

LA NUOVA DISCIPLINA COMUNITARIA IN MATERIA DI RICERCA E SVILUPPO E SPECIALIZZAZIONE

*M. Gaia Pazzi**

SOMMARIO *I. Premessa II. La disciplina degli accordi di ricerca e sviluppo A. Il Regolamento n. 418/85 B. Il nuovo regolamento di esenzione degli accordi di ricerca e sviluppo III. La disciplina degli accordi di specializzazione A. Il Regolamento n. 417/85 B. Il nuovo regolamento di esenzione degli accordi di specializzazione IV. Ulteriori elementi di valutazione A. La nuova politica della Commissione sulla cooperazione orizzontale B. Criteri di applicazione dell'articolo 81, C. Criteri di applicazione dell'articolo 81, D. Ulteriori elementi di valutazione i) Accordi di ricerca e sviluppo ii) Accordi di specializzazione V. Conclusioni*

Abstract:

The new block exemption regulations, adopted by the European Commission on the 5th of December, 2000, has caused substantial changes in the evaluation of R&D and specialization agreements under article 81, par. 1, of the EC Treaty. Particularly, to the benefit of legal certainty, unlike present regulations, no more white, black and gray lists exist: according to the new block exemptions, agreements below market thresholds do not normally fall within article 81, par. 1, unless they contain hardcore restrictions, such as price-fixing or market-sharing

Guidelines on horizontal co-operation (i.e. agreements between competitors) clarify that Commission's new approach is based on the economic analysis of every single agreement's effects, which shall prevail over legal presumptions. Market shares tests and the Commission's guidelines will assist

* Avvocato, LL.M (Collège d'Europe, Bruges), funzionario dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato. Le opinioni espresse in questo articolo rappresentano l'opinione personale dell'autrice e non sono in alcun modo riferibili all'Autorità.

parties in evaluating whether an agreement falls within article 81, par. 1, and whether it can benefit from individual exemption under article 81, par. 3.

It is however clear -- from the market thresholds fixed by the Commission -- that the new regime is aimed at promoting small-medium enterprises (SME), whereas non-SMEs will generally have to demonstrate efficiency gains resulting from agreements with their competitors, in order to obtain such an exemption.

I nuovi regolamenti della Commissione Europea che esentano dall'applicazione del divieto di intese restrittive della concorrenza (art. 81, par. 1 del Trattato CE) gli accordi di ricerca e sviluppo e specializzazione, introducono a rilevanti innovazioni nella valutazione del fenomeno degli accordi tra imprese concorrenti in questi settori. In particolare, appare di estremo rilievo la rinuncia ad una logica di analisi della check-list di clausole legittime, a favore del test basato sulle quote di mercato delle parti, il quale garantisce maggiore affidabilità alle imprese, anche a fini di self-evaluation dei propri accordi. La prevalenza dell'analisi delle conseguenze economiche in ciascun caso di specie, rispetto alle rigide presunzioni di liceità delle clausole-tipo, e la contestuale riduzione delle soglie di rilevanza del potere di mercato congiunto delle parti, significativa soprattutto in presenza di rapporti verticali o complementari (acquisto e/o distribuzione), offriranno dunque alle imprese maggiore libertà di azione e flessibilità operativa, al fine di adeguarsi alle esigenze della rapida evoluzione tecnologica dei mercati e alla globalizzazione della economia mondiale. In concreto, peraltro, gli effetti economici di questi nuovi regolamenti, tenuto conto delle soglie di mercato previste dai regolamenti per l'esenzione, ossia il 25% negli accordi di R&D e il 20% negli accordi di specializzazione, ricadranno essenzialmente a favore delle piccole e medie imprese (PMI). Altre forme di condivisione delle attività produttive, le quali consentano comunque di ottenere comprovate efficienze, da un punto di vista economico, e maggiore competitività nei mercati di sbocco finali, da un punto di vista della concorrenza, potranno comunque essere esentate, anche al di sopra delle soglie dei Regolamenti, nei limiti e alle condizioni fissate dalle guidelines della Commissione sulla cooperazione orizzontale tra imprese del 6 gennaio 2001.

I. Premessa

Il presente lavoro mira a fornire una breve sintesi della nuova disciplina in materia di accordi di ricerca e sviluppo (di seguito anche R&D) e accordi di specializzazione, contenuta in due nuovi regolamenti di esenzione ai sensi dell'art. 81, par.

3, del Trattato, il cui testo definitivo è stato approvato dalla Commissione Europea (di seguito la Commissione) il 29 novembre 2000¹.

I due nuovi regolamenti realizzano una significativa semplificazione del processo valutativo ai sensi dell'art. 81 del Trattato, sostituendosi alle precedenti *block exemptions* in materia². In particolare, queste nuove regolamentazioni segnano il superamento della logica delle liste di clausole c.d. bianche, nere e grigie, a favore di una analisi più schiettamente economica dei fenomeni cooperativi tra imprese, fondata sul potere mercato delle parti, a sua volta misurato, in via prioritaria, in termini di quota di mercato.

Tale semplificazione è resa specificamente possibile in quanto, secondo l'esperienza sin qui maturata dalla Commissione, le predette tipologie di intese non appaiono, in generale, determinare *significant* restrizioni della concorrenza ovvero determinano restrizioni che, sotto determinate quote di mercato, possono essere comunque *controbilanciate* da prevalenti benefici concorrenziali per le imprese che vi aderiscono.

I due nuovi regolamenti di esenzione di categoria si inseriscono nel più ampio quadro di modernizzazione del diritto comunitario della concorrenza, il quale è ancora in via di sviluppo, secondo le linee evidenziate nel "Libro bianco sulla modernizzazione delle norme per l'applicazione degli articoli 85 e 86 del trattato CE"³, per quanto concerne gli aspetti che potremmo definire più propriamente *publicistici*, ossia i rapporti interistituzionali, in particolare, tra Commissione e autorità *antitrust* degli Stati membri⁴; mentre risulta già ampiamente delineato per quanto concerne gli aspetti *privatistici*, ossia i rapporti verticali e orizzontali tra imprese, rispettivamente disciplinati dal Regolamento della Commissione n. 2790/99 del 22 dicembre 1999, relativo all'applicazione dell'art. 81, par. 3, del Trattato CE a categorie di accordi verticali e pratiche concordate, e dalla

¹ Cfr. Regolamento n. 2658/2000 della Commissione del 29 novembre 2000, relativo all'applicazione dell'articolo 81, paragrafo 3, del Trattato a categorie di accordi di specializzazione, e Regolamento n. 2659/2000 della Commissione del 29 novembre 2000, relativo all'applicazione dell'articolo 81, paragrafo 3, del Trattato a categorie di accordi di ricerca e sviluppo, entrambi in G.U.C.E. del 5 dicembre 2000, serie L, n. 304, pag. 3 e segg.

² Cfr. i regolamenti CEE n. 417/85 della Commissione del 19 dicembre 1984, relativo all'applicazione dell'articolo 85, paragrafo 3, del trattato a categorie di accordi di specializzazione, come modificato dal regolamento CEE n. 151/93 della Commissione, e il regolamento n. 418/85 del 19 dicembre 1984, relativo all'applicazione dell'articolo 85, paragrafo 3 del trattato a categorie di accordi in materia di ricerca e sviluppo, come modificato dal regolamento CEE n. 151/93 (in G.U.C.E. del 22.02.1985, serie L, n. 53, pag. 5 e segg., e G.U.C.E. del 29.01.1993 serie L, n. 21, pag. 8 e segg.).

³ In G.U.C.E. serie L, n. 336, del 29 dicembre 1999, pagg.21 e segg..

⁴ In G.U.C.E. serie C, n. 132, del 12 maggio 1999, pag. 1 e segg.

Comunicazione della medesima istituzione del 6 gennaio 2001, recante "Linee direttrici sull'applicabilità dell'art. 81 del Trattato CE agli accordi di cooperazione orizzontale" (di seguito anche *guidelines*)⁵.

Quest'ultima Comunicazione, di cui si darà conto sinteticamente nella sez. IV (*infra*), riveste particolare importanza, in quanto, non solo sostituisce due precedenti comunicazioni della Commissione di estremo rilievo, quali la "Comunicazione relativa ad accordi, decisioni e pratiche concordate concernenti la cooperazione tra imprese" e la "Comunicazione sulla valutazione delle imprese comuni aventi natura di cooperazione ai sensi dell'art. 85 del Trattato"⁶, ma costituisce altresì, insieme ai citati regolamenti di esenzione, una efficace rielaborazione dei principi che hanno informato nell'ultimo decennio la prassi della Commissione in materia di cooperazione orizzontale, aggiornandola alla luce dei profondi mutamenti della realtà economica contemporanea, derivanti sia dall'apertura alla concorrenza di numerose categorie di attività un tempo riservate allo Stato, sia dal più ampio fenomeno di globalizzazione dei mercati⁷. In particolare, il nuovo quadro normativo delineato dalla Commissione rende possibile una più flessibile collaborazione tra imprese, laddove le quote congiunte delle parti non lasciano presumere alcun tipo di significativo potere di mercato, ovvero nessuna sostanziale alterazione delle dinamiche concorrenziali sul mercato di riferimento. Questa regola di ragionevolezza (*rule of reason*), anche se non espressamente accolta dalla Commissione e apertamente osteggiata da alcuni Stati membri⁸, subisce eccezione solo di

⁵ In G.U.C.E. serie C, n. 3, del 6 gennaio 2001, pagg. 2 e segg. Il progetto delle *guidelines* era apparso in G.U.C.E. del 27 aprile 2000, serie C, n. 118, p. 3 e segg., *Comunicazione ai sensi dell'art. 5 del Regolamento CEE n. 2821/71 del Consiglio, del 20 dicembre 1971, relativo all'applicazione dell'articolo 81, paragrafo 3, del Trattato a categorie di accordi, decisioni e pratiche concordate modificato dal Regolamento CEE n. 2743/72*, in G.U.C.E. del 27 aprile 2000, serie C, n. 118, p. 3 e segg.

⁶ In G.U.C.E. rispettivamente del 29.07.1968, serie C, n. 75, pag. 3 e segg. e del 16.02.1993, serie C, n. 43, pag. 2 e segg.

⁷ Cfr. LÜCKING, *Horizontal Cooperation agreements-Ensuring a modern policy*, in EC Competition Policy Newsletter, giugno 2000, n. 2, pagg. 41-44. Più in generale, cfr. l'intervento di E.-J. MESTMAECKER, *The modernization of E.U. Competition Rules*, in *Post-Chicago Developments in Antitrust Analysis: United States and Europe*, Convegno di Taormina, 26-28 ottobre 2000.

⁸ In particolare, la Germania si dichiara contraria ad accogliere nel diritto comunitario della concorrenza una regola di ragionevolezza sul modello statunitense, in quanto tale impostazione non sarebbe, allo stato, compatibile con la struttura e la logica interna dell'articolo 81 del Trattato, che sancisce il divieto di intese restrittive della concorrenza. Dunque, per considerare possibile qualsiasi diversa interpretazione del menzionato articolo, sarebbe necessario un formale emendamento del testo del Trattato e una esplicita approvazione da parte degli Stati membri dell'Unione Europea. In realtà, l'interesse preminente della Germania appare piuttosto quello di non alterare l'attuale assetto normativo della concorrenza *nazionale*, il quale ha inizialmente ispirato e ora riflette strettamente quello comunitario, oltre all'evidente interesse,

fronte a restrizioni *per se* illegittime, quali le pratiche di fissazione di prezzi o di spartizione del mercato.

Sotto altro profilo, la revisione delle regole per la valutazione del fenomeno della cooperazione fra imprese si rende indispensabile in vista del previsto decentramento delle competenze nell'applicazione delle norme a tutela della concorrenza, al fine precipuo di limitare le divergenze interpretative tra le autorità preposte alla sorveglianza del mercato nei vari Stati membri⁹. Il sistema vigente, infatti, conferendo un monopolio alla Commissione nell'applicazione dell'art. 81, par. 3, del Trattato CE, ossia nell'esenzione dal divieto di intese restrittive della concorrenza, impedisce *de facto* l'applicazione diretta delle norme comunitarie da parte delle giurisdizioni e delle autorità garanti della concorrenza degli Stati membri¹⁰ e sottrae allo stesso tempo risorse preziose alla Commissione per istruire denunce o avviare d'ufficio istruttorie contro le infrazioni più gravi. Peraltro, secondo quanto affermato dall'ultima *Relazione sulla politica di concorrenza*¹¹, il predetto assetto normativo-istituzionale, oltre a non garantire più un controllo efficace della concorrenza, rappresenta anche un vincolo burocratico eccessivo per le imprese, a cui non corrisponde un adeguato grado di certezza giuridica.

comune ad altri Stati membri, a non rilasciare competenze a favore della Commissione che non siano sottoposte a controllo ed eventualmente controbilanciate dagli Stati membri.

⁹ La Corte di Giustizia ha riconosciuto ai giudici nazionali la possibilità di applicare direttamente l'art. 81, par. 1, del Trattato, effettuando un giudizio prognostico negativo circa l'esentabilità dell'accordo ai sensi del paragrafo 3 del medesimo articolo, nel caso *Delimitis* (sentenza 28 gennaio 1991, causa C-234/89, *Stergios Delimitis c./ Henninger Brau AG*, in Racc. 1991, pag. I-934), a cui ha fatto seguito una importante comunicazione della Commissione, *Comunicazione relativa alla cooperazione tra i giudici nazionali e la Commissione nell'applicazione degli articoli 85 e 86 del Trattato CE*, in G.U.C.E. serie C, n. 39, del 13 febbraio 1993, pagg. 6-11. Per quanto concerne invece le autorità di concorrenza nazionali, la facoltà di applicare direttamente i menzionati articoli, in caso di inerzia della Commissione, è contemplata dall'art. 9, par. 3 del Reg. 17/62, ed ha formato oggetto di chiarimento da parte della Corte di Giustizia nella celebre sentenza del 13 febbraio 1969, causa 14/68, *Walt Wilhelm*, in Racc. 1969, pag. 1, in particolare punti 3-5, da cui poi è derivata la *Comunicazione della Commissione concernente la cooperazione tra la Commissione e le autorità garanti della concorrenza negli Stati membri per l'esame dei casi disciplinati dagli articoli 85 e 86 del Trattato CE*, in G.U.C.E. serie C, n. 313, pag. 3-11.

¹⁰ Nonostante l'effetto diretto degli articoli 81, par. 1 e 2, e 82 del Trattato CE, affermato dalla Corte di Giustizia fin dagli anni '70 (cfr. sentenza del 30 gennaio 1974, causa 127/73, *BRT I*, in Racc. 1974, pag. 51), l'efficacia della protezione offerta da tali disposizioni è in realtà estremamente limitata, in quanto le imprese attaccate davanti alle autorità nazionali, giurisdizionali o amministrative, possono praticamente bloccare l'azione dell'organo interpellato, notificando i loro accordi alla Commissione. L'avvio della procedura da parte della Commissione, infatti, ha automaticamente l'effetto di privare le autorità nazionali della competenza *ex art. 9, par. 3, del Reg. 17/62, cit.*, e di indurre i giudici a sospendere in via prudenziale il procedimento, in attesa della decisione della Commissione.

¹¹ Cfr. *XXIX Relazione sulla politica di concorrenza*, 1999, pagg. 12 e segg.

L'opzione prescelta dalla Commissione per superare l'*impasse* è stata quella di abolire il regime di autorizzazione, e il conseguente obbligo di notifica preventiva per le imprese, in favore di un regime di c.d. eccezione legale, ossia un regime in cui gli accordi che ricadono nell'ambito di applicazione dell'art. 81, par. 1, in quanto restrittivi della concorrenza e idonei a pregiudicare il commercio tra gli Stati membri, sono considerati leciti *ab initio*, ove soddisfino le condizioni dell'art. 81, par. 3, del Trattato¹². Questa forma di controllo *a posteriori*, oltre a ridurre gli oneri a carico degli operatori economici, permetterebbe alle autorità nazionali di applicare appieno l'art. 81, potendo esse stesse valutare se un accordo può o meno essere esentato ai sensi del par. 3 del predetto articolo¹³.

Dalle menzionate esigenze di certezza del diritto e snellezza nei procedimenti di applicazione delle regole di concorrenza¹⁴, e nel descritto quadro evolutivo del diritto *antitrust* comunitario, trovano origine pertanto i due nuovi regolamenti di R&D e specializzazione che verranno analizzati in dettaglio, dopo una breve sintesi del precedente regime, nelle seguenti sez. II e III. Si deve ancora preliminarmente ricordare che essi sono entrati in vigore il 1° gennaio 2001, pur essendo previsto un periodo transitorio di 18 mesi, dal 1° gennaio 2001 al 30 giugno 2002. Il regime transitorio prevede che gli accordi che attualmente ricadono nell'ambito di applicazione di uno dei due precedenti regolamenti continuino ad essere esentati dal divieto di intese restrittive della concorrenza. La durata dell'esenzione garantita da entrambi i regolamenti è pari a dieci anni (art. 9 del rispettivo testo), così da consentire la conclusione di accordi "... che possono avere per le imprese incidenza di ordine strutturale" (cons. 17 del Regolamento di specializzazione) e che favoriscono comunque il recupero di ingenti investimenti (cons. 21 del Regolamento di R&D).

¹² E' evidente che "...in un regime di controllo a posteriori, le imprese devono valutare esse stesse la compatibilità delle loro intese con il diritto comunitario alla luce dei testi vigenti e della giurisprudenza...", in *Libro bianco sulla modernizzazione delle norme per l'applicazione degli articoli 85 e 86 del trattato CE - Programma della Commissione n. 99/ 027*, in G.U.C.E. del 12 maggio 1999, serie C, n. 132, pag. 1 e segg., in particolare punti 76 e segg.

¹³ Alla Commissione rimarrebbero in pratica solo i casi di maggior rilievo giuridico-economico, cfr. *Libro bianco sulla modernizzazione delle norme per l'applicazione degli articoli 85 e 86 del trattato CE (presentato dalla Commissione) - Corrigendum*, in G.U.C.E. del 12 maggio 1999, serie C, n. 132, pag. 1 e segg., punti 69-90.

¹⁴ Cfr. in particolare, il regolamento n. 2659/00 relativo agli accordi di ricerca e sviluppo, in cui si afferma espressamente che "un nuovo regolamento deve soddisfare il duplice requisito di assicurare l'efficace tutela della concorrenza e di offrire alle imprese la necessaria certezza del diritto", tenendo conto "...per quanto possibile, della necessità di semplificare la vigilanza amministrativa ed il quadro legislativo" (cons. 5).

II. La disciplina degli accordi di ricerca e sviluppo.

a) Il Regolamento n. 418/85

Dopo la crisi dei primi anni '80, la Commissione, al fine di favorire gli investimenti necessari a generare una rapida ed effettiva innovazione produttiva e industriale, quale elemento chiave delle dinamiche concorrenziali, e prendendo atto della necessità per le imprese di ripartire i costi e i rischi, talora molto elevati, connessi alle attività di ricerca e sviluppo (c.d. R&D), ha emanato il regolamento n. 418, relativo all'applicazione dell'art. 85 (attuale art. 81), par. 3, del trattato a talune categorie di accordi di ricerca e sviluppo (di seguito anche "il regolamento R&D")¹⁵. La Commissione considera infatti che "la cooperazione in materia di ricerca e sviluppo e di sfruttamento in comune dei risultati contribuisce, in genere, a promuovere il progresso tecnico ed economico favorendo una maggiore diffusione delle conoscenze tecniche fra le parti, evitando duplicazioni nei lavori di ricerca e sviluppo, incoraggiando nuovi progressi grazie allo scambio di *know-how* complementare e permettendo di razionalizzare la fabbricazione dei prodotti o utilizzare dei processi scaturiti dalla ricerca" (cons. 4 del Reg. n. 418, ripetuto anche nel nuovo regolamento). Si deve peraltro ricordare che questi accordi possono contribuire in maniera sostanziale all'integrazione europea, in quanto posti in essere da imprese appartenenti a diversi Stati membri al fine creare prodotti comuni - talora, "comunitari" per raffronto a quelli statunitensi.

Tale regolamento introduce la possibilità per le imprese, che siano concorrenti attuali o potenziali¹⁶, di svolgere congiuntamente attività di R&D, sfruttarne insieme i relativi risultati ed eventualmente distribuirne in comune i prodotti o servizi che ne

¹⁵ Si ricorda che il regolamento n. 418 è stato modificato nel 1994 dal regolamento della Commissione n. 151/93, cit., e prorogato nel 1997 fino al 31 dicembre 2000, dal regolamento della Commissione n. 2236/97, in G.U.C.E. dell'11 novembre 1997, serie L, n. 306, p.12.

¹⁶ La nozione di "*concorrente potenziale*" è estremamente importante nell'ambito del regolamento R&D e implica che non vi siano ostacoli che impediscano in maniera assoluta a ciascuna parte di intraprendere indipendentemente dall'altra il le attività di R&D, non solo in termini di capacità finanziaria, ma anche in termini di *know-how* e tecnologie essenziali. La Commissione ritiene per prassi che si debba essere considerare il rapporto di concorrenza potenziale fra le parti, se i prodotti contrattuali sono componenti; in caso di prodotti finiti, invece, viene in generale valutato il rapporto di concorrenza effettiva, a stabilire positivamente il quale è peraltro sufficiente che i prodotti derivanti dalla ricerca siano per uso sostituibili con i prodotti attualmente offerti dalle parti (cfr. *inter alia*, la decisione del 12 dicembre 1990, *KSB*, in G.U.C.E. del 25 gennaio 1991, serie L, n. 91, p. 19). Nel caso in cui la ricerca ha ad oggetto prodotti totalmente nuovi, le imprese che partecipano al programma di R&D non sono considerate concorrenti ai sensi del Reg. n. 418.

derivano¹⁷, avvalendosi di una esenzione generalizzata (c.d. *block exemption*) dall'applicazione del divieto di intese restrittive della concorrenza di cui all'art. 81, par. 1, del Trattato. L'esenzione è concessa nella misura in cui gli accordi rispondano alle condizioni definite dal regolamento stesso e senza limiti quanto alla forma della collaborazione in questione: rientrano infatti nel regolamento n. 418 tutte le forme possibili di cooperazione per lo svolgimento in comune di attività di ricerca e sviluppo di prodotti o processi produttivi: dall'impresa comune alla partnership, dal GEIE al consorzio, ecc. Parimenti irrilevante è lo status giuridico dei partecipanti, potendo essere coinvolti negli accordi società o persone fisiche ovvero enti pubblici, quali università, ospedali o istituti di ricerca: la nozione di "impresa" ricomprende infatti tutti quei soggetti che possono sfruttare i risultati o le conoscenze tecniche derivanti dalla ricerca (cfr. cons. 4 del Reg. n. 418).

In generale, la Commissione ritiene dunque che, fino allo stadio dell'applicazione industriale, gli accordi di ricerca e sviluppo non contrastino con il divieto di intese restrittive sancito dall'art. 81, par.1 del Trattato¹⁸. Tuttavia, un esame più attento è riservato agli accordi in cui: *i*) le parti si siano vincolate a non svolgere le medesime attività autonomamente, *ii*) le parti si siano accordate per fabbricare congiuntamente o, comunque, *iii*) abbiano determinato insieme quali saranno le modalità di fabbricazione dei prodotti (o di utilizzazione dei processi) o le condizioni di sfruttamento dei diritti di

¹⁷ Come viene descritto più avanti nel testo, la possibilità di applicare il Reg. n. 418 ad intese che prevedevano anche la distribuzione in comune dei prodotti contrattuali è stata introdotta per la prima volta nel 1993, con il Reg. n. 151, cit. (cfr. anche la *XXII Relazione della concorrenza*, par. 267).

¹⁸ Gli effetti restrittivi derivanti dagli accordi di R&D devono essere valutati non solo rispetto alle parti, i cui comportamenti possono risultare, a seguito degli accordi, privi della necessaria indipendenza (in particolare quanto allo sfruttamento commerciale dei risultati raggiunti), ma soprattutto rispetto alle parti terze, ossia ai concorrenti - potenziali o attuali - e ai clienti delle imprese, per cui gli accordi di R&D in comune possono creare delle forti barriere all'ingresso (c.d. *foreclosure*). Gli effetti della cooperazione devono essere valutati caso per caso, in base alla specifica struttura dell'accordo e dei mercati interessati, tenendosi in particolare considerazione anche i potenziali effetti di segmentazione del mercato comune lungo i confini nazionali, cfr. la decisione della Commissione dell'11 ottobre 1988, *BBC*, in G.U.C.E. del 4 novembre 1988, in cui degli accordi di ricerca "puri" sono appunto stati vietati in quanto la concorrenza tra le parti in alcuni Stati membri era preclusa dai diritti di proprietà intellettuale esistenti. In generale, la Commissione è stata molto più attenta alle restrizioni del primo tipo, vale a dire quelle derivanti dalle clausole contrattuali sul comportamento delle parti, piuttosto che alle restrizioni relative alla sussistenza di un sufficiente grado di concorrenza nelle stesse attività di R&D e quelle relative agli effetti di *foreclosure* del mercato, cfr. FAULL&NICKPAY, *The EC Law of Competition*, Oxford, 1999, p.372 e segg.

proprietà intellettuale o del *know-how* (cfr. cons. 2 e 3 e art. 1, par. 3, lett. *b*, del regolamento R&D)¹⁹.

Ai sensi dell'art. 1, infatti, il regolamento si applica a tutti gli accordi che rientrano nell'ambito di applicazione dell'art. 81, par. 1, e che hanno per oggetto: *i*) la ricerca e lo sviluppo in comune di prodotti o di processi di produzione, nonché lo sfruttamento in comune dei relativi risultati, o *ii*) lo sfruttamento in comune dei risultati ottenuti dalla ricerca e sviluppo di prodotti o processi, realizzati sulla base di un precedente accordo tra le parti²⁰, o *iii*) la ricerca e sviluppo in comune di prodotti o processi, ad esclusione di qualsiasi sfruttamento in comune.

I termini "ricerca e sviluppo in comune" indicano non solo ogni caso in cui il relativo lavoro è eseguito da un *working group*, un ente o un'impresa controllata in comune, ma anche casi in cui il lavoro è affidato per conto delle parti a terzi, ovvero è ripartito tra le parti in funzione di una specializzazione nella ricerca, nello sviluppo o nella produzione²¹. Anche il concetto di "sfruttamento in comune" dei risultati delle attività di R&D è inteso in senso lato, come compensavo della fabbricazione vera e propria, dell'utilizzazione o cessione dei diritti di proprietà intellettuale, della concessione di licenze, della diffusione del *know-how* a terzi (cfr. art. 1, par. 2, lett. *d*), ovvero della commercializzazione di nuovi prodotti (cfr. art. 3, par. 3*bis* e art. 4, par. 1, lett. *f bis, ter e quater*, introdotti dal Reg. n. 151/93 di modifica del Reg. n. 418/85).

Analogamente ad altri regolamenti di esenzione, vengono individuati una serie di condizioni necessarie perché gli accordi possano godere del beneficio dell'esenzione (art.

¹⁹ In tal senso, il regolamento n. 418/85 precisa e integra quanto già affermato dalla Commissione nella citata Comunicazione del 1968, circa la legittimità degli accordi di R&D, nei limiti in cui i risultati della ricerca siano accessibili a tutte le imprese che vi hanno partecipato e le parti non si vincolino reciprocamente quanto alle attività di R&D al di fuori del progetto in comune. Si deve tuttavia sottolineare come, prima dell'adozione del regolamento, vigesse una forte incertezza giuridica tra gli operatori, non essendo state esplicitate puntualmente le condizioni di ammissibilità per lo sfruttamento in comune dei risultati della ricerca, né quelle per la distribuzione congiunta dei prodotti derivanti da essa, cfr. tra gli altri: KORAH, *R&D and the EEC Competition Rules: Regulation 418/85*, ESC Publishing, London, 1986, e VENIT, *The Research and Development Block Exemption Regulation*, in *EL Review*, 1985, 151. Per una analisi più approfondita della genesi del regolamento e della evoluzione della prassi della Commissione, cfr. FRIGNANI&WAELEBROEK, *Disciplina della Concorrenza nella CE*, Torino, 1996, pag. 870 e segg.

²⁰ La Commissione non ha ritenuto esentabili accordi di puro sfruttamento in comune, del tutto avulsi da progetti di R&D, cfr. in particolare, la decisione del 12 dicembre 1990, nel caso *KSB/Goulds/Lowara/ITT*, in G.U.C.E. del 25.01.1991, serie L, n. 19, p. 25 e segg.

²¹ Cfr. in tal senso il caso *KSB/Goulds/Lowara/ITT*, cit. alla precedente nota.

2) e delle liste di clausole contrattuali che devono ritenersi rispettivamente esentate (art. 4), ammesse (art. 5) o vietate (art. 6).

Per quanto riguarda le condizioni per l'esenzione, le attività di R&D devono essere fondate su un progetto che definisce esattamente la natura e il settore dei lavori in comune (art. 2, lett. *a*), mentre tutti i risultati della ricerca devono essere accessibili a tutte le parti e, ove gli accordi riguardino solo attività di R&D, ciascuna parte deve poter sfruttare autonomamente i relativi risultati e le conoscenze tecniche preesistenti (art. 2, lett. *b* e *d*). Inoltre, è essenziale che lo sfruttamento in comune abbia ad oggetto dei risultati protetti da diritti di proprietà intellettuale o costituenti *know-how* "che contribuisca in modo sostanziale a promuovere il progresso tecnico o economico", mentre i risultati devono essere "determinanti per la fabbricazione dei prodotti o l'utilizzazione dei processi contemplati dal contratto" (art. 2, lett. *d*). In caso di specializzazione nella produzione, l'impresa che fabbrica i prodotti è tenuta a soddisfare la richiesta di fornitura di tutte le altre parti (art. 2, lett. *f*). In ogni caso, lo sfruttamento in comune dei risultati della ricerca è esentato per un periodo massimo di 5 anni e nei limiti in cui le parti non fossero, al momento della stipulazione dell'accordo, dei produttori concorrenti di beni suscettibili di essere sostituiti o migliorati dai prodotti derivanti dalla ricerca e sviluppo in comune. In quest'ultimo caso, l'accordo è esentato solo se le parti detenevano, al momento dell'inizio delle attività di R&D in comune, una quota di mercato inferiore al 20% (art. 3, par. 2).

A seguito delle numerose notifiche per ottenere una esenzione individuale ex art. 19, par. 3, del Regolamento n. 17/62, la Commissione ha infine ammesso la vendita in comune dei prodotti oggetto del contratto, anche se a condizioni piuttosto restrittive: l'esenzione è infatti accordata per un periodo massimo di 5 anni e il distributore (parte contraente, impresa comune o terzo) non deve distribuire a sua volta prodotti concorrenti ovvero, qualora distribuisca prodotti concorrenti, la quota delle parti non deve superare il 10% del mercato rilevante (art. 3, par. 3 *bis*, introdotto dal regolamento n. 151/93).

Tra le principali clausole contrattuali esentate dall'art. 4 (c.d. lista bianca), in quanto indispensabili per realizzare gli investimenti comuni, figurano: il divieto di autonome attività di R&D nello stesso settore o in settori connessi (art. 4, lett. *a*); il divieto di conclusione di accordi simili con terzi o di acquisto da terzi dei prodotti contemplati nell'accordo (lett. *b* e *d*); il divieto di fabbricare in territori riservati ad altre parti ovvero al di là delle applicazioni tecniche contemplate (art. 4, lett. *d* ed *e*), nonché il divieto di politica attiva di vendita dei prodotti nei territori riservati ad altri contraenti, per

cinque anni dalla data di prima messa in commercio (art. 4, lett. *f*)²². Inoltre, a seguito delle modifiche introdotte dal regolamento n. 151/93, le parti sono tenute a comunicarsi reciprocamente le esperienze acquisite e a concedersi licenze non esclusive (art. 4, lett. *h*).

Nelle clausole restrittive normalmente ammesse, salvo circostanze eccezionali (c.d. lista grigia), rientrano: l'obbligo di comunicarsi il *know-how* e, se comunicato, di non utilizzarlo per fini diversi dalla realizzazione del programma di ricerca o dallo sfruttamento dei relativi risultati e di non divulgarlo (art. 5, par.1, lett. *a*, *b* e *d*) ; l'obbligo di ottenere e mantenere in vigore i diritti di proprietà intellettuale e, in caso di violazione di tali diritti, di cooperare per ottenerne il rispetto (art. 5, par.1, lett. *c* e *e*), e l'obbligo di produrre delle quantità minime (art. 5, par.1, lett. *h*).

Sono invece considerate *hardcore restrictions* (c.d. lista nera), secondo una giurisprudenza costante della Corte di Giustizia: le restrizioni di prezzo, le limitazioni di quantità o clientela, la clausola di non contestazione, il divieto di attività di ricerca e sviluppo in settori non connessi, il divieto di politica attiva sui territori altrui decorsi cinque anni e, ove non sia stata prevista produzione in comune, il divieto di licenze di fabbricazione a terzi. La presenza di anche una sola di tali clausole contrattuali comporta l'inapplicabilità del regolamento di esenzione e la necessità di notificare l'accordo per poter beneficiare eventualmente di una esenzione individuale ai sensi dell'art. 81, par. 3, del Trattato. Parimenti, in caso di accordi contenenti clausole restrittive diverse da quelle espressamente esentate agli artt. 4 e 5, ma non rientranti nella lista nera di cui all'art. 6, le parti possono notificare il loro accordo alla Commissione. Quest'ultima deve decidere entro sei mesi se vietarlo o meno, valendo in caso di inerzia il principio del silenzio-assenso (art. 7, procedura c.d. di opposizione).

Infine, vale sottolineare che, diversamente da altri tipi di *block exemption*, il beneficio dell'esenzione fornito da questo regolamento può essere cumulato con quello di altri regolamenti di esenzione per categoria (fornitura esclusiva, distribuzione esclusiva, specializzazione, ecc.), ove gli accordi soddisfino le condizioni in essi previste. In caso di disposizioni contrastanti, prevalgono comunque le norme del regolamento R&D, quale *lex specialis* rispetto agli altri regolamenti di esenzione (cfr. cons. 14)²³.

²² Si deve sottolineare che, in relazione alle restrizioni territoriali, la Commissione ha esentato su base individuale ex art. 85, par. 3 del trattato, clausole contenenti restrizioni molto più ampie, cfr. ad esempio, la decisione della Commissione dell'11 ottobre 1988, *BBC Brown Boveri*, in G.U.C.E. del 4 novembre 1988, serie L, n. 301, nonché l'art. 4, par. 1 del nuovo Regolamento n. 2790/1999 della Commissione, *relativo all'applicazione dell'art. 81, par. 3, del Trattato CE a categorie di accordi verticali e pratiche concordate*, in G.U.C.E. del 29 dicembre 1999, serie L, n. 336, pagg. 21-25.

²³ Si noti che sussistono effettivamente fattispecie a cui possono essere applicate entrambe i regolamenti di R&D e di specializzazione (Reg. n. 417/85), con esiti divergenti, in particolare, in quanto l'art.

b) Il nuovo regolamento di esenzione degli accordi di ricerca e sviluppo

Sulla scorta di quanto già rilevato in relazione al nuovo Regolamento in materia di restrizioni verticali (Reg. n. 2790/99, cit.), la Commissione afferma che, anche in relazione agli accordi di R&D, è necessario valutare le effettive ripercussioni economiche di ciascuna intesa sul mercato rilevante prima di poterla qualificare come restrittiva della concorrenza, potendosi ritenere in generale che gli accordi di R&D posti in essere da parti con quote congiunte di mercato inferiori alla soglia del 25% comportino più benefici che danni al sistema economico. Ciò in quanto, alla luce della prassi della Commissione dell'ultimo decennio, poche o nessuna delle numerose intese di R&D notificate a norma del Reg. n. 17/62 - perché, ad esempio, al di sopra delle precedenti soglie di esenzione o contenenti clausole restrittive - è stata poi vietata, essendo invece ritenute tali attività, in generale, meritevoli di esenzione individuale o, quantomeno, di attestazione negativa o *comfort letter*. Dunque, la scarsa pericolosità dal punto di vista *antitrust* riscontrata in questa tipologia di accordi, oltre che la volontà di promuovere, quale obiettivo di politica industriale, la fase più critica del processo di rinnovamento dell'industria, in ragione dei costi e dei rischi imprenditoriali in essa insiti, conducono la Commissione ad una nuova regolamentazione degli accordi di R&D e, in parte, come vedremo, ad un ripensamento generale del fenomeno della cooperazione orizzontale. Oltre ad abbracciare una visione della politica *antitrust* fondata su obiettivi di efficienza economica, la Commissione pertanto continua a perseguire obiettivi di sviluppo tecnologico e di integrazione dei mercati nazionali, mentre la soglia di esenzione del 25% premia, ancora una volta, una configurazione di mercato in cui non vi è eccessiva concentrazione del potere.

La necessità di valutare le effettive ripercussioni economiche dell'intesa trova attuazione pratica nell'abbandono dell'impostazione, tipica delle *block exemptions*, basata sui rigidi elenchi di clausole esentate o non esentate, a vantaggio di una definizione delle categorie di accordi esentati fondata sulla soglia di potere di mercato delle parti - pari, come accennato, al 25% per gli accordi di R&D (cons. 7 e art. 4)²⁴.

2, lett. *f* del Reg. n. 418/85 non trova corrispondente nel Reg. n. 417/85 e, viceversa, le previsioni dell'art. 2, lett. *b*, del Reg. n. 417/85 risultano più stringenti dell'art. 4, lett. *c* del Reg. n. 417/85.

²⁴ Al limite della quota si aggiunge comunque il limite di una concorrenza effettiva sul mercato interessato, per cui resta impregiudicato il potere della Commissione di revocare il beneficio dell'esenzione per categoria, oltre che nel caso in cui l'accordo elimini una concorrenza effettiva rispetto ai prodotti contrattuali o nelle stesse attività di R&D in un determinato mercato (cfr. art. 7, lett. *d* e lett. *ø*), anche nel caso in cui l'accordo ostacoli sensibilmente la possibilità per i terzi di procedere alla ricerca e sviluppo nel settore di cui trattasi o, comunque, di accedere al mercato dei prodotti derivanti dall'R&D (cfr. art. 7, lett. *a*, *b* e *ø*).

A tale principio si riconnette altresì la convinzione della Commissione dell'irrelevanza giuridica di determinate condotte, ove poste in essere da parti senza significative quote di mercato. Così, nel quinto considerando del nuovo Regolamento R&D, si afferma esplicitamente che "[...] al di sotto di un certo potere di mercato, si può in genere presupporre, ai fini dell'applicazione dell'articolo 81, par. 3, che gli effetti positivi degli accordi in materia di ricerca e sviluppo prevalgano sugli effetti negativi [...]"; viceversa, deve essere esclusa l'esenzione di accordi stipulati fra imprese concorrenti "[...] le cui quote di mercato, per i prodotti o servizi che possano essere migliorati o sostituiti dai risultati della ricerca e sviluppo, superino congiuntamente un determinato livello al momento della conclusione dell'accordo" (cons. 15).

Più precisamente, ove le parti siano concorrenti al momento della stipulazione dell'accordo nella fabbricazione di prodotti suscettibili di essere rimpiazzati o migliorati dai risultati della ricerca, la soglia di mercato rilevante ai fini dell'esentabilità dell'accordo, già fissata dal Regolamento n. 418/85 nel 20%²⁵, viene incrementata al 25%²⁶. Tale valore diventa molto più significativo se si considera che, in caso di vendita in comune dei risultati dell'attività di ricerca e sviluppo, la soglia, prima fissata nel limite del 10%²⁷, è

²⁵ Anche il Regolamento n. 418/85 prevedeva, quale condizione essenziale per l'esenzione, una soglia basata sulla quota massima di mercato delle parti, pari al 20%. Tuttavia, il meccanismo di esenzione era piuttosto rigido, essendo tutto imperniato sull'inclusione delle clausole contrattuali nelle liste c.d. bianche (art. 4), grigie (art. 5) o nere (art. 6), a prescindere dai reali effetti economici di ciascun accordo. Peraltro, fino al 1993 non era esentata neppure la vendita in comune dei prodotti oggetto del contratto. Solamente a seguito delle numerose notifiche ex art. 19, par. 3, del Regolamento n. 17/62, finalizzate ad ottenere una esenzione individuale, la Commissione ha ammesso, con il Regolamento n. 151/93, lo svolgimento di questa ulteriore attività in comune, anche se a condizioni piuttosto restrittive.

²⁶ La quota di mercato rilevante è calcolata in valore delle vendite e, solo ove quest'ultimo non sia disponibile, in volumi. Un certo margine di tolleranza nel superamento della soglia, fino ad una quota di mercato del 30%, è ammesso dall'art. 6, par. 2 e 3, del Regolamento n. 2659/2000 (*infra* nel testo). Pur non essendovi limiti quanto al numero dei partecipanti, è evidente dunque che la quota massima di mercato rende *de facto* impossibile l'esenzione nei confronti dei grossi gruppi industriali. D'altra parte, secondo la stessa Commissione, questa *block exemption* continua a rivolgersi essenzialmente alle piccole-medie imprese (PMI), per le quali "la cooperazione in materia di ricerca e sviluppo può contribuire ad un aumento dell'insieme delle attività di ricerca e sviluppo [...] e ad un rafforzamento della loro capacità di sostenere la concorrenza nei confronti di operatori più potenti sul mercato" (punto 41 delle *guidelines*).

²⁷ Più precisamente, in base al Regolamento n. 418/85, l'esenzione era accordata, in caso di vendita in comune dei prodotti derivanti dall'R&D, solo se il distributore (parte contraente, impresa comune o terzo) non distribuiva a sua volta prodotti concorrenti ovvero, se distribuiva prodotti concorrenti, solo se la quota delle parti non superava il 10% del mercato rilevante (art. 3, par. 3 bis, introdotto dal Regolamento n. 151/93).

incrementata dal nuovo Regolamento al 25% del mercato rilevante²⁸. Inoltre, mentre nel primo caso la durata dell'esenzione è di soli 5 anni dalla prima data di messa in commercio dei prodotti (art. 4, par. 2), in caso di sfruttamento in comune dei risultati, l'esenzione si applica per 7 anni²⁹.

Se le parti non sono concorrenti, invece, il beneficio dell'esenzione non è subordinato ad alcuna quota di mercato e soltanto in caso di sfruttamento in comune dei risultati della ricerca è temporalmente limitato ad un periodo che, in ogni caso, è pari a 7 anni³⁰. Decorso questo periodo, al fine di consentire l'immissione sul mercato di nuovi prodotti e l'ammortamento degli investimenti effettuati, l'esenzione continua ad applicarsi se la quota di mercato aggregata delle parti rientra nella soglia del 25% (cfr. il par. 1 in combinato disposto con il par. 3 dell'art. 4)³¹. Rispetto al Regolamento n. 418/85, che prevedeva un margine di tolleranza, per eventuali scostamenti dalla quota di mercato di riferimento, del tutto insignificante (2%), il Regolamento n. 2659/2000 prevede un margine più alto, pari al 5% (art. 6, par. 2 e 3).

Nell'ambito della nuova definizione di esenzione, sono poi precisate le clausole contrattuali ritenute *a priori* restrittive della concorrenza, indipendentemente dalle quote di mercato delle parti (art. 5, c.d. *black list*). Tali clausole rendono altresì impossibile

²⁸ Le disposizioni contenute nell'art. 4, par. 2 del Regolamento n. 2659/2000 sono completate dai punti 39-77 delle *guidelines*, in cui la Commissione indica che il superamento della quota del 25% non implica automaticamente la non esentabilità dell'accordo su base individuale. In tali casi, si ha in pratica una inversione dell'onere probatorio, nel senso che graverà sulle imprese l'obbligo di provare il soddisfacimento delle condizioni di cui al par. 3 dell'art. 81 nel singolo caso di specie, mentre sulla Commissione, ovvero sulle autorità garanti della concorrenza degli Stati membri e sui giudici nazionali, incomberà l'onere di un'analisi economica e giuridica più dettagliata degli accordi.

²⁹ In base al Regolamento n. 418/85, la durata massima dell'esenzione era di 5 anni in caso di sfruttamento in comune dei risultati della ricerca ovvero di vendita in comune dei prodotti derivanti dalla ricerca.

³⁰ Si ricorda che lo sfruttamento dei risultati della ricerca deve essere inteso in senso lato, come ricomprensivo delle attività di fabbricazione, vendita, distribuzione, promozione dei prodotti e utilizzazione dei processi contemplati dal contratto, nonché della concessione di licenze o comunicazione del *know-how* a terzi (cfr. cons. 11 e art. 2, n. 8, del Regolamento n. 2659/2000).

³¹ Per quanto riguarda la dimensione geografica del mercato, vale ovviamente quanto fissato dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia, per cui si dovrà considerare, a seconda dei casi, una *parte sostanziale* del mercato comune come corrispondente ad una regione di uno Stato membro (cfr. ad esempio, la sentenza 9 novembre 1993, *Michelin*, in Racc. 1983, pag. 3461), ad un porto (cfr. ad esempio, la sentenza del 18 giugno 1998, *Porto di Genova*, in Racc. 1998, pag. I-3949), ad un insieme di licenze di trasmissione televisiva inferiore all'1% (sentenza del 6 aprile 1995, *Radio Telefis*, in Racc. 1995, pag. I-743). Tale soluzione, peraltro, risulta fondamentalmente legata alle specifiche circostanze del singolo caso (cfr. BELLAMY&CHILD, *Common Market Law of Competition*, 1996, pag. 616).

l'esenzione individuale dell'intero accordo, in quanto ritenute non indispensabili alla cooperazione (cons. 17 del Regolamento)³². Non esiste infatti una regola di separabilità dall'accordo delle clausole nulle, in quanto contenenti restrizioni gravi, analogamente a quanto fissato dal Regolamento sulle restrizioni verticali.

Tra le *hardcore restrictions* rientrano restrizioni classiche della concorrenza quali *price-fixing* limitazioni di produzione, vendite o clientela, e divieto di vendite passive nei territori riservati ad altri contraenti (art. 5, par. 1, lett. *c, d, e, f e g*)³³; ci sono quindi clausole restrittive proprie degli accordi di R&D, già incluse nel Regolamento n. 418/85, come la limitazione alla libertà di svolgere ricerca e sviluppo in settori non connessi (o anche, dopo l'esecuzione del contratto, nello stesso settore); il divieto di contestare la validità dei diritti di proprietà intellettuale, nonché, se le parti non sfruttano i risultati raggiunti, il divieto di concedere le relative licenze a terzi (art. 5, par. 1, lett. *a, b e h*). Sono infine inserite nella *black list* alcune restrizioni il cui effetto è tipicamente quello di segmentare il mercato comune nei singoli mercati degli Stati membri, fra cui in particolare il divieto, decorsi 7 anni dalla data della prima immissione in commercio dei prodotti, di vendite attive nei territori riservati ad altri contraenti nell'ambito del mercato unico e il boicottaggio del commercio parallelo (art. 5, par. 1, lett. *i e j*). Quest'ultima pratica anticoncorrenziale può essere realizzata, tra l'altro, attraverso il rifiuto di vendere i prodotti a utilizzatori/rivenditori che intendono esportarli per la commercializzazione in territori riservati ad altri contraenti oppure attraverso l'imposizione di limitazioni all'acquisto presso altri rivenditori nella Comunità, grazie all'esercizio di diritti di proprietà intellettuale³⁴, o con altre misure idonee a "impedire agli utilizzatori o rivenditori di procurarsi e commercializzare nel mercato comune prodotti lecitamente messi in commercio all'interno della Comunità Europea da un'altra delle parti o con il suo consenso"³⁵.

³² Si tratta di una presunzione *juris tantum* suscettibile di prova contraria a carico delle imprese, come emerge anche dal punto 70 delle citate *guidelines* (*infra*).

³³ Le menzionate *guidelines* precisano che tali forme di cooperazione non riguardano veramente la ricerca e sviluppo e, sovente, servono a nascondere la partecipazione ad un'intesa illecita (punto 59), recependo sul punto gli spunti della dottrina più attenta, cfr. FAULL&NICKPAY, cit.

³⁴ Cfr. la sentenza della Corte di Giustizia del 13 luglio 1966, nelle cause 56 e 58/64, *Grunding-Costen*, in Racc. 1966, pag. 457.

³⁵ Tale ostacolo può in concreto essere creato con il rifiuto di garantire servizi di assistenza o riparazione, oppure con il rifiuto di attestare la conformità a determinate normative nazionali, cfr. l'ampia giurisprudenza della Corte di Giustizia sugli ostacoli alle importazioni parallele, tra cui ad esempio la sentenza del 21 febbraio 1984 nella causa 86/82, *Hasselblad*, in Racc. 1984, pag. 883, la sentenza del 10 dicembre 1985, nella causa 31/85, *ETA (orologi Swatch)*, in Racc. 1985, pag. 3933, e la sentenza del 12 luglio 1984, nella causa 170/83, *Hydroterm*, in Racc. 1984, pag. 2999.

Permangono in ogni caso le condizioni, in parte già previste nel Regolamento n. 418/85, al fine di essere ammessi a godere del beneficio dell'esenzione (art. 3, par. da 2 a 5). In particolare:

a) i risultati della ricerca devono essere accessibili a tutte le parti, salvo che si tratti di istituti, università o imprese che prestano esclusivamente servizi di R&D alle imprese, nei confronti dei quali può essere imposto di limitare lo sfruttamento dei risultati ottenuti al solo fine di svolgere ulteriori ricerche;

b) ove non vi sia sfruttamento in comune, le parti devono comunque avere la possibilità di sfruttare ciascuna per proprio conto i risultati della ricerca³⁶, ferma restando la possibilità di limitare lo sfruttamento dei risultati della ricerca a una o più applicazioni tecniche specifiche (c.d. *fields of use restrictions*), nella misura in cui le imprese interessate non siano concorrenti;

c) lo sfruttamento in comune è ammesso solo rispetto a risultati protetti da diritti di proprietà intellettuale ovvero rispetto a *know-how* determinante per la fabbricazione dei prodotti;

d) nel caso in cui vi sia anche specializzazione nella produzione, è necessario che tutte le parti all'accordo siano approvvigionate³⁷.

Vale sottolineare che la differenza tra le clausole della *black list* (art. 5) e le condizioni di cui all'art. 3 risiede in sostanza nel fatto che, mentre le prime sono considerate *a priori* illecite ex art. 81, par. 3, le seconde determinano semplicemente l'inapplicabilità dell'esenzione per categoria, ferma restando la possibilità di esenzione individuale³⁸.

³⁶ A tale fine deve essere messo a disposizione anche il *know-how* preesistente indispensabile allo sfruttamento stesso.

³⁷ Non appare casuale l'esclusione della prima condizione di cui all'art. 2, lett. a, del Reg. n. 418, consistente nella necessità di delineare precisamente il programma di ricerca svolto in comune e il relativo settore, al fine di limitare quanto più possibile le restrizioni alla libertà delle parti di condurre autonomamente programmi di R&D. Infatti, anche allo stato attuale, nulla vieta alle parti di determinare un campo di ricerca comune molto ampio, per cui l'unico effetto della previsione in questione è quello di consentire una definizione più esatta di quei settori "strettamente connessi" alle attività di R&D comuni, in cui le parti devono poter svolgere liberamente propri programmi ai sensi dell'art. 6, lett. a del Reg. n. 418. D'altra parte, una imprecisa definizione del campo di attività comuni comporta il rischio che la clausola eventualmente sottoscritta dalle parti di non svolgere ricerche nello stesso campo o in un settore connesso ricada nell'ambito del predetto art. 6, lett. a, rendendo così inapplicabile l'esenzione per categoria.

³⁸ A tale conclusione si perviene argomentando dalla lettera del punto 67 delle citate *guidelines* della Commissione, secondo cui anche "gli accordi che prevedono diritti d'accesso esclusivi [ai risultati della ricerca-

In ogni caso, la Commissione mantiene un potere di intervento *ex post* attraverso la revoca - presumibilmente con effetti *ex nunc* - del beneficio dell'esenzione (art. 7). La revoca può avvenire d'ufficio ovvero su richiesta di uno Stato membro o di una persona fisica o giuridica che dimostri di avervi un interesse legittimo. Peraltro, i casi di revoca previsti dall'art. 7 del Regolamento R&D appaiono, in parte, coincidenti con quanto già previsto dall'art. 5 (*black list*), in parte, più volte presenti nell'ambito dello stesso articolo 7, in quanto alcune ipotesi costituiscono mere esplicitazioni di altre (cfr. ad esempio, lett. a e lett. e). Più precisamente, è prevista la revoca dell'esenzione nel caso in cui, a seguito dell'accordo, si verifichi un effetto di preclusione (*foreclosure*):

- a monte, nelle attività di ricerca e sviluppo dello stesso settore (lett. a) o in un determinato mercato (lett. e), oppure
- a valle, nel mercato dei prodotti contemplati dal contratto (lett. b)³⁹.

III. La disciplina degli accordi di specializzazione

a) Il Regolamento n. 417/85

Con il termine accordi di specializzazione si intendono, in generale, varie forme di cooperazione orizzontale per effetto delle quali due o più imprese, concorrenti attuali o potenziali, si concentrano reciprocamente su determinate produzioni al fine di operare in maniera più efficiente sul mercato. Se una parte soltanto assume l'obbligo di non fabbricare un determinato prodotto la cui fabbricazione è riservata ad altri, si ha una specializzazione c.d. unilaterale (ad esempio, l'impresa A rinuncia alla produzione di X a favore dell'impresa B, che si impegna a sua volta a fabbricare e fornire X ad A); se invece entrambe le parti si impegnano a cessare la fabbricazione di determinati prodotti, l'una a favore dell'altra, la specializzazione è propriamente reciproca (ad esempio, A lascia la produzione di X a B e quest'ultima rinuncia a produrre Y a favore di A). Frequentemente,

n.d.r.] che rientrano nel campo di applicazione dell'art. 81, paragrafo 1, possono soddisfare i criteri di esenzione enunciati al paragrafo 3 dello stesso articolo, in particolare quando tali diritti esclusivi sono economicamente indispensabili, considerati il mercato, i rischi e gli ingenti investimenti necessari per sfruttare i risultati [...]".

³⁹ La Commissione può inoltre revocare gli accordi nei seguenti casi:

- qualora le parti non sfruttino, senza giustificato motivo, i risultati della ricerca (lett. d), oppure
- qualora i prodotti derivanti da tale ricerca non risultino sottoposti, nell'intero mercato comune o su una sua parte sostanziale, a concorrenza effettiva da parte di prodotti identici o considerati analoghi per qualità, prezzo e uso dai consumatori (lett. d).

nella prassi commerciale, a tale specializzazione produttiva consegue anche una specializzazione distributiva, vale a dire una concessione reciproca di esclusiva di vendita (ad esempio, A produce solo Y e B produce solo X, ma entrambe hanno l'esclusiva per la commercializzazione dei due tipi di prodotto, X e Y, in cui si sono reciprocamente specializzate)⁴⁰.

Gli effetti restrittivi derivanti dagli accordi di specializzazione si riconnettono, oltre che all'evidente compressione della libertà di azione individuale delle parti, alla possibilità di ripartizione del mercato a cui le imprese pervengono rinunciando a farsi concorrenza su determinati prodotti e "specializzandosi" in altri⁴¹.

Tuttavia, sin dal 1972, la Commissione ha adottato un regolamento di esenzione per categoria, più volte modificato⁴², in vista dei benefici che possono derivare ai consumatori dalla specializzazione, in termini di miglioramento della produzione o della distribuzione, maggiori capacità di investimento, razionalizzazione produttiva, economie di scala, più ampio raggio di azione e più efficienti tecnologie.

Il vigente regolamento di esenzione n. 417/85 si applica non solo agli accordi di specializzazione di tipo classico, ossia gli accordi con cui due o più imprese si impegnano reciprocamente a non fabbricare determinati prodotti e a lasciare ad altri la relativa attività, ma anche agli accordi di specializzazione diretti alla fabbricazione in comune di determinati prodotti⁴³. La condizione essenziale a cui è subordinato l'applicabilità del Reg. n. 417/85 si fonda sul limitato potere di mercato delle parti. Tale potere di mercato è a sua volta valutato in relazione alla quota di mercato congiunta delle parti, la quale deve essere inferiore al 20% dei prodotti oggetto di specializzazione, e al loro fatturato totale

⁴⁰ Al riguardo, si distingue spesso tra accordi di specializzazione "pura" e accordi "misti", in cui accanto alla specializzazione è prevista anche la ricerca e lo sviluppo e/o la vendita in comune, cfr. ad esempio la decisione del 12 gennaio 1990, *Alcatel/ANT*, in G.U.C.E. del 3 febbraio 1990, pagg. 19-26, ai punti 13 e segg.

⁴¹ In alcuni casi, infatti, gli accordi di specializzazione costituiscono il pretesto per un cartello vero e proprio, cfr. FAULL, *Joint Ventures under EEC Competition Rules*, in *European Competition Law Review*, 1984, pag. 358 e segg.

⁴² Cfr. il regolamento n. 2779/72 del 21 dicembre 1972, sostituito dal regolamento n. 2903/77 e poi dal regolamento n. 3604/82, a sua volta sostituito dal regolamento attualmente in vigore, n. 417/85, in G.U.C.E. del 22 febbraio 1985, serie L, n. 53, pag. 1 e segg., modificato dal regolamento n. 151/93 e, più recentemente, dal regolamento n. 2236/97, cit.

⁴³ In quest'ultimo caso, tuttavia, la costituzione di una *joint venture* di produzione è esentata a condizione che le società madri si ritirino dal mercato in cui opera l'impresa comune, ferme restando comunque le due condizioni essenziali di applicazione del regolamento, relative al fatturato massimo e alla quota congiunta di mercato, di cui all'art. 3, cfr. FAULL&NIKPAY, cit., pag. 391.

annuo, il quale complessivamente deve essere inferiore ad 1 miliardo di ECU (art. 3, par. 1, lett. *a* e *b*)⁴⁴.

A seguito delle ultime modifiche introdotte dal Reg. n. 151/93, inoltre, rientrano nel campo di applicazione del Reg. n. 417/85 anche gli accordi di specializzazione c.d. “misti”, in quanto volti, oltre che alla produzione, alla commercializzazione dei prodotti oggetto di specializzazione, a condizione che la quota di mercato congiunta delle parti sia inferiore al 10% e il fatturato totale inferiore a 1 miliardo di ECU (art. 3, par. 2, lett. *a* e *b*).

Come in tutti i regolamenti di esenzione per categoria, il Reg. n. 417/85 presenta liste bianche, grigie e nere di restrizioni. In particolare, ai sensi dell'articolo 2, par. 3 non ricadono nel campo di applicazione dell'art. 81, par. 1, del Trattato gli obblighi relativi a qualità e quantità minime di fornitura, alla produzione di pezzi di ricambio e alla prestazione di servizi di assistenza e garanzia post-vendita alla clientela.

Sono invece considerate restrizioni ammissibili, in quanto tecnicamente inerenti ai contratti di specializzazione, obblighi di *non facere* quali il non concludere contratti di specializzazione simili con terzi, l'obbligo di approvvigionamento esclusivo presso gli altri contraenti ovvero presso l'impresa comune o terza a cui è affidata la fabbricazione dei prodotti contrattuali, salvo che le parti possano trovare altrove condizioni più favorevoli⁴⁵, e l'obbligo di distribuzione esclusiva di tali prodotti, attraverso uno degli altri contraenti, una o più imprese comuni, o anche una o più imprese terze, purché le predette imprese comuni o terze non distribuiscano prodotti concorrenti (art. 2, par. 1). In generale, comunque, la distribuzione esclusiva è esentata solo se gli intermediari o gli utilizzatori possono procurarsi i prodotti oggetto del contratto anche altrove e i contraenti o le imprese incaricate della distribuzione non rendono tali acquisti più difficili

⁴⁴ Ai sensi dell'art. 6 del Reg. n. 417/85, il fatturato totale annuo congiunto delle parti deve essere calcolato sulla base del valore delle vendite relative all'anno precedente delle imprese partecipanti all'accordo e delle imprese ad esse collegate.

⁴⁵ Questa previsione, simile per gli effetti ad una “clausola inglese”, è stata molto criticata in dottrina, in quanto l'approvvigionamento esclusivo è considerato un elemento costitutivo essenziale dell'accordo di specializzazione. Secondo alcuni Autori, infatti, la causa economica del rapporto contrattuale risiede nella realizzazione di economie attraverso la concentrazione delle attività di ciascuna parte in una gamma più ristretta di prodotti - in particolare, grazie alla riduzione dei costi unitari di produzione e alla possibilità di ammortamento più rapido degli investimenti impiantistici. Le parti possono inoltre sempre remunerarsi dagli investimenti fatti attraverso, ad esempio, il pagamento di prezzi più elevati di quelli di mercato all'impresa comune di produzione, cfr. BUNTE-SAUTER, *EG-Gruppenfreistellungsverordnungen. Kommentar*, München, 1988, pag. 443.

(cfr. art. 2, par.1, lett. *b, c, d ed e*). Devono essere in ogni caso possibili le importazioni parallele tra gli Stati membri della Comunità.

In relazione alla lista grigia, si deve peraltro notare che, a differenza di altri regolamenti di esenzione, il Reg. n. 417/85 prevede la possibilità di esenzione non solo delle clausole restrittive espressamente esentate, ma anche di quelle dello stesso tipo che sono di fatto meno restrittive (art. 2, par. 2). Inoltre, se un accordo non è formalmente esentabile perché, pur essendo il suo contenuto sostanzialmente conforme alle previsioni del regolamento, il fatturato totale delle parti supera un miliardo di ECU, è prevista una procedura corrispondente in pratica ad una forma semplificata e più rapida di procedura di esenzione individuale *ex art.* 81, par. 3 (procedimento di opposizione, cfr. art. 4).

Per quanto riguarda infine le clausole contrattuali vietate (lista nera), nel paragrafo 2 *bis* dell'art. 2 vi è un generico riferimento alla inapplicabilità del regolamento rispetto a tutte le restrizioni diverse da quelle ricomprese nei precedenti paragrafi 1 e 2.

b) Il nuovo regolamento di esenzione degli accordi di specializzazione

La disciplina sopra delineata, nonostante le citate modifiche, non è riuscita a garantire l'esenzione di un numero adeguato di accordi che non fossero giudicati, una volta notificati alla Commissione, comunque innocui o, seppure contenenti elementi restrittivi, controbilanciati da prevalenti effetti positivi. La scarsa "copertura" sinora offerta alle imprese dalla *block exemption* e, quindi, in definitiva, la sua scarsa utilità, che si accompagna alla necessità di ridurre il carico di lavoro della Commissione, limitando il controllo diretto da parte di quest'ultima alle sole forme di coordinamento effettivamente anticoncorrenziali, sono alla base del ripensamento del Regolamento di specializzazione. Peraltro, le innovazioni introdotte in questa disciplina - complessivamente più significative di quelle del nuovo Regolamento di R&D - inducono a ritenere che la Commissione abbia assunto un atteggiamento di sostanziale *favor* nei confronti degli accordi di specializzazione, anche unilaterale (ivi compresi *outsourcing* e subfornitura), proprio in vista delle economie da condivisione di costi che questa tipologia di accordi genera, nonostante gli effetti di (inter) dipendenza che ne possono derivare,⁴⁶. Ciò nella presunzione che, al di sotto della soglia del 20%, non vi possano essere che benefici per i consumatori dalla riduzione dei costi di produzione per le imprese. Accanto agli obiettivi

⁴⁶ Accenni a questo mutamento di atteggiamento nella più ampia cultura *antitrust* si trovano in POLO M.- GHEZZI F.- PREITE D., *Promozione della concorrenza e politiche antitrust*, a cura di A.DEL MONTE, Bologna, 1997, pag. 83 e segg.. Per una critica della valutazione del fenomeno della cooperazione orizzontale, cfr. PARDOLESI R., Relazione tenuta al Convegno di analisi economica del Diritto organizzato dal Dipartimento di Diritto dell'Economia dell'Università di Siena, Siena, 1992.

di efficienza economica derivanti dalla smithiana divisione de lavoro, vi sono quindi evidenti obiettivi di difesa di una idea di mercato - più che di una struttura esistente - fondata sulle piccole-medie imprese e sulla loro capacità di generare crescita e occupazione.

In linea con il nuovo quadro di analisi della cooperazione fra imprese concorrenti, infatti, i principi alla base del nuovo Regolamento di esenzione degli accordi di specializzazione sono improntati all'approccio pragmatico di tipo economico, proprio della *rule of reason* statunitense⁴⁷. Anche in questo Regolamento, quindi, la Commissione abbandona il sistema di elenchi prefissati di clausole esentate o non esentate⁴⁸, per abbracciare una visione più aperta, basata sui principi, già menzionati, relativi alla necessità di verificare le effettive ripercussioni economiche di ciascun accordo sul mercato rilevante (cons. 5 e cons. 13) e, in tale contesto, alla fissazione di una soglia critica di potere di mercato delle parti. Tale soglia è presuntivamente individuata dalla Commissione in una quota congiunta del 20% del mercato rilevante (art. 4)⁴⁹, come già fissato nel precedente Regolamento di esenzione (art. 3, par. 1, lett. *a*, del Regolamento n. 417/85). A differenza di quest'ultimo, tuttavia, il nuovo Regolamento non richiede alcuna soglia massima di fatturato (art. 3, par. 1, lett. *b*, del Regolamento n. 417/85). In relazione a questo ultimo punto, si deve sottolineare come, proprio a causa della quota di mercato massima del 20% in combinazione con la soglia massima di fatturato annuo di 1 miliardo di ECU (art. 3, par. 1, lett. *a* e *b* del Reg. n. 417/85), il beneficio dell'esenzione per categoria sia stato di fatto sinora limitato alle sole PMI. La procedura di opposizione prevista all'art. 4 del Reg. n. 417 a favore delle imprese che eccedevano il fatturato citato, infatti, si è rivelata di scarsa utilità ed è stata raramente impiegata.

In caso di distribuzione in comune dei prodotti oggetto del contratto, il nuovo Regolamento prevede inoltre che la quota di mercato massima sia incrementata dal 10%

⁴⁷ Si dice infatti al cons. 7 che l'esenzione per categoria va riservata a quegli accordi per i quali "è possibile presupporre con *ragionevole certezza* che soddisfino le condizioni di cui all'art. 81, par. 1 del trattato CE" [ns. sottolineatura].

⁴⁸ Tuttavia, il Regolamento n. 417/85, relativo agli accordi di specializzazione, presentava già una maggiore flessibilità applicativa rispetto al citato Regolamento n. 418/85, in materia di R&D. Ciò in particolare grazie alle previsioni dei suoi articoli 2, par. 2, e 4, i quali consentono, entro certi limiti, di esentare anche clausole non espressamente previste, purché meno restrittive.

⁴⁹ Come nel nuovo Regolamento di esenzione degli accordi di R&D (Reg. n. 2659/2000), inoltre, è tollerato un margine di oscillazione della quota di mercato congiunta delle parti nella misura del 5%, per due anni consecutivi da quello in cui è stato oltrepassata la soglia del 20%; se la quota di mercato congiunta delle parti oltrepassa il 25%, invece, è ammesso il beneficio dell'esenzione per un solo anno successivo a quello in cui è stata per la prima volta superata la soglia del 20% (art. 6, par. 2 e 3 del Regolamento n. 2658/2000).

(soglia fissata dall'art. 3, par. 2, lett. *a* e *b* del Reg. n. 417/85), sino al 20%. Si noti tuttavia che, in quest'ultimo caso, il Regolamento di esenzione per categoria si applicherà solo agli accordi di produzione che prevedano anche la distribuzione in comune (arg. dal combinato disposto degli articoli 3(b) e 4 del nuovo Regolamento). Il nuovo Regolamento rimuove infatti la soglia del 10%, prevista dall'art. 3, par. 2, del Regolamento n. 417/85, come modificato dal Regolamento n. 151/93. Questo significa in pratica che, in caso di distribuzione congiunta di beni derivanti da specializzazione unilaterale e reciproca, le parti dovranno, d'ora in avanti, verificare sempre l'applicabilità dell'esenzione individuale ai sensi dell'art. 81, par. 3, in base ai criteri definiti dalle *guidelines* (*infra*)⁵⁰.

Appare poi estremamente importante l'inclusione nel Regolamento degli accordi di specializzazione unilaterale, con cui una delle parti si obbliga a cessare l'attività di produzione di determinati beni e ad acquistarli da una impresa concorrente (art. 1, lett. *a*, su cui si ritornerà più avanti). Questo significa in pratica che le imprese potranno conferire in *outsourcing* determinate attività con la certezza di godere dell'esenzione di categoria, nei limiti della soglia di mercato di riferimento.

A differenza del Regolamento n. 417/85, il nuovo Regolamento di esenzione si applicherà anche alle restrizioni accessorie, vale a dire:

- a quegli accordi "[...] che sono direttamente collegati e necessari agli accordi di specializzazione, pur non costituendone l'oggetto primario", quali, ad esempio, gli accordi per l'acquisto o l'utilizzo di diritti di proprietà intellettuale (cons. 11 e art. 1, par. 2), nonché

- a "taluni accordi di acquisto e di commercializzazione ad essi collegati", quali gli accordi di acquisto esclusivo e/o di fornitura esclusiva e gli accordi di distribuzione (art. 3, lett. *a* e *b*)⁵¹.

⁵⁰ La *ratio* di tale esclusione risiede nel fatto che, mentre gli accordi di produzione e distribuzione in comune sono simili per struttura e funzione economica alle cd. *full-function joint-venture*, le quali non sarebbero comunque vietate in caso di quota di mercato pari o inferiore al 20% (cfr. il cons. 15 del Regolamento n. 4064/89, secondo cui una concentrazione non appare in grado di impedire una effettiva concorrenza, se le parti detengono una quota di mercato inferiore al 25%), gli accordi di specializzazione unilaterale e reciproca, secondo la Commissione, sono funzionali alla realizzazione di economie di scala a monte, nella fase di produzione, affinché le imprese possano essere più competitive a valle, nella fase di rivendita. Come detto nel testo, l'esclusione della esenzione per categoria non implica, tuttavia, l'impossibilità di una esenzione individuale.

⁵¹ Per quanto concerne specificamente la distribuzione, il Regolamento n. 2658/2000 riprende anche altre disposizioni del Regolamento n. 417/85, ammettendo la commercializzazione, su base esclusiva o meno,

In questi casi, pertanto, l'unico limite sarà rappresentato dalla quota congiunta di mercato del 20%⁵².

Non è invece ripetuto il limite dell'ammissibilità della esclusiva di acquisto solo a condizione che "non esistano altrove condizioni più favorevoli" (art. 2, par. 1, let. *b*, del Reg. n. 417/85)⁵³, né è riaffermato il limite alla distribuzione esclusiva consistente nella possibilità di acquisto anche presso altri fornitori (art. 2, par.1, lett. *c* ed *e*, del Reg. n. 417/85)⁵⁴.

Un ulteriore elemento di novità assoluta è l'inclusione nel Regolamento dei casi di specializzazione nella prestazione di servizi, ad esclusione dei servizi di distribuzione e noleggio (cfr. cons. 8 e art. 2, n. 4, del Reg. n. 2658/2000). Considerato il ruolo economico di primaria importanza rivestito dalle attività di prestazione di servizi nell'economia europea, tale previsione amplia in modo rimarchevole le possibilità di concreta applicazione del Regolamento di esenzione.

in comune o anche tramite un terzo, quale distributore su base esclusiva o meno, purché il terzo non sia un concorrente (art. 3, lett. *b*).

⁵² La disciplina attuale, invece, ammette, oltre ai menzionati obblighi di *non facere* (non fabbricare determinati prodotti o non fabbricare se non in comune), solo obblighi "strettamente necessari" al raggiungimento degli obiettivi dell'accordo (cons. 5 del Reg. n. 417/85), come ad esempio l'obbligo di non concludere accordi di specializzazioni simili con altri operatori. Secondo alcuni Autori, pertanto, il Regolamento n. 417/85 sarebbe in pratica applicabile ai soli accordi di specializzazione c.d. pura, cfr. FRIGNANI&WAELEBROECK, cit., pag. 892. Tale conclusione non appare tuttavia condivisibile alla luce delle modifiche già introdotte dal Regolamento n. 151/93, con cui si è resa possibile la commercializzazione dei prodotti oggetto di specializzazione - anche se a condizioni piuttosto restrittive, ossia quota di mercato massima del 10% e fatturato congiunto non superiore a 1 miliardo di ECU). In ogni caso, come si è detto nel testo, il nuovo Regolamento di esenzione disciplina anche accordi di specializzazione "misti".

⁵³ Questa previsione, simile per gli effetti ad una "clausola inglese", è stata molto criticata in dottrina, in quanto l'approvvigionamento esclusivo è considerato un elemento costitutivo essenziale dell'accordo di specializzazione. La causa economica del rapporto contrattuale risiederebbe, infatti, nella realizzazione di economie attraverso la concentrazione delle attività di ciascuna parte in una gamma più ristretta di prodotti (in particolare, grazie alla riduzione dei costi unitari di produzione e alla possibilità di ammortamento più rapido degli investimenti impiantistici). Le parti, inoltre, sono libere di remunerarsi dagli investimenti fatti, ad esempio, attraverso il pagamento di prezzi più elevati di quelli di mercato all'impresa comune di produzione, cfr. tra gli altri BUNTE-SAUTER, *EG-Gruppenfreistellungsverordnungen. Kommentar*, München, 1988, pag. 443.

⁵⁴ I limiti al riguardo deriveranno peraltro dai divieti generali stabiliti dall'art. 5 del Regolamento (*per se restrictions*), più avanti analizzati nel testo, vale a dire pratiche di fissazione dei prezzi, limitazioni della produzione o delle vendite, ripartizione dei mercati o della clientela.

Rientrerebbero invece nel campo di applicazione del Regolamento n. 2790/99, in materia di restrizioni verticali, gli accordi di specializzazione unilaterale tra imprese che non sono concorrenti (cons. 10).

In generale, dunque, in conformità con le istanze degli operatori economici, il nuovo Regolamento si applicherebbe a quegli accordi con cui due o più imprese concorrenti concordano: *i*) di specializzarsi, unilateralmente o reciprocamente⁵⁵, nella fabbricazione di determinati prodotti (intermedi o finali) o nella prestazione di determinati servizi, ovvero *ii*) concordano di fabbricare in comune determinati prodotti⁵⁶. A tali elementi di base del rapporto contrattuale, le parti possono quindi aggiungere obblighi di fornitura e/o di acquisto, reciproci o unilaterali, di carattere esclusivo o non esclusivo (cons. 12 e combinato disposto art. 1 e art. 3)⁵⁷.

Analogamente al nuovo Regolamento in materia di R&D, il beneficio dell'esenzione è escluso per una serie di *hardcore restrictions*, tra cui fissazione di prezzi, limitazione della produzione o delle vendite (art. 5, par. 1, *black list*). Fanno peraltro eccezione a queste restrizioni *per se* illecite, le clausole relative: *i*) alla determinazione della quantità di prodotto che, nell'ambito della specializzazione stessa, può essere acquistata dalla controparte, *ii*) a capacità e volumi dell'impresa comune di produzione, e *iii*) se l'impresa comune svolge anche attività di distribuzione, le clausole relative ai prezzi al pubblico (art. 5, par. 2, lett. *a* e *b*)⁵⁸.

⁵⁵ Nel caso di specializzazione *unilaterale* (art. 1.1, lett. *a*), è previsto che una delle parti accetti di cessare *tout court* o, comunque, astenersi per un certo periodo dalla produzione di uno o più beni determinati e ad acquistarli da un'impresa concorrente; nel caso di specializzazione *reciproca* (art. 1.1, lett. *b*), invece, entrambe le parti accettano, oltre che obblighi in relazione alla cessazione/astensione dalla produzione, anche obblighi di acquisto e vendita reciproci. Tuttavia, appare incongruente la distinzione di trattamento che si verrebbe a creare tra gli accordi di specializzazione unilaterale (astensione *totale* dalla produzione), che ricadrebbero in questo nuovo Regolamento di esenzione per categoria, e gli accordi in cui si prevedono obblighi unilaterali di acquisto minimo (astensione *parziale* dalla produzione), che ricadrebbero presumibilmente nel Reg. 2790/99, in materia di restrizioni verticali, o nella disciplina generale degli accordi di acquisto tra concorrenti contenuta nelle citate *guidelines* della Commissione.

⁵⁶ Si noti che nel nuovo Regolamento sarebbero ricomprese tutte le forme di produzione congiunta, eventualmente anche attraverso una impresa comune e, in questo caso, anche se le società madri continuano a produrre autonomamente i beni interessati (arg. dalla lettera dell'art. 1, par. 1, lett. *c*, in cui manca il riferimento alla produzione "soltanto in comune", già incluso nel Reg. n. 417/85).

⁵⁷ La fabbricazione di prodotti o la prestazione di servizi possono essere svolte anche in subfornitura, cfr. al riguardo, specificamente, il punto 100 delle citate *guidelines* della Commissione.

⁵⁸ Questo significa in altri termini che, nell'ambito di *joint venture* di produzione e distribuzione, d'ora in poi le parti potranno fissare volumi di produzione e prezzi di vendita con la *apertura* del Regolamento di esenzione di categoria.

Come in tutti i regolamenti di esenzione per categoria, è comunque fatto salvo il potere di revoca dell'esenzione da parte della Commissione (art. 7)⁵⁹, mentre scompare, rispetto al precedente Regolamento n. 417/85, la procedura di opposizione⁶⁰.

IV. Ulteriori elementi di valutazione

Come illustrato nel paragrafo introduttivo, il contenuto dei citati Regolamenti di esenzione per categoria assume maggiore rilievo nella più ampia prospettiva di riforma delineata dalla Commissione nel *Libro bianco sulla modernizzazione delle norme di attuazione del diritto della concorrenza*, sotto il duplice profilo della chiarificazione di regole e principi di applicazione dell'art. 81 del Trattato, a vantaggio di autorità nazionali e imprese, e dell'opportunità di aprire uno spazio in diritto comunitario all'applicazione di una *rule of reason*, intesa come regola di analisi dell'effettivo impatto della cooperazione orizzontale sulla struttura dei mercati interessati⁶¹. Quest'ultimo principio troverebbe specifico riscontro in una presunzione generalizzata di liceità delle condotte che non integrano *hardcore restrictions* e, soprattutto, nell'adozione di un regime di eccezione legale nell'applicazione dell'art. 81.

Questo nuovo approccio al diritto della concorrenza si riflette in particolare nelle menzionate "Linee direttrici sulla cooperazione orizzontale" (*guidelines*), pubblicate dalla Commissione il 6 gennaio 2001, le quali verranno di seguito brevemente analizzate per trarne ulteriori conseguenze in relazione all'analisi degli accordi di R&D e specializzazione.

⁵⁹ In particolare, è prevista la revoca ove sia verificato che l'accordo non determina una effettiva razionalizzazione delle risorse produttive o distributive, o non riserva agli utilizzatori una congrua parte dell'utile che ne deriva, o non vi sia, nel mercato comune o in una parte sostanziale di esso, concorrenza effettiva rispetto ai prodotti oggetto di specializzazione.

⁶⁰ Tale procedura, non presente neppure nel nuovo Regolamento sugli accordi di R&D, non ha evidentemente più ragion d'essere nel nuovo quadro normativo, considerato il sistema di eccezione legale, sopra descritto, e il conseguente decentramento nell'applicazione delle regole di concorrenza.

⁶¹ Si noti che l'efficacia di queste riforme dipenderà non tanto dalla Commissione Europea, che pure ne è l'artefice, quanto, paradossalmente, dalle autorità della concorrenza degli Stati membri dell'Unione, poiché il programmato decentramento delle competenze conferirà *de facto* a queste ultime le maggiori responsabilità di enforcement in materia *antitrust*.

a) La nuova politica della Commissione sulla cooperazione orizzontale

Secondo quanto affermato dalla stessa Commissione, la cooperazione fra imprese è "un mezzo per ripartire il rischio, risparmiare sui costi, mettere in comune le competenze e lanciare più rapidamente l'innovazione"⁶².

Le *guidelines* del 6 gennaio scorso hanno dunque, in primo luogo, lo scopo di consentire alle imprese di adeguarsi alla rapida evoluzione tecnologica e alla crescente pressione concorrenziale dei mercati, tramite "forme di cooperazione che possono apportare dei miglioramenti di efficienza, vale a dire gli accordi in materia di ricerca e sviluppo, di produzione, di acquisto, di commercializzazione, di standardizzazione o quelli relativi alla protezione dell'ambiente" (punto 10 delle *guidelines*). Inoltre, il riesame delle politiche in materia di cooperazione offre alla Commissione l'opportunità di chiarirne regole e principi nella prospettiva, sopra ricordata, del decentramento delle competenze di attuazione del diritto della concorrenza verso gli Stati membri⁶³.

Come già accennato, le *guidelines* della Commissione assegnano *de facto* un ruolo di primaria importanza, nell'analisi condotta ex art. 81 del Trattato, all'applicazione di una *rule of reason*, ossia di un parametro di giudizio della legalità consistente in una valutazione complessiva dei reciproci contrappesi concorrenziali intercorrenti tra effetti negativi ed effetti positivi di una determinata condotta, al fine di stabilirne la rispettiva prevalenza⁶⁴. L'applicazione di una tale regola nell'ambito dell'art. 81, par. 1, è peraltro inscindibilmente connessa con il passaggio ad un sistema di controllo a posteriori nell'applicazione dell'art. 81, par. 3 del Trattato (regime di eccezione legale)⁶⁵. In precedenza, infatti, si è dubitato della possibilità di trasferire nel diritto comunitario il modello di analisi *antitrust* statunitense, proprio a causa della struttura dell'art. 81, la quale consentirebbe di prendere in considerazione gli eventuali benefici di una condotta restrittiva non al fine di escluderne la qualificazione come illecita ai sensi del par. 1, ma solo al fine della sua autorizzazione in deroga ai sensi del par. 3⁶⁶. Se invece si integra l'analisi del paragrafo 3

⁶² XXIX Relazione sulla politica di concorrenza-1999, cit., punto 37.

⁶³ Si deve infatti "garantire l'applicazione uniforme dell'articolo 81 in un sistema in cui diversi organismi detengono poteri di esecuzione", XXIX Relazione sulla politica di concorrenza-1999, cit., punto 39.

⁶⁴ MANGINI-OLIVIERI, *Diritto Antitrust*, Torino, 2000, pagg. 11-12.

⁶⁵ Cfr. *Libro bianco sulla modernizzazione delle norme per l'applicazione degli articoli 85 e 86*, cit.

⁶⁶ Cfr. *inter alia*, FRIGNANI&WAELBROECK, cit., pag. 159 e segg., che sottolineano una certa differenza di approccio tra Commissione e Corte di Giustizia: la prima procederebbe infatti in modo pressoché automatico ad applicare il divieto di cui all'art. 81, par. 1, ad un accordo a prima vista restrittivo, mentre la seconda tenderebbe ad una maggiore flessibilità in assenza di talune restrizioni c.d. *hardcore*. Al riguardo, vale tuttavia evidenziare che sia la prassi della Commissione sia la giurisprudenza della Corte di Giustizia sono caratterizzate da una metodologia di tipo casistico.

in quella del paragrafo 1, ossia si conferisce all'articolo 81 un significato unitario, come suggerisce il citato *Libro bianco*⁶⁷, si perviene alla conclusione che, salvo alcuni fattispecie *per se* illecite (punto 18 delle *guidelines*), tutte le altre restrizioni devono essere sottoposte ad una verifica basata su "criteri economici, quali il potere di mercato delle parti e altri fattori relativi alla struttura del mercato" (punto 7, *ib.*), al fine di valutare se le conseguenze restrittive non siano, nel caso di specie, compensate da prevalenti effetti positivi di efficienza economica⁶⁸.

Sono qui di seguito analizzate le disposizioni più rilevanti delle *guidelines* con particolare riguardo agli accordi di R&D e specializzazione sopra descritti (cfr. capitoli 2 e 3 delle *guidelines*)⁶⁹.

b) Criteri di applicazione dell'articolo 81, paragrafo 1

Poiché in realtà la maggior parte degli accordi di cooperazione non ha per oggetto *hardcore restrictions*, è necessario verificare, oltre alla limitazione della concorrenza tra le parti, la quale è *in nuce* in qualsiasi forma di cooperazione tra concorrenti⁷⁰, anche i

⁶⁷ Nel citato documento della Commissione si afferma infatti esplicitamente che "l'attuale divisione nell'applicazione dell'art. 85, fra par. 1 e par. 3, risulta artificiale e contraria al carattere inscindibile dell'articolo stesso, che richiede un'analisi economica dell'insieme degli effetti imputabili ad un accordo" (punto 49).

⁶⁸ Si deve tuttavia rilevare come molti Autori considerino sproporzionata l'importanza attribuita alla distinzione tra *rule of reason* e condanna *per se* (*exaggerated distinction*), in quanto "*all legal analysis is "per se" to one degree or another*", così che in fondo "[t]he difference between a "per se" and a "rule of reason" standard lies in how much we need to know before we can make that decision", HOVENKAMP, *Federal Antitrust Policy. The Law of Competition and its practice*, Second Edition, Chicago, 2000, pag. 251. Per un'ampia sintesi degli orientamenti critici in materia, cfr. la voce di CARSTENSEN, *Rule of reason in antitrust*, in *The new Palgrave Dictionary of Economics and the Law*, London, 1998, vol. III, pag. 381 e segg., secondo cui "*the "rule of reason" is a label without a specific content despite common usage (...)*".

⁶⁹ Si ricorda che la Comunicazione della Commissione del 6 gennaio 2001 non solo integra i menzionati regolamenti in materia di R&D e di specializzazione, ma costituisce altresì il quadro giuridico di riferimento per la valutazione in generale del fenomeno di cooperazione orizzontale (cfr. il punto 8 delle *guidelines*).

⁷⁰ Al riguardo si deve rilevare l'importanza della distinzione tra concorrenza effettiva e potenziale. Si ha concorrenza effettiva quando le imprese si trovano nello stesso mercato rilevante ovvero quando, in assenza dell'accordo, una di esse sarebbe comunque in grado di modificare la propria produzione per entrare nel mercato rilevante "in tempi brevi e senza dover sostenere significativi costi aggiuntivi o affrontare rischi eccessivi, in risposta a un piccolo incremento permanente dei prezzi relativi [...]" (c.d. test di sostituibilità immediata sul versante dell'offerta). Qualora l'ingresso sul mercato comportasse invece per una impresa "notevoli modifiche alle immobilizzazioni esistenti tanto materiali che immateriali", tale impresa potrebbe qualificarsi soltanto come "concorrente potenziale", cfr. note 3 e 4 del progetto di *Linee direttrici*, che rinviano peraltro alla *Comunicazione della Commissione sulla definizione del mercato rilevante ai fini dell'applicazione del diritto comunitario in materia di concorrenza*, in G.U.C.E. serie C, n. 372, del 9 dicembre 1997, punti 20-23.

concreti effetti su prezzi, produzione, innovazione, varietà e qualità dei prodotti e servizi (punto 19). Quest'ultima analisi deve tenere conto, secondo la Commissione, da una parte, della natura dell'accordo (punti 21 e segg.) e, dall'altra, del potere congiunto di mercato delle parti (punti 27 e segg.).

Per quanto riguarda la natura dell'accordo, le *guidelines* puntualizzano che, nonostante si debba tenere conto in ciascun caso di specie dello specifico contesto giuridico-economico (settore interessato, funzione della cooperazione, rapporti concorrenziali tra le parti, grado di integrazione delle loro attività), gli accordi di ricerca e sviluppo, standardizzazione e protezione dell'ambiente comportano in genere minori rischi di comportamenti collusivi su prezzi o produzione rispetto ad altri tipi di accordi, pur potendo a loro volta determinare restrizioni in termini di innovazione, varietà dei prodotti e accesso al mercato. Gli accordi di produzione o di acquisto, invece, danno luogo generalmente a maggiori rischi di coordinamento dei comportamenti relativi a prezzo e produzione, in particolare, laddove vi sia una significativa comunione di costi tra le parti, come nel caso di fabbricazione o acquisto in comune di un prodotto intermedio ovvero nel caso di condivisione di una percentuale notevole della produzione totale di un prodotto finito (punti 21-23).

Le *guidelines* indicano quindi alcuni esempi di accordo che, in base agli orientamenti consolidati della Commissione e della Corte di Giustizia, rispettivamente "non rientrano" (punti 24), "rientrano quasi sempre" (punto 25) ovvero "possono rientrare" nell'ambito di applicazione dell'art. 81, par.1 del Trattato (punto 26). La differenza rispetto alle precedenti liste di clausole bianche, nere e grigie risiede nel fatto che nelle *guidelines* la definizione di queste categorie di accordi non è tassativa e vincolante per l'interprete, ma meramente esemplificativa e, in ogni caso, subordinata alla verifica del potere di mercato delle parti.

Rientrano nella prima categoria: *i)* gli accordi di cooperazione fra imprese non concorrenti; *ii)* gli accordi fra imprese che non avrebbero potuto realizzare autonomamente il progetto o l'attività oggetto di cooperazione, e *iii)* quelle forme di cooperazione che sono attuate ad un livello molto distante dallo stadio della commercializzazione - come tipicamente le attività di R&D.

Sono invece generalmente ritenuti *per se* illeciti gli accordi, più volte citati, aventi ad oggetto la fissazione di prezzi, la limitazione della produzione ovvero la ripartizione dei mercati o della clientela, in quanto alterano immediatamente le dinamiche concorrenziali, determinando per i consumatori prezzi più elevati o minore disponibilità di prodotti. Tale regola subisce tuttavia delle eccezioni, da verificare in ogni caso con test di tipo strutturale (elasticità della domanda, grado di concentrazione del mercato, barriere all'ingresso, ecc.), in relazione a *clausole indispensabili* al funzionamento di accordi altrimenti

non restrittivi ovvero di accordi oggetto di esenzione, individuale o per categoria. Questo è ad esempio il caso di una impresa comune di produzione che svolga altresì attività di distribuzione, per la cui operatività non è pensabile che le parti non definiscano insieme prezzi e quantità di produzione.

Tutti i restanti accordi sono infine soggetti alla citata *rule of reason*, la quale tiene conto dei seguenti elementi: *i)* la posizione delle parti nei mercati interessati (quota congiunta e individuale di mercato)⁷¹, *ii)* l'eventuale rafforzamento della loro posizione di mercato a seguito della cooperazione, avuto riguardo in particolare al grado di concentrazione del mercato⁷², e *iii)* altri fattori strutturali, tra cui, in particolare, la stabilità delle quote di mercato nel tempo, la presenza di barriere all'ingresso, la probabilità di altri ingressi sul mercato, l'eventuale potere contrattuale in capo ad acquirenti/fornitori o la natura dei prodotti (ad esempio, prodotti omogenei).

c) Criteri di applicazione dell'articolo 81, paragrafo 3

Rispetto ai principi espressi in relazione al paragrafo 1 dell'art. 81, le indicazioni fornite dalla Commissione per l'applicazione del paragrafo 3 dell'art. 81 risultano complessivamente meno efficaci e originali.

Come sancito dal testo del predetto articolo, gli accordi che ricadono nell'ambito di applicazione del paragrafo 1 possono beneficiare di una esenzione ove quattro condizioni cumulative, due positive e due negative, siano soddisfatte, vale a dire:

i) dagli accordi di cooperazione derivino benefici economici idonei a compensarne gli effetti restrittivi (miglioramento della produzione o della distribuzione, promozione del progresso tecnico o tecnologico),

ii) una congrua parte dell'utile sia riservata ai consumatori,

iii) non vengano imposte restrizioni che non siano indispensabili e, comunque, *iv)* le restrizioni non siano tali da eliminare la concorrenza per una parte sostanziale dei prodotti.

⁷¹ Si deve valutare la quota di mercato di ciascuna impresa, in particolare, perché "un'elevata quota di mercato congiunta non può, in genere, essere considerata indice di un effetto restrittivo della concorrenza sul mercato rilevante se una delle parti detiene soltanto una quota di mercato insignificante" (punto 28).

⁷² Per la prima volta viene codificato l'uso da parte della Commissione il metodo per il calcolo del grado di concentrazione del mercato con l'indice di Herfindahl-Hirschmann (indice HH), il quale è basato sulla somma dei quadrati delle quote delle singole imprese interessate. Se l'indice HH è inferiore a 1000, il grado di concentrazione del mercato è debole; se esso è tra 1000 e 1800, il grado di concentrazione è invece moderato; se supera 1800, il grado di concentrazione è elevato (punto 29).

Per quanto concerne la prima condizione, le parti stesse devono provare, con idonea documentazione, che i loro accordi comportano degli incrementi di efficienza e che tali incrementi non potrebbero essere conseguiti con mezzi meno restrittivi (punto 32). Al riguardo, si deve evidenziare come forme di cooperazione motivate da meri interessi aziendali di riduzione dei costi interni non rileveranno ai fini dell'esenzione, in quanto non si possono tenere in conto "risparmi sui costi ottenuti attraverso una riduzione della produzione o una ripartizione dei mercati, o derivanti dal puro esercizio del potere di mercato" (punto 33). Quest'ultimo punto assume particolare rilievo ai fini dell'autorizzazione in deroga di intese restrittive della concorrenza ai sensi dell'art. 81, par. 3, poiché sovente le imprese decidono di cooperare al solo fine di minimizzare i costi di inefficienze aziendali o di errate strategie industriali o, *tout court*, allo scopo di ridurre i propri costi interni, aumentando il proprio margine di profitto, senza creare alcun beneficio a vantaggio dei consumatori. Si deve ritenere dunque che gli accordi di cooperazione per i quali le imprese non siano in grado di dimostrare esternalità reali - e non puramente ipotetiche - a beneficio dei consumatori o utilizzatori, non potranno più essere esentati a seguito della implementazione della *guidelines*⁷³.

Pertanto, se si tiene conto del combinato disposto della prima e seconda condizione, relativa alla necessità di riservare una congrua parte dell'utile ai consumatori, si deve concludere che l'onere della prova a carico delle imprese ha ad oggetto non solo le efficienze statiche o dinamiche⁷⁴ dell'accordo, ma anche le modalità di passaggio di queste efficienze nei mercati a valle dell'accordo e, in particolare, nei mercati finali di consumo o utilizzazione dei prodotti/servizi, i quali, nel caso degli accordi di R&D e specializzazione, sono spesso molto distanti dallo stadio economico ove è situata la cooperazione fra le imprese⁷⁵.

⁷³ La riduzione dei costi, attraverso accordi di razionalizzazione produttiva, è sinora invalsa ai fini dell'autorizzazione in deroga *ex art.* 81, par. 3, del Trattato, sltando in connessione con comprovate crisi di settore (cfr. ad esempio, la decisione del 4 dicembre 1986, *ENI/Montedison*, in G.U.C.E. del 7 gennaio 1987, serie L, n. 5, pp.13-22 e segg., e la decisione del 5 maggio 1988, *Bayer/BP Chemicals*, in G.U.C.E. del 16 giugno 1988, serie L, n. 50, pp. 35-43, in particolare, punto 21), ovvero in rapporto all'apertura di nuovi impianti (cfr. la decisione del 22 dicembre 1987, *EniChem/ICI*, in G.U.C.E. del 24 febbraio 1988, serie L, n. 50, p.18, in particolare punti 34 e segg.), o a nuove tecniche di produzione (cfr. la decisione del 21 dicembre 1994, *Philips/Osram*, in G.U.C.E. del 31 dicembre 1994, serie L, n. 378, p.37-44, in particolare punto 25).

⁷⁴ In particolare, se si temono effetti sulla concorrenza a livello di innovazione scientifico-tecnologica, sarà necessario prendere in considerazione specifici fattori che rendano possibile l'analisi del mercato rilevante da un punto di vista dinamico e non statico (cfr. il punto 30, che a sua volta rinvia al capitolo 2, in materia di accordi di ricerca e sviluppo).

⁷⁵ In tal senso, appare criticabile la presunzione generale contenuta nella *guidelines* secondo cui la condizione relativa alla trasmissione dei vantaggi ai consumatori sarebbe "normalmente" soddisfatta dalla

Per quanto concerne poi il carattere indispensabile delle restrizioni, nelle *guidelines* si ricorda che le restrizioni possono o meno essere indispensabili a seconda della situazione di mercato e della durata dell'accordo⁷⁶.

In relazione alla non eliminazione della concorrenza, invece, nonostante la laconicità del punto 36 delle *guidelines*, si deve ritenere che tale condizione sarà in linea di massima valutata tenendo presente il criterio del potere di mercato delle parti, già impiegato quale strumento concettuale nell'analisi ai sensi del paragrafo 1 dell'art. 81⁷⁷. Nell'ambito dell'esame ex paragrafo 3 del medesimo articolo, tuttavia, poiché il giudizio è di tipo prognostico, il parametro in questione dovrà essere impiegato in maniera più flessibile, essendo in pratica ammesso un potere di mercato maggiore, fino al limite della eliminazione della concorrenza effettiva, con la costituzione o il rafforzamento di una posizione dominante⁷⁸.

presenza di una pressione concorrenziale sufficiente nei mercati interessati, cfr. in particolare il punto 34, in cui si afferma in maniera piuttosto tautologica che "[...] a condizione che sul mercato sussista una concorrenza sufficiente che vincoli effettivamente le parti, il processo competitivo garantirà di regola che i consumatori ricevano una congrua parte dell'utile", in quanto "le spinte della concorrenza faranno sì che le economie sui costi siano passate al consumatore grazie ad una diminuzione dei prezzi o stimoleranno le imprese a lanciare sul mercato nuovi prodotti il più rapidamente possibile". Forse, la Commissione avrebbe dovuto opportunamente circostanziare queste affermazioni, considerati i cospicui risultati raggiunti dalle scienze economiche in tema di *market failures* (cfr. *inter alia*, WILLIAMSON O.E., *The vertical integration of production: market failure consideration*, American Economic Review, May 1971, e dello stesso Autore, *Markets and Hierarchies: analysis and antitrust implications*, New York, 1972).

⁷⁶ Le *guidelines* citano, a titolo di esempio, le clausole di esclusiva che mirano a controllare il fenomeno del c.d. *free riding* vale a dire le situazioni in cui uno dei contraenti tenta di svincolarsi dai propri obblighi al fine di trarre indebiti vantaggi dagli accordi sottoscritti a scapito degli altri contraenti, come nel caso degli obblighi di segretezza del *know-how* trasferiti nella ricerca e sviluppo in comune (punto 35).

⁷⁷ Alla luce della necessità di applicare una *rule of reason*, non è infatti possibile verificare il soddisfacimento della quarta condizione se non facendo riferimento alla quota di mercato congiunta delle parti e alla struttura del mercato (quota dei concorrenti, potere contrattuale della domanda, prospettive di evoluzione), cfr. ad esempio, la decisione della Commissione del 18 maggio 1994, *Exxon/Shell*, in G.U.C.E. dell'11 luglio 1998, C 252, p. 9 e segg.

⁷⁸ Poiché la concorrenza è un processo dinamico, la Commissione ha esentato accordi nei quali, pur non essendovi concorrenza effettiva, vi erano prospettive di concorrenza potenziale (cfr. la decisione della Commissione del 13 dicembre 1988, *Delta Chemie/DDD*, in G.U.C.E. del 13 ottobre 1998, serie L, n. 309, pagg. 34 e segg., punto 45). Così, se non vi sono prove sulla verosimiglianza del rischio di costituzione di una posizione dominante collettiva, in ragione dell'esistenza di sovraccapacità produttiva, la Commissione non può legittimamente negare il beneficio dell'esenzione (cfr. la sentenza del Tribunale del 15 luglio 1994, *Matra/Commissione*, in Racc. del 1994, vol. II, pagg. 595 e segg., punto 45).

d) Ulteriori elementi di valutazione

i) Accordi di ricerca e sviluppo

Rispetto al regolamento, il capitolo delle *guidelines* relativo agli accordi di R&D specifica ulteriormente i principi per la definizione del mercato rilevante ed alcuni elementi di valutazione *ex art.* 81, par. 1 e par. 3, che devono essere adeguati per tenere conto delle peculiarità della materia.

Per quanto riguarda i mercati rilevanti, gli estremi dello spettro di analisi in cui si collocano le possibili attività di R&D sono costituiti rispettivamente, da una parte, dai mercati esistenti e, dall'altra, dai mercati c.d. dell'innovazione.

Nel primo caso, l'accordo di cooperazione è volto a sviluppare prodotti o tecnologie che dovrebbero sostituirsi a prodotti o tecnologie esistenti, i quali, insieme ai loro succedanei, costituiranno pertanto il mercato di riferimento⁷⁹.

Nel secondo caso, invece, l'accordo di cooperazione è volto a creare un nuovo prodotto (o una nuova tecnologia), che costituirà a sua volta un proprio mercato; di conseguenza, i mercati esistenti saranno interessati dalla cooperazione solo in quanto "in qualche modo collegati con l'innovazione in questione" (punto 43, *cf.* altresì l'esempio n. 2 al punto 76 delle *guidelines*)⁸⁰.

Eccezioni a queste soluzioni-tipo possono tuttavia presentarsi, nel primo caso, in relazione a sostituzioni imperfette o realizzabili solo a lungo termine (*cf.* il punto 45, che indica come interessati dalla cooperazione i mercati esistenti, se dall'accordo deriva un coordinamento del comportamento delle parti nella fornitura di prodotti esistenti), ovvero in relazione ad attività di R&D che riguardano una componente essenziale, da un punto di vista tecnico o economico, del prodotto finale (*cf.* il punto 46, che indica quali

⁷⁹ I mercati della tecnologie comprendono i diritti di proprietà intellettuale concessi in licenza e i loro sostituti, vale a dire tecnologie di costo simile, idonee ad essere impiegate quale alternativa dagli utilizzatori (punti 47-49 delle *guidelines*).

⁸⁰ Il termine "*innovation market*" è peraltro oggetto di forti critiche, sembrando avere le caratteristiche non di un mercato, in termini di domanda e offerta di prodotti/servizi, quanto piuttosto di un aspetto della concorrenza su un mercato, allo stesso modo di prezzo e qualità. Si tratta, peraltro, di un concetto derivato dalla stessa prassi della Commissione in materia di concentrazioni, in particolare, nel settore chimico e in quello farmaceutico (*cf.* ad esempio, il caso IV/M.269, *Shell/Montedison*, del 3 giugno 1994, e il caso IV/M.737, *Ciba-Geigy/Sandoz*, del 25 marzo 1997). *Cf.* L.B. LANDMAN, *Innovative Markets in Europe*, E.C.L.R. [1998], pag. 21 e *segg.*, secondo cui la Commissione, distanziandosi dall'approccio statunitense, tende a vedere negli sviluppi futuri di un bene, non un mercato separato, ma una parte del mercato che sta analizzando. In altri termini, non si evincerebbe, nella prassi della Commissione, un *tertium genus* di mercato, oltre a quelli dei mercati dei prodotti e delle tecnologie esistenti.

mercati rilevanti, oltre al mercato della componente, anche quello del prodotto finito, sempre che le parti siano “concorrenti importanti” nei prodotti finiti)⁸¹. Nel caso dei mercati dell'innovazione, invece, si possono considerare due ipotesi distinte che rendono la definizione del mercato rilevante più complessa, relative rispettivamente alla presenza o meno nel processo innovativo di poli di ricerca e sviluppo. Qualora infatti in un settore industriale siano individuabili dei poli di R&D, l'analisi degli effetti della cooperazione sulla concorrenza avrà ad oggetto l'esistenza, o no, di un numero sufficiente di poli di R&D dopo l'accordo (cfr. l'esempio dell'industria farmaceutica citato al punto 51)⁸²; viceversa, se nel settore industriale interessato dalla cooperazione non sono individuabili dei poli di R&D, di regola l'analisi degli effetti della cooperazione può essere limitata ai mercati dei prodotti/tecnologie esistenti (punto 52).

In base alle indicazioni fornite dalle *guidelines*, l'analisi da effettuare per verificare l'applicabilità dell'art. 81, par. 1, agli accordi di R&D può dunque essere sintetizzata secondo il seguente schema:

à) l'accordo contiene *hardcore restrictions* (esame *per se*)?

Se la risposta è positiva, l'accordo è vietato e non esentabile (in conseguenza della non scindibilità delle clausole nulle); se la risposta è negativa, invece, si deve proseguire l'esame del contesto economico in cui si inseriscono le restrizioni (esame basato sulla *rule of reason*, cfr. il seguente punto ii);

ii) le imprese sono concorrenti nei mercati esistenti dei prodotti/tecnologie o nei mercati dell'innovazione?

Se la risposta è negativa in genere l'accordo non restringe la concorrenza, salvo sfruttamento esclusivo dei risultati e notevole potere di mercato nelle tecnologie essenziali da parte di almeno uno dei contraenti (punto 56 e nota 30); se la risposta è positiva, invece, si deve verificare ulteriormente la quota congiunta di mercato e la fase economica in cui si situa la cooperazione (cfr. di seguito, il punto iii);

iii) la quota congiunta di mercato rientra nella soglia del 25%?

Se la risposta è positiva, l'accordo è in linea di massima esentato dal Regolamento di categoria n. 2658/00, sopra descritto; altrimenti, si deve proseguire l'analisi con test di

⁸¹ Per un caso di possibile esenzione, cfr. l'esempio n. 3 riportato al punto 77 delle *guidelines*.

⁸² Cfr. anche l'esempio n. 1 riportato al punto 75 delle *guidelines*. Si deve sottolineare come, nel caso in cui vi siano solo due poli, un eventuale accordo tra di essi non sarà in genere suscettibile di esenzione, salvo vi siano garanzie sufficienti che, attraverso accordi di licenza a terzi, a condizioni ragionevoli, sarà comunque mantenuto un certo grado di concorrenza (cfr. punti 51-52 e 71).

tipo strutturale per verificare la compatibilità dell'accordo con l'art. 81, par. 1 (v. punto *iv*, sotto);

iv) la cooperazione è conclusa in una fase vicina o lontana rispetto all'immissione di un prodotto sul mercato finale?

Più la cooperazione è prossima all'immissione in commercio del prodotto, infatti, maggiori sono i rischi di coordinamento del comportamento delle parti relativamente a prezzi, produzione o innovazione sui mercati esistenti⁸³. Peraltro, anche se la cooperazione si situa in una fase abbastanza lontana dallo stadio del consumo o utilizzo finale, secondo la Commissione, è opportuno comunque verificare gli effetti dell'accordo sulla struttura del mercato (posizione congiunta delle parti, quote di mercato dei concorrenti, grado di concentrazione, ecc., cfr. punti 63-66)⁸⁴.

Per quanto riguarda infine l'applicazione dell'art. 81, par. 3, le *guidelines* ricordano che l'autorizzazione in deroga, sia per categoria, sia individuale, è data sulla base di una valutazione *ex ante* dell'impatto dell'accordo sui mercati esistenti o sui mercati dell'innovazione e ha durata commisurata a quella dell'attività di R&D, più un periodo di tempo ulteriore di 5 anni, nel caso in cui le parti abbiano previsto anche attività di produzione e commercializzazione, per il lancio e l'immissione in commercio dei risultati della ricerca. Tale beneficio è concesso indipendentemente dall'entità della quota di mercato delle parti, che potrebbe essere anche pari al 100%, ossia anche in presenza di una situazione di monopolio, dato che le prime imprese ad entrare in un nuovo mercato godono normalmente, nella fase iniziale, di quote di mercato molto elevate.

Al termine del periodo di esenzione, tuttavia, sarà necessario sottoporre a nuovo esame l'accordo, sulla base della *situazione dei mercati esistente* a questa nuova data (punto 74 delle *guidelines*). Potranno a questo punto presentarsi due distinte situazioni in funzione del superamento o meno della soglia di rilevanza del 25%: ove la soglia non sia superata, resta applicabile l'esenzione per categoria; in caso contrario, sarà nuovamente necessario verificare se siano o meno soddisfatte le condizioni previste dall'art. 81, par. 3, ai fini di una esenzione individuale.

⁸³ Cfr. il punto punto 64 delle *guidelines*, in cui si afferma gli accordi di R&D che si estendono alla produzione e alla distribuzione hanno maggiori probabilità di determinare effetti negativi su prezzi e produzione, oltre a creare maggiori rischi di collusione "[...] poiché le attività di ricerca e sviluppo potrebbero, di fatto, non costituire il centro di gravità della collaborazione".

⁸⁴ La Commissione individua specificamente tre tipi di restrizioni che in genere si verificano in relazione agli accordi di ricerca e sviluppo, vale a dire restrizioni nell'innovazione, collusione nei mercati esistenti ovvero *foreclosure* nell'accesso ai mercati (cfr. punto 61 delle *guidelines*).

ii) Accordi di specializzazione

In materia di specializzazione la Commissione segue una metodologia in parte diversa, definendo principi non legati ad una specifica categoria di accordi, ma idonei a disciplinare tutte le varie forme di produzione congiunta di beni e/o servizi, siano esse realizzate attraverso imprese comuni, oppure attraverso accordi di specializzazione o di subfornitura.

In generale, la Commissione riafferma nelle *guidelines* il principio secondo cui gli accordi orizzontali aventi ad oggetto la produzione di un bene intermedio o finale, possono condurre a consistenti restrizioni della concorrenza, ove posti in essere da imprese con significativo potere di mercato, tenuto conto in particolare della struttura dei mercati interessati e del grado di integrazione delle attività messe in comune⁸⁵. In particolare, il punto 101 delle *guidelines* chiarisce che se la quota congiunta di mercato delle parti supera la soglia del 20% fissata dal Regolamento di esenzione per categoria, gli accordi di specializzazione *reciproca* - quindi, non quelli unilaterali, come l'*outsourcing* - ricadono *quasi sempre* nel divieto di intese restrittive della concorrenza sancito dall'art. 81, par. 1, del Trattato. A tale conclusione la Commissione perviene soprattutto a causa del rischio di spartizione del mercato che deriva dall'accordo di cooperazione fra le imprese concorrenti.

Se infatti la circostanza che le parti siano concorrenti non implica automaticamente un coordinamento del loro comportamento concorrenziale, tuttavia una cooperazione in un ambito rilevante delle proprie attività implica per le imprese interessate un grado sostanziale di comunione dei costi e, quindi, maggiori probabilità di limitazioni di concorrenza in termini di prezzo (cfr. il combinato disposto dei punti 84 e 91). Tale conclusione è tanto più vera quanto più si tratta di prodotti omogenei e/o di mercati maturi (cfr. gli esempi n.4 e n.5, ai punti 112 e 113). In questi casi, dunque, oltre al contenuto dell'accordo di cooperazione e alle restrizioni che oggettivamente ne possono derivare al comportamento delle parti, si dovranno valutare la posizione delle due società sui mercati interessati, la concentrazione e il numero di imprese operanti nei

⁸⁵ La Commissione ricorda altresì che gli accordi di produzione, tra cui rientrano appunto gli accordi di specializzazione, sono accordi *verticali*, a cui vanno applicate, ove contengano restrizioni della concorrenza, anche le disposizioni del regolamento sulle restrizioni verticali n. 2790/99, a meno che non si tratti di subfornitura tra concorrenti o di subfornitura tra non concorrenti con trasferimento di *know-how*, per cui v. art. 2, par. 4 e par. 3 del citato regolamento.

mercati stessi e, se le parti hanno una presenza significativa nei mercati a monte o a valle, gli effetti di *spill-over* in questi mercati secondari (punto 82 e punti 94-95)⁸⁶.

Tra gli spunti più interessanti di riflessione, vale sottolineare l'indicazione fornita dalla Commissione quanto alla tipologia delle restrizioni che possono derivare dalla specializzazione, vale a dire il coordinamento del comportamento concorrenziale delle parti in qualità di fornitori sui mercati interessati dalla cooperazione e/o sui mercati di *spill-over* (punto 95)⁸⁷.

Secondo la Commissione, sfuggono invece generalmente al divieto di cui all'art. 81, par. 1, i seguenti accordi di produzione: *i)* accordi tra imprese che non sono concorrenti, *ii)* accordi - anche tra concorrenti - per acquistare presso terzi beni intermedi o componenti che finora erano fabbricati per l'autoconsumo, salvo vi siano prove che una delle parti ha rinunciato ad entrare nel mercato in questione, e *iii)* accordi tra concorrenti in mercati strettamente collegati a quello della cooperazione, a condizione che tale cooperazione sia l'unico modo per entrare in un nuovo mercato o per lanciare un nuovo prodotto/servizio (punto 87)⁸⁸.

Tra le *hardcore restrictions*, inoltre, vengono incluse le clausole di fissazione della quantità prodotta, con l'eccezione del caso di cui all'art. 4, par. 2, lett. *a*, del nuovo Regolamento di esenzione per categoria, e la clausola per cui, se l'impresa comune oltre a fabbricare i prodotti li distribuisce, la parti ne fissano congiuntamente il prezzo. Al riguardo, tuttavia, non si può non evidenziare una certa contraddizione con il fatto che queste imprese, di regola, sono in grado di esercitare tutte le funzioni di una impresa autonoma (*full-function joint venture*), ossia sono imprese comuni a pieno titolo e non di esercizio parziale e, quindi, come tali sottoposte alla disciplina sulle concentrazioni

⁸⁶ Per mercati di *spill-over* - o mercati secondari - devono intendersi i mercati che sono situati a monte o a valle ovvero i mercati limitrofi strettamente collegati al mercato in cui è attuata la cooperazione (ossia tipicamente il mercato in cui opera la *joint venture*), cfr. il punto 87 delle *guidelines*. Secondo la Commissione, possono essere individuati effetti di *spill-over* su un altro mercato soltanto quando il mercato in cui si ha la cooperazione e quello secondario sono interdipendenti e se le parti si trovano in posizione di forza sul mercato secondario.

⁸⁷ Se tuttavia una delle parti gode di una forte posizione in uno dei suddetti mercati, possono derivare dall'accordo di cooperazione anche effetti di *foreclosure* per i terzi concorrenti in mercati di *spill-over*; cfr. punti 83, 95 e 99, 3° cpv., e l'esempio n. 4 al punto 112.

⁸⁸ Le *guidelines*, inoltre, menziona cripticamente la possibilità di realizzare attraverso l'accordo di produzione "un determinato progetto". Al riguardo, non si può non rilevare l'ambiguità della predetta espressione e, quindi, in definitiva la sua inutilità: si tratterà infatti di volta in volta di verificare la natura di accordo di ricerca o sviluppo, o di specializzazione, acquisto, ecc., e i conseguenti effetti sulla struttura di mercato.

(regolamento n. 4064/89, come modificato dal regolamento n. 1310/97) e, se di dimensione comunitaria, alla competenza esclusiva della Commissione stessa⁸⁹.

Infine, una sintesi efficace della prassi in materia di "reti di imprese comuni" viene inclusa al punto 97, in cui si riafferma l'importanza di valutare i collegamenti tra imprese concorrenti che si realizzano attraverso le imprese comuni⁹⁰, a livello di effetto cumulativo sul mercato (*foreclosure*) e di rafforzamento dei rapporti tra le imprese fondatrici. In tal senso, anche se le parti detengono una quota congiunta di mercato "moderata", l'impresa comune creerà un legame supplementare e avrà in pratica l'effetto di accrescere il grado di concentrazione del mercato (cfr. l'esempio n. 2 al punto 108).

V. Conclusioni

I Regolamenti di esenzione in materia di ricerca e sviluppo e specializzazione, come chiarificate dalle *guidelines* della Commissione sulla cooperazione orizzontale tra imprese, introducono a rilevanti innovazioni nella valutazione del fenomeno degli accordi tra imprese concorrenti in questi settori. In particolare, appare di estremo rilievo l'abbandono della logica delle *check-lists* di clausole legittime a favore dei *market share tests*, nella prospettiva di una analisi *antitrust* essenzialmente fondata su regole non automatiche, ma flessibili (*rule of reason*). La prevalenza dell'analisi delle conseguenze economiche in ciascun caso di specie, rispetto alle rigide presunzioni di liceità delle clausole-tipo, e la contestuale riduzione delle soglie di rilevanza del potere di mercato congiunto delle parti, significativa soprattutto in presenza di rapporti verticali o complementari (acquisto e/o distribuzione), offriranno alle imprese maggiore libertà di azione e flessibilità operativa, al fine di adeguarsi alle esigenze della rapida evoluzione tecnologica dei mercati e alla globalizzazione della economia mondiale. Anche a fini di *self-evaluation* dei propri accordi, le imprese devono comunque tenere presente che sono e rimangono intrinsecamente

⁸⁹ La Commissione ipotizza peraltro di ricomprendere nell'ambito del menzionato regolamento sulle concentrazioni anche le imprese comuni di esercizio parziale, in quanto esse implicano, di regola, ingenti investimenti e una forte integrazione delle funzioni, così che un loro smantellamento *ex post* da parte delle autorità di concorrenza nazionali risulta in pratica molto difficile, cfr. DG COMPETITION, *Discussion Paper on production joint venture*, all. 1. Si verrebbe in questo modo a creare un regime di controllo a priori (tramite notifica preventiva), con duplice test, di dominanza ed *ex art.81*, per tutte le imprese comuni cooperative di dimensione comunitaria (cfr. l'art. 2, par. 4, del citato regolamento sulle concentrazioni).

⁹⁰ Cfr. anche la Comunicazione della Commissione sul *Concetto di impresa comune cooperativa*, in G.U.C.E. del 16 febbraio 1993, serie C, n. 43, pag. 2 e segg., punti 27-31.

anticoncorrenziali alcune pratiche (*per se rule*), quali fissazione dei prezzi, riduzione della produzione e ripartizione del mercato (*hardcore restrictions*).

L'obiettivo perseguito dalla Commissione, vale a dire stimolare l'efficienza economica e, quindi, la crescita dell'industria europea, viene realizzato, ancora una volta, attraverso lo strumento regolamentare, con duplice risultato: da un lato, si rende possibile alle imprese europee, in una fase di rallentamento dell'economia mondiale, la condivisione di innovazioni e tecnologie così da sviluppare ulteriormente *know-how* e brevetti, in un contesto di globalizzazione in cui i mercati del prodotto e i mercati geografici tendono ad ampliarsi e, quindi, ad essere generalmente più competitivi; dall'altro lato, si favorisce la realizzazione di risparmi sui costi in fasi produttive in ogni caso distanti dal mercato finale, rispetto alle quali, dunque, i rischi di effetti distorsivi della concorrenza a danno dei consumatori appaiono meno immediati e sicuri. Peraltro, nelle attività di R&D e in quelle di produzione di componenti o parti omogenee non sussistono spesso vivaci dinamiche concorrenziali, anche per via dei costi significativi delle une e dei bassi margini di profitto delle altre, così che il processo concorrenziale si realizza sostanzialmente a valle, nel mercato del prodotto finito. In tal senso, ad esempio, nei mercati maturi o con alti costi fissi di produzione (trasporti aerei, *high-tech*, ecc.), le imprese tendono, sempre più frequentemente, a innescare e gestire il processo competitivo nel mercato di sbocco finale, in particolare, differenziando i propri beni/servizi agli occhi dei consumatori attraverso attività di *branding* o servizi pre- e post-vendita.

In concreto, tuttavia, gli effetti economici dei due nuovi Regolamenti, tenuto conto delle quote di mercato massime per l'esenzione (25% nel caso degli accordi di R&D, 20% nel caso degli accordi di specializzazione), ricadranno immediatamente a favore delle sole piccole e medie imprese (PMI), mentre le imprese con quote superiori alle soglie saranno legittimate a concludere accordi di R&D e specializzazione alla condizione che, secondo quanto prescritto dalle *guidelines* della Commissione, tali forme di cooperazione orizzontale consentano di ottenere comprovate efficienze da un punto di vista economico.

BIBLIOGRAFIA ESSENZIALE

- BUNTE-SAUTER, *EG-Gruppenfreistellungsverordnungen. Kommentar*, München , 1988.
- CARSTERSEN P.C., *Rule of reason in antitrust*, in *The new Palgrave Dictionary of Economics and the Law*, London, 1998, vol III.
- FAULL J. - NIKPAY A., *The EC Law of Competition*, Oxford 2000.
- FAULL J., *Joint Ventures under EEC Competition Rules*, in *European Competition Law Review*, 1984, pag. 358 e segg.
- FRIGNANI A., PARDOLESI R., PATRONI GRIFFI A., UBERTAZZI L.C. (a cura di -), *Diritto antitrust italiano*, Bologna, 1993.
- FRIGNANI A.- WAELBROEK M., *Disciplina della Concorrenza nella CE*, Torino, 1996.
- HOVENKAMP F., *Federal Antitrust Policy. The Law of Competition and its practice*, Second Edition, Chicago, 2000.
- KORAH V., *EC Competition Law and Practice*, Oxford 1997.
- KORAH V., *R&D and the EEC Competition Rules: Regulation 418/85*, ESC Publishing, London, 1986.
- L.B. LANDMAN, *Innovative Markets in Europe*, E.C.L.R. [1998], pag. 21.
- LÜCKING, *Horizontal Cooperation agreements-Ensuring a modern policy*, in *EC Competition Policy Newsletter*, giugno 2000, n. 2, pagg. 41-44.
- MESTMAECKER E.-J., *The modernization of E.U. Competition Rules*, in *Post-Chicago Developments in Antitrust Analysis: United States and Europe*, Convegno di Taormina, 26-28 ottobre 2000.
- MANGINI V.- OLIVIERI G., *Diritto Anitrust*, Torino 2000.
- PARDOLESI R., *Relazione tenuta al Convegno di analisi economica del Diritto organizzato dal Dipartimento di Diritto dell'Economia dell'Università di Siena*, Siena, 1992.
- POLO M.- GHEZZI F.- PREITE D., *Promozione della concorrenza e politiche antitrust*, a cura di A.DEL MONTE, Bologna, 1997, pag. 83 e segg..
- VENIT J., *The Research and Development Block Exemption Regulation*, in *European Law Review*, 1985.
- WILLIAMSON O.E., *The vertical integration of production: market failure consideration*, *American Economic Review*, May 1971.

MARIA GAIA PAZZI*

WILLIAMSON O.E., *Markets and Hierarchies: analysis and antitrust implications*, New York, 1972).