

# REGOLE DI CONCORRENZA E COSTITUZIONE EUROPEA

di Francesca Nugnes

*di prossima pubblicazione in Istituzioni, diritti, economia. Dal Trattato di Roma alla Costituzione Europea, a cura di Giovanna Colombini e Francesca Nugnes, Pisa 2004.*

**1.Premessa - 2.L'ambito di applicazione della disciplina della concorrenza. L'art.III-161.1,della Costituzione. Il pregiudizio al commercio degli Stati - 3.(segue) Le esenzioni ex art.III-161,3 della Costituzione - 4. L'abuso di posizione dominante ex art 162 della Costituzione - 5 Il decentramento nell'applicazione del diritto comunitario - 7(segue) Il ruolo dei giudici nazionali - 8.Le forme di cooperazione - 9. Conclusioni la disciplina della concorrenza tra dimensione sociale e mercato.**

## **1. Premessa**

Gli assetti di mercato risentono notevolmente del contesto storico e sociale in cui si sviluppano, così verso la fine del novecento, mentre in America si sviluppava una politica economica tesa ad realizzare una maggiore concorrenza, in Europa si attuava una politica economica interventista e protezionista.

Almeno fino a dopo la seconda guerra mondiale infatti gli Stati europei agevolavano gli accordi tra imprese nazionali e il rafforzamento del loro potere di mercato, rafforzamento che proteggevano con alti dazi doganali. In seguito la cartellizzazione e la protezione che fino ad allora erano state viste con favore dai governi nazionali, furono considerate tra le cause dei regimi totalitari, elemento che acuì l'esigenza di cambiare il sistema economico consolidatosi.

Tale cambiamento si rivelò un presupposto basilare e strumentale all'esigenza di mutare l'assetto storico e politico in cui si erano sviluppate entrambe le guerre mondiali.

In questa ottica si collocava l'art.3 del Trattato di Roma del 1957 in base al quale l'obiettivo della Comunità economica era riuscire a creare "un mercato aperto e in libera concorrenza" per promuovere "lo sviluppo armonioso, equilibrato e sostenibile delle attività economiche"(art.2).

Un sistema economico sviluppato in modo equilibrato e armonioso presuppone, per definizione, la tutela delle parti più deboli in gioco: consumatori e piccole imprese. A tal fine già nel Trattato di Roma apparve chiaro che per garantire tale tutela non potevano essere sufficienti l'abbattimento delle barriere doganali e gli accordi di politica commerciale tra i diversi paesi, ma era necessario avviare e rafforzare una politica concorrenziale. Soltanto la competizione tra le imprese su uno stesso mercato avrebbe consentito al consumatore la possibilità di compiere scelta più conveniente, e soltanto la garanzia di una competizione ad armi pari avrebbe tutelato le piccole imprese dagli abusi di quelle grandi.

Si trattava pertanto, come fu esplicitato in seguito dall'Atto Unico europeo del 1987, non solo di realizzare uno "spazio senza frontiere interne, nel quale è assicurata la libera circolazione delle merci, delle persone, dei servizi e dei capitali", ma anche di far sì che si realizzasse una vera concorrenza in modo da assicurare una adeguata competitività sul mercato europeo.

Il perseguimento di tali obiettivi è avvenuto attraverso un'evoluzione i cui tratti salienti sono stati il riflesso di un contesto socio economico sempre più integrato, in cui gli Stati tendevano, ora, a liberare gli scambi di merci e servizi dalle barriere normative e regolamentari che avevano caratterizzato la prima metà del secolo scorso. L'orientamento verso una maggiore liberalizzazione e integrazione trovò la sua massima espressione nell'istituzione del Mercato unico europeo, avvenuta nel 1993.

Tale obiettivo, rimasto sostanzialmente immutato fino all'attuale Costituzione europea, ha trovato nel corso degli anni attraverso regolamenti, direttive, raccomandazioni e comunicazioni, una ricca e articolata strumentazione applicativa da cui è possibile tracciare le linee evolutive della politica della concorrenza comunitaria fino ad oggi.<sup>1</sup>

Un elemento nettamente riscontrabile nell'evoluzione delle Comunità europee è la progressiva riduzione della distanza tra la primaria base economica e la finalità politica di un Europa in cui i popoli "uniti nella diversità" tendono a "forgiare il loro comune destino".

In particolare nell'attuale Carta Costituzionale dopo l'indicazione dei valori su cui si fonda l'Unione Europea(art.I-2), si esplicita all'art.I-3,primo paragrafo, che la tutela dei valori fondanti tra cui la non discriminazione e la solidarietà rientrano tra gli obiettivi da perseguire insieme al

---

<sup>1</sup> Relativamente alle ragioni per cui la normativa sulla concorrenza è stata ed è in continuo mutamento si veda, E.Bannerman, *The future of EU Competition Policy*, London, Centre for European Reform, 2002. L'autore sostiene che le principali cause di tale cambiamento siano da ricercarsi nei fenomeni economici e politici di lungo periodo. Una prima risiede nell'internalizzazione degli scambi che rispetto alla tutela della concorrenza ha una duplice e opposta valenza. Infatti se da un lato si rafforza la concorrenza stessa e si semplifica di conseguenza l'attività delle Autorità antitrust, dall'altro, le stesse Autorità antitrust sono costrette a sopportare oneri di coordinamento talvolta elevati. In merito a quest'ultima osservazione, come si avrà modo di vedere più avanti, il regolamento 1/2003, ha istituito una rete orizzontale di autorità nazionali al fine di un'applicazione efficiente ed omogenea del diritto comunitario antitrust. Sul piano politico inoltre non si può fare a meno di osservare che lo sviluppo della globalizzazione o l'allargamento dell'Unione europea ai paesi dell'est hanno avuto e avranno certamente in futuro una determinante influenza sul mercato interno.

benessere dei cittadini alla cui base viene posto una “un’economia sociale di mercato fortemente competitiva, che mira alla piena occupazione e al progresso sociale”.

In altri termini si riafferma l’approccio funzionale, secondo cui il concetto di “mercato interno nel quale la concorrenza è libera e non è falsata”(art.I-3, paragrafo2), diventa strumentale alla realizzazione dei suddetti valori ed obiettivi. In questa ottica, nel disegno costituzionale, la confluenza tra il rispetto delle diverse identità e la coesione economica e sociale, trova nell’economia di mercato aperta e in libera concorrenza, una sorta di volano per il riconoscimento delle diversità e la promozione della solidarietà<sup>2</sup>. Si tratta di obiettivi di livello transnazionale, propri dell’Unione, al cui perseguimento sono funzionali oltre alla politica monetaria<sup>3</sup> e di bilancio<sup>4</sup>, basilari per il mantenimento di una “crescita economica equilibrata”(art.I-3,par.3), anche e soprattutto la costruzione e il mantenimento di un’ “economia sociale di mercato aperta e competitiva”.

Per queste ragioni lo studio della tutela della concorrenza assume un ruolo chiave nell’interpretazione del sistema europeo tutto, inteso come l’insieme di strutture, regole e disposizioni in generale, volte al miglioramento del “benessere dei suoi popoli”(art.I-3,1paragrafo). Si tratta di un sistema basato sui valori liberali dell’economia di mercato in base ai quali, sul versante relativo agli imprenditori, deve essere garantita la possibilità di farsi concorrenza sulla base delle proprie capacità e, sul versante relativo ai consumatori, deve essere garantita la possibilità di optare per i beni e servizi che ritengano migliori e più convenienti per loro stessi.

Il regime di concorrenza delineato dal Trattato prima, e dalla Costituzione ora, è finalizzato alla costruzione di un mercato interno unico, derivante dalla integrazione dei diversi mercati nazionali, ragion per cui l’efficacia della concorrenza va valutata caso per caso, sulla base delle caratteristiche del prodotto e della struttura del relativo mercato. Esiste infatti una stretta correlazione tra la politica della concorrenza e le altre politiche poste in essere all’interno del sistema comunitario europeo, non ultime le politiche di coesione sociale, di ricerca e sviluppo nonché quella ambientale.<sup>5</sup>

---

<sup>2</sup> Sul punto Cfr.A.Zorzi Giustiniani, *Costituzione europea e governance economica*, nell’ambito di questo stesso volume

<sup>3</sup> Per questi aspetti si rimanda a M.Degni, *Costituzione europea, Bce, politica monetaria*, nell’ambito di questo stesso volume.

<sup>4</sup> Relativamente alla politica di bilancio dell’Unione, si veda P.de Ioanna, all’interno di questo stesso volume

<sup>5</sup> Così, Tesaurò, *Diritto Comunitario*, II Edizione, Padova, Cedam, p.526 che sottolinea come “Uno degli strumenti più rilevanti per realizzare gli obiettivi tracciati dall’art.2 del Trattato Ce è senza dubbio l’azione della Comunità rivolta alla creazione di “un regime inteso a garantire che la concorrenza non sia falsata nel mercato interno”(art.3, lett.g del Trattato). La sana concorrenza infatti, rappresenta uno degli obiettivi primari della Comunità e al tempo stesso uno degli obiettivi più efficaci uno degli strumenti più efficaci per mantenere e consolidare l’assetto unitario del mercato. Che poi sia più uno strumento del mercato e vada utilizzata principalmente in funzione di quest’ultimo(...) o piuttosto un obiettivo autonomo, meglio ancora, assoluto, è una questione che talvolta si pone rispetto al caso concreto, ma che in definitiva non richiede una risposta astratta e di principio”.

In particolare, va considerato che la politica della concorrenza è andata articolandosi in ulteriori obiettivi quali: la massimizzazione del benessere sociale e dei consumatori in particolare; l'equità sociale; lo sviluppo dell'innovazione dell'industria europea; la tutela delle piccole e medie imprese; la lotta all'inflazione e alla disoccupazione. Si tratta di obiettivi<sup>6</sup> che possono talvolta porsi in contrasto tra loro, ragion per cui la politica della concorrenza, in quanto strumentale agli obiettivi della comunità, non può assumere una valenza assoluta, considerato che proprio per il perseguimento dei suddetti obiettivi talvolta è necessario che siano consentite delle deroghe rispetto ad accordi ed intese restrittive della concorrenza o in merito alla disciplina sugli aiuti di Stato. In altri termini, la complessità e la molteplicità degli obiettivi a cui è stata finalizzata la politica della concorrenza negli ultimi anni potrebbe comportare il rischio di attuare orientamenti contraddittori che limiterebbero l'efficacia di un mercato aperto e competitivo nonché l'affidabilità la fiducia stessa nelle istituzioni preposte alla politica di concorrenza.

In un economia sempre più globalizzata l'esigenza di rendere più competitivi i prodotti europei rispetto a prodotti extra europei, potrebbe, ad esempio, indurre a limitare una concorrenza troppo sostenuta sul mercato nazionale, elemento che però favorirebbe l'aumento delle dimensioni dell'impresa e il suo conseguente rafforzamento di potere sul mercato. In pratica il raggiungimento del primo obiettivo citato, potrebbe verosimilmente passare attraverso la violazione dei principi comunitari in materia di concorrenza. Il punto nodale risiede nel fatto che gli eventi oggetto della politica di concorrenza sono di per sé mutevoli e ciò implicherebbe la necessità di valutare di volta la priorità da attribuire ad un obiettivo rispetto ad altri.

Le complicazioni riscontratesi nell'attuazione dei principi posti a tutela della concorrenza hanno fatto sì che gli indirizzi politici in materia fossero fino ad un recente passato, di impronta più legalistica che economica<sup>7</sup>. Questa caratteristica appare evidente nel regolamento di n.17/1962 di attuazione degli articoli 81 e 82 del Trattato che, coerentemente con tale tipo di approccio, era essenzialmente concentrato sulla struttura del mercato e sulla natura degli accordi, piuttosto che sugli effetti anticoncorrenziali che potevano da questi scaturire.

---

<sup>6</sup> Così G.Colangelo. L'autore evidenzia esemplificando come alcuni obiettivi possano essere in conflitto tra loro. Infatti se da un lato, l'obiettivo di massimizzare il benessere sociale sembra coerente con l'obiettivo di creare un mercato unico e con quello di garantire una soddisfacente competitività sul mercato; dall'altro, potrebbero sorgere conflitti tra l'obiettivo di sviluppare la capacità d'innovazione dell'industria europea e quello di evitare che il gioco della concorrenza venga falsato "imprese con più potere di mercato fanno più profitti e dunque sono in grado di finanziare a minor costo gli investimenti necessari per essere più innovative e avranno quindi più facilità ad essere innovative." in, *La politica di concorrenza e la tutela del mercato*, in (a cura di) A.Q.Curzio, *Profili della Costituzione economica europea*, Bologna, Il Mulino, 2001 p. 438 e ss.

<sup>7</sup> Peraltro questo concetto è stato ribadito dalla stessa Commissione nella Comunicazione relativa a *I servizi di interesse generale in europa* (COM), 1996, 443 def. in cui si precisa che "(...) la teoria economica non può essere l'unica base per stabilire gli indirizzi politici. Essa può costituire solo uno dei fattori da prendere in considerazione, tanto più che un esame approfondito di ogni singolo caso sarebbe troppo costoso in termini di risorse e potrebbe alimentare l'incertezza del diritto. La teoria economica può dunque servire soprattutto a stabilire gli indirizzi e le regole generali"

Si tratta di un orientamento che verso la fine degli anni novanta<sup>8</sup> si è evoluto verso approcci di tipo economico, ma che ancora allo stato attuale non appare definito completamente.

In realtà la tutela della concorrenza risente di una sottile ambiguità che ha caratterizzato gli articoli 81 e 82 del trattato e che caratterizza gli attuali articoli III-161 e III-162 della Costituzione europea. Da un lato si delinea un concetto di tutela della concorrenza quasi scollegato dalla realtà economica contingente(art.III-161ex art.81), il cui rispetto comporterebbe un approccio meramente legalistico, dall'altro si concretizza tale concetto attraverso il divieto di sfruttamento abusivo di posizione dominante(art.III.162), la cui definizione rientra tra i poteri della Commissione.

In pratica, viene a configurarsi un quello che gli economisti definiscono un *trade-off* tra l'interpretazione legalistica e la valutazione economica, vale a dire tra la certezza del diritto e l'adeguatezza delle decisioni. Infatti l'interpretazioni prevalentemente legalistica sebbene offra una maggior certezza del diritto, potrebbe comportare il rischio di creare conflitti tra i diversi obiettivi, con la conseguente perdita di efficacia e credibilità delle decisioni attuate dalle istituzioni preposte alla concorrenza. La seconda, la valutazione economica caso per caso, di quale sia l'obiettivo da perseguire in maniera prioritaria rispetto ad altri, offre una maggiore adeguatezza delle decisioni ma comporta anche la concentrazione di un forte potere discrezionale in capo ad una parte della Commissione europea(IV direzione generale concorrenza), con il rischio di sottoporre questa stessa alle diverse pressioni delle lobbies industriali interessate<sup>9</sup>.

Rispetto alle condizioni che hanno creato le premesse perché la Commissione potesse adottare decisioni talvolta contraddittorie, sebbene giustificate dall'opportunità del singolo caso, l'attuale Carta costituzionale non presenta alcun elemento di innovazione. In pratica nell'attuale Parte III della Costituzione si ripropongono in maniera sostanzialmente inalterata le stesse disposizioni del precedente Trattato, al punto che, soprattutto in riferimento alla tutela della concorrenza, appare pienamente condivisibile l'affermazione secondo cui ci si è limitati a costituzionalizzare l'*acquis communautaire* esistente<sup>10</sup>.

Si tratta di un insieme di principi e norme articolati secondo una struttura di fonti composita, multilivello, in cui sono confluite le disposizioni della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione, dei precedenti trattati, dei regolamenti e delle direttive, fino a dipanarsi nelle molteplici

---

<sup>8</sup> Cfr. Commissione europea, *Comunicazione sull'applicazione delle regole i concorrenza comunitarie alle restrizioni verticali*. Seguito del *Libro Verde sulle restrizioni verticali*, Bruxelles 1998; *Libro bianco sulla modernizzazione delle norme per l'applicazione degli articoli 85 e 86 del Trattato CE*, Programma della Commissione n.99/027 ; proposta di regolamento adottata dalla Commissione nel 2000 di cui gran parte è stata trasfusa nel vigente regolamento n. 1/2003

<sup>9</sup> Come si avrà modo di vedere, il Trattato e le successive disposizioni contenute nei regolamenti, direttive e comunicazioni hanno delineato gli elementi di identificazione dei casi in cui un accordo restrittivo della concorrenza o un aiuto di Stato non pregiudica l'armonioso sviluppo di un mercato interno, ma, al contrario, si può rivelare persino funzionale allo scopo(art.161, paragrafo 3, Cost. europea, ex art.81, co 3 del Trattato) e art.167 e 168 Cost. europea, ex artt.86 e 87 del Trattato).

<sup>10</sup> Così G.di Plinio, *La costituzione economica nel processo costituente europeo*, in *Dir.Pubblico europeo e comparato*, n.4,2003 p.1787

comunicazioni e lettere di orientamento della Commissione. In effetti l'affermare che una costituzione economica europea esistesse già da tempo non può assolutamente destare stupore se consideriamo la genesi dei diversi trattati della Comunità europea, tutti incentrati intorno all'unione economica quale viatico più o meno indiretto per l'Unione politica dell'Europa. L'idea che il nucleo di un costituendo ordine giuridico fosse da rinvenirsi nell'economia, permea già il Trattato di Roma del 1957 che attribuisce un ruolo fondamentale alla disciplina della concorrenza e alla stessa Commissione<sup>11</sup>. Tale ruolo centrale della disciplina della concorrenza derivava dalla forte influenza che le idee degli "ordoliberali" della scuola di Friburgo avevano avuto sul processo istitutivo del Trattato e che ancora oggi appaiono più che mai attuali. È infatti pacifica ed evidente l'interazione tra i soggetti economici ed il sistema giuridico in cui si svolgono le diverse attività, interazione che non può prescindere dalla garanzia di assicurare a tutti gli operatori economici le stesse regole del gioco, vale a dire la garanzia di parità di trattamento, funzionale all'unità del mercato. Sennonché proprio le modalità attraverso cui è stato esplicitato tale principio di non discriminazione, hanno assunto talvolta contorni mutevoli a seconda del contesto e del caso, elemento che, oltre a inficiare la coerenza della politica di concorrenza condotta nell'ultimo quarantennio, ha in parte minato l'affidabilità delle decisioni delle istituzioni poste a tutela del mercato interno.<sup>12</sup>

## **2.L'applicazione della disciplina della concorrenza. L'art.161,1, della Costituzione. Il pregiudizio al commercio tra gli Stati**

L'attuale Carta Costituzionale nella Parte III relative alle Politiche e al Funzionamento dell'Unione, analogamente al precedente Trattato, suddivide la sezione relativa alle regole di concorrenza dell'Unione in due sottosezioni: la prima inerente alle regole applicabili alle imprese (artt.III 161-166); la seconda relativa agli aiuti di Stato (artt.III 167-169). Rinviando l'analisi di questa seconda sottosezione al successivo saggio all'interno di questo stesso volume<sup>13</sup>, lo studio verrà focalizzato sulla prima sezione ed in particolare sulle problematiche della politica della concorrenza in merito alla sua applicazione alle intese(art.161 ex art.81 Tce) e agli abusi di posizione dominante(art.162 ex art.82 Tce).

L'art.161 della Costituzione, parimenti a quanto già stabilito dall'art.81 del Trattato stabilisce che "sono incompatibili con il mercato interno 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 gli

---

<sup>11</sup> Sul punto si veda S.Cassese, *La costituzione economica europea*, in Riv.Ital.Dir.Pubbl.Comunitario,2001, p.910

<sup>12</sup> Cfr.Colangelo,op.cit,p.439

<sup>13</sup> Nell'ambito di questo stesso volume, si veda il contributo di F.De Bari.

Stati membri e che abbiano per oggetto o per effetto di impedire, restringere o falsare il gioco della concorrenza”.

Ai fini dell'applicazione della disciplina comunitaria, un'intesa risulta rilevante quando le imprese esprimano implicitamente o esplicitamente la volontà comune di assumere un determinato comportamento sul mercato. L'intesa ha per oggetto il comportamento concorrenziale e può concretizzarsi sia in rapporti di tipo orizzontale, quando tutte le imprese coinvolte sono situate nella medesima fase del processo economico, sia in rapporti di tipo verticale quando esse sono collocate in fasi diverse. In particolare le intese si possono articolare sotto forma di accordo, decisioni di associazione di impresa, pratica concordata. In tutti le forme di intesa, comunque, gli elementi rilevanti ai fini dell'applicabilità degli articoli 161 e 162 è la loro idoneità a produrre un pregiudizio al commercio degli Stati membri o un alterazione delle condizioni di concorrenza all'interno del mercato comune.<sup>14</sup>

L'accordo si configura quando esiste il concorso della volontà di tutte le imprese ad comportarsi in un modo stabilito nell'accordo. La forma in cui si manifesta tale volontà può assumere forma scritta o verbale. Non è necessario che si tratti di un contratto giuridicamente valido, considerato che in diversi casi è stato sufficiente rinvenire elementi da cui poter dedurre un accordo anticoncorrenziale anche in circolari, o in accordi transattivi di controversia giudiziale.<sup>15</sup>

Un'altra ipotesi in cui si può configurare un'intesa si ha quando un'associazione di impresa, intesa come raggruppamento di impresa o sindacati professionali, adottano delle decisioni finalizzate ad influenzare il comportamento delle imprese associate a scopi anticoncorrenziali. Anche in questo caso non è necessario che la forma giuridica sia un contratto, ma sono sufficienti ad esempio circolari o raccomandazioni<sup>16</sup> contenenti linee guida sul comportamento da tenere.

Infine un'altra forma in cui tradizionalmente si può concretizzare un'intesa tra due o più imprese, si ha nel caso della pratica concordata. In questo caso, secondo la definizione offerta dalla Corte di giustizia, è sufficiente che sussista un coordinamento nel comportamento delle imprese interessate, che di fatto si traduca in una cooperazione consapevole a danno della concorrenza<sup>17</sup>. In seguito la

---

<sup>14</sup> Cfr. Tesouro, *op.cit.* p.543, l'autore chiarisce che “(...) prima ancora, tuttavia occorre che le imprese siano libere di determinare i loro comportamenti, gli artt.81 e 82 trovando applicazione solo a fronte di comportamenti anticoncorrenziali che sono il risultato di una iniziativa autonoma delle imprese”. Sul punto si veda anche, Italia c. Commissione, causa 41/83, sentenza 20 marzo 1985, in Racc.p.873 puni 18 e 20; Cons.Naz.Spedizionieri Doganali, causa T-513/93, sentenza 30 marzo 2000, punto 58.

<sup>15</sup> Cfr. BMW, Sentenza del 12 luglio 1979, cause 32/78 e 36-82/78, in Racc.2435; BNIC c. Clair, Sentenza del 30 gennaio 1985, causa 123/83, in Racc.1985 p.391, Bayer, Sentenza del 27 settembre 1988, causa 65/86, in Racc.1988 p.5249.

<sup>16</sup> Cfr. Verband der Sachversicherer, causa 45/87 del 27 gennaio, in Racc.p.405. In questo caso la Corte constatò la rilevanza vincolante di una raccomandazione espressa da un comitato sebbene questi non avesse il potere di obbligare gli associati all'osservanza del comportamento in essa delineato.

<sup>17</sup> Cfr. ICI (materie coloranti), causa 48/69, sentenza del 14 luglio 1972, in Racc.p.619; Suiker Unie e altri, cause riunite 40-48, 50,54-56,111,113 e 114/73, sentenza del 16 Dicembre, 1975, in Racc. p.1663 punti 173 e 175; Deere c. Commissione, causa C-7/95P, sentenza del 28 maggio 1998, in Racc.p.I-1311, punto 86.

stessa Corte ha chiarito che ai fini dell'applicazione dell'art.81 del Trattato, non è necessario che l'esistenza della pratica concordata sia comprovata dalla redazione di un piano, in quanto è sufficiente qualunque tipo di contatto diretto o indiretto, finalizzato ad eliminare in via preventiva le incertezze derivanti dal futuro comportamento dei concorrenti sul mercato<sup>18</sup>. In altri termini perché si rilevi una pratica concordata è necessario che vi sia un nesso tra la concertazione tra imprese e il comportamento anticoncorrenziale successivo a tale concertazione. L'assenza del nesso tra la causa e l'effetto porterebbe ad escludere tutti i casi in cui un parallelo comportamento delle imprese, è da imputarsi a cause diverse dalla concertazione. In tal senso la Corte ha infatti opportunamente precisato che è fatto salvo il diritto degli operatori economici di adeguarsi al comportamento degli altri concorrenti presenti sul mercato, in quanto l'esistenza di una pratica concordata viene comprovata quando non esiste nessuna altra spiegazione al comportamento analogo e parallelo delle imprese, se non quella dell'accordo, appunto.<sup>19</sup>

Se è vero, come è vero, che l'esistenza di un accordo restrittivo viene comprovata dal conseguente comportamento anticoncorrenziale che può pregiudicare il commercio tra gli Stati membri, è altrettanto vero che esistono accordi non restrittivi che possono ugualmente pregiudicare il commercio tra gli Stati membri. Un esempio è offerto dagli accordi di distribuzione selettiva basati su criteri di selezione puramente qualitativi, giustificati dalla natura dei prodotti, che pur non restringendo la concorrenza ai sensi del primo paragrafo dell'art.161, possono pregiudicare il commercio tra gli Stati membri.

Sul punto è intervenuta recentemente la Commissione precisando, che in linea di principio possa escludersi l'esistenza di accordi suscettibili di produrre un'"incidenza sensibile" sul commercio tra gli Stati quando si realizzano cumulativamente le seguenti condizioni: "a) la quota di mercato aggregata delle parti su qualsiasi mercato rilevante all'interno della Comunità interessato dagli accordi non supera il 5%," e quando " b) nel caso di accordi orizzontali il fatturato comunitario aggregato annuo delle imprese interessate relativo ai prodotti a cui si applica l'accordo, non è superiore ai 40 milioni di euro; nel caso di accordi concernenti l'acquisto congiunto di prodotti, il fatturato rilevante sarà quello relativo all'acquisto aggregato dei prodotti interessati dall'accordo; nel caso di accordi verticali, il fatturato comunitario aggregato annuo del fornitore dei prodotti interessati dall'accordo non è superiore a 40 milioni di euro". La Commissione ha in questo modo esplicitato due parametri per la misurazione dell'incidenza sensibile: uno di valore assoluto

---

<sup>18</sup> Cfr.Tournier, causa 395/87, sentenza 13 luglio 1989, in Racc.p.2521,punto 24;SACEM, cause riunite 110,241 e 242/88, sentenza del 13 luglio 1989, in Racc.p.2811,punto 18;nonché ICI, sentenza cit.,punti 66-67.

<sup>19</sup> Cfr.Commissione c.ANIC, causa C-49/92 P, sentenza del 8 luglio 1999, in Racc. p.I-4125 punti 115 -125; Ahlstrom II, cause C-89/85, 104, 114, 116-117,125-129/85, sentenza 31 marzo 1993, in Racc.p.I-1307, punti 63 e ss.



costituito dal fatturato delle imprese; l'altro di valore relativo, rappresentato dalla quota di mercato detenuta dall'impresa interessata rispetto agli altri operatori presenti sul mercato<sup>20</sup>.

A ben veder, la suddetta definizione negativa del "pregiudizio sensibile" non equivale ad affermare che tutti gli accordi e le pratiche che non realizzino tali condizioni siano ritenuti idonei a produrre un'incidenza sensibile sul commercio, in quanto l'analisi specifica del contesto giuridico ed economico di ogni singolo caso, è un elemento imprescindibile ai fini dell'applicazione del diritto comunitario.

Da quanto detto finora circa i criteri su cui si basa la valutazione dell'idoneità di un accordo a produrre effetti in grado di "impedire restringere o falsare il gioco della concorrenza all'interno del mercato comune", si può dedurre che esistono due dimensioni in cui tale valutazione avviene, una oggettiva, l'altra pertinente agli effetti derivanti da un'intesa.

Nella dimensione oggettiva, la valutazione è di tipo astratto e verte essenzialmente sugli obiettivi per cui è stato stipulato l'accordo che, se ritenuti per loro stessa natura distorsivi del mercato, implicheranno il divieto della pratica. A tal fine si dovrà analizzare in che modo si sarebbe sviluppata la concorrenza tra le imprese senza l'intesa. In questa ottica un'intesa è sempre vietata, nei casi in cui abbia un oggetto anticoncorrenziale<sup>21</sup>, vale a dire in tutti i casi in cui l'unica finalità dell'accordo è quella di restringere, impedire o falsare il gioco della concorrenza. Le restrizioni alla concorrenza per oggetto, hanno una potenzialità talmente alta di produrre effetti negativi che non è necessario ai fini dell'art.161,1 paragrafo dimostrarne gli effetti sul mercato.<sup>22</sup>

Tuttavia la sola valutazione relativa all'oggetto dell'intesa, non sempre ha una valenza assoluta per due ordini di motivi. Rientrano nel primo, tutti i casi in cui l'oggetto dell'intesa pur essendo anticoncorrenziale, inserito all'interno di un particolare sistema di rapporti tra le imprese e di mercato, contribuisce a migliorare e a equilibrare le relazioni tra le parti<sup>23</sup>.

Il secondo ordine di motivi per cui la sola valutazione dell'oggetto non ha valenza assoluta, va ricercato in tutti i casi in cui la finalità dell'intesa non è di per sé anticoncorrenziale ma può ugualmente avere effetti idonei a pregiudicare il commercio tra gli Stati. Sarà pertanto necessario

---

<sup>20</sup> Cfr. Sentenza Volkswagen,cit., punti 179 e 231, nonché la causa T-213/00,CMACGM e a., in Racc.2003, punti 210 e 220

<sup>21</sup> Sul punto cfr. Verband der Sachversicherer, causa 45/85, Sentenza del 27 gennaio 1987, in Racc.1988,p.405

<sup>22</sup> La presunzione circa gli effetti negativi derivanti dalle intese basate su un oggetto anticompetitivo sono fondate principalmente sull'esperienza acquisita in materia che dimostra come alcune tipologie di intese possono avere effetti negativi rispetto agli obiettivi di concorrenza comunitari. Un esempio è offerto ad esempio dalle intese in cui vengono fissati i prezzi o viene ripartito il mercato che comportano una riduzione della produzione, un aumento dei prezzi e una inadeguata allocazione delle risorse in quanto i beni e servizi esistenti sul mercato non soddisferanno la domanda dei consumatori. Questi ultimi peraltro saranno costretti a pagare un prezzo più alto per i suddetti prodotti con una conseguente riduzione del proprio benessere.

<sup>23</sup> Un esempio in tal senso è offerto dal patto di non concorrenza che tipicamente accompagna i contratti di cessione di azienda, al fine di garantire l'effettiva cessione dell'azienda, oppure la clausola di approvvigionamento esclusivo che caratterizza i contratti di fornitura di birra

valutare il grado di concorrenza sviluppato sul mercato, la posizione delle imprese rispetto agli altri concorrenti, come si sarebbe sviluppata la concorrenza in assenza dell'intesa<sup>24</sup>. È questo un nodo cruciale in quanto esistono accordi che pur non superando la quota di mercato del 5 per cento e di fatturato di 40 milioni di euro, e quindi pur non avendo per natura le caratteristiche per rientrare nell'ambito di applicazione dell'art.161, 1 paragrafo(*regola de minimis*), di fatto, per gli effetti che riescono a creare sul mercato, potrebbero rientrarvi. Ne deriva che anche nei casi di esenzione previsti dai regolamenti comunitari, e dal paragrafo 3 dell'art.161, in primis, è necessario procedere ad una valutazione degli effetti in riferimento al mercato, alle imprese e al benessere dei consumatori.

A ben vedere, le difficoltà inerenti alla valutazione di quali siano le intese realmente restrittive della concorrenza, rappresentano una manifestazione delle problematiche già riscontratesi nell'applicazione dell'art.81 del Trattato e che verosimilmente, si prospetteranno in riferimento all'attuale art.161 della Costituzione.

In effetti, tali problematiche si possono ricondurre alla stessa struttura dell'articolo che si limita a fornire delle indicazioni circa le ipotesi suscettibili di produrre effetti anticoncorrenziali. Tali indicazioni non potevano e ancor di più oggi nell'attuale economia globalizzata, non possono ritenersi esaustive, al punto che si può affermare che tra le disposizioni costituzionali in materia di concorrenza e l'attuale realtà del mercato esiste un *gap* che la giurisprudenza comunitaria è tradizionalmente chiamata a colmare. L'efficacia con cui nel corso di circa un quarantennio è stato colmato tale divario è dipesa dalla definizione data al concetto di "restrizione della concorrenza", che da una prospettiva,quasi statica, di restrizione alla "concorrenza reale", si è evoluta, verso una prospettiva più dinamica, comprensiva della restrizione alla "concorrenza potenziale".

In pratica la valutazione degli effetti restrittivi della concorrenza derivanti da un'intesa, non poteva più limitarsi al reale e contingente pregiudizio al commercio degli Stati membri, si è estesa pertanto alla verifica della natura dell'incidenza sul commercio tra gli Stati.<sup>25</sup>

---

<sup>24</sup> Sul punto la Commissione ha chiarito che perché un accordo sia restrittivo per effetto "deve pregiudicare la concorrenza effettiva o potenziale in misura tale che, con ragionevole probabilità, si possano prevedere effetti negativi sui prezzi, sulla produzione, sull'innovazione o sulla varietà o qualità dei servizi offerti sul mercato rilevante". L'approccio economico seguito dalla Commissione, basato su una "corretta analisi del mercato", deve finalizzarsi a rilevare la reale esistenza di un'"incidenza sensibile"

<sup>25</sup> La questione è stata recentemente illustrata dalla Commissione che ha precisato come, ai fini dell'applicabilità del diritto comunitario non è necessario stabilire un collegamento tra la presunta restrizione della concorrenza e l'idoneità dell'accordo a pregiudicare il commercio tra gli Stati membri. In particolare, premesso che il criterio del pregiudizio è un criterio autonomo del diritto comunitario che va valutato in riferimento ad ogni singolo caso, la sua applicazione deve basarsi sulla considerazione di tre elementi essenziali: i)il concetto di "commercio tra Stati membri"; ii)il concetto di "possano pregiudicare";iii) il concetto di "incidenza sensibile". In particolare,relativamente al concetto di "commercio tra Stati" la citata comunicazione della Commissione chiarisce che non si tratta di un concetto limitato agli scambi tradizionali di beni e servizi a livello transfrontaliero, ma di portata più ampia comprendente tutta l'attività economica trasfontaliera, compreso lo stabilimento. Secondo una consolidata giurisprudenza comunitaria, nella definizione di "commercio" rientrano anche i casi in cui gli accordi e le pratiche pregiudicano la struttura della

Si tratta di una nozione complessa, costruita sulla base di un criterio standard sviluppato dalla Corte di giustizia<sup>26</sup>, secondo cui tale concetto “implica che dev’essere possibile prevedere con un grado di probabilità adeguato, in base ad un complesso di fattori obiettivi, di fatto o di diritto, che l’accordo o la pratica possano avere un’influenza, diretta o indiretta, attuale o potenziale, sulle correnti degli scambi tra gli Stati membri.”<sup>27</sup>

In pratica si potrebbe avere ad esempio un’influenza diretta quando un produttore o un fornitore di un determinato bene pratici degli sconti ad un distributore solo in riferimento a un determinato bene venduto nello Stato in cui hanno il proprio stabilimento. In questo caso si avrà come effetto diretto, l’aumento del prezzo del bene destinato all’esportazione, il che renderà le esportazioni

---

concorrenza nel mercato. Infatti, nei casi in cui un’impresa concorrente venga eliminata o sia minacciata di esserlo, in conseguenza di un accordo o di una pratica, si verifica oltre che un danno per l’attività economica dell’impresa stessa, anche un’alterazione della struttura concorrenziale della Comunità. Una condizione necessaria perché possa rilevarsi un effetto pregiudicante per il commercio tra gli Stati membri sono le ripercussioni sull’attività economica transfrontaliera che interessi due di essi, in almeno una parte del territorio anche di uno soltanto, purché l’accordo o la pratica concordata abbiano una sensibile incidenza sul commercio. Tale sensibile incidenza non è necessariamente riferita ai mercati geograficamente rilevanti in quanto il commercio tra Stati può essere pregiudicato anche nei casi in cui il mercato rilevante è nazionale o sub-nazionale. Cfr. Comunicazione della Commissione recante, *Linee direttrici la nozione di pregiudizio al commercio degli Stati membri di cui agli artt 81 e 82 del Trattato*, (2004/C 101/07) in G.U.C.E del 27 aprile 2004, C 101/81; nonché Sentenza .Zuchner, causa 172/80, in Racc. 1981, p.2021, punto 18; Wouters, causa C-309/99, in Racc.2002, p.I-1577, punto95; Ambulanz Glockner, causa C-475/99, in Racc. 2001, p.I-8089, punto 49; Carlo Bagnasco e a./Banca Popolare di Novara soc.coop.a.r.l.(BNP), cause riunite C-215 e 216/96, in Racc.1997 p.I-7119; Hofner e Elser, causa C-41/90, in Racc.1991 p.I-1979 punto 33; Sentenza, Commercial Solvents, cause riunite 6/73 e 7/73, in Racc.1974 p.223, punto23; Compagnie marittime Belge, cause riunite T-24/93 e altre, in Racc.1996, p.II-1201, punto 203

<sup>26</sup>In pratica il criterio standard della Corte, si articola su alcuni elementi fondamentali di cui uno è rappresentato ad “un grado di probabilità adeguato in base al quale non è ritenuto necessario, ai fini dell’applicazione del diritto comunitario, stabilire se l’accordo o la pratica abbiano avuto un’effettiva incidenza sul commercio degli Stati membri in quanto è sufficiente che sussista l’idoneità ad avere un effetto pregiudizievole. A tal fine è necessario tener conto della generale situazione di fatto o di diritto nella quale si realizza l’accordo, nonché della sua natura, di quella dei prodotti interessati e soprattutto della posizione dell’impresa sul mercato. Un altro elemento base del criterio standard è rappresentato dall’incidenza “sulle correnti degli scambi tra Stati membri” che si verifica quando la struttura degli scambi viene alterata da un accordo. Ai fini dell’applicazione del diritto comunitario è sufficiente la sola probabilità che il commercio tra gli Stati membri si sviluppi in maniera diversa in presenza dell’accordo rispetto a come si sarebbe sviluppato in sua assenza. In questa ottica il concetto del pregiudizio al commercio è finalizzato a stabilire il diritto applicabile, vale a dire a distinguere gli accordi e le pratiche che possono avere effetti transfrontalieri tali da giustificare un esame ai sensi del diritto comunitario, dagli accordi che non hanno tali effetti. Cfr. Zuchener, sentenza cit.; Société de vente de ciments et bétons de l’Est SA/Kerpen und Kerpen GmbH und CO.KG., causa 319/82, in Racc.1983, p.4173; Cimenteries CBR, cause riunite T-25/95 e altre, in Racc.2000 p.II-491, punto 3930; Volkswagen, causa T-62/98, in Racc.2000, p.II-2707, punto 179.; Cfr. Irish Sugar, causa T-228/97, in Racc.1999, p.II-2969, punto170 ; Miller, causa 19/77, in Racc.1978, p.131, punto 15.

<sup>26</sup> Valutare la natura dell’accordo offre un’informazione di tipo qualitativo circa l’idoneità a pregiudicare il commercio tra gli Stati. Mentre alcuni accordi sono per natura idonei a pregiudicare il commercio degli Stati membri, altri richiedono una valutazione più approfondita. In tal senso un esempio del primo tipo è rappresentato dai cartelli transfrontalieri, mentre un esempio del secondo è offerto dalle imprese comuni limitate al territorio di un singolo Stato membro. Relativamente alla natura dei prodotti a cui si applicano gli accordi, va considerato che quando per loro natura i prodotti sono venduti facilmente a livello transfrontaliero o sono importanti per le imprese che vogliono avviare o ampliare le loro attività sui mercati di altri Stati membri, è più facile stabilire l’applicabilità della legislazione comunitaria rispetto ai casi in cui, per loro natura i prodotti offerti dai fornitori di altri Stati membri hanno una domanda limitata e sono di interesse limitato dal punto di vista dello stabilimento transfrontaliero o dell’espansione dell’attività economica svolta a partire da tale luogo di stabilimento. Infine la posizione di mercato delle imprese ed i loro volumi di vendita sono indicativi, da un punto di vista quantitativo, dell’idoneità dell’accordo a pregiudicare il commercio tra Stati. A riguardo cfr. sentenze Bagnasco e Wouters precedentemente citate, nonché Javico, causa C-306/96, in Racc.1998 p.II-1983, punto 17

<sup>27</sup>Cfr. Irish Sugar, causa T-228/97, in Racc.1999, p.II-2969, punto170 ; Miller, causa 19/77, in Racc.1978, p.131, punto 15

meno competitive. Viceversa, un esempio del secondo tipo, relativo agli effetti indiretti, potrebbe essere il caso di un accordo o di una pratica che ha un impatto sull'attività economica transfrontaliera di impresa che utilizzano o dipendono in certa misura dai prodotti a cui si applica l'accordo.<sup>28</sup>

Ancora, gli effetti attuali sono quelli che vengono ad verificarsi in seguito all'esecuzione di un accordo o di una pratica, mentre quelli potenziali possono verificarsi in futuro con un certo grado di probabilità. L'analisi degli effetti indiretti e potenziali è alquanto complicata poiché implica che l'autorità o la parte che sostiene il pregiudizio al commercio degli Stati membri, debba spiegare e dimostrare, con un adeguato grado di attendibilità, la probabilità che tali effetti indiretti e potenziali possano verificarsi in conseguenza dell'accordo.

La valutazione degli effetti svolta sulla base dei citati criteri, ha un cruciale ruolo al fine di individuare in quale ambito, all'interno del sistema di divieto/esenzione delineato dall'art.161 Cost., è riconducibile la fattispecie in esame. Peraltro, la verifica di quale possa essere la gamma di effetti derivanti da un'intesa e soprattutto, il peso che a tali effetti si decide di attribuire ai fini del divieto o dell'esenzione, ha delle implicazioni dirette con gli obiettivi perseguiti dalla politica della concorrenza. In questa ottica, nell'evoluzione sia della giurisprudenza comunitaria, sia degli orientamenti della Commissione si possono individuare fasi temporali, corrispondenti a due primari obiettivi perseguiti dalla politica di tutela della concorrenza.

Entrambi gli obiettivi erano e, sono tuttora, radicati nelle disposizioni del trattato e dell'attuale costituzione, finalizzate alla costruzione e preservazione di un mercato unico nonché alla necessità di consentire alle istituzioni comunitarie di indirizzare lo sviluppo di tale mercato attraverso la politica concorrenziale. Così, mentre in una prima fase le principali preoccupazioni erano focalizzate sulla creazione e preservazione del mercato, in una seconda fase l'attenzione è concentrata su una valutazione complessiva degli effetti positivi e negativi che potevano derivare da un'intesa. In altri termini, l'interpretazione e l'applicazione dell'art.81 del trattato è stata influenzata, dalla priorità degli obiettivi perseguiti dalla politica concorrenziale.

Sul piano pratico, l'utilizzo di tale politica al fine di costruire e preservare il mercato unico, si è tradotto in un atteggiamento più intransigente per le intese verticali piuttosto che per quelle orizzontali. Le prime infatti comportavano un maggior rischio di segmentazione del mercato, potendo creare ostacoli all'ingresso sul mercato da parte di imprese di altri Stati e alla libera

---

<sup>28</sup> A riguardo cfr. Sentenza BNIC/Clair, causa 123/83, in Racc.1985, p.391, punto 29, in cui la Corte di giustizia ritenne che il commercio tra Stati membri potesse essere pregiudicato dall'accordo che prefissava il prezzo dell'acquavite utilizzata per produrre il cognac, in quanto pur non essendo la materia prima ad essere esportata (l'acquavite), lo era il prodotto finale, il cognac. Un altro esempio di effetto indiretto potrebbe peraltro aversi nel caso in cui venga stipulato un accordo in cui il produttore di un determinato bene decida di limitare le garanzie per i prodotti venduti dai distributori negli Stati membri in cui sono stabiliti. Si viene a creare in questo modo un disincentivo all'acquisto del prodotto per i consumatori di altri Stati che preferiranno acquistare prodotti provvisti di garanzie più ampie. Sul punto cfr. la decisione della Commissione nel caso Zanussi, in G.U. L 322 del 16 novembre 1978, p.36, punto 11; Sentenza ETA Fabrique d'Ebauches, in Racc.1985, p.3933, punti 12 e 13

circolazione delle merci. Per queste ragioni la Commissione si è concentrata soprattutto sulle intese verticali tra produttori e distributori, e nell'ambito di questa categoria, è stata particolarmente severa in merito agli accordi di distribuzione selettiva e di prezzo imposto. Al contrario, e coerentemente con l'obiettivo citato, è stato tenuto un atteggiamento molto meno severo, quasi protezionista, nei confronti dei distributori, dei licenziatari in *franchising*, in modo da agevolare una maggiore penetrazione e distribuzione di prodotti diversi sul mercato. In tal senso si può interpretare anche il *favor* verso le intese orizzontali di impresa finalizzate alla ricerca e sviluppo, elemento base per una maggiore competitività sul mercato.

In altri termini la politica della concorrenza perseguita in questi anni ha puntato innanzitutto a costruire e preservare il mercato unico per poi aumentarne la competitività. Ora, il punto problematico risiede nella circostanza che questi due obiettivi potrebbero porsi in conflitto tra loro. A ben vedere infatti, una maggiore competitività, soprattutto in alcuni settori, è spesso agevolata dalle grandi dimensioni di un'impresa o da particolari intese, circostanza che, in linea di principio, si pone in contrasto con l'obiettivo di tutelare la concorrenza sul mercato interno.

La questione attiene alla rapporto in cui possono porsi gli obiettivi di politica della concorrenza.

A riguardo il sistema delineato dal trattato, non definisce una scala di priorità degli obiettivi da perseguire, ma come si diceva all'inizio, offre unicamente delle indicazioni sulla cui base la politica della concorrenza può articolarsi in vario modo, potenzialmente anche in modo contraddittorio.

Le indicazioni delineate dal precedente trattato avrebbero potuto essere affinate nell'attuale Costituzione, attraverso una maggiore trasparenza del rapporto in cui tali obiettivi si pongono tra loro e attraverso l'indicazione di un ordine di priorità da attribuire a ciascuno di essi. Purtroppo la III parte della Costituzione, come è noto, riproduce sostanzialmente le disposizioni del trattato e con esse probabilmente, ne riprodurrà anche le problematiche.

## **2.a)(segue) Le esenzioni alla disciplina della concorrenza**

Da quanto detto finora appare chiaro che l'analisi economica delle restrizioni per oggetto e per effetto ai sensi del paragrafo 1 dell'art.161 della Costituzione europea, si completa con la valutazione degli effetti economici positivi delle intese, ai fini del 3 paragrafo del medesimo articolo.

L'applicazione della deroga disposta dal suddetto paragrafo è subordinata a quattro condizioni cumulative: "a) l'accordo deve contribuire a migliorare la produzione o la distribuzione dei prodotti o a promuovere il progresso tecnico o economico;b) agli utilizzatori deve essere riservata una congrua parte dell'utile che ne deriva;c) la restrizione deve essere indispensabile per raggiungere

tali obiettivi, ed infine;d) l'accordo non deve dare alle imprese interessate la possibilità di eliminare la concorrenza per una parte sostanziale dei prodotti e dei servizi di cui trattasi.”

Il sistema combinato disposto dai due paragrafi è funzionale ad una valutazione che, da più prospettive, consente di giungere alla più adeguata applicazione del diritto ai fini della politica della concorrenza comunitaria, quali: l'incremento del benessere dei consumatori e un'allocazione efficiente delle risorse.

Si tratta di obiettivi che secondo la teoria economica sono raggiungibili attraverso l'attuazione del primo e del secondo teorema dell'economia del benessere. Come è noto il primo stabilisce che ogni equilibrio concorrenziale è Pareto-efficiente, vale a dire che non si può aumentare la soddisfazione di tutti gli scambisti oppure, che non si può aumentare la soddisfazione di qualche scambisti senza diminuire quella di qualcun altro; il secondo teorema dell'economia del benessere stabilisce che qualsiasi allocazione Pareto-efficiente può essere realizzata attraverso il sistema di mercato. L'applicazione dei due teoremi implica alcune importanti ipotesi tra cui: il comportamento effettivamente concorrenziale delle parti in gioco nonché la detenzione di una piccola quota di mercato da parte di ciascun giocatore. La realizzazione di tali ipotesi è dunque uno dei presupposti basilari perché si raggiungano gli obiettivi posti dalla disciplina della concorrenza.

In questa ottica, lo strumento della teoria economica è senz'altro prezioso al fine di individuare quali siano i sistemi di allocazione ottimale delle risorse, ma per essere efficace, va contestualizzato nel quadro giuridico ed economico del mercato attuale. Per dare concretezza alle disposizioni del terzo paragrafo dell'art.81 e per poter effettivamente sfruttare lo strumento della teoria economica, è necessario attribuire alle definizioni, e ai criteri utilizzati, un contenuto sempre coerente con l'evoluzione degli assetti economici, onde evitare di imbrigliare le interazioni di mercato in formule rigide non più valide.

Su tale linea, l'orientamento della Commissione si è evoluto verso un approccio più economico, in base al quale hanno assunto maggiore adeguatezza i criteri atti a individuare i casi realmente rientranti nelle esenzioni di cui all'art.161,3 paragrafo del Trattato.

In particolare, rispetto alla prima condizione posta dal suddetto paragrafo, “l'accordo deve contribuire a migliorare la produzione o la distribuzione dei prodotti o a promuovere il progresso tecnico o economico”, è necessario considerare unicamente gli incrementi di efficienza da un punto di vista oggettivo e non soggettivo<sup>29</sup>. A tal fine è necessario definire in primo luogo, quali sono le tipologie di incremento di efficienza che possono essere prese in considerazione, per essere sottoposte alla verifica successiva della seconda e terza condizione poste dal medesimo paragrafo. Esistono infatti diversi tipi di incrementi di efficienza economica e talvolta lo stesso accordo

---

<sup>29</sup> A riguardo si veda cause riunite 56/64 e 8/66, Consten e Grundig/Commissione delle Comunità europee(Ford), in Racc.1985, p.2725

potrebbe comportare più tipi di incrementi. Pertanto la stessa Commissione ha teso a semplificarne l'individuazione operando una distinzione tra incrementi di efficienza in termini di costi<sup>30</sup>, ed incrementi di efficienza in termini di qualità<sup>31</sup>, in cui il valore aggiunto è costituito da un miglioramento dei prodotti o anche da una maggiore varietà.

La seconda condizione, richiesta dal terzo paragrafo ai fini dell'esenzione, è finalizzata a riservare agli utilizzatori una congrua parte degli incrementi di efficienza determinati dall'accordo restrittivo. Per "utilizzatori" la Commissione ha recentemente chiarito che si intende "tutti i fruitori, diretti o indiretti, dei prodotti oggetto dell'accordo, inclusi i produttori che usano il prodotto quale materia prima, i distributori all'ingrosso, i dettaglianti e gli utilizzatori finali", vale a dire "le persone che operano per fini che possono essere considerati come non facenti parte delle loro attività commerciali o professionali"<sup>32</sup>. In pratica gli utilizzatori sono i clienti delle parti dell'accordo o i consumatori finali.

Rispetto alla definizione di quale sia la "congrua parte" la Corte di giustizia<sup>33</sup> ha stabilito che i miglioramenti ai sensi del terzo paragrafo dell'art.81 devono presentare vantaggi oggettivi sensibili, tali da compensare gli inconvenienti che ne derivano sul piano della concorrenza. In altri termini l'effetto netto dell'accordo, deve almeno essere neutro dal punto di vista di quei consumatori che, direttamente o indirettamente, subiscono gli effetti dell'accordo. Infatti soltanto quando gli effetti positivi di un accordo restrittivo sono tali da compensare quelli negativi, si potrà ottenere un

---

<sup>30</sup> I primi possono realizzarsi in seguito a un accordo che consenta alle imprese di sfruttare la sinergia derivante dall'integrazione dei mezzi utilizzati. Un esempio di questo tipo si può avere quando le parti di un accordo mettono in comune i rispettivi mezzi di produzione riuscendo a raggiungere una configurazione di costi/produzione che consente di risparmiare da un lato e di migliorare i prodotti, dall'altro. Altri esempi di "incrementi di efficienza in termini di costi possono aversi in conseguenza delle economie di scala, vale a dire della diminuzione del costo per unità di prodotto legata all'aumento della produzione"(...) "Le economie di diversificazione sono un'altra fonte di incrementi di efficienza, che si verificano quando le imprese realizzano risparmi sui costi fabbricando prodotti diversi sulla base degli stessi fattori di produzione" Cfr. Comunicazione della Commissione, Linee direttrici sull'applicazione dell'art.81,3 paragrafo del trattato, (2004/C 101/08), in G.U.C.E del 27 aprile 2004, paragrafi 66 e 67

<sup>31</sup> I secondi si realizzano, analogamente a come accade per la riduzione dei costi, quando, in seguito ad un accordo, la combinazione di mezzi di produzione può indurre la produzione di prodotti di migliore qualità o con caratteristiche nuove. In tal senso un esempio è costituito dagli accordi di licenza che possono assicurare la diffusione più rapida delle nuove tecnologie, consentendo ai licenziatari di utilizzare innovative tecniche di produzione che stimolano un miglioramento della qualità dei prodotti. Un altro esempio è costituito dagli accordi di produzione in comune che possono permettere, in particolare l'introduzione sul mercato di prodotti e servizi nuovi o migliori in tempi più rapidi e ad un costo inferiore. Nel settore delle telecomunicazioni si ritiene ad esempio che gli accordi di cooperazione abbiano creato incrementi di efficienza, in quanto hanno reso disponibili più rapidamente nuovi servizi globali. Anche nel settore bancario si ritiene che gli accordi di cooperazione che hanno permesso di migliorare le strutture per i pagamenti transfrontalieri abbiano determinato incrementi di efficienza che rientrano nell'ambito della prima condizione dell'articolo 81, paragrafo 3. Anche gli accordi di distribuzione possono generare incrementi di efficienza in termini di qualità. I distributori specializzati, ad esempio, possono essere in grado di prestare servizi più rispondenti alle esigenze dei clienti o possono offrire una consegna più rapida o garantire una migliore qualità a tutti i livelli di catena di distribuzione" Commissione, Linee direttrici... cit., paragrafo 71 e 72

<sup>32</sup> Cfr. Commissione, *Linee direttrici...* cit., par.85

<sup>33</sup> cfr. La citata Sentenza causa *Costen Grundig*

beneficio a vantaggio di tutta la collettività che, in questo modo, potrà godere di prodotti migliori e di una più efficiente allocazione delle risorse.<sup>34</sup>

Venendo alla terza delle condizioni poste ai fini dell'esenzione, essa implica la verifica della necessità dell'accordo per la realizzazione degli incrementi di efficienza. In pratica si dovrà valutare se l'accordo restrittivo della concorrenza consente o meno di realizzare l'attività in questione, in maniera più efficiente di quanto sarebbe avvenuto in sua mancanza. In particolare, è necessario verificare che suddetti incrementi di efficienza siano una specifica conseguenza dell'accordo e soprattutto, che non esista altra alternativa meno restrittiva della concorrenza per conseguirli. A tal fine la Commissione è tenuta ad intervenire nei casi in cui individui la ragionevole possibilità di realizzare incrementi di efficienza attraverso alternative meno restrittive e realisticamente percorribili, valutando naturalmente il contesto effettivo in cui opera l'accordo, la struttura del mercato, i rischi economici e gli eventuali incentivi per le parti.

Nella valutazione si dovrà tener conto della dimensione minima efficiente sul mercato in questione, vale a dire del livello di produzione richiesto per minimizzare il costo medio e sfruttare al massimo le economie di scala. Infatti maggiore è la dimensione minima efficiente rispetto alle dimensioni effettive delle singole parti dell'accordo, maggiore è la probabilità che gli incrementi di efficienza siano considerati consequenziali all'accordo. Si dovrà considerare inoltre quanto sia alto il rischio di insuccesso del prodotto oggetto dell'accordo, in quanto l'entità del rischio può giustificare la necessità di concludere un accordo che, sebbene sia restrittivo della concorrenza, comporti una bassa probabilità di insuccesso<sup>35</sup>.

Infine, la quarta condizione posta ai fini dell'esenzione, richiede che l'accordo restrittivo della concorrenza non debba consentire alle imprese di eliminare la concorrenza per una parte sostanziale dei prodotti in oggetto. Il concetto di eliminazione della concorrenza per una parte sostanziale dei prodotti rilevanti è un concetto autonomo del diritto comunitario che tuttavia, ai fini applicativi, deve necessariamente essere collocato all'interno dell'ambito di applicazione cumulativamente definito dall'art.161 e 162 della Costituzione<sup>36</sup>. L'applicazione di quest'ultima condizione

---

<sup>34</sup> Cfr. Commissione, *Linee direttrici...*, cit., paragrafo 85 e 86

<sup>35</sup> Peraltro, andrà considerato che alcune restrizioni possono rivelarsi indispensabili al fine di uniformare gli incentivi delle parti e garantire che esse si concentrino sull'attuazione dell'accordo. A questo proposito va tenuto presente che in alcuni casi le restrizioni possono essere necessarie per "evitare il problema dell'opportunità post-contrattuale (hold-up) una volta che una delle parti abbia già realizzato un ingente investimento irrecuperabile. Una volta, ad esempio che un fornitore abbia effettuato un investimento ingente, specificamente legato alla relazione contrattuale, al fine di fornire ad un cliente un determinato fattore di produzione, il fornitore è vincolato a quel determinato cliente. Al fine di evitare che, a posteriori, il cliente sfrutti questa dipendenza per ottenere condizioni più favorevoli, può essere necessario imporre un obbligo di non acquistare i componenti da terzi, ovvero di acquistare quantitativi minimi del componente dal fornitore in questione" Commissione, *Linee direttrici...*, cit., paragrafo 80

<sup>36</sup> Cfr. In base alla consolidata giurisprudenza comunitaria "l'applicazione dell'articolo 81, paragrafo 3, non pregiudica l'applicazione dell'art.82 del trattato. Poiché inoltre gli articoli 81 e 82 perseguono entrambi l'obiettivo di mantenere una concorrenza effettiva sul mercato, si deve per coerenza ritenere che l'articolo 81, paragrafo 3, precluda l'applicazione di tale disposizione agli accordi restrittivi che costituiscono un abuso" Comunicazione della



presuppone una analisi realistica, non solo delle diverse fonti presenti sul mercato, ma anche del grado di pressione concorrenziale che queste impongono alle parti dell'accordo nonché dell'influenza che tale accordo ha sulle suddette pressioni<sup>37</sup>.

In particolare, l'analisi dovrà verificare in che misura l'accordo riesca ad incidere sui diversi parametri della concorrenza, come ad esempio i prezzi, o la capacità di produrre nuovi prodotti. Si tratta di valutazioni che dovranno tener conto non solo della concorrenza effettiva presente sul mercato, ma anche di quella potenziale. Il concetto della concorrenza potenziale è decisamente una forte espressione dell'evoluzione dell'orientamento della Commissione verso una metodologia più flessibile, tesa non solo a tutelare la concorrenza del mercato attuale, ma anche la concorrenza che potrebbe essere pregiudicata da elementi non ancora facilmente verificabili<sup>38</sup>.

In effetti, nell'arco di circa un quarantennio la Commissione ha adottato regolamenti ed emanato comunicazioni, tese sempre più verso l'utilizzo di strumenti di tipo economico, estendendo il campo di indagine anche all'analisi degli effetti delle intese e non limitandosi al solo approccio strutturalista basato sulle quote di mercato o di fatturato<sup>39</sup>.

Questa evoluzione costituisce certamente un progresso sul piano della modernizzazione della politica europea della concorrenza, tuttavia va tenuto presente che l'approccio economico comporta il rischio di utilizzare elementi di arbitrarietà nella valutazione delle fattispecie rilevanti ai fini applicativi della disciplina antitrust comunitaria.

---

Commissione, *Linee direttrici*, cit. par.106; si veda anche le cause riunite C-395/96 P e C-396/96 P, *Compagnie marittime belge e a./Commissione delle Comunità europee(Compagnie marittime belge)*, in Racc.2000, p.I-1365, punto 130; *Sentenza Tetra Pak Rausing SA/Commissione delle Comunità europee*, causa T-51/89, in Racc.1990 p.II.309; cause riunite T-191/98, T-212/98 e T-214/98, *Atlantic Container Line AB e a./Commissione delle Comunità Europee* in Racc.2003, punto 1456.

<sup>37</sup>A tal fine l'analisi non può limitarsi alla misurazione della quota di mercato, ma dovrà estendersi ad una duplice valutazione. In primo luogo andranno considerati i fattori qualitativi, come, ad esempio l'effettiva capacità delle imprese a farsi concorrenza; in secondo luogo andranno valutati i fattori quantitativi, come, ad esempio, i costi di produzione che nei casi in cui siano relativamente più elevati, limiteranno la capacità competitiva dell'impresa in questione.

<sup>38</sup>La tendenza verso una metodologia più flessibile e adeguata alla naturale mutevolezza degli assetti economici si è caratterizzata con diversa intensità rispetto alle intese verticali e a quelle orizzontali. In particolare rispetto alle prime la Commissione ha seguito per lungo tempo, un orientamento restrittivo, acuito nei casi di accordi tesi alla ripartizione del mercato. In tal senso un esempio può essere rappresentato dal caso *Consten-Grundig* in cui la decisione di condanna della Commissione, chiamata ad esprimersi in merito a condizioni discriminatorie di vendita al dettaglio, si è incentrata su ragioni di principio senza considerare gli effetti del presunto abuso. Cfr. ISAE, *Rapporto sullo stato dell'Unione Europea 2002*, (a cura di) F.Kostoris Padoa Schioppa, Bologna, Il Mulino, 2002 p.191 e ss

<sup>39</sup>In particolare è stato visto come le recenti linee guida in applicazione degli articoli 81 e 82 del Trattato, attribuiscono un ruolo fondamentale alle considerazioni relative al principio dell'incremento di efficienza. L'utilizzo di tale principio rappresenta una fondamentale innovazione del recente regolamento sulle concentrazioni, in cui la dichiarazione di compatibilità con il mercato comune è subordinata alla probabilità di guadagni in termini di efficienza. Cfr. Relativamente al Regolamento comunitario sulle concentrazioni, n.139/2004, in G.U.C.E, L24/1 del 29 gennaio 2004; Libro Verde sulla Revisione del Consiglio(CEE) n.4064/89, consultabile sul sito internet: <http://europa.eu.int/comm/competition/mergers/review>; *Proposta di Regolamento del Consiglio relativo alle concentrazioni tra imprese*, in GUCE n.20, del 28 gennaio 2003; *Progetto di Comunicazione della Commissione sulla valutazione delle concentrazioni orizzontali a norma del regolamento del Consiglio relativo al controllo delle concentrazioni tra imprese*, entrambi consultabili sul sopra citato sito. Per un commento relativo al nuovo regolamento sulle concentrazioni si veda J.Fingleton e D.Nolan, *La riforma del regolamento comunitario sulle concentrazioni*, in *Mercato concorrenza regole*, n.2, 2003, p.310 e ss.

Lo stesso concetto di mercato rilevante, posto a base della determinazione della quota di mercato e del generalmente equiparato potere di mercato, è un concetto da molti ritenuto opinabile<sup>40</sup>, circostanza che potenzialmente inficia la validità di tutta la metodologia antitrust applicata finora.

### 3. Abuso di posizione dominante

L'art.III-162 della Costituzione europea vieta “nella misura in cui possa essere pregiudizievole al commercio tra gli Stati membri” lo “ sfruttamento abusivo da parte di una o più imprese di una posizione dominante” sul mercato interno o su una parte sostanziale di esso. Lo stesso articolo indica una serie di pratiche abusive come l'imposizione dei prezzi, la limitazione della produzione o del progresso tecnico, o la discriminazione dei contraenti). Il divieto di sfruttamento della posizione dominante, analogamente al precedente art.161 della Costituzione, persegue il generale obiettivo sancito dall'art.I-3 della Costituzione, di garantire l'effettiva concorrenza sul mercato.

Il concetto di posizione dominante si delinea attraverso il concorso di molteplici elementi tra cui la quota di mercato detenuta da una o più imprese, il rapporto con le quote delle imprese concorrenti presenti sul mercato, una rete di distribuzione efficiente, come pure l'assenza di potenziali imprese concorrenti. Tuttavia i singoli elementi considerati non sempre si rivelano sufficienti a definire una posizione dominante, in quanto è necessario fare una valutazione del contesto giuridico ed economico in cui viene a situarsi l'impresa interessata. A riguardo la Corte di giustizia ha definito come dominante la “posizione di potenza economica grazie alla quale l'impresa che la detiene è in grado di ostacolare la persistenza di una concorrenza effettiva sul mercato in questione e ha la possibilità di tenere comportamenti alquanto indipendenti nei confronti dei concorrenti, dei clienti e in ultima analisi, dei consumatori”<sup>41</sup>.

La posizione dominante dell'impresa ha una valenza relativa determinata in riferimento al mercato rilevante<sup>42</sup> definito sia sotto il profilo geografico che del prodotto.<sup>43</sup>

---

<sup>40</sup> Cfr.P.Sabbatini, *Concetto di mercato e antitrust*, in *Moneta e credito*, giugno 1999,p.180-223; S.Salop,*The First principles Approach to Antitrust,Kodak and Antitrust at the Millennium*, in *Antitrust Law Journal*,n.68,2000

<sup>41</sup> Sentenza *United Brands*, causa 7/76, sentenza del 14 febbraio 1978, in *Racc.p.207*, punto 65; a riguardo si veda anche *Michelin*, causa 322/81m sentenza del 9 novembre 1983, in *Racc.p.3461*, punto 30; *BBC*, causa T-70/89, sentenza 10 luglio 1991, in *Racc.p.II-535*; *Hoffman-La Roche*, causa 85/76, sentenza 13 febbraio 1979, in *Racc.p.461*, punti 39 e ss.

<sup>42</sup> In riferimento al concetto di mercato rilevante si veda J.Van Bael-J.F.Bellis, *Il diritto della concorrenza nella Comunità europea*, Giappichelli, Torino, 1995, p.77 e ss., in cui si evidenzia che la Commissione e la Corte di giustizia sono sempre state tendenzialmente inclini ad una interpretazione restrittiva di mercato. Per un esempio in tal senso si veda le definizioni della Corte nella Sentenza del 13 febbraio 1979, *Hoffmann-La Roche & CO.AG c.Commissione delle Comunità europee*, causa 85/76, in *Racc.1979 p.514*, in cui si rileva che il mercato di alcune vitamine è un mercato distinto; *Decisione della Commissione del 18 luglio 1988*, (IV/30.178-Napier Brown-British Sugar), in *G.U.C.E del 19 ottobre 1988*, L284, par.42, in cui si specifica che il mercato dello zucchero cristallizzato è distinto da quello degli zuccheri speciali, liquidi e sciroppi per il loro basso grado di interscambiabilità da parte dei consumatori che li utilizzano per diverse esigenze. A riguardo si veda anche L.Sleuwaegen, *Le marché antitrust en cause*, in *Commission*

Rispetto al primo profilo, la Commissione europea nella comunicazione concernente la definizione di mercato rilevante, ha indicato che la delimitazione del mercato geografico avviene in due momenti: in un primo momento, il mercato geografico viene definito in base ad alcuni parametri di carattere generale inerenti alla ripartizione delle quote di mercato, la politica dei prezzi e le differenziazioni sul territorio nazionale; in un secondo momento, le suddette informazioni sono sottoposte ad una verifica empirica attraverso la valutazione della attuale articolazione geografica degli acquisti, attraverso l'analisi delle caratteristiche della domanda, attraverso informazioni fornite dai clienti e dalle altre imprese sul mercato, nonché attraverso lo studio dei movimenti commerciali.

In entrambe le fasi i dati raccolti andranno ovviamente contestualizzati attribuendo a ciascun parametro considerato il peso adeguato al singolo caso<sup>44</sup>.

In altri termini, per mercato rilevante in senso geografico si intende tutta l'area in cui le imprese interessate producono o forniscono beni e servizi in regimi sufficientemente omogenei, al punto che è possibile fare una distinzione rispetto ad altre aree geografiche contigue in cui vigono condizioni di concorrenza sostanzialmente diverse<sup>45</sup>. Connesso al concetto di mercato rilevante sotto il profilo geografico, è la definizione della "parte sostanziale" di esso. In particolare l'elemento determinante è costituito dall'importanza economica del mercato considerato, in rapporto all'intero mercato della Comunità. In questa ottica, il mercato rilevante oltre ad essere costituito dal territorio in cui si producono gli effetti sulla concorrenza, vale a dire quello

---

Européenne, Concurrence et integration-Politique Communautaire de contrôle des concentrations, Série Economie Européenne, n.57, Bruxelles,1994

<sup>43</sup> Si veda la Sentenza del Tribunale di I grado, del 6 luglio 2000, Volkswagen AG c.Commissione delle Comunità europee, causa T-62/98, in Racc.2000,p.II-2707 e ss. in cui la definizione del mercato rilevante è una condizione necessaria e preliminare ai fini dell'applicazione dell'art. 82 del trattato, considerato che per accertare l'abuso di una posizione dominante è necessario stabilire in primis l'esistenza di una posizione dominante, il che non può avvenire se non in rapporto alla quota detenuta sul mercato rilevante. Diversamente accade ai fini applicativi dell'art.81 del trattato, per cui l'esigenza di definire il mercato rilevante scaturisce dall'esigenza di determinare in che misura un'intesa tra concorrenti possa incidere sulla concorrenza e pregiudicare il commercio tra gli Stati membri.

<sup>44</sup> Cfr.Sentenza Tetra Pak International SA c.Commissione delle Comunità europee, causa T-83/91, Sentenza del Tribunale di I grado del 6 ottobre 1994, in Racc.1994,p.II-755 e ss.,in cui il mercato geografico è definito sulla base delle analoghe condizioni di concorrenza dei prodotti. In particolare il Tribunale, accogliendo le valutazioni della Commissione ha precisato che è un elemento sufficiente l'analogia o un adeguato grado di omogeneità delle condizioni di concorrenza. Sul punto si veda anche la Sentenza United Brands, cit.p.277, in cui la Corte di giustizia ribadisce il concetto dell'analogia delle condizioni di concorrenza quale elemento determinante per delineare il mercato geografico. In particolare la Corte ha sostenuto che il mercato geografico in questo caso è costituito dal mercato degli Stati membri dell'Unione in cui vigono analoghi regimi di importazione, condizioni di vendita, caratteristiche del prodotto. I mercati nazionali di Francia, Italia e Regno Unito sono stati esclusi da questo mercato in considerazione delle diverse condizioni vigenti, soprattutto in materia di costi di trasporto e tariffe, che non consentirebbero una omogenea valutazione.

<sup>45</sup> Cfr.Comunicazione della Commissione sulla definizione di mercato rilevante ai fini dell'applicazione del diritto comunitario in materia di concorrenza, in G.U.C.E, C372 del 9 dicembre 1997,punto 8

comunitario, può coincidere anche solo con una parte di esso, rappresentata dal territorio nazionale degli Stati membri, o da aree ancor più circoscritte<sup>46</sup>.

Relativamente al concetto di mercato del prodotto<sup>47</sup> nella citata Comunicazione del 1997 relativa alla definizione di mercato rilevante, vengono considerati tre criteri di base : la sostituibilità della domanda; la sostituibilità dell'offerta; la concorrenza potenziale.

La sostituibilità della domanda rappresenta il parametro decisivo per il comportamento delle imprese fornitrici del prodotto, in quanto un elevato grado di sostituibilità del bene o servizio consentirebbe ai consumatori di passare ad un altro prodotto offerto a condizioni più convenienti. La valutazione del mercato dovrà pertanto essere focalizzata sulla individuazione di quale genere di prodotti è considerato facilmente interscambiabile<sup>48</sup>.

La sostituibilità dell'offerta ha caratteristiche speculari alla sostituibilità della domanda. In questo caso le imprese fornitrici devono essere in grado di apportare delle modifiche alla produzione

---

<sup>46</sup> A riguardo Cfr. Sentenza, Merci convenzionali Porto di Genova, causa C-170/90, sentenza del 10 dicembre 1991, in Racc. p.I-5889, punto 15; Tetra Pak II, causa T-83/91, sentenza del 6 ottobre 1994, in Racc. p.II-755, punti 92-99; Comunicazione della Commissione sulla definizione di mercato rilevante ai fini dell'applicazione del diritto comunitario in materia di concorrenza, in G.U.C.E, C372, del 9 dicembre 1997, in cui si indica che il mercato geografico può "estendersi da un ambito puramente locale fino a comprendere il mondo intero; infatti, in precedenti decisioni della Commissione si rinviengono esempi di mercati sia locali che globali", par.28; Decisione della Commissione del 14 gennaio 1998, caso IV/34.801 Fag-Flughafen Frankfurt/Main AG, in Guce, 11 Marzo 1998, L 72 p.30 e ss.; nonché V.Korah, Development in the Interpretation and Application of Art.86 of treaty of Rome. Abuse of Dominant position within Common Market, in Notre Dame Lawyer, 1978, p.768

<sup>47</sup> Si veda la nota Sentenza della Corte di giustizia, del 21 febbraio 1973, Europemballage Corporation e Continental Can Company Inc. c. Commissione delle Comunità europee, causa 6/72, in Racc.1973, p.215 e ss., in cui la Corte, annulla la decisione della Commissione evidenziando che non sono state precisate le caratteristiche distintive dei tre mercati considerati, (mercato degli imballaggi leggeri destinati alle conserve di carne, mercato degli imballaggi leggeri destinati alle conserve di pesce, mercato dei tappi e coperchi metallici, diversi dai tappi a corona, destinati all'industria delle conserve, n.d.a), in modo da considerarli separatamente. Non viene indicato neanche quali possano essere le caratteristiche che distinguono questi tre mercati dal mercato generale degli imballaggi metallici leggeri. Si tratta di una sentenza che ha stimolato numerosissimi commenti, tra gli altri si veda R.Saint Esteben, *Note in Cronique de jurisprudence de la JCE*, in *Journal di droit international* 1974, p.428 e ss.; S.Neri, *Note sous l'arret Continental Can*, in *Cahiers de droit européen*, 1973 p.339 e ss.; J.Ricemont, *Concentration et abus de position dominante*, in *Revue trimestrielle de droit européen*, 1973, p.464 e ss.; J.Guynot, *Concentration d'entreprises et position dominante*, in *Rivista di diritto commerciale*, 1973, II, p.187 e ss.; L.Focsaneanu, *L'abus de position dominante après l'arret Continental Can*, in *Revue du marché commun*, 1973, p.145 e ss.; T.J.Benz, *The Emergence of a Common Market Merger Control Policy: the Adtermath of Continental Can-The Proposed EEC Merger Control Regulation*, in *Cornell International Law Journal*, 1973-1974, p.13 e ss.;

<sup>48</sup> Nella citata sentenza *United Brands*, par. 33, 34 e 35, la Corte di giustizia, ha rilevato che il mercato delle banane costituisce un mercato sufficientemente distinto in ragione del suo basso tasso di sostituzione con altri tipi di frutta fresca. Le caratteristiche del prodotto e il tipo di consumatori infatti, fanno sì che il mercato delle banane non risenta della concorrenza di altri tipi di frutta venduti a condizioni più convenienti. Per un commento alla sentenza si veda M.Siragusa, *Diritto e politica della concorrenza nella CEE: prezzi discriminatori e non equi (art.86)*, in *Diritto comunitario degli scambi internazionali*, 1980 p.467 e ss.; R. Pardolesi, *art.86 trattato CEE: il prezzo del "decollo"*, in *Foro Italiano*, 1978, IV, c.536 e ss.; J.J. Norton, *The european Court of Justice judgement in United Brands: Extraterritorial jurisdiction and abuse of dominant position*, in *Denver Journal of International Law and Policy*, 1979, p.379 e ss.; P.Pennetta, *La posizione dominante "qualitativa". Profili interpretativi dell'art.86 del trattato CEE nel caso "Chiquita"*, in *Rivista di diritto europeo*, 1978 p.312 e ss.

riuscendo a collocare sul mercato i propri prodotti in un breve arco di tempo, mantenendo sostanzialmente inalterati sia i costi di produzione che le proprie immobilizzazioni.<sup>49</sup>

Infine venendo al terzo parametro rappresentato dalla concorrenza potenziale, come già accennato, essa si basa sulla valutazione di “fattori e circostanze specifiche che condizioneranno l’ingresso sul mercato”<sup>50</sup>. Si tratterà pertanto di valutare la restrizione alla concorrenza che può derivare dalla difficoltà riscontrata da nuovi concorrenti ad entrare sul mercato.

La definizione della posizione dominante è un presupposto della nozione di sfruttamento abusivo. Si tratta di un concetto di natura oggettiva che va verificato alla luce di diversi fattori, quali ad esempio un comportamento finalizzato all’esclusione di un’impresa concorrente, o una politica commerciale in grado di pregiudicare i consumatori. In linea generale comunque, la nozione di abuso si realizza quando un’impresa in posizione dominante sul mercato, attraverso politiche e mezzi diversi da quelli basati sulla qualità del prodotto o sul livello di prestazioni, attua un comportamento finalizzato a restringere o falsare la concorrenza per trarne dei vantaggi.

Una delle politiche anticoncorrenziali che può concretizzarsi in un abuso di posizione dominante, è imperniata su prezzi eccessivi, “privi di ragionevole rapporto con il valore economico della prestazione fornita”, definita in relazione al costo di produzione e del margine di profitto<sup>51</sup>.

In questi casi l’impresa in posizione dominante abusa del proprio potere di mercato attraverso l’applicazione di “prezzi predatori” ai propri prodotti. Sono così definiti i prezzi inferiori ai costi di produzione che l’impresa in posizione dominante può permettersi di applicare, in ragione della sua potenza economica e allo scopo di scoraggiare l’ingresso di nuovi entranti che non potrebbero sopportare le perdite derivanti dal fissare i prezzi al di sotto dei costi. Naturalmente anche il concorrente dominante dovrà sopportare le perdite dovute a tale politica, ma in linea teorica si tratta di perdite di breve o medio periodo poiché, una volta ottenuto l’effetto di limitare l’accesso al mercato, potrà rifarsi alzando i prezzi al di sopra dei costi.<sup>52</sup> I prezzi predatori sono di difficile

---

<sup>49</sup> A questo proposito la Commissione, nella Comunicazione cit. par.22, ha indicato il settore del commercio della carta come un settore in cui una vasta gamma di tipi di carta (dalla carta standard utilizzata comunemente per scrivere alla carta di qualità superiore utilizzata, ad esempio, per pubblicazioni di prestigio) può essere prodotta da una stessa cartiera senza costi aggiuntivi e senza rilevanti smobilizzazioni. Pertanto il settore del commercio della carta presenta un elevato grado di sostituibilità dell’offerta, in quanto i produttori in tempi molto rapidi e con sforzi non eccessivi, possono competere con gli altri produttori presenti sul mercato, potenzialmente su qualunque tipo di carta. Ne deriva che tutto il mercato della carta, senza distinzione del tipo di carta prodotto, rappresenta il mercato rilevante.

<sup>50</sup> Cfr. Comunicazione della Commissione del 9 dicembre 1997, cit., par.24

<sup>51</sup> Cfr. *United Brands*, Sentenza cit., par.250-251; Sentenza *General Motors*, del 13 novembre 1975, causa 26/75, in Racc.p.1367, p.12; Sentenza *Tournier*, del 13 luglio 1989, causa 395/87, in Racc.p.2521, par.34 e ss.

<sup>52</sup>. In alcuni casi si ritiene predatorio il prezzo fissato al sotto del costo medio totale per un periodo di tempo prolungato, ma si tratta di casi da verificare singolarmente, in considerazione delle eventuali molteplici condizioni di mercato che potrebbero consentire tale politica di prezzo. È questo il caso di imprese che operano in più mercati e possono applicare prezzi predatori in un mercato recuperando le perdite in un altro in cui siano in condizione più favorevole (“sussidi incrociati”). A riguardo un esempio è fornito dal settore delle telecomunicazioni in Italia, in cui l’impresa dominante ha praticato politiche predatorie attraverso il sussidio incrociato tra i prezzi applicati in diversi mercati. A riguardo si veda tra gli altri, N.Causby, *Predatory Pricing: the evolution of judicial standards in the United*

individuazione, tuttavia alcuni elementi basilari di questo tipo di prezzo sono il loro carattere temporaneo, il loro aumento dopo un certo periodo, la loro fissazione al di sotto del costo variabile. Quest'ultimo caso rappresenta, di solito, un chiaro indizio di prezzo predatorio, poiché l'impresa applicando tale prezzo non riesce neanche a coprire il costo del lavoro e delle materie prime utilizzate nella produzione. Unica giustificazione razionale alla fissazione del prezzo al di sotto del costo variabile rimane pertanto il tentativo di rafforzare la propria posizione, perseguito dall'impresa dominante<sup>53</sup>.

Un altro tipo di comportamento attraverso cui si può manifestare l'abuso di posizione dominante consiste nel praticare "sconti fedeltà", vale a dire sconti concessi a clienti che hanno scelto di acquistare il prodotto dell'impresa dominante piuttosto, che uno analogo di un'impresa concorrente. Questo tipo di sconti determina l'effetto di costringere tutti gli altri concorrenti presenti sul mercato a praticare prezzi molto più bassi dell'impresa dominante. Sarà infatti necessario fissare il prezzo ad un livello tale da incentivare i clienti all'acquisto dei propri prodotti e compensarli della perdita di sconto che avrebbero ottenuto scegliendo i prodotti dell'impresa dominante.<sup>54</sup>

A riguardo la Corte di Giustizia ha chiarito che lo sconto fedeltà, attraverso la ricompensa attribuita all'acquirente per aver scelto quel determinato fornitore, si traduce di fatto in una restrizione della concorrenza su un duplice versante: sul versante relativo agli acquirenti, si realizzerà di fatto una limitazione nella scelta tra i diversi fornitori, in quanto il cliente sarà propenso a scegliere sempre la stessa impresa; sul versante relativo agli altri fornitori, lo sconto fedeltà si traduce in una pratica escludente e, soprattutto, in un disincentivo all'ingresso sul mercato, in considerazione del vincolo di fedeltà a cui sono sottoposti gli acquirenti.

---

States and the European Economic Community, in *Hastings International and Comparative Law Review*, 1992 o.297 e ss.; Comunità Economica Europea, Studi,serie concorrenza,n.3, Il problema delle concentrazioni nel Mercato comune,1966, p.25 e ss.;L.M. Hinojosa Martinez, *Predatory Pricing Literature under European Competition Law: The AKZO Case*, in *The Legal Issues of European Integration*, 1993;R.Perez, *Telecomunicazioni e concorrenza*,Milano,Giuffrè,2002; M.Di Filippo, *Diritto Comunitario e pluralismo nei mezzi di comunicazione di massa*, Giappichelli,Torino,2000.

<sup>53</sup> Così, A.M.Calamia, *La nuova disciplina della concorrenza nel diritto comunitario*, Milano, Giuffrè,2004,p.86-88 A riguardo la Corte di Giustizia nella nota sentenza AKZO ha chiarito che l'art.82 del trattato vieta la strumentalizzazione dei prezzi finalizzata all'eliminazione dei concorrenti dal mercato. In particolare la Corte ha precisato che prezzi inferiori ai costi totali medi, comprensivi dei costi fissi e di quelli variabili, anche nel caso in cui siano superiori ai costi variabili, sono da considerarsi illeciti "allorché sono fissati nell'ambito di un disegno teso ad eliminare un concorrente". In questo nodo la Corte ha posto in rilievo, ancora una volta, l'importanza di contestualizzare i criteri utilizzati per l'individuazione di determinate fattispecie vietate dall'art.82. La fissazione di prezzi al di sopra del costo fisso ma al di sotto del costo variabile potrebbe ben essere attuata da un'impresa molto efficiente, ma ciò non toglie che nel caso di imprese efficienti ma molto piccole, le minori capacità finanziarie non consentirebbero di resistere a lungo ad una concorrenza basata su una simile politica del prezzo.

Sentenza della Corte di Giustizia del 3 luglio 1991, *AKZO Chemie BV c. Commissione delle Comunità Europee*, causa C-62/86, in Racc. 1991 p.I-3359 e ss.

<sup>54</sup> Cfr. Sentenza Hoffman- La Roche, cit. par.89 e ss; Sentenza Michelin, par.70 e ss.;Sentenza General Motors Continental NV, cit.p.1379 e ss.Sentenza Irish Sugar, causa T-228/97, sentenza del 7 ottobre 1999, in Racc.p.II-2969 par.166-167.

Si tratta di effetti sostanzialmente equivalenti a quelli derivanti dal rifiuto a contrarre da parte di un'impresa in posizione dominante<sup>55</sup>. In questi casi infatti l'impresa dominante può sfruttare la sua posizione per rifiutare di fornire beni o servizi ad un cliente che potrebbe essere o meno un concorrente. Nell'ipotesi in cui il cliente non sia un concorrente dell'impresa, il rifiuto a contrarre potrebbe essere finalizzato indirettamente, a sottrarre clienti alla concorrenza: ad esempio, l'impresa in posizione dominante può sottoporre la fornitura dei suoi prodotti alla condizione che il cliente non si rifornisca anche da altre imprese. Nell'ipotesi in cui il cliente sia anche concorrente dell'impresa dominante, il rifiuto a contrarre è direttamente finalizzato ad impedire che i servizi forniti siano utilizzati per fare concorrenza allo stesso fornitore, magari su un altro mercato, in cui non è in posizione dominante. Questa ipotesi richiama un altro strumento attraverso cui si manifesta lo sfruttamento della posizione dominante: l'uso dei contratti leganti. Si tratta di contratti attraverso cui l'impresa in posizione dominante su un determinato mercato, cerca di estendere il proprio potere a mercati collegati, sottoponendo la fornitura di un bene alla condizione che il cliente ne acquisti congiuntamente un altro nel mercato in cui l'impresa non ha una posizione dominante<sup>56</sup>.

In tutte le ipotesi sopra citate, e in generale in tutti i casi in cui sia rilevabile lo sfruttamento di posizione dominante, il criterio comune su cui si concentra l'individuazione dell'abuso è stato tradizionalmente rappresentato dall'intento anticoncorrenziale dell'impresa dominante.

Il nodo cruciale nella identificazione degli abusi di posizione dominante risiede pertanto nell'utilizzo di un approccio metodologico adeguato. In linea generale, fino ad oggi, la metodologia utilizzata è stata prevalentemente di tipo strutturale, basata sul concetto che un'impresa detentrica di una elevata quota di mercato avesse anche un elevato potere di mercato. Sul tema molti studi economici hanno sollevato forti dubbi circa la validità di questa equazione, dimostrando che ad esempio, nel caso in cui due imprese detengano rispettivamente il 50 per cento del mercato, si verrà a creare un equilibrio di tipo concorrenziale, in cui il prezzo è uguale al costo marginale (*concorrenza alla Bertrand*)<sup>57</sup>. A riguardo, sebbene gli orientamenti della Commissione si siano evoluti verso un approccio metodologico di tipo economico, teso a valutare i singoli casi in un quadro più ampio, talvolta globale, coerente con la natura dell'impresa e con le caratteristiche del prodotto e del mercato, conserva ancora tracce di un approccio strutturalista. Una manifestazione di tale evoluzione si può cogliere oltre che nelle più volte citate *linee direttrici sull'applicazione degli articoli 81 e 82 del Trattato*, anche nel recente *regolamento sulle*

---

<sup>55</sup> Cfr. Sentenza, *United Brands*, cit., par.130 e ss.; Sentenza, *ICI-Commercial Solvents*, causa 63/73, sentenza del 16 marzo 1974, in Racc.p.223, par.23 e ss.

<sup>56</sup> Un noto esempio di utilizzo di contratti leganti è rappresentato dal caso dell'impresa Microsoft che obbligava gli utilizzatori del suo sistema, ad utilizzare congiuntamente i propri software al fine di impedire ad altri concorrenti di fornire software compatibili con il suo sistema operativo. A riguardo si veda anche la Sentenza, *Tetra Pak III*, causa C-333/94 P, sentenza del 14 novembre 1996, in Racc. p.5951, par.34 e ss.

<sup>57</sup> Cfr. Hal R Varian, *Microeconomia*, Venezia, Cafoscarina, 1990 p.434-435

*concentrazioni*, n.139/2004. Nelle linee direttrici la Commissione, in linea con una metodologia strutturalista sostiene che l'”esistenza stessa di una posizione dominante in diversi Stati membri implica che la concorrenza è già indebolita in una parte sostanziale del mercato comune”<sup>58</sup>; nel regolamento sulle concentrazioni, al considerando 25, precisa che il “significativo ostacolo ad una concorrenza effettiva” va interpretato “al di là del concetto di posizione dominante”, “come riguardante(...) solo gli effetti anticoncorrenziali di una concentrazione risultante da un comportamento non coordinato di imprese che non avrebbero una posizione dominante sul mercato in questione”.

In altri termini, pur tenendo presente le implicazioni sul mercato derivanti dalla creazione e rafforzamento di una posizione dominante, in seguito ad una concentrazione, il nuovo regolamento non si limita più ad incentrare la valutazione degli effetti anticoncorrenziali sul concetto di posizione dominante, ma si evolve a considerare quali siano gli effetti, soprattutto sotto il profilo dell'efficienza<sup>59</sup>.

Un'ultima osservazione riguarda i prezzi discriminatori rispetto ai quali l'orientamento della commissione è stato finora basato sulla concezione che essi siano potenzialmente idonei a restringere la concorrenza. Tuttavia è stato dimostrato che in alcuni casi l'applicazione di prezzi differenziati è addirittura auspicabile quando:i) la discriminazione consente di servire utenti che altrimenti non potrebbero usufruire di un determinato prodotto o servizio fornito dall'impresa<sup>60</sup>; ii) quando nei rapporti verticali tra le imprese la contrattazione di prezzi differenziati consente di ottenere vantaggi superiori rispetto all'applicazione di un prezzo uniforme<sup>61</sup>. A tale proposito va positivamente considerato la linea seguita negli Stati Uniti in cui per definire “predatoria” una politica di prezzi volta al ribasso, è necessario dimostrare la capacità dell'impresa che la applica, di recuperare nel lungo periodo le perdite subite nel breve a causa dei prezzi eccessivamente bassi. In questo modo si potrebbe conseguire un duplice vantaggio:i) gli acquirenti, almeno nel breve periodo, potrebbero usufruire di prezzi più vantaggiosi e aumentare così il loro benessere;ii) si

---

<sup>58</sup> Cfr.Commissione, Linee direttrici sull'applicazione degli articoli 81 e 82 del Trattato, par.76

<sup>59</sup> Cfr.F. Brunet, *Le double réforme du controle communautaire des concentrations*, in *Revista trimestrielle Droit Europeén*, gennaio-marzo 2004, p.2 e ss., specie p.23.;A riguardo si vedano anche le Sentenze *Airtours plc/Commissione*, del 6 giugno 2002, causa T-342/99, in Racc.p.II-2585,punto 64;*Tetra LavalvBV c./Commissione*, causa T-5/02, in Racc.p.II-4381, punto 119. Entrambe i casi sopra citati hanno posto in luce l'esigenza di riformare il regolamento sulle concentrazioni.Si tratta di sentenza che hanno stimolato numerosi commenti, tra gli altri si veda A.Winckler, *Some Comments on Procedure and Remedies under EC Merger Control Rules:Something Rotten in the Kingdom of the merger control?* in ( a cura di) F.Leveque e H Shelansky, *Merger Remedies in American and European Union Competition Law*, 2003 p.75

<sup>60</sup> Cfr.S.Layson, *Market opening under Third-Degree Price Discrimination*, in *Journal of Industrial Economics*,1994, n.3 p.335-340

<sup>61</sup> D. O'Brien, G.Shaffer, *The Welfare Effects of Forbidding Discriminatori Discounts: a Secondary Line Analysis of Robisnson Patman*, in *Journal of Law, Economics and Organization*, 1998 n.10, p.296 e ss.; A.Sapir,P.Buigues, A.Jacquemin, *European Competition Policy in Manufacturing and services:a Two-Speed Approach?*, in *Oxford Rewiev of Economic Policy*,1993, n.2, p.132 e ss.



eviterebbe di penalizzare il vantaggio, in termini di efficienza, di imprese che sono in grado di sostenere tale politica, attraverso un recupero che potrebbe realizzarsi, nel lungo periodo, in ragione di molteplici fattori, quali, ad esempio, una struttura organizzativa migliore di quella delle concorrenti.

A riguardo la giurisprudenza comunitaria appare molto distante, considerato che nella citata sentenza Tetra Pak, non è stato ammesso il requisito della recuperabilità delle perdite, elemento indicativo di quanto possa essere lunga la strada per un'individuazione di una metodologia realmente flessibile, in grado di utilizzare criteri sia di tipo legalistico, sia di tipo analitico economico.<sup>62</sup>

#### **4.I recenti sviluppi in materia di concorrenza**

L'evoluzione e le problematiche riscontrate nell'applicazione delle disposizioni costituzionali relative alla concorrenza si sono manifestate non solo sotto il profilo oggettivo, riferito alle singole fattispecie oggetto di applicazione del diritto antitrust europeo, ma anche sotto il profilo soggettivo, relativo al ruolo e ai rapporti degli organi comunitari e nazionali preposti all'applicazione della suddetta disciplina.

Il mutato contesto europeo, caratterizzato dall'allargamento dell'Unione europea ai paesi dell'est e dalla globalizzazione dell'economia, ha reso improcrastinabile le riforme relative alla tutela della concorrenza, adottate con il regolamento n. 1/2003, di attuazione agli articoli 81 e 82 del Trattato, ora artt. 161 e 162 della Costituzione europea<sup>63</sup>. Il regolamento, è stato finalizzato ad una più efficace distribuzione delle funzioni tra Commissioni e autorità nazionali della concorrenza, secondo una più adeguata applicazione del criterio del decentramento. In effetti il decentramento a cui si ispira l'attuale regolamento richiama il principio costituzionale di sussidiarietà (art. I-11 dell' Costituzione ex art. 5 del Tce) inteso sia in senso verticale, come criterio di ripartizione delle funzioni tra i diversi livelli di governo, sia in senso orizzontale come criterio regolatore delle relazioni tra Stato e società, o meglio, tra istituzioni, imprese, mercati, e società.<sup>64</sup>

---

<sup>62</sup> A riguardo si veda R. Van den Bergh, *The Difficult Reception of economic Analysis in European Competition Law*, in Atti della Conferenza Internazionale, Post-Chicago Developments in Antitrust Analysis: Us and Europe, Taormina, 26-28 Ottobre 2000

<sup>63</sup> In considerazione del riferimento agli art. 81 e 82 del precedente Trattato contenuti nel regolamento in discorso, appare opportuno in questo paragrafo, riferirsi alla precedente numerazione.

<sup>64</sup> Non è possibile in questa sede affrontare le interpretazioni e le problematiche relative al principio di sussidiarietà che meriterebbe un approfondimento a parte. Si rimanda pertanto, tra gli altri, a A. Q. Curzio, *Introduzione: riflessioni per una costituzione economica europea*, in *Profili della Costituzione economica europea*, op.cit. p. 38 secondo cui la considerazione del principio di sussidiarietà unicamente inteso in una prospettiva verticale è decisamente un limite in quanto dall'analisi degli "articoli 2 del TUE e 5 del TCE, gli studiosi (...) reputano infatti che non si possano accogliere nel contesto normativo vigente dell'unione europea tutte le potenzialità che questo principio è suscettibile in astratto di esplicare anche sotto il profilo dei rapporti tra autorità pubblica e sfera privata per promuovere la libertà e l'autonomia individuale (sussidiarietà orizzontale).

Questo principio, è accompagnato da altri due principi costituzionali: di leale cooperazione(art.I-5, par.2 Cost.europea) e di mutuo riconoscimento delle decisioni giudiziali ed extragiudiziali(art.I-42 Cost.europea<sup>65</sup>). Rispetto al primo la Costituzione e ancor prima il trattato, individua in esso una connessione, o meglio una modalità attraverso cui gli stati nazionali e le istituzioni europee si concentrano per il perseguimento degli obiettivi dell'unione.

A riguardo la Corte di giustizia<sup>66</sup> ha chiarito che il rispetto del suddetto principio implica dei particolari doveri di azione e di astensione da parte degli Stati nazionali, finalizzati alla effettiva realizzazione di quei doveri di solidarietà accettati in seguito all'adesione alle Comunità. L'accettazione di tali doveri comporta in pratica la messa in atto di determinati comportamenti che non siano in contrasto con i principi e gli obiettivi dell'Unione. In questa ottica, la leale cooperazione che caratterizza i rapporti tra Commissione e autorità nazionali nell'applicazione del diritto antitrust europeo, diventa il necessario completamento della distribuzione dei poteri, relativi all'applicazione della disciplina della concorrenza, su più livelli di governo.

Il secondo dei principi richiamati, del mutuo riconoscimento, è in linea generale finalizzato a garantire che i valori di ogni singolo Stato membro, "in quanto funzionali alle attività che ricadono nell'ambito della cooperazione fra Stati membri delle Comunità e dell'Unione europea, siano accolti come tali dagli altri Stati"<sup>67</sup>. In particolare,il rispetto di tale principio nell'ambito di applicazione del diritto antitrust, è finalizzato a garantire una base giuridica omogenea, in grado di porre tutti i soggetti operanti nel mercato, di fronte alle medesime condizioni.

In pratica la riforma messa in atto dal regolamento del 2003, anticipando alcuni basilari principi costituzionali, sostituisce completamente il precedente modello nato negli anni '60, imperniato su un ruolo accentratore della Commissione, soprattutto in materia di divieto di intese, in merito alle quali quest'ultima era esclusivo titolare del potere di concedere esenzioni al divieto, sensi del 3° comma dell'art.81 del TCE. A fronte di tale esclusiva competenza della Commissione, il ruolo delle autorità nazionali risultava praticamente inconsistente. Da siffatto sistema non potevano non derivare alcune conseguenze quali:i)un eccessivo carico per la Commissione, generato dalle notifiche preventive delle intese(il che ha comportato uno spreco di risorse a danno delle altre attività di vigilanza e repressione delle infrazioni più gravi);ii) un danno certo, sebbene non sempre quantificabile, per le imprese, costrette a sostenere gli oneri derivanti dall'obbligo di notifica preventiva delle intese.

---

<sup>65</sup> Per un approfondimento sul tema del riconoscimento reciproco delle decisioni giudiziali ed extragiudiziali si rimanda al contributo di A.Canepa nell'ambito di questo volume.

<sup>66</sup> Sentenza del 7 febbraio 1979, Commissione c./RU, in Racc.p.419;nonché N.Parisi,L'attuale organizzazione dei pubblici poteri nell'Unione europea, in (a cura di)A.Q.Curzio, Profili..., op.cit. p.161 e ss.

<sup>67</sup> Così N.Parisi, op.cit.p.168; Sul principio di mutuo riconoscimento si veda il Libro bianco della Commissione per il Consiglio europeo di Milano, COM,1985

Relativamente a questo ultimo aspetto, la riforma ha puntato all'abolizione delle notifiche preventive e dell'esclusiva competenza della Commissione per le esenzioni e alla piena applicabilità dell'art.81TCE, basata su un regime non più autorizzatorio, ma di *eccezione legale*. In altri termini in tutti i casi in cui un accordo risponde alle condizioni di esenzione previste dal trattato, può avere diretta attuazione, mentre nel caso tale accordo restrittivo non soddisfi le suddette condizioni sarà considerato nullo e inapplicabile *ab origine*.

In relazione all'eccessivo carico di lavoro sopportato dalla Commissione in questi anni, il nuovo regolamento introduce dei miglioramenti derivanti dal decentramento dell'applicazione delle regole comunitarie, elemento che consente alla Commissione di dedicarsi alla trattazione dei casi transnazionali di concentrazioni più gravi<sup>68</sup>. A riguardo, appare opportuno porre in luce alcuni tratti salienti al fine di valutare quali siano gli effettivi vantaggi e quali le eventuali problematiche future.

### **5. Il decentramento nell'applicazione del diritto comunitario**

L'evoluzione dell'applicazione del diritto concorrenziale in senso decentrato inizia negli anni novanta, quando divenne improcrastinabile rispondere all'esigenza di alleviare la Commissione dell'eccessiva mole di lavoro derivante dalla tutela della concorrenza.

Questo primo obiettivo fu perseguito attribuendo alla Commissione il potere di iniziare procedimenti istruttori nei casi di rilevanza comunitaria rientranti nell'ambito della politica della concorrenza. In questo modo si favoriva la concentrazione dell'attività della Commissione sulle denunce più gravi inerenti la tutela della concorrenza sul mercato interno.

Tale sistema sarebbe stato completato dal nuovo ruolo che l'Autorità e i giudici nazionali venivano ad assumere, in merito all'applicazione delle diritto antitrust.

In particolare, per quanto riguarda le prime, la Commissione perseguiva il fine di far applicare alle Autorità nazionali il diritto antitrust CE. Peraltro, anche nei casi in cui queste ultime avessero applicato il diritto antitrust nazionale, in nessun caso avrebbero potuto giungere a conclusioni diverse da quelle a cui sarebbero pervenute applicando agli artt.81 e 82TCE

Relativamente ai giudici nazionali, già nella Comunicazione e relativa alla *Cooperazione tra giudice nazionali e Commissione nell'applicazione degli artt.85 e 86 del trattato*, si attribuiva la possibilità di applicazione decentrata<sup>69</sup>.

---

<sup>68</sup>A riguardo si veda il Progetto di comunicazione della Commissione sull'orientamento informale per problemi nuovi relativi agli articoli 81 e 82 del trattato Ce, sollevati da casi individuali,(lettera di orientamento), in GUCE del 27 aprile 2004, in cui si afferma che "Inteso a riportare l'accento sull'obiettivo principale di un'applicazione efficace delle regole di concorrenza, il Regolamento crea nel contempo certezza giuridica, dal momento che gli accordi che rientrano nel campo di applicazione dell'art.81, paragrafo 1, ma che soddisfano le condizioni di cui all'articolo 81, paragrafo 3, sono validi e pienamente applicabili ab inizio senza che occorre una decisione previa di un'autorità garante della concorrenza" par.1

<sup>69</sup> Pubblicata in GUCE, C 39 del 13 febbraio 1993, p.6

In questo modo, sia a livello centrale che a livello decentrato si mirava a garantire una omogenea tutela della concorrenza.

Tuttavia, il suddetto sistema appariva sprovvisto di procedure di controllo in grado di garantire che a livello decentrato, le autorità nazionali e i giudici giungessero effettivamente alle stesse conclusioni a cui sarebbe giunta la Commissione. Questo ultimo elemento ha contribuito ad acuire l'esigenza di una riforma radicale organica del regolamento n.17 del 1962.

Nel 1999, il Libro Bianco sulla modernizzazione dell'applicazione degli artt.81 e 82 TCE, ha delineato i capisaldi della riforma di regolamento proposto successivamente dalla Commissione nel 2000<sup>70</sup>.

In primo luogo, la competenza per l'attribuzione delle esenzioni ex artt.81 e 82 TCE, fino ad allora di esclusiva pertinenza della Commissione, veniva estesa anche alle Autorità e ai giudici nazionali. In secondo luogo, si costituiva una "rete di autorità" basata sul coordinamento delle attività della Commissione e delle Autorità nazionali. In pratica nel Libro bianco la Commissione sottolineava l'esigenza di delineare un sistema finalizzato ad un'applicazione decentrata delle regole comunitarie da un lato, e di semplificare l'applicazione stessa del diritto attraverso un regime di eccezione legale dall'altro. Peraltro la realizzazione di un sistema di eccezione legale era agevolata dall'ormai rafforzato quadro normativo del diritto comunitario, nonché da una più profonda conoscenza della materia da parte di giudici, autorità, imprese e loro consulenti legali<sup>71</sup>

L'attuale regolamento 1/2003, coerentemente con quanto delineato dalla Commissione nel Libro Bianco, presenta innovazioni significative<sup>72</sup> relative agli articoli 81 e 82 del Trattato, ora articoli 161 e 162 della Costituzione.

La principale è rappresentata dalla diretta applicabilità delle disposizioni degli artt.81 e 82 della Costituzione, il che equivale ad una vera e propria rivoluzione da un sistema in cui erano consentiti soltanto gli accordi esplicitamente autorizzati, ad un altro in cui sono consentiti tutti gli accordi, ad eccezione di quelli vietati. In maniera speculare, da un lato, l'art.1 del regolamento stabilisce che

---

<sup>70</sup> Proposta di Regolamento del Consiglio concernente l'applicazione alle imprese delle regole di concorrenza di cui agli artt.81 e 82 del trattato recante modifica dei regolamenti (CEE) n.1017/68, (CEE)n.2988/74, (CEE) n.4056/86 e (CEE) n.3975/87(Regolamento d'applicazione degli articoli 81 e 82 del trattato), in GUCE 2000 C 365 E del 19 dicembre 2000, p.284 e ss.

<sup>71</sup>Rispetto a tale sistema, il successivo regolamento del Consiglio del 19 dicembre del 2000, introduceva una ulteriore affinamento nell'applicazione decentrata del diritto antitrust, stabilendo la competenza esclusiva del diritto antitrust Ce in tutti i casi di rilevanza comunitaria. Ciò equivaleva al divieto per le autorità e i giudici nazionali, di applicare il diritto antitrust degli Stati membri in tutti quei casi che per la loro rilevanza politica ed economica, avrebbero richiesto l'applicazione di una disciplina coerente con la politica di tutela perseguita dalla Commissione nel mercato interno, vale a dire il diritto antitrust CE, appunto. In questo modo la Commissione introduceva un'ulteriore garanzia in merito alla coerenza delle decisioni intraprese a livello azionale rispetto alla politica della concorrenza perseguita a livello centrale dalla Commissione. Cfr.Libro Bianco sulla modernizzazione delle norme per l'applicazione degli articoli 85 e 86 del trattato CE, cit., par.70

<sup>72</sup> Rispetto alla precedente proposta di regolamento del 2000 l'attuale regolamento

tutti gli accordi che non rispondano ai requisiti richiesti dal terzo paragrafo dell'art.81 del trattato sono vietati a prescindere da una previa decisione in tal senso; dall'altro, si dispone che le intese che soddisfino i requisiti elencati al medesimo paragrafo non necessitano di alcuna previa autorizzazione ai fini della loro legittimazione. Allo stesso modo per il successivo articolo 82 si vieta lo sfruttamento di posizione dominante senza la necessità che tale divieto pervenga attraverso una decisione a riguardo.

La diretta applicabilità del diritto comunitario si affianca in via parallela al diritto antitrust nazionale. A riguardo il primo comma dell'art.3, stabilisce che quando i giudici nazionali applicano in materia di concorrenza la legislazione nazionale, essi applicano anche le gli artt.81 e 82 del trattato<sup>73</sup>.

La ratio dell'applicazione parallela del diritto antitrust nazionale consiste nel garantire da un lato la supremazia del diritto comunitario e dall'altro, nell'assicurare che le autorità e i giudici nazionali giungano ad una decisione coerente e non contrastante con tale diritto<sup>74</sup>.

In questo modo, il legislatore europeo, realizza il passaggio dalla c.d. *doppia barriera* alla *barriera unica*. Peraltro in linea con una giurisprudenza consolidata della Corte di giustizia<sup>75</sup>, la Commissione ha ribadito che in merito all'applicazione della disciplina relativa all'abuso di posizione dominante, in caso di condotta unilaterale, anche se il regolamento non prevede un obbligo di convergenza tra decisioni dei giudici nazionali e della Commissione, il principio generale della supremazia del diritto comunitario esige che i giudici nazionali disapplicino qualsiasi disposizione di diritto nazionale che sia in contrasto con una norma comunitaria<sup>76</sup>.

In effetti l'abbandono della doppia barriera, realizzato dal legislatore europeo, per l'introduzione di un'unica barriera nell'applicazione del diritto della concorrenza rappresenta un chiaro segno di maturazione del processo di integrazione del diritto comunitario e nazionale. In questa ottica le

---

<sup>73</sup> Cfr. *Regolamento 1/2003, art 3, paragrafo 1, e la Comunicazione della Commissione relativa alla cooperazione tra la Commissione e le giurisdizioni degli stati membri dell'UE ai fini dell'applicazione degli articoli 81 e 82 del trattato CE*, (2004/C 101/04) che al paragrafo 8 stabilisce che nell'applicare gli articoli 81 e 82 del trattato le "giurisdizioni nazionali sono vincolate dalla giurisprudenza della Corte di giustizia e del Tribunale di primo grado come pure dai regolamenti della Commissione che applicano l'articolo 81 terzo paragrafo. In particolare l'applicazione che è stata data dalla Commissione agli artt.81 e 82 è vincolante per le giurisdizioni nazionali quando applicano il diritto comunitario della concorrenza allo stesso caso in maniera parallela o successiva alla Commissione, in Guce,C 101/54 del 27 aprile 2004, paragrafo 5 ;

<sup>74</sup> A riguardo la Corte di giustizia ha stabilito che gli accordi, le decisioni di associazioni di imprese o le pratiche concordate che violano l'art.81, paragrafo 1, del trattato non possono essere autorizzati dal diritto nazionale della concorrenza. Cfr Causa 13/68, *Walt Wilhelm*, Racc.,1969,punto 1 e cause riunite 253/78 e 1-3/79, *Giry e Guerlain*, in Racc.,1980,punti da 15 a 17

<sup>75</sup> Cfr.Causa 106/77 *Simmenthal*, in Racc.(1969), p.629, punto 21 e causa C-198/01 *Consorzio Industrie Fiammiferi (CIF)*, in Racc.(2003), punto 49

<sup>76</sup> A riguardo va la posizione del giudice a cui si rivolge una persona fisica o giuridica per la tutela dei suoi diritti soggettivi, è diversa da quella della Commissione o dell'autorità garante della concorrenza. Queste ultime infatti applicano gli artt.81 e 82 nell'interesse pubblico, mentre il giudice nazionale tutela i diritti soggettivi, stabilendo se del caso, la nullità di un contratto o concedendo il risarcimento dei danni. Cfr.*Comunicazione della Commissione relativa alla cooperazione tra la Commissione e le giurisdizioni degli stati membri dell'UE ai fini dell'applicazione degli articoli 81 e 82 del trattato CE*, (2004/C 101/04), in Guce,C 101/54 del 27 aprile 2004

sudette disposizioni relative alla prevalenza del diritto comunitario anticipano quanto è stato formalizzato dall'attuale Costituzione europea che all'art.I-6 stabilisce che "La Costituzione e il diritto adottato dalle istituzioni dell'Unione nell'esercizio delle competenze a queste attribuite prevalgono sul diritto degli Stati membri. In pratica, anche in questo caso si ha una manifestazione della misura in cui la parte III della Costituzione abbia costituzionalizzato quanto già disposto dal legislatore comunitario.

Sul piano procedurale il nuovo regolamento introduce alcuni strumenti volti a facilitarne l'applicazione, tra cui: i) la possibilità per i giudici nazionali di chiedere pareri alla Commissione su questioni relative all'applicazione del diritto antitrust CE ;ii) la possibilità della Commissione e delle autorità nazionali di concorrenza di presentare osservazioni ai giudici in merito a casi di cui si sta trattando. In linea generale,l'art.1 e i considerando 17 e 35 del regolamento dispongono che l'avvio di un procedimento da parte della Commissione, per l'adozione di una decisione, priva le autorità nazionali della competenza ad applicare il diritto comunitario antitrust.

Tuttavia, può verificarsi la duplice ipotesi in cui l'applicazione del diritto comunitario della concorrenza da parte dei giudici nazionali può avvenire contemporaneamente o successivamente alla Commissione<sup>77</sup>.

Nel primo caso, la giurisdizione nazionale al fine di evitare di prendere una decisione in contrasto con la decisione della Commissione, può chiedere a quest'ultima se abbia avviato o meno, un procedimento riguardante gli stessi accordi, decisioni e pratiche concordate e di essere informata sull'andamento del procedimento, nonchè sulla probabilità che venga adottata una decisione in merito. Esiste peraltro la possibilità per il giudice nazionale di pronunciarsi in considerazione della decisione che la Commissione ha adottato in un caso analogo a quello in questione.

Nel secondo caso, quando il giudice nazionale si pronuncia successivamente alla Commissione, si crea il vincolo ad adottare una decisione non contrastante con quella presa dalla Commissione. Rimane salva la possibilità delle giurisdizioni nazionali di sottoporre alla Corte di Giustizia una domanda pregiudiziale nell'eventualità in cui intenda adottare pronunce in contrasto rispetto a quanto espresso dalla Commissione.

Il sistema di diretta applicabilità comporta, in linea teorica, la possibilità che si possano attuare diversi procedimenti inerenti l'applicazione del diritto antitrust comunitario, posti in essere dalla Commissione, dai giudici e dalle autorità nazionali, circostanza che potrebbe condurre a delle incoerenze rispetto all'onere della prova dei soggetti, privati e istituzionali, coinvolti nel procedimento. A tal fine l'art.2 del regolamento dispone che "in tutti i procedimenti nazionali o

---

<sup>77</sup> Ai sensi dell'art.11, paragrafo 6, in combinato disposto con l'articolo 35, paragrafi 3 e 4 del regolamento, queste ipotesi di applicazioni parallele da parte dei giudici nazionali e della Commissione, non possono verificarsi nel caso in cui una giurisdizione nazionale sia stata designata come autorità nazionale garante della concorrenza e del mercato.

comunitari relativi all'applicazione degli articoli 81 e 82 del trattato, l'onere della prova di un'infrazione dell'articolo 81, paragrafo 1, o dell'articolo 82 del trattato incombe alla parte o all'autorità che asserisce tale infrazione. Incombe invece all'impresa o associazione di imprese che invoca l'applicazione dell'articolo 81, paragrafo 3, del trattato, l'onere di provare che le condizioni in esso enunciate sono soddisfatte”<sup>78</sup>. La ratio di tale disposizione risiede, nell'evitare che i ricorrenti o le autorità nazionali nel verificare l'esistenza di una violazione della disciplina della concorrenza, siano obbligati da un lato, a provare la restrizione della concorrenza e dall'altro, a provare l'insussistenza delle condizioni di applicabilità dell'esenzioni disposte dal diritto comunitario.

Sotto il profilo dell'efficacia, la disposizione desta qualche perplessità derivante dal fatto che verosimilmente, le imprese avranno sempre un patrimonio di informazioni e strumenti che potranno opportunisticamente utilizzare per dimostrare di rientrare nell'ambito di applicazione delle esenzioni previste dal terzo paragrafo dell'art.III-161 della costituzione(ex art..81 del trattato) . In questa ottica l'onere della prova richiesto si traduce in una sorta di *probatio diabolica*<sup>79</sup>. A riguardo va evidenziato che le suddette disposizioni, implicanti una maggiore omogeneità delle procedure nazionali, non incidono “né sulle norme nazionali in materia di grado di intensità della prova né sugli obblighi delle autorità garanti della concorrenza e delle giurisdizioni nazionali degli Stati membri inerenti all'accertamento dei fatti pertinenti di un caso, purché dette norme e detti obblighi siano compatibili con i principi generali del diritto comunitario”.

In questo modo il regolamento da un lato preserva le regole processuali proprie di ciascun ordinamento, che sono finalizzate a garantire il diritto dell'individuo a tutelare la propria sfera di interessi e diritti; dall'altro garantisce che l'applicazione di tali regole procedurali interne sia compatibile con il diritto comunitario della concorrenza.

### **6.a) (segue) Il ruolo dei giudici nazionali**

In base alla citata riforma le “giurisdizioni nazionali sono competenti ad applicare gli articoli 81 e 82 del trattato”(art 6.reg.1/2003). Si tratta certamente di una novità rispetto al precedente regolamento n.17 del 1962, che come è noto era imperniato su un sistema centralizzato che limitava l'applicazione delle regole di concorrenza comunitarie da parte delle giurisdizioni e delle autorità

---

<sup>78</sup>A riguardo cfr. A.M.Calamia. L'autore osserva che la disposizione richiamata “ sembra soffrire di un'impostazione tipica del regime del divieto e non di quella dell'eccezione legale. Inoltre, la sua formulazione sembra evocare i procedimenti amministrativi di enforcement –attivati a livello comunitario dalla Commissione o a livello statale dalle autorità garanti-apparendo poco adatta per le differenti ipotesi in cui siano i giudici nazionali a dover applicare gli artt.81 e 82 del Trattato CE” *op.cit.*p.103 e s

<sup>79</sup> Così H.Nyssen,N.Pecchioli, Il Regolamento n.1/2003 Ce:verso una decentralizzazione ed una privatizzazione del diritto della concorrenza, in *Il Diritto dell'Unione Europea*,2-3/2003 p.360; sul punto si veda anche A.Frignani, M.Walbroeck,Disciplina della concorrenza nella CE, Giappichelli, Torino,1996; Sentenza del Tribunale di I grado del 13 dicembre 2001, Acerinox c.Commissione, causa T-48/98, in *Racc.p.II-3859*, par.29

garanti della concorrenza degli Stati membri. A ben vedere già nel 1973, nella sentenza relativa al caso *Sabam e NV Fonior*, la Corte di giustizia aveva stabilito che le disposizioni contenute negli art.81, 1 comma, e 82 del trattato, erano idonee a “produrre direttamente degli effetti nei rapporti tra i singoli, detti articoli attribuiscono direttamente a questi dei diritti che i giudici nazionali devono tutelare”. Appare chiaro come la giurisprudenza comunitaria, di fatto, avesse già ampliato le competenze dei giudici ordinari in ordine all’applicazione delle disposizioni costituzionali relative alla tutela della concorrenza, oltre quanto espressamente stabilito dal regolamento del 1962.

Rispetto al precedente regolamento pertanto, l’art.6 del regolamento del 2003 non solo recepisce quanto già consolidato nella giurisprudenza e nella prassi applicativa, ma estende l’applicazione da parte dei giudici nazionali anche al terzo paragrafo dell’art.81 del trattato, vale a dire anche all’equivalente terzo paragrafo dell’art.III-161 della Costituzione.(considerando 4).

La disposizione non è scevra da alcune implicazioni derivanti dall’effettiva idoneità delle disposizioni contenute agli artt.III-161 e III-162 della Costituzione a produrre “effetti diretti”, nonché dalla loro diretta applicazione. La questione va inquadrata partendo dalla interpretazione che la più recente giurisprudenza comunitaria ha dato al concetto di “norma idonea a produrre effetti diretti”, stabilendo che essa debba “essere chiara, deve essere incondizionata, ossia la sua esecuzione non deve essere subordinata all’intervento di ulteriori provvedimenti che potrebbero adottare, con un potere discrezionale, le istituzioni comunitarie e gli Stati membri”<sup>80</sup>.

In questa ottica sarebbe da escludere l’idoneità del terzo paragrafo dell’art.III-161 Cost. a produrre effetti diretti, in quanto le disposizioni in esso contenute non risponderebbero al requisito della determinatezza, e richiederebbero pertanto l’intervento di un provvedimento che ne definisca la concretezza.

A riguardo la Corte di giustizia in diverse sentenze<sup>81</sup>, aveva dichiarato che l’applicazione del terzo paragrafo dell’art.81 è finalizzata alla necessità di creare un armonico sviluppo delle attività economiche, nel complesso della comunità. Ma tale armonico sviluppo delle attività economiche è di per sé un concetto in continua evoluzione, influenzato dal mutare, tra gli altri, degli assetti istituzionali, sociali oltre che di quelli più prettamente economici<sup>82</sup>. Le disposizioni del terzo paragrafo dell’art.81 del trattato, analogamente al terzo paragrafo dell’art.III-161 Cost., proprio perché riguardano fattispecie che ai fini della loro determinazione e valutazione devono essere contestualizzate, necessitano per loro natura dell’intervento discrezionale dell’organo che dovrà

---

<sup>80</sup> Sentenza del Tribunale di primo grado dell’11 settembre 2001, David Petrie, Victoria Jane Primahak, David Verzoni e altri c. Commissione, causa T-191/99, in Racc.2001, p.II-3677, par.34

<sup>81</sup> Sentenza del 13 febbraio 1969, C-141/68, Walt Wilhelm c. Bundeskartellamt, in Racc., 1969 p.1; si veda anche la del Tribunale di I grado del 26 ottobre 2000, Asia Motor France Sa, Jean-Michel Cesbron, Monin Automobiles SA e Europe auto Service SA c. Commissione, causa T-154/98, in Racc., 2000 p.II-3453

<sup>82</sup> Tra le altre, si veda le Sentenze *Consten Grundig/Commissione*, in Racc.p.457



applicarle. Se così è, ne deriva che le disposizioni in oggetto non sono idonee a produrre effetti diretti, il che porterebbe a sollevare dubbi circa la legittimità dello stesso art.6 del regolamento 2003<sup>83</sup>.

Una tale conclusione presenta dei riflessi sul piano del rispetto dei diritti della persona richiamati nel preambolo del Trattato prima e della Costituzione europea ora.

Il problema risiede infatti nell'imporre ai singoli, il contenuto di una norma che non ha effetti diretti. In pratica i singoli sono tenuti al rispetto degli obblighi ex art.III-161Cost. nonostante i caratteri di indeterminatezza, con le relative conseguenze inerenti un eventuale risarcimento danni derivanti dal mancato rispetto dell'art.161Cost. al pari di una norma avente effetti diretti<sup>84</sup>.

A riguardo sono apparse contrastanti gli orientamenti della Commissione rispetto a quelli più recenti della Corte di giustizia.

La prima infatti aveva ritenuto che un'impresa " potrebbe e dovrebbe, in forza della preminenza del diritto comunitario e dell'effetto diretto degli artt.81 e 82 del trattato, rifiutare di conformarsi ad un provvedimento statale che imponga un comportamento contrastante con tali disposizioni"<sup>85</sup>.

In pratica ciò sarebbe equivalso ad attribuire al singolo, la facoltà e l'obbligo di disapplicazione in merito ad una normativa nazionale ritenuta illegittima perché in violazione del combinato disposto dagli artt.I-5 e 161 della Costituzione, in linea teorica anche in mancanza di un previo accertamento di illegittimità da parte del giudice o dell'autorità nazionale<sup>86</sup>.

In questa ottica, facendo incombere sull'impresa la responsabilità di disapplicare una presunta norma illegittima, sulla base di una propria valutazione, si sarebbe ottenuto l'effetto di traslare su essa la responsabilità di inadempimento al diritto comunitario da parte dello Stato membro. Il tutto senza alcuna considerazione delle conseguenze derivanti dall'assunzione di una simile responsabilità, nella sfera dei diritti soggettivi del singolo.

In altri termini la coesistenza del diritto comunitario e del diritto nazionale comportava un effetto discriminante su un duplice versante: mentre sul versante relativo ai giudici e alle autorità nazionali la prevalenza del diritto comunitario rispetto quello interno non lasciava spazi ad ambiguità ed incoerenza applicative, sul versante relativo alle imprese l'ambiguità nasceva dall'opzione concessa

---

<sup>83</sup> Così, L.F.Pace, La Politica di decentramento del diritto antitrust CE come principio organizzatore del regolamento 1/2003: luci ed ombre del nuovo regolamento di applicazione degli artt.81 e 82 TCE, in Riv.Italaina Dir.Pubbl.Comunitario,2004 p.180

<sup>84</sup> Cfr.Sentenza Courage/Bernhard Crehan, causa C-453/99, del 20 settembre 2001, in Racc.2001,I-6297,par.26-27

<sup>85</sup> Nella sentenza dell'11 novembre 1997,Commissione c.Ladbroke Racing Ltd., cause riunite C-359/95, in Racc., 1997,I-6265, la Commissione aveva ritenuto che l'art.81 "rimanga applicabile al comportamento delle imprese malgrado l'esistenza di obblighi di legge nazionali, a prescindere dall'eventuale applicazione, rispetto ai detti provvedimenti statali degli artt.3 lett.g),10 e 81 del Trattato"

<sup>86</sup> Cfr.*Progetto di Comunicazione della Commissione sull'orientamento informale per problemi nuovi relativi agli articoli 81 e 82 del trattato CE, sollevati da casi individuali*,cit.par.4

di fatto a queste ultime, relativa al rispetto della norma nazionale o alla sua disapplicazione, con il rischio di dover subire sanzioni<sup>87</sup>.

Rispetto a tale posizione della Commissione, la Corte di giustizia ha evidenziato, in coerenza con i principi di tutela dei diritti della persona sanciti nel preambolo del Trattato, la primaria importanza della tutela dei singoli. È quanto si evince in particolare dalla c.d. *Sentenza CIF*, emanata dalla Corte di giustizia il 9 settembre 2003.

La suddetta sentenza è stata emanata in seguito a due questioni pregiudiziali sull'interpretazione dell'art.81 CE presentate dal Tar Lazio inerenti la causa dinanzi ad esso pendente tra Consorzio Industrie Fiammiferi (CIF) e l'Autorità garante della concorrenza e del mercato<sup>88</sup>. In particolare per ciò che attiene all'obbligo di disapplicazione di una norma nazionale da parte del singolo, la Corte ha precisato che il suddetto obbligo incombe sul singolo soltanto dopo che l'autorità o sul giudice nazionale abbiano accertato l'eventuale illegittimità della norma.

A ben vedere i due diversi orientamenti citati, della Commissione e della Corte di giustizia, appaiono ispirati a due diverse esigenze di fondo: la Commissione infatti sembrava proiettata essenzialmente verso la garanzia di un adeguato funzionamento dell'ordinamento comunitario che in mancanza di strutture e risorse non ancora sufficienti, faceva traslare sul singolo individuo l'oneroso compito di assicurare il rispetto della normativa comunitaria; la Corte di giustizia, quasi all'opposto, muove dalla finalità di garantire in primo luogo la tutela dei diritti del singolo, tutela che rientra tra gli obiettivi primari della Costituzione europea.

---

<sup>87</sup> A riguardo si veda il commento alla Sentenza Cif di S.Cassese, che riconduce la questione all'interno del "classico rapporto tra jus comune e jura particularia(...) Insomma, si poneva per il rapporto diritto comunitario/diritto nazionale un ordine di problemi non dissimile a quello del rapporto norma costituzionale/legge ordinaria" così in, *La prevalenza del diritto comunitario sul diritto nazionale in materia di concorrenza*, in Gior.dir.amm.n.11/2003, p.1129-1140

<sup>88</sup> Si tratta di questioni che sono state proposte nell'ambito di un ricorso presentato dal Consorzio Industrie Fiammiferi, il consorzio italiano dei produttori nazionali di fiammiferi contro la decision del 13 luglio dell'Autorità garante della Concorrenza e del Mercato che dichiarava in contrasto con gli artt.10 e 81 del Trattato la normativa nazionale che istituisce il CIF e ne disciplina il funzionamento, affermava che il CIF e le imprese che ne erano membri avevano violato l'art.81TCE a causa della ripartizione delle quote di produzione e ingiungeva loro di porre fine alle violazioni constatate. Su tali questioni la Corte di giustizia ha dichiarato che "1) In presenza di comportamenti d'impresa in contrasto con l'art.81,n.1,CE, che sono imposti o favoriti da una normativa nazionale che ne legittima o rafforza gli effetti, con specifico riguardo alla determinazione dei prezzi e alla ripartizione del mercato, un'autorità nazionale preposta alla tutela della concorrenza cui sia stato affidato il compito, in particolare, di vigilare sul rispetto dell'art.81CE: ha l'obbligo di disapplicare tale normativa nazionale; non può infliggere sanzioni alle imprese interessate per comportamenti pregressi qualora questi siano stati loro imposti dalla detta normativa nazionale; può infliggere sanzioni alle imprese interessate per i loro comportamenti successivi alla decisione di disapplicare tale normativa nazionale, una volta che quella decisione sia diventata definitiva nei loro confronti; può infliggere sanzioni alle imprese interessate per comportamenti pregressi qualora questi siano stati semplicemente facilitati o incoraggiati da quella normativa nazionale, pur tenendo in debito conto le specificità del contesto normativo nel quale le imprese hanno agito.2) Spetta al giudice del rinvio valutare se una normativa nazionale come quella di cui alla causa principale, che rimette alla competenza ministeriale la determinazione del prezzo di vendita al dettaglio di un prodotto e affida, inoltre, ad un consorzio obbligatorio tra i produttori il potere di ripartire la produzione tra le imprese, possa essere considerata, per quanto rileva ai fini dell'applicazione dell'art.81, n.1,CE, come una disciplina che lascia sussistere la possibilità di una concorrenza suscettibile di venire ostacolata, ristretta o falsata da comportamenti autonomi di quelle imprese"

Oltre alle citate perplessità relative alla giurisdizione civile in materia di concorrenza, se ne aggiungono altre inerenti più prettamente il profilo processuale.

Il ragionamento deve partire dalla constatazione che compito del giudice ordinario è preservare la tutela della concorrenza in relazione ai rapporti tra i privati, vale a dire in relazione ad eventuali lesioni derivanti dal comportamento anticoncorrenziale ai diritti del singolo.

Su un diverso piano si pone la funzione dell'autorità nazionale per la tutela della concorrenza e del mercato che finalizza la propria attività a tutelare in la concorrenza nel mercato quale bene e valore pubblico, costituzionalmente garantito. Su tale diverso approccio si radica la distinzione e l'autonomia tra il procedimento amministrativo, che si svolge innanzi all'autorità nazionale e quello giurisdizionale, che si svolge davanti al giudice ordinario.

Tale distinzione e autonomia tra i due tipi di procedimenti non appare tuttavia corredata da misure di armonizzazione, in grado di limitare il rischio di dare luogo a decisioni non coerenti tra loro, peraltro con implicazioni dannose rispetto al principio di certezza del diritto.

Il regolamento del 2003 infatti, attribuendo il potere di applicazione delle esenzioni disposte dal terzo paragrafo dell'art.81TCE, e ora dall'art.III-161Cost., sia all'autorità antitrust che ai giudici nazionali, crea il presupposto perché questi possano pronunciarsi, almeno in linea teorica, diversamente in merito ad una analoga fattispecie. Potrebbe infatti verificarsi l'ipotesi che in merito ad uno stesso accordo, da un lato l'autorità nazionale ritenga di riscontrare gli elementi per l'esenzione e dichiararlo pertanto lecito, dall'altro il giudice nazionale possa, al contrario, ritenere lo stesso accordo anticoncorrenziale e lesivo del diritto del singolo, che pertanto dovrà essere risarcito per il pregiudizio arrecatogli dal suddetto accordo. A ben vedere, per evitare l'avverarsi di simili contraddizioni lo stesso regolamento ha introdotto alcune forme di collaborazione preventiva tra l'autorità e il giudice nazionale.

Il terzo paragrafo dell'art.15 dell'attuale regolamento infatti, prevede la possibilità per l'autorità di presentare osservazioni scritte in ordine alle questioni inerenti l'applicazione delle disposizioni relative ai casi di restrizione della concorrenza e all'abuso di posizione dominante, nonché la possibilità di presentare osservazioni orali previa autorizzazione del giudice competente. È proprio in relazione alla possibilità di presentare osservazioni scritte e orali che sorgono alcune perplessità relative al profilo processuale.

Va precisato, in primo luogo, che le osservazioni di cui all'art.15 non sembrerebbero assimilabili a quelle previste dall'art.213 del codice di procedura civile, in base al quale è il giudice ordinario che d'ufficio fa richiesta di informazioni alla pubblica informazione e non, al contrario l'amministrazione a presentare d'ufficio le proprie osservazioni al giudice.

In secondo luogo, la presentazione delle suddette osservazioni da parte dell'autorità possono, sortire l'effetto di deviare l'oggetto della cognizione del giudice che non si concentra più soltanto sui fatti allegati e provati in giudizio, ma si allarga, e verosimilmente si sposta, alle valutazioni di ordine tecnico presentate dall'autorità nazionale, il tutto a danno del concreto rispetto del principio dispositivo.

In terzo luogo, relativamente ai soggetti convenuti in giudizio si potrebbe configurare una disparità di trattamento in considerazione del fatto che una delle parti si troverà a contrastare oltre il suo avversario anche le possibili osservazioni sfavorevoli dell'autorità.

In altri termini, a venire il luce è la mancanza di un efficace coordinamento orizzontale non solo tra i due tipi di procedimenti, ma anche tra giudice e autorità nazionale.

In effetti tale coordinamento orizzontale potrebbe trovare una migliore realizzazione attraverso l'assimilazione delle osservazioni presentate dall'autorità alle attività di competenza del pubblico ministero interveniente nel giudizio civile. Quest'ultimo infatti, è legittimato a "produrre documenti, dedurre prove, prendere conclusioni"(art.72,comma 2,c.p.c.) in ogni causa in cui si ravvisi un pubblico interesse(art.70,ultimo comma,c.p.c). Tale attività processuale appare analoga a quella svolta dall'autorità nazionale,con l'unica differenza che quest'ultima non ha un ruolo processuale ben definito, a nocumento dell'autorevolezza delle osservazioni presentate rispetto agli interessi coinvolti. Appare pertanto condivisibile la tesi di quanti sostengono che sia opportuno che il legislatore intervenga sul punto al fine di delineare un sistema di coordinamento orizzontale tra autorità e giudice nazionale sullo schema previsto dal codice di procedura per l'intervento facoltativo del pubblico ministero in giudizio.

## **7.Le forme di collaborazione**

Il sistema decentrato delineato dal regolamento del 2003, non poteva prescindere da nuove forme di cooperazione tra la Commissione e le autorità e i giudici nazionali da un lato, e tra questi ultimi appartenenti ai diversi Stati membri, dall'altro.

A riguardo la Commissione ha recentemente chiarito che pur non essendo espressamente prevista dal trattato una forma di cooperazione tra le giurisdizioni nazionali e la Commissione stessa, l'interpretazione dell'art.10 del Trattato CE, in base al quale gli Stati membri sono tenuti a facilitare l'adempimento dei compiti della comunità, impone un dovere reciproco di leale collaborazione allo scopo di conseguire gli obiettivi del trattato stesso. *Mutatis mutandis*, la reciproca leale cooperazione desumibile dall'art.10 del Trattato, viene indicato dall'attuale Costituzione come perno principale dei rapporti interistituzionali, in base al quale "l'Unione e gli Stati membri si

rispettano e si assistono reciprocamente nell'adempimento dei compiti derivanti dalla Costituzione”(art.I-5).

In tale ottica si introducono nuove forme di collaborazione verticale<sup>89</sup> e orizzontale che oltre ad essere funzionali ad una applicazione omogenea delle regole di tutela della concorrenza, sono funzionali ad un maggior controllo reciproco tra gli organi coinvolti.

In particolare nella citata comunicazione relativa alla cooperazione tra la Commissione e le giurisdizioni nazionali ai fini dell'applicazione degli articoli 81 e 82 del trattato, il dovere della Commissione di prestare assistenza alle giurisdizioni nazionali si traduce nell'obbligo della Commissione di trasmettere le informazioni in suo possesso, potendosi rifiutare soltanto nei casi in cui la trasmissione delle suddette informazioni sia in contrasto con la riserva del segreto d'ufficio o ponga a rischio il compimento delle attività e degli obiettivi della Comunità stessa<sup>90</sup>.

L'assistenza prestata dalla Commissione alle giurisdizioni nazionali si concretizza anche attraverso i pareri richiesti dalle autorità nazionali su cause innanzi ad esse pendenti. I giudici nazionali infatti oltre “a cercare lumi nella giurisprudenza delle giurisdizioni comunitarie o negli orientamenti, nelle linee direttrici, nelle comunicazioni, nei regolamenti della Commissione che applicano gli articoli 81 e 82”, possono richiedere pareri alla Commissione su questioni di fatto e di diritto senza che tale richiesta pregiudichi la possibilità o l'obbligo di chiedere alla Corte di giustizia di pronunciarsi in merito. Il parere espresso dalla Commissione assume un carattere meramente neutrale in quanto nessuna delle parti coinvolte nella causa in oggetto viene sentita in proposito e non vincola giuridicamente la giurisdizione nazionale. Sempre nel rispetto del decentramento nell'applicazione del diritto antitrust CE, il regolamento prevede una ulteriore modalità in cui si esplica la collaborazione tra la Commissione e le giurisdizioni nazionali, rappresentato dalla possibilità di presentare, soltanto nei casi ritenuti necessari, delle osservazioni formulate sulla base di analisi economiche e giuridiche dei fatti su cui verte la causa.

Accanto agli strumenti di collaborazione verticale in senso discendente, volti dalla Commissione ai giudici nazionali, il regolamento ne introduce altri in senso ascendente volti dalle giurisdizioni alla Commissione. Si tratta di strumenti che sono stati ben esplicitati dalla più volte citata comunicazione in cui al paragrafo 36 vengono individuati tre modi in cui l'assistenza prestata dalle

---

<sup>89</sup> Riguardo all'assistenza e collaborazione prestate dalla Commissione alle giurisdizioni nazionali, si veda la Causa C-2/88 Imm,Zwrtveld, Racc. 1990, I-3365, punti da 16 a 22 e Causa C-234/89, Dlimitis, Racc., 1991, I-935, punto 53. Sulla possibilità per le giurisdizioni nazionali di assistere la Commissione nell'adempimento dei suoi obblighi si veda la Causa C-94/00 Roquette Frères, Racc. 2002, p.9011, punto 31.

<sup>90</sup> In particolare una “giurisdizione nazionale può per esempio chiedere alla Commissione di trasmetterle i documenti in suo possesso o di comunicarle informazioni di natura procedurale per poter accertare se un determinato caso è all'esame della Commissione, se la Commissione ha avviato un procedimento o se abbia già preso posizione. Una giurisdizione nazionale può anche chiedere alla Commissione quando sarà presumibilmente presa una decisione, al fine di determinare le condizioni di un'eventuale decisione di sospensione del procedimento o se sia necessario adottare misure provvisorie” *Comunicazione della Commissione sulla cooperazione* cit., paragrafo 21

giurisdizioni nazionali alla Commissione può realizzarsi: l'intervento delle giurisdizioni nazionali nel quadro di ispezioni compiute dalla Commissione svolti presso i locali di un'impresa o in altri locali, sono contemplate; la trasmissione dei documenti necessari per la valutazione di un caso in cui la Commissione intende presentare osservazioni e la trasmissione delle sentenze che applichino gli articoli 81 e 82 del trattato.

Relativamente alla collaborazione di tipo verticale tra Commissione e autorità nazionali, l'art.11 del reg.1/2003,sancisce il rapporto di stretta collaborazione che sostituisce e si differenzia dal principio di collegamento stretto e costante previsto dal precedente regolamento n.17 del 1962 oltre che dallo stesso articolo85 del TCE. Lo stretto e costante collegamento era in pratica finalizzato al controllo dell'attività della Commissione da parte della Autorità nazionali.

Come si avrà modo di illustrare più avanti, il reg.1/2003, in maniera speculare attraverso la stretta collaborazione introduce il controllo dell'attività delle autorità nazionali da parte della Commissione. Tali forme di controllo reciproco sono disciplinate dagli artt.11 e 14 del suddetto regolamento. In particolare le autorità nazionali hanno un potere di controllo e di influenza rispetto all'attività della Commissione, le cui disposizioni sono contenute negli art 14, commi da 1 a 6e nell'art.11, comma 2. Il perno su cui si incentra la collaborazione reciproca tra commissione, autorità e il comitato consultivo, organo costituito dai rappresentanti degli Stati membri che è chiamato ad esprimere un parere prima che la Commissione adotti una decisione in determinate materie. Su tali decisioni le autorità nazionali riceveranno, prima della relativa riunione , tutta la documentazione necessaria ai fini della comprensione della questione, unitamente ad una esposizione e ad un progetto preliminare di decisione(comma 3). Il parere di tale comitato consultivo deve essere tenuto in "massima considerazione dalla Commissione" e, soprattutto, la Commissione dovrà illustrare al comitato "il modo in cui ha tenuto conto del parere". Si tratta di una disposizione tesa ad una maggiore trasparenza dei metodi e criteri utilizzati dalla Commissione nell'adozione di una decisione. Peraltro in caso di pubblicazione di un eventuale parere contrario alla decisione da parte del comitato, l'obbligo di motivare la propria posizione non si limita al solo organo di rappresentanza ma assume carattere generale nei confronti di tutti gli agenti coinvolti. Relativamente al controllo della Commissione sulle autorità nazionali, esso va inquadrato nella politica di decentramento a cui si ispira il regolamento del 2003, considerato che, come precedentemente detto, ad un ampliamento della competenza di applicazione attribuita alle autorità nazionali deve necessariamente corrispondere un maggior affinamento nelle procedure di controllo da parte della Commissione. Il tutto è ovviamente finalizzato ad evitare che le autorità nazionali giungano a conclusioni diverse da quelle a cui sarebbe giunta la stessa Commissione. In base al 3°comma dell'art.11 del regolamento "quando le autorità garanti della concorrenza degli Stati

membri agiscono ai sensi dell'art.81 e 82 del trattato”, sono tenute a informare per iscritto la Commissione prima o immediatamente dopo la 1°misura formale di indagine. Tale disposizione oltre a rafforzare la collaborazione tra i due organi, indirettamente consente alla Commissione di conoscere anche l'inizio dei procedimenti antitrust nazionali, posto che nell'ambito di applicazione del diritto antitrust ce sono contemplati anche i casi i cui effetti si esauriscono entro il territorio nazionale. In altri termini, l'applicazione del diritto antitrust ce, fa sì che quando le autorità nazionali in base al diritto antitrust nazionale iniziano un procedimento relativo al territorio nazionale, sono tenute ad applicare gli artt.81 e 82 del TCE, dandone notizia alla Commissione che in questo modo conoscerà anche dei casi più importanti istruiti dalle autorità nazionali. Il successivo comma 4 dell'art.11, esplicita le procedure che consentono lo svolgimento del suddetto controllo sulle autorità nazionali che sono obbligate oltre a dare dell'avvio del procedimento antitrust, anche a fornire alla Commissione una “presentazione del caso in questione, la decisione prevista o, in sua mancanza, qualsiasi altro documento che esponga la linea d'azione proposta”. Sulla base di tale documentazione la Commissione può esercitare delle pressioni nel caso in cui le autorità nazionali stiano giungendo a conclusioni sulla cui legittimità la Commissione nutra delle riserve. Le pressioni della Commissione affinché l'autorità nazionale modifichi le proprie decisioni in maniera adeguata e coerente con le linee applicative della Commissione può sfociare in due ipotesi. Una prima si verifica nel caso in cui l'autorità nazionale non adegui la propria conclusione alle linee indicate dalla Commissione, in questo caso quest'ultima può aprire un procedimento sulla stessa fattispecie e di conseguenza in base a quanto disposto dal comma 6 dell'art.11 del regolamento del 2003, avocare a sé la competenza in merito all'applicazione degli artt.81 e 82 del TCE. Una seconda ipotesi si verifica quando, una volta che l'autorità nazionale ha concluso ed emanato la sua decisione in applicazione degli artt.81 e 82 del TCE, in questo caso la Commissione, laddove ritenga che tale decisione sia in violazione dei principi del diritto antitrust, può avviare un procedimento di infrazione contro l'autorità nazionale. Peraltro nel caso in cui avverso al suddetta decisione sia presentato un ricorso, la Commissione potrebbe presentare le proprie osservazioni al giudice nazionale ai fini dell'annullamento. Oltre ai suddetti casi di controllo delle decisioni delle autorità nazionali da parte della Commissione, il nuovo regolamento ne introduce uno di tipo collegiale svolto dal comitato consultivo nei casi in cui una o più autorità nazionale richieda la discussione di procedimento in atto presso altre autorità antitrust di altri Stati membri. Questo tipo di controllo si differenzia da quello precedentemente descritto in quanto in questo caso il comitato consultivo non emette pareri su casi trattati dalle autorità degli Stati membri. La norma si ispira al principio di concentrazione della competenza, in base al quale la competenza ad applicare il diritto antitrust comunitario, è riconosciuta alle autorità degli Stati membri e pertanto richiede la non

sovrapposizione dell'esercizio di tale competenza in ordine ad una stessa fattispecie. In questo modo ciascuna autorità nazionale ha a disposizione un ulteriore strumento di tutela avverso decisioni di dubbia legittimità emanate da altre autorità nazionali, in quanto possono richiedere dapprima la trattazione in sede di comitato consultivo e in un secondo momento, nell'eventualità che permanga la dubbia legittimità della decisione spetterà alla Commissione avocare a sé il caso per emettere la decisione.

Accanto alle forme di cooperazione verticale sono state introdotte dalla riforma, anche cooperazione di tipo orizzontale, ispirate al principio del mutuo riconoscimento precedentemente richiamato, che hanno dato luogo ad una vera e propria "rete" di organi preposti all'applicazione della disciplina antitrust. In base all'attuale regolamento infatti lo scambio di informazioni relative all'avvio di un procedimento, non riguardano soltanto le autorità e la Commissione ma anche le stesse autorità nazionali di altri Stati membri. Tale disposizione è finalizzata a garantire una maggiore ed estesa informazione nell'ottica di una migliore efficienza nell'attribuzione dei diversi procedimenti. A riguardo infatti il regolamento prevede che nel caso in cui due o più autorità si trovino ad esaminare uno stesso caso, si potrà scegliere se sospendere o chiudere il procedimento. In pratica se un'autorità si trovi ad esaminare una pratica o un accordo già in esame presso altra autorità, potrà decidere di chiudere o sospendere il caso e trasmettere le relative informazioni all'altra autorità nazionale che si occuperà del caso. Lo scambio di informazioni è previsto anche nel caso in cui un'autorità di uno Stato membro, per stabilire l'esistenza o meno di un'infrazione al diritto antitrust, possa svolgere sul proprio territorio, tutte le ispezioni consentite dal diritto nazionale, al fine di raccogliere dati utili in nome e per conto dell'autorità garante di un altro Stato membro(art.22,comma1 reg.1/2003). Tale rinnovato ruolo della Commissione è in linea con il rafforzamento dei suoi poteri delineato nell'attuale Costituzione

La rete di organi, e lo scambio di informazioni da essa consentito, delinea un sistema policentrico di applicazione della disciplina della concorrenza in cui la Commissione mantiene ed esercita un ruolo di indirizzo e di controllo. Il tutto appare coerente con quanto in seguito, è stato definito dall'attuale Costituzione europea che rafforza il ruolo della Commissione nel quadro delle istituzioni europee<sup>91</sup> e soprattutto, appare coerente con le disposizioni secondo cui la "definizione di regole di concorrenza necessarie al funzionamento del mercato interno"(art.I-13) rimane alla competenza esclusiva dell'Unione, vale a dire alla Commissione, mentre il mercato interno rientra tra le materie di competenza concorrente dell'Unione e degli Stati membri(artI-14).

---

<sup>91</sup> Per questi aspetti si rimanda a F.Martines, nell'ambito di questo lavoro.



A ben vedere infatti tale sistema policentrico definisce il ruolo delle autorità nazionali come centri indipendenti<sup>92</sup> dal proprio Stato membro di appartenenza, esse operano unicamente nel perseguimento degli obiettivi di politica della concorrenza fissati a livello sovranazionale dalla Commissione. Inoltre la stessa prevalenza del diritto comunitario lascia ben pochi margini di manovra al legislatore nazionale per le funzioni materiali inerenti al mercato. Ne deriva che tale sistema decentrato in realtà crea una rete di centri di *policy* indipendenti dal proprio Stato<sup>93</sup>, ma interdipendenti tra loro, al cui interno la Commissione assume un ruolo decisamente primario.

## **8. Conclusioni. La disciplina della concorrenza tra dimensione sociale e mercato**

In linea generale il campo di applicazione della disciplina comunitaria della concorrenza si estende a tutte le attività che siano economicamente rilevanti, comprendenti non solo la produzione di beni e servizi classicamente intesi, ma anche prodotti e servizi del settore bancario e assicurativo<sup>94</sup>. Sotto il profilo soggettivo, si estende a “ qualsiasi entità che eserciti un’attività economica, a prescindere dallo status giuridico di detta entità e dalle sue modalità di finanziamento, e che costituisce un’attività economica qualsiasi attività che consiste nell’offrire beni o servizi su un determinato mercato”<sup>95</sup>

Fuori dal suddetto ambito di applicazione possono rimanere ai sensi dell’art.III-230 della Costituzione( ex art.36 del trattato), le attività inerenti la produzione e il commercio di prodotti agricoli. Le citate disposizioni stabiliscono che le regole di concorrenza sono applicabili alla produzione e al commercio di prodotti agricoli esclusivamente nella misura determinata dalla legge o legge quadro europea. Appare evidente il primario ruolo della Commissione che non solo nell’ambito del assetto costituzionale ha acquisito rafforzati poteri, ma ad essa spetta accertare in quali casi, determinati accordi, decisioni e pratiche possono essere derogate dall’applicazione. Tali disposizioni vanno contestualizzate nella realtà attuale in cui esistono organizzazioni comuni di mercato che sono subentrate nella maggior parte dei casi a quelle nazionali, queste ultime peraltro sono comunque assoggettate alle disposizioni comunitarie in materia di libera circolazione delle

---

<sup>92</sup> Sul punto si veda F.Merusi, *Democrazia e autorità indipendenti*. Un romanzo quasi giallo, Il Mulino, Bologna 2000

<sup>93</sup> Relativamente alla struttura organizzativa utilizzata per realizzare la cooperazione interistituzionale, si veda S.Cassese, *Il concerto regolamentare europeo delle telecomunicazioni*, in *Gior.Dir.Amm.*, n.6, 2002, p.692; nonché C.Franchini, *I principi dell’organizzazione amministrativa comunitaria*, in *Riv.Tri.Dir Pubbl.* n.3, 2002 p.676 e ss.

<sup>94</sup> A riguardo è possibile realizzare una definizione del campo di applicazione della disciplina della concorrenza attraverso la giurisprudenza della Corte di Giustizia, si veda ad esempio, relativamente al settore assicurativo, la sentenza *Verband der Sachversicherer*, causa 48/85, del 27 gennaio 1987, punti 12 e 14, in *Racc.* p.405; per le attività bancarie, la sentenza *Zuechner*, causa 172/0, del 14 luglio 1981, punti 7-8, in *Racc.p.*2021; per il settore dei trasporti, *Centro servizi spediporto*, causa C-96/94, sentenza del 5 ottobre 1995, punto 19, in *Racc.p.* I-2900; *Reiff*, causa C-185(91), sentenza del 17 novembre 1993, punto 12, in *Racc.p.*I5901; *Corsica Ferries France*, Causa C-266/96, sentenza del 18 giugno 1998, punto 34, in *Racc.p.*I-3949

<sup>95</sup> Cfr. Sentenza della Corte di giustizia del 18 giugno 1998, causa C-35/96, *Commissione c. Italia (spedizionieri doganali)*, in *Racc.* p.I-3851, punto 28; Sentenza della Corte di giustizia del 12 settembre 2000, *Pavlov*, cause C-180 e 184/98 punti 73 e ss. in *Racc.* p.I-2567

merci. In tale ottica l'esclusione dalla diretta applicabilità delle regole di concorrenza comunitarie, in quanto superata dall'evoluzione dell'assetto dei mercati, verrebbe di per sé ad assumere una portata molto limitata, senonché la funzionalità di tale deroga rispetto al perseguimento degli obiettivi indicati all'art.III-227 della Costituzione(ex art.33 del Trattato) ne offre una connotazione decisamente ancora attuale. In particolare dalla giurisprudenza comunitaria e dagli orientamenti della Commissione è venuta in rilievo una interpretazione restrittiva secondo cui è necessario, ai fini della suddetta deroga, che sia dimostrata l'effettiva idoneità dell'accordo ad essere l'unico e migliore strumento al perseguimento dei suddetti scopi.<sup>96</sup>

In linea generale, sono ritenuti comunque contrari alle regole sulla concorrenza gli accordi interprofessionali finalizzati alla determinazione dei prezzi o alla ripartizione del mercato e che pertanto producano effetti distorsivi della concorrenza oltre i limiti accettabili per il raggiungimento degli obiettivi della politica agricola comune. Parimenti vietati sono gli accordi stipulati tra produttori e distributori, sebbene siano in grado di aumentare l'efficienza della distribuzione del prodotto sul mercato, possono talvolta comportare la limitazione all'accesso al mercato da parte dei concorrenti, nei casi in cui si rivelino nella sostanza, accordi di tipo commerciale con l'esclusiva rispetto a determinati prodotti. Va tuttavia considerato che l'attuale frammentazione del mercato dei prodotti agricoli rende poco frequente l'avverarsi dell'ipotesi in cui un singolo produttore, attraverso la conclusione dei suddetti accordi, riesca a coprire una quota superiore al limite (30 per cento) del mercato e a raggiungere in tal modo una posizione dominante.<sup>97</sup>

Altro settore escluso dalle regole di concorrenza è rappresentato dalla difesa e dalla sicurezza nazionale. In base alle disposizioni dell'art.III-436 della Costituzione(ex art.296 del trattato) è consentito agli Stati membri di "adottare le disposizioni che ritenga necessarie alla tutela degli interessi essenziali della propria sicurezza e che si riferiscano alla produzione o al commercio di armi munizioni e materiale bellico; tali disposizioni non devono alterare le condizioni di concorrenza nel mercato interno per quanto riguarda i prodotti che non siano stati destinati a fini specificamente militari". Nell'attuale Costituzione europea non compare l'art.298 del Trattato in base al quale lo Stato membro interessato e la Commissione avrebbero potuto individuare le misure meno distorsive della concorrenza nel settore. In effetti la scelta di non mantenere tale disposizione trova una intuitiva spiegazione alla luce dell'intero riassetto relativo alle competenze in materia di applicazione della disciplina concorrenziale, che è ispirato non più ad una concezione piramidale in cui ogni singolo Stato si rapportava alla Commissione sulle scelte da attuare in determinati casi, ma

---

<sup>96</sup> La giurisprudenza comunitaria in materia è vasta tra le altre si veda Frubo, causa 71/74, sentenza del 15 maggio 1975, in Racc. p.563; Oude Luttikhuis, causa C-399/93, sentenza del 12 Dicembre 1995 in Racc.p.II-693;Drijikstra,cause C-319/93,C-40 e224/94, sentenze del 12 dicembre 1995 in Racc.p.I-4471

<sup>97</sup> Regolamento CE n.2790/99 della Commissione del 22 Dicembre 1999, relativo all'applicazione dell'art.81, paragrafo 3, del Trattato, a categorie di accordi verticali e pratiche concordate, in G.U.C.E del 29 Dicembre 1999, n.L336

ad una concezione “a rete” in cui la competenza ad applicare le regole concorrenziali si estende in linea non più solo verticale (Stato-Commissione e viceversa) , ma anche in senso orizzontale attraverso la leale collaborazione tra tutte le autorità nazionali dei singoli Stati. In questo nuovo contesto, sarebbe risultato anacronistico mantenere una disposizione che contemplava soltanto la prima forma di collaborazione. Peraltro tale anacronismo sarebbe divenuto evidente in relazione a quanto disposto dalla Costituzione in materia di sicurezza e difesa comune.

I due settori citati, agricoltura, difesa e sicurezza nazionale, sono settori la cui esclusione dall’ambito di applicazione delle regole di concorrenza non desta in linea di principio, fondate perplessità circa la validità di tali deroghe ai fini del perseguimento degli obiettivi e valori dell’Unione.

Lo stesso non può affermarsi per quanto riguarda i contratti collettivi e i servizi sociali in generale. Restano fuori dal campo di applicazione i contratti collettivi di lavoro, la cui stipula è finalizzata al miglioramento dell’occupazione e delle condizioni lavorative, obiettivi che potrebbero essere compromessi dall’applicazione delle regole di concorrenza. Alla base di tale esclusione vi è il concetto che la politica della concorrenza deve essere strumentale allo sviluppo economico e sociale, e pertanto qualsiasi contratto o accordo che abbia ad oggetto il miglioramento degli assetti previdenziali, assicurativi o lavorativi in generale, persegue di per sé uno degli obiettivi della concorrenza, ragion per cui può esserne sottratto alla disciplina sovranazionale per essere regolato con legge nazionale<sup>98</sup>. Tuttavia, allo stato attuale, tale deroga al regime concorrenziale potrebbe non risultare un principio assolutamente adeguato alla promozione della parità di trattamento e della libertà di scelta, valori obiettivo dell’Unione europea. A riguardo, va puntualizzato che la giurisprudenza della Corte di giustizia si è andata consolidando lungo un filone che inizialmente ha visto contrapposti la realizzazione il principio di solidarietà sociale da un lato, e lo sviluppo di un mercato concorrenziale<sup>99</sup>, dall’altro. Tale contrapposizione ha assunto dei contorni netti nella celebre sentenza Hofner, in cui la Corte di giustizia ha posto in luce come lo Stato avesse in quella circostanza violato le disposizioni dell’art.86 e 90,1 paragrafo del Trattato, in quanto attraverso l’attribuzione di un diritto esclusivo all’impresa, aveva consentito a quest’ultima di abusare della sua posizione dominante. Nel caso Hofner ciò era comprovato dall’incapacità dell’Ufficio di

---

<sup>98</sup> Cfr. Tesouro op.cit.p.529 e ss

<sup>99</sup> A riguardo si veda G.Lyon-Caen, *l’infiltration du droit du travail par le droit de la concurrence*, in *Droit Ouvrier*, 1992 p.314, nonché le ben note sentenza della Corte di giustizia tra cui la sentenza Hofner del 23 aprile 1991, causa C-41/90, in *Racc.1991,I p.1979 e ss.*, in cui l’ufficio federale del lavoro tedesco fu definito come impresa e l’esercizio del monopolio pubblico del collocamento del personale direttivo configurava un abuso di posizione dominante. La portata che tale sentenza avrebbe potuto avere su tutti regimi nazionali di welfare, fu mitigata dalla successiva sentenza del 17 febbraio 1993, relativa alle cause riunite, C-159 e 160/91, *Poucet e Pistre*, punti 17-19, in *Racc.1993,I,p.637 e ss.* in cui si chiarisce che nella nozione di impresa ai fini dell’applicazione della disciplina della concorrenza, non rientrano gli enti incaricati della gestione di un servizio pubblico di carattere sociale; per una disamina della giurisprudenza comunitaria relativa al rapporto tra stato sociale e mercato si veda S.Giubboni, *Diritti sociali e mercato. La dimensione sociale dell’integrazione europea*, Bologna 2003, K.Michelet, *Protection sociale et contraintes économiques européennes*, in *Droit social*, 2001

collocamento federale a soddisfare la domanda del mercato da un lato, e dall'esistenza di divieti legali che impedivano l'accesso di altri soggetti allo stesso mercato, dall'altro.<sup>100</sup>

In realtà l'approccio seguito dalla Corte rimane limitato all'interno del modello "mercantile", non si è esteso alla considerazione di quali potevano essere gli aspetti legati alla dimensione sociale che potevano giustificare il monopolio dell'Ufficio federale del lavoro<sup>101</sup>.

La Corte nel concludere che l'Ufficio federale tedesco di collocamento era un'impresa che abusava della propria posizione dominante, ha seguito un approccio meramente efficientistico, senza tener conto dell'altra faccia della medaglia, vale a dire della valenza solidaristica e redistributiva dell'attività svolta dagli uffici pubblici di collocamento.<sup>102</sup>

In seguito, nelle cause riunite *Poucet e Priste*, la Corte ha ampliato tale prospettiva basata prevalentemente sulla nozione di impresa, per passare a considerare anche quali potevano essere gli elementi rivelatori dell'esistenza della solidarietà sociale. Allo scopo furono individuati tre indici rivelatori di solidarietà sociale, principio che in quanto considerato contrapposto alla libera concorrenza, determinava la esclusione dall'ambito di applicazione dell'art.81 del Trattato.

In particolare i tre indici sono stati così qualificati: i) un indice della solidarietà distributiva che si rileva in presenza di una distribuzione di risorse in senso verticale tra soggetti o classi più agiate verso quelle meno agiate; ii) indice della solidarietà finanziaria che si realizza in senso orizzontale attraverso il trasferimento di risorse tra fondi in attivo a fondi in deficit; iii) indice della solidarietà intergenerazionale che si realizza quando nel corso del tempo viene adottato un metodo gestionale della ripartizione piuttosto che quello della capitalizzazione. Avendo constatato la compresenza di tutti e tre gli indici di solidarietà, la relativa sentenza emessa ha escluso l'esistenza di un'attività economica che giustificasse l'applicazione delle regole di concorrenza.

Nell'evoluzione giurisprudenziale successiva gli indici di solidarietà sono stati utilizzati con un diverso grado di ponderazione rispetto alla valutazione dell'esistenza o meno di un'attività imprenditoriale, tuttavia ciò non toglie che un elemento costante è stata la dicotomia tra la dimensione sociale e quella imprenditoriale di mercato<sup>103</sup>

---

<sup>100</sup> cfr. Giubboni, cit. p.221 e ss.; N.Reich, *Competition between Legal Orders: A new Paradigm of EC law?*, in *Common Market Law Review*, 1992.

<sup>101</sup> Lo stesso approccio è stato seguito dalla Corte di giustizia nel sanzionare l'illegittimità del monopolio pubblico degli uffici di collocamento italiano. Cfr. Ead, causa C-11/94 IN fi, 1996, IV, con nota di G. Meliàdò, *Il monopolio pubblico del collocamento e il lavoro interinale in Italia dinanzi ai giudici di Lussemburgo: mancate risposte e problemi aperti.*; Job Centre (II), causa C-55/96, in RGL, 1998, II, p.29, commentata da M. Roccella, *Il caso "Job Centre II": sentenza sbagliata, risultato (quasi) giusto.*

<sup>102</sup> In altri termini la Corte non si è posta in una prospettiva di cittadinanza costituzionale che, in questo come in altri casi analoghi, rappresenta un approccio parallelo e complementare. Sul punto si veda M. Freedland, *The Marketization of public services*, in C. Crouch, K. Eder, D. Tambini, (a cura di), *Citizenship, Markets and State*, Oxford, 2001

<sup>103</sup> I tratti salienti della giurisprudenza della Corte di giustizia, possono rinvenirsi nella successiva sentenza Coreva, Causa C-244/94, in cui la Corte in considerazione che i servizi previdenziali di carattere facoltativo, erano gestiti con il metodo della capitalizzazione e non della ripartizione, concluse che l'attività svolta era di natura economica e pertanto soggetta alle norme sulla concorrenza. In questo caso dunque, la Corte attribuì un peso determinante all'indice di

In realtà allo stato attuale tale contrapposizione non appare un principio assolutamente valido per definire con efficacia quali siano i casi di esclusione dall'applicazione della disciplina della concorrenza.

Il rispetto dei principi fondanti dello Stato sociale, compreso quello della solidarietà, infatti non necessariamente si contrappone alla nozione di mercato, ma al contrario può passare proprio attraverso una maggiore competitività nel settore, in grado di garantire ai cittadini la possibilità di scegliere la prestazione sociale più conveniente. Un sistema competitivo anche nel c.d. terzo settore infatti, potrebbe rivelarsi complementare al rafforzamento dei valori di trasparenza, di efficienza e pluralismo che sono alla base del rispetto dei diritti sociali<sup>104</sup>

In questa ottica sembra condivisibile la tesi di quanti sostengono<sup>105</sup> che sarebbe opportuno superare l'impostazione della giurisprudenza comunitaria basata sulla contrapposizione tra concorrenza e solidarietà attraverso la costruzione di uno schema bilanciato, basato sulla cooperazione tra organizzazioni pubbliche e private, in cui la disciplina della concorrenza venga applicata in base alla singola ed effettiva realtà.

In altri termini, considerato che la sfera pubblica e privata sono diventate sempre più interdipendenti al punto che non esiste più un sistema nettamente bipolare<sup>106</sup>, appare opportuno cercare una soluzione intermedia che consenta di superare il sistema dell'equazione tra finalità solidaristiche e deroga alla disciplina della concorrenza.

A ben vedere una riflessione in tal senso è stata svolta dal Comitato economico e sociale che nel parere su "I servizi sociali privati senza scopo di lucro nel contesto dei servizi di interesse generale

---

solidarietà intergenerazionale, in *Foro Italiano*, 1996, col.7, con nota di L.Di Via. Nella successiva sentenza *Albany International BV*, causa C-87/96, la Corte, sulla scia di quanto sostenuto dall'Avvocato Jacobs nelle conclusioni finali, convenne che l'utilizzo del metodo della ripartizione consente di escludere la natura imprenditoriale dell'attività esercitata dall'ente gestore di forme di previdenza di base o complementari. In particolare l'avvocato evidenziò che "nessuno sarebbe stato disposto a pagare le pensioni di altri senza la garanzia che la generazione successiva faccia lo stesso", considerato che questa è la ragione per cui "storicamente è stato necessario introdurre sistemi di questo tipo, gestiti quantomeno posti sotto la tutela dello Stato". In considerazioni di queste valutazioni, la Corte nel caso *Albany* stabilì la natura economica dell'ente di gestione di previdenza, in *Racc.*1999,I,p5751 e ss. e in *Foro Italiano*, 1999,IV, col489, con nota di L.Di Via. Nella caso *INAIL*, Causa C-12/00, la Corte attribuì un valore preponderante all'indice della solidarietà distributiva che ha indotto a concludere che l'attività svolta dall'Istituto non fosse di natura economica, in *Racc.*2002,Ip.691 e ss., un lucida ricostruzione del dibattito dottrinale sviluppatosi sulla questione si veda L..Fassina, *La legittimità comunitaria del monopolio assicurativo dell'INAIL come spunto di riflessione sui rapporti tra ordinamento comunitario e sistema nazionale di protezione sociale*, in *Argomenti di Diritto del Lavoro*, 2003, p253 e ss. Significative sono anche la precedente sentenza *Pavlov e altri*, cause riunite C-180/98 e C-184/98, in *Racc.* 2000,I,p.6451 e ss; Causa C-222/98, Van der Woude nella stessa Raccolta p.7111.

<sup>104</sup> Cfr.S.Giubboni, cit. p.88 e ss. In particolare sul tema si veda anche, tra gli altri, G.Amato, *Il mercato nella Costituzione*, Atti del convegno di Ferrara, 11-12 ottobre 1991; F.Cafaggi (a cura di), *Modelli di governo e Riforma dello Stato sociale*, Bologna, 2002

<sup>105</sup> Così Cafaggi, op.cit. p.41, a riguardo l'autore sottolinea come la sussidiarietà orizzontale sviluppatasi nello Stato sociale, non altera né "modifica il sistema delle responsabilità dei soggetti pubblici, dirette ad assicurare diritti e garanzie riconosciuti dalle Costituzioni contemporanee; produce semmai, un'assunzione complementare di responsabilità da parte di soggetti privati a fondamento della quale vi è senz'altro l'art.2 della Costituzione in forza del riferimento ai doveri di solidarietà"

<sup>106</sup> Cfr. S.Cassese, *La crisi dello Stato*, Roma-Bari 2002, che evidenzia come la mercatizzazione dello Stato non compromette il ruolo essenziale che esso svolge nella rete dei pubblici poteri, rete da cui lo stesso mercato è dipendente.

in Europa” in cui ha illustrato due diverse soluzioni. La prima era finalizzata ad introdurre una clausola di esenzione generale per determinate categorie di servizi sociali offerti in via esclusiva da operatori privati *non profit*; la seconda volta a individuare modalità di applicazione selettiva e modulata delle regole di concorrenza. Su quest’ultima il Comitato si è mostrato maggiormente incline, in quanto è agevole considerare come la seconda soluzione consenta di proteggere la peculiarità dei singoli soggetti privati che operano senza scopo di lucro, attraverso un trattamento modulato sulla singola realtà in modo da garantire che da un lato non vi sia una concorrenza sleale nei confronti di altri operatori economici e, dall’altro che non vi sia una equiparazione *tout court* ad essi<sup>107</sup>.

In questa ottica le regole di concorrenza, applicate in modo selettivo e modulato, verrebbero ad essere opportunamente bilanciate dai principi solidaristici, e potrebbero contribuire ad una maggiore efficienza e libertà di scelta, contribuendo allo stesso tempo ad un più ampia garanzia dei diritti sociali. Potrebbe forse essere questa una delle modalità attraverso cui coniugare gli obiettivi economici e sociali ,tutti significativamente riuniti nell’art.I-3 dell’attuale Costituzione europea.<sup>108</sup>

---

<sup>107</sup> Parere del Comitato economico e sociale pubblicato in G.U.C.E, C 311, 2001 p.33 e ss.

<sup>108</sup> Purtroppo, durante i lavori della Convenzione, non si è formato il consenso intorno al tema della intrinseca connessione tra politiche economiche e politiche sociali, nonostante la risolutezza e il notevole contributo fornito dall’ XI gruppo “Europa sociale”.