si sarebbero verificati consentendo indiscriminatamente l'ingresso ad imprese poste ad un livello qualitativo troppo inferiore alle imprese dominanti. La Guida costituisce una sorta di mediazione tra le due visioni e quindi tra un approccio rigorista ed uno invece pragmatico verso questo tipo di abusi, illustrando i criteri condivisi dalla rete di autorità di concorrenza nella valutazione della condotta delle imprese. Viene così attestato il valore puramente indicativo della quota di mercato quale indizio di abuso di posizione dominante e vengono elencati i comportamenti considerati barriere di ingresso al mercato; d'altro canto viene invece specificato che l'onere della prova (evidentemente a discarico) grava sull'impresa dominante. In questo modo, l'ECN ha inteso recuperare un clima di certezza legale che restituisse fiato alle imprese, evitando che i precedenti tentennamenti si traducessero in un disincentivo agli investimenti⁴⁴.

Il Libro Bianco sulle azioni di danno muove invece dall'opinione condivisa che la predisposizione di azioni di risarcimento di natura privatistica a fronte dei danni causati dalla violazione delle regole di concorrenza possa costituire un importante deflattivo delle violazioni, in grado di migliorare l'effettività dello stesso *enforcement* pubblico da parte della rete di autorità. Il Libro del 2008 si basa sulle rilevazioni contenute nel Libro Verde del 2005, che addebitava la scarsa efficacia dell'*enforcement* privato del diritto di concorrenza agli ostacoli

⁴⁴L. F. Pace, *European Competition Law: The impact of the Commission's Guidance on Article 102*, Edward Elgar, Cheltenham, Uk - Northampton, MA, USA, 2011.

sostanziali e procedurali determinati dalle discipline nazionali sulle azioni risarcitorie da violazione antitrust: il Libro Bianco compilato su impulso del Network presenta e analizza proposte relative a scelte politiche e misure specifiche, che consentirebbero ai danneggiati di accedere a meccanismi di tutela efficienti uniformi in tutta l'UE.

I principi guida su cui ruota il documento sono essenzialmente due: la ristorazione integrale del danno e il mantenimento dell'*enforcement* pubblico da parte delle ANC e della Commissione, per cui la tutela privata della concorrenza viene a sommarsi e non a sostituirsi a quella pubblica. Su questo duplice perno ruotano le misure proposte per configurare una tutela privatistica comune efficiente: la legittimazione attribuita in modo da consentire azioni collettive con clausola di *opting in* secondo il modello anglosassone; la facilitazione dell'accesso alla prova da parte della vittima della violazione, con la possibilità per il giudice di ordinare all'impresa convenuta di esibire il materiale necessario ad integrare la prova in presenza di una piattaforma probatoria sufficiente fornita dall'attore; la previsione dell'effetto vincolante dell'accertamento di infrazione da parte dell'ANC in sede giudiziale; la decorrenza del termine prescrizione non prima della cessazione dell'infrazione, in caso di violazione permanente, e non prima della conoscenza della violazione e del conseguente pregiudizio da parte del danneggiato negli altri casi.

La nozione di risarcimento integrale posta a caposaldo della proposta viene descritta in modo dettagliato: integrale è il risarcimento che comprende sia la rifusione del valore reale della

perdita subìta (comprensiva di danno emergente e lucro cessante), sia gli interessi, e sono offerte indicazioni pratiche per la quantificazione del danno attraverso regole semplificate per la stima delle perdite subìte e metodi semplificati di calcolo.

Il Libro Bianco prende poi in considerazione una serie di aspetti in grado di influire sulla effettività dell'uso delle azioni di danno in concreto, in particolare invocando la necessità di una presunzione relativa di colpa dell'impresa che abbia violato le regole di concorrenza, salvo che questa provi di aver utilizzato un elevato livello di diligenza nel tentare di prevenire la violazione, da parte delle giurisdizioni nazionali che fanno della colpa una condizione necessaria per la pretesa risarcitoria.

La rete si occupa attentamente dell'interazione delle azioni di danno con i programmi di clemenza, premurandosi di garantire la permanente appetibilità di tali programmi attraverso i quali vengono scoperte molte violazioni. In particolare il Libro Bianco limita la divulgazione delle dichiarazioni confessorie delle imprese postulanti che abbiano richiesto il trattamento clemente, per evitare di porle in una situazione sfavorevole rispetto ai coautori della violazione che non abbiano adito l'Autorità. Nella stessa ottica si propone di valutare la possibilità di limitare la responsabilità civile del beneficiario dell'immunità rispetto alle richieste risarcitorie dei suoi partner contrattuali, diretti o indiretti. In questo modo il Network coordina in primis due suoi importanti strumenti di configurazione di una politica della concorrenza comune, il Libro Bianco della Commissione e il Modello sui programmi di clemenza,

permettendo di saggiare quanto il ruolo della rete sia pregnante⁴⁵.

Gli strumenti adottati dal Network, come si illustrato, nascono di solito dai livelli più bassi della sua organizzazione, come i gruppi di lavoro settoriali incaricati di redigere uno studio o una bozza, e successivamente giungono all'Adunanza Plenaria ed in casi particolarmente importanti anche al Vertice dei direttori generali.

3.3. L'effetto Network: europeizzazione delle Autorità di concorrenza.

Per avere una visuale più ampia degli effetti del Network occorre infine considerare l'impatto di questa rete amministrativa europea sulla posizione delle autorità di concorrenza nelle rispettive giurisdizioni nazionali.

Utilizzando un'equazione si potrebbe dire che, come le corti nazionali agiscono come corti comunitarie quando applicano il diritto comunitario, così anche le autorità nazionali sono trasformate dal Network in autorità amministrative comunitarie quando applicano le regole di concorrenza contenute nel Trattato. Le autorità nazionali non appartengono più unicamente all'apparato amministrativo nazionale, applicando i soli approcci domestici: esse sono diventate agenti nell'attuazione del diritto europeo e parti di una più vasta amministrazione comunitaria⁴⁶. Le autorità eseguono il loro mandato nella consapevolezza e con l'attenzione ad un più

⁴⁵ S. Manzini, *Il risascimento del danno per violazione antitrust alla luce del Libro Bianco della Commissione*, Bononia University Press, 2008.

⁴⁶ M. de Visser, *Network based governance in EC law*, (Oxford, Hart Publishing, 2009).

ampio contesto; il loro stesso approccio è europeizzato⁴⁷.

Questo effetto della rete è il risultato di una serie di fattori, spesso impalpabili, legati da forti sinergie.

In primo luogo, il quid normativo dei doveri di coordinamento e cooperazione contenuto nel Regolamento 1/2003 rende i membri della rete dipendenti gli uni dagli altri per risorse come informazione, consulenza, legittimazione e autorità. Attraverso i gruppi di lavoro, le autorità sono in grado di esercitare un'influenza, potenzialmente anche normativa, sull'attività decisionale delle loro consorelle ed ogni autorità può riferire per alcune sue azioni alle altre autorità, segnatamente mediante consultazione facoltativa prima della decisione finale; i membri della rete possono supportarsi a vicenda offrendo strumenti materiali e giuridici che non sono disponibili in tutte le giurisdizioni. Il pieno adempimento del mandato richiede così ad un'autorità di rafforzare i propri legami con gli altri membri del Network.

L'interdipendenza delle risorse è connessa alla sfera di influenza che la singola autorità è in grado di esercitare all'interno della rete, che dipende in gran parte dalla reputazione guadagnata nell'attività di *enforcement*. Risultati di scarso livello nell'attuazione del diritto di concorrenza possono concretamente nuocere all'immagine dell'autorità agli occhi degli altri membri del Network. Ciò è tanto

⁴⁷ L'europeizzazione può essere descritta come un processo che comporta una serie di mutamenti nell'amministrazione domestica, nascenti dagli imperativi economici e politici dell'appartenenza all'Unione Europea ed impattanti sugli aspetti sia procedurali che sostanziali delle amministrazioni interne: Carter-Scott "Legitimacy and Governance beyond European Nation State. Conceptualizing Governance in European Union", in *European Law Journal* (1998), 429, 437.

più grave in quanto, come si è illustrato, la maggior parte dei meccanismi di coordinamento orizzontali avvengono su base volontaria, non essendoci alcun obbligo giuridico, per l'autorità che abbia ricevuto una richiesta di collaborazione, di fornire l'informazione o gli accertamenti richiesti. L'autorità boicottata in ragione del basso livello delle proprie performance potrebbe vedere considerevolmente ridotto il proprio raggio di influenza. Poiché l'amministrazione reticolare è basata su di una interazione pressoché continua, la perdita di reputazione costituisce dunque una minaccia credibile.

Prendendo in prestito un'espressione diffusa nell'ambito delle scienze politiche, potremmo affermare che la crescente europeizzazione delle ANC è aiutata dalla condivisione di una "logica dell'appropriatezza"⁴⁸. Attraverso ripetute interazioni, collegate sia alla risoluzione di casi individuali che alla partecipazione agli incontri periodici nei gruppi di vario livello, i membri del network cominciano a condividere una serie di tecniche e di criteri di valutazione. Ad esempio tutte le ANC ritengono che la competizione sia essenziale per il funzionamento dell'economia; che la concorrenza perfetta non sia peraltro raggiungibile e che la detenzione di determinate quote di mercato sia un indice affidabile di un certo potere di mercato. Per contro, è opinione generalmente condivisa che altri fattori, come il numero di impiegati o l'impatto ambientale delle imprese sia irrilevante come parametro da

⁴⁸ S. Wilks, "Understanding Competition Policy Networks in Europe: A political Science Perspective" in *European Competition Annual 2002: constructing the EU Network of Competition Authorities*, Ehlermann-Atanasiu (eds), Oxford Hart Publishing, 2004.

utilizzare per monitorare il potere di mercato. Le autorità del network formano per questa via una comunità epistemica, vedendo approssimarsi le rispettive mentalità giuridiche.

Anche la crescente certezza nella correttezza dell'operato altrui è importante: in assenza di relazioni transnazionali, ogni autorità tende ad adottare soluzioni favorevoli alle industrie nazionali, riconoscendo che questo incentivo è imitato dalle altre⁴⁹. La rete cambia radicalmente queste dinamiche, informando tutti i membri delle strategie e soluzioni condotte dalle ANC in ogni fase del procedimento. Grazie all'esistenza della rete, ogni ANC è in grado di monitorare l'operato delle consorelle, consapevole che la propria condotta sarà osservata nello stesso modo. La presenza della rete si traduce quindi in un incentivo a perseguire interessi di più ampio respiro e a riflettere preoccupazioni europee nelle decisioni, o quanto meglio a perfezionare grandemente l'attività di motivazione.

Si può ancora menzionare la personalizzazione dei rapporti tra funzionari, che sempre più spesso partecipano insieme ai gruppi di lavoro convocati all'interno della rete.

Dunque, due elementi possono dirsi influenti se non decisivi nell'europeizzazione delle ANC: la presenza di un nucleo regolatorio "solido" che nel Regolamento 1/2003 presiede alle principali attività di coordinamento e la crescente omogeneizzazione delle giurisdizioni nazionali, che incoraggia ogni autorità a scoprire tratti comuni con le altre e a razionalizzare le

⁴⁹ Il fenomeno, che mina l'indipendenza dell'autorità di settore dagli operatori economici del settore regolato, è noto come cattura del regolatore: Trimarchi Banfi, *Lezioni di Diritto Pubblico dell'Economia*, Giappichelli, 2009.

proprie relazioni con queste.

Le conseguenze dell'uropeizzazione delle ANC potrebbero essere profonde. Sotto il profilo istituzionale, ad esempio, ciò potrebbe condurre ad una nuova interpretazione dell'art. 10 del TCE. Creato come principio generale di effettività, l'art. 10 invoca la lealtà degli agenti deputati all'applicazione del diritto comunitario verso gli obiettivi dell'Unione, incoraggiandoli ad adottare condotte ottimali ai fini del raggiungimento di tali obiettivi. Tuttavia la disposizione non crea direttamente obblighi giuridici, limitandosi a rafforzare la portata delle norme comunitarie esistenti. La Corte di Giustizia ha progressivamente esteso la sua interpretazione della disposizione, invocandola in primo luogo per sottolineare i doveri degli Stati Membri rispetto alle istituzioni comunitarie; la giurisprudenza successiva ha riconosciuto la natura reciproca di questa dimensione verticale, considerando la Comunità ugualmente legata da doveri di assistenza e cooperazione verso gli Stati Membri ai fini della effettività dell'ordinamento comunitario. Ancora più recentemente, la Corte ha stabilito che l'art. 10 TCE governa anche i rapporti tra le istituzioni comunitarie. L'ulteriore passo interpretativo che la dottrina suggerisce alla luce dell'uropeizzazione delle autorità nazionali di concorrenza, processo che le rende agenti comunitari a tutti gli effetti, è l'estensione di questa regola nei loro confronti. In altri termini una simile interpretazione equivarrebbe ad imporre alle ANC un dovere di guardare oltre le proprie frontiere nella propria attività decisionale, considerando le prassi e le prospettive delle autorità consorelle nella conclusione dei procedimenti nazionali e in tal

modo rafforzando la dimensione orizzontale della cooperazione all'interno del network.

L'uropeizzazione delle ANC tende ancora ad approssimare le procedure degli Stati Membri, indirizzandole verso gli standards più alti raggiunti dai membri della rete indicati nelle prove di prestazione.

Infine non si può trascurare l'impatto del Network sotto il profilo sostanziale. Il Network ha un ruolo importante nella formazione della politica di attuazione delle regole di concorrenza comunitarie ed è nello svolgimento di questo compito che i membri della rete adottano in primis una prospettiva europea, non potendo altrimenti ottenere il consenso nell'adozione di determinate misure. Attraverso la documentazione del Network, gli interessi nazionali diventano parte delle politiche europee, permettendo un arricchimento reciproco tra le discipline nazionali e il diritto comunitario.

CAPITOLO 3

Quattro autorità antitrust a confronto.

Premessa.

Come si è cercato di dimostrare nel capitolo precedente, l'obiettivo dell'European Competition Network non si esaurisce nella predisposizione dei meccanismi necessari per evitare decisioni contrastanti sullo stesso caso (*ne bis in idem*). Piuttosto, la rete parte da tali tecniche, tipiche di ogni amministrazione decentrata, per implementare il coordinamento delle autorità di concorrenza nell'applicazione del diritto sostanziale comunitario, tentando di creare una cultura giuridica ed economica condivisa all'interno dell'Unione Europea.

Per poter analizzare se e in che misura l'obiettivo sia stato raggiunto, attraverso una verifica dell'effettività del coordinamento alla luce della giurisprudenza comunitaria, che costituirà il nucleo del capitolo successivo, è importante comprendere l'architettura istituzionale delle autorità di concorrenza negli Stati Membri, utilizzando come ipotesi di lavoro la correlazione necessaria tra organizzazione e funzione amministrativa ampiamente sostenuta

dalla migliore dottrina¹.

Prima ancora, però, è necessario conoscere i tratti essenziali del complesso contesto in cui esse sono nate e che ne ha orientato l'azione fino ai nostri giorni. Il diritto antitrust è infatti prettamente interdisciplinare, ponendosi come sintesi non sempre omogenea tra discipline economiche e giuridiche, oggetto di interventi politici che nascono o sfociano in visioni filosofiche dello Stato e della società spesso molto diverse, influenzato sensibilmente dagli inevitabili cambiamenti negli equilibri storici e geopolitici² come rilevato dal grande studioso Corwin Edwards nella sua opera di comparazione internazionale di cartelli e monopoli:

“Ci sono differenze nelle attitudini verso il potere economico privato, la garanzia di poteri discrezionali più o meno ampi all'amministrazione, lo spazio della moralità nell'economia, l'importanza attribuita alla libertà contrattuale in rapporto alla libertà di commerci, l'enfasi posta alla giustizia distributiva piuttosto che all'incremento di produttività. Queste differenze riflettono differenze nella storia politica, morale e culturale, vale a dire, nell'eredità culturale. Le differenze culturali appaiono a volte più significative delle attuali dissonanze nelle strutture economiche,

¹ Tra gli studi più autorevoli sul tema: N. Longobardi, “A dieci anni dalla legge 241 del 1990: sulle implicazioni tra organizzazione e ad attività amministrativa”, in *“Autorità amministrative indipendenti e sistema giuridico istituzionale”*, Giappichelli 2009; S. Cassese “Le trasformazioni dell'organizzazione amministrativa”, in *Riv. Trim. dir. Pubbl.*, 1985, pagg. 374 e ss.; G. Guarino “Sull'utilizzazione di modelli differenziati nell'organizzazione pubblica”, in *Scritti di diritto pubblico dell'economia*, Milano, 1970; M. S. Giannini “In principio sono le funzioni”, in *Amm. Civ.*, pag. 7 e ss.

² *“The evolution of European competition law”*, ASCOLA Workshop on Comparative Competition Law, Firenze 2006.

processi e interessi.”³

Le radici culturali della legislazione ed implementazione della concorrenza sono oggi unanimemente ascritte agli Stati Uniti, che nel 1890 approvarono il primo esempio di legislazione antitrust in Occidente, lo Sherman Act. Il modello americano, trapiantato in Europa alla fine della Seconda Guerra Mondiale, ha costituito inevitabilmente il paradigma della successiva azione europea a tutela della concorrenza, in un rapporto di iniziale convergenza poi gradualmente sostituito, con l’acquisizione di una maggiore esperienza ed autonomia europea, da scelte divergenti, fino a tornare ad una apparente condivisione di strategie conformi⁴.

L’illustrazione dei tratti essenziali del modello di origine e la sua recezione nell’habitat giuridico europeo, con le inevitabili differenze che tale assimilazione ha comportato, anche nei diversi Stati, costituisce l’oggetto dei paragrafi successivi.

1.1. Le radici del modello: il sistema della concorrenza negli Stati Uniti.

La prima legislazione antitrust americana nacque alle fine dell’Ottocento come risposta prettamente politica al rapido fenomeno di industrializzazione e di crescita economica, che aveva comportato una crescente concentrazione del potere economico

³ C. D. Edwards, *“Control of Cartels and Monopolies: An International Comparison”*, Dobbs Ferry, New York, 1967.

⁴ *“The evolution of European competition law”*, ASCOLA Workshop on Comparative Competition Law, Firenze, 2006. Per una disamina ulteriormente dettagliata, vedi anche Lee M. C. Gowan *“The Antitrust Revolution in Europe”*, Cheltenham, UK; Northampton, MA, USA, 2010.

nelle mani di poche grandi imprese coalizzate in cartello, soprattutto nel settore ferroviario e siderurgico, a detrimento della libertà di iniziativa economica dei piccoli imprenditori. Lo Sherman Antitrust Act, approvato dal Congresso nel 1890, rifletteva questa diffidenza verso i monopoli che costituisce una delle più radicate attitudini politiche americane⁵.

Le origini dello Sherman Act erano dunque politiche in quanto la legge rispondeva ad una richiesta dell'opinione pubblica, incline a considerare i cartelli come un male intollerabile per l'iniziativa economica privata, che il Congresso prontamente intercettò. Alla vigilia delle elezioni presidenziali del 1888, l'approvazione di leggi volte a combattere il fenomeno dei cartelli costituiva punto di programma di tutti i maggiori partiti politici dell'epoca⁶.

Fermo questo dato essenziale, gli stessi studiosi americani sono discordi nell'individuare un obiettivo preciso dietro questa prima legislazione: la storia del dibattito di approvazione ha rivelato una tale varietà di scopi che è difficile, se non impossibile, affermare con certezza quali risultati il Congresso avesse in mente, al di là di una evidente ricerca di consenso politico. Borke sembra già rinvenire nella legge una certa attenzione per i problemi di efficienza allocativa delle risorse e per il benessere dei consumatori⁷. Clifford Jones al contrario tende a escludere questa interpretazione, argomentando che "*I principi di Economia*" dell'economista neoclassico Alfred Marshall, dedicato a queste

⁵ Si veda ancora "*The evolution of European competition law*", sopra.

⁶ *Ibid.*

⁷ R. H. Borke, "*The Antitrust Paradox: A Policy at war with itself*".

problematiche, fu pubblicato solo nel 1890, e che sarebbe quanto meno rischioso concludere che tali principi avessero potuto informare le deliberazioni del Congresso, iniziate nell'anno precedente⁸.

Con questo non si vuole peraltro assolutamente escludere l'importanza che l'influenza dell'analisi economica ha avuto nell'applicazione del diritto antitrust statunitense, che ha visto fiorire scuole economiche di assoluta importanza come quella di Chicago⁹, e che continua a indirizzare anche attualmente l'azione dei corpi pubblici incaricati dell'*enforcement*. Tuttavia è anche vero che il ricorso espresso a tali analisi risalgono ad epoche più recenti, come il famoso caso *Sylvania* del 1977 o quanto meno al caso *Cellophane* del 1956.

Forse l'opinione più ragionevole resta quella espressa da Spencer Weber Waller, professore alla Loyola University di Chicago, per cui, se mai c'è stato qualcosa di simile ad una vera storia dello Sherman Act, questa "si è ormai persa nell'altisonante ma impreciso linguaggio scelto dal Congresso"¹⁰.

Peraltro, proprio la fattura delle norme dello Sherman Act, nella sua voluta imprecisione che fa ricorso a poche disposizioni generali,

⁸ "The evolution of European competition law", sopra.

⁹ La letteratura sui contributi della Scuola di Chicago nell'applicazione del diritto antitrust è molto vasta e non di rado altamente specialistica. Per i principali spunti, utilizzati anche nel prosieguo della trattazione, si particolare S. Ingo, "A critical evaluation of Chicago School of Antitrust Analysis"; R. Pitofsky, "How the Chicago School overshot the mark", NY, Oxford University Press, 2008; R. Pardolesi, "Post Chicago developments in antitrust law", Cheltenham, UK- Northampton, MA, 2002.

¹⁰ Spencer Weber Waller, citato in "The evolution of European competition law", traduzione di Giulia Volpe.

mette in luce una caratteristica importante della disciplina antitrust: la sua funzione di diritto “negativo”, composto da pochi divieti che sanzionano i comportamenti delle imprese ritenuti non compatibili con un mercato aperto alla concorrenza: il divieto di raggiungere con altre imprese intese restrittive della concorrenza; il divieto di abusare della propria posizione dominante; il divieto di operare concentrazioni che portino alla creazione di monopoli e oligopoli.

Le clausole generali della disciplina antitrust sono così destinate ad essere riempite dalla progressiva interpretazione delle corti: negli Stati Uniti, ma ormai in tutti i maggiori Paesi, il diritto antitrust si presenta come diritto a formazione giurisprudenziale¹¹.

Questa natura di diritto esile e fortemente pretorio pone la disciplina antitrust in termini di anteticità rispetto alla regolamentazione amministrativa. Più precisamente, la disciplina antitrust si pone come antecedente logico alla regolamentazione, mirando a rendere corretto il funzionamento dei mercati non assoggettati a disciplina amministrativa di settore. Soltanto quando la disciplina antitrust non riesce a raggiungere lo scopo, si apre la via a forme di intervento più penetranti dei pubblici poteri, che fanno leva su due tipi di correttivi: l'introduzione di regole amministrative finalizzate alla correzione dei fallimenti del mercato e il ricorso alla proprietà pubblica, diretta o indiretta¹². Le norme

¹¹ Per un'interessante analisi sul rapporto tra la disciplina antitrust e le sue implicazioni organizzative e funzionali nell'implementazione, M. Clarich, *“Autorità indipendenti: bilancio e prospettive di un modello”*, Cedam, 2005.

¹² A riprova dell'alternatività tra le due forme, Clarich osserva come la disciplina antitrust sia nata proprio in un Paese come gli Stati Uniti, tradizionalmente refrattario a interventi dello Stato quali nazionalizzazioni o regolamentazione pubblica dell'attività di impresa. Ancora M. Clarich,

amministrative di settore hanno di conseguenza una struttura diversa da quella delle norme antitrust: contengono prescrizioni positive, spesso sostanziate in obblighi di *facere*, in grado di condizionare in modo molto più incisivo l'autonomia imprenditoriale.

Queste differenze strutturali tra i due tipi di norme determinano anche conseguenze istituzionali. In particolare, l'opzione verso la regolamentazione amministrativa di settore tende a richiedere la creazione di un apparato amministrativo *ad hoc* in grado di rapportarsi con le imprese regolate, destinatarie di obblighi positivi di comportamento in vista del perseguimento dell'interesse pubblico. L'introduzione della disciplina antitrust, al contrario, non postula l'istituzione di un apparato amministrativo specifico: poiché le principali norme si sostanziano in pochi divieti che pongono limiti esterni all'autonomia privata, rilevando piuttosto nei rapporti orizzontali tra le imprese che in quelli verticali tra queste e i poteri pubblici, un sistema di sanzioni penali e di azioni civili di tipo inibitorio e risarcitorio azionabili dai concorrenti danneggiato o dai consumatori è teoricamente in grado di garantire l'osservanza delle norme da parte degli imprenditori.

Non è infatti casuale che negli Stati Uniti, l'istituzione di un'autorità amministrativa preposta all'applicazione della disciplina antitrust sia avvenuta circa un quarto di secolo dopo l'approvazione dello Sherman Act da parte del Congresso, con il Federal Trade Commission Act del 1914. Prima di questa data, l'applicazione della legislazione di concorrenza era lasciata all'operato delle Corti.

“Autorità indipendenti: bilancio e prospettive di un modello” Cedam, 2005.

Le ragioni che storicamente hanno fatto propendere verso l'istituzione di uno specifico corpo amministrativo deputato alla tutela della concorrenza, e che continuano a militare in suo favore, possono essere schematicamente ricondotte a quattro motivi fondamentali:

- l'esigenza di una specializzazione richiesta dall'applicazione di regole che spesso implicano nozioni di teoria economica complesse ed una profonda conoscenza della struttura dei mercati;
- la possibilità di ottenere una vigilanza continuativa ed accentrata sull'implementazione delle regole di concorrenza, non altrettanto garantita dall'azione giudiziaria, per sua natura discontinua;
- la possibilità che l'autorità amministrativa sia di ausilio alle imprese, chiarendo i comportamenti leciti e illeciti, prevenendo per questa via la commissione di violazioni;
- la risorsa che un simile corpo specializzato può costituire per il Parlamento in relazione alle iniziative legislative necessarie al miglioramento del sistema¹³.

La Federal Trade Commission si iscrive nel novero delle *independent agencies* americane, da tempo individuate dalla dottrina come archetipo del fenomeno delle autorità indipendenti europee. Si tratta di corpi amministrativi che, favoriti dalla rivalità tra Legislativo ed Esecutivo propria della forma di governo presidenziale, sono nati dall'esigenza di sottrarre al potere

¹³ Vedi sopra.

governativo e alle possibili corruzioni della politica settori sensibili della vita economica e sociale, affidandoli ad enti amministrativi dotati contemporaneamente di grande esperienza e capacità tecnica¹⁴. L'indipendenza viene garantita attraverso un sistema di nomina/revoca e di controllo sull'attività di questi corpi amministrativi che vede coinvolti tutti e tre i corpi costituzionali: il Congresso, il Presidente e la Suprema Corte di Giustizia, nell'ottica del *check and balances*, la ricerca di equilibrio e diluizione del potere, che costituisce il tessuto del sistema giuridico americano.

La garanzia di riconoscere un'indipendenza fattuale alle *agencies* è accresciuta dal ruolo sempre più incisivo che esse svolgono nell'amministrazione americana, svolgendo funzioni paralegislative (*rulemaking*) o paragiurisdizionali (*adjudicative*), regolando normativamente ampi settori della vita economica e sociale del Paese e/o esercitando poteri decisionali di tipo ordinatorio o sanzionatorio. In quest'ultimo caso, l'*Administrative Procedure Act* del 1946 prevede una serie di garanzie a tutela del contraddittorio che intendono rendere il procedimento davanti all'autorità amministrativa assimilabile al procedimento giurisdizionale¹⁵.

¹⁴ N. Longobardi, "Autorità Amministrative Indipendenti e sistema giuridico istituzionale". Tra gli esempi più notevoli di independent agencies americane, si pensi alla Federal Reserve Board preposta alla regolazione della politica monetaria; alla Federal Communication Commission in materia di telecomunicazioni; alla Environmental Protection Agency per la tutela dell'ambiente; alla Nuclear Regulatory Commission per il controllo delle installazioni nucleari; alla Securities Exchange Commission per la vigilanza sulle operazioni finanziarie o di borsa; alla Interstate Commerce Commission per le i trasporti ferroviari e stradali.

¹⁵ *Ibid.*

E' interessante notare peraltro che, data la tradizionale tendenza ad affidare l'applicazione della disciplina antitrust alle corti federali, l'opzione che in concreto si presentò al legislatore federale nell'attribuzione di poteri alla FTC (e che più generalmente si ripropone a tutti i legislatori della concorrenza, tra cui quelli europei) fu tra il conferirle poteri decisionali propri oppure soltanto poteri di iniziativa processuale rispetto alle corti di *common law*.

Il primo modello può essere definito monista o integrato, in quanto l'autorità svolge sia funzione istruttorie che decisionali; il secondo viene invece definito dualista o biforcuto, in quanto l'autorità amministrativa svolge unicamente funzioni di indagine e di impulso processuale, lasciando che la decisione sia affidata ad un organismo giurisdizionale¹⁶.

La scelta concretamente operata negli Stati Uniti, pur non avendo dato luogo ad un modello lineare, conserva l'importanza del ruolo che nei sistemi anglosassoni viene attribuito all'*enforcement* giurisdizionale. Infatti, in determinate materie la Federal Trade Commission gode solo di poteri di iniziativa processuale rispetto alle corti federali; in altre materie può invece esercitare poteri decisionali propri (*adjudicative procedure*) che però prevedono il coinvolgimento di un organo specializzato (*administrative law judge*) che propone una decisione alla Commissione¹⁷. Questa può

¹⁶ Trebicko e Iacobucci, "Designing Competition Law Institutions", in World Competition Law 2002 (25), pagg. 361 e ss.

¹⁷ L'*administrative law judge* non è un giudice ai sensi della Costituzione americana e non viene dunque nominato dal Senato. Appartiene invece alla categoria dei giudici istituiti ex art. 13 della Costituzione americana e viene generalmente ricondotto al potere esecutivo, quale funzionario altamente specializzato. Tuttavia, in alcune pronunce, la Corte Suprema ha avuto modo di

discostarsi dalla proposta del giudice (anche se in concreto ciò si è verificato un numero rarissimo di volte): in ogni caso, la decisione adottata dall'autorità nel corso di questa procedura è impugnabile davanti alla Corte d'Appello Federale, fino alla Corte Suprema¹⁸. Inoltre, La FTC divide la giurisdizione con il Dipartimento di Giustizia, che in determinate materie può proporre azioni civili e penali davanti alle corti federali per violazioni del diritto antitrust.

1.2. Diffusione del modello: la nascita della concorrenza in Europa.

A differenza di quanto avvenuto negli Stati Uniti, l'Europa ha storicamente sperimentato una radicata concentrazione del potere politico ed economico, che ha a lungo ostacolato lo sviluppo della concorrenza. L'attenzione europea è stata prettamente orientata alla realizzazione della giustizia distributiva di quanto prodotto piuttosto che al problema di accrescere la produzione per mezzo della competitività combattendo le operazioni di cartello¹⁹. Nel suo bellissimo saggio *“L'Antitrust e i Vincoli del Potere: il Dilemma*

affermare che il ruolo dell'adl è funzionalmente equiparabile a quello del giudice vero e proprio. Al di là della questione formale, è comunque interessante notare che il modello di enforcement americano, anche ove affidato ad un'autorità amministrativa, ricalca fortemente il modello giurisdizionale, con cui peraltro continua a condividere importanti funzioni grazie all'attività del Department of Justice.

¹⁸Per un'agile panoramica dell'attuale organizzazione e funzionamento della Federal Trade Commission si può consultare il sito ufficiale www.ftc.gov. Per un'analisi dettagliata di tutte le aree di intervento della FTC, richiedente però gli opportuni aggiornamenti, P. C. Ward, *“Federal Trade Commission: law practice and procedure”*, NY, Law Journal Seminars Press, 1986.

¹⁹ C. D. Edwards, *“Control of Cartels and monopolies: An International Comparison”*, Dobbs Ferry, NY, 1967.

della democrazia liberale”, Giuliano Amato osserva che, fatta eccezione per l’Inghilterra, le culture europee continentali erano non solo stataliste, ma anche favorevoli alla cooperazione tra imprese private nazionali piuttosto che alla mutua concorrenza. Nella Francia, tradizionalmente dirigista, così come in Germania e in Italia, che conobbero un ritardo nello sviluppo industriale a causa del ritardo storico subito nei processi di unificazione nazionale, il protezionismo statale, la proprietà pubblica d’impresa, il conferimento di diritti di esclusiva per le imprese pubbliche e private e i consorzi erano ingredienti comunemente accettati per la guida dell’economia.

Lo stesso Amato osserva limpidamente come l’istituzione di un consorzio obbligatorio per tutte le imprese di un determinato settore da parte del regime fascista italiano possa indubbiamente risultare aberrante per qualcuno che sia cresciuto nella cultura dello Sherman Act, ma che nel contesto europeo lo stesso fenomeno si sia presentato semplicemente come l’estremizzazione di un principio radicato, che vedeva nei cartelli una delle manifestazioni positive dell’associazionismo privato e della libertà di commercio, tanto più incoraggiato quanto più indirizzato verso gli obiettivi di pubblico interesse, sotto il controllo del potere pubblico²⁰.

La storia della concorrenza europea riflette quindi una fiducia nel potere pubblico e una tolleranza nella concentrazione del potere economico che eccede quella nutrita negli Stati Uniti, e che insieme a questa costituisce il cuore del dilemma democratico, come si

²⁰ G. Amato, *“Antitrust e vincoli del potere: il dilemma della democrazia liberale”*.

dimostra in un passo del saggio citato che merita di essere riportato per intero:

“Ecco, dunque, il dilemma. Come si può impedire al potere privato di diventare una minaccia alla libertà degli altri? Ma allo stesso tempo, come impedire che il potere conferito alle istituzioni a questo scopo si espanda a tal punto da distruggere proprio quelle libertà che è chiamato a proteggere?”

In una società democratica, allora, ci sono due limiti che non dovrebbero mai essere oltrepassati: uno oltre il quale diventa illegittimo il potere privato, l'altro oltre il quale lo diventa quello pubblico. Dove si collocano esattamente questi limiti? ... E' un fatto che all'interno della stessa società liberale una delle differenze chiave in termini di identità politica sia tra queste due fazioni: la fazione che teme maggiormente il potere privato, e che per combatterlo è pronto a lasciare maggior spazio all'azione di governo; e la fazione che teme maggiormente l'espansione del potere pubblico, e che è perciò più propensa a tollerare quello privato.

E' stato così nel dibattito tra federalisti e repubblicani nei primi anni di vita degli Stati Uniti e lo è oggi tra Repubblicani e democratici nello stesso Paese. Ed è così anche nella divisione tra sinistra e destra in Europa. ... Lo studio del diritto antitrust aiuta a comprendere gli argomenti di ciascuno, e a percepire la vitalità e il significato del dilemma che ha caratterizzato la democrazia liberale dai suoi esordi, e che da sempre scorre nello stesso diritto

della concorrenza.”²¹

In un habitat giuridico come quello europeo, lo smantellamento dei cartelli caratteristici delle economie continentali deve quindi attendere la fine della seconda Guerra Mondiale, con l’importazione del sistema concorrenziale USA nei Paesi Alleati e la sua imposizione in quelli vinti.

In particolare, l’occupazione della Germania, terra fertile per i cartelli che aveva massimizzato questa tendenza con il Nazismo, includeva un piano di decartellizzazione e l’adozione di leggi a tutela della concorrenza.

La diffusione della concorrenza nei Paesi continentali si intreccia con i primi esperimenti di integrazione europea, che nasce come integrazione innanzitutto economica, ancorché strumentale ad una sempre crescente integrazione politica. La legge tedesca contro i cartelli entra in vigore nel 1958 ed è successiva alla firma del Trattato CECA e del più vasto TCE.

La scarna disciplina antitrust contenuta nel Trattato CECA rappresentò una fondamentale innovazione e, come ebbe ad osservare Jean Monnet, si può affermare che l’estesa legislazione antitrust applicata dalla Comunità Europea (e oggi dall’Unione) deriva quelle “poche righe” del Trattato Schuman²².

Il sistema di concorrenza europeo, inizialmente profondamente influenzato dal quello americano, non tarda comunque a mostrare le sue peculiarità, sia nelle strategie normative e applicative di fondo,

²¹ Ibid.

²² “*The evolution of European competition law*”, ASCOLA Workshop on Comparative Competition Law, Firenze, 2006.

sia nel disegno istituzionale predisposto per l'*enforcement*.

Sotto il primo profilo, le legislazioni nazionali e in qualche misura anche quella comunitaria si svilupparono secondo direttrici diverse da quelle americane, optando per un processo di *enforcement* che teneva conto dell'interesse pubblico nel consentire determinate operazioni anticoncorrenziali, contravvenendo al più severo modello USA fondato invece sul divieto generalizzato²³. Inoltre, negli Stati Uniti l'applicazione della disciplina antitrust continua a restare un affare prettamente giurisdizionale, come si evince sia dal riparto di competenze tra il sistema biforcuto Department of Justice - Federal - Courts e la FTC, sia nel funzionamento di quest'ultima, che continua ad alternare i settori di semplice impulso processuale a quelli dominati da una procedura decisionale comunque fortemente giurisdizionalizzata in termini di garanzie procedimentali. Un simile assetto è il risultato del compromesso politico costituzionale che consentì di superare la *non delegation doctrine*, che rendeva difficile inquadrare nella costituzione americana una così rilevante delega di poteri normativi e decisionali a corpi pubblici diversi dai soggetti costituzionalmente investiti di quelle funzioni. La soluzione fece dunque leva su un'interpretazione evolutiva della separazione dei tre poteri e sull'assoggettamento dei nuovi apparati amministrativi a regole procedimentali volte a rendere partecipato, trasparente e imparziale l'esercizio dei poteri ricevuti. In questo senso, l'Administrative Procedure Act del 1946 rappresentò una delle forme più efficaci di

²³ *"The Antitrust Revolution in Europe"*, Cheltenham, UK; Northampton, MA, USA, 2010.

garantismo applicato all'esercizio di funzioni amministrative.

In Europa, al contrario, la tradizione dello Stato a diritto amministrativo rende l'attività di *enforcement* una questione prettamente amministrativa, affidata a corpi pubblici più o meno indipendenti dalla struttura ministeriale, che adottano delle decisioni amministrative, giustiziabili di solito davanti alla giurisdizione amministrativa. Si percepisce come anche questo assetto riecheggi contingenze storiche: con particolare riferimento Paesi dell'Europa Continentale, lo Stato di Diritto si è presentato come il risultato di una progressiva erosione delle sfere di discrezionalità e insindacabilità amministrative. Sotto questo profilo, è emblematica l'esperienza della Francia, che già nel Sedicesimo Secolo aveva visto formarsi un apparato burocratico stabile e fortemente centralizzato al servizio del sovrano assoluto. Il problema dello Stato di Diritto affermatosi verso la fine del secolo successivo, e del costituzionalismo moderno dei secoli Diciottesimo e Diciannovesimo fu quindi come e in che misura assoggettare un così poderoso apparato esecutivo al primato della legge approvata dal Parlamento²⁴.

Peraltro, si registra oggi un assottigliamento della differenza tra i due sistemi, che non di rado ha fatto descrivere anche le autorità di concorrenza tipicamente moniste come corpi paragiurisdizionali.

Volendo prendere come esempio proprio l'Autorità Garante della concorrenza e del mercato, l'attività di sussunzione di fattispecie concrete a fattispecie normative come gli articoli 101 e

²⁴ M. Clarich, "*Autorità indipendenti: bilancio e prospettive di un modello*", Cedam, 2005.

102 TUE in vista della comminazione di una sanzione o dell'emanazione di un'altra pronuncia comunque ripristinatoria dello status quo ante è del tutto assimilabile a quella svolta dal giudice civile o penale.

Ciò ha portato il legislatore a prevedere spiccate garanzie di contraddittorio a favore degli interessati (contraddittorio scritto e orale, verbalizzazione delle dichiarazioni) assimilabili a quelle previste per i procedimenti giurisdizionali.

Allo stesso modo, il tipo di provvedimenti emanati dall'Autorità a conclusione dell'istruttoria ai sensi degli articoli 18 e ss. della legge 287/1990 è simile, sul piano strutturale, alle pronunce emanate dagli organi giudiziari. A ciò si aggiunga che, nella prassi, l'Autorità ha spontaneamente adottato uno stile di provvedimento molto articolato e complesso, soprattutto con riferimento all'ampiezza e all'approfondimento della motivazione.

Malgrado ciò, permangono alcune differenze significative, quanto meno nell'impostazione: la dottrina più accorta ha riflettuto su come, utilizzando le norme della legge 241/1990 sulla nomina del responsabile del procedimento, si sarebbe potuto rafforzare la terzietà dell'Autorità rispetto alle parti e all'oggetto della decisione, assegnando rispettivamente l'istruttoria e la decisione a due organi distinti. Una simile bifasicità è invece assicurata nell'operato della Federal Trade Commission quando la stessa può esercitare poteri decisionali propri: la funzione istruttoria viene attribuita ad un *hearing examiner* mentre quella decisionale spetta all'*administrative law judge*.

Probabilmente, proprio per questi motivi, la tesi della

paragiurisdizionalità dell'AGCM non ha avuto conseguenze pratiche nei rapporti tra autorità e giudice amministrativo in termini di giustiziabilità del provvedimento: il procedimento resta un procedimento amministrativo assoggettato alla legge 241/1990, con caratteristiche di flessibilità assenti nel processo civile e penale; il Tar e il Consiglio di Stato hanno utilizzato anche nei confronti dei provvedimenti adottati dall'Autorità i parametri di verifica di legittimità degli atti amministrativi.

2. L'architettura istituzionale degli Stati Membri.

Ai fini dello studio di un determinato assetto istituzionale preposto alla tutela della concorrenza, si è voluto utilizzare il metodo di lavoro suggerito da due studiosi canadesi, Michael J. Trebilcock e Edward M. Iacobucci, nel loro articolo "Designing Competition Law Institutions", apparso nella nota rivista "World Competition Law" nel 2002. Nel lavoro indicato, gli autori si ripropongono di studiare i diversi modelli istituzionali antitrust prendendo in considerazione alcuni aspetti fondamentali, che costituiscono generalmente gli elementi portanti di ciascun sistema di *enforcement* e possono pertanto almeno potenzialmente influenzarne il funzionamento. I paragrafi successivi intendono quindi illustrare sinteticamente l'organizzazione delle autorità di concorrenza utilizzando come riferimento i seguenti parametri:

- **Indipendenza:** la nozione in esame, molto discussa in dottrina, viene qui utilizzata nella sintesi pragmatica datane da Longobardi, che la riferisce all'autorità amministrativa descrivendola come il risultato delle norme in tema di

attribuzione di poteri, di forme di controllo, di autonomia di gestione, organizzativa e contabile, di garanzie per i titolari degli uffici. Questa normativa, complessivamente considerata, deve essere tale da consentire che la funzione fondamentale assegnata all'autorità sia esercitata senza condizionamenti da parte del livello politico e dei gruppi privati controllati dall'autorità (cattura del regolatore). Proprio in quanto suscettibile di tante declinazioni, la nozione d'indipendenza è relativa e lungi dall'essere presente allo stesso grado in tutte le autorità di concorrenza europee: si pensi, con riferimento alle tre autorità qui considerate, alla massima indipendenza formale raggiunta dall'autorità italiana confrontata con quella tedesca, indipendente di fatto ma di diritto inserita nell'articolazione del ministero dell'economia.

- **Procedimento.** La procedura condotta dalle autorità antitrust assume notevole interesse considerata nei suoi singoli fotogrammi: iniziativa, poteri istruttori, poteri cautelari, decisione, contraddittorio (che non di rado, data la natura paragiurisdizionale della funzione svolta dalle autorità, è declinato in maniera più incisiva di quanto previsto per il procedimento amministrativo classico). Nel procedimento amministrativo antitrust assume importanza anche il rapporto istruzione-decisione. In particolare, le due fasi possono essere attribuite a corpi distinti, come avviene nel modello dualista o biforcuto più risalente, ovvero essere svolte da una stessa autorità, come si verifica più spesso nei Paesi dell'Europa

continentale²⁵. Tuttavia, anche nel sistema monista, possono esserci delle differenze a seconda che tali funzioni siano assegnate a due organi diversi, come avviene ad esempio in Francia ex lege, ovvero che siano svolte dal medesimo organo, come accade in Germania, o ancora che siano separate dal regolamento interno dell'autorità ma non a livello legislativo, come accade in Italia²⁶.

- Assoggettabilità al controllo giurisdizionale. La stabilità delle decisioni in tema di concorrenza risente della loro assoggettabilità a controllo giurisdizionale, del riparto di giurisdizione (si pensi al caso in cui il controllo sia attribuito alla giurisdizione ordinaria oppure amministrativa o addirittura ad un tribunale specializzato come accade in Inghilterra) e dell'incisività del controllo.
- Assoggettabilità al controllo politico, anch'esso rilevante ai fini della stabilità delle decisioni.

I criteri indicati sono del resto strettamente collegati: le possibilità di revisione politica sono proporzionali al grado di

²⁵ A. Bohm "*Tutele procedurali: profili comparati*", Iovinelli, 2007. Alcune sistemi di concorrenza possono presentarsi in duplice veste, adottando un carattere dualista in certi settori e monista in altri. Si pensi ad esempio al Regno Unito, che adotta il sistema monista per la tutela del diritto antitrust in senso stretto (accordi restrittivi e abuso di posizione dominante) e un sistema dualista per le concentrazioni, come si vedrà nelle pagine seguenti.

²⁶ Alcuni studiosi, basandosi sulla natura quasi giudiziale di alcune procedure antitrust e sull'elevato tasso di discrezionalità che le caratterizza, hanno sottolineato l'importanza tutta particolare assunta in questa sede dal procedimento. In questo senso si veda ad esempio il saggio di Luisa Torchia "Venti anni di potere Antitrust: dalla legalità sostanziale alla legalità procedurale nell'attività dell'AGCM", in "*Venti anni di Antitrust*", Rabitti Bedogni - Barucci, Giappichelli, 2010.

indipendenza raggiunto e la circostanza che la fase decisoria sia attribuita ad un'autorità dotata di elevata competenza tecnica piuttosto che ad una corte di giustizia, o ancora che la decisione sia presa dallo stesso organo che ha istruito la pratica con i rischi assimilabili a quelli di un giudizio *in re propriam*, possono incidere sul controllo giurisdizionale.

3. Francia.

3.1. Dalla Commission Technique des Ententes à l'Autorité de la Concurrence.

Il sistema francese di tutela della concorrenza, recentemente razionalizzato dalla legge di modernizzazione dell'economia del 13 gennaio 2008, è interessato ancora oggi da fattori di carattere strutturale legati alla peculiare evoluzione storica dei rapporti tra politica ed economia, fra strutture amministrative ed aziende private.

Il ruolo portante dell'apparato statale nello sviluppo economico del paese ha determinato difatti una centralità dell'amministrazione e del diritto amministrativo nell'assetto socio-economico francese, rendendo non indolore il trapianto di strumenti di politica economica tipicamente liberali come la tutela giuridica attiva della libera concorrenza.

Il sistema antitrust francese prende l'avvio dalla legge n. 45-1483 del 30 Giugno 1945: questa prevedeva un sistema di prezzi amministrati finalizzato a promuovere la crescita industriale e a contenere l'inflazione. La legislazione della concorrenza si sviluppa

al margine di questo sistema di prezzi amministrati, come un insieme di regole destinate a reprimere alcuni specifici comportamenti delle imprese, al di fuori di una qualsiasi visione generale del problema, slegata da ogni previsione di istituzioni appositamente dedicate a tali compiti. Infatti, la predisposizione di un organismo orientato alla tutela della concorrenza avviene solo con il decreto del 9 agosto 1953, che istituisce la *Commission technique des ententes*, volta a combattere le incidenze negative sui prezzi derivanti dalle intese e dall'abuso di posizione dominante. Si trattava di un organismo particolarmente "leggero", composto da esperti che non vi si dedicavano neppure a tempo pieno, bensì limitatamente alla fase di consultazione. Del resto, il ruolo della Commissione era modesto, prettamente ancillare rispetto al Ministero dell'Economia, che poteva cercare una transazione informale o in alternativa optare per l'azione giudiziaria nei confronti delle aziende coinvolte. Dato il carattere penale di molte delle infrazioni previste, spesso congiunte a pene detentive elevate, l'azione giudiziaria veniva usata raramente dai pubblici poteri. Malgrado il profilo decisamente modesto, la dottrina francese tende a citare l'apporto della Commissione al sistema francese, sottolineando l'approccio giuridico ai problemi di concorrenza elaborato nel corso della sua attività. Ad esempio, il collegio amministrativo sviluppò per la prima volta una valutazione del carattere nocivo delle restrizioni alla concorrenza che tenesse conto anche dei vantaggi economici correlati alle stesse restrizioni, creando un criterio detto "del bilancio" molto simile alla *rule of reason* della giurisprudenza anglosassone²⁷.

²⁷ L. Ammannati, "La concorrenza in Europa. Sistemi organizzativi e autorità

La legge delega del 22 giugno 1967 abilita il governo a ad apportare alcune modifiche alla legislazione francese sulla concorrenza: in particolare, si dispone che le intese possono essere vietate anche per motivazioni diverse dalla loro incidenza negativa sui prezzi. L'intervento legislativo, pur lasciando inalterato il quadro istituzionale, rappresenta quindi una tappa importante, potendo essere considerato come il primo passo verso un'autonomia del diritto della concorrenza rispetto al sistema originario dei prezzi amministrati, e prepara dunque la via per la successiva, crescente esigenza di autonomia dal punto di vista istituzionale²⁸.

Quest'ultima si inserisce nella successiva e ben più penetrante riforma del 1977 voluta da Raymond Barre, noto economista e primo Ministro sotto la presidenza di Giscard d'Estaing. La riforma Barre ha due obiettivi: rafforzare l'efficacia delle norme a tutela della concorrenza e potenziare l'organismo tecnico-consultivo. Sul primo versante, l'obiettivo viene raggiunto in primo luogo dotando il Ministro dell'economia di poteri di ingiunzione e di sanzione pecuniaria esercitati al termine di una procedura formalizzata, che sostituisce le vecchie transazioni informali con le aziende, e in secondo luogo depenalizzando alcuni comportamenti o trasformando le pene detentive in sanzioni pecuniarie, assicurando un ricorso più agevole all'azione giudiziaria da parte dei poteri pubblici.

Quanto al secondo aspetto, la Commission des ententes, ribattezzata Commission de la Concurrence, viene dotata di

di garanzia", Cedam, 1998.

²⁸ Ibid.

personale proprio e messa in condizione di operare in maniera stabile. Inoltre, in aggiunta alle tradizionali prerogative, si vede attribuite due funzioni supplementari: la consulenza al Governo per tutte le questioni inerenti alla concorrenza e al Ministeri dell'economia in particolare in merito ai progetti di concentrazione che lo stesso Ministero è chiamato ad autorizzare²⁹.

Con la legge del 1977, la difesa della concorrenza assume una nuova dimensione nell'ordinamento francese, diventando risposta esclusiva ad un'istanza permanente. Tuttavia, se è vero che la legge conteneva già gli elementi fondamentali dell'attuale diritto antitrust francese, prevedendo in via di principio la competenza di un organo indipendente a decidere sulle principali questioni in materia di concorrenza, è altrettanto vero che la Commission de la Concurrence non disponeva né di adeguati mezzi istruttori, essendo le indagini condotte principalmente dalla Direction Générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes (DGCRF) presso il Ministero dell'Economia, e soprattutto difettando la Commissione dei poteri giuridici per imporre le sue decisioni, lasciando quindi all'articolazione ministeriale il ruolo di asse portante del sistema. Il punto venne rilevato nel fondamentale studio del Consiglio di Stato Francese sulle autorità amministrative indipendenti, dove il Consiglio rilevava gli evidenti limiti imposti alla Commissione in merito ai poteri di indagine e di decisione e ai casi da trattare³⁰.

²⁹ Per un conciso riepilogo delle origini dell'autorità di concorrenza francese, si può consultare il sito www.autoritedelaconcurrence.fr, alla voce "rappel historique".

³⁰ Lo studio citato è l'"*Etude sur les autorités administratives indépendentes*",

Il processo di riforma così sollecitato, diventato tema centrale per gli schieramenti politici in Parlamento, venne attuato con l'ordinanza del 1986, che trasferisce il potere sanzionatorio dal Ministero all'autorità, rinominata Conseil de la concurrence. Coerentemente, l'organismo viene dotato di poteri sostanziali sia strutturali che procedurali, in particolare attraverso la previsione di un procedimento che garantisce i diritti di partecipazione e contraddittorio dei soggetti interessati³¹.

Il ruolo del Ministero dell'Economia e della DGCCRF non sono tuttavia eliminati dalla riforma: il primo conserva il potere decisionale rispetto alle concentrazioni mentre la seconda continua a mantenere una prevalenza, soprattutto quantitativa, nella conduzione delle indagini.

Il sistema così delineato subisce gli ultimi importanti aggiustamenti con la legge di modernizzazione n. 2008-776: l'Autorità succede al Ministero dell'economia nel controllo delle operazioni di concentrazione e viene dotata di un articolato servizio di istruzione che la mette in condizione di condurre autonomamente le indagini necessarie, senza trovarsi a dipendere praticamente dalla DGCCRF. Tuttavia, come anticipato all'inizio di questo paragrafo, tracce della impostazione originaria continuano a permanere: così, ad esempio, il Ministro conserva il potere di autorizzare una concentrazione inibita dall'Autorità qualora essa si riveli d'importanza strategica per il paese, per motivi di interesse pubblico diversi dalla concorrenza. Inoltre, il coinvolgimento della

in Etudes et documents du Conseil d'Etat n. 35, 1983-1984.

³¹ www.autoritedelaconcurrence.fr, alla voce "rappel historique".

DGCCRF, tradizionalmente preposta alle funzioni istruttorie, è oggi mantenuto attraverso la previsione della nomina di un commissario governativo, per l'appunto il Direttore Generale, che presenta osservazioni in merito alle questioni di fatto e di diritto dei casi sottoposti alle autorità, e le sue opinioni sulle soluzioni possibili. Il commissario non prende successivamente parte alla deliberazione³².

3.2. Indipendenza.

Secondo la tradizione europea, la tutela della concorrenza è affidata prevalentemente al potere esecutivo. In questo ambito il ruolo del vertice politico e dell'articolazione ministeriale si è progressivamente ridotto a favore di un organismo amministrativo *ad hoc*.

L'Autorità de la concurrence è costituita da un collegio formato dal Presidente e da sedici membri, assistiti da una struttura burocratica articolata in uffici (“*services*”) che svolgono le funzioni di investigazione e analisi dei mercati e forniscono tutto il necessario supporto tecnico e operativo al collegio per l'esercizio delle sue funzioni decisorie.

L'art. 2 della legge di modernizzazione dell'economia, modificando l'art. 461 del Codice di commercio francese, qualifica espressamente l'autorità per la concorrenza come autorità amministrativa indipendente. La categoria era già stata definita dal Consiglio da Stato in un apposito studio del 2001, in cui il Consiglio adotta la definizione, divenuta poi classica in dottrina, di

³² www.autoritedelaconcurrence.fr, alla voce “rappel historique”.

“organismi amministrativi che agiscono in nome dello Stato e dispongono di un potere autonomo, senza derivarlo dall’autorità del governo”³³. Il legame diretto con lo Stato (inteso evidentemente come Stato Comunità e non come Stato Apparato) e lo scioglimento dalla gerarchia ministeriale viene sottolineato anche nei rapporti parlamentari dedicati al tema delle autorità indipendenti, dove si legge appunto che tali autorità “impegnano direttamente la responsabilità dello Stato” e che “non ricevono indirizzi né istruzioni dal Governo”³⁴. Nello stesso rapporto viene altresì sottolineato come, se la legge abbonda di dispositivi volti a proteggere le autorità dall’intrusione del Governo, dall’altro lato essa è generalmente carente sotto nell’assicurare l’indipendenza dai soggetti amministrati, difettando di mezzi per evitare il fenomeno della cosiddetta “cattura del regolatore”. Peraltro, occorre tenere presente che l’osservazione è antecedente all’entrata in vigore della legge di modernizzazione, che prevede invece alcuni meccanismi per garantire la trasparenza dell’operato dell’autorità di concorrenza francese anche riguardo alle imprese³⁵.

Il requisito dell’indipendenza si realizza innanzitutto sul piano organizzativo, in particolare per quanto riguarda il sistema di nomina-revoca dei componenti e lo status per essi previsto. Il

³³ Conseil d’Etat “*Les Autorités administratives indépendantes*”, Rapport Public, 2001.

³⁴ Rapport de l’Office parlementaire d’évaluation de la législation sur les autorités administratives indépendantes n. 404 (2005-2006) par. M. Patrice Gélard, tome 1.

³⁵ Ad esempio, l’art. 461 del Code de Commerce, come modificato dall’art. 95 della legge di modernizzazione, prevede l’obbligo dei membri dell’autorità di informare il Presidente di ogni interesse economico di cui siano eventualmente titolari in merito ad un determinato procedimento.

Presidente è nominato con decreto del Presidente della Repubblica su proposta del ministro dell'economia, previa consultazione delle commissioni parlamentari competenti in materia di concorrenza, in ragione delle sue competenze nei settori economico e giuridico. Per quanto riguarda gli altri sedici membri del collegio, sei sono scelti tra i magistrati del Consiglio di Stato, della Corte di Cassazione, della Corte dei Conti; cinque in ragione delle loro specifiche competenze in materia di economia, concorrenza e diritto dei consumatori; cinque infine sono scelti in quanto esercitano o hanno esercitato le loro attività nei settori della produzione, della distribuzione, dell'artigianato, dei servizi e delle arti liberali. I membri del collegio sono nominati con decreto presidenziale su proposta del ministro dell'economia e restano in carica per cinque anni, rinnovabili per tutti i membri salvo che per il presidente, il cui mandato può essere rinnovato una sola volta. Tra i sedici membri del collegio vengono nominati quattro vice-presidenti ed è interessante notare come, nell'ambito dell'Autorità, solo questi e il Presidente svolgano le proprie funzioni in maniera continuativa, risolvendosi invece il ruolo dei restanti dodici in un apporto temporaneo, secondo una strutturazione che ricalca quella della vecchia Commission des ententes, inizialmente pensata come organismo duttile e "leggero" al servizio del braccio ministeriale. Per il Presidente e i vice-presidenti valgono inoltre i motivi di incompatibilità previsti per i pubblici impiegati. Una volta nominati, i membri del collegio non possono più essere revocati, salvo che nei casi previsti dall'articolo 461 del Codice di Commercio, che contempla l'assenza ingiustificata a tre sedute consecutive o l'inadempimento dell'obbligo di informare il

presidente dell'interesse che il componente abbia in una determinata attività economica e susseguentemente di astenersi dal deliberare nell'affare in cui abbia interesse. La revoca compete al ministro dell'economia³⁶.

3.3. Procedimento.

L'Autorité de la Concurrence può attivarsi sia d'ufficio che su istanza di parte. Il procedimento, coerentemente al carattere paragiurisdizionale rivestito dall'autorità di cui si è detto, garantisce i diritti dei terzi coinvolti nel procedimento in maniera incisiva, in particolare attraverso la bifasicità del procedimento stesso e la garanzia del contraddittorio in più stadi della procedura. In ogni caso, queste caratteristiche della procedura antitrust non fanno venire meno la giustiziabilità della decisione, ulteriore corollario delle garanzie predisposte per gli interessati.

Per quanto riguarda il primo aspetto, l'istruzione del caso è effettuata da un complesso apparato di uffici, i services d'instruction, mentre la decisione è adottata dall'Autorità in senso stretto, cioè dal collegio più il presidente, che valuta autonomamente il materiale istruttorio raccolto.

Si tratta di una separazione affrontata dall'Autorità di concorrenza attraverso il regolamento interno prima ancora che intervenisse una modifica legislativa in tal senso con la novella dell'art. 463-7 del Codice di Commercio da parte della legge n.

³⁶ Articoli L. 461-1 e L. 461-2 del Code du Commerce, come modificati dalla Legge di modernizzazione dell'economia n. 776-2008.

912-2000. L'Autorità si conformava per questa via ai rilievi della Corte di Cassazione e del Consiglio di Stato che, assimilando il potere di sanzione dell'autorità alle sanzioni penali, avevano ritenuto applicabile anche alle sanzioni antitrust le garanzie dell'equo processo contenute nell'art. 6 della CEDU come interpretate dalla Corte europea dei diritti dell'uomo³⁷. In particolare, le supreme giurisdizioni avevano sottolineato come il rispetto dell'art. 6 si estendesse dalle garanzie procedurali all'organizzazione dell'autorità, che deve essere tale da assicurare l'imparzialità obiettiva secondo l'interpretazione consolidata dell'art. 6 CEDU, e la censura dell'esercizio da parte del medesimo soggetto delle due funzioni di istruzione e di giudizio di merito³⁸.

I services d'instruction sono composti da funzionari di diversa professionalità (giuristi ed economisti) come la materia richiede. Attualmente esistono cinque services d'instruction dedicati alle pratiche anticoncorrenziali, a cui occorre aggiungere due servizi

³⁷ In dettaglio, l'Autorità aveva deciso che l'Istruttore generale e l'istruttore della singola pratica non avrebbero più assistito alla deliberazione nei casi di intese restrittive, abuso di posizione dominante o di prezzi predatori, ottenendo l'avallo della Cass. Comm. 5 ottobre 1999, n. 158.

Sulla stessa linea, la stessa Cass. Comm. 9 ottobre 2001, n. 160, ha ritenuto violato il principio di imparzialità in quanto l'Autorità, chiamata a pronunciarsi su una richiesta di misura cautelare, aveva successivamente ritenuto vietati i fatti denunciati, lasciando che alcuni membri che avevano deciso in ordine alla cautelare si pronunciassero anche in sede di decisione finale. In questo caso, il principio di imparzialità poteva dirsi violato perché gli atti della cautelare potevano essere interpretati come una anticipazione della conclusione del procedimento. G. Canivet, *“La modernisation du droit de la concurrence”*, LGDJ, 2009.

³⁸ N. Longobardi, *“Autorità indipendenti e sistema giuridico istituzionale”*, Giappichelli, 2010, in particolare il saggio “Il Conseil d'Etat e le autorità amministrative indipendenti”, dedicato al Rapport public del 2001 in cui la suprema giurisdizione amministrativa francese ha analizzato a fondo questo tema.

specializzati come il service des concentrations e il service économique. Tutti i services d'instruction sono coadiuvati da un Istruttore Generale (rapporteur général), assistito da quattro vice-istruttori. L'Istruttore Generale è nominato con decreto del ministro dell'economia, previo parere favorevole del collegio; i vice-istruttori sono nominati con decisione dell'Istruttore Generale, che viene pubblicata nel Bollettino Ufficiale dell'Autorità. All'Istruttore Generale sono attribuiti tutti i principali atti dell'istruttori: egli nomina il funzionario istruttore, notifica le violazioni riscontrate alle imprese interessate, proroga eventualmente il termine per effettuare le repliche in seguito alla notifica degli addebiti e del rapporto ai fini dell'esercizio del contraddittorio. Ai fini della raccolta delle prove delle violazioni, l'Istruttore generale può decidere di avvalersi, oltre agli strumenti degli uffici, anche del supporto degli inquirenti locali posto sotto la direzione del ministro dell'economia. Può inoltre richiedere il parere degli esperti, in caso di richiesta da parte dei funzionari istruttori.

La decisione, come detto, viene adottata dal collegio, che valuta in piena autonomia il materia istruttorio raccolto e illustrato nel rapporto finale redatto dall'Istruttore Generale. Il collegio delibera in seduta plenaria, in sezione, in commissione permanente (il presidente e i quattro vicepresidenti) o come giudice unico (sono questi i casi in cui il presidente o un vicepresidente da lui designato può statuire da solo. Si tratta peraltro di eccezioni perché l'autorità è un'istituzione collegiale e le decisioni sono quindi prese collettivamente). I criteri di quorum sono fissati dal regolamento interno dell'autorità. Le sezioni non sono specializzate e possono

quindi deliberare su qualsiasi questione.

Per quanto riguarda i tipi di decisioni adottate, schematicamente si possono distinguere le decisioni adottate nel contesto di una procedura contenziosa da quelle che rivelano più propriamente una transazione tra l'Autorità e le imprese, alternative alle prime³⁹.

Nel caso in cui l'Autorità riscontri un'infrazione, può pronunciare decisioni sanzionatorie: sanzioni pecuniarie e ingiunzioni, tra cui vanno ricordate anche le ingiunzioni di pubblicazione, con cui il mercato viene allertato dell'illegittimità di determinati comportamenti, e delle penalità di mora, nel caso in cui l'impresa condannata ritardi nel ripristinare lo stato antecedente alla violazione/il pagamento della sanzione. L'Autorità può inoltre applicare misure cautelari in attesa della decisione finale, in caso di pericolo grave e immediato per un settore economico o un'impresa. La misura può assumere concretamente la forma di un'ingiunzione, ad esempio la soppressione di clausole anticoncorrenziali di un contratto, la modifica di disposizioni statutarie etc. Al termine di una procedura contraddittoria tra le parti, l'Autorità può inoltre pronunciare una decisione di non luogo a procedere, se ritiene che gli elementi addotti non siano tali da far rilevare l'esistenza di una violazione, o una decisione di rigetto per difetto degli elementi probatori a carico dell'impresa.

Alternativamente alla procedura contenziosa di cui si è detto, l'Autorità di concorrenza francese può optare per una soluzione di tipo transattivo o negoziale, che fa leva sui tre strumenti della

³⁹ La distinzione proviene dalla stessa autorità di concorrenza: www.autoritedelaconurrence.fr.

rinuncia alla contestazione, degli impegni e del programma di clemenza⁴⁰.

Nel primo caso, l'impresa rinuncia a contestare gli addebiti notificatigli dall'autorità in cambio di una riduzione di sanzione. Le imprese possono inoltre prendere degli impegni destinati ad orientare la loro futura condotta, beneficiando in tal modo di una riduzione supplementare.

Gli impegni sono obblighi che l'impresa sospetta di infrazione si assume per correggere la propria condotta prima che la violazione venga definitivamente contestata⁴¹.

Infine, la Francia ha adeguato il proprio precedente programma di clemenza al modello europeo concordato in seno all'ECN di cui si è parlato nel precedente capitolo, facendo leva sul trattamento favorevole applicabile alle imprese denunzianti un cartello.

E' importante sottolineare come l'Autorità non sia mai obbligata

⁴⁰ Occorre però osservare che, malgrado la stessa autorità qualifichi tutte e tre le procedure predette come negoziate, ad una più attenta disamina solo la decisione sugli impegni può effettivamente dirsi tale, se si intende per procedura negoziale l'insieme di atti che eliminano in radice l'accertamento dell'infrazione al termine di una transazione tra autorità e imprese: nella rinuncia alla contestazione e nei programmi di clemenza, il comportamento dell'impresa determina solo una riduzione, più o meno cospicua, della sanzione applicabile: in questo senso la classificazione italiana in Lalli - Catricalà, "L'antitrust in Italia", Giuffré, 2010. Naturalmente, nulla impedisce di accettare la classificazione francese, laddove si intenda invece per procedura negoziale qualunque procedimento volto a regolare l'entità oltre che l'eventualità della sanzione.

⁴¹ Il ricorso agli impegni, per ammissione dell'Autorità, si è rivelato particolarmente utile per combattere alcune pratiche unilaterali aventi come effetto più frequente la restrizione dell'accesso al mercato (i.e. in caso di rifiuto d'accesso a delle risorse rare o per assicurare l'effettività della concorrenza su dei mercati in corso di liberalizzazione, o ancora in settori caratterizzati da mutamenti economici e commerciali, come le vendite via internet).

a ricorrere agli strumenti negoziali, potendo sempre, laddove lo ritenga più opportuno, optare per la procedura contenziosa.

La procedura in tutta la sua estensione (istruzione/decisione) è caratterizzato da adeguate garanzie di contraddittorio ispirate ai principi del processo equo. Le parti interessate hanno diritto a tre momenti di contraddittorio: due repliche scritte, rispettivamente in seguito alla notificazione degli addebiti e alla relazione dell'Istruttore Generale al termine dell'istruttoria, e una replica orale davanti al collegio chiamato a decidere il caso, che verifica altresì la regolarità del procedimento seguito dai services d'instruction. Le parti possono inoltre presentare le proprie osservazioni al Conseiller Auditeur, esperto procedurale nominato con decreto del ministro dell'economia, chiamato a risolvere eventuali nodi procedurali prima che il caso passi in decisione. L'ordinanza del 13 novembre 2008 ha rafforzato la protezione dei segreti commerciali modificando l'articolo L. 463-4 del Codice di Commercio, che attribuisce all'Istruttore Generale la facoltà di rifiutare, alla parte che ne faccia richiesta, i documenti oggetto di domanda che possano nuocere all'integrità dei segreti commerciali altrui. In questo caso, la parte può ottenere solo una versione non confidenziale del documento e una sintesi degli elementi che gli sono accessibili. La disposizione non si applica laddove la conoscenza degli atti contenenti i segreti commerciali sia necessaria per l'esercizio del diritto di difesa.

3.4. Controllo giurisdizionale.

Le decisioni in materia di pratiche anticoncorrenziali sono

giustiziabili davanti alla Corte d'Appello di Parigi; quelle in merito alle concentrazioni davanti al Consiglio di Stato.

Originariamente, la legislazione francese non identificava espressamente la giurisdizione sugli atti delle autorità amministrative indipendenti, salvo poche eccezioni. Nei casi in cui non vi fossero disposizioni espresse, il Consiglio di Stato aveva riconosciuto la giurisdizione del giudice amministrativo, ferma restando naturalmente la prerogativa del legislatore di intervenire assegnando espressamente la giurisdizione al giudice ordinario. In queste ipotesi, tuttavia, la giurisprudenza costituzionale ha affermato il trasferimento di giurisdizione deve avvenire senza intaccare la tutela assicurata ai cittadini. L'intervento del giudice costituzionale francese si è innestato proprio nella vicenda del trasferimento di giurisdizione sugli atti dell'autorità di concorrenza nel 1987, quando la giurisdizione per i casi di intese e abuso di posizione dominante venne attribuito espressamente dal legislatore al giudice ordinario dopo anni di tradizionale giurisdizione amministrativa. Il Conseil Constitutionnel, chiamato a pronunciarsi sulla questione, definì il trasferimento di funzioni di per sé non contrastante con la Costituzione, condannandolo però nel caso di specie, perché alla Corte d'appello non era stato conferito il potere di sospendere l'esecuzione della decisione impugnata laddove il giudice amministrativo aveva sempre potuto assicurare questa tutela⁴².

Per quanto riguarda l'intensità del sindacato giurisdizionale sugli atti dell'Autorité de la concurrence, il controllo esercitato dal

⁴² A. W. Heringa, "Agencies in France: Autorités administratives indépendantes", in *"Agencies in European and Comparative Law"*, Tom Zwart - Luc Verhay (eds), 2003.

giudice francese si è svolto in crescendo. Come in altri sistemi giuridici, la tesi che un controllo giurisdizionale troppo incisivo potesse minare l'indipendenza dell'autorità, intaccando la sua particolare posizione costituzionale respingendola nella gerarchia ministeriale, aveva in un primo momento fatto propendere il giudice francese per l'esercizio di un sindacato debole. Ad esempio, inizialmente il Consiglio di Stato annullava gli atti del Conseil de Concurrence e delle altre autorità indipendenti solo nel caso di errore manifesto nell'accertamento del fatto, lasciando per contro intatte decisioni al limite dei poteri assegnati alle autorità dal legislatore⁴³.

Con l'asestarsi del fenomeno delle autorità indipendenti nel sistema giuridico francese si è gradualmente diffuso l'approccio inverso, che ha collegato l'estraneità delle autorità al circuito democratico e alla supervisione ministeriale alla necessità di assicurare un controllo giurisdizionale incisivo sui loro atti (sindacato forte), che allarga leggermente le proprie maglie solo rispetto alla discrezionalità tecnica delle autorità⁴⁴.

Così nel rapporto pubblico del 2001 dedicato dal Consiglio di Stato alle autorità amministrative indipendenti viene sottolineato il ruolo positivo svolto dal controllo giurisdizionale sulle autorità considerate, che ha estensione piena, pari a quello esercitato su ogni autorità amministrativa e non varia se risulta attribuito al giudice

⁴³ *Ibid.*

⁴⁴ *Ibid.* Valgono in ogni caso le considerazioni esposte in precedenza sulla crescente incisività del controllo anche sugli aspetti tecnici resa possibili dal conferimento della giurisdizione ad un unico giudice secondo un criterio funzionale, che consente ai magistrati di padroneggiare la materia anche grazie ad una casistica consolidata.

amministrativo o al giudice ordinario.

Le sanzioni amministrative, in particolare, sono sottoposte ad un controllo di proporzionalità e la giurisdizione competente dispone al riguardo di un potere di *pleine jurisdiction* in grado di garantire l'adeguatezza della sanzione alla violazione contestata. La Corte d'Appello di Parigi può, in altri termini, annullare la sanzione amministrativa pecuniaria comminata all'impresa dall'Autorité de la concurrence per difetto di proporzionalità, fissando essa stessa l'ammontare della sanzione sulla base degli elementi contenuti nel dossier. La Corte può quindi annullare, modificare o aggiornare le sanzioni pecuniarie in materia antitrust; non può però aggravarle, tranne nel caso in cui l'atto sia impugnato dal Ministro dell'Economia.

Il controllo svolto dal giudice in questa serie è particolarmente articolato, estrinsecandosi in un approccio in primo luogo analitico, consistente nella verifica del rispetto dei criteri legali da parte dell'autorità, e in seconda battuta globale, destinato a verificare la ponderazione dei criteri seguita per la determinazione della sanzione ed il suo ancoraggio ai limiti e agli obiettivi imposti dalla legge⁴⁵.

Il controllo della Corte d'appello è motivato, suscettibile di riesame da parte della Corte di Cassazione.

3.5. Revisione politica.

La revisione politica è circoscritta alle decisioni che vietano le concentrazioni, che possono essere invece autorizzate dal Ministero

⁴⁵ G. Canivet, "La modernisation du droit de la concurrence", L.GD.J, 2009.

per motivi di interesse pubblico.

4. Italia.

4.1. L'importazione della tutela della concorrenza.

Il sistema antitrust italiano non è autoctono: esso è stato importato dall'Europa, dove aveva già una storia lunga e complessa, nel contesto di una crescente integrazione economica che premeva per i necessari adeguamenti delle istituzioni economiche degli stati membri.

Fu infatti nel novembre 1986, qualche mese dopo la presentazione del Libro Bianco sul completamento del mercato interno pubblicato dalla Commissione Europea, che l'allora ministro dell'industria Valerio Zanone nominò una commissione di studio sulla concorrenza, affidandone la presidenza all'economista liberale Franco Romani. Prima di quel momento, il dibattito sull'opportunità di introdurre un processo di apertura dei mercati alla concorrenza aveva fatto capolino solo all'interno di qualche ristretta cerchia di intellettuali come gli "Amici del Mondo", capeggiati non a caso da un comparatista della statura di Tullio Ascarelli.

La commissione fu rinnovata dal nuovo ministro dell'Industria, il repubblicano Adolfo Battaglia, nel settembre del 1987 e poté così proseguire i lavori. Dopo una prima fase, in cui la stessa necessità di una normativa nazionale sulla concorrenza venne messa in dubbio, si pervenne rapidamente ad un consenso generale per una legislazione nazionale. Dietro a questa acquisizione si celavano

però indirizzi diversi, come il progetto presentato da Guido Rossi, più in linea con l'antitrust statunitense e più incline a mantenere la responsabilità governativa, specie in caso di deroga alla norma, e la linea più prossima alla normativa comunitaria, che finì per prevalere. La Commissione concluse di fatti i lavori nell'aprile 1988 con una relazione in cui si proponeva l'emanazione di una legge per la tutela della concorrenza direttamente ispirata alle norme del Trattato CE, che istituisse un'Autorità amministrativa indipendente deputata ad applicarla (l'attuale Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato). L'impostazione contenuta nella relazione è stata fatta propria dal Parlamento e costituisce l'ossatura della legge 287/1990, vigente ancora oggi.

Il trapianto del sistema economico concorrenziale, ancorché collegato dal legislatore all'art. 41 della Costituzione, che viene espressamente interpretato come base di un sistema di mercato libero, ha tuttavia modificato profondamente la costituzione economica materiale, caratterizzata da una incisiva presenza dei poteri pubblici in economia, resa necessaria da una cronica scarsità di capitali disponibili legata ad un avvio forzato dell'industrializzazione sulla base di un'insufficiente accumulazione di capitale nel settore primario.

Questa anomalia, descritta dagli stessi specialisti dell'AGCM come la madre delle resistenze che rendono difficile impiantare saldamente la concorrenza nel sistema italiano, ha infatti storicamente portato i protagonisti dello sviluppo industriale a cercare forme di allocazione delle scarse risorse di capitali in conformità ad un disegno politico dirigista piuttosto che sulla base

di dinamiche spontanee di mercato⁴⁶.

Il ritardo nell'introduzione di un sistema giuridico antitrust, se da un lato ha consentito l'accumularsi di elementi strutturali necessariamente ostili alla transizione verso un'economia di mercato, ha inciso in molti casi positivamente sulle caratteristiche dell'autorità di concorrenza nazionale, che ha potuto sperimentare molti dei vantaggi del *later comer*. La legge n. 287/1990, saggiamente, sin dall'art. 1 esplicita il raccordo con i principi comunitari e negli articoli relativi al divieto di intese restrittive e di abuso di posizione dominante riprende quasi letteralmente gli allora artt. 85 e 86 TCE (oggi artt. 101 e 102 del TFUE). In coerenza con il regolamento sul controllo delle concentrazioni, inoltre, prevede un meccanismo di notifica preventiva e di autorizzazione solo per le operazioni che superino determinate soglie dimensionali. L'impianto di matrice comunitaria viene peraltro arricchito dall'attribuzione all'Autorità di poteri di segnalazione al fine di sottolineare tutte le restrizioni concorrenziali che non originano da condotte di imprese quanto piuttosto da norme, regolamenti o provvedimenti amministrativi già in vigore ovvero in corso di approvazione, strumento particolarmente utile dato il contesto post-dirigista in cui l'Autorità si trova ad operare.

Infine, essendo stata istituita dopo la Commissione Europea, l'AGCM rappresenta rispetto a quest'ultima un modello "discendente", a differenza delle altre autorità di concorrenza europee, che sono nate e hanno sviluppato una propria organizzazione e soprattutto una metodologia di *enforcement* prima

⁴⁶ L. Berti - A. Pezzoli, "Le stagioni dell'Antitrust".

che nascesse l'ordinamento comunitario, e ha potuto quindi manifestare maggiore coerenza con gli indirizzi proposti dalla Commissione e dalla Corte di Giustizia, come si cercherà di dimostrare nel capitolo successivo.

4.2. Indipendenza.

L'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato è forse l'autorità di concorrenza a godere del più alto grado di indipendenza formale in Europa. Nata esattamente un secolo dopo l'approvazione dello Sherman Act, l'AGCM ha potuto beneficiare fin da subito di tutte le faticose conquiste che negli altri paesi, specialmente europei, hanno caratterizzato la lenta affermazione di autorità di concorrenza svincolate dal controllo dell'esecutivo. L'articolo 10, comma 2, della legge istitutiva afferma esplicitamente che l'Autorità opera "in piena autonomia e con indipendenza di giudizio e di valutazione". Ciò significa che applica direttamente la legge ai casi concreti, senza subire alcun vincolo dagli organi titolari dell'indirizzo politico. L'autonomia è presidiata da garanzie che attengono all'organizzazione dell'autorità, alla nomina e allo status dei suoi componenti⁴⁷.

L'Autorità è un organismo collegiale, composto dal presidente e da quattro membri. Il collegio è assistito da un'agile struttura burocratica, fatta di uffici che svolgono attività di investigazione e di analisi dei mercati, fornendo tutto il necessario supporto tecnico e operativo al collegio per l'esercizio delle sue funzioni decisorie.

⁴⁷ Lalli - Catricalà, "L'antitrust in Italia", Giuffrè, 2010.

L'insieme degli uffici che svolgono funzioni istruttorie è coordinata da un Segretario generale di nomina ministeriale. La legge istitutiva non menziona la personalità giuridica dell'autorità e la giurisprudenza preponderante tende ad escluderla, configurando l'AGCM come ente non distinto dallo Stato (beninteso: dallo Stato comunità e non dallo Stato apparato). Coerentemente con questa interpretazione, la rappresentanza e la difesa in giudizio dell'autorità competono all'Avvocatura dello Stato.

La nomina del presidente e dei quattro membri del collegio è fatta con determinazione d'intesa del Presidente del Senato e di quello della Camera nella loro funzione di garanzia costituzionale: in quanto tale, non è quindi ascrivibile al Parlamento nell'esercizio delle proprie prerogative politiche. A nomina avvenuta, le due Camere possono esercitare nei confronti dell'Antitrust solo poteri conoscitivi generali (i.e. indagini conoscitive, consultazione nel corso di istruttorie legislative o nell'ambito di commissioni d'inchiesta).

La legge esige che i membri del collegio siano "persone di notoria indipendenza". In particolare, il presidente deve essere scelto tra chi abbia coperto incarichi istituzionali di grande responsabilità e rilievo; gli altri membri possono essere scelti tra i magistrati delle supreme giurisdizioni amministrative, contabili e ordinarie, tra i professori in materie giuridiche o economiche dell'università o tra personalità provenienti da settori economici dotate di alta e riconosciuta professionalità. I membri del collegio sono nominati per sette anni e non possono essere rinnovati. Non possono esercitare, a pena di decadenza, alcuna attività

professionale o di consulenza, né ricoprire incarichi pubblici o privati di qualsiasi natura.

Emergono quindi come dati caratterizzanti la qualità di componente l'indipendenza, l'elevata competenza tecnica e l'esclusività del servizio simili a quelle che connotano gli status magistratuali⁴⁸.

Un ulteriore, importante aspetto dell'indipendenza dell'AGCM è rappresentata dall'autonomia gestionale: essa può dettare le norme per il proprio funzionamento, per il trattamento retributivo e giuridico dei propri dipendenti e l'ordinamento delle carriere, per la gestione delle spese anche in deroga alle disposizioni di contabilità generale dello Stato, ferma la sottoposizione alla Corte dei Conti del rendiconto generale.

Un ulteriore rafforzamento dell'autonomia dell'autorità è rappresentata dalla previsione di una quota di entrate autonome dell'amministrazione, che si aggiungono al fondo appositamente stanziato nel bilancio dello Stato tra le spese del Ministero dello sviluppo economico. Si tratta in particolare del fondo basato sulle contribuzioni delle imprese che notificano all'autorità le operazioni di concentrazione e di quello alimentato a una quota delle sanzioni pecuniarie irrogate dall'AGCM per punire le pratiche commerciali scorrette. Tuttavia, le fonti di finanziamento autonomo menzionate sono circoscritte alla copertura di spese a carattere non continuativo e non obbligatorio.

⁴⁸ *Ibid.*

4.3. Procedimento.

L'AGCM può attivarsi d'ufficio o su istanza di parte. Il procedimento delineato dalla legge istitutiva stranamente non fa espressamente leva sulla separazione tra istruzione e decisione, che pure avrebbe potuto essere previsto grazie agli strumenti offerti dalla legge 241/1990. Tale separazione, prevista successivamente dal Regolamento adottato con il d.p.r. 217/1998, resta comunque meno accentuata di quanto avviene in altri ordinamenti⁴⁹, restando in capo al collegio l'autorizzazione all'esercizio dei poteri istruttori più rilevanti (i.e. ispezioni, perizie). Lo stesso avvio dell'istruttoria deve essere deliberato dal collegio e il provvedimento di avvio deve specificare gli elementi essenziali della presunta violazione, il responsabile del procedimento, il termine entro il quale questo deve essere concluso, l'ufficio dove è possibile accedere agli atti e il termine per l'esercizio del contraddittorio. La raccolta delle prove viene poi svolta dalla struttura operativa dell'autorità, articolata in Direzioni generali⁵⁰, direzioni centrali, uffici e servizi, coadiuvati dal Segretario Generale che, nel costituire il vertice della struttura amministrativa, è allo stesso tempo la figura di raccordo funzionale e informativa tra Collegio e uffici. Il Segretario Generale è nominato con decreto del Ministro dello sviluppo economico, su proposta del Presidente dell'Autorità, al quale direttamente risponde

⁴⁹ V. ad esempio il rapporto tra istruzione e decisione nell'antitrust francese.

⁵⁰ Le tre Direzioni Generali previste nell'organigramma del 2012 sono la Direzione Generale per la concorrenza, la Direzione Generale per la tutela del consumatore e la Direzione per il conflitto di interessi, dedicate quindi ai tre settori di intervento antitrust previsti nel nostro ordinamento. Ciascuna è poi ulteriormente articolata in direzioni settoriali competenti per materia (es. energia, comunicazioni, credito etc.).

del proprio operato. L'autorità ha dunque recepito lo schema delineato in genere per l'amministrazione pubblica nel d.lgs. 165/2001, che distingue le funzioni di direzione politica da quelle di direzione amministrativa: le prime sono attribuite al collegio, che stabilisce annualmente obiettivi, piani e programmi da attuare, adottando le conseguenti direttive; l'attuazione degli indirizzi e la gestione amministrativa spettano invece al Segretario Generale. In seguito all'adozione dell'atto d'avvio da parte del collegio, e alla sua notifica alle imprese interessate, possono essere esercitati dai funzionari interessati, con l'ausilio della Guardia di Finanza, poteri istruttori coercitivi: richieste di informazioni, ispezioni e acquisizione di documenti. Esaurita la fase di raccolta delle informazioni, il procedimento prosegue proprio per consentire alle parti di visionare, attraverso la richiesta di accesso agli atti, i documenti acquisiti ai fini dell'esercizio del contraddittorio. L'istruttoria si chiude con un atto di competenza dell'ufficio, in cui vengono comunicate le risultanze dell'istruttoria e con la quale vengono contestate alle imprese incolpate i fatti sulla base delle prove acquisite. Il collegio elabora quindi la propria decisione basandosi sui risultati dell'istruttoria, dopo averne valutato la non manifesta infondatezza.

La decisione del collegio viene deliberata a maggioranza. Giuliano Amato, in un'agile monografia dedicata all'antitrust in Italia, classifica le decisioni adottabili dal collegio in decisioni sanzionatorie e residuali⁵¹.

Ove il collegio accerti la presenza di un'infrazione, adotta la

⁵¹ Lalli - Catricalà, "L'antitrust in Italia", Giuffrè, 2010.

diffida, tipica sanzione a carattere ripristinatorio. Il contenuto dell'atto si è progressivamente ampliato, con l'avallo della giurisprudenza amministrativa, di modo da comprendere, oltre alla fissazione di un termine per la fissazione delle conseguenze dell'illecito, anche un più preciso obbligo di scopo volto a rimuovere l'alterazione determinata con il comportamento illecito. Emblematico, in questo senso, il caso di una diffida emessa in esito ad un accertamento di abuso di posizione dominante, che ha condannato l'impresa colpevole al potenziamento di uno dei principali gasdotti che collegano l'Italia ai giacimenti in Nord Africa, in modo da far entrare in Italia una maggiore quantità di gas a beneficio dei concorrenti⁵². In genere, comunque, l'impresa conserva la propria autonomia nello scegliere le modalità concrete per realizzare il risultato indicato e non può essere tenuta ad un impegno eccedente il necessario per rimuovere l'anomalia (principio di proporzionalità).

La sanzione pecuniaria può essere adottata solo nei casi di gravità dell'infrazione, potendo arrivare ad esigere fino al 10% del fatturato dell'impresa interessata, ed è dunque sussidiaria rispetto alla diffida.

Sulla falsariga dell'ordinamento comunitario, l'AGCM ha adottato un proprio programma di clemenza, che permette all'impresa coinvolta in un cartello che lo abbia denunciato di beneficiare di una riduzione della sanzione pecuniaria irrogabile, a seconda dell'entità dell'apporto prestato (si prende in

⁵² Prov. A 358 del 15 febbraio 2006, in *Bollettino dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato* 5/2006.

considerazione, ad esempio, se il cartello era ignoto all'antitrust o se invece era già stata aperta una procedura di indagine cui l'impresa ha significativamente partecipato).

Accanto alle decisioni predette, che terminano il procedimento di accertamento degli illeciti, si collocano due tipi di decisioni che non contengono un accertamento definitivo dell'infrazione: le misure cautelari e le decisioni sugli impegni.

Le prime hanno arricchito il nucleo dei poteri dell'AGCM dopo l'entrata in vigore del regolamento comunitario 1/2003, che ne ha prescritto la previsione agli stati membri per incrementare l'effettività dei poteri delle ANC nel sistema decentrato. Nei casi di urgenza dovuta al rischio di un danno grave e irreparabile alla concorrenza⁵³, l'AGCM può d'ufficio, ove constati con un sommario esame la sussistenza di un'infrazione, deliberare l'adozione di misure cautelari. L'inottemperanza delle imprese al provvedimento può comportare l'applicazione di una sanzione pecuniaria fino al 3% del fatturato.

Di ispirazione europea è anche l'istituto delle decisioni sugli impegni: come è noto, si tratta di decisioni che accettano l'obbligazione assunta dalle imprese di correggere in senso virtuoso i propri comportamenti, interrompendo la procedura senza che ci sia accertamento dell'illecito: l'offerta è un presupposto del procedimento, necessario per l'opzione dell'AGCM verso questa

⁵³ Gli estremi del danno grave e irreparabile sono stati ravvisati, esemplificativamente, nei comportamenti delle imprese volti a impedire completamente la possibile apertura di nuovi mercati; nel tentativo di un'associazione di imprese di dettare una interpretazione uniforme e restrittiva delle norme di liberalizzazione e di riequilibrio della posizione contrattuale dei consumatori.

procedura.

Spetta all'antitrust una valutazione sull'idoneità tecnica degli impegni offerti dall'impresa e una valutazione discrezionale sull'opportunità di ricorrere alla transazione in luogo di proseguire con l'accertamento; la scelta deve essere adeguatamente motivata. Se l'AGCM si orienta in senso positivo, il procedimento si chiude con un provvedimento autoritativo del collegio che rende gli impegni liberamente proposti vincolanti per l'impresa offerente, interrompendo la procedura di accertamento nei suoi confronti.

Coerentemente con la casistica della Commissione, la prassi italiana ha individuato come limite all'applicabilità dell'accettazione di impegni la presenza di intese cd. *hard core*, che rappresentano le violazioni più gravi del diritto di concorrenza, richiedenti una severa sanzione ai fini dissuasivi. Il giudice amministrativo ha comunque ribadito che si tratta di un limite di opportunità, non avente cioè natura legale⁵⁴.

Il procedimento in tutta la sua estensione (istruzione-decisione) è caratterizzato da una disciplina rigorosa del contraddittorio: l'Autorità non può decidere su nessuna questione rispetto alla quale non sia stato previamente consentito alle parti di manifestare il proprio punto di vista, a pena di illegittimità del provvedimento finale⁵⁵. Le parti possono essere sentite nel termine fissato dal collegio dal provvedimento di avvio di istruttoria e possono, per tutta la durata della stessa, presentare osservazioni e depositare memorie. Possono inoltre chiedere di essere sentite oralmente dopo

⁵⁴ TAR Lazio, sentenza del 29 dicembre 2007, n. 14157.

⁵⁵ Lalli - Catricalà, "L'antitrust in Italia", Giuffré, 2010.

la comunicazione delle risultanze istruttorie e in ogni caso prima della decisione del collegio.

Occorre comunque sottolineare che la dimensione e la funzione del contraddittorio assume livelli diversi a seconda dell'attività amministrativa concretamente posta in essere dall'AGCM. Per comprendere meglio questo profilo, è utile considerare la classificazione dell'attività amministrativa che distingue i procedimenti in amministrativi in senso proprio e contenziosi⁵⁶. I primi implicano relazioni a dimensione bilaterale-verticale, nei quali vi è un soggetto pubblico titolare di un potere, discrezionale o vincolato, e un soggetto privato posto in una situazione di soggezione. I procedimenti sanzionatori e ordinatori in materia di concorrenza sono riconducibili a questa categoria; in essi, il contraddittorio rileva soprattutto a livello verticale, cioè tra le imprese interessate a la stessa autorità amministrativa procedente, mentre la sua funzione è principalmente quella di garantire il diritto di difesa delle imprese⁵⁷. Nei procedimenti predetti, il contraddittorio assume anche una certa valenza orizzontale (si pensi ad esempio alla circostanza che la notifica dell'Autorità sull'avvio del procedimento è rivolta anche all'eventuale impresa denunziante), ma la giurisprudenza amministrativa ha precisato che non c'è alcuna simmetria tra i poteri dell'impresa oggetto del

⁵⁶ M. Clarich, *“Autorità indipendenti: bilancio e prospettive di un modello”*, Cedam, 2005.

⁵⁷ Il contraddittorio può avere anche una valenza collaborativa, di rappresentanza di interessi all'amministrazione chiamata a bilanciarli. Ciò accade soprattutto nelle amministrazioni tradizionali, la cui attività procedimentale è spesso preordinata all'acquisizione di interessi e alla loro ponderazione. M. Clarich, *“Autorità indipendenti: bilancio e prospettive di un modello”*, Cedam, 2005.

procedimento e quelli degli altri soggetti che possono a vario titolo partecipare ad esso (impresa denunziante, concorrenti, consumatori).

I procedimenti contenziosi coinvolgono invece situazioni giuridiche di tipo bilaterale-orizzontale tra soggetti privati, in cui il ruolo dell'autorità è quello di arbitro, posto in posizione neutrale ed equidistante. Nell'ambito dei procedimenti dell'AGCM, appartengono a questa categoria i procedimenti in materia di pubblicità ingannevole.

Qui il contraddittorio assume invece una spiccata valenza anche orizzontale, oltre che una funzione pienamente difensiva.

In ogni caso, il Consiglio di Stato ha avuto cura di asserire che il contraddittorio davanti alle autorità indipendenti, ancorché doverosamente rinforzato, è comunque di tipo amministrativo, non tale da richiedere le stesse garanzie che animano il contraddittorio in sede giurisdizionale. Sulla stessa linea, il Consiglio di Stato ha inoltre confermato l'impossibilità di integrare automaticamente i mezzi istruttori antitrust con quelli previsti dal codice di procedura civile in assenza di una specifica disposizione legislativa in merito; la consueta estensione del sindacato giurisdizionale amministrativo sugli atti dell'AGCM e l'inopportunità di sottrarre tali atti al doppio grado di giurisdizione.

Il Consiglio resta quindi fedele alla tesi per cui la struttura e le funzioni svolte dall'AGCM, ancorché in grado di riavvicinare la storica frattura tra giurisdizione e amministrazione, non fanno comunque venir meno la natura amministrativa dell'autorità antitrust italiana. Del resto, come sostenuto in dottrina, la cd.

paragiurisdizionalità, più che riferirsi alla struttura amministrativa in sé stessa o al complesso della sua attività, collima invece con alcune specifiche funzioni⁵⁸.

Il diritto di accesso può essere esercitato nei confronti di tutti gli atti del procedimento, salvo che gli stessi contengano informazioni che costituiscano segreti commerciali, nel qual caso l'accesso possibile solo laddove sia necessario per salvaguardare il diritto di difesa.

I procedimenti davanti all'AGCM possono inoltre beneficiare del supporto di un Consigliere giuridico posto alle dirette dipendenze del collegio. Il Consigliere presta la propria consulenza sia in materia di procedimenti istruttori e svolge la verifica della Relazione Annuale; revisiona gli atti sottoposti alla firma del Presidente e assiste, ove richiesta, alle riunioni dell'Autorità.

4.4. Controllo giurisdizionale.

Le garanzie procedurali "interne" alla decisione sono completate dall'assoggettabilità della stessa al controllo giurisdizionale, che in Italia è attribuito interamente al giudice amministrativo. Anche sotto questo aspetto, si può osservare che il sistema antitrust italiano abbia potuto beneficiare dei tempi relativamente maturi in cui è stato instaurato, evitando le anomalie che hanno talvolta caratterizzato l'attribuzione della giurisdizione negli altri paesi a causa della discrasia cronologica tra legislazione

⁵⁸M. Clarich, *"Autorità indipendenti: bilancio e prospettive di un modello"*, Cedam, 2005.

sulla concorrenza e sistematizzazione del procedimento/processo amministrativo⁵⁹.

Il giudice amministrativo giudica in questo caso in sede di giurisdizione esclusiva⁶⁰.

Per i ricorsi avverso i provvedimenti adottati dall'AGCM ha competenza funzionale il Tribunale Amministrativo Regionale della Regione Lazio, mentre il ricorso in appello si propone davanti al Consiglio di Stato. Il legislatore intendeva evidentemente che vi fosse un solo organo giudiziario che si occupasse di tali controversie, in modo da ottenere una serie di importanti benefici: assicurare l'uniformità dell'orientamento giurisprudenziale; creare le condizioni per avere organi giudicanti particolarmente esperti; evitare decisioni dissonanti di qualche organo periferico; creare un dialogo continuo tra autorità e giudice di primo e secondo grado.

L'intenzione del legislatore è stata pienamente recepita dagli organi giudiziari destinatari della disposizione, che hanno

⁵⁹ Il Consiglio di Stato francese ha talvolta rilevato l'anomalia dell'attribuzione alla giurisdizione ordinaria delle controversie in materia di atti dell'autorità di concorrenza: N. Longobardi, *"Autorità indipendenti e sistema giuridico istituzionale"*, Giappichelli, 2010, in particolare il saggio "Il Conseil d'Etat e le autorità amministrative indipendenti", dedicato al Rapport public del 2001 in cui la suprema giurisdizione amministrativa francese ha analizzato a fondo questo tema.

⁶⁰ Il carattere esclusivo della giurisdizione è dovuto al fatto che il legislatore ha evidentemente tenuto conto della più probabile natura di diritti soggettivi delle situazioni soggettive di cui sono titolari le imprese, ad esempio il diritto di scegliere le proprie strategie commerciali. Peraltro il carattere esclusivo della giurisdizione non fa venir meno lo schema del processo impugnatorio poiché, come precisato dal Consiglio di Stato, il giudice amministrativo non è in questa sede chiamato ad assumere una decisione, verificando la tesi dell'accusa e della difesa, bensì a verificare la correttezza della decisione assunta dall'Autorità. F. G. Scoca, "I provvedimenti dell'AGCM e il controllo giurisdizionale", in *Venti Anni di Antitrust* a cura di Rabitti Bedogni - Barucci, Giappichelli, 2012.

intensificato la concentrazione attraverso un'apposita distribuzione interna delle controversie in materia di atti dell'AGCM, risultando queste tutte attribuite, rispettivamente, alla Prima Sezione del Tribunale di Roma e alla Sesta Sezione del Consiglio di Stato.

Per quanto riguarda l'intensità del sindacato giurisdizionale, può innanzitutto dirsi pacifico che lo stesso attiene alla legittimità e non si estende al merito, tranne per quanto attiene alla determinazione delle sanzioni pecuniarie, rispetto alle quali il potere del giudice è disciplinato dalla legge generale sulle sanzioni amministrative, e si estende al merito⁶¹. Il giudice ha quindi giurisdizione piena sia sul fatto che sul diritto, potendo *“valutare i fatti, onde acclarare se la ricostruzione di essi operata dall'AGCM sia immune da travisamenti, vizi logici e accertare che le norme giuridiche siano state correttamente individuate, interpretate e applicate.”*⁶².

Per quanto riguarda invece il complesso aspetto dell'incisività del controllo sulla discrezionalità tecnica, il punto di arrivo dell'evoluzione giurisprudenziale è stato recentemente illustrato dal Consiglio di Stato in modo esplicito, approfondito e articolato nella Sent. n. 5864 del 29 settembre 2009, che merita di essere citata nei suoi passaggi più importanti.

Così nella verifica della correttezza della decisione dell'Autorità:

“Il giudice amministrativo non incontra alcun limite, potendo

⁶¹F. G. Scoca, “I provvedimenti dell'AGCM e il controllo giurisdizionale”, in *Venti Anni di Antitrust*” a cura di Rabitti Bedogni - Barucci, Giappichelli, 2012. Il giudice può anche modificare l'importo della sanzione.

⁶² Cons. Stato del 9 aprile 2009, n. 2201.

sindacare senza alcun limite tutte le valutazioni tecniche compiute dall'Autorità.”

La motivazione prosegue statuendo:

“Infatti con riferimento alle valutazioni tecniche, anche quando riferite a concetti giuridici indeterminati, la tutela giurisdizionale, per essere effettiva, non può limitarsi ad un sindacato meramente estrinseco, ma deve consentire al giudice un controllo intrinseco, avvalendosi eventualmente anche di regole e conoscenze tecniche appartenenti alla medesima scienza specialistica applicata dall'amministrazione.”

Osserva infine il giudice:

“La Sezione ha inteso abbandonare la terminologia, utilizzata in precedenza, sindacato forte o debole, per porre l'attenzione unicamente sulla ricerca di un sindacato, sicuramente non debole, tendente a un livello comune a livello comunitario, in cui il principio di effettività della tutela giurisdizionale sia coniugato con la specificità di tali controversie, in cui è attribuito al giudice il compito non di esercitare un potere in materia antitrust, ma di verificare, senza alcuna limitazione, se il potere a tal fine attribuito all'Autorità Antitrust sia stato correttamente esercitato”.

Coerentemente con le ultime battute, la sentenza infine aggiunge:

“Tale ultimo orientamento esclude limiti alla tutela giurisdizionale, individuando quale unica preclusione l'impossibilità per il giudice di esercitare direttamente il potere rimesso dal legislatore all'Autorità”.

Il passaggio in questione appare dunque consentire al giudice amministrativo un controllo anche sulla discrezionalità tecnica dell’Autorità, con il limite della sostituibilità delle sue valutazioni a quelle compiute dall’Autorità quando queste risultino caratterizzate da un margine di opinabilità (ovvero quando non risultino palesemente errate)⁶³.

4.5. Revisione Politica.

L’autorità italiana spicca nell’ECN anche in quanto non assoggettata formalmente ad alcun tipo di revisione politica dei propri atti. E’ interessante notare come, perfino nel settore delle concentrazioni, non solo il potere autorizzatorio sia attribuito all’AGCM, ma questo non sia accompagnato da alcuna possibilità di revisione ministeriale. il Ministero si limita a individuare con cadenza annuale una serie di criteri che l’Autorità deve prendere in considerazione nel procedimento di autorizzazione, tenendo dunque conto di interessi pubblici equiordinati rispetto a quello alla libera concorrenza, che va in questi casi attentamente bilanciato; fissati preventivamente tali criteri, il Ministero non ha in seguito alcun modo di interferire con la procedura di autorizzazione, che compete interamente all’antitrust, né può esercitare alcun tipo di controllo successivo, ad esempio autorizzando un’operazione che l’AGCM abbia vietato⁶⁴.

⁶³ F. G. Scoca, “I provvedimenti dell’AGCM e il controllo giurisdizionale”, in *Venti Anni di Antitrust*” a cura di Rabitti Bedogni - Barucci, Giappichelli, 2012. Il giudice può anche modificare l’importo della sanzione.

⁶⁴ Lalli - Catricalà, “L’antitrust in Italia”, Giuffrè, 2010.

5. Germania.

5.1. Importazione della concorrenza nel Paese dei Cartelli.

La nascita del sistema di concorrenza tedesco alla fine della Seconda Guerra Mondiale si presenta ricco di difficoltà, data una tradizionale concentrazione dell'economia, accentuata durante gli anni del Nazismo, che aveva a buon diritto fatto definire la Germania come "il paese dei cartelli". E' tuttavia proprio a questo fattore, come pure agli apporti dati dalle dottrine economiche dell'ordoliberalismo, che si deve la nascita di un sistema assai complesso e originale, fortemente autonomo rispetto al modello americano.

Come si è accennato, la svolta verso la concorrenza ha rappresentato un cambiamento drammatico della politica economica tedesca. Già negli ultimi anni del Diciannovesimo secolo, l'economia tedesca, e in particolare i settori dell'industria, era stata investita da un processo di cartellizzazione riconducibile a numerosi fattori: la crisi del 1873 aveva colpito la Germania più profondamente di altri paesi e la conseguente adozione di misure protezionistiche nel 1879 spingeva le imprese tedesche a intensificare la cooperazione interna per rafforzare la posizione sui mercati esteri; il nucleo portante dell'economia era costituito dall'industria pesante e da quella estrattiva, naturalmente inclini alla cartellizzazione, che aveva finito poi per diffondersi progressivamente anche negli altri settori economici.

In un simile contesto, non stupisce che la prima pronuncia sugli

accordi di cartello da parte del Tribunale dell'Impero sia stata favorevole al fenomeno, giudicato corrispondente all'interesse generale; la giurisprudenza successiva e costante del Tribunale ha mantenuto il primo orientamento, interpretando però in modo negativo le forme di abuso.

L'esigenza di bilanciare queste posizioni (consenso generale verso il fenomeno/controllo dei possibili abusi) indusse il Reichstag a votare la prima risoluzione istitutiva di un Ufficio dei cartelli (Kartellamt) già nel 1908. Tuttavia è solo nel 1923 che viene approvata l'Ordinanza contro l'abuso di posizioni di potere economico, che aveva come obiettivo impedire che l'economia generale e il benessere collettivo fossero minacciati da coloro che detenevano posizioni di potere economico, identificati, oltre che nei cartelli, nei sindacati, nelle convenzioni e in altri tipi di contratti. Gli abusi venivano giudicati da un apposito Tribunale dei cartelli costituito da cinque membri (tre magistrati e due uomini d'affari).

Dalle vicende dei primi decenni di disciplina delle attività economiche in Germania, emerge con una certa chiarezza come i rapporti tra la concorrenza e le sue limitazioni siano stati riconosciuti solo lentamente come questioni di carattere giuridico-economico. Storicamente, le limitazioni alla concorrenza sono apparse ineluttabili a prescindere dalla loro valutazione positiva o negativa sotto il profilo economico, mentre in un'ottica privatistica erano ugualmente legittime l'attività commerciale volta alla formazione del monopolio e quella rispettosa delle regole concorrenziali. La concorrenza non rappresentava un criterio di regolazione dell'economia: infatti, proprio perché il potere

economico dei grandi gruppi era considerato legittimo, i primi passi mossi dalla disciplina della concorrenza furono preordinati a perseguire l'abuso del potere economico, piuttosto che il potere economico in se stesso.

Nell'immediato secondo dopo guerra, facendo seguito alle conclusioni della conferenza di Yalta e della conferenza di Potsdam, le autorità americane indicavano come punto di partenza per una ripresa dell'economia tedesca la dissoluzione dei cartelli nell'industria di base (carbone, ferro, acciaio). Nel Trattato di Potsdam del 1945 veniva proposto come obiettivo la decentralizzazione dell'economia tedesca, eliminando l'eccessiva concentrazione di potere economico che si manifestava nelle strutture di tipo monopolistico. Nel 1948 si apriva un lungo dibattito, destinato a durare quasi un decennio, e che infine condusse all'approvazione della legge contro le limitazioni della concorrenza (*Gesetz gegen die Wettbewerbsbeschränkungen - GWB*), che è tuttora la disciplina fondamentale della concorrenza in Germania.

La circostanza che la GWB sia stata emanata a seguito dei provvedimenti imposti dalle autorità americane di occupazione ha indotto inizialmente a ritenere che la stessa si ispirasse pedissequamente alla disciplina antitrust americana. Altra dottrina invece ne ha più opportunamente riconosciuto il carattere originale, ispirato per molti versi dai principi di politica economica elaborati dagli economisti e giuristi della scuola di Friburgo. Gli esponenti di questa teoria economica, nota anche col nome di "ordoliberalismo", mettevano in discussione l'idea di un ordine spontaneo del mercato

e quindi la tesi che la libertà dei singoli sia da sola sufficiente a produrre un meccanismo competitivo che funziona secondo il principio della mano invisibile smithiana. Il liberismo economico, se lasciato nelle condizioni di assecondare i propri criteri interni di funzionamento, manifesta una spontanea tendenza all'autodistruzione: può esistere solo se ordinato o regolato dallo Stato, che lo tutela tanto dalle interferenze pubbliche quanto da quelle opposte dai privati detentori di posizione di potere economico.

L'impianto fondamentale della GWB si articola intorno alla disciplina dei cartelli (la legge nasce infatti precipuamente come legge sui cartelli), e all'abuso di posizione dominante.

Per quanto riguarda i cartelli, il dibattito antecedente la legge verteva essenzialmente sull'opzione tra un divieto generalizzato delle operazioni di cartello e una fattispecie che, in linea con la tradizione già sviluppata, si proponesse solo di perseguire gli abusi. Coerentemente con le posizioni ordoliberali, sfavorevoli a qualsiasi barriera d'ingresso al mercato potenzialmente in grado di ostacolare l'entrata di nuove imprese, più protese verso l'innovazione e in grado di migliorare l'efficienza allocativa delle risorse, l'opzione cadde infine sul divieto generalizzato. Tale divieto, per costante interpretazione giurisprudenziale, colpisce gli accordi tra imprese a prescindere dalla loro conclusione formale, andando quindi ad inibire anche gli accordi informali (letteralmente i *Fruhstuckartelle*, che possono essere presi durante una prima colazione). Tuttavia, in linea con quelle stesse posizioni ordoliberali, pronte a consentire le limitazioni della concorrenza ritenute accettabili o comunque

giustificabili alla luce di altri interessi economici secondo la *rule of reason*, vennero introdotte numerose fattispecie di cartello soggette ad esenzione. La stessa si considera perfezionata se il BKA non fa opposizione entro tre mesi dalla notifica dell'operazione. Inoltre, qualora il cartello non soddisfi le condizioni previste dalla legge per ottenere l'esenzione, esso può essere autorizzato dal Ministero dell'Economia per rilevanti motivi di interesse economico (evidentemente, si sottintende un interesse diverso da quello alla concorrenza).

L'abuso di posizione dominante viene sanzionato dalla legge sin dalla sua originaria formulazione del 1958: le novelle successive rimodulano la fattispecie, ondeggiando dalla tecnica delle clausole generali (prima novella, 1965), alla sua delimitazione per mezzo di esempi integranti abuso (quarta novella, 1980), all'integrazione del meccanismo sanzionatorio, ampliando l'ambito delle potenziali pretese di risarcimento del danno (ancora quarta novella).

La legge approvata nel 1958 non conteneva invece una disciplina delle concentrazioni. Sotto questo profilo, un mutamento di rilievo venne introdotto con la novella del 1973 quando, raggiunta ormai da parte dell'industria tedesca una posizione di forza sui mercati internazionali grazie ad un lungo processo di concentrazione, veniva attribuito all'Ufficio Federale dei cartelli (*Bundeskartellamt*) il potere di autorizzare le operazioni di concentrazione più rilevanti, soggette ad un obbligo di notifica. Peraltro, la concentrazione inibita dal BKA poteva e può ancora oggi essere autorizzata dal Ministero per motivi di interesse pubblico. Al fine di rendere più trasparente l'intervento politico, la

legge prescrive che l'autorizzazione non possa essere rilasciata senza il parere obbligatorio ma non vincolante della *Monopolkommission*, organo altamente specializzato che rappresenta un altro importante frammento del mosaico istituzionale della concorrenza in Germania⁶⁵.

5.2. Indipendenza.

Il Bundeskartellamt è un'autorità federale autonoma, rientrante nell'ambito di competenza del Ministro federale dell'economia. Nell'ordinamento tedesco questo tipo di uffici superiori federali autonomi è previsto dalla Legge Fondamentale, limitatamente alle materie in cui spetta alla Federazione legiferare, e rispondono allo scopo di separare l'attività del governo dall'attività dell'amministrazione. Il carattere dell'autonomia deriva dal riconoscimento di un proprio ambito di competenze determinato per legge: così anche nel caso del BKA sui poteri decisionali attribuiti per legge non può essere esercitata alcuna influenza né alcun tipo di intervento puntuale da parte del Ministero. Il Ministro potrebbe impartire direttive generali relative all'applicazione della legge, che sarebbero vincolanti per il BKA, ma finora il Ministro non ha fatto esercizio di questa prerogativa.

La struttura interna del BKA prevede un Presidente che disciplina la ripartizione del lavoro e lo svolgimento dell'attività all'interno del BKA con un ordine di servizio, ma che non svolge direttamente alcuna competenza decisionale: le decisioni sono

⁶⁵ L. Ammannati, *“La concorrenza in Europa: Sistemi organizzativi e autorità di garanzia”*, Cedam, 1998.

deliberate dalle dieci sezioni in cui si articola l'autorità. Ciascuna di esse, formata da un presidente e da due componenti, si occupa di un certo numero di settori economici (i.e. automobili, acciaio) e di ambiti (i.e. contratti di licenza, concentrazioni,) ed è titolare sia di poteri di indagine che decisionali. Le sezioni decisionali si configurano come collegi giudicanti e decidono in modo analogo ai giudici, con una composizione che prevede un Presidente e due assessori. Il legislatore, infatti, come si afferma nella relazione del 1957 al progetto di legge, aveva inteso costruire il procedimento di fronte all'autorità dei cartelli sulla falsariga della procedura giurisdizionale, sostituendo così un modello decisionale di tipo burocratico⁶⁶. Il Presidente, il Vicepresidente e i Presidenti delle divisioni centrali sono nominati dal governo federale su proposta del Ministro dell'Economia, che provvede ancora a designare tutti gli altri componenti del BKA. Inoltre il Ministero interviene rispetto alla definizione interna con la ratifica dell'ordine di servizio interno predisposto dal Presidente e poteva inizialmente addirittura intervenire nella costituzione delle sezioni decisionali⁶⁷. Un elemento di rafforzamento dell'indipendenza (meglio: dell'autonomia) del BKA è che il Presidente e i componenti delle sezioni decisionali devono essere funzionari a vita e che il mandato degli stessi Presidenti è a tempo illimitato. Si pensi che in cinquanta

⁶⁶ Si ricorderà che il primissimo *enforcement* delle regole di concorrenza era stato attribuito ad un Tribunale dei cartelli. Peraltro, si potrebbe obiettare che l'assimilazione al procedimento giurisdizionale è meno riuscita che in altri ordinamenti, data ad esempio la mancata previsione di una struttura procedimentale bifasica, che distingue anche soggettivamente il momento dell'istruzione da quello della decisione, e la permanente dipendenza dal Ministero, seppure solo a livello formale.

⁶⁷ Oggi quest'ultima prerogativa ministeriale è venuta meno, permanendo solo il potere di ratifica.

anni di attività antitrust si sono avuti soltanto cinque presidenti, ed è rilevante che gli orientamenti sistematicamente seguiti dall'autorità tedesca dalla sua istituzione siano schematicamente riconducibili ai suoi cinque periodi di direzione⁶⁸. Anche i funzionari entrati nel BKA vi restano in genere per tutta la loro carriera, cambiando divisione circa ogni cinque anni, acquisendo quindi una conoscenza profonda e dettagliata nei settori propria competenza.

I sistema istituzionale di concorrenza prevede anche un ruolo attivo del Ministero dell'economia che, oltre a poter impartire direttive generali al BKA, conserva la prerogativa di autorizzare una concentrazione che l'autorità di concorrenza abbia vietato.

Il potere di direttiva discende direttamente dal carattere amministrativo e non giurisdizionale del BKA, connotato che per la costituzione tedesca rende necessaria l'assunzione della responsabilità politica delle decisioni da parte del Ministero: non è un caso infatti che l'indipendenza assoluta della Bundesbank sia eccezionalmente consentita proprio a livello costituzionale. Di conseguenza, non è sembrato possibile eliminare il potere di emanare direttive, anche se non puntuali.

Quanto al potere di autorizzare le concentrazioni che il BKA abbia vietato, per motivi di interesse pubblico, giova sottolineare che l'impianto della legge evita un intervento politico che rimetta in

⁶⁸ Ad esempio, sotto la presidenza di Kartte, che ha svolto questo ruolo dal 1976 al 1992, è stato seguito l'approccio noto come *workable competition*. Secondo questa tesi, nata negli USA ma ampiamente abbracciata in Germania, in un mercato caratterizzato da un ampio oligopolio si sarebbe potuto raggiungere un livello di concorrenza efficiente. Quindi le autorità di concorrenza non avrebbero dovuto impedire la formazione di oligopoli né vietare ogni concentrazione, ma principalmente sorvegliare che nell'oligopolio fosse mantenuto un numero sufficientemente alto di imprese.

discussione i criteri e la motivazione della scelta operata dal BKA. Infatti viene rispettata completamente la diversa qualificazione dei due organi: il BKA decide sulla base di analisi tarate sul principio di conservazione del mercato concorrenziale; il Ministero ha come punto di riferimento l'interesse generale, per cui può stimare che i previsti effetti anticoncorrenziali siano effetti anticoncorrenziali siano comunque bilanciati da una serie di effetti positivi su altri piani. In estrema sintesi, la decisione politica è fondata su una analisi di politica economica e industriale, quindi su una analisi diversa e comunque più ampia di quella condotta dal BKA.

Al fine di rendere più trasparente l'intervento ministeriale, la novella del 1973 ha istituito la Monopolkommission, organo specializzato nelle concentrazioni, che è tenuto a pronunciare il proprio parere, obbligatorio ma non vincolante ai fini dell'autorizzazione ministeriale. La Monopolkommission è una struttura leggera, composta da cinque membri nominati dal Presidente della Repubblica su proposta del Governo, di cui tradizionalmente un professore di materie giuridiche, un economista e tre esponenti dell'imprenditoria. La GWB prevede per tutti i membri un dettagliato regime di incompatibilità in modo tale da rafforzarne l'indipendenza. Questa è inoltre irrobustita dalla circostanza che le spese sostenute dall'ufficio sono a carico del governo federale e il suo bilancio è iscritto in quello del Ministero dell'interno e non in quello dell'economia.

Il sistema di concorrenza tedesco si caratterizza inoltre per la struttura federale del paese, che vede coinvolte nell'applicazione delle regole antitrust anche le autorità dei Lander. La GWB non

interferisce con l'autonomia organizzativa dei singoli Lander, limitandosi a fare riferimento "alla più alta autorità regionale competente in base al diritto interno". In concreto, a livello regionale non esistono organi indipendenti come il BKA, in quanto le locali autorità dei cartelli sono parte integrante della struttura dei Ministeri per l'economia. La competenza di queste autorità riguarda l'applicazione della GWB a tutti i casi in cui le limitazioni della concorrenza sono circoscritti al territorio di un Land. La presenza sul suolo tedesco di una pluralità di autorità di concorrenza ha reso necessari dei meccanismi di coordinamento tra queste e il BKA. In particolare, la competenza è attribuita al BKA tutte le volte in cui l'effetto sul mercato di un comportamento limitativo della concorrenza supera il territorio regionale. Questa pur netta ripartizione di competenze tra autorità federale e autorità dei Lander postula la previsione forme di interazione tra i due livelli attraverso un preciso obbligo di informazione reciproca riguardo l'apertura e gli esiti dei procedimenti amministrativi. Questo ha sia lo scopo di evitare lo svolgimento di un doppio procedimento (*ne bis in idem*) che quello di consentire all'autorità federale di venire a conoscenza dei procedimenti che interessano il proprio territorio, esercitando così un maggiore controllo sull'evoluzione economica nazionale. E' interessante notare come tali meccanismi di coordinamento non di rado sono stati individuati dalla dottrina come possibili esempi per il coordinamento all'interno dell'ECN, laboratorio di un federalismo amministrativo di più ampio respiro⁶⁹.

⁶⁹ L. Ammannati, "La concorrenza in Europa: Sistemi organizzativi e autorità di garanzia", Cedam, 1998.

5.3. Procedimento

Il Presidente del BKA determina la distribuzione degli affari all'interno degli uffici senza prendere parte alle decisioni, che sono invece adottate dalle dieci divisioni decisionali dell'autorità. Ciascuna divisione si compone di un presidente e due membri ordinari; è specializzata in un determinato settore dell'economia ed è dotata sia di funzioni istruttorie che decisorie. Siccome le divisioni non sono soggette a direttive specifiche del Presidente del BKA o del Ministero, esse operano in pratica come dei veri e propri *panels*, seguendo regole procedurali che, come si vedrà tra breve, sono modellate su quelle dei procedimenti giurisdizionali⁷⁰. Pertanto, anche se le funzioni istruttorie non sono separate da quelle decisorie, queste ultime sono indubbiamente tutelate da questo assetto⁷¹.

Il procedimento amministrativo seguito in via generale dal BKA è disciplinato dalla stessa GWB, che rinvia in alcuni casi alla legge generale sul procedimento amministrativo e al codice di procedura civile⁷². Il procedimento ha inizio d'ufficio o su istanza di parte e ad esso partecipano, oltre al soggetto dell'iniziativa e ai soggetti coinvolti, anche i controinteressati e i soggetti che possono essere coinvolti dalla decisione.

⁷⁰ Sono infatti spesso richiamate le regole del codice di procedura civile e del codice di procedura penale.

⁷¹ "Administrative Antitrust Authorities", in *Fordham Corporate Law Institute*, 2002, pagg. 424-425.

⁷² K. Stockmann, "Investigatory powers of antitrust authorities and procedural guarantees under german law", in *Fordham Corporate Law Institute*, 1993, pagg. 307 e ss.

Di regola il BKA (o le altre autorità dei cartelli) richiedono in via informale alle imprese le informazioni necessarie e queste acconsentono volontariamente a fornirle. Una richiesta formale cui consegue un obbligo di risposta sancito dalla legge viene in genere formulata solo quando le parti interessate rifiutano di fornire le informazioni richieste o esiste un fondato sospetto che ciò possa accadere. In ogni caso le autorità possono utilizzare lo strumento della richiesta formale solo in caso di indagini circostanziate e non per raccogliere informazioni di carattere generale, non espressamente finalizzate.

Le autorità sono autorizzate ad ispezionare e hanno libero accesso ai documenti; possono procedere al sequestro di oggetti rilevanti per le indagini ma in assenza dell'interessato devono ottenere entro tre giorni l'assenso del tribunale. In caso di perquisizioni è richiesta preventivamente l'ordinanza del giudice competente.

La GWB consente al BKA di raccogliere prove anche attraverso l'audizione di testimoni ed esperti: in questo caso si applicano le regole del codice di procedura civile. Il testimone convocato dall'autorità deve rendere una testimonianza piena e veritiera, a meno che non si tratti di un soggetto che, a norma della GWB, possa legittimamente rifiutarsi di testimoniare. Se il testimone viene meno ai propri doveri può essere sanzionato con una multa. Invece di ricorrere all'audizione, il BKA può chiedere ai soggetti predetti di fornire memorie scritte⁷³.

⁷³ K. Stockmann, "Investigatory powers of antitrust authorities and procedural guarantees under german law", in *Fordham Corporate Law Institute*, 1993,

Allo svolgimento del procedimento si applicano tutte le garanzie previste dalla GWB e dalla legge sul procedimento amministrativo, come la partecipazione, l'accesso agli atti e il diritto al contraddittorio.

Il diritto dell'impresa interessata di essere sentita a mezzo del legale rappresentante riguarda tutti i fatti e i punti di diritto rilevanti ai fini della decisione e ha come contraltare l'obbligo del BKA di informare le parti del procedimento di tutte le considerazioni legali riguardanti il caso, di modo che gli interessati non siano presi alla sprovvista dalla decisione finale.

Se il diritto al contraddittorio non è adeguatamente rispettato dall'autorità, la decisione non viene annullata *ipso facto* in sede di impugnazione se una piena revisione sia fattuale che di diritto è possibile in quella sede e se la parte lesa può esercitare pienamente il suo diritto davanti al giudice. In questo caso, però, la parte che non è stata debitamente sentita dall'autorità è esentata dai costi del procedimento amministrativo.

Infine, qualora l'impresa per mezzo del legale faccia richiesta di essere sentita oralmente, l'autorità convoca tutte le parti per presenziare all'udienza, anche se queste non sono tenute ad assistervi. L'udienza può essere convocata anche d'iniziativa dell'autorità, ma ancora una volta la presenza non è obbligatoria. Durante l'audizione, le parti possono esercitare il proprio diritto di essere sentite.

A differenza di quanto avviene in sede giurisdizionale, l'udienza

non è pubblica. Fa eccezione la pubblica udienza che deve obbligatoriamente essere convocata ai fini della decisione in caso di abuso di posizione dominante.

Accanto al procedimento amministrativo descritto, che è quello ordinario, il BKA può seguire anche un procedimento detto sanzionatorio, che trova applicazione per perseguire violazioni particolarmente gravi del diritto della concorrenza che costituiscono, per la legge tedesca, dei reati amministrativi.

Il procedimento in esame non è regolato dalla GWB, trovando invece la propria disciplina nella legge sui reati amministrativi, che fa ampio rinvio al codice di procedura penale sia per le garanzie che per la disciplina delle investigazioni⁷⁴.

Le decisioni prese dalle autorità di concorrenza sono sempre motivate e devono essere notificate agli interessati.

5.4. Controllo giurisdizionale.

Le decisioni sono impugnabili, rispettivamente, davanti alla Corte d'Appello di Bonn, per le decisioni del BKA; davanti alle

⁷⁴ Ad esempio, a differenza di quanto avviene nel procedimento ordinario, le perquisizioni possono avere ad oggetto anche l'abitazione dei dirigenti dell'impresa indicati dalla legge. Ancora, in sede di richiesta di informazioni, le parti possono rifiutarsi di rendere le informazioni richieste. Se la parte non è stata informata di questa prerogativa, e dichiara che qualora lo fosse stata non avrebbe reso l'informazione richiesta, l'informazione illegittimamente raccolta non può essere utilizzata contro di lei. Più in generale, le autorità di concorrenza tedesche possono reperire le prove sentendo consulenti e testimoni, ricorrendo ad ispezioni e perquisizioni, sequestrando documenti ed altri oggetti (es. dati informatici) secondo le più stringenti norme del codice di procedura penale. K. Stockmann, "Investigatory power of antitrust authorities and procedural guarantees under german law", in *Fordham Corporate Law Institute*, 1993, pagg. 307 e ss.

corti d'appello competenti per territorio, per le decisioni delle autorità di concorrenza dei Lander. La giurisdizione è quindi in entrambi i casi del giudice ordinario, anche se sono previste sezioni specializzate per la concorrenza.

L'anomalia si spiega tenendo presente che la GWB è di alcuni anni più vecchia della legge sul processo amministrativo e circa due decenni più vecchia della legge sul procedimento amministrativo. Al tempo dell'emanazione della legge sulla concorrenza il consolidamento di una moderna tutela giurisdizionale amministrativa era ancora in corso e la discussione su una disciplina codificata del procedimento amministrativo era appena iniziata.

Pertanto, dopo le iniziali incertezze, in dottrina si è affermata unanimemente l'opinione che il ricorso alle corti d'appello in tema di concorrenza sia un ricorso amministrativo attribuito ad una diversa giurisdizione e anche la giurisprudenza della Corte d'Appello di Bonn si è adeguata a questa ricostruzione. Le autorità di concorrenza sono dunque resistenti in un processo amministrativo disciplinato in maniera speciale con la denominazione di ricorso, attribuito al giudice ordinario.

Conseguenza di questo inquadramento dottrinale e giurisprudenziale è stata innanzitutto che la lacunosa disciplina della legge sulla concorrenza in materia di tutela giurisdizionale è stata cautamente completata riprendendo i principi esistenti per i tribunali amministrativi⁷⁵.

⁷⁵ W. Spoerr, "La tutela giurisdizionale di fronte alle decisioni di regolazione e alle decisioni di garanzia della concorrenza", nel volume a cura di E. Ferrari - M. Ramajoli - M. Sica, *"Il ruolo del giudice di fronte alle decisioni"*

Contro le decisioni delle Corti di appello può essere presentato ricorso per motivi di diritto davanti alla Corte Suprema Federale (*Bundesgerichtshof*): la Corte Suprema è quindi vincolata dagli accertamenti sul fatto compiuti dalla corte d'appello. La Corte Suprema annulla la sentenza della corte d'appello se questa è inficiata da un vizio comportante una violazione delle norme di legge sostanziali o anche procedurali. In questo caso, la Corte Suprema può rinviare il caso alla corte d'appello, se sono necessari nuovi adempimenti istruttori, altrimenti decide essa stessa nel merito⁷⁶.

Per quanto riguarda invece i criteri che presiedono al controllo giurisdizionale, la giurisprudenza tende a distinguere il caso di applicazione di norme generali o di dettaglio; il controllo sulla discrezionalità amministrativa; il controllo sugli accertamenti di fatto compiuti dall'autorità⁷⁷.

Sotto il primo profilo, il controllo giurisdizionale sull'applicazione di disposizioni generali e astratte è tipicamente un controllo fortemente ridotto; invece per le disposizioni singolari si ha un'alta intensità del controllo sull'applicazione del diritto e della fattispecie.

Per quanto riguarda il secondo aspetto, qui si ha invece soltanto

amministrative per il funzionamento dei mercati”, Giappichelli, 2006.

⁷⁶ K. Stockmann, “ Investigatory power of antitrust authorities and procedural guarantees under german law”, in *Fordham Corporate Law Institute*, 1993, pagg 307 e ss.

⁷⁷ W. Spoerr, “La tutela giurisdizionale di fronte alle decisioni di regolazione e alle decisioni di garanzia della concorrenza”, nel volume a cura di E. Ferrari-M. Ramajoli - M. Sica, “*Il ruolo del giudice di fronte alle decisioni amministrative per il funzionamento dei mercati*”, Giappichelli, 2006.

un controllo di quei vizi della discrezionalità che sono vizi di legittimità. L'art. 71, comma 5, della GWB circoscrive infatti il controllo sulla discrezionalità amministrativa delle autorità di concorrenza sottraendovi in linea generale la discrezionalità tecnica, nel momento in cui statuisce che:

“L'apprezzamento della situazione e dello sviluppo economico generale è sottratto alla verifica del giudice.”⁷⁸

Il controllo copre quindi soltanto quei vizi che comportano un oltrepassamento dei limiti del potere ovvero una violazione del significato o dello scopo della legge.

Peraltro occorre considerare che ciò che è effettivamente sottratto al controllo del giudice è solo il riesame sulle valutazioni di politica economica della sfera economica generale, che deve rimanere riservato alle autorità di concorrenza in rapporto a fattispecie o elementi di fattispecie orientate alla situazione economica generale.

Inoltre, non è in alcun modo precluso al giudice il riesame dell'interpretazione di dati di natura economica da parte dell'autorità. Questo aspetto si è rivelato particolarmente rilevante in materia di controllo delle concentrazioni, dove La Corte d'Appello di Bonn ha talvolta autorizzato le concentrazioni vietate dal BKA, sospendendo l'esecuzione del provvedimento con la motivazione che la decisione dell'autorità presentava seri problemi di ordine sostanziale oltre che procedurale e rischiava di produrre danni irreparabili alle parti coinvolte. La Corte infatti condanna solo

⁷⁸ Art. 71, par. 3, GWB.

sulla base di prove concrete e inoppugnabili, difficili da produrre specialmente in caso di pratiche concordate, dove è stato lampante il disaccordo tra Corte e BKA (i.e. settore petrolifero)⁷⁹.

Una linea analoga è stata seguita anche dalla Corte di Giustizia CE, che, nella sentenza *Tetra Laval BV*, avente ad oggetto l'impugnazione di una pronuncia del Tribunale di primo grado in materia di concentrazioni, ha affermato che, sebbene la Corte riconosca alla Commissione un potere discrezionale in materia economica, ciò non implica che il giudice debba astenersi dal controllare l'interpretazione, da parte della Commissione, di dati di natura economica. Secondo la Corte, infatti, il giudice comunitario è tenuto non solo a verificare l'esattezza materiale degli elementi di prova adottati, ma altresì ad accertare se tali elementi costituiscono l'insieme dei dati rilevanti che devono essere presi in considerazione e se sono tali da corroborare le conclusioni dell'autorità amministrativa, e questo vale soprattutto quando è in gioco un'analisi prospettica imposta dall'esame di un progetto di concentrazione⁸⁰.

Questa interpretazione è coerente con il terzo aspetto del sindacato giurisdizionale sugli atti delle autorità di concorrenza: infatti, le corti di giustizia tedesche non sono vincolate dagli accertamenti di fatto compiuti dalle autorità di concorrenza e possono ricostruire la fattispecie concreta in piena autonomia,

⁷⁹ L. Ammannati, "La concorrenza in Europa. Sistemi organizzativi e autorità di garanzia", Cedam, 1998.

⁸⁰ Corte di Giustizia Ce, 15 Febbraio 2005, C-12/03, *Commissione c. Tetra Laval BV*.

esercitando un controllo sul fatto pieno e completo⁸¹.

5.5. Revisione Politica.

Le possibilità di controllo politico dell'azione del BKA sono in principio più elevate di quelle possibili per le altre autorità nazionali di concorrenza, data la formale dipendenza dell'Ufficio dal Ministero. Come detto, questo può impartire direttive generali sulla politica concorrenziale da seguire in tutti i settori del diritto di concorrenza e può poi intervenire per autorizzare le concentrazioni, previo parere, obbligatorio ma non vincolante, della Monopolkommission⁸².

6. Gran Bretagna.

6.1. La disciplina della concorrenza tra pragmatismo, conservazione e innovazione.

Non è agevole trovare un piano unitario nel sistema inglese di tutela della concorrenza. Lungi dall'aderire ad un modello teorico generale, infatti, il modello antitrust britannico si è formato in maniera frammentata, cercando di soddisfare le esigenze contingenti di politica economica e industriale che si sono presentate storicamente.

⁸¹ W. Spoerr, "La tutela giurisdizionale di fronte alle decisioni di regolazione e alle decisioni di garanzia della concorrenza", nel volume a cura di E. Ferrari - M. Ramajoli - M. Sica, *"Il ruolo del giudice di fronte alle decisioni amministrative per il funzionamento dei mercati"*, Giappichelli, 2006.

⁸² L. Ammannati, *"La concorrenza in Europa: Sistemi organizzativi e autorità di garanzia"*, Cedam, 1998.

Tutto ciò ha avuto importanti ripercussioni anche sull'articolazione amministrativa, dando luogo ad un sistema complesso, fondato su un gran numero di leggi, procedure e istituzioni, eppure estremamente funzionale.

La prima legge antitrust inglese fu il Monopolies and Restrictive Practices Act, emanato nel 1948 dall'allora governo laburista, più di sessant'anni dopo l'entrata in vigore dello Sherman Act. Le ragioni di questo ritardo sono generalmente rinvenute nelle condizioni strutturali dell'economia britannica fino alla vigilia della prima guerra mondiale. Sebbene determinate pratiche restrittive fossero presenti in alcuni settori (tabacco, cemento, distillazione di whisky), la parte fondamentale dell'industria britannica di allora (carbone, acciaio, tessile) operava in condizioni di sostanziale concorrenza. Inoltre proprio in quegli anni il Regno Unito stava applicando con decisione una politica di libero commercio, esponendo le proprie industrie alla competizione internazionale⁸³.

La situazione cambiò con lo scoppio della prima guerra mondiale, che comportò da un lato un'estensione dell'intervento pubblico in economia nelle forme di controllo sui prezzi e sugli scambi con i mercati esteri, e dall'altro un incoraggiamento degli accordi tra imprese, con il conseguente aumento della concentrazione dell'economia britannica.

Il cambiamento strutturale intervenuto a causa della guerra divenne oggetto di studio da parte di due importanti commissioni nominate dal governo immediatamente al termine del conflitto: la

⁸³ L. Ammannati, *“La concorrenza in Europa: Sistemi organizzativi e autorità di garanzia”*, Cedam, 1998.

Committee on Commercial and Industrial Policy del 1918 e la Committee on Trusts del 1919.

Entrambe rilevarono il forte incremento di pratiche restrittive, adottando però un approccio pragmatico destinato a permeare il sistema antitrust inglese fino ai nostri giorni. In particolare, nei rapporti delle due commissioni non compare alcuna posizione ideologica intrinsecamente contraria alle restrizioni della concorrenza, che in alcuni casi vengono considerate favorevolmente in quanto strumentali al rafforzamento dell'industria britannica sui mercati mondiali.

Malgrado questa interpretazione di fondo, i rapporti illustrano chiaramente i pericoli derivanti dagli abusi: la Committee on Trusts, in particolare, sottolineò nella sua relazione la probabilità di un aumento di prezzi e di restrizione della produzione, proponendo di creare un apposito tribunale nominato dal Ministro del Commercio con il compito specifico di investigare sui casi concreti e di riferire all'autorità politica. Il Ministro conservava il potere di iniziativa. Come si vedrà, la struttura essenziale della legislazione britannica si profila già in questa proposta del 1919.

L'opportunità di un intervento legislativo, accantonata a causa della grande depressione intervenuta alla fine degli anni '20, venne ripresa nel 1944 con la pubblicazione di un libro bianco sulla politica per l'occupazione a cura del governo di coalizione. E' significativo come ancora una volta sia rifiutato un approccio ideologico: il governo sottolineò che il controllo sulle pratiche restrittive doveva essere semplicemente un mezzo per raggiungere il pieno impiego, messo in pericolo da una restrizione della

produzione generata da una cartellizzazione indiscriminata.

La politica di concorrenza in Gran Bretagna nasce dunque come strumento alla risoluzione di un problema pratico e fin da allora l'obiettivo economico del mantenimento della concorrenza deve coesistere con altre esigenze, in primis quella di costituire grande imprese inglese competitive sui mercati mondiali.

Il libro bianco del 1944 fu quindi preparatorio del Monopolies and Restrictive Practices Act del 1948, che realizzava un modello largamente ispirato a quello ipotizzato dalle due commissioni degli anni '20: si trattava di un sistema caratterizzato dall'assenza di un divieto generalizzato, che conferiva invece al governo, nella persona del ministro del commercio, il potere di riferire determinate situazioni ad un'apposita commissione, per un'analisi da effettuarsi caso per caso alla luce dell'interesse pubblico⁸⁴. La Commissione, al termine dell'inchiesta, aveva solo il potere di sottoporre al governo le possibili azioni da compiere ma quest'ultimo conservava il potere di decidere in piena autonomia⁸⁵.

Dal punto di vista organizzativo, la legge istituiva la Monopolies and Restrictive practices Commission, una sorta di amministrazione indipendente costituita sul modello delle *independent regulatory agencies* sviluppatesi nel sistema

⁸⁴ Il concetto di interesse pubblico risulta difficilmente definibile sul piano astratto, al di là di una qualsiasi applicazione pratica; la sua preminenza fa sì che, come ricorda Sir Gordon Borrie, "La politica di concorrenza in Gran Bretagna non potrà mai diventare un dogma inflessibile". L. Ammannati, "La concorrenza in Europa: Sistemi organizzativi e autorità di garanzia", Cedam, 1998.

⁸⁵ La commissione, in definitiva, forniva quello che noi chiameremmo un parere non vincolante.

statunitense già a partire dal 1887. Essa era composta da dieci membri nominati dal ministro del commercio tra soggetti di diversa professionalità: funzionari pubblici, professori universitari ma anche uomini d'affari; la nomina non doveva avere natura politica. La Commissione poteva indagare sia sulle pratiche restrittive che sulle condizioni di monopolio, definito come la condizione in cui un terzo dei beni veniva venduto una sola impresa o gruppo di imprese.

La grande maggioranza delle inchieste compiute dalla Commissione fino al 1956 riguardarono accordi aventi ad oggetto pratiche restrittive come la fissazione di prezzi e gli accordi di esclusiva. Oltre alle relazioni su queste inchieste, la Commissione pubblicò una relazione generale sugli effetti degli accordi restrittivi per l'interesse pubblico, suggerendo l'opportunità di un intervento legislativo. Pur rifiutando ancora una volta uno schieramento di tipo ideologico, la Commissione constatava empiricamente che alcuni di questi accordi erano pregiudizievoli per il sistema economico ed auspicava un modello molto vicino a quello che sarebbe poi stato adottato dalla Comunità europea con l'art. 85 del Trattato di Roma, fondato su un divieto generalizzato di determinati accordi accompagnato però da un sistema di esenzioni per particolari situazioni.

Il Parlamento, pur riprendendo alcuni elementi emersi dalla proposta della Commissione (come una presunzione di contrarietà all'interesse pubblico per certe pratiche), licenziò una legge fondata essenzialmente su una proposta della minoranza che non prevedeva alcuna generale proibizione, il Restrictive Trade Practices Act. La prima parte della legge istituiva un sistema di registrazione degli

accordi restrittivi, che dovevano essere notificati ad un apposito Ufficio del Registro degli Accordi Commerciali Restrittivi. Una volta registrati, tali accordi venivano sottoposti ad un nuovo organo, la Restrictive Practices Court, che aveva il compito di esaminarli, vietandoli a meno che non potessero beneficiare delle esenzioni dettagliatamente previste dalla legge (cd. *gateways*). L'introduzione della RPC è di notevole interesse, perché segna la comparsa di un organo giurisdizionale ad hoc nel sistema inglese di concorrenza. Infine, la legge ridusse i poteri della Monopolies and Restrictive Practices Commission, che divenne semplicemente la Monopolies Commission, cui veniva assegnato il controllo sui monopoli.

Con il Restrictive Trade Practices Act del 1956 viene quindi disegnato nelle sue linee essenziali il sistema amministrativo inglese di tutela di concorrenza: un ufficio amministrativo sempre più indipendente dall'articolazione ministeriale, una commissione dotata di competenze settoriali specifiche e un tribunale ad hoc per le questioni di concorrenza. Le leggi successive non hanno fatto altro che definire questo sistema, ridistribuendo peraltro anche in maniera incisiva le competenze.

Così il Fair Trading Act del 1973 è intervenuto sul vecchio Ufficio del Registro trasformandolo nell'Office of Fair Trading, organo indipendente dal Governo presieduto dal Director General of Fair Trading, titolare di poteri decisionali rispetto all'attività istruttoria compiuta dall'ufficio.

La modernizzazione del sistema è infine compiuta nelle suoi aspetti fondamentali da due importanti riforme : il Competition Act 1998 e l'Enterprise Act 2002. Il primo introduce in Gran Bretagna

un sistema fondato sul divieto generalizzato degli accordi restrittivi e degli abusi di condotta unilaterali che ricalca quello delineato dagli originari articoli 85 e 86 TCE (oggi artt. 101 e 102 TFUE) mentre il secondo riordina il sistema amministrativo di tutela della concorrenza, intervenendo sia sui singoli organismi che sul riparto di competenze.

In particolare, l'OFT acquista personalità giuridica ed eredita le funzioni decisionali prima esercitate dal Direttore Generale, il cui ruolo non è più contemplato dall'Enterprise ACT. Inoltre, l'OFT diventa competente per l'enforcement delle regole di concorrenza sia in materia di condotte unilaterali che di pratiche restrittive, e detiene altresì l'iniziativa rispetto all'apertura dei procedimenti sulle operazioni di concentrazione.

Queste ultime sono invece investigate dalla Competition Commission, che adotta anche le decisioni; la Commissione non può peraltro aprire il procedimento di sua iniziativa, dovendo necessariamente agire su istanza dell'OFT. Nel settore delle concentrazioni, quindi, il sistema di concorrenza inglese adotta un modello dualista di enforcement.

La funzione di tribunale ad hoc per le questioni di concorrenza è svolta dal Competition Appeal Tribunal (CAT), che completa il sistema antitrust britannico. Il CAT giudica sulle impugnazioni delle decisioni adottate dall'OFT e dalla Competition Commission e sulle azioni di danno proposte per la violazioni delle regole di concorrenza.

6.2. Indipendenza.

Secondo quanto disposto dalla Prima Sezione dell'Enterprise Act 2002, l'OFT è un dipartimento governativo non ministeriale, dotato di personalità giuridica autonoma, che opera in posizione di indipendenza dagli organi di indirizzo politico. La sua legittimazione democratica è quindi indirettamente azionata attraverso la previsione legislativa che impone all'OFT di redigere un Piano e un Rapporto Annuale che devono essere presentati al Parlamento. Il Piano Annuale deve contenere l'indicazione degli obiettivi e delle priorità che verranno considerate nella politica concorrenziale da attuarsi l'anno seguente; il Rapporto annuale viene pubblicato dopo la chiusura dell'anno finanziario e deve indicare le principali attività compiute in quel periodo⁸⁶.

L'OFT è un organismo collegiale avente al vertice un Consiglio ("Board") e articolato in una serie di uffici specializzati nei vari settori del mercato.

Il Consiglio è costituito dal Presidente, da un Capo Esecutivo e da tre Direttori Esecutivi, nominati da un Segretario di Stato⁸⁷, che rimangono in carica per cinque anni, con un mandato rinnovabile. Una volta nominati, i membri del Consiglio possono essere sollevati dall'incarico soltanto "per incapacità e cattiva condotta". Il Consiglio è responsabile per la direzione strategica dell'autorità; esso si occupa dell'applicazione delle regole di concorrenza ai singoli casi solo ove questi rivestano un'importanza strategica,

⁸⁶ O'Neill - Sanders *"UK Competition Procedure: the modernised regime"*, Oxford University Press, 2007.

⁸⁷ In Regno Unito il Segretario di Stato è un Ministro a capo di un dipartimento governativo.

delegando altrimenti le decisioni ai gruppi⁸⁸.

I gruppi sono uffici specializzati nei vari settori di mercato, coordinati da un direttore non esecutivo; ciascun gruppo (spesso anche più di uno) hanno come referente ultimo un direttore esecutivo.

Tra i gruppi che compongono l'attuale organizzazione dell'OFT sono di particolare interesse il gruppo Cartelli e Applicazione della legge penale e il Gruppo concentrazioni.

Il primo compie le prime indagini relative a quelle violazioni della concorrenza che per il diritto inglese costituiscono anche fattispecie di reato, potendo eventualmente segnalarle al Serious Fraud Office ai fini del loro perseguimento davanti al giudice⁸⁹. Anche in questo settore, come in quello delle concentrazioni, il sistema antitrust inglese sposa il modello dualista.

Il secondo gruppo ricerca e valuta le informazioni riguardanti le operazioni di concentrazione, decidendo se esse possano comportare problemi di concorrenza tali da non poter essere risolti mediante l'accettazione di impegni e perciò richiedendo l'approfondimento della Competition Commission.

Per quanto riguarda le operazioni di concentrazione e le operazioni di cartello che costituiscono reato, il Regno Unito adotta

⁸⁸ O'Neill - Sanders *"UK Competition Procedure: the modernised regime"*, Oxford University Press, 2007

⁸⁹ Ai sensi dell'Enterprise Act 2002 incorrono nel reato di cartello gli individui (es. amministratori delle società) che coinvolgano dolosamente l'impresa in un accordo restrittivo della concorrenza. Il reato è punibile con un la reclusione fino a cinque anni e/o una pena pecuniaria. I soggetti predetti possono tuttavia ottenere l'immunità confessando il reato all'Autorità: www.oft.gov.

quindi un modello dualista, svolgendo l'OFT solo un'attività preparatoria rispetto alla decisione dell'organismo giurisdizionale o della Competition Commission.

6.3. Procedimento.

Con l'abolizione della figura del Director General, originariamente titolare del potere decisionale rispetto all'attività istruttoria dell'OFT, l'autorità di concorrenza inglese ha abbandonato lo schema procedimentale bifasico che attribuiva a soggetti diversi le funzioni istruttorie e decisorie.

Infatti l'attuale Consiglio dell'OFT svolge prevalentemente un'attività di direzione strategica, lasciando invece agli uffici suddivisi per settore di mercato lo svolgimento dell'intera procedura di decisione dei singoli casi.

Peraltro, l'articolarsi del procedimento è supportato da numerose garanzie, in linea con il ruolo in senso lato paragiurisdizionale dell'autorità, che nel complesso avvicinano il sistema inglese al modello tedesco di tutela della concorrenza.

L'apertura di una procedura formale di accertamento, ove non sia iniziata d'ufficio, richiede una denuncia scritta e motivata. Ciò non preclude comunque la possibilità di avviare con l'OFT una discussione preliminare, utile alle imprese per decidere se impegnare il tempo e le risorse necessarie per presentare una denuncia formale. Anche ai fini di una discussione preliminare è comunque richiesta la trasmissione di un livello base di informazione scritta, che deve includere l'identità del denunciante e

delle parti coinvolte nel cartello, e i rapporti reciproci (es. se il denunziante è un concorrente, consumatore o utente del denunziato); i prodotti/servizi coinvolti; il tipo di affari intrapresi dal ricorrente e dalle parti del cartello; se nota, la dimensione del mercato e delle parti coinvolte (es. quote di mercato.)

All'Autorità è fatto divieto di rivelare l'identità del ricorrente prima dell'apertura dell'investigazione formale, essendo la stessa ritenuta informazione confidenziale. Tuttavia, in caso di inizio dell'investigazione formale, ove siano riscontrati gli estremi di una violazione, l'identità del ricorrente potrebbe essere rivelata per consentire all'impresa indagata di difendersi dalle sue allegazioni. Peraltro, prima di informare l'impresa indagata dell'identità del ricorrente, lo stesso deve esserne informato.

L'Oft dà una risposta iniziale a tutte le denunce ricevute, tra i 10 e i 30 giorni dal ricevimento, in base alla loro complessità. Tutte le denunce riguardanti comportamenti anti concorrenziali, salvo quelle aventi ad oggetto i cartelli, vanno inoltrate all'ERC, che dopo un primissimo esame le inoltra all'Ufficio di investigazioni preliminari, che può aprire un dialogo informale con il ricorrente per ottenere ulteriori informazioni e chiarimenti. L'OFT, come detto, considera tutte le denunce inoltrate ma apre un'investigazione formale sulla base dei Principi di Priorità. L'Ufficio deputato alle investigazioni preliminari verifica la priorità del caso considerando l'impatto dell'indagine nella forma di benefici diretti o indiretti per i consumatori; l'importanza strategica del caso, i rischi e le risorse richieste per condurre l'accertamento. Nelle denunce aventi ad oggetto le operazioni di cartello, lo smistamento avviene

direttamente ad opera del CCEG cui le denunce vengono necessariamente inoltrate.

L'OFT comunica al ricorrente la sua decisione di aprire un'inchiesta formale entro 4 mesi dal ricevimento della denuncia. Se l'Ufficio non considera il caso prioritario, il ricorrente ottiene una risposta di diniego ma in alcuni casi l'OFT ritiene comunque opportuno scrivere all'impresa interessata per renderle noto l'avvertimento ricevuto circa una loro potenziale infrazione delle regole di concorrenza e preavvisandola della possibilità di future inchieste se dovessero essere raccolte ulteriori prove o se l'assetto delle priorità dell'Autorità dovesse cambiare.

Se il caso viene considerato prioritario, viene allocato al gruppo OFT appropriato per la successiva attività istruttoria. L'allocazione dei casi resta comunque flessibile, essendo possibile che un caso rientrante nell'ambito di attribuzione di un gruppo venga successivamente allocato presso un altro gruppo perché questo è meglio posizionato per condurre l'indagine.

Nella fase iniziale dell'istruttoria, l'OFT conduce l'investigazione senza fare uso dei propri poteri di indagine formali, avvalendosi della cooperazione volontaria delle parti coinvolte. Sulla base dei risultati raccolti in questa fase prodromica, se il gruppo ritiene che ci siano basi sufficienti per ritenere che ci sia stata una violazione del diritto di concorrenza e il caso continua a rimanere prioritario, viene aperta un'investigazione formale, che permette all'Autorità di avvalersi dei poteri investigativi che le sono conferiti dalla legge.

Una volta aperta formalmente l'inchiesta al caso viene

assegnato un team leader, che guida il gruppo ed è responsabile per la gestione quotidiana del caso; un Project Director, che gestisce il flusso di informazioni sull'andamento del caso e un Senior Responsible Officer (SRO) responsabile per la decisione finale.

Le imprese coinvolte vengono informate dell'avvio del procedimento con una lettera contenente le linee essenziali della condotta oggetto di indagine, la legislazione rilevante e i contatti chiave del gruppo che si occupa del procedimento, ossia il team leader, project director e SRO. La lettera può contenere contestualmente una richiesta di chiarimenti e informazioni, che può essere anche avanzata in seguito. Quando le esigenze istruttorie rendono sconsigliabile notificare la lettera all'inizio della procedura, la stessa viene comunque notificata il prima possibile.

Quando viene aperta un'investigazione formale, il ricorrente che ne faccia richiesta può ottenere che il suo status venga formalizzato: l'acquisizione dello status formale di ricorrente consente la partecipazione ai passaggi chiave dell'istruttoria: il ricorrente è messo al corrente degli esiti del procedimento ed è invitato a discutere gli accertamenti contenuti nella Statement Objection prima che il procedimento sia concluso.

I poteri istruttori formalmente attribuiti all'OFT sono la richiesta formale di informazioni scritte e il potere di ispezionare i locali delle imprese coinvolte, che in determinati casi richiede un previo mandato dell'autorità giudiziaria per poter essere esercitato.

Le informazioni scritte richieste devono essere comunicate all'OFT nel termine perentorio fissato dal Team leader, che può essere dilazionato solo in presenza di circostanze eccezionali. Se la

parte destinataria della richiesta ritiene il termine insufficiente deve sollevare la questione tempestivamente davanti al SRO; qualora la disputa non venga risolta in questa sede, la parte può rivolgersi al Supervisore procedimentale appositamente istituito.

Un funzionario OFT munito di autorizzazione scritta ma sprovvisto di in mandato dell'autorità giudiziaria può entrare nei locali dell'impresa ai fini dell'investigazione purché abbia notificato l'ispezione con almeno due giorni di anticipo. In alcuni casi l'ispezione può avere luogo ugualmente anche senza la previa notifica, ad esempio se vi sia il fondato sospetto che i locali siano occupati da una parte dell'accordo oggetto di indagine o se il funzionario autorizzato non è riuscito a notificare in anticipo l'ispezione all'occupante, pur avendo compiuto tutti gli adempimenti necessari a questo scopo. Il funzionario che conduce l'ispezione senza mandato può chiedere la produzione di ogni documento considerato rilevante per l'indagine e prenderne estratto o copia; richiedere gli opportuni chiarimenti; chiede informazioni sull'ubicazione di ulteriori documenti rilevanti. I funzionari OFT possono parimenti chiedere la registrazione di informazioni in formato elettronico su supporti adatti ad essere prelevati e possono prendere le misure necessarie a preservare i documenti da possibili interferenze.

L'OFT può rivolgersi all'autorità giudiziaria per ottenere un mandato di perquisizione che autorizzi i suoi funzionari a compiere ispezioni sia nei locali commerciali che domestici, qualora abbia il fondato timore che i documenti ivi ubicati possano essere distrutti o alterati in seguito a una richiesta di trasmettere informazioni scritte.

Un'ispezione condotta dietro mandato del giudice consente ai funzionari OFT di usare anche la forza per entrare nei locali in caso di ostacolo (in ogni caso mai sulle persone); di prendere estratto o copia dei documenti coperti dal mandato, anche se registrati su supporto elettronico; di prelevare i documenti originali coperti dal mandato in caso di fondato timore di alterazione laddove non sia possibile estrarre copia; di prelevare documenti e copie per determinare la loro possibile inerenza al caso, ove non sia possibile analizzarli direttamente sul posto, con garanzia di restituzione in caso siano ritenuti non pertinenti all'istruttoria; di prelevare l'intero documento ove una sua parte appaia potenzialmente rilevante ai fini dell'istruttoria e non sia materialmente possibile scindere il contenuto, con garanzia di restituzione in caso siano ritenuti non pertinenti all'istruttoria.

Il mandato deve essere esibito prima di procedere all'ispezione. L'occupante può chiedere al proprio legale di presenziare all'ispezione, sia essa condotta con o senza mandato. Se l'ispezione non è stata notificata in anticipo, i funzionari OFT possono attendere un tempo ragionevole per consentire al legale di presenziare.

Occorre sottolineare che i poteri investigativi conferiti dall'Atto incontrano una serie di limiti concernenti la corrispondenza protetta dell'impresa con il proprio legale, le informazioni connesse all'ambito del segreto commerciale o della vita privata. In quest'ultimo caso, peraltro, l'OFT può richiedere che venga fornita una versione non confidenziale del documento, supportata da un'idonea motivazione che giustifichi la pretesa confidenzialità dei

dati non forniti. Altri limiti ai poteri investigativi dell'Autorità sono la garanzia contro la ben nota garanzia contro la self-incrimination e il divieto di diffondere l'informazione confidenziale comunque pervenuta.

L'OFT è anche investito del potere di applicare misure cautelari alle imprese coinvolte quando il procedimento non è ancora concluso e in pendenza potrebbe verificarsi un danno grave e irreparabile a una persona o ad una categoria di persone, ovvero una lesione dell'interesse pubblico. L'Autorità può agire d'ufficio o su richiesta. In quest'ultimo caso, l'istanza deve essere inoltrata al team leader e deve contenere tutte le indicazioni e le prove possibili per dimostrare l'esistenza dei presupposti della misura cautelare, insieme all'indicazione circostanziata della misura cautelare auspicata.

Se l'Autorità decide di applicare la misura cautelare, ne informa l'impresa destinataria, indicando il termine temporale della misura e le motivazioni che hanno portato alla sua irrogazione: l'impresa destinataria ha la possibilità di obiettare. Dopo la replica viene adottata la decisione definitiva in ordine alla cautelare, che viene comunicata al ricorrente formale e all'impresa destinataria della misura.

Se l'Autorità intende respingere l'istanza, lo comunica all'istante e ad ogni altro ricorrente formale con una lettera motivata. L'istante e gli altri ricorrenti possono presentare le loro obiezioni, dopo di che viene adottata la decisione definitiva in ordine alla cautelare. L'OFT tiene un registro on-line delle misure cautelari adottate, che possono anche essere pubblicate in formato

cartaceo.

Conclusa l'attività istruttoria, la fase decisoria può portare ai quattro diversi esiti tipici della procedura antitrust (archiviazione sulla base di priorità amministrative; accertamento negativo se non sono state riscontrate violazioni; accettazione di impegni per correggere la futura condotta dell'impresa; accertamento positivo delle violazioni riscontrate).

In questo ultimo caso, se al termine dell'istruttoria il gruppo ha raccolto prove sufficienti ad accertare un'infrazione degli articoli 101 o 102 TFUE o della legislazione antitrust domestica, prima di adottare la decisione definitiva contenente l'ordine di rimessa in pristino eventualmente accompagnato da sanzione pecuniaria, deve essere redatta un'apposita documentazione nota come Statement of Objections in cui sono indicati tutti i risultati dell'indagine che hanno condotto l'OFT a rilevare un'infrazione. Lo Statement deve essere notificato alle parti (imprese destinatarie e ricorrenti formali) e per la sua adozione è responsabile il Senior Officer che sarà poi responsabile della decisione finale.

Alla luce delle repliche presentate dalle parti, l'OFT giunge alla decisione finale. In particolare, se fa proprie le argomentazioni difensive delle imprese, adotta un accertamento negativo, statuendo che non ci sono basi per una decisione di infrazione; se al contrario non considera le argomentazioni decisive, adotta una decisione di infrazione, che contiene un accertamento positivo di infrazione e le direttive che dovranno essere seguite dall'impresa per rimuovere la condotta anticoncorrenziale. A certe condizioni, e comunque sempre nei casi di particolare gravità, può essere irrogata anche una

sanzione pecuniaria.

Per quanto riguarda il profilo dei rimedi contro le decisioni dell'Autorità, i destinatari delle decisioni e i terzi che vi abbiano interesse possono impugnare il provvedimento davanti al Competition Appeal Tribunal (CAT), un tribunale amministrativo specializzato nell'applicazione del diritto di concorrenza.

Inoltre, una volta aperta l'investigazione formale, le parti possono presentare reclamo in merito a questioni procedurali rivolgendosi in prima istanza al Senior Responsible Officer. Se la disputa non viene risolta in questa sede, il reclamo può essere inoltrato ad in apposito Supervisore procedimentale recentemente istituito entro i termini indicati nel sito web dell'Autorità.

6.4. Controllo giurisdizionale.

L'introduzione di un regime di tutela della concorrenza fortemente innovativo, sia sul piano delle fattispecie vietate che su quello dell'organizzazione amministrativa deputata all'attività di enforcement, ha indotto il legislatore inglese a incidere anche sul regime di controllo giurisdizionale degli atti adottati dalle autorità antitrust, introducendo un tribunale specializzato per le questioni di concorrenza: il Competition Appeal Tribunal (CAT).

Istituito nella sua configurazione attuale dall'Enterprise Act 2002, il CAT è costituito da diversi collegi giudicanti composti da tre elementi: un Presidente, una giuria di membri togati (giudici della High Court) e una giuria di membri laici esperti in vari settori legati alla concorrenza (es. economia, revisione contabile), in modo

da conferire alla corte una conoscenza interdisciplinare. I casi vengono giudicati da un collegio di tre membri, due membri laici e un membro togato, che può essere anche il Presidente nei casi di maggiore rilevanza⁹⁰.

La decisione viene presa a maggioranza non essendo richiesta l'unanimità⁹¹.

Per quanto riguarda l'ambito di giurisdizione, il Competition Act 1998 e l'Enterprise Act 2002 attribuiscono al CAT due diversi tipi di giurisdizione: la giurisdizione estesa al merito e la giurisdizione di pura legittimità.

In particolare, il CAT esercita la giurisdizione estesa al merito:

- Nei giudizi di impugnazione aventi ad oggetto decisioni dell'OFT e di altri regolatori settoriali applicate sulla base del diritto di concorrenza nazionale in senso stretto (accordi restrittivi e condotte unilaterali)⁹² o gli articoli 101-102 TFUE;
- Rispetto alle azioni di danno derivanti dalle decisioni che accertano una violazione del diritto della concorrenza nazionale in senso stretto o gli articoli 101-102 TFUE.

La giurisdizione di pura legittimità è esercitata invece:

- Sulle decisioni prese dal Segretario di Stato, dalla Competition Commission e residualmente dall'OFT sulle operazioni di

⁹⁰ O'Neill - Sanders *"UK Competition Procedure: the modernised regime"*, Oxford University Press, 2007.

⁹¹ Peraltro è interessante notare che, almeno fino al 2007, le decisioni del CAT sono state adottate all'unanimità. O'Neill - Sanders *"UK Competition Procedure: the modernised regime"*, Oxford University Press, 2007.

⁹² Escluso, cioè, il settore delle concentrazioni.

concentrazione;

- Sulle decisioni sugli impegni adottate dall'OFT e da altri regolatori⁹³.

La distinzione tra i due tipi di giudizio ha un impatto rilevante sulle prospettive del ricorrente di vedere modificata la decisione impugnata. In sede di giurisdizione di merito, il CAT ha il potere non solo di sindacare pienamente l'esame degli elementi di fatto svolto dall'OFT, ma può addirittura svolgere in primis l'attività decisionale, esaminando fatti dedotti per la prima volta in giudizio, applicando ad essi in primis le regole di diritto e svolgendo autonomamente il loro apprezzamento sotto il profilo economico⁹⁴.

Nel giudizio di legittimità, invece, il giudizio del CAT assume la forma di una verifica della correttezza del procedimento sottostante alla decisione, senza normalmente considerare nuovi elementi di fatto, ma solo sindacando la regolarità dell'approccio assunto dall'autorità rispetto agli elementi di fatto già dedotti.

La differenza tra i due tipi di giurisdizione permea l'intero processo nei suoi punti essenziali: basti pensare che nel giudizio di merito l'onere di provare la correttezza della decisione è posto in capo all'OFT o ad altro regolatore mentre nel giudizio di pura legittimità esso è invertito, spettando al ricorrente dimostrare l'illegittimità della decisione.

Inoltre, i rimedi esperibili dal CAT sono molto più incisivi nel caso di giurisdizione estesa al merito: in questo caso infatti il

⁹³ O'Neill - Sanders *"UK Competition Procedure: the modernised regime"*, Oxford University Press, 2007.

⁹⁴ *Ibid.*

giudice non si limita ad annullare la decisione, come avviene nella giurisdizione di legittimità, ma può sostituire la decisione dell'OFT con la propria, surrogandosi nell'esercizio del potere amministrativo, giungendo perfino ad irrogare o modificare la sanzione.

L'attribuzione al CAT della giurisdizione estesa al merito è stata ritenuta dal governo inglese essenziale ai fini della correttezza e trasparenza del nuovo sistema concorrenziale introdotto dal Competition Act 1998: l'OFT e le altre autorità di concorrenza godono infatti di poteri estensivi che possono avere effetti sensibili sulle imprese oggetto di investigazione, andando a interessare potenzialmente l'area dei diritti civili protetti dall'articolo 6 della CEDU, che devono essere garantiti davanti ad un tribunale indipendente e imparziale che non può certamente essere riconosciuto nell'autorità amministrativa, per quanto dotata di caratteri e metodi in parte assimilabili a quelli di un organismo giurisdizionale.

Per questa ragione in Gran Bretagna è stato particolarmente avvertito il problema della sottrazione delle decisioni in tema di concentrazioni e decisioni sugli impegni alla giurisdizione di merito.

Nel caso *Begum*, la House of Lords ha stabilito in linea generale l'idoneità della giurisdizione di pura legittimità a garantire la tutela dei diritti garantiti dall'articolo 6 CEDU rifacendosi alla giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo. Lord Hoffmann, allora membro della House of Lords, ricostruì in questo modo il criterio:

Le espressioni chiave delle sentenze della Corte di Strasburgo che descrivono i casi in cui una revisione limitata dei fatti è sufficiente a garantire il rispetto della Convenzione sono i riferimenti ad “aree specialistiche del diritto” e al “classico esercizio della discrezionalità amministrativa”[...] Ritengo che la Corte si riferisca a quelle aree del diritto rientranti negli schemi di regolazione e dell’assistenza pubblica in cui il processo decisionale è per consuetudine affidato all’amministrazione”⁹⁵.

L’interpretazione esposta consente quindi di limitare il sindacato giurisdizionale in materia di concentrazioni, ascrivendo le decisioni in questa delicata materia del diritto della concorrenza ad una prerogativa di alta discrezionalità politico-amministrativa, in linea, del resto, con il permanere di un potere ministeriale sulla conformità delle operazioni di concentrazioni *in itinere* all’interesse pubblico che viene illustrato nel paragrafo seguente.

6.5. Revisione politica.

Le possibilità di revisione politica rispetto alle decisioni assunte dall’OFT sono nulle per quanto riguarda il diritto della concorrenza in senso stretto (accordo restrittivi e abuso di posizione dominante): le decisioni adottate dall’autorità in questa sede sono infatti suscettibili unicamente di controllo giurisdizionale.

Il Governo conserva invece un margine di intervento nell’ambito delle concentrazioni. Come detto nei paragrafi

⁹⁵ O’Neill - Sanders “*UK Competition Procedure: the modernised regime*”, Oxford University Press, 2007

precedenti, l'OFT ha il potere di denunciare le operazioni di concentrazione che presentino elementi di rischio per la concorrenza alla Competition Commission che, sprovvista del potere di iniziativa, ha invece quello di decisione. Le imprese coinvolte nell'operazione, per evitare la denuncia alla Competition Commission, possono presentare degli impegni con i quali intendono rimuovere i punti critici riscontrati dall'OFT. Normalmente, la decisione su tali impegni resta di competenza dell'OFT stesso. Tuttavia, nei casi di concentrazioni che possano sollevare problemi di interesse pubblico, la decisione sugli impegni viene presa dal Segretario di Stato.

Quest'ultimo può infine, nei casi di rilevante interesse pubblico, riferire personalmente l'operazione di concentrazione alla Competition Commission, ma non può mai rivedere la decisione di quest'ultima.

CAPITOLO 4

L'effettività del coordinamento: analisi casistica.

Premessa.

Nei capitoli precedenti si è cercato di illustrare le tecniche giuridiche dell'amministrazione comunitaria decentrata nell'applicazione del diritto della concorrenza, analizzando il funzionamento del network nel suo complesso e nell'azione delle singole autorità di concorrenza degli Stati membri quali punti nodali della rete.

Si è inoltre sottolineato come l'obiettivo dell'European Competition Network prenda le mosse dalla basilare esigenza di evitare decisioni contrastanti sullo stesso caso per giungere, attraverso molteplici strumenti, alla definizione di una politica di concorrenza comune.

Poste queste premesse, è possibile verificare se la rete delle autorità di concorrenza abbia raggiunto l'effettività del coordinamento, verificando alla luce dei casi concreti se le ANC applichino le regole di concorrenza del Trattato secondo interpretazioni e metodi comuni, ottenendo esiti analoghi.

Nel procedere a questa analisi non è possibile prescindere dall'azione sincronizzatrice della Commissione Europea che, come si è evidenziato all'inizio di questo lavoro, costituisce il fulcro di una rete tutt'altro che acefala, né dall'interpretazione autorevole della legislazione antitrust comunitaria fornita dalla Corte di Giustizia, che soprattutto in questo settore ha consolidato il proprio ruolo cardine nel sistema dell'Unione.

Per ragioni sistematiche, l'illustrazione dei casi che seguirà è stata circoscritta al diritto antitrust in senso stretto, prendendo in esame le sole decisioni concernenti le pratiche restrittive e l'abuso di posizione dominante, mentre esula dal settore delle concentrazioni, la cui disciplina è contenuta in un apposito regolamento e non è quindi compresa negli articoli 101 e 102 del Trattato.

La comparazione viene svolta prendendo in esame le decisioni adottate dalle autorità di tre stati membri: Italia, Francia e Germania per le intese restrittive della concorrenza; Italia, Francia e Inghilterra per l'abuso di posizione dominante.

Questa sezione conclusiva ha potuto arricchirsi del prezioso contributo della Dottoressa Luisa Scorciarini Coppola, Dirigente dell'Ufficio Affari Comunitari presso l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, cui tanto deve per i numerosi chiarimenti, spunti e per la segnalazione di fonti e studi di inestimabile interesse germogliati proprio nelle riunioni dell'European Competition Network.

Quanto di buono si potrà dunque leggervi è senz'altro da ascrivere a questo fondamentale apporto.

1.1. Intese restrittive della concorrenza: la fattispecie.

L'articolo 101 del TFUE recita:

“1. Sono incompatibili con il mercato comune e vietati tutti gli accordi tra imprese, tutte le decisioni di associazioni di imprese e tutte le pratiche concordate che possano pregiudicare il commercio tra Stati membri e che abbiano per oggetto e per effetto di impedire, restringere o falsare il gioco della concorrenza all'interno del mercato comune 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 dissimili 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.

2. Gli accordi o decisioni, vietati in virtù del presente articolo, sono nulli di pieno diritto.

3. Tuttavia, 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 di associazioni di imprese,

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 congrua 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.”

La disposizione in esame introduce nell'ordinamento comunitario il divieto delle intese restrittive della concorrenza, che rappresenta l'ossatura fondamentale del diritto antitrust. Le ragioni che stanno alla base della proibizione sono da ascrivere ai danni che questo tipo di imprese arrecano all'economia di mercato e che sono ormai ben documentati nella letteratura specialistica: la formazione di cartelli tra imprese realizza nel mercato le condizioni del monopolio, determinando un incremento dei prezzi a scapito dei consumatori, la contrazione dell'offerta e la riduzione degli investimenti per l'innovazione, generando in ultima analisi l'inefficienza allocativa delle risorse. Inoltre, la formazione

dell'intesa, pur non coinvolgendo necessariamente tutte le imprese presenti sul mercato, consente anche a quelle che restano ufficialmente estranee all'accordo di alzare i propri prezzi, proteggendole "all'ombra del cartello"¹.

La norma contempla tutti i tipi di accordi, come rileva l'ampia dicitura impiegata, e si applica sia alle intese orizzontali, che avvengono allo stesso livello produttivo, sia, almeno teoricamente, alle intese verticali, che coinvolgono livelli produttivi diversi (es. produttore-distributore; grossista-dettagliante)².

A differenza della disciplina statunitense, che prevede un divieto generalizzato, la disciplina europea contempla anche nella sua versione attuale alcune eccezioni, prevedendo la possibilità di esentare alcuni accordi restrittivi della concorrenza in virtù dei benefici che questi, per contro, arrecano al mercato.

Peraltro, come chiarito dalla Corte di Giustizia in più occasioni, l'esenzione può essere accordata solo laddove risultino verificate determinate condizioni: i benefici derivanti dall'accordo devono essere tali da controbilanciare efficacemente le restrizioni concorrenziali che esso comporta; queste devono mantenere il requisito della proporzionalità e non deve esserci altra alternativa valida alla restrizione per cui le imprese possano optare per ottenere i benefici predetti.

¹ M. A. Utton, *"Cartels and economic collusion: the persistence of corporate conspiracies"*, Cheltenham UK - Northampton MA, Edward Elgar eds.

² Questo secondo genere di intese è però tendenzialmente meno nocivo per la concorrenza ed è quindi più suscettibile di essere esentato ai sensi dell'art. 101(3) TFUE. In tal senso si pronunciano anche le Linee Guida della Commissione sulle Intese Verticali del 2010.

La norma individua le condotte vietate con un elenco meramente esemplificativo: l'articolo proibisce infatti tutte le intese che abbiano comunque "oggetto o effetto anticoncorrenziale", senza vincolare le autorità deputate all'enforcement alle fattispecie individuate.

Il carattere alternativo del binomio oggetto/effetto implica inoltre che, a causa del suo effetto, ben potrebbe essere vietato un accordo che non abbia come oggetto, cioè come obiettivo o scopo, di limitare o escludere la concorrenza, qualora esso raggiunga comunque questo risultato. Per contro, possono esserci accordi intrinsecamente anticoncorrenziali, ossia anticoncorrenziali immediatamente per quanto riguarda l'oggetto. In questi casi l'analisi economica degli effetti che questo genere d'intese ha sul mercato non può essere naturalmente trascurata, risultando però semplificata, trattandosi di effetti immanenti all'accordo stesso³.

Tra questo genere di cartelli cd. *Hardcore*, che rappresentano le intese concorrenziali più gravi, la casistica annovera in particolare le fattispecie descritte dalla lettera a) dell'art. 101 TFUE, con particolare riferimento agli accordi finalizzati alla fissazione dei prezzi, che sono stati censurati duramente dalla Commissione e dalla Corte di Giustizia fin dagli albori della Comunità. Considerata la loro natura paradigmatica nel diritto antitrust e l'importante casistica che su di essi si è formata, essi si rivelano dunque un territorio privilegiato di analisi.

Il perseguimento dei cartelli di fissazione dei prezzi risale già al 1965 con il caso Chinino, un farmaco usato nel trattamento della

³ Olivieri - Mangini "Diritto della Concorrenza", Giappichelli, 2009.

malaria, il cui mercato era stato interessato da una incisiva cooperazione tra imprese fin dalla fine della Prima Guerra Mondiale. Alla fine degli anni '50, alcune compagnie francesi, tedesche e olandesi organizzarono un accordo dettagliato: i prezzi furono concordati fra i partecipanti, i mercati individuali protetti per i produttori nazionali e i mercati di esportazione riservati a determinate imprese; i membri dovevano notificarsi a vicenda gli sconti e i prezzi praticati; l'amministrazione e la sorveglianza dello schema era assicurato dall'impresa olandese Nedchem. Tutti i requisiti del cartello erano così in atto. Alla fine del procedimento, gli accertamenti della Commissione portarono all'irrogazione di sanzioni severe.

Le impugnazioni proposte dalle imprese furono respinte dalla Corte di Giustizia, che confermò ampiamente la decisione della Commissione, precisando nel successivo caso Dyestuff del 1972 che:

“la funzione del mercato concorrenziale applicato ai prezzi è mantenere il livello del prezzo il più basso possibile [...] Anche se ogni produttore è libero di incrementare i propri prezzi tenendo in considerazione la condotta attuale o prevedibile dei concorrenti, è contrario alle regole di concorrenza del Trattato che un produttore cooperi con i suoi concorrenti per determinare un'azione coordinata relativa all'aumento dei prezzi e assicurarsi il successo grazie alla previa eliminazione di ogni incertezza circa la condotta degli altri in merito agli elementi essenziali di tale azione, come

l'ammontare, l'oggetto, il tempo e il luogo degli aumenti.”⁴.

La Commissione successivamente avrebbe ripreso la critica della Corte circa l'eliminazione della imprevedibilità delle reazioni dei concorrenti come elemento essenziale della concorrenza nella decisione *Glass containers* del 1974, dove, censurando alcune clausole dell'accordo IFTRA tra imprese belghe, olandesi e tedesche destinate a proibire l'applicazione di prezzi competitivi al ribasso, rilevava:

“In questo modo la possibilità di reazioni impreviste da parte delle imprese concorrenti viene di fatto eliminate, rimuovendo un elemento di rischio che normalmente caratterizza ogni azione individuale nel mercato.”⁵.

Il caso *Dyestuff*, peraltro, anche se concluso con la conferma della sanzione da parte della Corte, fu molto più controverso del precedente caso *Chinino*, e aprì di fatto la via ad una serie di decisioni in cui la Commissione sarebbe stata censurata dalla Corte di Giustizia per la sua attività di enforcement, che tendeva a sanzionare il semplice verificarsi di condotte tariffarie parallele tra gli oligopolisti senza raccogliere un quadro probatorio sufficiente a provare che esse fossero inequivocabilmente il risultato di un'intesa anticoncorrenziale (casi *Woodpulp*, *Propylene* e *Soda*).

Emblematico in questo senso il caso *Woodpulp*, dove l'intesa sospettata dalla Commissione avrebbe coinvolto più di quaranta

⁴ Jones - Sufrin *“European Competition Law: text, cases and materials”*, Oxford University Press, 2011.

⁵ Russo - Schikel - Gunster - Carrée, *“European Commission Decisions on Competition”*, Cambridge University Press, 2010.

imprese provenienti da sette paesi diversi, anche fuori dall'Europa, in evidente contrasto con le analisi economiche che rilevano la difficoltà anche per il cartello più sofisticato di saldare un accordo tra membri così numerosi, a causa della difficoltà di monitorare la fedeltà degli aderenti rispetto alla tentazione di barare abbassando il prezzo per conquistare nuove quote di mercato, che è uno dei rischi più insidiosi ma anche più comuni nelle intese orizzontali. Malgrado ciò, la Commissione decise ugualmente di procedere contro le imprese, attirandosi la censura della Corte di giustizia, che rilevò la scarsità delle prove documentali e soprattutto la possibilità di spiegare adeguatamente le condotte parallele attraverso le caratteristiche del mercato (prodotto omogeneo, costi naturalmente simili). Le sanzioni pecuniarie vennero annullate e i costi del procedimento addossati alla Commissione.

In base alla giurisprudenza comunitaria nata con il caso Woodpulp, la presenza di condotte tariffarie parallele è quindi un requisito necessario ma non sufficiente a perseguire le imprese: occorre che tali condotte siano accompagnate da elementi di prova circostanziali tali da rendere plausibile l'ipotesi di un accordo (es. documentazione, minute degli incontri periodici tra i managers delle imprese coinvolte) e che la concertazione tra i prezzi non possa essere spiegata efficacemente altrimenti che con un accordo di cartello⁶.

La necessità di avvalersi di prove incisive per perseguire le intese ha indotto la Commissione ad incoraggiare lo

⁶ M. A. Utton, *"Cartels and economic collusion: the persistence of corporate conspiracies"*, Cheltenham UK - Northampton MA, Edward Elgar eds.

smascheramento dei cartelli ad opera delle stesse imprese coinvolte in cambio di una riduzione e in alcuni casi addirittura dell'immunità dalla sanzione. In particolare, in seguito al caso Cartenboard, dove le prove decisive vennero fornite da una delle imprese dell'intesa, la Commissione ha deciso di combattere le intese orizzontali adottando un apposito programma di clemenza per venire incontro alle imprese che desiderino collaborare con l'autorità per rivelare la presenza di accordi collusivi in cambio di un trattamento premiale, più o meno cospicuo in relazione all'utilità delle informazioni apportate per svelare il cartello⁷.

I programmi di clemenza sono successivamente stati adottati anche dalle ANC e sono portati a convergere verso un modello comune elaborato insieme alla Commissione. Recentemente, l'ECN ha stilato un rapporto sullo stato di uniformazione dei programmi di clemenza redatti dagli Stati Membri rispetto al modello comune⁸. Ciò permette osservare come il coordinamento operato dall'ECN non sia limitato ai soli profili sostanziali, coinvolgendo invece anche importanti aspetti procedurali del diritto antitrust⁹.

La Corte di Giustizia ha precisato che la fissazione dei prezzi ex art. 101 TFUE lett. a) non riguarda solo i prezzi di vendita, ma

⁷ M. A. Utton, *"Cartels and economic collusion: the persistence of corporate conspiracies"*, Cheltenham UK - Northampton MA, Edward Elgar eds.

⁸ Il rapporto citato, *"ECN Model Leniency Program: Report"* è consultabile sul sito dell'AGCM, www.agcm.it.

⁹ L. Scorciarini Coppola, *"La cooperazione tra la Commissione Europea e le Autorità Nazionali di Concorrenza"*, Direzione Centrale per i rapporti Comunitari, in occasione delle Giornate della Concorrenza Roma 11 Maggio 2012. In particolare, lo studio descrive l'istituzione di un apposito gruppo di lavoro all'interno del Network per le questioni procedurali, il gruppo Forensic IT.

anche la fissazione di tariffe, sconti e prezzi di acquisto, che sono naturalmente idonei a traslare sui consumatori¹⁰.

Inoltre la casistica formatasi mette in evidenza come tali intese siano in grado di inficiare qualsiasi tipo di mercato, come rilevano in particolare il caso Eurocheque Helsinki Agreements e il caso Fine Arts. Nel primo la Commissione ha imposto multe elevate ad alcune banche francesi e alla stessa Eurocheque per l'adozione di uno schema in base al quale veniva praticata la stessa commissione sia per le transazioni Eurocheque che per l'uso di Carta Blue.

Nel caso Fine Arts, la Commissione ha rilevato un accordo di fissazione di prezzi e di altre condizioni commerciali tra le due maggiori case d'asta del mondo, Christie's e Sotheby's, efficace dal 1993 al 2000. Il procedimento si è concluso con l'applicazione di una sanzione pecuniaria significativa per Sotheby's, mentre Christie's ha potuto beneficiare di una considerevole riduzione in ragione della sua collaborazione con la Commissione all'interno del programma di clemenza.

Si pensi infine, alle recenti indagini della Commissione sull'applicabilità delle regole di concorrenza al settore degli ordini professionali¹¹.

1.2. Il Rapporto ECN sul settore alimentare.

Come si è osservato nel paragrafo precedente, l'intesa

¹⁰ Jones - Sufrin, *“European Competition Law: text, cases and materials”*, Oxford University Press, 2011.

¹¹ Jones - Sufrin, *“EU Competition Law: text, cases and materials”*, Oxford University Press, 2011.

orizzontale, soprattutto nelle sue declinazioni *hardcore*, é una condotta anticoncorrenziale estremamente flessibile, che si presta ad essere posta in essere agevolmente in tutti i settori economici e in tutti i mercati.

Nel Maggio 2012, l'ECN ha concluso un lungo studio sui comportamenti anticoncorrenziali nel settore alimentare, esponendo sistematicamente i risultati raggiunti in un apposito Rapporto alla cui redazione hanno partecipato tutti i membri della rete¹².

L'indagine, sollecitata dal sensibile aumento di prezzi dei generi alimentari registrato fin dalla metà del 2007, ha destato le preoccupazioni della Commissione e delle ANC a causa soprattutto dell'estrema rilevanza del settore per la vita economica e sociale europea. La catena alimentare connette infatti tre importanti settori dell'economia come la produzione agricola, il processo di trasformazione degli alimenti e la loro distribuzione. Questi settori sono a loro volta interconnessi con altri vitali settori dell'economia, si pensi ad esempio al solo il mercato del lavoro, e contribuiscono in maniera notevole alle potenzialità commerciali dell'Europa nella competizione globale. Il settore oggetto di indagine richiede un attento monitoraggio anche sotto il delicato profilo della tutela dei consumatori: i dati raccolti nel 2011 rilevano che questi spendono una parte significativa dei loro budget in alimenti, che nel 2011 hanno raggiunto circa il 14% della spesa domestica totale europea.

Il Rapporto dell'ECN ha preso in esame numerosi mercati

¹² “Report on competition law enforcement and market monitoring activities by European competition authorities in the food sector”, testo integrale in inglese consultabile su www.agcm.it.

alimentari (cereali e derivati, latte, carne, caffè, bevande alcoliche, frutta e verdura), monitorando tutte le fasi della catena alimentare (produzione, trasformazione, distribuzione). L'attività coordinata di tutela delle regole di concorrenza si è articolata sia nell'attività di enforcement, con la decisione di più di 180 casi da parte delle ANC nei mercati rilevanti, sia nell'attività di monitoraggio dei mercati, con la conduzione di indagini conoscitive che in alcuni casi hanno rilevato deficienze strutturali in grado di essere colmate solo attraverso un'attenta attività di regolazione.

E' significativo che, anche in questo settore, un'alta percentuale delle violazioni antitrust effettivamente accertate si sia concretizzata in accordi di fissazione dei prezzi, confermando ancora una volta la duttilità di tali intese, che le rende particolarmente pericolose per il mercato concorrenziale.

1.3.1. Italia: Prezzi Pasta (Provvedimento n. 19562 del 16 marzo 2009).

Un contributo importante dell'autorità italiana di concorrenza alla redazione del Rapporto è stato nel mercato della pasta secca, di cui il nostro Paese rappresenta il principale produttore, avendo realizzato nel 2009 quasi il 28% dell'intera produzione mondiale.

Il caso in esame prende l'avvio da una denuncia di Federconsumatori Puglia, che nell'agosto 2007 segnalava l'esistenza di un accordo tra i consumatori di pasta pugliesi in merito ad un aumento programmato dei prezzi pari al 25% del prezzo praticato. A sostegno della propria segnalazione,

l'associazione allegava un articolo comparso sul Corriere del Mezzogiorno nel quale veniva citato un incontro avvenuto a Roma tra un elevato numero di imprese appartenenti a UNIPI (Unione Industriale Pastai Italiani), da cui sarebbe scaturita la decisione di aumentare congiuntamente i prezzi di vendita, decisione motivata dall'aumento dei costi dovuto all'aumento di prezzo della semola di grano duro, principale materia prima nella produzione di pasta secca. L'articolo esaminato citava infatti una dichiarazione del Presidente dell'UNIPI, secondo cui ci sarebbe stato bisogno di *“un ritocco dei listini del 20% riscontrabile sugli scaffali di vendita da settembre”*.

L'AGCM iniziava quindi un'istruttoria, allargando il procedimento a numerose imprese tra cui i più noti produttori italiani (Barilla, De Cecco, La Molisana, Garofalo, Granoro, Berruto, Amato per citare solo i più importanti) ed accertando infine l'intesa di fissazione di prezzi sulla base dei riscontri dell'analisi di mercato con le minute degli incontri periodici organizzati a Roma sotto il presidio dell'UNPI, irrogando una sanzione pecuniaria alle imprese partecipanti al cartello sulla base dell'allora articolo 81(1) TCE (oggi 101(1) TFUE).

La difesa comune predisposta dai membri del cartello¹³ e la replica dell'autorità è particolarmente interessante perché consente di evidenziare la continuità tra il metodo di enforcement seguito dall'AGCM con la prassi comunitaria della Commissione e della Corte di Giustizia illustrata nel paragrafo precedente.

¹³ La difesa si è poi articolata ulteriormente in una serie di repliche individuali da parte di ciascuna impresa, volte a commentare l'adesione personale all'accordo.

La difesa comune delle imprese si articolava in 7 punti fondamentali:

- 1) Inesistenza dell'accordo;
- 2) difetto di parallelismo delle condotte;
- 3) inevitabilità degli aumento dovuto all'aumento del costo della materia prima;
- 4) scambio di mere informazioni storiche o pubbliche;
- 5) inapplicabilità dell'articolo 81(1) TCE per difetto del pregiudizio al commercio intracomunitario;
- 6) applicabilità dell'esenzione ex art. 81(3) TCE.

Le repliche opposte dall'AGCM rilevavano in particolare che:

- 1) Contrariamente a quanto sostenuto dalle parti, numerosi documenti agli atti del fascicolo, rappresentati in special modo dalle minute degli incontri periodici, dimostrano inequivocabilmente che le imprese hanno concordato una reciproca collaborazione allo scopo di sostituire la concorrenza con un meccanismo di concertazione delle rispettive politiche di prezzo. Tale meccanismo di concertazione è stato realizzato attraverso delle riunioni periodiche che, avendo oggetto la discussione circa le politiche di prezzo, attuali e future, delle imprese, erano indubbiamente suscettibili di influenzare le scelte strategiche di ciascuna impresa, alterandone l'autonomia decisionale; tali riunioni attestano pertanto l'esistenza di un comune intento collusivo, consistente, come detto, nel coordinare le rispettive politiche di prezzo. Le riunioni avevano quindi un chiaro oggetto anticoncorrenziale, dal momento che le

stesse erano finalizzate ad eliminare quella ragionevole incertezza in merito alla politica di prezzo dei partecipanti, che la Corte di Giustizia ha più volte indicato come elemento essenziale della concorrenza.

- 2) Riguardo all'obiezione volta a sottolineare l'assenza di parallelismo, in quanto gli aumenti sarebbero stati effettivamente diversificati sia in termini quantitativi che temporali, l'AGCM osserva innanzitutto che il parallelismo delle condotte non è richiesto a fronte di una documentazione completa idonea a provare l'esistenza dell'intesa anticoncorrenziale. L'Autorità sembra qui ripetere il ragionamento della Corte di Giustizia, che ha censurato al contrario le decisioni della Commissione incentrate sul presunto parallelismo in assenza di un contesto probatorio efficace. Ciò premesso, l'autorità, attingendo anche dalla giurisprudenza comunitaria successiva, argomenta che il parallelismo non deve necessariamente essere pedissequo, ben potendo le condotte parallele diversificarsi a seconda delle caratteristiche delle singole imprese partecipanti al cartello, per cui i prezzi concordati (aumento di 20 cent al chilo) rimarrebbero essenzialmente dei punti focali cui ancorare le rispettive condotte tariffarie, coerentemente alla diversa struttura dei costi, garantendo a tutti gli aderenti all'accordo un'assenza di reazioni aggressive da parte dei concorrenti più prossimi. A dimostrazione di ciò, dagli atti del fascicolo risulta che persino imprese sottoposte ad un unico indirizzo strategico in quanto appartenenti al medesimo gruppo come La Molisana e Russo, entrambe parte dello stesso gruppo Maione, hanno praticato

aumenti di prezzo non perfettamente paralleli.

- 3) L'AGCM sottolinea come oggetto dell'istruttoria non sia la decisione, sulla base di una non contestata necessità, di procedere ad autonomi aumenti di prezzo da parte delle singole imprese: oggetto del procedimento è piuttosto la decisione congiunta secondo modalità collusive attraverso le quali è stato possibile procedere all'aumento dei prezzi. Inoltre l'inchiesta ha rilevato come l'aumento dei prezzi non sia sempre associato all'aumento del costo della materia prima, apparendo invece collegato piuttosto, soprattutto quanto a tempistica, allo svolgimento delle riunioni UNPI e alle indicazioni di prezzo emerse durante le stesse.
- 4) Quanto alla pubblicità delle informazioni, si tratta di una caratteristica che non può certo riferirsi a quelle scambiate nel corso degli incontri, in molti casi riguardanti politiche tariffarie ancora da attuare e come tali note soltanto alle singole imprese.
- 5) Anche il problema dell'applicabilità del TFUE è risolta schematicamente dall'autorità, che rileva come gli effetti restrittivi della condotta minino la concorrenza sul mercato di un intero Stato Membro, risultando pertanto idonea, per giurisprudenza consolidata della Corte di Giustizia, a pregiudicare gli scambi sul mercato unico. Peraltro, l'AGCM si fonda anche su un'altra giurisprudenza della Corte, che rileva come, ai fini dell'applicabilità dell'art. 81 (1) TCE, il pregiudizio per il commercio intracomunitario possa vere anche natura indiretta, come appunto dovrebbe in ogni caso verificarsi in caso di paralisi della dinamica concorrenziale nel mercato di

un intero Stato Membro.

6) Quanto infine alla presunta applicabilità dell'esenzione dell'accordo ex art. 81(3) TCE, l'autorità si rifà ancora una volta alla rigorosa interpretazione della Corte di Giustizia, che ha sancito la necessità che i requisiti richiesti dalla norma siano presenti cumulativamente. In particolare, l'autorità esclude che l'accordo in questione possa aver arrecato un beneficio ai consumatori, che sono risultati penalizzati dall'aumento del prezzo di un genere di consumo primario. Parimenti si esclude che l'accordo fosse assolutamente necessario per aumentare i prezzi: come le stesse parti hanno argomentato, tale aumento non presupponeva necessariamente un accordo, ben potendo essere il risultato, in proporzioni ridotte, di scelte strategiche autonome legate all'aumento di prezzo della materia prima. Del resto, la stessa Commissione ha seguito una linea rigorosa nei confronti delle intese orizzontali, escludendole dalle linee guida più inclini ad accordare l'esenzione alle fattispecie verticali.

1.3.2. Francia: Produzione frutta e verdura (Decisione n. 12-D-08 del 6 marzo 2012).

Il 6 marzo 2012, l'autorità di concorrenza francese ha accertato l'esistenza di un'intesa orizzontale di vaste proporzioni coinvolgente sette organizzazioni di produttori di frutta e verdura e numerose rappresentanze sindacali del settore. L'intesa, che aveva come obiettivo la fissazione congiunta del prezzo minimo di vendita alla produzione, era in corso fin dal 1998 e ha quindi influenzato tutta la produzione francese nel ramo ortofrutticolo per

oltre un decennio, sottraendola di fatto alla concorrenza.

La fissazione dei prezzi veniva realizzata attraverso una condotta estremamente articolata, basata, oltre che su incontri periodici finalizzati allo scambio di informazioni sui prezzi minimi da praticare per ogni categoria di ortaggi, su tre ulteriori condotte:

- 1) la predisposizione di linee guida sulle offerte promozionali indirizzate a tutti i membri del cartello;
- 2) l'organizzazione dei volumi collettivi di vendita attraverso la trasformazione/distruzione collettiva del surplus rispetto alla domanda per mantenere più alta la soglia del prezzo;
- 3) la gestione di un apposito sistema informatico di monitoraggio sui prezzi applicati dai membri dell'accordo in tempo reale, che serviva come base per le misure punitive in caso di disallineamento, per le quali era stata prevista addirittura una griglia di penalità.

Il caso seguito dall'autorità francese è particolarmente idoneo a sintetizzare il perseguimento dei cartelli di grandi dimensioni: in maniera simile a quanto evidenziato in parte già dall'autorità italiana per il caso listini prezzi pasta, il problema che si pone per gli accordi che coinvolgono un numero molto elevato di imprese è la necessità, per gli stessi membri del cartello, di creare dei sistemi complessi di coordinamento delle condotte che possono minare la segretezza dell'accordo, rendendo disponibile alle autorità di concorrenza una documentazione spesso copiosa in grado di rivelare, spesso fase per fase, tutto lo snodarsi dell'intesa. In questo modo l'ANC è in grado di verificare l'esistenza dell'intesa anche in

assenza di condotte perfettamente parallele, spesso impossibili a praticarsi quando le imprese coinvolte sono molte, ciascuna con una propria struttura, in mercati spesso disomogenei come quello dei prodotti agricoli.

Un altro fattore che consente di smascherare i cartelli di grandi dimensioni è la loro necessità di combattere le condotte sleali dei partecipanti (nel gergo antitrust “cheating”, “barare”). Infatti, data la diversa struttura dei costi, è frequente che il prezzo fissato, se consente a tutti i cartellisti di guadagnare un profitto maggiore di quanto avverrebbe in regime concorrenziale, premia comunque maggiormente un’impresa a scapito delle altre, che sono tentate di pareggiare acquisendo nuove quote di mercato, abbassando il prezzo oltre alla soglia concordata. Nel caso in esame, i cartellisti monitoravano i prezzi per mezzo di un sistema informatico che forniva gli aggiornamenti dei prezzi applicati da ciascun membro dell’intesa in tempo reale, rendendo effettivo il meccanismo di penalità previsto.

In particolare, è stata proprio l’individuazione di questo sistema di enforcement da parte dell’autorità francese a costituire una prova di grande importanza, rendendo insostenibili alcune argomentazioni difensive, che obiettavano come i prezzi fissati sarebbero stati meramente indicativi e non vincolanti.

La decisione dell’autorità francese rivela anche un ulteriore profilo di interesse, richiamando la giurisprudenza comunitaria sul rapporto tra concorrenza e regolamentazione del mercato.

Vista la difficoltà nel sostenere l’inesistenza di un accordo alla luce del materiale raccolto e della convergenza delle condotte, le

parti hanno rilevato l'inapplicabilità delle regole di concorrenza all'accordo in questione, che rientrerebbe in quelli necessari a garantire gli obiettivi dell'attuale articolo 39 TFUE in materia di politica agricola comune.

Come è noto, gli articoli 101 e 102 TFUE trovano applicazione alla produzione e al commercio dei prodotti agricoli nella misura in cui la loro applicazione non metta in pericolo la realizzazione degli obiettivi della Politica Agricola Comune ex art. 39 TFUE nei modi determinati dal Parlamento e dal Consiglio. (art. 42 TFUE)¹⁴.

E' dunque al diritto derivato che il Trattato rinvia per il bilanciamento di questi obiettivi con il rispetto delle regole di concorrenza dell'UE nel settore agricolo.

Questa operazione di bilanciamento è stata compiuta dal Regolamento 1184/2006, che ha abrogato il precedente regolamento n. 26/62: la disciplina vigente prevede la possibilità di stipulare accordi tra imprese in deroga alle regole di concorrenza del Trattato al fine di raggiungere gli obiettivi dell'articolo 39. Tali accordi, che secondo la lettera della norma non possono in ogni caso comportare

¹⁴ Gli obiettivi della PAC enumerati dall'art. 39 TFUE sono in particolare: Incrementare la produttività dell'agricoltura:

- Sviluppando il progresso tecnico;
 - Assicurando lo sviluppo razionale della produzione agricola;
 - Assicurando un migliore impiego dei fattori della produzione (della manodopera in particolare);
 - Assicurare un tenore di vita equo alla popolazione agricola, cercando in particolare di aumentare "il reddito individuale di coloro che lavorano nell'agricoltura";
 - Stabilizzare i mercati;
- Inoltre, con speciale riguardo ai consumatori:
- Garantire "la sicurezza degli approvvigionamenti" (sicurezza alimentare);
 - Assicurare "prezzi ragionevoli nelle consegne ai consumatori" (prezzi ragionevoli al consumo).

l'obbligo di fissazione di prezzi, devono essere notificati alla Commissione e da questa espressamente esentati dal rispetto dei criteri antitrust.

Nel caso in esame, l'autorità francese ha replicato che ciò non è avvenuto e che la disciplina del regolamento non le consente di surrogarsi alla Commissione nell'esenzione dell'accordo per il raggiungimento degli obiettivi della PAC: di conseguenza, l'accordo che si trovi in contrasto con le regole di concorrenza e che non sia stato esentato viola senz'altro queste regole e deve necessariamente dare luogo all'applicazione di una sanzione.

Inoltre, l'Autorità ha osservato come l'accordo in esame non possedesse comunque i requisiti richiesti ai fini dell'esenzione, posto che a tale scopo gli obiettivi enunciati dall'art. 39 TFUE devono essere garantiti cumulativamente.

1.3.3. Germania: Lavorazione del caffè (Decisione B11-18-08 del 18 Dicembre 2009).

Nel 2008, in seguito ad una segnalazione da parte dell'impresa Kraft Foods Deutschland GmbH, finalizzata a beneficiare del programma di clemenza dell'autorità tedesca, il Bundeskartellamt ha avviato un'indagine nei confronti di tre imprese di lavorazione del caffè, la Tchibo GmbH, la Melitta Kaffee GmbH e la Alois Dallmayr Kaffee oHG, in merito ad un accordo di fissazione dei prezzi di vendita.

L'istruttoria ha accertato la partecipazione delle imprese indicate ad incontri periodici dal 2000 al 2008, destinati a stabilire

un'architettura dei prezzi di vendita e delle offerte speciali promosse dalle imprese per tutti i maggiori prodotti di caffè tostato (caffè in polvere, cialde, semi di caffè tostato)

Per raggiungere questo obiettivo, nel periodo di riferimento le imprese si erano accordate su livello, ammontare, data di annuncio e implementazione degli aumenti di prezzo pianificati. Inoltre, tutti i partecipanti erano consapevoli che, in aggiunta ai prezzi espressamente concordati per i principali prodotti, i prezzi dei prodotti derivati sarebbero stati parimenti interessati dall'incremento.

Il Bundeskartellamt ha provato l'attuazione di cinque aumenti di prezzo tra il 2003 e il 2008 in attuazione dell'accordo di base. I più significativi sono stati i due aumenti annunciati dalle quattro imprese nel Dicembre 2004 e nell'Aprile 2005: il primo risultato in un incremento sui prezzi di vendita e sulle offerte speciali fino a 70 centesimi per 500g; il secondo in un aumento di 50 centesimi per la stessa quantità.

Con l'eccezione di un solo aumento, pianificato per marzo/aprile 2008 e non attuato, tutti gli altri aumenti sono stati attuati.

Secondo l'autorità tedesca, l'accordo principale per mantenere un'architettura di prezzi predeterminata e gli accordi sui singoli aumenti violano sia la legge di concorrenza tedesca che l'articolo 101 del TFUE, paralizzando la concorrenza su una quota rilevante di un intero mercato nazionale, e possono essere ricondotti ad una strategia unitaria ancorché ramificata, dando luogo ad una singola violazione delle regole di concorrenza per l'intero periodo 2000-

2008. L'autorità di concorrenza ha sottolineato ancora come la condotta in questione integri una delle fattispecie *hardcore* individuate dalla giurisprudenza nella lett. a) art. 101 TFUE, ulteriormente aggravata dal fatto che gli aumenti pianificati sono stati attuati con la sola eccezione dell'incremento pianificato per la primavera 2008, e che gli accordi sono stati direttamente nocivi per i consumatori finali, in quanto nel settore del commercio alimentare al dettaglio l'aumento dei prezzi trasla direttamente su consumatore finale: i soli aumenti annunciati nel Dicembre 2004 e nell'Aprile 2005 sui prezzi di vendita ordinari e le offerte speciali hanno determinato un aumento complessivo di più di un euro per 500 g. di prodotto.

Nel calcolo della sanzione pecuniaria applicabile, il Bundeskartellamt ha applicato il proprio programma di clemenza, che come si ricorderà è adattato al Modello Comune adottato dall'ECN. Di conseguenza, l'impresa denunciante Kraft, che ha segnalato l'esistenza dell'accordo prima che l'autorità ne fosse a conoscenza, ha ottenuto l'immunità dalla sanzione; le tre imprese partecipanti, avendo collaborato con l'autorità al chiarimento dei fatti del caso, hanno beneficiato di una considerevole riduzione dell'importo della sanzione.

Il caso concluso nel settore della lavorazione del caffè ha indotto il Bundeskartellamt ad iniziare un nuovo procedimento nei confronti di un largo numero di imprese del medesimo settore, sospettate di aver fissato i prezzi del loro caffè per le vendite all'ingrosso, e nei confronti di diversi produttori di cappuccino, anch'essi potenzialmente coinvolti in un accordo di fissazione dei

prezzi.

La prima di queste inchieste si è conclusa nel 2011 con l'accertamento dell'infrazione e la corrispondente irrogazione di una sanzione, ed è stata inclusa nel Rapporto ECN.

2.1. Abuso di posizione dominante: la fattispecie.

L'articolo 102 del TFUE nella sua versione attuale recita:

“È incompatibile con il mercato comune e vietato, nella misura in cui possa essere pregiudizievole al commercio tra Stati membri, lo sfruttamento abusivo da parte di una o più imprese di una posizione dominante sul mercato comune o su una parte sostanziale di questo.

Tali pratiche abusive possono consistere in particolare:

a) nell'imporre direttamente od indirettamente prezzi d'acquisto, di vendita od altre condizioni di transazione non eque;

b) nel limitare la produzione, gli sbocchi o lo sviluppo tecnico, a danno dei consumatori;

c) nell'applicare nei rapporti commerciali con gli altri contraenti condizioni dissimili per prestazioni equivalenti, determinando così per questi ultimi uno svantaggio per la concorrenza;

d) nel 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.

La fattispecie si compone di due elementi essenziali: la posizione dominante, condizione necessaria ai fini della definizione di abusività della condotta, e la condotta stessa, che viene integrata da una serie di comportamenti tipizzati dal Trattato, che tuttavia costituiscono un elenco esemplificativo e non tassativo¹⁵.

Nota qualificante rimane il requisito del pregiudizio per il commercio intercomunitario, del resto richiesto, *mutatis mutandis*, anche dall'articolo 101 TFUE in materia di intese e pratiche restrittive.

La giurisprudenza della Corte di Giustizia, diversamente da quanto si è verificato per i cartelli e le operazioni di concentrazione¹⁶, si caratterizza fin dall'inizio per la vaghezza della definizione di dominanza, che non indica requisiti o metodi specifici per identificare l'impresa che si trovi in tale posizione:

“La posizione dominante può essere descritta come [...] una posizione di potenza economica grazie alla quale l'impresa che la detiene è in grado di ostacolare la presenza di una concorrenza

¹⁵ La statuizione si trova nella sentenza *Continental Can v. Commissione*, Caso

¹⁶ In sede di interpretazione dell'articolo 101 del Trattato, infatti, la Corte di Giustizia si è mostrata ben più penetrante soprattutto immediatamente incline ad un'analisi economica in grado di dare maggiore sostanza all'applicazione della fattispecie. Ciò ha avuto come conseguenza un sindacato più incisivo dei provvedimenti della Commissione ed un restringimento del margine di discrezionalità di quest'ultima: si pensi al caso *Tetra Laval v. Commissione* in tema di concentrazioni conglomerati, in cui la Corte è giunta ad affermare che *“Mentre la Corte riconosce che la Commissione gode di un margine di discrezionalità sulle questioni economiche, ciò non vuol dire che le corti comunitarie devono astenersi dal sindacare l'interpretazione della Commissione di informazioni di natura economica. Non solo le Corti devono, inter alia, verificare se le prove raccolte sono fattualmente accurate, bensì anche se esse contengono tutte le informazioni necessarie per valutare una situazione complessa e se sono in grado di giustificare le conclusioni che se ne sono tratte.*

effettiva sul mercato in questione e ha la possibilità di tenere comportamenti alquanto indipendenti nei confronti dei suoi concorrenti, dei suoi clienti e, in definitiva, dei consumatori.” (Caso 85/76 *Hoffmann La Roche v. Commissione*)¹⁷.

Corollario di questa genericità, che sostanzialmente descrive la fattispecie come una non meglio circoscritta condizione di potenza economica dell'imprenditore, è stato l'ampio spazio lasciato all'interpretazione e applicazione della disposizione da parte della Commissione, che ha progressivamente acquisito una serie di criteri quantitativi elaborati dalle scienze economiche per misurare il potere di mercato di un'impresa¹⁸.

¹⁷ Quasi identica la definizione che si legge in un'altra sentenza di quegli anni, che descrive la posizione dominante dell'impresa come: *“una posizione di forza economica goduta da un'impresa che le permette di impedire il mantenimento di una concorrenza effettiva sul mercato, dandole il potere di comportarsi in maniera apprezzabilmente indipendente rispetto ai suoi concorrenti, clienti e in definitiva rispetto ai consumatori.”* (Caso 27/76 *United Brand v. Commission*): *“Towards an economic approach to article 102 TFUE”*, in Etro – Kokkoris, *“Competition Law and the enforcement of article 102”*, Oxford University Press.

¹⁸ Nella prassi interpretativa della Commissione e della ANC, il principale indice di misura del potere economico di un'impresa è rappresentato dalla quota di mercato, calcolata in base al fatturato realizzato dall'impresa sul mercato rilevante. Peraltro, secondo la giurisprudenza della CGCE, quote di mercato superiori al 70% sono sufficienti da sole a provare l'esistenza di una posizione dominante, a nulla rilevando l'eventuale presenza di un certo numero, magari anche elevato di piccoli concorrenti. Viceversa, percentuali inferiori a tali soglia, anche consistenti (i.e. 40%) costituiscono esclusivamente uno degli elementi presuntivi di una posizione dominante.

In tal caso, oltre alla quota di mercato, l'interprete dovrà prendere in considerazione anche altri fattori che possono contribuire all'esistenza di una posizione dominante sul mercato. Tra questi, esemplificativamente: il numero delle imprese concorrenti (caso *Michelin*); l'esistenza di barriere all'ingresso del mercato come la necessità di una rete di vendita capillare o la limitata disponibilità di una materia prima (caso *Tikal/ Italcementi*); il carattere più o meno stabile della quota di mercato dovuta a privative industriali o diritto esclusivi e la possibilità di ingresso di nuovi concorrenti potenziali in grado di

Per quanto riguarda il secondo elemento della fattispecie, la nozione di abuso, per molti anni la giurisprudenza comunitaria si è consolidata nell'applicazione della cd *per se rule* coniata dal diritto antitrust statunitense. In base a questa tecnica interpretativa, le condotte dell'impresa in posizione dominante appartenenti ad una certa categoria sono permesse o vietate intrinsecamente, a prescindere dalle ragioni economiche che le abbiano indotte e dagli effetti che esse abbiano concretamente avuto sul mercato di riferimento, secondo una visione che vede l'impresa dominante gravata da una speciale responsabilità, che rende potenzialmente anticompetitivi metodi altrimenti giudicati leciti, se intrapresi da concorrenti in posizione meno privilegiata.

Così ad esempio nel caso *322/81 Michelin v. Commissione* sulle pratiche escludenti si menziona espressamente la necessità di sanzionare pratiche generalmente considerate neutrali laddove queste siano adottate da un'impresa dominante su cui incombe la “speciale responsabilità di non permettere che la sua condotta paralizzi la genuinità della concorrenza nel mercato unico”¹⁹.

Sempre nell'ottica descritta, gli effetti restrittivi della condotta sanzionata non devono essere esaminati in concreto sulla base del loro attuale impatto sul mercato specifico in cui vengono applicati, essendo sufficiente, ai fini dell'individuazione dell'abuso, la dimostrazione dell'impatto potenziale che la condotta potrebbe

ridurla (caso *Continental Can*); la possibilità dell'impresa di sostenere la propria attività beneficiando di sussidi incrociati. Mangini - Olivieri “*Diritto Antitrust*”, Giappichelli Editore, 2009.

¹⁹ Art - Colomo, “The notion of Abuse before EU Courts”, in Etro - Kokkoris “*Competition Law and the enforcement of article 102*”, Oxford University Press.

avere: così ancora in *Hoffman La Roche* la Corte di Giustizia ha stabilito che gli sconti di fedeltà sono incompatibili con il concetto di concorrenza fondata sul merito perché portano all'applicazione di prezzi diversi ai clienti rispetto ad una stessa quantità di prodotto fornito dall'impresa dominante e che essi sono preordinati a negare ad altri produttori l'accesso al mercato. Nel caso in esame, la Corte non ha esaminato come la condotta dell'impresa dominante abbia influenzato i concorrenti allo stesso livello di efficienza, o se tale condotta avrebbe potuto essere ragionevolmente da essi replicata. Analogamente, le osservazioni sull'assenza di effetti concretamente escludenti della condotta contestata sono state giudicate del tutto irrilevanti nei casi seguenti: nel cd secondo caso *Michelin* (caso T 203/01 *Michelin v. Commissione*) il Tribunale di prima grado è arrivato ad identificare l'anticompetitività della condotta con gli effetti di una condotta solo potenzialmente abusiva²⁰.

Il perseguimento di un approccio rigorista da parte delle corti comunitarie ha generato una casistica fondata sulla schematica sovrapposizione della fattispecie concreta con le caratteristiche astratte delle linee di condotta precedentemente identificate come abusive. Se la condotta in esame non era riconducibile ad alcuna delle categorie consolidate, questa veniva facilmente fatta ricadere nelle larghe maglie della definizione di abuso fornita in *Hoffmann La Roche* tenendo conto delle "speciali circostanze", la cui aderenza al concetto di abuso e la cui distinzione rispetto a pratiche

²⁰ Art - Colomo, "The notion of Abuse before EU Courts" in Etro- Kokkoris "Competition Law and the enforcement of article 102", Oxford University Press.

concorrenziali legittime non era sempre sviscerata.²¹

Questa circostanza, unita al più ampio margine di manovra fornito alla Commissione da una giurisprudenza ben più elastica di quella avutasi sull'articolo 101, ha portato la Commissione a prendere l'iniziativa per chiarire lo scopo e l'ambito della previsione, orientandosi ancora una volta verso criteri economici per identificare le priorità nell'enforcement dell'art. 102 del Trattato.

2.2. La Guida della Commissione 2008: verso l'effect based approach.

La ricerca di metodi di applicazione più oggettivi ha portato la Commissione a sposare criteri orientati verso l'analisi di mercato della condotta attuata dall'impresa dominante.

I lavori preparatori della Commissione sono approdati alla Guida sull'art. 102 TFUE del 2008, dedicata particolarmente agli abusi da esclusione. In questo documento la Commissione propone di perseguire le sole condotte unilaterali che minano la concorrenza nel suo complesso e per questa via i consumatori, rilevate attraverso la valutazione degli effetti nocivi concretamente risentiti dal mercato a seguito delle suddette strategie.

In particolare il paragrafo 5 della suddetta nota stabilisce che

“La Commissione orienterà la propria attività per fare in modo che i mercati funzionino correttamente e che i consumatori beneficino di una concorrenza effettiva tra imprese.”

²¹ *Ibid.*

Nel suo intervento alla Conferenza Internazionale 2008 sull'applicazione dell'allora articolo 82 TCE, Il Dirigente dell'Ufficio Affari Internazionali AGCM Dott.ssa Ombretta Main ha osservato che da ciò può affermarsi che l'obiettivo dell'enforcement è duplice: promuovere il benessere del consumatore e assicurare una competizione effettiva, il secondo obiettivo essendo strumentale al raggiungimento del primo e a questo interconnesso²². Nello stesso studio si sottolinea come l'approccio pragmatico della Commissione si discosti da quello inaugurato dalla Corte di Giustizia che, influenzata da reminescenze ordoliberali, dava largo spazio alla protezione delle imprese concorrenti per evitare una concentrazione eccessiva del potere di mercato in capo alla dominante, malvisto per ragioni politiche oltre che economiche. Il metodo proposto dalla Commissione mira invece a tutelare l'efficienza allocativa del mercato concorrenziale nel suo complesso e con particolare riguardo al consumatore, tutelando immediatamente dall'esclusione le sole imprese concorrenti "altrettanto efficienti" dell'impresa dominante²³.

Per questa via, la Commissione determina quindi l'abbandono del criterio del *per se* adottato in precedenza e facente leva sul tipo di condotta unilaterale vietata/non vietata per un criterio che dichiara l'abuso solo alla luce degli effetti complessivamente

²² Ombretta Main, "Objectives of the enforcement art. 82 and Legal standards in the Commission's Guidance Paper", intervento per la Conferenza Internazionale sull'applicazione dell'art. 82 TCE 6 Marzo 2008, disponibile su www.agcm.it.

²³ *Ibid.* Sugli influssi dell'Ordoliberalismo sulla giurisprudenza delle Corti comunitarie in materia di abuso di posizione dominante, si veda anche L. F. Pace, "The Impact of the Commission's Guidance on Article 102", Edward Elgar, Cheltenham, Uk- Northampton, MA, USA.

negativi rilevati (*effect based approach*).

Le linee guida della Commissione contengono un esempio molto chiaro di rilevazione dell'abuso alla luce del nuovo criterio nel campo dei prezzi predatori, che rappresentano forse la fattispecie più tipica ed immediatamente percepibile di abuso escludente, innescato da un'impresa dominante che, forte della sua solidità finanziaria, ingaggia una guerra di prezzi al ribasso con l'obiettivo di escludere dal mercato i concorrenti che non possono contare sulle stesse risorse, recuperando le perdite subite grazie all'agognato profitto del monopolista²⁴.

In questa fattispecie il principale punto di riferimento è la sentenza *AKZO*, in cui la Corte di Giustizia ha stabilito un nuovo criterio di individuazione della condotta predatoria in sostituzione del precedente test *Areeda-Turner*²⁵. In particolare, secondo la Corte, se i prezzi praticati dall'impresa dominante sono inferiori ai suoi costi marginali, la presunzione di predatorietà della condotta è assoluta, in quanto il comportamento è economicamente irrazionale; se il prezzo praticato è compreso tra il costo marginale e il costo totale, l'impresa dominante è colpevole solo laddove siano riscontrati ulteriori elementi volti a dimostrare l'esistenza dell'intento escludente. Infine, se i prezzi praticati dall'impresa dominante sono superiori ai costi totali, la condotta non può dirsi

²⁴ Mangini - Olivieri, "*Diritto Antitrust*", Giappichelli Editore, 2009.

²⁵ Il criterio *Areeda Turner* considerava predatori solo i prezzi inferiori al costo marginale dell'impresa. E. Ostersund, "*Identifying exclusionary abuse by dominant undertakings under EU competition law: the spectrum of tests*", Wolter Kluwer, 2010.

predatoria, rientrando nelle normali dinamiche concorrenziali²⁶.

Il test utilizzato dalla Corte di Giustizia nel caso *AKZO* viene di solito riassunto dalle autorità di concorrenza con la formula:

$$AVC < p < ATC^{27}$$

La Commissione, nel caso in cui il prezzo applicato dall'impresa dominante sia compreso tra i due valori di costo, suggerisce l'applicazione di un doppio test (*as efficient competitor + anticompetitive foreclosure*) per verificare l'esistenza del disegno escludente, che può essere così schematizzato:

- L'esclusione di un concorrente altrettanto efficiente è condizione necessaria ma non sufficiente per sancire l'anticoncorrenzialità della condotta;
- L'anticoncorrenzialità richiede il probabile danno al consumatore e questo esige che dopo la condotta predatoria, l'impresa dominante sia in condizione di beneficiare del precedente sacrificio (i.e. alzando il livello dei prezzi).
- Il probabile danno al consumatore può essere dimostrato accertando l'effetto esclusivo della condotta unito ad altri fattori, come l'innalzamento di barriere all'entrata del mercato. A questo fine, l'autorità di concorrenza può considerare la possibilità di rientro dell'impresa esclusa.
- L'autorità di concorrenza può eventualmente verificare il

²⁶ *Ibid.* L'esempio qui accennato viene chiarito ampiamente nel paragrafo seguente dedicato a tre casi concreti.

²⁷ Dove la sigla "AVC", abbreviazione dell'inglese "average total cost", indica il costo marginale e "ATC", "average total cost", il costo totale.

recupero delle perdite da parte dell'impresa dominante²⁸.

La Guida della Commissione non ha mancato di sollevare alcune critiche relative soprattutto all'ambiguità che emerge nella redazione finale del documento. Infatti, se da un lato la Commissione propone un metodo di azione pragmatico fondato sui dati rilevabili dal mercato *ex post*, nella Guida non sono scomparsi i riferimenti alla precedente casistica rigorista della Corte di Giustizia, come i riferimenti alla speciale responsabilità dell'impresa dominante e una generale sottovalutazione del ruolo delle efficienze correlate alla condotta sospetta di abuso, indispensabile, secondo molti, in un enforcement basato sugli effetti che possa propriamente dirsi tale. Viene ancora sottolineato il clima di incertezza giuridica che caratterizza questa strategia, non potendo le imprese prevedere in anticipo con sufficiente sicurezza se la condotta intrapresa sarà rilevata o meno dalle autorità antitrust, laddove la regola del *per se* consente generalmente una maggiore prevedibilità, essendo tutte le condotte intrinsecamente permesse o vietate, anche alla luce di una consolidata giurisprudenza al riguardo. Infine si è ancora rilevato come un cambiamento di rotta repentino da parte della Commissione esponga la nuova metodologia alla censura della Corte di Giustizia, che nel recente caso *British Airways* ha continuato ad applicare l'approccio formale cristallizzato.

Nel complesso, peraltro, l'accoglienza riservata alla Guida del 2008 all'interno dell'ECN è stata piuttosto positiva.

²⁸ Ombretta Main, "The enforcement of article 102 TFUE by the NCAs", AGCM Direzione Affari Comunitari e Internazionali, disponibile su www.agcm.it.

In particolare, facendo riferimento alle tre autorità nazionali esaminate nel capitolo precedente, l'Autorité de la Concurrence ha commentato l'approccio della Guida parlando addirittura di suo enforcement anticipato in Francia, dove già negli anni precedenti erano state prese diverse iniziative per rafforzare l'approccio economico ai problemi di concorrenza. Addirittura, gli esperti francesi hanno dimostrato di apprezzare quello che è stato generalmente percepito come uno dei principali punti critici della Guida, cioè la mancata conciliazione tra effect based approach e alcuni retaggi del sistema precedente (permanenza della speciale responsabilità dell'impresa dominante, ruolo ridotto delle efficienze seguite alla attenuazione della concorrenza), giudicandolo un modo per bilanciare i benefici dell'orientamento economico con i problemi di certezza del diritto legati ad una eventuale esasperazione della nuova *rule of reason*, spiegando inoltre molto razionalmente questa temperanza del documento della Commissione con l'esigenza di evitare contrasti troppo stridenti con la giurisprudenza della Corte di Giustizia²⁹.

Anche in Italia l'azione dell'AGCM si è tradizionalmente orientata verso analisi fortemente economiche dell'abuso di posizione dominante, grazie anche al particolare peso dato all'apporto degli uffici economici nell'organizzazione amministrativa dell'Autorità Garante, più volte sottolineata. Caratteristico dell'enforcement italiano anche rispetto alle linee

²⁹ Contrasti che per la verità hanno cominciato a palesarsi nel caso *British Airways v. Commissione*, dove la Corte di Giustizia ha confermato il metodo formale nell'applicazione dell'art. 102 TFUE. L. F. Pace, "*The Impact of the Commission's Guidance on Article 102*", Edward Elgar, Cheltenham, Uk - Northampton, MA, USA.

guide della Commissione si è poi rivelato l'istituto di accettazione di impegni anche in rapporto alle condotte unilaterali, che hanno indotto le imprese dominanti a correggere la propria azione sul mercato alla luce dei riscontri economici tempestivamente rilevati³⁰.

All'esame del coordinamento effettivo delle autorità di concorrenza in seno al Network sulla nuova applicazione dell'articolo 102 TFUE è dedicato il prossimo paragrafo.

2.3. L'articolo 102 TFUE nella prassi delle Autorità Nazionali di Concorrenza.

La Direzione AGCM per gli Affari Comunitari e Internazionali ha rilevato che nel triennio 2009-2012 i casi decisi dalle ANC in applicazione dell'articolo 102 del TFUE sono stati complessivamente 104³¹.

Prendendo in esame il tipo di condotte concretamente poste in essere, emerge che, dei 104 casi concernenti le condotte unilaterali, 89 hanno riguardato condotte di tipo esclusivo (*foreclosure abuse*) e 8 lo sfruttamento della dominanza (*exploitative abuse*), mentre 7 hanno coinvolto entrambe le prassi.

Utilizzando invece come criterio il tipo di decisioni adottate dalle ANC, si osserva che 25 hanno riscontrato una violazione della disposizione; 28 hanno determinato l'accettazione di impegni vincolanti da parte dell'impresa dominante per correggere una

³⁰ *Ibid.*

³¹ Ombretta Main, "The enforcement of article 102 TFUE by the NCAs", AGCM Direzione Affari Comunitari e Internazionali, disponibile su www.agcm.it.

condotta potenzialmente abusiva; 51 hanno avuto contenuto assolutorio rispetto alla paventata infrazione.

I dati esposti rilevano la marginalità degli abusi di sfruttamento della dominanza, l'uso significativo anche se non quantitativamente notevole delle decisioni di accettazione di impegni e l'inaspettato peso delle decisioni di non luogo a procedere.

Nello studio sulla pratica decisionale delle ANC, la Direzione AGCM per gli affari Internazionali e Comunitari ha commentato che, pur potendo le decisioni assolutorie essere indotte da molti fattori (perdita di interesse del denunciante alla prosecuzione del procedimento, cambiamento delle priorità di enforcement dell'ANC), l'influenza avuta dall'adozione dell'*effect-based approach* sull'accertamento degli abusi non deve essere sottostimata, essendo la sua *ratio* proprio quella di restringere l'irrogazione di sanzioni alle sole condotte effettivamente nocive per il mercato/consumatori.

Viene inoltre enfatizzato il possibile ruolo di questo tipo di decisione (e, per analogia, anche della decisione sugli impegni, che parimenti non accerta l'infrazione), che consentirebbe di chiarire alle imprese la linea che l'autorità nazionale intende seguire e le questioni che possono derivare dall'applicazione degli standards generali elaborati dalla Commissione a fattispecie concrete, come pure questioni nuove e controverse³².

³² Ombretta Main, "The enforcement of article 102 TFUE by the NCAs", AGCM Direzione Affari Comunitari e Internazionali, disponibile su www.agcm.it.

2.3.1. Francia: il Caso Chep (Decisione n. 09-D-33 del 10 novembre 2009)³³.

Su denuncia del Ministero dell'Economia e delle Finanze, l'autorità di concorrenza francese ha svolto un'indagine sulla condotta unilaterale della società Chep France, attiva nella produzione di confezioni di plastica per frutta e verdura, per verificare la sussistenza di un abuso di posizione dominante ai sensi dell'art. 102 TFUE e 420-L del Codice di Commercio francese.

In particolare, la denuncia rilevava la possibilità di un abuso da esclusione basato su una complessa strategia di esclusione dei concorrenti dal mercato facente leva sui prezzi predatori, che aveva portato la società Interfel, principale concorrente di Chep France, a smettere di fornire i clienti destinatari della pratica predatoria.

L'Autorità di concorrenza ha preliminarmente accertato la posizione dominante di Chep France in base al criterio delle quote di mercato, riscontrando l'influenza dell'impresa su una quota particolarmente elevata (80%) a fronte delle quote molto meno importanti detenute dalle imprese concorrenti.

L'Autorità ha quindi provveduto a verificare l'abusività della condotta posta in essere, applicando la giurisprudenza comunitaria sui prezzi predatori delineata in *AKZO* ($AVC < p < ATC$) e il test sugli effetti suggerito dalla Commissione nelle linee guida.

Il test della Commissione prende in considerazione l'esclusione del concorrente altrettanto efficiente e i danni che ciò arreca alla

³³ Il testo integrale della decisione in versione pdf. è disponibile consultando il sito www.autoritedelaconurrence.fr.

concorrenza (*as efficient competitor + anticompetitive foreclosure test*). Ciò implica che:

- L'esclusione di un concorrente altrettanto efficiente è condizione necessaria ma non sufficiente per sancire l'anticoncorrenzialità della condotta;
- L'anticoncorrenzialità richiede il probabile danno al consumatore e questo esige che dopo la condotta predatoria, l'impresa dominante sia in condizione di beneficiare del precedente sacrificio (i.e. alzando il livello dei prezzi).
- Il probabile danno al consumatore può essere dimostrato accertando l'effetto esclusivo della condotta unito ad altri fattori, come l'innalzamento di barriere all'entrata del mercato. A questo fine, l'autorità di concorrenza può considerare la possibilità di rientro dell'impresa esclusa.
- L'autorità di concorrenza può eventualmente verificare il recupero delle perdite da parte dell'impresa dominante.

L'Autorità francese, dopo aver preso atto della fuoriuscita del mercato dell'impresa concorrente altrettanto efficiente, ha eseguito il test sui costi individuato nella sentenza *AKZO*, che ha rilevato la pratica di tariffe superiori ai costi marginali ma inferiori ai costi totali. Come è stato illustrato nel paragrafo precedente, solo la presenza di prezzi inferiori ai costi totali consente all'ANC di allegare senz'altro l'abusività della condotta, mentre il riscontro di prezzi che rientrano nella forbice tra i due ordini di costi crea solo una presunzione di abusività, che deve essere accertata alla luce di altri fattori.

L'Autorità francese ha quindi proseguito l'istruttoria, rilevando come, nel periodo in cui si era svolta la possibile condotta predatoria (2001-2003), la quota di mercato sotto l'influenza di Chep France si era ridotta passando dall'80% al 71%, consentendo il rientro del concorrente escluso con la conseguente impossibilità di alzare i prezzi, rendendo altamente improbabile il recupero delle perdite subite.

L'Autorità ha quindi adottato una decisione di non luogo a procedere, ritenendo che la condotta unilaterale posta in essere da Chep France non integrasse gli estremi dell'abuso.

2.3.2. Italia: il Caso Grandi Navi Veloci (Provvedimento n. 2124 del 19 Maggio 2010)³⁴.

Su denuncia della società T-Link, attiva nel trasporto navale di merci e passeggeri sulla rotta Genova-Palermo, l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (AGCM) ha aperto un'istruttoria nei confronti dell'impresa Grandi Navi Veloci (in seguito GNV) per un sospetto abuso di posizione dominante basato su una condotta articolata (incremento strategico delle proprie capacità, ritorsioni commerciali, attività di denigrazione ai danni della ricorrente) avente come fulcro la pratica di sconti selettivi configurabili come prezzi predatori.

L'AGCM ha accertato la posizione dominante di GNV nel

³⁴ Il testo integrale della decisione, come pure la delibera di avvio dell'istruttoria, le delibere di apertura e chiusura del sub procedimento cautelare e il testo degli impegni offerti dalla parte, sono disponibili sul sito www.agcm.it.

mercato di riferimento sulla base del criterio della quota di mercato, che ha rilevato l'influenza di una quota pari al 90% da parte di GNV appena prima dell'ingresso della concorrente T-Link.

L'autorità ha anche sancito l'applicabilità del diritto comunitario utilizzando come riferimento le Linee direttrici della Commissione sulla nozione del pregiudizio al commercio intracomunitario tra Stati Membri. In particolare è stato rilevato che, malgrado le condotte oggetto di esame siano riferite a rotte aventi origine e destinazione in porti italiani, esse sono in grado di pregiudicare il commercio comunitario, essendo transfrontaliera parte dell'attività economica sia delle imprese che usufruiscono del traghettamento dei propri veicoli, sia delle imprese produttrici delle merci trasportate (pregiudizio indiretto)³⁵.

Successivamente, l'autorità ha provveduto ad accertare l'abusività della condotta unilaterale di GNV, concentrandosi in prima battuta sull'allegata natura predatoria degli sconti selettivi praticati da GNV. In particolare, l'autorità ha accertato che l'impresa dominante aveva praticato sconti inferiori del 30-35% alla tariffa standard, circoscritti ai soli clienti in grado di dirottare la domanda verso i corrispondenti servizi offerti dalla concorrente T-Link e ha osservato la totale autonomia di tali sconti dalla quantità di servizi offerti, rendendoli palesemente avulsi da qualsiasi considerazione economica che non fosse quella di innescare una guerra dei prezzi al ribasso per costringere la nuova concorrente a

³⁵ Il pregiudizio indiretto a cui si riferisce la Commissione è quindi quello che si verifica quando una pratica ha impatto su attività economiche transfrontaliere di altre imprese a valle.

uscire dal mercato (*Sentenza AKZO*)³⁶.

In applicazione del test *as efficient competitor + anticompetitive foreclosure* proposto dalla Commissione, l'AGCM ha accertato la natura di concorrente altrettanto efficiente di T-Link e il conseguente sicuro danno ai consumatori derivante da una sua fuoriuscita dal mercato, che tornerebbe da uno stato maggiormente concorrenziale al monopolio di fatto di GNV, resa probabile dalla registrazione di forti perdite causate dalla politica tariffaria di GNV. L'AGCM ha inoltre accertato la difficoltà del rientro di T-Link a causa dell'elevatissima quota di mercato detenuta da GNV, che le consentirebbe automaticamente di rialzare i prezzi a detrimento del consumatore³⁷.

La condotta posta in essere da GNV ha indotto l'AGCM ad aprire un subprocedimento volto all'adozione di misure cautelari, adducendo come *fumus boni iuris* il complesso delle condotte di GNV, tali da sottintendere una strategia escludente, e come *periculum in mora* il rischio dell'imminente uscita dal mercato di T-Link, discussa nelle delibere del CDA di quest'ultima.

L'apertura del sub procedimento cautelare da parte dell'autorità della concorrenza, tale da rivelare la sua propensione ad accertare l'abusività della condotta di GNV, ha indotto l'impresa a presentare

³⁶ La denuncia di T-Link osservava come tali prezzi fossero vicini al costo marginale, rendendo fortemente probabile la predatorietà della condotta in base al test $AV < p < AT$ fatto proprio dalla giurisprudenza comunitaria.

³⁷ Qui la prova della probabilità del danno ai consumatori è relativamente facile: prima dell'entrata di T-Link, GNV era monopolista di fatto sulla rotta Palermo-Genova e la fuoriuscita di T-Link le avrebbe permesso sicuramente di rialzare i prezzi riportandoli alla condizione di monopolio, rendendo possibile anche un recupero delle perdite strategicamente subite.

degli impegni di correzione della condotta ritenuta incline alla predazione, sottoponendo all'AGCM una griglia di sconti inferiori alla percentuale pericolosa e chiaramente orientati alla quantità dei servizi offerti, riservandosi la possibilità di tornare a sconti più elevati solo in presenza di giustificate esigenze commerciali (prestazioni verso clienti strategici), previa informazione dell'autorità.

Vista la congruità *prima facie* rilevata degli impegni proposti, l'autorità ha deliberato la chiusura del sub procedimento cautelare, osservando in particolare la cessazione del *periculum in mora* per T-Link a fronte del cambiamento tariffario prospettato dall'impresa dominante.

Il procedimento principale è quindi proseguito garantendo il contraddittorio tra le due imprese e tra queste e l'Autorità sulla proposta di impegni di GNV, che è stata integrata in termini di maggiore trasparenza in seguito alle richieste di T-Link, che chiedeva una descrizione in termini economici della nozione di cliente strategico per evitare che la nozione fosse utilizzata elusivamente per ridurre nuovamente le tariffe al di sotto della soglia di predazione.

Il procedimento si è quindi concluso con l'accettazione di tali impegni da parte dell'AGCM, che li ha resi vincolanti per GNV senza accertare l'infrazione.

2.3.3. Inghilterra: il caso Flybe (Decision n. MPINF-PSWA001-04 del 5 novembre 2010).

Nel Marzo 2009, la compagnia aerea AIR Southwest ha adito

l'OFT segnalando l'abuso di posizione dominante della rivale Flybe, nuova entrata sulla rotta Newquay-London Gatwick, lamentando l'attuazione di una condotta tariffaria preordinata ad escluderla da quella rotta praticando prezzi predatori. La Air Southwest rilevava come la sua esclusione dalla tratta in esame avrebbe avuto infatti l'effetto di determinare la sua esclusione dalle rotte originanti dall'aeroporto di Plymouth, determinando la chiusura dell'Aeroporto stesso, che si avvaleva esclusivamente dei suoi servizi, dirottando il traffico passeggeri in favore del vicino Aeroporto di Exeter, dove Flybe avrebbe rafforzato la posizione dominante detenuta rispetto a quelle rotte.

L'OFT ha preliminarmente dovuto accertare la posizione dominante di Flybe: posto che tale requisito non poteva esserle attribuito per la rotta Newquay-London Gatwick, dove Flybe era nuova entrata, in piena rivalità con Air Southwest, l'autorità di concorrenza inglese ha dovuto verificato la posizione dominante per mercati collegati, accertando la presenza di legami sufficienti tra il mercato oggetto della condotta predatoria e quello sotto il dominio dell'impresa predatrice, su cui questa avrebbe effettivamente rafforzato il controllo per effetto della condotta tenuta sul mercato collegato³⁸. Peraltro, la stessa posizione dominante di Flybe sul mercato costituito dall'aeroporto di Exeter non si è rivelata particolarmente incisiva, superando solo leggermente le quote detenute dagli altri operatori in quel mercato.

³⁸ L'OFT, pur avendo accertato la dominanza per mercati collegati, procedendo a verificare l'abuso, ha sottolineato come il caso fosse estremamente delicato. Ad esempio, l'autorità osservava come alcuni limiti operativi posti dallo stesso aeroporto di Plymouth avrebbero ugualmente contribuito all'uscita di Air Southwest da questo mercato, congiuntamente alla condotta predatoria.

Verificata la posizione dominante di Flybe, l'OFT ha spostato l'indagine sulla condotta abusiva, applicando espressamente il test della sentenza AKZO sui prezzi predatori ($AV < p < AT$). Dal test è emerso che i prezzi praticati da Flybe sulla rotta Newquay-London Gatwick sarebbero compresi tra il costo marginale e i costi totali. In questo caso, come illustrato, la dichiarazione di abuso non è automatica, come avverrebbe in caso di rilevazione di un prezzo inferiore al costo marginale dell'impresa, ma deve essere corroborata dall'esame di altri fattori.

L'OFT ha quindi provveduto ad applicare il doppio test suggerito dalla Commissione sugli abusi da esclusione (*As efficient competitor + anticompetitive foreclosure*). In questa fase, anche se l'analisi della Air Southwest ha consentito di qualificarla concorrente altrettanto efficiente di Flybe, rendendo quindi possibile il danno alla concorrenza in caso di sua fuoriuscita, la condotta unilaterale di Flybe non ha in concreto dimostrato di possedere un insieme di caratteristiche tali da formare un contesto probatorio in grado di accertare l'abuso.

In primo luogo, l'OFT ha osservato che le perdite subite da Flybe non sono inusuali nel settore dei trasporti aerei quando una compagnia comincia a viaggiare su una nuova rotta e che la stessa strategia tariffaria era già stata utilizzata da Flybe su altre rotte in precedenza; la documentazione di Flybe relativa alla nuova rotta non presentava evidenza sufficiente delle intenzioni di Flybe di escludere la concorrente, né poteva essere definita commercialmente irrazionale. Inoltre, i limiti operativi imposti dall'aeroporto di Plymouth risultano aver contribuito alla probabile

esclusione di Air Southwest da questo mercato in maniera ulteriore rispetto alla condotta tariffaria di Flybe, e l'accertata possibilità di nuove compagnie in quel mercato, surrogata dalle proposte di acquisto della stessa Air Southwest da parte di altre compagnie aeree, ha reso difficile configurare senz'altro il danno agli utenti, in quanto la fuoriuscita di Air Southwest non avrebbe comunque consentito a Flybe di alzare barriere di ingresso al mercato di Plymouth e di conseguenza di rivalersi delle perdite subite attraverso un profitto da monopolista.

Per questi motivi, l'OFT non ha accertato l'abuso di posizione dominante di Flybe, adottando una decisione sostanzialmente assolutoria nei confronti della compagnia.

CONCLUSIONI

Questo lavoro nasce con l'obiettivo di analizzare la cooperazione amministrativa tra le autorità preposte alla tutela della concorrenza negli Stati Membri dell'Unione Europea, proponendosi di verificare la sua effettività utilizzando come criterio portante le decisioni adottate da alcune di esse in casi simili e materie analoghe.

Dallo studio è emersa innanzitutto la duplicità di questa particolare forma di coordinamento, che si pone innanzitutto come culla di una serie di meccanismi pragmatici volti ad assicurare la consistenza nell'applicazione delle regole di concorrenza comunitarie, scongiurando il rischio del *ne bis in idem*, per spingersi fino al ben più ambizioso obiettivo della formazione di una politica della concorrenza condivisa all'interno dell'Unione.

Il buon esito di questo tentativo di europeizzazione della cultura antitrust sembra sufficientemente provato dall'analisi casistica che, necessariamente delimitata, rivela comunque una metodologia condivisa da parte delle principali autorità amministrative di

concorrenza nell'applicazione delle fattispecie chiave del TFUE, e in particolare l'adozione di un criterio più efficientistico e meno formale nel perseguimento degli abusi di posizione dominante escludenti e un approccio più severo, sebbene anche qui depurato dal formalismo più rigoroso, nella lotta ai cartelli *hard core*, specialmente quando essi inficiano settori vitali e delicati come quello alimentare.

Ciò che pure emerge alla fine del lavoro è la crescente complessità dei molteplici meccanismi di coordinamento illustrati nelle pagine precedenti, schematicamente riconducibili alle due grandi aree funzionali del *ne bis in idem* e della politica concorrenziale in senso lato, e la loro sinergia.

Si pensi ad esempio all'elaborazione dello studio del gruppo di lavoro ECN sui cartelli del settore alimentare, condotto interamente alla luce della casistica concreta delle autorità nazionali di concorrenza, e all'uso da parte di alcune di queste, dei programmi di clemenza armonizzati secondo un Modello Comune fatto proprio dalla stessa Commissione come strumento principale di lotta a quei cartelli; o ancora al contributo dei gruppi di studio formati da membri delle singole autorità alla redazione delle Linee Guida della Commissione del 2008 sugli abusi escludenti, che ha dato luogo ad una tensione con la giurisprudenza della Corte di Giustizia non ancora sopita; all'obiettivo recente ma sempre più vicino di una crescente uniformazione anche procedurale tra le autorità amministrative coinvolte.

Questa interconnessione profonda eppure mobilissima tra le varie modalità di intervento delle autorità di concorrenza europee è

resa possibile dal Network, cioè dalla rete delle autorità di concorrenza, che è l'intelaiatura giuridica che ospita le relazioni tra esse intercorrenti o meglio la forma, politica e giuridica insieme, che tali relazioni assumono, sostenuta da un nucleo normativo fermo ma circostanziato, che conferisce flessibilità all'intero sistema.

E' grazie alla rete che la differenze organizzative tra le autorità di concorrenza vengono minimizzate rispetto alla funzione e perdono peso, confermando la tesi prospettata da Trebisonda e Iacobucci, utilizzata come riferimento del terzo capitolo di questo lavoro, per cui dalla differenza organizzativa tra le autorità di concorrenza può e non deve discendere automaticamente una differenza nello svolgimento della funzione amministrativa.

Del resto, la crescente interconnessione tra le autorità di concorrenza contribuisce innegabilmente a limare le differenze tra i sistemi giuridici, almeno per quanto riguarda il settore del diritto antitrust: emblematico è il caso del Regno Unito, che ha riformato la precedente legge sulla concorrenza adottando un sistema di divieto generalizzato analogo a quello dei trattati europei, o delle numerose riforme apportate all'originaria legge tedesca della concorrenza, ormai un caso notevole di stratificazione normativa, che pure, come legge antitrust più antica in Europa, era stata principale modello di ispirazione per le regole di concorrenza contenute nei trattati.

Questo ruolo del Network come veicolo di mutuo arricchimento tra diritto comunitario e diritti nazionali e di europeizzazione delle autorità antitrust lo ha fatto salutare dai più entusiasti come modello

di amministrazione ideale per governare la complessità del sistema comunitario e di altri sistemi giuridici complessi, sempre più caratterizzati dalla moltiplicazione dei livelli di Governo, dalla frammentazione delle sedi decisionali, dalla crescente interpenetrazione tra società, stato e mercato che rendono ardua l'applicazione della classica amministrazione weberiana.

Altri invece, più prudenti, preferiscono evitare l'espansione indiscriminata del modello, preferendo vagliare, caso per caso, a quale settore di governo questa particolare forma di cooperazione amministrativa si attagli, limitandola a questo soltanto.

La disputa nasconde un paradosso interessante, e cioè come una figura come quella della rete, rapportata qui a sistemi moderni o postmoderni, sia in realtà una figura antica, e non solo perché, evocando il sistema comunitario, rimanda a precedenti esperimenti storici di forgiare un'Europa unita tenuta insieme da uno *ius commune*.

Nel bellissimo saggio *Logos Tu Stauros*, dedicato alla simbologia della croce, il filosofo Massimo Cacciari ricorda infatti come la rete, la trama che unisce visivamente gli elementi orizzontali a quelli verticali attraverso un punto nodale, sia ricorrente in tutte le civiltà più antiche come segno di armonia, che indica come il molteplice si faccia uno e l'uno generi la molteplicità.

La rete però acquista la pienezza della sua simbologia solo se si vivifica nel movimento e allora diventa ruota, simbolo del movimento universale.

Così forse conviene vedere la rete amministrativa: simbolo di armonizzazione ma anche di vivissima mobilità giuridica.

BIBLIOGRAFIA

- Amato G. *Antitrust and the bounds of power: the dilemma of liberal democracy in the history of market*, Oxford, Hart Publishing, 1997.
- Ammannati L. “La concorrenza in Europa. Sistemi organizzativi e autorità di garanzia”, Cedam, 1998.
- Binder - Rockman - Rhodes, *The Oxford Handbook of Political Institutions*, Oxford University Press, 2006.
- Berchtold R., *Kartellgesetz Kommentar*, Munich, Verlag CH Beck, 2002
- Berti L. - Pezzoli A., *Le stagioni dell'Antitrust*, Milano EGEA-Università Bocconi Editore, 2010.
- Bohm A., *Tutele procedurali: profili comparati*, Iovinelli, 2007.
- Brammer S., *Cooperation between National Competition Agencies in the enforcement of EC Competition Law*, Oxford Hart Publishing, 2009.
- Borke R. H., *The Antitrust Paradox: A Policy at war with itself*,

- Basic Books, New York, 1978.
- Borzel T., “Organizing Babylon: On different conceptions of Policy Networks”, in *Public Administration* (1998), n. 76, pagg. 253-254.
- Caiazza R., *Antitrust: profili giuridici*, Torino, Giappichelli, 2007.
- Canivet G., *La modernisation du droit de la concurrence*, L.GD.J, 2009.
- Carrée - Gunster - Russo – Schickel, “*European Commission Decisions on Competition*”, Cambridge University Press, 2010.
- Carter T. - Scott R., “Legitimacy and Governance beyond European Nation State. Conceptualizing Governance in European Union”, in *European Law Journal* (1998), pagg. 429, 437.
- Cassese S., “Le trasformazioni dell’organizzazione amministrativa”, in *Riv. Trim. dir. Pubbl*, 1985, pagg. 374 e ss.
- Cassinis P - Gerber D., “The Modernisation of European Community Law: Achieving Constistency in Enforcement”, in *European Competition Law Review* (2006), n. 27, pag. 51.
- Catricalà - Lalli, *L’Antitrust in Italia*, Giuffré, 2010.
- Clarich M., *Autorità indipendenti: bilancio e prospettive di un modello*, Cedam, 2005.
- Conseil d’Etat, *Les Autorités administratives indépendentes*, Rapport Public 2001.
- Cook C., “Committente Decisions: The Law and Practice under Article 9”, in *World Competition Law* (2006), n. 29, pagg. 209-221.

- Cook - Kerse, *“EC Merger Control”*, London, Sweet & Maxwell, 2005.
- Dekeyser B. - Jaspers K., “A new era of ECN Cooperation: Achievements and Challenges with a special focus on Work in the leniency field”, in *World Competition* (2007), n. 31, pagg. 3, 23.
- Deselaers W. and Obst S., “Weissbuch zum Europäischen Kartellrecht - Rechtssicherheit ade?”, in *Europäische Wirtschafts - und Steurrecht* (2000), pagg. 41, 43.
- De Visser M., *Network based governance in EC Law: the example of EC competition Law*, Oxford Hart Publishing, 2009.
- Edwards C. D., *“Control of Cartels and Monopolies: An International Comparison”*, Dobbs Ferry, New York, 1967.
- Edward F., “The Modernization of EC Antitrust Policy: issues for Courts and Judges” in Ehlerman - Atanasiu (eds) *European Competition Law Annual 2000*, Oxford, Hart Publishing, 2001.
- Ehlerman P., “The Modernisation of EC Antitrust Policy: a Legal and Cultural Revolution”, in *CML Rev* (2000), n. 37, pagg. 537-539.
- Etude sur les autorités administratives indépendentes, in *Etudes et documents du Conseil d’Etat n.35,1983-1984*.
- Etro - Kokkoris, *“Competition Law and the enforcement of article 102”*, Oxford University Press.
- Gauer C., “Does the effectiveness of the Network of Competition Authorities require a certain degree of armonisation of national

- procedures and sanctions?”, in Ehlerman - Atanasiu (eds) *European Competition Law Annual 2002: constructing the Network of Competition Authorities*, Oxford Hart Publishing, 2004.
- Ferro M. S., “Commitment decisions – Unanswered Questions”, in *European Competition Law Review* (2005), n. 26, pagg. 451-457.
- Giannini M. S., “In principio sono le funzioni”, in *Amm. Civ.*, pag. 7 e ss.
- Gilliams H., “Modernisation: From Policy to Practice”, in *El Rev* (2008), n. 21, pagg. 451, 470.
- G. Guarino, “Sull’utilizzazione di modelli differenziati nell’organizzazione pubblica”, in *Scritti di diritto pubblico dell’economia*, Milano, 1970.
- Heringa A. W., “Agencies in France: Autorités administratives indépendantes”, in *Agencies in European and Comparative Law*, Tom Zwart - Luc Verhay (eds), 2003.
- Iacobucci - Trebicock “*Designing Competition Law Institutions*”, in *World Competition Law* 2002 (25), pagg. 361 e ss.
- Ingo S., *A critical evaluation of Chicago School of Antitrust Analysis*; R. Pitofsky “*How the Chicago School overshot the mark*”, NY, Oxford University Press, 2008.
- Jones A. - Sufrin B., *EC Competition Law*, Oxford University Press, 2008.
- Jones A. - Sufrin B., *European Competition Law: text, cases and*

- materials*, Oxford University Press, 2011.
- Kerse C., *Ec Antitrust procedure*, London, Sweet & Maxwell, 1994.
- Kerse - Khan, *EC Antitrust Procedure*, London, Sweet & Maxwell, 2005.
- Longobardi N., “A dieci anni dalla legge 241 del 1990: sulle implicazioni tra organizzazione e ad attività amministrativa”, in “*Autorità amministrative indipendenti e sistema giuridico istituzionale*”, Giappichelli, 2009.
- Main O., “*The enforcament of article 102 TFUE by the NCAs*”, AGCM Direzione Affari Comunitari e Internazionali, su www.agcm.it.
- Main O., “Objectives of the enforcement art 82 and Legal standards in the Commission’s Guidance Paper”, intervento per la Conferenza Internazionale sull’applicazione dell’art. 82 TCE, 6 Marzo 2008, www.agcm.it.
- Manzini S., *Il risascimento del danno per violazione antitrust alla luce del Libro Bianco della Commissione*, Bononia University Press, 2008.
- Mestmacker J., “The EC Commission’s Modernization of Competition Policy: a challenge to the Community Constitutional order”, in *European Organization Law Review* (2000), n. 1, pagg. 401-407.
- O’Neill - Sanders, “*UK Competition Procedure: the modernised regime*”, Oxford University Press, 2007.
- Ostersund E., *Identifying exclusionary abuse by dominant*

- undertakings under EU competition law: the spectrum of tests*, Wolter Kluwer, 2010.
- Pace L. F., *The Impact of the Commission's Guidance on Article 102* Edward Elgar, Cheltenham, Uk - Northampton, MA, USA, 2011.
- Pardolesi R., *Post Chicago developments in antitrust law*, Cheltenham, UK - Northampton, MA, 2002.
- Riley A., "EC Antitrust Modernization: The Commission does very nice, thank you! Part One: Regulation 1 and Notification Burden", in *European Competition Law Review* (2003), n. 24, pag. 604.
- Rose V. - Roth PM. (eds), "*European Community Law of Competition*", Oxford, Oxford University Press, 2008.
- Schaub A., "The Reform of Regulation 17/62: The issues of compatibility, effective enforcement and legal certainty", in Ehlerman and Atanasiu (eds), *European Competition Law Annual 2000: The modernization on EC Competition Policy*, Oxford, Hart Publishing, 2001, pagg. 457, 466.
- Scoca F.G., "I provvedimenti dell'AGCM e il controllo giurisdizionale", in *Venti Anni di Antitrust*" a cura di Rabitti Bedogni - Barucci, Giappichelli, 2012.
- Scorciarini Coppola L., *La cooperazione tra la Commissione Europea e le Autorità Nazionali di Concorrenza*, Direzione Centrale per i rapporti Comunitari in occasione delle Giornate della Concorrenza, Roma, 11 Maggio 2012, www.agcm.it.
- Spoerr W., "La tutela giurisdizionale di fronte alle decisioni di

regolazione e alle decisioni di garanzia della concorrenza”, nel volume a cura di E. Ferrari - M. Ramajoli - M. Sica, *“Il ruolo del giudice di fronte alle decisioni amministrative per il funzionamento dei mercati”*, Giappichelli, 2006.

Stockmann K., “Investigatory powers of antitrust authorities and procedural guarantees under german law”, in *Fordham Corporate Law Institute*, 1993, pagg. 307 e ss.

Temple Lang J., “Commitment Decisions under Reg. 1/2003: legal aspects of a new kind of competition decisions”, in *European Competition Law Review (2003)*, n. 24, pagg. 347-349.

Torchia L., “Venti anni di potere Antitrust: dalla legalità sostanziale alla legalità procedurale nell’attività dell’AGCM”, in *“Venti anni di Antitrust”*, Rabitti Bedogni - Barucci, Giappichelli, 2010.

Trimarchi Banfi, *Lezioni di Diritto Pubblico dell’Economia*, Giappichelli, 2009.

Ulrich H. (eds), *The evolution of European competition law*, ASCOLA Workshop on Comparative Competition Law, Firenze, 2006.

Utton M. A., *“Cartels and economic collusion: the persistence of corporate conspiracies”*, Cheltenham UK – Northampton, MA, Edward Elgar eds.

Van Gerven Y., nel suo saggio “Regulation 1/2003: ispezioni e diritti di difesa”, in C. Baudenbacher (ed), *Neuste Entwicklungen im europäischen und internationale Kartellrecht*, Basel, Helbing & Lichtenhahn, 2007.

Weitbrech A., “From Freiburg to Chicago and Beyond - the First 50 years of European Competition Law”, in *Competition Law Review*” (2008) n. 14, pagg. 81-82.

Wilks S., “Understanding competition policy networks in Europe: a political science perspective”, in CD Ehlerman e Athanasiu (eds), “*Constructing the EU Network of Competition Authorities*”, European Competition Law annual 2002, (Oxford, Hart Publishing 2005), pagg. 65-67.

Wils W., “The principle of Ne bis in idem in EC Antitrust Enforcement: a legal and economic analysis”, in *European Competition Law Review* (2004), n. 25, pagg. 765-768.

Wils W., “The Reform of Competition Law Enforcement - Will it work?”, in *The Modernisation of EU Competition Law Enforcement in the EU - Fide 2004 National Reports*, (Cambridge, Cambridge University Press 2004).

www.agcm.it

www.autoritedelaconurrence.fr.

www.ofc.gov.

www.ec.europa.eu/comm/competition/antitrust/national_courts/index_en.html