

**Riccardo Pennisi**

**L'Antitrust in Italia  
tra diritto dell'Unione europea  
e diritto nazionale**

**2015-2.2**

**Fogli di lavoro**  
per il Diritto Internazionale



Direzione scientifica: *Rosario Sapienza*

Coordinamento redazionale: *Elisabetta Mottese*

Redazione: *Adriana Di Stefano, Federica Antonietta Gentile, Giuseppe Matarazzo, Maria Manuela Pappalardo, Giuliana Quattrocchi*

Volume chiuso nel mese di settembre 2015

FOGLI DI LAVORO *per il Diritto Internazionale è on line*

<http://www.lex.unict.it/it/crio/fogli-di-lavoro>

ISSN 1973-3585

**Cattedra di Diritto Internazionale**

Via Gallo, 24 - 95124 Catania

E-mail: [risorseinternazionali@lex.unict.it](mailto:risorseinternazionali@lex.unict.it)

Redazione: [foglidilavoro@lex.unict.it](mailto:foglidilavoro@lex.unict.it)

Tel: 095 230857 - Fax 095 230489

## L'Europa che non c'è?

La domanda che da qualche tempo ci poniamo e che ci spinge ad indagare l'esistenza dell'Europa come parametro di una nuova civiltà giuridica europea può trovare risposta non solo nella ricerca dei delicati e sempre mutevoli equilibri cui ci ha abituato l'Europa di Bruxelles, ma anche nelle politiche di attuazione dei suoi atti normativi e delle sue politiche nei Paesi membri e segnatamente in Italia

Questo numero di FLADI pubblica il testo dell'intervento di Riccardo Pennisi, Counsel con Baker & McKenzie e specialista di antitrust litigation, tenuto il 22 maggio 2015 nel quadro del ciclo di seminari "L'Europa che non c'è" promosso nell'ambito del corso di Diritto dell'Unione europea del corrente anno accademico.

La redazione



Riccardo Pennisi

L'Antitrust in Italia tra diritto dell'Unione europea e diritto nazionale

SOMMARIO: 1. Le particolarità del diritto della concorrenza e la necessità di coerenza applicativa. – 2. Il diritto della concorrenza dell'Unione europea. – 3. Il diritto della concorrenza italiano. – 4. Le interazioni tra normativa comunitaria e normativa italiana- - 5. Gli strumenti volti ad assicurare la coerenza del sistema. - 6. Conclusioni.

### **1. Le particolarità del diritto della concorrenza e la necessità di coerenza applicativa**

L'applicazione del diritto della concorrenza all'interno dell'Unione europea (di seguito, anche "UE") è affidata, in via principale, alla Commissione europea ("Commissione") nonché alle Autorità garanti della concorrenza nazionali dei 28 Stati membri, le quali applicano, oltre alle norme rilevanti del Trattato sul Funzionamento dell'unione europea ("TFUE") anche le relative disposizioni nazionali.

A tale ambito applicativo *pubblico/ amministrativo*, finalizzato alla identificazione di condotte illecite da parte delle imprese, alle quali in caso di violazione possono essere - e normalmente sono - irrogate sanzioni amministrative, si affianca l'attività dei giudici nazionali, che possono anch'essi, nell'ambito delle proprie competenze, applicare le norme comunitarie e quelle nazionali.

Si tratta pertanto di un sistema all'interno del quale, da un lato, trovano applicazione sistemi normativi differenti, e, dall'altro, le stesse norme - ovvero le norme comunitarie relative alle intese restrittive della concorrenza ed agli abusi di posizione dominante - sono applicate da più soggetti, sia a livello di *public enforcement* che di *private enforcement*.

In un simile scenario, al fine di evitare il proliferare di interpretazioni contrastanti degli stessi principi, interpretazioni che genererebbero disparità di trattamento e minerebbero la certezza del diritto, è necessario assicurare la coerenza del sistema.

Occorre infatti che i diversi soggetti che applicano la normativa comunitaria lo facciano in maniera uniforme e seguendo criteri interpretativi omogenei. L'applicazione di interpretazioni o di regole disomogenee porterebbe infatti ad una paradossale alterazione della concorrenza dovuta all'applicazione degli strumenti che dovrebbero tutelarla.

Scopo del presente lavoro è quello di evidenziare, nel rispetto degli evidenti limiti imposti dal livello necessariamente generico della trattazione, quali sono gli strumenti volti ad assicurare il raccordo dell'operato dei vari soggetti preposti a livello comunitario e nazionale ad applicare il diritto della concorrenza, sottolineando le principali - ad avviso di chi scrive - carenze del sistema.

## **2 Il diritto della concorrenza dell'Unione europea**

### **2.1 Il diritto della concorrenza dell'UE e le sue origini**

Il Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea ("TFUE") contiene due articoli specificamente dedicati alla protezione della concorrenza. Si tratta dell'articolo 101 e dell'articolo 102, i quali vietano, rispettivamente, gli accordi (o intese) tra imprese aventi come *oggetto* o *effetto* la restrizione della concorrenza e che non soddisfino i requisiti previsti dall'articolo 101.3 in termini di generazione di efficienze per poter beneficiare di una esenzione<sup>1</sup>, e l'abuso di posizione dominante. Tali norme erano già presenti nel Trattato di Roma del 1957, del quale costituivano gli articoli 85 ed 86.

Sin dall'origine della Comunità economica europea (e, prima ancora, della Comunità europea del carbone e dell'acciaio, dato che il Trattato di Parigi del 1951 conteneva anch'esso due articoli dedicati alla concorrenza), dunque, si è ritenuto che la concorrenza fosse meritevole di tutela, e tale convinzione non è venuta meno con la creazione dell'Unione.

---

<sup>1</sup> Il paragrafo 3 dell'articolo 101 TFUE prevede infatti che il divieto previsto dal primo paragrafo dello stesso articolo possa essere dichiarato inapplicabile alle intese "*che contribuiscano a migliorare la produzione o la distribuzione dei prodotti o a promuovere il progresso tecnico o economico, pur riservando agli utilizzatori una congrua parte dell'utile che ne deriva, ed evitando di a) imporre alle imprese interessate restrizioni che non siano indispensabili per raggiungere tali obiettivi; b) dare a tali imprese la possibilità di eliminare la concorrenza per una parte sostanziale dei prodotti di cui trattasi*".

La *ratio* dell'inserimento di norme volte a proteggere la concorrenza all'interno del Trattato di Roma (e la loro permanenza sia nel Trattato CE che nel TFUE) va ricercata, insieme a ragioni eminentemente politiche, nella volontà di prevenire la costituzione di cartelli tra imprese, di impedire che una eccessiva concentrazione di potere di mercato potesse portare all'innalzamento dei prezzi o al deteriorarsi della qualità di beni e/o servizi, nonché nella ricerca di strumenti che consentissero l'effettivo sviluppo del mercato unico evitando l'innalzamento di barriere artificiali volte ad impedire il commercio tra Stati membri.

In sostanza, quindi, in linea con quanto avvenuto negli Stati Uniti, dove esiste una legislazione concorrenziale, lo *Sherman Act* - nato per contrastare la forza dei *trust* che operavano nel settore ferroviario (da qui il nome *antitrust*) - sin dal 1890, le ragioni che hanno portato alla tutela normativa del gioco concorrenziale vanno ricercate nella convinzione che un regime di concorrenza effettiva, nel quale le imprese agiscono in maniera indipendente le une dalle altre senza far venir meno la pressione competitiva, generi efficienze, favorisca l'innovazione ed incentivi la riduzione dei prezzi generando quindi i benefici per i consumatori.

Un ruolo rilevante ha rivestito inoltre la convinzione che le aggregazioni di potere di mercato possano ostacolare le dinamiche concorrenziali e risultare pertanto nocive. Proprio in quest'ottica il panorama *antitrust* comunitario si arricchisce, nel 1989, di un ulteriore strumento: il controllo *preventivo* delle concentrazioni tra imprese, la cui funzione è quella di evitare che, attraverso la crescita esterna - una acquisizione, una fusione o comunque l'acquisizione del controllo su un'altra impresa - e quindi una crescita non riconducibile a *meriti* propri dell'impresa, si possa creare un assetto di mercato scarsamente concorrenziale.

Il Regolamento (CEE) n. 4064/89 del Consiglio, poi sostituito dal Regolamento (CE) n. 139/2004 del Consiglio (il "Regolamento sulle Concentrazioni"), tutt'ora in vigore, prevedeva infatti l'obbligo di notifica delle concentrazioni tra imprese che superassero determinate soglie di fatturato, in modo che la Commissione europea potesse decidere se approvare o vietare l'operazione.

## 2.2 L'applicazione del diritto antitrust comunitario da parte della Commissione europea ed il ruolo dei giudici dell'Unione

### 2.2.1 *La genericità del testo degli articoli 101 e 102 e l'evoluzione della loro applicazione*

Gli articoli 101 e 102 TFUE sono caratterizzati da un testo estremamente vago. Se pure, infatti, essi contengono alcuni esempi, rispettivamente, di intese restrittive della concorrenza<sup>2</sup> e di abusi di posizione dominante<sup>3</sup>, non forniscono tuttavia elementi di particolare utilità per definire con precisione l'una e l'altra tipologia di violazione. Tale genericità costituisce, evidentemente, un grosso ostacolo alla uniformità interpretativa degli articoli in discussione, la cui applicazione è, come detto, affidata a diversi soggetti.

Tuttavia, l'attività della Commissione e le pronunce dei giudici comunitari hanno rivestito un ruolo fondamentale nel riempire di contenuto la normativa *antitrust* comunitaria, fornendo numerosi elementi volti a chiarire il confine tra attività lecite ed attività che rientrano invece nel campo di applicazione degli articoli 101 e 102 TFUE. In tal modo il diritto della concorrenza comunitario si è costantemente precisato nel suo contenuto, ed ha anche potuto evolversi conformemente alle diverse percezioni susseguitesesi negli anni in merito alla effettiva funzione di una normativa *antitrust*.

Al riguardo, occorre evidenziare come la materia in discussione - che ha un impatto potenzialmente enorme sulla vita economica di una impresa, interferendo sia sugli accordi da essa conclusi, siano essi orizzontali o verticali, che sulla possibilità

---

<sup>2</sup> L'articolo 101 menziona espressamente le intese consistenti nel "a) fissare direttamente o indirettamente i prezzi d'acquisto o di vendita ovvero altre condizioni di transazione; b) limitare o controllare la produzione, gli sbocchi, lo sviluppo tecnico o gli investimenti; c) ripartire i mercati o le fonti di approvvigionamento; d) applicare, nei rapporti commerciali con gli altri contraenti, condizioni dissimili per prestazioni equivalenti, così da determinare per questi ultimi uno svantaggio nella concorrenza; e) subordinare la conclusione di contratti all'accettazione da parte degli altri contraenti di prestazioni supplementari, che, per loro natura o secondo gli usi commerciali, non abbiano alcun nesso con l'oggetto dei contratti stessi".

<sup>3</sup> L'articolo 102 indica che le pratiche abusive possono consistere "a) nell'imporre direttamente od indirettamente prezzi d'acquisto, di vendita od altre condizioni di transazione non eque; b) nel limitare la produzione, gli sbocchi o lo sviluppo tecnico, a danno dei consumatori; c) nell'applicare nei rapporti commerciali con gli altri contraenti condizioni dissimili per prestazioni equivalenti, determinando così per questi ultimi uno svantaggio per la concorrenza; d) nel subordinare la conclusione di contratti all'accettazione da parte degli altri contraenti di prestazioni supplementari, che, per loro natura o secondo gli usi commerciali, non abbiano alcun nesso con l'oggetto dei contratti stessi".

di adottare decisioni unilaterali o di acquisire altre imprese - ha generato accesi dibattiti in merito a quello che dovrebbe essere il suo effettivo ambito applicativo. La concezione dell'utilità economica attribuita alla tutela della concorrenza, ed il conseguente ambito che tale tutela dovrebbe avere, si è infatti sviluppata e modificata in base alle strutture che hanno assunto i mercati ed alle diverse teorie economiche che si sono susseguite negli ultimi decenni.

All'interno dell'UE si è passati infatti, volendo estremamente semplificare, da una applicazione estremamente rigida della normativa antitrust, ancorata fondamentalmente alla convinzione che determinati comportamenti fossero necessariamente illeciti e pertanto da sanzionare per la loro stessa struttura, ad un approccio maggiormente attento a considerare - in un bilanciamento degli interessi in gioco - le possibili efficienze ed i possibili effetti benefici per i consumatori.

Ciò non ha ovviamente inciso sulla valutazione negativa delle violazioni maggiormente patologiche, che erano, e restano, gli accordi segreti tra concorrenti volti a fissare i prezzi o a ripartire i mercati (intese che vengono ritenute illecite *per se* ed a prescindere dalla valutazione dei loro effetti, avendo finalità anticoncorrenziali), nonché gli abusi di posizione dominante con esplicite finalità escludenti, volti cioè ad escludere con comportamenti privi di giustificazioni economiche lecite i concorrenti dell'impresa dominante da un determinato mercato.

### 2.2.2 *Il ruolo della Commissione*

La Commissione è l'organo che maggiormente ha contribuito alla formazione e definizione della normativa *antitrust* dell'Unione. Non solo, infatti, essa presenta al Consiglio le proposte di regolamenti e direttive inerenti (tra le altre materie) il diritto della concorrenza ed adotta regolamenti, comunicazioni e linee guida volte a chiarire i principi e l'ambito di applicazione di tale normativa, ma ha anche un ruolo di *enforcer*. La Commissione ha il potere di applicare gli articoli 101 e 102 TFUE, adottando decisioni che accertino eventuali violazioni di tali norme da parte delle imprese, alle quali possono essere inflitte sanzioni pecuniarie fino al 10% del loro fatturato annuo, nonché di autorizzare o vietare (qualora possano ostacolare in modo significativo una concorrenza effettiva nel mercato comune) concentrazioni di dimensione comunitaria.

Per rendere efficace l'attività di *enforcement* della Commissione, ad essa sono stati inoltre attribuiti diversi poteri istruttori quali, tra gli altri, il potere di richiedere informazioni e di effettuare ispezioni presso la sede delle imprese al fine di reperire eventuali elementi di prova della violazione. La Commissione, pertanto, riunisce in sé sia i poteri istruttori che quelli decisori.

### 2.2.3 *Il ruolo dei giudici dell'Unione*

Le decisioni della Commissione possono essere impugnate innanzi ai giudici dell'Unione. Le sentenze del Tribunale e della Corte di Giustizia dell'UE, rispettivamente giudici di primo e di secondo grado, hanno avuto un ruolo fondamentale nella definizione dei confini del diritto della concorrenza, intervenendo in numerose occasioni per annullare decisioni della Commissione viziate da errori di diritto o confermando l'interpretazione data dalla Commissione alla normativa comunitaria.

La Corte di Giustizia, inoltre, è giudice di unico grado, ai sensi dell'articolo 267 TFUE, per quanto concerne le questioni pregiudiziali sollevate dai giudizi nazionali. Tale competenza ha generato numerose pronunce estremamente rilevanti in materia di normativa *antitrust* che hanno fornito non solo ai giudici nazionali che hanno azionato il meccanismo previsto dall'articolo 267, ma a tutti gli operatori, indicazioni in merito all'interpretazione degli articoli 101 e 102.

## **3 Il diritto della concorrenza italiano**

L'Italia, ultimo tra i Paesi fondatori della Comunità europea, si dotata di una normativa nazionale della concorrenza solo nel 1990, con la legge n. 287 istitutiva dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato ("Autorità"), autorità amministrativa indipendente alla quale, negli anni, sono stati assegnati, oltre alla competenza originaria relativa all'applicazione delle regole di concorrenza, vari altri poteri (in materia di pubblicità ingannevole, di pratiche commerciali scorrette, di clausole vessatorie).

La legge 287/90 interviene più di trent'anni dopo il Trattato di Roma del 1957, e presenta un impianto chiaramente modellato sulla base di quello comunitario. Essa trova applicazione nella misura in cui non si applichi la normativa comunitaria (art. 1), e contiene una disciplina delle intese restrittive della concorrenza (artt. 2 e 4) e dell'abuso di posizione dominante (art. 3) che riflette gli articoli 101 e 102 TFUE.

Inoltre, anch'essa prevede che le concentrazioni tra imprese che superino determinate soglie di fatturato debbano essere preventivamente comunicate all'Autorità (artt. 5, 6 e 16).

L'ancoraggio al sistema comunitario è reso ancor più evidente dall'articolo 1 della legge, il cui comma 4 indica che le disposizioni sostanziali della legge devono essere interpretate "*in base ai principi dell'ordinamento delle Comunità europee in materia di disciplina della concorrenza*", consentendo in tal modo alla normativa nazionale di beneficiare delle evoluzioni dell'*antitrust* comunitario in decenni di applicazione, trasponendone in ambito nazionale i principi.

Anche dal punto di vista organizzativo il legislatore nazionale ha seguito la linea tracciata a livello comunitario, attribuendo all'Autorità sia poteri istruttori che poteri decisorii, a differenza di quanto fatto da altri Stati membri dove poteri istruttori (attribuiti all'Autorità posta a tutela della concorrenza) e poteri decisorii (attribuiti al giudice) sono stati tenuti separati.

Il sindacato giurisdizionale sulle decisioni dell'Autorità è attribuito al giudice amministrativo. Giudice di prima istanza è il TAR Lazio, mentre in appello è competente il Consiglio di Stato.

Per quanto riguarda, poi, il ruolo dei giudici nazionali, essi sono competenti ad applicare - così come avviene per gli articoli 101 e 102 del TFUE - la normativa nazionale relativa alle intese restrittive ed agli abusi di posizione dominante.

## **4 Le interazioni tra normativa comunitaria e normativa nazionale**

### **4.1. Criteri per la separazione dei rispettivi ambiti applicativi**

Il contenuto degli articoli 101 e 102 del TFEU e degli articoli 2, 3 e 4 della legge n. 287/90 è, come si è visto, molto simile: si tratta di disposizioni che vietano le intese restrittive della concorrenza e gli abusi di posizione dominante. Si tratta, tuttavia, di norme che hanno ambito applicativo differente, in quanto le norme contenute nel TFEU, a differenza delle disposizioni nazionali, hanno la funzione di intercettare violazioni con impatto transfrontaliero: sia l'articolo 101 che l'articolo 102 si applicano infatti a fattispecie che possano pregiudicare il commercio tra Stati

membri, mentre la legge n. 287/90 interviene su intese o abusi che dispieghino i loro effetti all'interno del mercato nazionale o in *una sua parte rilevante*.

La distinzione, estremamente importante se si considera che - come detto - il campo di applicazione della normativa nazionale è limitato alle ipotesi non coperte da quella comunitaria, potrebbe apparire chiara, ma nella realtà dei fatti sono estremamente frequenti comportamenti che, pur avendo impatto concorrenziale limitato al mercato nazionale, sono potenzialmente idonei a pregiudicare il commercio intracomunitario. Tale criterio, peraltro, è interpretato in maniera estremamente estensiva sia dall'Autorità che dalla Commissione (e dai giudici comunitari).

L'Autorità ha pertanto fatto ricorso sempre più raramente alla normativa nazionale, avviando la maggior parte dei propri procedimenti sulla base di presunte violazioni dell'articolo 101 e/o dell'articolo 102 del TFUE, ed utilizzando le disposizioni sostanziali della legge n. 287/90 in materia di intese ed abusi solo al fine di intervenire rispetto a situazioni per le quali fosse estremamente complesso ipotizzare un possibile impatto sugli scambi comunitari (si pensi, ad esempio, ai numerosi casi relativi agli ordini professionali avviati dall'Autorità per possibile violazione dell'articolo 2 della legge n. 287/90). Peraltro, l'utilizzo della normativa comunitaria rispetto a quella nazionale non comporta, o non dovrebbe comportare, esiti applicativi differenti in quanto le possibili sanzioni sono le stesse (fino ad un massimo del 10% del fatturato annuale dell'impresa), e, come detto, anche la normativa nazionale deve essere interpretata - conformemente all'articolo 1 comma 4 della legge n. 287/90 - "*in base ai principi dell'ordinamento delle Comunità europee in materia di disciplina della concorrenza*".

Se, quindi, l'Autorità, non solo applica direttamente la normativa comunitaria in materia di intese restrittive della concorrenza ed abusi di posizione dominante, ma la applica addirittura in via prioritaria rispetto alle disposizioni nazionali, alle quali è ritagliato un ambito di intervento residuale, è ovviamente necessario che vi siano strumenti volti ad assicurare che l'applicazione degli articoli 101 e 102 sia coerente con quella della Commissione (e delle altre Autorità garanti della concorrenza nazionali all'interno dell'Unione), al fine di garantire da un lato la certezza del diritto e, dall'altro, che situazioni analoghe non siano trattate in maniera differente, il che avrebbe il paradossale effetto di creare differenze artificiali nell'applicazione del diritto della concorrenza e, quindi, di ostacolare la concorrenza stessa.

Per quanto riguarda il controllo preventivo delle concentrazioni, la Commissione ha competenza esclusiva per la valutazione delle transazioni che rientrano nell'ambito di applicazione del Regolamento sulle Concentrazioni, determinato dal suo articolo 1 in base al fatturato generato dalle parti coinvolte. Pertanto, una volta accertato che la valutazione di un'operazione di concentrazione spetta alla Commissione, non sarà necessario sottoporre tale transazione alla valutazione di alcuna Autorità garante della concorrenza nazionale all'interno dell'Unione (in base al principio del *one stop shop*). Al contrario, concentrazioni che sfuggono all'applicazione del Regolamento dovranno essere notificate all'Autorità qualora le imprese partecipanti raggiungano determinate soglie di fatturato all'interno del territorio italiano<sup>4</sup>.

Nonostante il principio del *one stop shop*, anche nel campo delle concentrazioni si possono creare situazioni conflittuali, come ad esempio nel caso in cui una transazione venga autorizzata da una Autorità garante della concorrenza esterna all'Unione e vietata dalla Commissione<sup>5</sup> o qualora un'operazione che non rientra nel campo applicativo del Regolamento sulle Concentrazioni venga esaminata - a volte con decisioni contrastanti - da più Autorità nazionali all'interno dell'Unione: tali profili esulano tuttavia dall'ambito del presente lavoro.

## 4.2 Gli ambiti di divergenza

Se pure, come si è detto, la normativa nazionale ricalca quella comunitaria e viene interpretata in base ai principi di quest'ultima, residuano ciò non di meno alcune differenze che riguardano, principalmente, (i) l'ambito delle concentrazioni ed in particolare: il test valutativo, le modalità di calcolo del fatturato per banche ed istituti finanziari ed il trattamento delle imprese comuni; nonché (ii) la possibilità (peraltro quasi esclusivamente teorica per i motivi di cui si dirà in seguito) di comunicare le intese in via preventiva all'Autorità per ottenerne la valutazione. Si tratta di differenze che derivano dalla lentezza con la quale l'ordinamento interno si adegua alla evoluzione della normativa comunitaria. Tutte le discrasie sopra indicate trovano infatti la loro origine in disposizione comunitarie oggi superate.

---

<sup>4</sup> Tali soglie, originariamente alternative ma divenute cumulative a partire dal 1 gennaio 2013, vengono aggiornate annualmente e, attualmente, sono le seguenti: fatturato realizzato nel territorio italiano dall'insieme delle imprese interessate pari a **482 milioni di euro** e fatturato realizzato nel territorio italiano dall'impresa acquisita pari a 48 milioni di euro.

<sup>5</sup> Molto scalpore hanno destato, ad esempio, i casi *General Electric / Honeywell* e *Boeing / Mc Donnell Douglas*, concentrazioni autorizzate dalle autorità statunitensi ma vietate dalla Commissione.

La possibilità di notificare le intese che rientrano nel campo applicativo della legge n. 287/90 risulta ad esempio disarmonica rispetto alla situazione esistente in ambito comunitario dopo l'entrata in vigore del Regolamento (CE) n. 1/2003 del Consiglio. Tale regolamento ha infatti posto in essere la così detta "modernizzazione" del sistema comunitario, abolendo la possibilità di notifica delle intese e modificando il trattamento dei vantaggi di efficienza che possono derivare da intese restrittive della concorrenza. In sostanza, il Regolamento ha comportato il passaggio da un sistema di notifica *ex ante* delle intese alla Commissione, che aveva fino a quel momento competenza esclusiva per applicare il paragrafo 3 dell'articolo 81 del Trattato CE, oggi sostituito dall'articolo 101 TFUE, ad un sistema in cui la valutazione preventiva della liceità viene interamente rimessa alle imprese. Se, quindi, prima del Regolamento in discussione le imprese potevano chiedere alla Commissione di pronunciarsi in merito alla liceità di un accordo e beneficiare della esenzione ai sensi dell'articolo 81.3 (oggi 101.3) *esclusivamente* nel caso in cui l'esenzione veniva dichiarata applicabile dalla Commissione stessa, oggi devono esse stesse effettuare una analisi dell'accordo nella sua interezza (e quindi anche in merito alla possibile sussistenza dei requisiti previsti dall'articolo 101.3) senza poter fare alcun affidamento su una approvazione da parte della Commissione. Nel sistema attuale, inoltre, anche le Autorità ed i giudici nazionali possono, nel valutare *ex post* un'intesa, verificare se essa soddisfi o meno i criteri indicati dal paragrafo 3. Si è passati, pertanto, da un sistema autorizzatorio ad un sistema nel quale le intese che rientrano nel campo di applicazione dell'articolo 101.3 sono valide *ab initio*, senza alcuna necessità di autorizzazione preventiva.

Sebbene l'Autorità si sia, nella pratica, adattata al nuovo sistema, facendo ricorso alla già evidenziata interpretazione estensiva del concetto di *pregiudizio al commercio tra Stati membri*, e ritenendo attraverso tale concetto di non pronunciarsi sulle intese notificatele argomentando che esse non rientrano nel campo di applicazione della normativa nazionale, a livello formale la persistenza di uno strumento ormai vetusto quale la notifica delle intese genera comunque un disallineamento marcato ed una ambiguità che hanno generato critiche da parte della dottrina e delle imprese.

Le restanti discrepanze, in materia di operazioni di concentrazione, derivano invece dal fatto che la legge n. 287/90, nata poco dopo l'adozione a livello comunitario del primo regolamento relativo al controllo dei *mergers* - il Regolamento (CEE)

n. 4064/89 del Consiglio - non è stata adeguata dal nostro legislatore alle novità introdotte dal Regolamento sulle Concentrazioni del 2004.

Sebbene, come più volte evidenziato, in base al principio del *one stop shop* le concentrazioni non possono essere sottoposte al vaglio contemporaneo della Commissione e dell'Autorità, ciò non toglie che anche in ambito di *merger control* le disarmonie tra sistema nazionale e sistema comunitario possono generare effetti contraddittori. Questo perché, prescindendo dal soggetto competente ad autorizzare (o vietare) una determinata operazione di concentrazione, i criteri dovrebbero - sebbene non vi sia al riguardo alcun obbligo previsto dalla normativa comunitaria - essere tendenzialmente omogenei. Una più spiccata uniformità valutativa sarebbe auspicabile non solo rispetto ai criteri utilizzati dalla Commissione, ma più in generale a livello di Stati membri: affatto raro è il caso in cui una transazione debba infatti essere notificata a più Autorità nazionali garanti della concorrenza (si pensi al caso di una operazione che pur non raggiungendo le soglie di fatturato previste dal Regolamento sulle Concentrazioni, soddisfi invece i requisiti previsti da varie normative nazionali per il sorgere dell'obbligo di notifica), situazione che ovviamente richiederebbe l'applicazione di strumenti valutativi uniformi, seppure ovviamente calati nelle specifiche condizioni di ciascun mercato nazionale.

Con specifico riferimento, poi, alle differenti modalità di calcolo del fatturato per le banche e gli istituti finanziari, esse - oltre ad appesantire le attività delle imprese che devono verificare la sussistenza di eventuali obblighi di notifica di una concentrazione a livello comunitario o italiano dovendo determinare il fatturato rilevante seguendo due sistemi differenti - implicano che a livello nazionale si utilizza ancora un criterio non più ritenuto idoneo a rappresentare in maniera corretta la dimensione delle imprese coinvolte.

## **5. Gli strumenti volti ad assicurare la coerenza del sistema**

### **5.1 Il Regolamento CE n. 1/2003 del Consiglio**

#### *5.1.1 Strumenti volti a garantire l'uniforme applicazione del diritto comunitario*

Il Regolamento (CE) n. 1/2003 del Consiglio, oltre ad aver modificato le modalità applicative del diritto della concorrenza comunitario attraverso la c.d. "modernizzazione" della quale si è brevemente parlato *supra* (par. 4.2), ha espressamente previsto strumenti, peraltro già sanciti dalla giurisprudenza comunitaria, volti a garantire la coerenza nell'applicazione dell'articolo 101 e dell'articolo 102 su tutto il territorio di quella che è oggi l'UE.

Gli articoli da 11 a 16, che costituiscono il Capitolo IV del Regolamento, forniscono infatti una serie di strumenti che prevedono il coinvolgimento della Commissione e la stretta collaborazione tra i vari soggetti competenti ad applicare gli articoli 101 e 102 TFUE. In tale contesto, un fondamentale ruolo nella verifica dell'applicazione uniforme delle norme è stato attribuito alla Commissione, la quale funge da "controllore" e punto di riferimento nei confronti non solo delle Autorità ma anche dei giudici nazionali.

Per quanto riguarda gli strumenti inerenti al c.d. *public enforcement*, e quindi volti a garantire la coerenza applicativa da parte delle Autorità nazionali, si segnalano, per la loro rilevanza pratica, l'obbligo a carico delle Autorità degli Stati membri di sospendere un procedimento qualora la Commissione decida di occuparsi della stessa fattispecie; i flussi di informazioni tra la Commissione ed Autorità nazionali; i sistemi volti ad impedire che la medesima fattispecie sia valutata da più Autorità garanti nazionali o che vengano adottate decisioni confliggenti; la creazione di un comitato consultivo in materia di intese e di abuso di posizione dominante.

Ovviamente, anche per quanto riguarda i giudici nazionali il Regolamento prevede alcuni meccanismi volti ad assicurare l'uniforme applicazione della normativa, quali la possibilità per i giudici nazionali di richiedere informazioni o pareri alla Commissione in merito all'applicazione del diritto comunitario della concorrenza nonché la previsione che essi, qualora debbano pronunciarsi su una fattispecie che è stata già oggetto di valutazione da parte della Commissione, non possano prendere decisioni in contrasto con quella adottata da quest'ultima. I giudici nazionali devono inoltre evitare decisioni in contrasto con una decisione contemplata dalla Commissione in procedimenti da essa avviati, utilizzando, se del caso, lo strumento della sospensione.

### 5.1.2 *Rapporti tra normativa comunitaria e diritto nazionale degli Stati membri*

L'articolo 3 del Regolamento n. 1/2003 prevede un meccanismo in base al quale qualora una Autorità garante di uno Stato membro o un giudice nazionale che applichi la normativa nazionale ad intese o abusi che rientrano anche nel campo di applicazione degli articoli 101 o 102 TFUE, dovrà anche applicare tali articoli. Con particolare riferimento alle intese, l'articolo 3 del Regolamento prevede inoltre che dall'applicazione della legislazione nazionale non può scaturire il divieto di intese che possano pregiudicare il commercio tra Stati membri le quali non impongano restrizioni della concorrenza ai sensi dell'articolo 101.1 o che soddisfino le condizioni indicate dall'articolo 101.3 per beneficiare di una esenzione.

Per quanto riguarda l'Italia, l'articolo 3 del Regolamento n. 1/2003 riveste tuttavia importanza del tutto marginale, in quanto l'ambito applicativo della normativa nazionale, come più volte ricordato, è stato determinato residualmente rispetto al diritto comunitario.

## **5.2 I Regolamenti e le linee guida della Commissione**

Oltre ad avere il ruolo ad essa assegnato dal Regolamento n. 1/2003, e prescindendo dal fondamentale peso che la sua prassi applicativa ha nel chiarire il contenuto ed i criteri interpretativi degli articoli 101 e 102, la Commissione contribuisce alla coerente applicazione del diritto della concorrenza tramite i documenti che la essa elabora nell'ambito delle competenze e dei poteri attribuiti dal TFUE.

I regolamenti e le comunicazioni adottate dalla Commissione hanno infatti fornito negli anni elementi estremamente utili al fine di precisare il campo di applicazione ed i confini del diritto della concorrenza comunitario.

Un ruolo fondamentale va riconosciuto ai regolamenti di esenzione, attraverso i quali la Commissione ha individuato, per determinate categorie e tipologie di accordi, dei criteri che, se rispettati, consentono di presumere che un accordo soddisfi le condizioni previste dall'articolo 101.3 e sia pertanto lecito. Al riguardo merita di essere menzionato il Regolamento (UE) n. 330/2010 della Commissione relativo agli accordi verticali, che stabilisce la presunzione di liceità per gli accordi verticali (accordi conclusi tra soggetti che operano ad un livello diverso della catena distributiva e che si riferiscano alle condizioni in base alle quali le parti possono acquistare, vendere o rivendere determinati beni o servizi: si pensi ad esempio ad un accordo di distribuzione), conclusi tra imprese che non detengono quote di mercato superiori

ad una certa soglia (30%) e che non contengano determinate clausole particolarmente perniciose per la concorrenza (le c.d. *hard core restrictions*, quale ad esempio la fissazione dei prezzi di rivendita).

Le comunicazioni forniscono invece indicazioni in merito alla prassi applicativa della Commissione rispetto a determinati temi. Si segnalano, oltre alla comunicazione consolidata in tema di concentrazioni, gli orientamenti sul calcolo delle sanzioni, la comunicazione sulla definizione del mercato rilevante, le linee direttrici sulla nozione di pregiudizio al commercio tra stati membri, la comunicazione *de minimis* sugli accordi di importanza minore che non determinano restrizioni della concorrenza, le linee guida in tema di valutazione degli accordi verticali e quelle inerenti la valutazione degli accordi orizzontali, nonché gli orientamenti in tema di applicazione dell'articolo 102 ad abusi di posizione dominante con finalità escludenti. La prassi applicativa delle Autorità nazionali, e dell'Autorità in particolare, tiene conto in maniera estremamente attenta dei criteri indicati dalle comunicazioni della Commissione.

### **5.3 Le sentenze dei Tribunali comunitari**

Come già evidenziato, il Tribunale e la Corte di Giustizia dell'UE sono, rispettivamente, giudice di primo e di secondo grado per l'impugnazione delle decisioni della Commissione, garantendo un sindacato giurisdizionale che ne valuti il corretto operato (sindacato particolarmente rilevante - anche alla luce dell'articolo 6 della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo - in considerazione sia del doppio ruolo inquirente/giudicante della Commissione sia della rilevanza delle sanzioni *antitrust*).

Nell'esercizio di tale funzione, i giudici comunitari hanno svolto un ruolo determinante nell'interpretazione della normativa *antitrust* e nella sua applicazione, in quanto le pronunce dei giudici comunitari, ed in particolare della Corte di Giustizia, costituiscono parte integrante del sistema formando la c.d. *case law*. E' per questo motivo che sia l'Autorità che il TAR Lazio ed il Consiglio di Stato richiamano in ogni decisione/sentenza relativa all'applicazione del diritto della concorrenza comunitario le pronunce della Corte di Giustizia, che contribuisce quindi in materia determinante allo sviluppo normativo ed alla coerenza dell'intero sistema.

In termini di ausilio nell'interpretazione rispetto a quesiti specifici, si colloca invece la competenza della Corte di Giustizia, ai sensi dell'articolo 267 TFUE, sulle questioni pregiudiziali sollevate dai giudizi nazionali. La rilevanza di questo strumento è evidente, in quanto consente al giudice nazionale di richiedere la valutazione della Corte in merito all'interpretazione da dare - per quanto qui rileva - agli articoli 101 e 102 TFUE in relazione a controversie sottoposte al loro giudizio. Tuttavia, ad avviso di chi scrive, i giudici nazionali - ed in particolare il Consiglio di Stato - si sono in passato dimostrati piuttosto timidi nell'utilizzo di tale strumento, il che ha generato situazioni in cui fattispecie estremamente simili sono state valutate in maniera differente dai giudici nazionali - ed a volte addirittura dallo stesso giudice - laddove la richiesta di un intervento in via pregiudiziale da parte della Corte di Giustizia avrebbe certamente potuto dissipare quei dubbi interpretativi che hanno portato a valutazioni difficilmente conciliabili.

#### **5.4 L'*European Competition Network***

Un breve cenno nella disamina degli strumenti volti ad assicurare la coerente applicazione della normativa comunitaria deve essere dedicato all'*European Competition Network* ("ECN"). Si tratta di una rete all'interno della quale la Commissione e le Autorità nazionali collaborano ai fini dell'applicazione della normativa *antitrust* comunitaria, scambiando informazioni e pareri anche in merito alle decisioni che le diverse Autorità intendono adottare.

L'ECN sviluppa anche una attività *de jure condendo*. Al riguardo si segnala il modello di programma di clemenza elaborato nel novembre 2012, relativo alla concessione dell'immunità o di una riduzione delle sanzioni alle imprese che autodenuncino la propria partecipazione ad un cartello segreto fornendo elementi di prova in merito alla partecipazione degli altri *cartellisti*. Tale intervento ha portato l'Autorità a modificare nel gennaio 2013 il proprio programma di clemenza nazionale, che risulta adesso quasi del tutto allineato al modello ECN.

## **6 Conclusioni**

Il diritto della concorrenza è un diritto estremamente fluido ed in continua evoluzione che condiziona in maniera rilevante il comportamento delle imprese. Esso pone infatti dei limiti alla libertà di concludere accordi, di porre in essere

comportamenti unilaterali (nel caso in cui l'impresa detenga una posizione dominante sul mercato) e di procedere alla crescita esterna tramite operazioni di concentrazione.

Una tale ingerenza si giustifica con l'interesse di tutelare una concorrenza effettiva. Ma affinché ciò avvenga, in un sistema nel quale le norme comunitarie hanno estrema rilevanza, è necessario che le regole siano chiaramente individuabili e vengano applicate in maniera uniforme dai vari soggetti che ne hanno la competenza. Come detto, infatti, il trattamento di comportamenti analoghi in maniera differente potrebbe avere il paradossale effetto di creare condizioni di concorrenza disomogenee.

L'esistenza di strumenti volti a garantire l'uniforme applicazione del diritto della concorrenza comunitaria limitano notevolmente tale rischio. Ciò non di meno, esistono margini ulteriori per la creazione di un effettivo *level playing field*.

Per quanto riguarda, nello specifico, la posizione dell'Italia, la assoluta prevalenza dell'applicazione della normativa comunitaria rispetto a quella nazionale richiederebbe, ad avviso di chi scrive, una maggiore uniformità di analisi economica da parte della Commissione e dell'Autorità. Al riguardo, tuttavia, recenti decisioni dell'Autorità sembrerebbero indicare un approccio all'analisi economica maggiormente puntuale e che tiene in considerazione le posizioni espresse sul punto dalla Commissione.

Inoltre, in casi di dubbi interpretativi in merito all'applicazione degli articoli 101 e 102 TFUE, il giudice amministrativo potrebbe fare ricorso più frequentemente al meccanismo previsto dall'articolo 267 TFUE, richiedendo una pronuncia pregiudiziale della Corte di Giustizia.

Per quanto concerne, infine, l'applicazione della normativa nazionale, le differenze ancora esistenti tra il diritto interno e quello comunitario dovrebbero essere eliminate attraverso l'intervento del nostro legislatore. Si segnala, al riguardo, che il Presidente dell'Autorità ha espressamente indicato in una segnalazione dell'ottobre 2012 al Governo ed al Parlamento quali sono gli ambiti di intervento per arrivare alla completa armonizzazione delle previsioni della legge n. 287/90 con il diritto comunitario.

