

# Luiss

Libera Università  
Internazionale  
degli Studi Sociali

**Guido Carli**

**CERADI**

Centro di ricerca per il diritto d'impresa

## Le nuove regole della concorrenza

ABI – Roma, 3 luglio 2003

**Enrico Camilli**

**Novembre 2003**

© Luiss Guido Carli. La riproduzione è autorizzata con indicazione della fonte o come altrimenti specificato. Qualora sia richiesta un'autorizzazione preliminare per la riproduzione o l'impiego di informazioni testuali e multimediali, tale autorizzazione annulla e sostituisce quella generale di cui sopra, indicando esplicitamente ogni altra restrizione

## **I sessione – La riforma dell'applicazione degli articoli 81 e 82 del trattato CE**

### **A. Pera – Le nuove regole concernenti l'applicazione degli articoli 81 ed 82 del trattato CE**

Una delle novità più importanti introdotta dal nuovo regolamento CE 1/2003 è rappresentata dal decentramento dell'applicazione di tutto l'art. 81 (compresa la possibilità di concedere esenzioni ex art. 81<sup>3</sup>), anche nel caso in cui l'intesa anticoncorrenziale abbia avuto effetti nel commercio degli Stati Membri. Tale operazione ha in conseguenza portato delle innovazioni della disciplina che seguono due linee di intervento, con lo scopo, da un lato, di rafforzare la collaborazione fra le varie Autorità nazionali, e dall'altro di rafforzare il potere di controllo della Commissione.

L'approccio del precedente regolamento 17/62 infatti si basava in primo luogo sul monopolio della Commissione nell'applicazione della disciplina antitrust, in secondo luogo su un'interpretazione di tipo formalistico dell'art. 81<sup>1</sup>. Tale interpretazione consisteva nel considerare vietato ogni atto di autonomia privata limitativo della concorrenza, senza considerare gli effetti generali, in termini di efficienza sul mercato, che tale atto può comportare. Solo nell'ambito di applicazione dell'art. 81<sup>3</sup>, nel momento in cui si valuta l'opportunità o meno di concedere l'autorizzazione in deroga, ed in base ad i criteri contenuti in tale comma, sarebbe possibile valutare l'intesa in base agli effetti che esso produce nel mercato. In base a tale sistema, la concessione di autorizzazioni in deroga da parte della Commissione ha natura costitutiva, in quanto viene a eliminare un divieto che altrimenti si imporrebbe ad ogni atto di autonomia privata limitativo della concorrenza. Tale approccio aveva influito anche nella formulazione dei primi regolamenti di esenzione per categoria, basati infatti sulla elencazione delle

clausole espressamente (e preventivamente) ritenute ammissibili, mentre per le altre andava eventualmente richiesta una esenzione individuale in base al meccanismo dell'art. 81<sup>3</sup>.

I primi commentatori della svolta compiutasi con il regolamento 01/03 hanno affermato che il superamento del monopolio della Commissione nell'applicazione dell'art. 81<sup>3</sup> sia stato determinato dalla necessità di evitare l'accumulo di notifiche, fenomeno che deriva dalla necessità per le imprese di ottenere un'esenzione individuale per non incappare nel divieto. Tuttavia, oltre a ciò, bisogna prendere atto delle trasformazioni in senso sostanzialistico che già si erano verificate nella giurisprudenza comunitaria a proposito dell'interpretazione dell'art. 81 trattato CE.

L'approccio sostanzialistico (c.d. *rule of reason*) consiste nel valutare l'applicabilità del divieto imposto dall'art. 81<sup>1</sup> anche in base all'insieme degli effetti che l'intesa può avere sul mercato, a prescindere dall'applicazione dell'art. 81<sup>3</sup>, che viene quindi a coprire una fascia residuale di ipotesi, legate ai casi specifici previsti nel comma stesso. Inoltre, l'attuazione del decentramento è una naturale conseguenza dell'applicazione del principio di sussidiarietà previsto dallo stesso trattato di Maastricht. Le motivazioni del decentramento vanno quindi ricercate più in profondità. Ne è la prova il fatto che la Commissione già negli anni '90 aveva recepito le istanze di decentramento, di natura sia giurisprudenziale che normativa, mediante:

- modifica della struttura dei regolamenti di esenzione per categoria;
- tendenza al decentramento nell'applicazione dell'art. 81<sup>1</sup>;
- rafforzamento della collaborazione con le Autorità nazionali ( vedi comunicazione del 1997 )

L'aspetto dunque più propriamente rivoluzionario del nuovo regolamento, più che nel decentramento, consiste nell'introduzione del principio di eccezione legale, per cui l'art. 81<sup>3</sup> non fonda più un potere autorizzatorio costitutivo in mano alla Commissione, ma prevede semplicemente un'eccezione derivante direttamente dalla legge all'applicazione del divieto, in maniera tale che l'esenzione adesso assume natura dichiarativa e non più costitutiva. Con tale modifica dunque si compie la svolta verso l'interpretazione sostanzialistica del divieto di intese anticoncorrenziali.

A livello pratico per l'Autorità Garante del Mercato e della Concorrenza ciò non dovrebbe provocare enormi differenze, in quanto la *rule of reason* come criterio di applicabilità o meno del divieto era già implicitamente accettata, ne è la prova la preferenza (riscontrabile se non altro dal dato numerico) ad archiviare il caso per inapplicabilità del divieto piuttosto che la concessione di autorizzazioni in deroga. Per l'applicazione da parte del giudice civile (anche il Tribunale infatti ha competenza per valutare le intese e gli abusi in base agli artt. 81 e 82 del Trattato CE) invece la rivoluzione avrà ben altra portata, in quanto esso sarà tenuto a valutare l'insieme degli effetti economici derivanti dall'intesa, operazione che potrebbe porre non pochi problemi: innanzitutto sarebbe bene che il legislatore nazionale, sulla falsariga dell'art. 33 comma 2 l. 287/90, introducesse una giurisdizione specializzata più limitata, in maniera che possa formarsi una specifica competenza tecnica in capo ad un numero limitato di giudici; in secondo luogo, l'applicabilità dell'art. 81<sup>3</sup> da parte del giudice, poi, richiede che la prova dell'eccezione venga fornita da chi la invoca, anche se potrebbero crearsi dei problemi nel valutare gli elementi forniti, visti i limitati poteri investigativi d'ufficio di cui dispone il giudice ordinario.

Infine, le conseguenze per la Commissione potrebbero essere contrastanti rispetto agli obiettivi originari; se essa intendeva infatti, mediante la decentralizzazione e l'introduzione del principio di eccezione legale, liberare risorse, forse tale obiettivo sarà difficilmente raggiungibile, in quanto il ruolo di "guardiano" che la Commissione assume non permetterà di liberare molte più risorse rispetto ad adesso.

### **A. Saggio – L'applicazione diretta da parte del giudice dell'art. 81<sup>3</sup>**

Mentre la logica originaria dell'art. 88 Trattato CE (vecchia numerazione) prevedeva l'applicazione della disciplina antitrust da parte delle Autorità e dei giudici nazionali, il regolamento 17/62 stravolse tale competenza, introducendo, a favore della Commissione una revocabilità *ad nutum* della competenza sul caso che eventualmente fosse stato aperto da un'Autorità nazionale. Da questo punto di vista, mediante il potere di avocazione concesso alla Commissione, il nuovo regolamento 1/2003 non modifica molto la situazione.

Tuttavia sicuramente il nuovo regolamento si pone molto più vicino all'ispirazione originaria del trattato. Rimane comunque sul campo il problema, sollevato da alcuni, della scarsa esperienza dei giudici nazionali che si trovino ad applicare la disciplina antitrust. A tal riguardo potrebbe essere utile la proposta di A. Pera di limitare la competenza al giudice d'Appello, per velocizzare l'acquisizione di competenze che comunque si verificherà. Infatti per il giudice è comunque possibile acquisire informazioni tecniche mediante la prassi, tuttora adottata soprattutto dal Tribunale di Prima Istanza, di interrogare i funzionari della Commissione o

delle Autorità nazionali. In ogni caso il giudice può disporre di diversi strumenti di collegamento istituzionalizzati con la Commissione e gli altri organi comunitari, come la richiesta di informazioni alla Commissione, il rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia, la richiesta di pareri giuridici alla Commissione. Circa quest'ultimo strumento bisogna adottare un approccio restrittivo del termine parere giuridico: sarebbe infatti inaccettabile se esso si sostituisse al rinvio pregiudiziale, in quanto il parere è reso da un organo amministrativo (la Commissione), senza le necessarie garanzie di cui possono disporre le parti in caso di rinvio alla Corte. Il parere quindi dovrebbe p. es. riguardare questioni circa l'esistenza o meno di norme, e non sulla loro interpretazione. Infine rimane pur sempre possibile l'audizione orale di esperti, anche se non è ben specificato dal regolamento se sia possibile sostituire l'audizione con la presentazione di memorie, spesso molto più funzionale.

### **M. Siragusa – Il principio di eccezione legale**

Con il regolamento 1/2003 si pone fine al sistema autorizzatorio, mediante l'introduzione del sistema di eccezione legale. In tale maniera la Commissione ha risposto a varie critiche che venivano rivolte al sistema precedente. Questa sostanziale modifica ha dato luogo a quattro principali punti di intervento.

## **Il nuovo ruolo della Commissione**

Se col sistema previgente, la competenza esclusiva e il sistema di autorizzazione costitutiva nell'applicazione dell'art. 81<sup>3</sup> garantivano la certezza circa la sua uniforme applicazione, col nuovo sistema dichiarativo della eccezione legale, si "nazionalizza" il diritto della concorrenza comunitario, il che richiede alcuni rimedi, previsti dal nuovo regolamento 01/03 per mantenere, in capo alla Commissione, un ruolo guida nell'applicazione della normativa antitrust.

In primo luogo, l'art. 3 del regolamento prevede l'applicazione parallela ed obbligatoria della disciplina nazionale e comunitaria, per cui non sarà possibile per le singole autorità nazionali sostituire la disciplina nazionale a quella comunitaria.

In secondo luogo, è previsto, all'art 11<sup>6</sup>, il potere di avocazione del caso in capo alla Commissione: l'Autorità nazionale in tal caso perde la competenza nell'applicazione della disciplina comunitaria ma anche della disciplina nazionale (e questa è una novità rispetto al precedente riparto delle competenze).

All'art. 16 inoltre è stabilito il principio in base al quale i giudici nazionali non possono andare contro un giudizio precedente sul medesimo oggetto formulato dalla Commissione ( cfr. sent. *Masterfood* ) ed in caso di litispendenza, il giudice può sospendere il procedimento davanti a sé, in attesa che la Commissione definisca il caso. A tale riguardo potrebbe però sorgere in Italia qualche problema di compatibilità costituzionale di tale principio con l'altro principio della separazione dei poteri, in base al quale si potrebbe escludere che la decisione di un organo amministrativo (come è in fin dei conti la Commissione) possa spiegare un'influenza di giudicato su una decisione giudiziaria.

Infine il sistema delle esenzioni per categoria rimane di competenza esclusiva della Commissione, che, su delega del Consiglio (delega che nei progetti di regolamento si voleva eliminare), emana un atto normativo che vincola Autorità e giudici nazionali.

### **La nuova attività di valutazione degli accordi in base all'art. 81**

Il sistema previgente prevedeva un'analisi bipartita, per cui prima si verificava l'applicabilità del divieto in base all'art. 81<sup>1</sup> e poi la possibilità di concedere un'esenzione in base alla valutazione degli effetti ex art. 81<sup>3</sup> (quella che A. Pera, nel suo intervento, definisce interpretazione formalistica del divieto di intese).

L'evoluzione del sistema aveva poi spinto verso un'analisi unitaria, in cui l'analisi degli effetti viene compiuta sin dalla valutazione circa l'applicabilità o meno del divieto ex art. 81<sup>1</sup>. Nella prassi infatti la Commissione ha tentato di limitare l'art. 81<sup>3</sup>, che prevede solo pochi casi residuali di eccezione, riportando l'analisi generale degli effetti dell'intesa nella valutazione sull'applicabilità del divieto.

In effetti il nuovo regolamento ha bloccato tale tendenza, affermando il sistema dell'eccezione legale, in base al quale la valutazione complessiva degli effetti dell'intesa in termini di efficienza avviene solo alla luce dell'art. 81<sup>3</sup>, non anche nella valutazione circa l'applicabilità del divieto ex art. 81<sup>1</sup>. D'altra parte adesso la valutazione ex art. 81<sup>3</sup> può essere fatta direttamente dal giudice, senza la necessità del sistema di autorizzazione costitutiva e di notificazione, il che rappresenta comunque un notevole passo avanti rispetto al sistema precedente.

## **Nuovi poteri per Autorità nazionali e cambiamenti da effettuarsi nella legislazione nazionale**

Le modifiche apportate a livello comunitario vanno naturalmente ad incidere anche sulle singole discipline nazionali, in quanto producono una diversa ripartizione dei poteri fra organi comunitari, autorità amministrative nazionali e giudici civili, rispetto al modello precedente.

Innanzitutto va inserita la competenza all'applicazione anche dell'art. 81<sup>3</sup> in capo alle Autorità nazionali.

In secondo luogo vanno conferiti gli stessi poteri cautelari all'AGCM, previsti dal regolamento 1/2003 per l'applicazione della normativa comunitaria, anche per la normativa interna, al fine di evitare disparità di trattamenti a seconda che il caso ricada nell'applicazione dell'una o dell'altra disciplina..

Infine andrebbe avviata una discussione circa il mantenimento o meno del sistema di notificazione per le esenzioni individuali previsto dalla disciplina interna, al fine di mantenere una certa omogeneità con la nuova disciplina comunitaria. ( p. es. in Francia e Germania la notificazione è già stata abolita, in maniera tale da mantenere omogeneo il sistema nazionale con quello comunitario ).

## **G. M. Roberti – Il nuovo regime dei rimedi: misure strutturali e sanzioni**

Un ulteriore aspetto innovativo del nuovo regolamento di attuazione degli artt. 81 e 82 del Trattato è rappresentato dagli artt. 7 e 9, funzionali

all'obiettivo di rafforzare l'*enforcing* della disciplina antitrust, garantendo una effettiva cessazione dell'illecito anticoncorrenziale.

In pratica si è provveduto alla codificazione di strumenti già elaborati dalla giurisprudenza, consistenti nella possibilità di fissazione di misure positive. ( vedi la sentenza sul noto caso *Megill*, in cui si stabilisce l'obbligo di fornire le informazioni "grezze" sul palinsesto televisivo ). Tale possibilità è comunque limitata dal principio di proporzionalità delle decisioni della Commissione, per cui nel caso in cui siano possibili più misure per far cessare l'illecito, l'impresa rimane libera di scegliere fra le varie possibilità, rimanendo in capo alla Commissione il potere di imporre una determinata condotta positiva solo nel caso in cui essa sia l'unica in grado di rimuovere gli effetti anticoncorrenziali ( è questo il portato del caso *Automec* ).

Per quel che riguarda la possibilità di imporre rimedi strutturali, essi consistono nell'imposizione di una modifica alla struttura dell'impresa ( sia azionaria, sia, p. es., societaria o proprietaria ). Spesso si parla di rimedio strutturale nel caso di *minority shareholders* che comportino un intreccio di partecipazioni di minoranza fra i concorrenti. Tuttavia in tal caso l'ordine di dismissione delle quote non rappresenterebbe un vero e proprio rimedio strutturale, e quindi non necessiterebbe di una previsione normativa esplicita, in quanto sarebbe implicito nella necessità di porre fine all'illecito. In realtà la necessità di veri e propri rimedi strutturali si pone nel caso di abusi comportamentali ( p. es. integrazioni verticali con effetti sui mercati correlati, vedi il caso *Microsoft* ), come nel caso in cui l'AGCM inviti l'AGCom, con parere, alla separazione societaria dell'impresa.

Esistono due tipologie principali di rimedi strutturali:

- separazione societaria: è il rimedio che in concreto risulta di solito più agevole da applicare, per cui si impone, p. es., la scissione di una

società in due società che gestiscano diverse attività, senza però modificare l'assetto proprietario delle nuove società venutesi a creare;

- separazione proprietaria: è sicuramente un rimedio più complesso perché prevede la modifica dell'assetto proprietario e richiede una prognosi molto precisa circa l'eventualità che, in seguito all'abuso in base al quale si applicherebbe la separazione, si innesterebbero, in assenza di rimedi, abusi ulteriori.

Un ulteriore strumento per garantire l'effettività della disciplina antitrust, introdotto col regolamento 01/03 è quello della decisione con impegni. In tal caso la Commissione, mediante una decisione esplicita, rende obbligatori gli impegni a far cessare l'abuso proposti dalla parte e, contestualmente, chiude l'istruttoria. L'obiettivo dell'istituto è quello di facilitare l'attività di controllo e quella sanzionatoria mediante l'introduzione di una composizione negoziata, che però si conclude con una decisione formale vincolante per la parte che l'abbia proposta. Rimane da precisare in quale momento si potrà innestare tale decisione, ma pare logico prevedere che essa vada a collocarsi fra il momento di avvio dell'istruttoria ( che la Commissione ha intenzione di introdurre in maniera più organica ) e la contestazione degli addebiti.

### **M. D'Alberti – La collaborazione fra le Autorità: profili verticali e orizzontali**

In seguito al maggiore coinvolgimento delle Autorità nazionali, il nuovo regolamento ha portato alla creazione di un sistema attuativo composto della disciplina antitrust, basato su una *European competition network*,

finalizzata all'applicazione effettiva ed uniforme degli artt. 81 e 82 del Trattato CE.

Con riferimento all'architettura di tale rete, va notato il profondo cambiamento rispetto al previgente sistema delineato dal regolamento 17/62, in base al quale era previsto un collegamento delle Autorità nazionali con la Commissione, collegamento che aveva le caratteristiche della verticalità e della dualità

La Comunicazione della Commissione del '97 ma soprattutto il regolamento 1/2003 hanno infatti introdotto una diversa struttura della rete, in quanto hanno previsto un sistema di collaborazione fra le singole Autorità e con la Commissione, avente le caratteristiche della orizzontalità, pluralità, istituzionalizzazione e parità delle Autorità coinvolte.

Per quel che riguarda il funzionamento della rete, essa è destinata a svolgere una pluralità di funzioni.

In primo luogo la rete serve come veicolo di informazioni per decidere la ripartizione dei casi fra le varie Autorità. A tal fine ogni Autorità è tenuta ad inviare alla Commissione e alle Autorità nazionali che potrebbero avere interesse alla decisione del caso, una *early information* al momento in cui decide di avviare il procedimento, da cui decorre il termine di 2 mesi entro cui si deve raggiungere l'accordo circa l'Autorità che debba trattenerne e decidere il caso.

Una volta stabilita la competenza sul caso, comunque la rete rappresenta un importante strumento di scambio delle informazioni istruttorie. In tal caso però andrebbe analizzato il problema dell'utilizzabilità delle informazioni trasmesse da imprese nei casi di *leniency*, che potrebbero essere comunicate ad altre Autorità solo col consenso dell'impresa "pentita".

Oltre allo scambio e alla messa in comunione di informazioni, la rete svolge anche funzione di assistenza fra Autorità ( p. es. nello svolgimento di audizioni o ispezioni all'estero), sempre però in una posizione di parità delle Autorità coinvolte.

Infine va sottolineata la funzione decisionale ( c.d. forza normativa ) della rete: mediante la formazione di una serie organica ed omogenea di decisioni coordinate si contribuisce alla rapida formazione di una "giurisprudenza" delle Autorità, utile per garantire l'omogeneità nell'applicazione del diritto antitrust comunitario. Tuttavia nello svolgimento di tale funzione la Commissione mantiene un certo grado di supremazia, in base a diversi strumenti di controllo ( vincolatività delle decisioni, maggiori poteri istruttori, decisioni dichiarative di attestazione negativa, *confort letters*, potere di avocazione ) che fanno riemergere una sorta di rapporto gerarchico fra Commissione ed Autorità, da cui si potrebbe derivare una sorta di *stare decisis* amministrativo per quel che riguarda le decisioni della Commissione, risultato che potrebbe apparire in contrasto con gli altri obiettivi e funzioni della rete.

Per quel che riguarda l'influenza della rete nelle singole discipline nazionali, essa viene ad incidere sotto diversi punti di vista: innanzitutto sulla disciplina del procedimento e dei poteri dell'organo, che vanno adeguate ai nuovi strumenti resi possibili dalla diretta collaborazione con le Autorità nazionali; in seconda battuta sullo status delle singole Autorità nazionali, in quanto implicitamente l'accresciuta collaborazione richiede uno standard omogeneo di indipendenza rispetto al potere esecutivo, individuabile in una parificazione con l'indipendenza di cui gode il giudice.

In conclusione, nonostante gli indubbi passi avanti conseguiti mediante le ultime innovazioni, tra cui va sicuramente inserito il regolamento 01/03,

ancora la rete non ha assunto una configurazione perfettamente “adespota”, soprattutto per quel che riguarda la paritarietà dei soggetti coinvolti nella funzione decisionale, che rimane caratterizzata dalla preminenza della Commissione.