
DIZIONARIO SISTEMATICO DEL DIRITTO DELLA CONCORRENZA

a cura di
Lorenzo F. Pace

AGGIORNAMENTI 2014

VOCI DISPONIBILI ESCLUSIVAMENTE NEL SITO

www.competition-law.eu

 Jovene editore 2014

DIRITTI D'AUTORE RISERVATI

© Copyright 2014

JOVENE EDITORE

Via Mezzocannone 109 - 80134 NAPOLI NA - ITALIA

Tel. (+39) 081 552 10 19 - Fax (+39) 081 552 06 87

web site: www.jovene.it e-mail: info@jovene.it

I diritti di riproduzione e di adattamento anche parziale della presente opera (compresi i microfilm, i CD e le fotocopie) sono riservati per tutti i Paesi. Le riproduzioni totali, o parziali che superino il 15% del volume, verranno perseguite in sede civile e in sede penale presso i produttori, i rivenditori, i distributori, nonché presso i singoli acquirenti, ai sensi della L. 18 agosto 2000 n. 248. È consentita la fotocopiatura ad uso personale di non oltre il 15% del volume successivamente al versamento alla SIAE di un compenso pari a quanto previsto dall'art. 68, co. 4, L. 22 aprile 1941 n. 633.

Printed in Italy Stampato in Italia

Indice aggiornamenti 2014

<i>Introduzione</i>	p.	V
La cooperazione tra i giudici nazionali e la Commissione europea nel settore degli aiuti di Stato (<i>Valerio Vecchiatti - Matteo Liberati</i>)	»	1
L'abuso di posizione dominante (<i>Ginevra Bruzzone</i>)	»	9
Le decisioni con impegni e il rilievo per l' <i>antitrust private enforcement</i> (<i>Alberto Pera</i>)	»	26

Introduzione

A meno di un anno dalla pubblicazione del Dizionario, e come aveva preconizzato il Segretario generale dell'AGCM – Roberto Chieppa – durante la presentazione del volume nell'ottobre u.s., se ne rende già necessario l'aggiornamento.

In considerazione della rapidità dei cambiamenti del settore del diritto della concorrenza (diritto *antitrust* e degli aiuti di Stato) si è pensato di organizzare l'aggiornamento su due distinte "piattaforme".

La prima è lo stesso Dizionario. Il presente volume raccoglie infatti le prime voci che – già solo dopo pochi mesi – aggiornano, sostituendole, le voci dell'edizione del 2013.

La seconda è quella del sito www.competition-law.eu, nel quale, oltre alla consultazione *on-line* dei due volumi del Dizionario, sarà disponibile un duplice ordine di aggiornamenti: 1. aggiornamenti semestrali delle singole voci tramite brevi "*post*" relativamente a novità che, sebbene importanti, non richiedano la pubblicazione di una nuova voce; 2. aggiornamenti giornalieri di informazioni puntuali in merito a novità legislative, di prassi e di giurisprudenza.

Il sito permette di offrire tutte queste informazioni in modo chiaro e facilmente consultabile *on-line*.

Al fine di permettere alle persone interessate di ricevere in forma automatica le nuove informazioni disponibili è possibile inoltre iscriversi al sito inserendo la propria e-mail nel riquadro della *subscription*.

Questa imponente attività di costante aggiornamento, e soprattutto d'impegno intellettuale nella riorganizzazione di un settore giuridico così complesso, è possibile solo grazie alla generosa partecipazione degli oltre 80 autori del Dizionario e partecipanti al sito www.competition-law.eu, a cui va tutto il mio ringraziamento.

Intorno al Dizionario e al sito si è infatti creata una vivace *open community* a cui partecipano i più importanti rappresentanti del settore, al livello nazionale ed europeo (v. <http://www.competition-law.eu/community/>), tra cui siamo onorati di poter annoverare un componente dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato, la dott. Gabriella Muscolo.

In quanto *open community*, www.competition-law.eu è aperto alla partecipazione e all'impulso di tutte le persone interessate ad approfondire e sviluppare la conoscenza del diritto della concorrenza a livello nazionale, europeo ed internazionale.

Roma, 13 aprile 2014

L.F.P.

La cooperazione tra i giudici nazionali e la Commissione europea nel settore degli aiuti di Stato (Aggiornamento 2014)

Sommario: I. CONSIDERAZIONI INTRODUTTIVE: IL RUOLO DEI GIUDICI NAZIONALI NELL'APPLICAZIONE DELLE NORME IN MATERIA DI AIUTI DI STATO. – I.1 GLI STRUMENTI DI COOPERAZIONE CON LA COMMISSIONE EUROPEA E LE NOVITÀ DEL REG. 734/2013/UE. – II. L'APPLICAZIONE DELLA NORMATIVA IN MATERIA DI AIUTI DI STATO E L'UTILIZZO DEGLI STRUMENTI DI COOPERAZIONE DA PARTE DEI GIUDICI NAZIONALI. – III. PRIVATE E PUBLIC ENFORCEMENT DELLE REGOLE IN MATERIA DI AIUTI DI STATO NELL'ESPERIENZA ITALIANA.

I. CONSIDERAZIONI INTRODUTTIVE: IL RUOLO DEI GIUDICI NAZIONALI NELL'APPLICAZIONE DELLE NORME IN MATERIA DI AIUTI DI STATO

Così come delineato dai Trattati istitutivi, il sistema di controllo nel contesto degli aiuti di Stato costituisce una tipica ipotesi di *public enforcement*, in quanto si basa su una procedura amministrativa gestita interamente da una autorità pubblica sovranazionale, la Commissione europea.

Grazie alla Corte di giustizia, il meccanismo di controllo, informato al rapporto bilaterale Commissione - Stato, è progressivamente evoluto verso un modello decentrato che si articola anche sulle azioni che i consociati possono proporre di fronte ai giudici nazionali; un sistema in cui alla Commissione spetta valutare la compatibilità degli aiuti con il mercato interno mentre i giudici nazionali hanno il compito di salvaguardare i diritti dei singoli nell'applicazione del diritto sovranazionale.

¹ V. C. giust. UE, 15 luglio 1964, causa 6/64, *Costa c. E.N.E.L.*, in *Racc. giur. C. giust.*, 1964, p. 1141 ss., spec. p. 1146-47 e p. 1151; C. giust. UE, 11 dicembre 1973, causa 120/1973, *Lorenz*, in *Racc. giur. C. giust.*, 1973, p. 1471 ss.; v. anche C. giust. UE, 11 luglio 1996, causa C-39/94, *SFEI*, in *Racc. giur. C. giust.*, 1991, p. 1, punti 8-9; e più di recente C. giust. UE, 13 gennaio 2005, causa C-174/02, *Streekgewest*, in *Racc. giur. C. giust.*, 2005, p. I-85, punto 15.

² Comunicazione della Commissione relativa alla cooperazione tra i giudici nazionali e la Commissione in materia di aiuti di Stato, in G.U.C.E. C 312, 23 novembre 1995, p. 8.

Sin dalle sue prime pronunce in materia, la Corte di giustizia ha chiarito che l'art. 108, § 3, TFUE ha efficacia diretta e che all'obbligo di notifica preventiva dei nuovi aiuti e all'obbligo di *stand still* corrispondono diritti in capo ai singoli consociati che il giudice nazionale ha il dovere di tutelare secondo le procedure stabilite dal proprio ordinamento¹.

Dal canto suo, la Commissione europea ha espresso per la prima volta l'esigenza di favorire il *private enforcement* per rafforzare l'efficacia e il rispetto delle norme in materia di aiuti di Stato nel 1995, con la Comunicazione relativa alla cooperazione tra i giudici nazionali e la Commissione in materia di aiuti di Stato².

Tuttavia, è con il Piano d'azione del 2005 che la Commissione ha posto il rafforzamento del ruolo dei giudici nazionali al centro del processo di riforma del settore degli aiuti di Stato³, evidenziandone l'importanza nell'esecuzione delle decisioni di recupero degli aiuti concessi illegalmente e nella tutela dei terzi lesi dalla concessione dell'aiuto illegale.

Sul primo aspetto la Commissione ha adottato la Comunicazione del 2007 sull'esecuzione effettiva delle decisioni di recupero degli aiuti illegali o incompatibili⁴. Sul secondo è seguita la Comunicazione del 2009 sulla cooperazione tra Commissione e giudici nazionali in materia di aiuti di Stato⁵ (che sostituisce quella del 1995) e, più recentemente, il Reg. 734/2013/UE che modifica il Reg. 659/1999 e

³ Piano di azione nel settore degli aiuti di Stato - Aiuti di Stato meno numerosi e più mirati: itinerario di riforma degli aiuti di Stato 2005-2009, COM(2005)107 def.

⁴ Comunicazione della Commissione -Verso l'esecuzione effettiva delle decisioni della Commissione che ingiungono agli Stati membri di recuperare gli aiuti di Stato illegali e incompatibili, in G.U.C.E. C 272, 15 novembre 2007, p. 4.

⁵ Comunicazione della Commissione relativa all'applicazione della normativa in materia di aiuti di Stato da parte dei giudici nazionali, in G.U.C.E. C 85, 9 aprile 2009, p. 1.

conferisce dignità normativa agli istituti previsti dalla Comunicazione del 2009⁶.

Prima del 2005, giova sottolinearlo, si è tentato di porre rimedio ai limiti intrinseci del sistema definito dai Trattati, oltreché attraverso l'interpretazione evolutiva della Corte di giustizia, mediante l'adozione di una disciplina dettagliata sulla procedura di controllo degli aiuti da parte della Commissione⁷ e autorizzando quest'ultima ad emanare dei regolamenti di esenzione per categoria⁸ (v. art. 109 TFUE), per esentare i regimi d'aiuto con certe caratteristiche dall'applicazione dell'obbligo di notifica preventiva e di *stand still*.

Nell'applicazione delle regole sovranazionali in materia di aiuti di Stato, i giudici nazionali devono innanzitutto determinare se la misura contestata su iniziativa del privato costituisca o meno un aiuto di Stato ovvero se essa rientri in una delle categorie esentate dall'obbligo di previa notifica e di sospensione⁹. A questo scopo la giurisprudenza delle Corti comunitarie ovvero gli orientamenti, le comunicazioni e le decisioni adottate dalla Commissione possono rappresentare un valido ausilio.

Qualora il giudice interno ritenga che la misura esaminata costituisca un aiuto, se risulta che lo Stato ha violato l'obbligo di previa notifica e sospensione, egli può adottare tutte le misure consentite dal proprio ordinamento per la salvaguardia

della posizione del privato istante, sia sul piano della validità degli atti che costituiscono esecuzione della misura d'aiuto illegale, sia su quello del recupero degli aiuti medesimi e dei loro interessi¹⁰.

Come la Commissione, anche il giudice nazionale può disporre in via provvisoria la sospensione dell'erogazione dell'aiuto o il suo recupero¹¹, ma le condizioni di esercizio della tutela cautelare da parte dei giudici interni parrebbero essere diverse rispetto a quelle stabilite dal Reg. 659/99/CE¹².

Osserviamo ancora che la violazione dell'obbligo di preventiva notifica e di *stand still* può far sorgere la responsabilità dello Stato¹³ e che il giudice nazionale può conoscere (a differenza della Commissione) delle domande di risarcimento dei danni causati dall'illegittima concessione dell'aiuto¹⁴. Inoltre, se l'ordinamento interno lo consente, anche l'operatore economico che abbia accettato il sostegno illegittimo può essere chiamato risponderne civilmente di fronte alle giurisdizioni nazionali¹⁵.

I.1. *Gli strumenti di cooperazione con la Commissione europea e le novità del Reg. 734/2013/UE.* – Nell'esercizio di queste competenze i giudici nazionali sono chiamati a effettuare valutazioni complesse e possono avere bisogno del sostegno tecnico della Commissione che, dal suo canto,

⁶ Reg. 734/2013/UE del Consiglio, 22 luglio 2013, che modifica il regolamento (CE) n. 659/1999 recante modalità di applicazione dell'articolo 93 del trattato CE, in *G.U.U.E.* L 240, 31 luglio 2013, p. 15. Il regolamento è stato adottato su proposta della Commissione europea, v. Proposta di Regolamento del Consiglio che modifica il Reg. (CE) n. 659/1999 recante modalità di applicazione dell'art. 93 del Trattato, Bruxelles, 5 dicembre 2012, COM (2012) 275 final.

⁷ Reg. 659/99/CE del Consiglio, 22 marzo 1999, recante modalità di applicazione dell'art. 93 del trattato CE, in *G.U.C.E.* L 83, 27 marzo 1999, p. 1.

⁸ Reg. 994/98/CE del Consiglio, 7 maggio 1998, sull'applicazione degli articoli 92 e 93 del trattato CE a determinate categorie di aiuti di Stato orizzontali, in *G.U.C.E.* L. 142, 14 maggio 1998, p. 1.

⁹ V. Comunicazione del 2009, punti 8-12. V. anche C. giust. UE, 5 ottobre 2006, causa C-

368/04, *Transalpine Ölleitung in Österreich*, in *Racc. giur. C. giust.*, 2006, p. I-9957, punto 36-38.

¹⁰ V. C. giust. UE, 12 febbraio 2008, causa C-199/06, *CELF*, in *Racc. giur. C. giust.*, 2008, p. I-469, punti 41 e 51. C. giust. UE, 21 ottobre 2003, C-261/01 e C-261/01, *van Calster e al.*, in *Racc. giur. C. giust.*, 2006, p. I-12249, punto 75.

¹¹ C. giust. UE, 5 ottobre 2006, *Transalpine Ölleitung in Österreich*, cit., punto 46. C. giust. UE, 11 luglio 1996, *SFEI*, cit., punto 52.

¹² V. art. 11, § 1 e 2, Reg. 659/99/CE.

¹³ V. C. giust. CE, 19 novembre 1991, cause riunite C-6/90 e C-9/90, *Francovich*, in *Racc. giur. C. giust.*, 1991, p. I-5357; C. giust. CE, 5 marzo 1996.

¹⁴ V. C. giust. UE, 12 febbraio 2008, *CELF*, cit., punto 53. C. giust. UE, 5 ottobre 2006, *Transalpine Ölleitung in Österreich*, cit., punto 56. V. Comunicazione del 2009, punto 45.

¹⁵ V. C. giust. UE, 11 luglio 1996, *SFEI*, cit., punto 75. V. Comunicazione del 2009, punto 43.

è tenuta a fornire loro la propria assistenza in forza dell'obbligo di leale collaborazione¹⁶.

Il sostegno della Commissione ai giudici nazionali può assumere diverse forme. Su richiesta dei giudici interni, la Commissione trasmette loro le informazioni pertinenti in suo possesso, e pareri sull'applicazione delle norme sugli aiuti di Stato. Inoltre, la Commissione può presentare osservazioni scritte e orali ai giudici degli Stati membri che siano chiamati ad applicare le norme in materia di aiuti di Stato¹⁷.

Innanzitutto, giudici nazionali possono rivolgersi alla Commissione per sapere se un regime d'aiuto sia stato debitamente notificato, se essa abbia avviato un procedimento di indagine formale ovvero se essa abbia già adottato una decisione nel merito. La richiesta di informazioni può avere ad oggetto anche dati fattuali, statistiche, studi mercato e analisi economiche.

La Commissione provvede senza indugio entro un mese dalla data dalla richieste, anche se, quando sono necessari dei chiarimenti ovvero si debba consultare dei terzi, il termine decorre dal ricevimento dei chiarimenti del giudice *a quo* o dalla consultazione del terzo.

Nella trasmissione delle informazioni in suo possesso la Commissione è vincolata al rispetto del segreto d'ufficio (art. 339 TFUE) e all'obbligo di salvaguardare il funzionamento, l'indipendenza e gli interessi della Comunità¹⁸.

Cionondimeno, similmente a quanto accade nel settore della concorrenza, la Commissione può trasmettere al giudice interno documenti contenenti informazioni riservate e segreti commerciali adottando le precauzioni necessarie affinché non venga lesa il diritto delle imprese in-

teressate alla tutela delle dette informazioni.

Siffatte precauzioni possono consistere nella segnalazione di documenti o di brani di documenti contenenti informazioni riservate o segreti commerciali. Spetterà poi al Giudice nazionale tutelare la natura riservata o di segreto commerciale di tali informazioni¹⁹.

In secondo luogo, i giudici nazionali hanno la facoltà di chiedere alla Commissione un suo parere su questioni relative all'applicazione della normativa sugli aiuti di Stato. Detti pareri non vincolanti possono comprendere tutte le questioni economiche, fattuali e giuridiche, che possono sorgere nel contesto dei procedimenti nazionali²⁰.

Così, ad esempio, i giudici interni hanno la facoltà di chiedere alla Commissione se una determinata misura costituisca un aiuto di Stato oppure quali siano i requisiti giuridici fissati dall'ordinamento dell'Unione per le domande di risarcimento danni e in che modo essi devono essere calcolati. Viceversa, la Commissione non può essere chiamata ad esprimersi in via incidentale e tramite parere sulla compatibilità dell'aiuto col mercato interno.

Inoltre, i giudici interni possono chiedere alla Commissione un parere in merito alla sussistenza di circostanze eccezionali tali da impedire al giudice nazionale di ordinare il recupero di un aiuto illegittimo²¹. Questa ipotesi suscita qualche dubbio in quanto sembra implicare una questione di interpretazione del diritto dell'Unione europea da sottoporre, piuttosto, alla Corte di giustizia in via pregiudiziale. Ricordiamo, infatti, che i giudici interni hanno sempre la facoltà, e in alcuni casi l'obbligo²², di invocare l'intervento in via pregiudiziale della Corte di giustizia ai sensi dell'art. 267 TFUE.

¹⁶ V. C. giust. UE, 26 novembre 2002, C-275/00, *First e Franex*, in *Racc. giur. C. giust.*, 2002, p. I-10943, punto 42.

¹⁷ V. art. 23-bis, Reg. 659/99/CE. V. Comunicazione del 2009, punto 79. V. Comunicazione del 1995, punto 28.

¹⁸ V. C. giust. UE, 26 novembre 2002, *First e Franex*, cit., punto 49.

¹⁹ Trib. UE, 18 settembre 1996, causa T-353/94, *Postbank*, in *Racc. giur. C. giust.*, 1996, p.

II-00921 ss., punto 90. V. Comunicazione del 2009, punto 85 ss.

²⁰ V. Comunicazione del 2009, punto 90 ss. V. C. giust. UE, 11 luglio 1996, *SFEI*, cit., punto 71.

²¹ V. Comunicazione del 2009, punto 91, lett. d). V. pure C. giust. UE, 12 febbraio 2008, *CELF*, cit., punto 42.

²² C. giust. UE, 22 ottobre 1987, causa 314/85, *Foto-Frost*, in *Racc. giur. C. giust.*, 1987, p. 4199, punto 15.

Il Reg. 734/2013/UE, che ha modificato il Reg. 659/1999/CE introducendo un nuovo capo dedicato alla cooperazione con i giudici nazionali, ha dato forza normativa agli strumenti di cooperazione previsti in precedenza solo a livello di *soft law*. Inoltre, esso ha attribuito alla Commissione il potere di intervenire nel procedimento pendente come *amicus curie* senza la sollecitazione del giudice interno, analogamente a quanto previsto nel settore della concorrenza²³.

Quando lo richieda l'applicazione coerente delle norme dei trattati in materia di aiuti di Stato, la Commissione può presentare osservazioni scritte e (se il giudice lo consente) orali ai giudici interni chiamati ad applicare le suddette norme. Tuttavia, essa è tenuta a informarne preventivamente lo Stato membro interessato²⁴. La ragione di questa condizione, assente nel Reg. 1/2003/CE, è forse legata al ruolo che lo Stato gioca nel contesto considerato, diverso da quello svolto nel settore antitrust. Nel primo gli Stati membri hanno inteso riservarsi il ruolo di interlocutori privilegiati.

Nell'esercitare tale potere di intervento la Commissione dovrebbe agire nel rispetto del dovere di difesa dell'interesse pubblico dell'Unione, conformemente alla procedura e alla prassi nazionali e soltanto nei casi che abbiano importanza ai fini dell'applicazione coerente degli artt. 107 e 108 TFUE²⁵.

Si tratta di profili di garanzia contro indebiti interventi che potrebbero assumere particolare rilevanza nella prassi, anche per l'ipotesi in cui la Commissione decida di avvalersi della facoltà di richiedere al giudice nazionale i documenti a sua disposizione che siano necessari per la preparazione delle osservazioni⁶.

Si precisa che le osservazioni, come i pareri, non sono vincolanti per i giudici interni e che rimane ferma la possibilità

di adire in via pregiudiziale alla Corte di giustizia.

II. L'APPLICAZIONE DELLA NORMATIVA IN MATERIA DI AIUTI DI STATO E L'UTILIZZO DEGLI STRUMENTI DI COOPERAZIONE DA PARTE DEI GIUDICI NAZIONALI

Le fattispecie nelle quali i giudici nazionali sono chiamati ad applicare la normativa comunitaria in materia di aiuti di Stato sono diverse.

Accanto alle azioni intentate dagli Stati membri per il recupero di un aiuto illegittimo, vi sono quelle intraprese dai terzi lesi contro i beneficiari dell'aiuto, ovvero contro lo stesso Stato membro, per ottenere il risarcimento dei danni eventualmente subito a seguito della concessione dell'aiuto, la sospensione della sua erogazione e il suo recupero. A queste si aggiungano le azioni promosse dai consociati contribuenti contro le imposizioni fiscali discriminatorie o destinate a sostenere un regime d'aiuto illegittimo, e le dispute tra pubbliche amministrazioni sulla legittimità di una misura d'aiuto²⁷.

Nel corso del decennio passato il ricorso agli strumenti di tutela offerti dalle giurisdizioni nazionali è progressivamente aumentato: i procedimenti interni in materia di aiuti di Stato sono passati da 116 nel 1999 a 357 nel 2006, secondo una *trend* di crescita che è proseguito negli anni successivi²⁸. Italia, Francia e Germania registrano il maggior numero di casi, seguite da Olanda, Spagna, Svezia e Austria²⁹. Il contenzioso è più limitato nei paesi di nuova adesione, probabilmente in ragione della ancora scarsa esperienza dei giudici interni e degli avvocati³⁰.

Nell'ambito dei procedimenti interni in materia di aiuti di Stato, la facoltà di chiedere informazioni e pareri alla Commissione è poco esercitata³¹.

²³ V. Reg. 1/2003/CE del Consiglio, 16 dicembre 2002 concernente l'applicazione delle regole di concorrenza di cui agli articoli 81 e 82 del trattato, in G.U.C.E. L 1, 4 gennaio 2003, p. 1, art. 15.

²⁴ V. art. 23-bis, § 2, Reg. 659/99/CE.

²⁵ V. Considerando 18 e 19, Reg. 734/2013/UE.

²⁶ V. art. 23-bis, § 2, Reg. 659/99/CE.

²⁷ V. *Study on the Enforcement of State aid*

Law at national level, march 2006, p. 33, punti 1.2.1 - 1.2.2.

²⁸ V. Studio del 2006, cit., punto 1.2.1 Vedi pure 2009 update of the 2006 Study on the enforcement of State aid rules at national level. Final Report, october 2009, punto 2.

²⁹ V. Rapporto finale del 2009, cit., punto 2.

³⁰ *Idem*.

³¹ V. Rapporto finale del 2009, cit., punto 4.

Ricordiamo che la Commissione ha offerto ai giudici interni la possibilità di invocare il suo aiuto già a partire dal 1995³², ma questa possibilità non è stata utilizzata regolarmente³³.

Eppure, nei pochi casi in cui i giudici interni hanno invocato l'assistenza della Commissione, la collaborazione ha dato esiti positivi.

Sotto la vigenza della Comunicazione del 1995, in una controversia del 1998 di fronte all'*High Court of Justice* del Nord-Irlanda, avente ad oggetto la compatibilità con la normativa europea in materia di aiuti di Stato di un finanziamento concesso per la realizzazione di un ampio piano di risanamento urbano, la Commissione ha fornito alla Corte alcuni chiarimenti in merito alla nozione di aiuto e alle condizioni della sua incidenza sugli scambi al livello del mercato interno in casi simili, consentendo alla stessa di stabilire che nella fattispecie al suo esame non era stato attribuito alcun indebito vantaggio (ossia un vantaggio tale da determinare una distorsione della concorrenza) al beneficiario della misura contestata³⁴.

In un altro caso di fronte il *Raad van State* olandese, la procedura di consultazione della Commissione, chiamata nel luglio del 2007 a pronunciarsi su otto distinte questioni, si è conclusa in quattro mesi, consentendo al giudice interno di adottare una decisione definitiva nel giugno del 2008³⁵.

Viceversa, la mancanza di dialogo tra Commissione e giudici interni ha dato luogo a decisioni criticabili³⁶.

Nel 2008 il Tribunale di Sassari - Sezione distaccata di Alghero ha ritenuto di non dover ricorrere al sostegno della Commissione per decidere sull'istanza di sospensione cautelare dell'erogazione di alcune agevolazioni a favore di una compagnia aerea *low cost* da parte della società di gestione dell'aeroporto di Al-

ghero, partecipata in via maggioritaria dalla Regione Sardegna.

Il giudice interno ha rigettato la domanda statuendo che la pendenza di un procedimento di indagine formale sulla misura contestata³⁷ non costituisce per se indice dell'illegittimità della misura, che è il necessario presupposto per la concessione della tutela cautelare³⁸. L'indagine della Commissione è tutt'ora aperta ed è stata recentemente estesa ad altre misure di sostegno a favore della stessa compagnia aerea e di altre compagnie operanti nello scalo di Alghero³⁹.

La Comunicazione del 2009 ha inteso porre rimedio allo scarso utilizzo delle modalità di assistenza offerte con la Comunicazione del 1995 e istituire una più stretta collaborazione tra la Commissione e i giudici interni, offrendo un quadro più chiaro del ruolo e dei poteri dei giudici interni in materia di aiuti di Stato e fornendo loro dei meccanismi più pratici e semplici⁴⁰.

Anche dopo l'adozione della Comunicazione del 2009 non sono mancati casi caratterizzati da un fruttuoso dialogo tra Commissione e giudici interni.

Una richiesta di informazioni sollevata dal Tribunale di Cuneo il 21 febbraio 2011 ha richiamato l'attenzione della Commissione su una serie di leggi italiane emanate negli anni 2002-2003 e 2007 che introducono una forma di una riduzione del 90% delle imposte, nonché dei contributi previdenziali e dei premi assicurativi obbligatori a sostegno di alcune regioni italiane colpite da calamità naturali nei primi anni '90.

Il 6 luglio 2012 la Commissione ha ricevuto una richiesta di informazioni dal Tribunale di Vercelli avente ad oggetto le stesse misure d'aiuto.

Così sollecitata, dopo aver registrato il caso come indagine d'ufficio con il riferimento SA.33083, il 17 ottobre 2012 la Commissione ha avviato contro l'Italia un

³² V. Comunicazione del 1995, cit., punto 9. V. pure Rapporto finale del 2009, cit., punto 4.

³³ V. Comunicazione del 2009, cit., punto 78.

³⁴ V. Studio del 2006, cit., parte I, United Kingdom, punto 2.6.1, lett. d).

³⁵ V. Rapporto finale del 2009, cit., punto 4.

³⁶ *Idem*.

³⁷ V. State aid C 37/07, in G.U.U.E. C 12, 17 gennaio 2008, p. 7.

³⁸ V. Rapporto finale del 2009, cit., punto 4.

³⁹ V. Comunicato stampa della Commissione Europea del 27 luglio 2012, ref. IP/12/698.

⁴⁰ Comunicazione del 2009, cit., punto 78.

procedimento di indagine formale ai sensi dell'art. 108, § 2, TFUE⁴¹.

A discapito degli suoi intenti dichiarati, la Comunicazione del 2009 ha suscitato dei dubbi sull'efficacia degli strumenti in essa previsti. In particolare, è stato criticato il loro perdurante mancato inserimento all'interno di un testo normativo regolamentare (com'è avvenuto nel contesto *antitrust*)⁴².

Nel dicembre del 2012, la Commissione ha risposto a queste critiche con la proposta di modifica del Reg. 659/1999/CE.

Come visto in precedenza, attualmente il Regolamento emendato sancisce la facoltà per i giudici nazionali di richiedere alla Commissione informazioni ai fini dell'applicazione dell'articolo 107, paragrafo 1, e dell'articolo 108 del TFUE e pareri su questioni relative all'applicazione delle norme in materia di aiuti di Stato⁴³.

Inoltre, innovando rispetto alle previsioni delle Comunicazioni del 1995 e del 2009 e uniformandosi alla disciplina dettata nel settore della concorrenza dal Reg. 1/2003/CE, esso stabilisce che la Commissione può presentare osservazioni ai giudici nazionali in forma scritta o orale⁴⁴. Si attende, ora, la creazione di un *data base* delle richieste di informazioni e pareri e delle osservazioni presentate dalla Commissione in merito all'applicazione delle norme in materia di aiuti di Stato⁴⁵, che consenta ai giudici e agli avvocati di trarre indicazioni concrete dall'esperienza maturata ovvero dalla prassi seguita in fattispecie simili a quelle che li occupano.

III. PRIVATE E PUBLIC ENFORCEMENT DELLE REGOLE IN MATERIA DI AIUTI DI STATO NELL'ESPERIENZA ITALIANA

Anche in Italia il *private enforcement* registra, in linea con quanto avviene negli altri Paesi, dinamiche simili.

Come lo stesso studio del 2006 riconosce⁴⁶, il *private enforcement* delle regole sugli aiuti di Stato al livello degli Stati membri è ancora nelle sue fasi iniziali e ciò non è dovuto a inefficienze intrinseche del sistema giudiziario, ma alle regole proprie del medesimo ed alla loro relazione con le pertinenti regole europee, oltre che alla mancanza di regole nazionali procedurali uniformi circa la concessione degli aiuti di Stato.

Al riguardo, può essere utile rammentare che la cooperazione fra giudici nazionali e Commissione europea può avere effetti e conseguenze diverse a seconda dello specifico ambito in cui essa si applica.

Come abbiamo visto, i casi di cooperazione si possono raggruppare in due macro categorie.

Da un lato, vi sono le richieste di informazioni, che attengono a dati di fatto conosciuti dalla Commissione europea, che la stessa può rendere noti al giudice, eliminando, quindi, eventuali elementi di incertezza che inficerebbero le valutazioni del giudice stesso.

D'altro lato, invece, i giudici nazionali possono inviare alla Commissione europea le richieste di pareri, i quali, pur naturalmente fondati su elementi di fatto, implicano un esercizio di discrezionalità della Commissione europea e un *assessment* che, in linea di massima, non attiene alla compatibilità della misura.

Oggetto del parere, dunque, sembrano essere, in sostanza, chiarimenti economici o giuridici⁴⁷, che, tuttavia, non hanno carattere vincolante per il giudice, a differenza di quanto avviene con la interpretazione del diritto europeo da parte del giudice europeo, nei casi di rinvio pregiudiziale.

Pertanto, il parere che il giudice nazionale può chiedere alla Commissione europea sembrerebbe attenersi alla sussistenza di uno degli elementi costitutivi dell'aiuto

⁴¹ V. State aid SA.33083 (2012/C), in G.U.U.E. C. 381, 11 dicembre 2012, p. 32.

⁴² V. le Osservazioni delle autorità italiane sulla bozza di Comunicazione della Commissione Europea relativa alla applicazione della normativa in materia di aiuti di Stato da parte dei giudici nazionali del 13 novembre 2008. p. 9.

⁴³ *Idem*, art. 23-bis, § 1.

⁴⁴ *Idem*, art. 23-bis, § 2.

⁴⁵ Vedi la raccolta già disponibile per il settore antitrust all'indirizzo http://ec.europa.eu/competition/court/overview_en.html.

⁴⁶ V. Studio del 2006, cit., punto 1.2.2, p. 34.

⁴⁷ V. Comunicazione del 2009, cit., punto 93.

di Stato, fra i quali si rammentano, solo a titolo esemplificativo e in nessun modo esaustivo, la natura selettiva della misura, l'esistenza di un vantaggio economico per i beneficiari e la imputabilità della decisione di concedere l'aiuto ad un soggetto pubblico che rientra nella nozione di Stato di cui all'articolo 107 TFUE.

Accanto agli strumenti di *private enforcement* sopra delineati, v'è il potere della Commissione di emanare i regolamenti di esenzione per categoria.

L'esercizio di tale facoltà da parte della Commissione europea, rendendo chiari i casi nei quali non è necessaria una notifica individuale e la sospensione dell'aiuto, facilita l'azione dei giudici nazionali nell'applicazione dell'articolo 108, § 3, TFUE.

D'altra parte, per la natura stessa delle norme di esenzione dalla notifica, che sono costruite come norme di compatibilità *ex ante* delle misure di aiuto, la richiesta di parere da parte dei giudici nazionali alla Commissione europea circa il rispetto delle norme dei regolamenti di esenzione assume anche il valore di un *assessment* di compatibilità, ancorché non espresso secondo le forme canoniche che le norme di procedura impongono.

In tal modo, sebbene l'oggetto delle controversie nazionali non può in nessun caso essere quello della valutazione di compatibilità delle misure, quando i giudizi medesimi riguardino norme di esenzione dalla notifica, tale profilo sostanziale emerge, ancorché indirettamente.

Un caso del tutto particolare, poi, è costituito dal regolamento *de minimis*, la cui applicazione potrebbe necessitare di chiarimenti, specie per quanto concerne le modalità di calcolo del cumulo o il suo campo di applicazione⁴⁸.

In tali casi, quindi, il *private enforcement* tende a convergere con il *public enforcement*, che attiene in maniera carat-

teristica ai poteri mediante i quali la Commissione europea contrasta le violazioni da parte degli Stati membri, fra cui rientrano quelli di verifica del rispetto delle norme regolamentari di esenzione dalla notifica e, conseguentemente, l'avvio di eventuali indagini per applicazione abusiva delle norme di esenzione. Sotto questo specifico profilo, occorre tener presente che, nel caso italiano, i volumi di spesa per aiuti, pur se esigui, hanno una distribuzione percentuale che denota una preferenza per la concessione di aiuti in applicazione delle norme di esenzione dalla notifica., anche in ragione della alta percentuale di aiuti di carattere orizzontale che l'Italia concede (94%)⁴⁹.

La recente normativa nazionale⁵⁰ estende la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo alle controversie relative agli atti ed ai provvedimenti che concedono aiuti di Stato in violazione dell'articolo 108, § 3, TFUE e a quelli adottati in esecuzione di una decisione di recupero di cui all'articolo 14 del Reg. 659/1999/CE, a prescindere dalla forma dell'aiuto e dal soggetto che l'ha concesso.

Viene dunque introdotto, nel contesto del *private enforcement*, un principio di concentrazione (la giurisdizione esclusiva) idoneo a favorire una sempre maggiore omogeneità nella formazione della giurisprudenza pertinente, così come un naturale progressivo approfondimento della conoscenza delle prassi e degli orientamenti europei, la cui diffusione riguarda una platea di giudici numericamente più ridotta di quanto non sia avvenuto fino ad oggi.

Inoltre, la l. 234/2012 prevede ulteriori strumenti di implementazione dell'*enforcement*, che rientrano nella piena disponibilità dei giudici nazionali, fra cui, ad esempio, la elevazione a norma di sistema⁵¹ del c.d. principio Deggendorf, in base al quale nessuna impresa può bene-

⁴⁸ Un esempio tipico dei problemi inerenti al campo di applicazione del *de minimis* è quello delle imprese attive nel settore del trasporto su strada per conto terzi (per le quali il massimale è di 100.000 euro per impresa, su tre anni) e delle imprese che effettuano il trasporto in conto proprio (alle quali si applica il massimale ordinario di 200.000 euro). In alcuni casi, infatti, talune im-

prese di trasporto svolgono entrambi i tipi di attività e si pone il problema di quali criteri applicare per distinguere, in capo alla medesima impresa, il *de minimis* ascrivibile all'una o all'altra attività.

⁴⁹ Vedi le tabelle allegate allo *Scoreboard* aiuti di Stato del 2012.

⁵⁰ L. 24 dicembre 2012, n. 234.

⁵¹ V. art. 46, l. 234/2012.

ficiare di aiuti di Stato se rientra tra quelle imprese che hanno ricevuto e, successivamente, non rimborsato o depositato in un conto bloccato gli aiuti che lo Stato è tenuto a recuperare in esecuzione di una decisione di recupero di cui all'articolo 14 del Reg. 659/1999/CE.

La legge citata prevede, poi, degli obblighi di carattere procedurale, come, ad esempio, quello in base al quale le amministrazioni che notificano progetti di aiuto ai sensi dell'articolo 108, § 3, TFUE, devono trasmettere alla Presidenza del Consiglio dei Ministri – Dipartimento per le politiche europee – una scheda sintetica della misura notificata. Tale nuovo obbligo consentirà ai giudici nazionali di chiedere informazioni agli organi dello Stato, oltre che alla Commissione europea, rafforzando così l'enforcement.

Le norme sugli aiuti di Stato contenute nella legge 234/2012 rappresentano, dunque, un ulteriore rafforzamento della convergenza tra *public* e *private enforcement*, e una facilitazione della cooperazione tra giudici nazionali e Commissione europea.

De iure condendo, poi, il *private enforcement* potrebbe trovare un sostegno aggiuntivo in una integrazione delle norme della citata l. 234/2012, qualora si prevedessero strumenti nazionali di diretta consultazione da parte dei giudici nazionali.

In via del tutto esemplificativa, una possibile integrazione potrebbe essere quella dell'adozione obbligatoria di un registro nazionale *de minimis*, che contenga informazioni complete ed esaustive su tutti i *de minimis* concessi da qualunque autorità dello Stato⁵².

Bibliografia

ADOTTI, «Il ruolo del giudice nazionale nell'applicazione dell'art. 93.3 del Trattato Ce in materia di aiuti di Stato alle imprese, con riferimento alla recente giurisprudenza della Corte di giustizia», in *Diritto comunitario e degli scambi internazionali*, 1996, IV, p. 721 ss.; ADRIAANSE, «Public and Private Enforcement of

EU State Aid Law», in *The European Union after Lisbon Constitutional Basis, Economic Order and External Action*, (a cura di) BLANKE - MANGIAMELI, Berlin, 2012; BRAUN - KÜHLING, «Article 87 EC and the Community Courts: From Revolution to Evolution» in *Common Market Law Review*, 2008, p. 465 ss.; CERASO, «Aiuti di Stato: sulla possibilità di un singolo di chiedere la restituzione di una tassa se questa costituisce parte integrante di una misura di aiuto erogato in violazione dell'art. 88, n. 3, ultima frase, TCE», in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2005, III-IV, p. 981 ss.; DERENNE - KACZMAREK, «La récupération des aides illégales: le rôle du juge national dans le "private enforcement" du droit des aides d'Etat», in *ERA Forum*, 2009, p. 251 ss.; GUZZI, «La tutela dei terzi nella procedura per il controllo degli aiuti di Stato nel regolamento n. 659/1999/Ce», in *Diritto comunitario e degli scambi internazionali*, 2004, IV, p. 795 ss.; KLEINER, «Reforming State Aid Policy to best Contribute to the Lisbon Strategy for Growth and Jobs», in *Competition Policy Newsletter*, 2005, II, p. 29 ss.; RUSSO, «Le agevolazioni e le esenzioni fiscali alla luce dei principi comunitari in materia di aiuti di Stato: i poteri del giudice nazionale», in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2004, I, p. 225 ss.; SCHEPISI (a cura di), *La "modernizzazione" della disciplina sugli aiuti di Stato. Il nuovo approccio della Commissione europea e i recenti sviluppi in materia di public e private enforcement*, Torino, 2011; SIMONSSON, «On the emerging obligation for Member State authorities to Supervise and Enforce EC State Aid law, and the Resulting Need to consider Decentralization», in *Swedish Studies in European Law*, 2006, p. 233 ss.; STRUYS - ABBOTT, «The Role of National Courts in State Aid Litigation», in *European Law Review*, 2003, p. 172 ss.; TAYLOR - SOLTÉSZ - ANESTIS - NAVARRO, «Recent Developments in the Application of State Aid Rules», in *European Competition Journal*, II, 2010, p. 491 ss.; TERRASI, «Aiuti di Stato: la questione del recupero degli aiuti illegalmente concessi», in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2002, V, p. 1081 ss.; TUFANO, «La disciplina degli aiuti di Stato nell'Unione europea: dal controllo all'enforcement», in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 2010, II, p. 381 ss.; WINTER, «The rights of complainants in state aid cases: judicial review of the Commission decisions adopted under article 88 (ex 93) EC», in *Common Market Law Review*, III, 1999, p. 521 ss.

VALERIO VECCHIETTI e MATTEO LIBERATI

⁵² Nel corso dei dibattiti fra Stati membri e Commissione europea, è sembrata emergere, a volte, la intenzione di quest'ultima, peraltro ad

oggi mai formalizzata per iscritto, di rendere obbligatorio un registro nazionale *de minimis*.

L'abuso di posizione dominante (Aggiornamento 2014)

Sommario: I. INTRODUZIONE. – II. POSIZIONE DOMINANTE. – 1. Definizione. – 2. Accertamento della posizione dominante. – 3. Posizione dominante collettiva. – III. PARTE SOSTANZIALE DEL MERCATO COMUNE. – IV. NOZIONE DI ABUSO. – V. GIUSTIFICAZIONI OGGETTIVE ED EFFICIENZA. – VI. TIPOLOGIE DI ABUSO. – 1. Rifiuto di contrarre. – 2. *Margin squeeze*. – 3. Prezzi predatori. – 4. Rapporti di esclusiva e sconti condizionati. – 5. Pratiche leganti. – 6. Abusi di sfruttamento. – 7. Altre tipologie di abuso.

I. INTRODUZIONE

Nelle regole di concorrenza del TFUE, la disciplina del comportamento unilaterale di impresa è costituita dal divieto di abuso di posizione dominante. L'art. 102 TFUE dispone che «È incompatibile con il mercato interno e vietato, nella misura in cui possa essere pregiudizievole al commercio tra Stati membri, lo sfruttamento abusivo da parte di una o più imprese di una posizione dominante sul mercato interno o su una parte sostanziale di questo». La prescrizione è accompagnata da un elenco esemplificativo di comportamenti che possono costituire pratiche abusive: a) imporre direttamente o indirettamente prezzi d'acquisto, di vendita o altre condizioni di transazione non eque; b) limitare la produzione, gli sbocchi o lo sviluppo tecnico a danno dei consumatori; c) applicare nei rapporti commerciali con altri contraenti condizioni dissimili per prestazioni equivalenti, determinando così per questi ultimi uno svantaggio concorrenziale; d) 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.

L'applicazione dell'art. 102 TFUE richiede la verifica di tre condizioni: la po-

sizione dominante (che non è vietata in quanto tale), una condotta abusiva, il pregiudizio al commercio tra Stati membri.

L'art. 3 l. 287/1990 che disciplina l'abuso di posizione dominante «all'interno del mercato nazionale o in una sua parte rilevante» segue sostanzialmente la stessa formulazione, salvo che per l'irrilevanza, nel caso del diritto nazionale, del requisito del pregiudizio al commercio tra Stati membri.

La nozione di pregiudizio al commercio, rilevante anche per l'applicazione dell'art. 101, è stata interpretata in modo ampio dalla giurisprudenza. In particolare, in *Commercial Solvents* la Corte di giustizia ha indicato che comportano un pregiudizio al commercio anche le condotte che pregiudicano il mantenimento di una concorrenza effettiva nel mercato comune¹. Ciò può avvenire, ad esempio, quando la condotta determini o sia idonea a determinare l'esclusione di un concorrente dal mercato europeo o dal mercato di uno Stato membro. Nelle Linee direttrici della Commissione europea sulla nozione di pregiudizio al commercio tra Stati membri di cui agli artt. 101 e 102 del Trattato² sono indicate alcune modalità attraverso le quali può verificarsi il pregiudizio al commercio in relazione alle diverse tipologie di condotta abusiva dell'impresa in posizione dominante (v. voce *Il pregiudizio al commercio tra Stati membri*).

II. POSIZIONE DOMINANTE

1. *Definizione.* – La verifica della posizione dominante è un presupposto necessario per l'applicazione della disciplina dell'abuso.

Nella sentenza *United Brands* la Corte di giustizia ha definito la posizione dominante come «una posizione di potenza

¹ C. giust. UE, 6 marzo 1974, cause riunite C-6 e 7/73, *Istituto Chemioterapico Italiano SpA e Commercial Solvents Corporation c. Commissione* - "Commercial Solvents", in *Racc.* 1974, p. 223, punti 31 e 32.

² Comunicazione della Commissione relativa alle linee direttrici sulla nozione di pregiudizio al commercio tra Stati membri di cui agli articoli 81 e 82 del Trattato, in G.U.U.E. C 101, 27 aprile 2004, p. 81.

economica grazie alla quale l'impresa che la detiene è in grado di ostacolare la persistenza di una concorrenza effettiva sul mercato in questione, ed ha la possibilità di tenere comportamenti alquanto indipendenti nei confronti dei concorrenti, dei clienti e in ultima analisi dei consumatori»³.

Nel linguaggio economico, questa nozione viene abitualmente tradotta in termini di potere di mercato, ossia di capacità dell'impresa di applicare in maniera redditizia prezzi superiori a quelli che prevarrebbero in situazione di concorrenza: una posizione dominante è una situazione di significativo e durevole potere di mercato.

Nella sentenza *Hoffmann - La Roche* la Corte di Giustizia ha chiarito che la posizione dominante non coincide con il monopolio: essa può sussistere infatti anche in presenza di una qualche forma di concorrenza residua⁴.

2. *Accertamento della posizione dominante*. – Affinché vi sia una posizione dominante occorre che i vincoli derivanti dall'esistenza di concorrenti, attuali e potenziali, e dalla forza negoziale dei clienti siano insufficienti a disciplinare i comportamenti dell'impresa, in modo da escludere un significativo e durevole potere di mercato.

Tipicamente, l'accertamento della posizione dominante richiede una preliminare definizione del mercato rilevante, ossia dell'ambito merceologico e geografico in cui le imprese sono in concorrenza tra loro. Il mercato del prodotto e geografico può essere visto come il più piccolo gruppo di prodotti e la più piccola area geografica in cui è possibile, in ragione delle possibilità di sostituzione esistenti, una consistente restrizione della concorrenza in funzione dell'oggetto o dell'effetto della pratica considerata⁵.

In particolare, la definizione del mercato è funzionale a tenere conto dal vincolo esercitato sull'impresa dalla possibilità per gli acquirenti di rivolgersi ad altri fornitori per soddisfare le loro esigenze (sostituibilità dal lato della domanda). Nella definizione del mercato rilevante occorre tenere conto di una pluralità di fattori tra cui la funzione d'uso, le caratteristiche e i prezzi dei prodotti, le preferenze dei clienti, la loro disponibilità a spostarsi, il grado di deperibilità del prodotto e i costi di trasporto in relazione al prezzo. Nel mercato rilevante sono incluse anche le imprese che a fronte di una piccola ma significativa e durevole variazione dei prezzi del prodotto sarebbero in grado e troverebbero conveniente convertire rapidamente alla produzione di quest'ultimo parte della propria capacità produttiva (sostituibilità dal lato dell'offerta).

Una volta individuato il mercato rilevante, occorre per prima cosa analizzare se la disciplina derivante dalla concorrenza effettiva sia sufficiente ad escludere la sussistenza della posizione dominante. Rileva, a questo fine, l'analisi della posizione di mercato dell'impresa rispetto a quella dei suoi concorrenti⁶.

Più elevata è la quota di mercato dell'impresa in relazione a quella dei concorrenti, maggiori sono le probabilità che essa possa esercitare un significativo potere di mercato. Nella sentenza *Hoffmann-La Roche*, a fronte di quote di mercato tra il 72% e l'87%, la Corte di giustizia ha sostanzialmente invertito l'onere della prova riguardo alla sussistenza della posizione dominante: «benché l'importanza delle quote di mercato possa variare da un mercato all'altro, si può ritenere che quote molto alte costituiscano di per sé, e salvo circostanze eccezionali, la prova dell'esistenza di una posizione dominante»⁷. Nella sentenza *Akzo*, la Corte

³ C. giust., 14 febbraio 1978, causa C-27/76, *United Brands Company e United Brands Continental BV c. Commissione* - "United Brands", in *Racc.* 1978, p. 207, punto 65.

⁴ C. giust., 13 febbraio 1979, causa C-85/76, *Hoffmann - La Roche & Co. AG c. Commissione* - "Hoffmann - La Roche", in *Racc.* 1979, p. 461, punto 39.

⁵ App. Milano 18 gennaio 2006, in *Massima redazionale*, 2006.

⁶ C. giust., 9 novembre 1983, causa C-322/81, *NV Nederlandsche Banden Industrie Michelin c. Commissione* - "Michelin I", in *Racc.* 1983, p. 3461.

⁷ C. giust., 13 febbraio 1979, "Hoffman - La Roche", cit., punto 41; cfr. anche il caso *Tetra Pak*,

di giustizia ha ritenuto che una quota di mercato del 50% costituisse comunque un serio indizio della sussistenza di una posizione dominante⁸.

Oggi è comunque generalmente riconosciuto che la quota di mercato, per quanto elevata, non costituisce mai l'unico indicatore di cui tenere conto nel valutare la sussistenza della posizione dominante. Negli Orientamenti del 2009⁹ la Commissione europea non ha indicato alcuna quota di mercato al di sopra della quale essa presume la sussistenza di una posizione dominante. Anche se, seguendo l'impostazione della Corte di giustizia nel caso *Akzo* che ad oggi non è stata abbandonata dalla giurisprudenza successiva, si ritenesse opportuno presumere la posizione dominante in presenza di una quota di mercato superiore al 50%, è chiaro che si tratta di una presunzione semplice, superabile mostrando che sussistono vincoli concorrenziali sufficienti a impedire l'esercizio di un significativo potere di mercato da parte dell'impresa.

Affinché vi sia una posizione dominante, occorre che la quota di mercato sia stabile, e non solo temporanea¹⁰. Il rilievo della quota di mercato come segnale di dominanza può essere scarso, ad esempio, nel mercato di un prodotto innovativo. La quota di mercato non fornisce, inoltre, informazioni rilevanti sul potere di mercato nei cosiddetti *bidding markets* in cui le imprese competono tra loro per l'intera quota di mercato all'inizio del periodo. Una significativa riduzione della quota di mercato dell'impresa in pochi anni, a fronte dell'aumento delle quote di mercato dei concorrenti, può essere un

indicatore dell'assenza di una posizione dominante¹¹.

Quote di mercato relativamente ridotte possono essere considerate un indicatore utile a escludere una posizione dominante. La Commissione europea, ad esempio, ritiene che al di sotto della quota di mercato del 40% la sussistenza di una posizione dominante sia "improbabile". Né la Commissione né tantomeno la giurisprudenza, comunque, associano a questa soglia una presunzione assoluta di assenza di posizione dominante. In linea teorica, anche una quota del 40% potrebbe essere accompagnata da un significativo potere di mercato in presenza di particolari ostacoli alla capacità dei concorrenti, inclusi i concorrenti potenziali, di espandersi e disciplinare in modo efficace il comportamento dell'impresa in posizione dominante.

Se un'impresa non ha la quota di mercato più elevata all'interno di un determinato mercato rilevante, si può escludere che essa disponga individualmente di una posizione dominante in tale mercato¹².

Anche qualora l'impresa detenga una quota di mercato elevata, l'esercizio di un significativo e durevole potere di mercato può essere precluso dalla concorrenza potenziale. Occorre valutare, a tal fine, se vi sia una realistica possibilità di un ingresso sul mercato di nuovi concorrenti (o dell'espansione di imprese già operanti) che sia sufficientemente tempestivo e su scala tale da disciplinare l'impresa. L'efficacia della concorrenza potenziale come fattore disciplinante dei comportamenti d'impresa può risultare ridotta se vi sono barriere di natura regolamentare, tecnica o economica (associate ad esem-

dove la quota di mercato era intorno al 90%: C. giust., 14 novembre 1996, causa C-333/94 P, *Tetra Pak International SA c. Commissione* - "Tetra Pak II", in *Racc.* 1996, p. I-5951.

⁸ C. giust., 3 luglio 1991, causa C-62/86, *AKZO Chemie BV c. Commissione* - "Akzo", in *Racc.* 1991, p. I-3439, punto 60; cfr. anche Trib. UE, 30 gennaio 2007, causa T-340/03, *France Télécom SA c. Commissione* - "France Télécom", in *Racc.* 2007, p. II-117, punti 99-100; Trib. UE, 17 dicembre 2009, causa T-57/01, *Solvay SA c. Commissione*, in *Racc.* 2009, p. II-4621, punti 277-279; Trib. UE, 1° luglio 2010, causa T-321/05, *AstraZeneca AB e AstraZeneca plc c. Commissione* -

"AstraZeneca", in *Racc.* 2010, p. II-2805, punti 242-254.

⁹ Comunicazione della Commissione - Orientamenti sulle priorità della Commissione nell'applicazione dell'articolo 82 del trattato CE al comportamento abusivo delle imprese dominanti volto all'esclusione dei concorrenti, in G.U.U.E. C 45, 24 febbraio 2009, p. 7.

¹⁰ C. giust., 13 febbraio 1979, "Hoffmann - La Roche", cit., punto 41.

¹¹ App. Roma 28 febbraio 2000, in *Giornale dir. amm.*, 2000, vol. 9, p. 902.

¹² App. Milano, 16 gennaio 1996, in *Giur. dir. ind.*, 1996, p. 583.

pio alla necessità di sopportare costi irrecuperabili per operare nel mercato) tali da impedire o ritardare l'ingresso o lo sviluppo dei concorrenti¹³. Fattori quali la disponibilità di marchi affermati o di diritti di proprietà intellettuale, una struttura produttiva verticalmente integrata che includa ad esempio anche una rete distributiva, il controllo di un'infrastruttura essenziale, l'ampiezza della gamma di prodotti offerti o l'esistenza di effetti di rete non conferiscono di per sé una posizione dominante, ma possono contribuire alla sua esistenza nella misura in cui determinino significativi ostacoli all'entrata o all'espansione dei concorrenti.

Il potere negoziale degli acquirenti può costituire in taluni casi un fattore rilevante nell'analisi della posizione dominante. Occorre verificare se l'importanza commerciale dei clienti dell'impresa, la loro capacità di passare a fornitori concorrenti, di favorire nuovi ingressi nel mercato e di integrarsi a livello verticale o anche solo di minacciare in modo credibile di agire in tal senso siano sufficienti a disciplinare i comportamenti di mercato dell'impresa in modo da escludere una situazione di significativo e durevole potere di mercato.

Nella maggior parte dei casi di abuso la posizione dominante è dal lato dell'offerta, ossia riguarda il fornitore di un prodotto; può esservi tuttavia una posizione dominante anche dal lato della domanda, ossia in capo all'acquirente di un prodotto. Questa possibilità è espressamente prevista dalla lettera dell'art. 102 TFUE, che indica tra i comportamenti abusivi vietati l'imposizione di prezzi "d'acquisto" non equi. Per accertare che vi sia una posizione dominante dal lato della domanda occorre identificare il mercato rilevante dal lato degli acquisti (quali siano i possibili sbocchi per un dato prodotto e quindi quale sia la più piccola area merceologica e geografica in cui è possibile, in ragione

delle possibilità di sostituzione esistenti, un abuso da parte di un acquirente); bisogna quindi valutare le condizioni di concorrenza effettiva e potenziale su questo mercato, nonché il possibile effetto disciplinante derivante dalla forza negoziale dei fornitori.

Un'impresa può detenere una posizione dominante solo in alcuni dei mercati in cui opera; può inoltre essere dominante come fornitore ma non come acquirente, o viceversa.

L'abuso può riguardare anche un mercato diverso da quello in cui l'impresa detiene la posizione dominante; affinché si configuri un comportamento vietato bisogna però che vi sia un nesso tra la posizione dominante e il presunto comportamento anticoncorrenziale. Ciò può avvenire ad esempio se un'impresa dominante in un dato mercato geografico pone in essere in altri mercati geografici comportamenti volti a ostacolare l'esportazione del prodotto nel mercato in cui è dominante, per preservare la propria posizione in tale mercato¹⁴. In *British Gypsum*, è stato considerato un abuso da parte dell'impresa assicurare in un mercato contiguo a quello in cui detiene la posizione dominante un trattamento preferenziale ai clienti che si impegnano a restarle fedeli nel mercato in cui è dominante, così da proteggere la propria posizione in quel mercato¹⁵. In *Tetrapak II*, la Corte di giustizia ha sostenuto che in circostanze eccezionali è possibile anche un abuso in un mercato diverso da quello in cui è detenuta la posizione dominante volto a restringere la concorrenza nel mercato non dominato. Nel caso di specie, che riguardava presunte pratiche leganti e prezzi predatori, si è ritenuto che le circostanze eccezionali fossero presenti perché Tetra Pak aveva comunque una posizione di preminenza anche nel mercato non dominato, questo era contiguo al mercato dominato e la maggior parte dei clienti di

¹³ C. giust., 14 febbraio 1978, "United Brands", cit., punto 122; Trib. UE, 23 ottobre 2003, causa T-65/98, *Van den Bergh Foods Ltd c. Commissione*, in *Racc.* 2003, p. II-4662.

¹⁴ Dec. Comm. UE, 5 dicembre 2001, 2003/

569/CE, COMP 37.614, "Interbrew", in G.U.U.E. L 200, 7 agosto 2003, p. 1.

¹⁵ C. giust., 6 aprile 1995, causa C-310/93 P, *BPB Industries plc e British Gypsum Ltd c. Commissione*, in *Racc.* 1995, p. I-896.

Tetra Pak acquistava prodotti in entrambi i mercati¹⁶.

La giurisprudenza comunitaria ha sottolineato che la posizione dominante deve essere valutata autonomamente nei singoli casi: l'accertamento di una posizione dominante in un caso specifico non può essere automaticamente utilizzato per l'applicazione della normativa in un caso successivo¹⁷. Questo approccio si applica anche nei mercati liberalizzati, caratterizzati in precedenza da una situazione di monopolio a norma di legge: la sussistenza della posizione dominante dell'ex monopolista va valutata alla luce delle nuove condizioni del mercato¹⁸.

Un'impresa può essere considerata in posizione dominante ai fini dell'applicazione della disciplina dell'abuso in corrispondenza a vari livelli di potere di mercato, sino al limite estremo di una permanente situazione di monopolio. Nel caso *Compagnie Maritimes Belge*, relativo ai comportamenti di prezzo di una conferenza marittima con una quota di mercato superiore al 90%, la Corte di giustizia ha accettato la qualificazione di pratica abusiva in relazione all'applicazione selettiva di prezzi bassi ma comunque superiori ai costi, che in genere non sarebbe considerata un abuso¹⁹. Più in generale, nei casi in cui l'impresa gode di una posizione dominante che si avvicina al monopolio (cd superdominanza) la giurisprudenza ha in alcuni casi mostrato disponibilità ad accettare un'analisi troncata dei possibili effetti anticoncorrenziali del comportamento dell'impresa, ponendo su questa l'onere di provare l'assenza di tali effetti²⁰. Nella recente pronuncia pregiu-

diziale nel caso *Telia Sonera*, la Corte sostiene che in generale il grado di potere di mercato dell'impresa dominante è rilevante per la valutazione degli effetti della condotta, piuttosto che ai fini della qualificazione di un determinato comportamento come abusivo²¹.

3. *Posizione dominante collettiva*. – Oltre che all'abuso da parte di una singola impresa, l'art. 102 fa riferimento all'abuso da parte di «più imprese» di una posizione dominante. Nella sentenza *Vetro piano*, il Tribunale di primo grado ha chiarito che la nozione di posizione dominante collettiva è distinta da quella di accordo o pratica concordata ai sensi dell'art. 101, e deve essere dimostrata autonomamente²². In particolare, per provare l'esistenza di una posizione dominante collettiva occorre dimostrare che «due o più entità economiche indipendenti siano, su un mercato specifico, unite da tali vincoli economici che per tale motivo esse detengono insieme una posizione dominante rispetto agli altri operatori sullo stesso mercato»²³. I giudici europei hanno per la prima volta ritenuto sufficientemente provata la sussistenza di una posizione dominante collettiva nel caso della conferenza marittima *Cewal*, in quanto oltre agli accordi tra le compagnie marittime costitutivi della conferenza *Cewal* (esentati ai sensi dell'art. 101 § 3 TFUE), esistevano tra le compagnie legami tali da fare adottare loro una linea d'azione comune sul mercato. La conferenza operava in concreto come una singola impresa e prendeva decisioni unilaterali in autonomia rispetto alle imprese aderenti²⁴. Nella pro-

¹⁶ C. giust., 14 novembre 1996, "Tetra Pak II", cit., punti 27-31; cfr. anche C. giust., 17 febbraio 2011, causa C-52/09, *Konkurrensverket c. TeliaSonera Sverige AB* - "TeliaSonera", in *Racc.* 2011, p. I-527, punto 87.

¹⁷ Trib. UE, 22 marzo 2000, cause riunite T-125 e 127/97, *The Coca-Cola Company e Coca-Cola Enterprises Inc. c. Commissione*, in *Racc.* 2000, p. II-1737, punti 81-82.

¹⁸ Trib. Milano 5 dicembre 2005, in *Dir. Ind.*, 2006, vol. 5, p. 447.

¹⁹ C. giust., 16 marzo 2000, cause riunite C-395-396/96 P, *Compagnie maritimes belge transports SA e a. c. Commissione* - "Compagnie Maritime Belge", in *Racc.* 2000, p. I-1442.

²⁰ C. giust., 14 novembre 1996, "Tetra Pak II", cit.

²¹ C. giust., 17 febbraio 2011, "TeliaSonera", cit., punti 78-82.

²² Trib. UE, 10 marzo 1992, cause riunite T-68, 77-78/89, *Società italiana vetro SpA e a. c. Commissione* - "Vetro piano", in *Racc.* 1992, p. II-1405, punto 360.

²³ *Ibidem*, punto 358.

²⁴ Trib. UE, 8 ottobre 1996, cause riunite T-24-25-26, 28/93, *Compagnie maritimes belge transports SA e Compagnie maritimes belge SA, Dafra-Lines A/S, Deutsche Afrika-Linien GmbH & Co. e Nedlloyd Lijnen BV c. Commissione*, in *Racc.* 1996, p. II-1207, punto 67.

nuncia che ha respinto il ricorso contro la decisione del Tribunale, la Corte di giustizia ha confermato che la posizione dominante collettiva richiede che le imprese si presentino sul mercato come un singolo soggetto; l'esistenza di un accordo o di altri vincoli giuridici non è indispensabile; l'accertamento della posizione dominante potrebbe infatti «risultare da altri fattori di correlazione e dipenderebbe da una valutazione economica e, in particolare, da una valutazione della struttura del mercato di cui trattasi»²⁵. Sia nel controllo delle concentrazioni²⁶, sia con riferimento all'abuso di posizione dominante²⁷, la giurisprudenza ha indicato che, in assenza di legami strutturali, per dimostrare una posizione dominante collettiva occorre dimostrare che vi sono le condizioni di un oligopolio collusivo: a) il mercato deve essere sufficientemente trasparente da consentire alle imprese di monitorare eventuali comportamenti devianti; b) il sistema deve essere reso stabile da una credibile minaccia di punizioni in caso di deviazione; c) fattori esterni, tra cui in particolare la reazione dei concorrenti attuali o potenziali e degli acquirenti non devono essere in grado di pregiudicare i risultati dell'equilibrio collusivo.

III. PARTE SOSTANZIALE DEL MERCATO COMUNE

L'art. 102 TFUE si applica quando la posizione dominante riguarda il mercato comune o una sua parte rilevante. La *ratio* sembra quella di escludere dall'ambito di applicazione le ipotesi in cui il mercato interessato può essere considerato "di importanza minore" (*de minimis*).

²⁵ C. giust., 16 marzo 2000, "Compagnie Maritimes Belge", cit., punto 45.

²⁶ Trib. UE, 6 giugno 2002, causa T-342/99, *Airtours plc c. Commissione*, in *Racc.* 2002, p. II-2592.

²⁷ Trib. UE, 26 gennaio 2005, causa T-193/02, *Laurent Piau c. Commissione*, in *Racc.* 2005, p. II-217, punto 111.

²⁸ C. giust., 16 dicembre 1975, cause riunite C-40-48, 50, 54-56, 111, 113-114/73, *Coöperatieve Vereniging "Suiker Unie" UA e a. c. Commissione*, in *Racc.* 1975, p. 1663, punto 371.

²⁹ C. giust., 25 ottobre 2001, causa C-475/99, *Firma Ambulanz Glöckner c. Landkreis Südwestpfalz*, in *Racc.* 2001, p. I-8137, punto 38.

Nella sentenza *Suiker Unie* la Corte di Giustizia ha indicato che, nel compiere tale valutazione, è necessario «prendere in considerazione, fra l'altro, la struttura e il volume della produzione e del consumo della merce in questione, come pure le abitudini e le capacità economiche dei venditori e degli acquirenti»²⁸. Non si tratta quindi di considerare solo le dimensioni geografiche e della popolazione coinvolta, ma anche il rilievo del mercato dal punto di vista della produzione e del consumo. La giurisprudenza ha ritenuto che anche mercati corrispondenti a una parte del territorio di uno Stato membro potessero costituire «una parte rilevante» del mercato comune²⁹; persino singoli porti o aeroporti possono essere considerati tali quando hanno un particolare rilievo commerciale³⁰. Può costituire una parte rilevante del mercato comune anche una pluralità di piccoli mercati locali distinti, contigui³¹ o non contigui³².

IV. NOZIONE DI ABUSO

Il presupposto logico della disciplina contenuta nell'art. 102 TFUE è che la posizione dominante genera una "speciale responsabilità" dell'impresa per il corretto funzionamento del mercato³³; è per questo motivo che determinati comportamenti sono vietati se posti in essere da imprese dominanti e sono considerati leciti se posti in essere da imprese che non sono tali. La nozione di "speciale responsabilità" non aiuta però, in quanto tale, a distinguere i comportamenti legittimi dagli abusi.

La giurisprudenza ha presto indicato che il divieto dell'abuso di posizione do-

³⁰ C. giust., 10 dicembre 1991, causa C-179/90, *Merci Convenzionali Porto Genova c. Siderurgica Gabrielli SpA*, in *Racc.* 1991, p. I-5923; C. giust., 29 marzo 2001, causa C-163/99, *Repubblica portoghese c. Commissione*, in *Racc.* 2001, p. I-2638.

³¹ C. giust., 5 ottobre 1994, causa C-323/93, *Société civile agricole du Centre d'insémination de la Crespelle c. Coopérative d'élevage et d'insémination artificielle du département de la Mayenne*, in *Racc.* 1994, p. I-5097, punto 17.

³² C. giust., 4 maggio 1988, causa C-30/87, *Corinne Bodson c. SA Pompes Funèbres des Régions Libérées - "Bodson"*, in *Racc.* 1988, p. 2507.

³³ C. giust., 9 novembre 1983, "Michelin I", cit., punto 57.

minante non riguarda soltanto i comportamenti con cui l'impresa sfrutta il proprio potere di mercato nei confronti delle controparti commerciali (cd abusi di sfruttamento), ma anche i comportamenti nei confronti dei concorrenti (cd abusi escludenti). In particolare, nella sentenza *Continental Can* la Corte di Giustizia ha indicato che l'art. 102 «non riguarda soltanto le pratiche che possano causare direttamente un danno ai consumatori, bensì anche quelle che recano loro pregiudizio modificando un regime di concorrenza effettiva»³⁴. Di fatto, i casi di applicazione dell'art. 102 TFUE da parte della Commissione europea hanno riguardato prevalentemente abusi a carattere escludente.

Un'altra caratteristica della disciplina che è stata chiara fin dall'inizio è il carattere oggettivo del concetto di abuso³⁵. La dimensione soggettiva, e in particolare il carattere intenzionale o meno della condotta, non rileva per la sua qualificazione come abuso, anche se può rilevare per una migliore comprensione del comportamento dell'impresa³⁶ e, in una fase successiva, ai fini della determinazione della sanzione.

I casi di applicazione del divieto di abuso di posizione dominante da parte della Commissione europea e sottoposti al vaglio della Corte di Giustizia non sono particolarmente numerosi e i criteri applicativi hanno generato un ampio dibattito. Del resto, il tema della disciplina della condotta unilaterale delle imprese è uno dei più delicati del diritto della concorrenza, in tutti gli ordinamenti³⁷.

Nella disciplina dell'abuso di sfruttamento, in particolare, il rischio è quello di una deriva verso una generalizzata regolazione dei mercati (v. paragrafo VI.6). Nella disciplina dei comportamenti esclu-

enti, invece, la difficoltà è distinguere tra i comportamenti (anche aggressivi) dell'impresa dominante che fanno parte del normale processo concorrenziale e i comportamenti volti ad escludere i concorrenti in modo abusivo, che sono oggetto del divieto.

Con riferimento agli abusi escludenti, la giurisprudenza comunitaria riconosce che all'impresa dominante non è vietato competere, anche in modo aggressivo, e ha da tempo tradotto il problema in termini di condotte che deviano dalla "concorrenza normale" (o "concorrenza nel merito"). Nella sentenza *Hoffman-La Roche*, la Corte ha indicato che la nozione di abuso riguarda "il comportamento dell'impresa in posizione dominante atto ad influire sulla struttura di un mercato in cui, proprio per il fatto che vi opera detta impresa, il grado di concorrenza è già sminuito e che ha come effetto di ostacolare, ricorrendo a mezzi diversi da quelli su cui si impernia la concorrenza normale tra prodotti o servizi, (...) la conservazione del grado di concorrenza ancora esistente sul mercato o lo sviluppo di detta concorrenza"³⁸.

Il compito, quindi, è quello di accertare quali condotte escludenti dell'impresa dominante non costituiscano "concorrenza normale" o "concorrenza nel merito". Nel 2004 la Commissione europea ha promosso un ampio dibattito sulle modalità applicative della disciplina dell'abuso, anche per fare fronte alle accuse spesso rivolte all'approccio europeo di mirare alla protezione dei concorrenti, invece che del processo concorrenziale, e alle critiche incentrate sull'eccessivo formalismo dei criteri di valutazione. Dopo ampie consultazioni, nel 2009 sono stati pubblicati gli «Orientamenti sulle priorità della Commissione nell'applicazione del-

³⁴ C. giust., 21 febbraio 1973, causa C-6/72, *Europemballage Corporation e Continental Can Company Inc. c. Commissione* - "Continental Can", in *Racc.* 1973, p. 215, punto 26.

³⁵ C. giust., 13 febbraio 1979, "Hoffmann - La Roche", cit., punto 91.

³⁶ C. giust., 19 aprile 2012, causa C-549/10 P, *Tomra Systems ASA e a. c. Commissione*, non ancora pubblicata, punto.

³⁷ Cfr. ad esempio ICN, *Report on the Objectives of Unilateral Conduct Laws, Assessment of Dominance/Substantial Market Power and State-Created Monopolies*, 2007.

³⁸ C. giust., 13 febbraio 1979, "Hoffmann - La Roche", cit., punto 91; cfr. anche C. giust., 14 ottobre 2010, causa C-280/08 P, *Deutsche Telekom AG c. Commissione* - "Deutsche Telekom", in *Racc.* 2010, p. I-9555, punto 177; C. giust., 17 febbraio 2011, "TeliaSonera", cit., punto 43.

l'art. 102 TFUE al comportamento abusivo delle imprese dominanti volto all'esclusione dei concorrenti»³⁹. In tale documento, la Commissione europea propone uno schema strutturato di valutazione che intende seguire nell'applicazione dell'art. 102 TFUE agli abusi escludenti.

In estrema sintesi, la Commissione dichiara che nell'applicazione dell'art. 102 TFUE la finalità «è la tutela dell'efficace processo concorrenziale e non la semplice tutela dei concorrenti. Questo può anche significare che usciranno dal mercato i concorrenti che presentano ai consumatori un'offerta meno interessante in termini di prezzo, scelta, qualità e innovazione» (§ 6). Occorre impedire che le imprese dominanti «ostacolino lo svolgimento della concorrenza effettiva precludendo il mercato ai loro concorrenti *in modo anticoncorrenziale* con conseguenti effetti negativi per il benessere dei consumatori, sia in forma di prezzi più elevati di quelli altrimenti vigenti, sia in altra forma, ad esempio limitando la qualità o riducendo la scelta dei consumatori» (§ 19). In questo contesto la Commissione propone una nozione di abuso escludente basata su due elementi: la preclusione (la condotta ostacola o impedisce l'effettivo ingresso dei concorrenti, attuali o potenziali, alle forniture o ai mercati) e l'impatto anticoncorrenziale, attuale o probabile. La condotta ha un impatto anticoncorrenziale quando, precludendo il mercato ai concorrenti, consente all'impresa di aumentare i prezzi o peggiorare le condizioni di offerta a danno dei clienti.

Secondo questo approccio, la condotta dell'impresa dominante può essere quindi qualificata come abusiva solo sulla base di una credibile teoria del danno concorrenziale che da essa può derivare. Nella sua recente prassi decisionale la Commissione ha dedicato particolare attenzione all'impatto, attuale o potenziale, delle condotte dell'impresa dominante sul mercato⁴⁰.

Gli Orientamenti della Commissione non sono vincolanti per i giudici europei e per i giudici nazionali. Essi costituiscono comunque, come sottolineato nel parere dell'Avvocato Generale Mazak nel caso *Telia Sonera* «una base utile di riferimento»⁴¹.

Pur essendovi pronunce dei giudici europei che sembrano prescindere dall'approccio proposto dalla Commissione per seguire modelli più tradizionali⁴², un certo numero di sentenze recenti raccoglie alcuni degli spunti proposti negli Orientamenti, in particolare attribuendo rilievo all'analisi dell'impatto anticoncorrenziale della condotta dell'impresa dominante sul mercato ai fini della sua qualificazione come condotta abusiva⁴³. I giudici europei hanno anche in più occasioni accolto il principio in base al quale per accertare se i comportamenti di prezzo dell'impresa dominante siano abusivi occorre valutare la loro idoneità ad escludere dal mercato un'impresa «almeno altrettanto efficiente» rispetto all'impresa dominante⁴⁴. Ciò significa, in particolare, che nel valutare se determinati prezzi siano escludenti tenuto conto del livello

³⁹ Comunicazione della Commissione - Orientamenti sulle priorità della Commissione nell'applicazione dell'articolo 82 del trattato CE al comportamento abusivo delle imprese dominanti volto all'esclusione dei concorrenti, in G.U.U.E. C 45, 24 febbraio 2009, p. 7.

⁴⁰ Dec. Comm., 24 marzo 2004, 2007/53/CE, COMP 37.792, "Microsoft", in G.U.U.E. L 32, 6 febbraio 2007, confermata in appello in Trib. UE, 17 settembre 2007, causa T-201/04, *Microsoft Corp. c. Commissione* - "Microsoft", in *Racc.* 2007, p. II-3619; Dec. Comm., 13 maggio 2009, 2009/C 227/06, COMP 37.990, "Intel", in G.U.U.E. C 227, 22 settembre 2009, p. 13.

⁴¹ Concl. Mazak, 2 settembre 2010, causa C-52/09, "Telia Sonera", in *Racc.* 2011, p. I-00527, nota 21.

⁴² C. giust., 19 aprile 2012, "Tomra", cit.

⁴³ C. giust., 14 ottobre 2010, "Deutsche Telekom", cit., punti 252-254 e 259; C. giust., 17 febbraio 2011, "TeliaSonera", cit., punti 66-74; C. giust., 27 marzo 2012, causa C-209/10, *Post Danmark A/S c. Konkurrenserådet* - "Post Danmark", non ancora pubblicata, punto 44; Trib. UE, 29 marzo 2012, causa T-336/07, *Telefónica, SA e Telefónica de España SA c. Commissione* - "Telefónica", non ancora pubblicata, punti 201 e 275-276.

⁴⁴ C. giust., 14 ottobre 2010, "Deutsche Telekom", cit., punto 177; C. giust., 17 febbraio 2011, "TeliaSonera", cit., punti 31-33; C. giust., 27 marzo 2012, "Post Danmark", cit., punti 21-22, 25 e 38; Trib. UE, 29 marzo 2012, T-336/07, "Telefónica", punti 189-191.

dei costi si potrà fare riferimento alle condizioni di costo dell'impresa dominante.

V. GIUSTIFICAZIONI OGGETTIVE ED EFFICIENZA

L'art. 102 TFUE, a differenza dell'art. 101 TFUE, non indica specifiche condizioni in presenza delle quali una condotta restrittiva della concorrenza è comunque compatibile con il Trattato (c.d. eccezione legale). La giurisprudenza comunitaria ha però da tempo affermato il principio per cui il comportamento restrittivo della concorrenza dell'impresa dominante può non essere ritenuto abusivo ai sensi dell'art. 102 TFUE se si fonda su giustificazioni oggettive e le restrizioni della concorrenza sono necessarie e proporzionate⁴⁵.

In alcune recenti sentenze la Corte di Giustizia ha mostrato disponibilità a tenere conto nell'applicazione dell'art. 102 anche di giustificazioni in termini di incrementi di efficienza idonei a compensare l'impatto anticoncorrenziale sui consumatori⁴⁶.

Mentre l'onere di provare la posizione dominante e il carattere anticoncorrenziale della condotta spetta al soggetto che denuncia l'abuso, l'onere di provare che la condotta è giustificata per motivi oggettivi o di efficienza ricade sull'impresa dominante (v. voce *L'onere della prova*).

VI. TIPOLOGIE DI ABUSO

1. *Rifiuto di contrarre*. – A differenza dell'impresa operante in condizione di monopolio legale che, in base all'art. 2597 c.c., a fronte di una richiesta di prestazioni ha l'obbligo di contrarre assicurando la parità di trattamento, l'impresa

in posizione dominante in linea di principio è libera, come le altre imprese, di scegliere con chi contrarre e di porre fine a rapporti commerciali esistenti. Queste scelte fanno parte della normale strategia economica di un'impresa che può tenere in questo modo conto dei diversi fattori che rendono più o meno conveniente avere rapporti commerciali con un determinato soggetto.

Il rifiuto di contrarre da parte dell'impresa dominante può però configurare un abuso ai sensi dell'art. 102 TFUE quando determina un impatto negativo sulla concorrenza. Ciò può accadere in particolare quando l'impresa dominante è verticalmente integrata e dispone di un fattore della produzione (bene o servizio) l'accesso al quale è essenziale per operare in un mercato in cui anch'essa opera⁴⁷. Il rifiuto può riguardare ad esempio: l'accesso a un'infrastruttura fisica (porti, aeroporti, reti)⁴⁸; a un servizio di distribuzione; a un sistema di prenotazione; a pezzi di ricambio o pezzi accessori⁴⁹; a un'informazione proprietaria o a un diritto di proprietà intellettuale.

Può costituire un abuso non solo l'interruzione di un rapporto commerciale già esistente, ma anche il rifiuto di fornire un soggetto con cui non vi sono ancora relazioni commerciali.

Secondo la giurisprudenza, affinché il rifiuto di concedere l'accesso a un bene o servizio sia abusivo occorre che esso sia indispensabile per operare nel mercato in cui l'impresa richiedente è concorrente dell'impresa dominante. Non vi è abuso, quindi, se il bene, l'infrastruttura o il servizio può essere duplicato con costi e tempi ragionevoli o se vi sono comunque modalità alternative, attuali o potenziali, di operare sul mercato interessato⁵⁰. Nella

⁴⁵ C. giust., 15 marzo 2007, causa C-95/04 P, *British Airways plc c. Commissione* - "British Airways", in *Raccolta* 2007, p. I-2373, punti 69 e 86; C. giust., 3 ottobre 1985, causa C-311/84, *SA Centre belge d'études de marché - télémarketing (CBEM) c. SA Compagnie luxembourgeoise de télédiffusion (CLT) e SA Information publicit  Benelux (IPB)* - "T lémarketing", in *Racc.* 1985, p. 3270, punto 27.

⁴⁶ C. giust., 17 febbraio 2011, "TeliaSonera", cit., punto 76; C. giust., 27 marzo 2012, "Post Danmark", cit., punti 40-43.

⁴⁷ C. giust., 6 marzo 1974, "Commercial Solvents", cit.

⁴⁸ Dec. Comm., 21 dicembre 1993, 94/19/CE, COMP IV/34.689, "Sea Containers c. Stena Sealink", in G.U.C.E. L 15, 18 gennaio 1994, p. 8.

⁴⁹ C. giust., 31 maggio 1979, causa C-22/78, *Hugin Kassaregister AB e Hugin Cash Registers Ltd c. Commissione*, in *Racc.* 1979, p. 1869; C. giust., 2 marzo 1994, causa C-53/92 P, *Hilti AG c. Commissione* - "Hilti", in *Racc.* 1994, p. I-693.

⁵⁰ C. giust., 26 novembre 1998, causa C-7/97, *Oscar Bronner GmbH & Co. KG c. Mediaprint Zei-*

sentenza *Oscar Bronner* la Corte di Giustizia ha indicato che l'impresa a cui fare riferimento nel valutare se sia possibile realizzare modalità alternative di accesso al mercato è un'impresa della stessa dimensione dell'*incumbent*⁵¹.

Un secondo requisito che deve essere soddisfatto affinché il rifiuto di contrarre sia abusivo è che esso determini l'eliminazione di una concorrenza effettiva dal mercato⁵²: l'oggetto della tutela infatti non è il singolo concorrente, ma la concorrenza, a vantaggio dei consumatori.

Il rifiuto di contrarre non è considerato abusivo se ha una giustificazione oggettiva (ad esempio, assenza di capacità disponibile, mancanza di solvibilità della controparte)⁵³.

Nel caso in cui l'oggetto della controversia sia l'accesso a un diritto di proprietà intellettuale o a un'informazione proprietaria, la Corte di Giustizia ha posto un ulteriore requisito perché il rifiuto di contrarre possa essere considerato abusivo: occorre che esso pregiudichi l'offerta di un nuovo prodotto per il quale vi è una potenziale domanda da parte dei consumatori⁵⁴. Nel caso *Microsoft*, il Tribunale ha considerato sufficiente, in luogo di questo criterio, dimostrare che il rifiuto di contrarre ostacola lo sviluppo tecnico a danno dei consumatori⁵⁵.

In linea generale va tenuto presente che un obbligo generalizzato dell'impresa a contrarre potrebbe avere effetti negativi sui suoi incentivi a innovare e investire e indurre comportamenti di *free-riding* da parte dei concorrenti, volti a sfruttare opportunisticamente gli investimenti effet-

tuati dall'operatore dominante⁵⁶. I requisiti individuati dalla giurisprudenza possono essere visti come funzionali a limitare l'obbligo a contrarre a circostanze eccezionali, quando dal comportamento dell'impresa deriva chiaramente un pregiudizio per la concorrenza e quindi per i consumatori.

In alcuni casi è stato considerato abusivo anche il rifiuto di contrarre da parte di un'impresa dominante non verticalmente integrata. Nel caso *United Brands*, ad esempio, l'interruzione delle relazioni commerciali con un distributore considerata abusiva costituiva una ritorsione alla commercializzazione da parte del distributore di prodotti di un'impresa concorrente⁵⁷.

2. *Margin squeeze*. – Un'ulteriore tipologia di abuso a carattere escludente consiste nella cosiddetta compressione dei margini di rivendita (*margin squeeze*). Si tratta del caso in cui un'impresa verticalmente integrata che detiene una posizione dominante nel mercato di un *input* a monte e opera in concorrenza con altre imprese nel mercato a valle, fissa i prezzi dell'*input* a un livello così elevato o i prezzi di vendita del proprio prodotto nel mercato a valle a un livello così basso da non lasciare all'impresa concorrente attiva solo nel mercato a valle un margine di rivendita sufficiente per continuare ad operare⁵⁸.

Nella valutazione della presunta impossibilità di continuare a operare sul mercato occorre in linea di principio fare riferimento a un'impresa "altrettanto effi-

tungs- und Zeitschriftenverlag GmbH & Co. KG, Mediaprint Zeitungsvertriebsgesellschaft mbH & Co. KG e Mediaprint Anzeigengesellschaft mbH & Co. KG. - "Oscar Bronner", in *Racc.* 1998, p. I-7817.

⁵¹ C. giust., 26 novembre 1998, "Oscar Bronner", cit.; C. giust., 29 aprile 2004, causa C-418/01, *IMS Health GmbH & Co. OHG c. NDC Health GmbH & Co. KG. - "IMS"*, in *Racc.* 2004, p. I-5069.

⁵² C. giust., 3 ottobre 1985, "Télémarketing", cit.; C. giust., 26 novembre 1998, "Oscar Bronner", cit.; Trib. UE, 17 settembre 2007, "Microsoft", cit.

⁵³ C. giust., 6 aprile 1995, causa C-241/91 P, *Radio Telefís Éireann (RTE) e Independent Television Publications Ltd (ITP) c. Commissione - "RTE"*, in *Racc.* 1995, p. I-808.

⁵⁴ C. giust., 6 aprile 1995, "RTE", cit.; C. giust., 29 aprile 2004, "IMS", cit.

⁵⁵ Trib. UE, 17 settembre 2007, "Microsoft", cit.

⁵⁶ Comunicazione della Commissione - Orientamenti sulle priorità della Commissione nell'applicazione dell'articolo 82 del trattato CE al comportamento abusivo delle imprese dominanti volto all'esclusione dei concorrenti, cit., § 75.

⁵⁷ C. giust., 14 febbraio 1978, "United Brands", cit.

⁵⁸ Trib. UE, 30 novembre 2000, causa T-5/97, *Industrie des poudres sphériques SA c. Commissione - "Industrie des poudres sphériques"*, in *Racc.* 2000, p. II-3759.

ciente” rispetto all’impresa dominante: i costi da prendere in considerazione per valutare la profittabilità della permanenza sul mercato sono quindi, in via prioritaria, quelli dell’impresa dominante⁵⁹.

Affinché la compressione dei margini abbia un impatto restrittivo della concorrenza potenzialmente pregiudizievole dei consumatori occorre che l’input sia essenziale per operare nel mercato a valle. La Corte di Giustizia, nella sentenza *Telia Sonera*, ha sostenuto la necessità di dimostrare l’impatto restrittivo della concorrenza del *margin squeeze*, ma ha ritenuto che si tratti di un abuso autonomo rispetto a quello consistente nel rifiuto di contrarre⁶⁰.

3. *Prezzi predatori*. – Viene definita predatoria la condotta in base alla quale l’impresa sopporta intenzionalmente per un certo periodo un sacrificio in termini di profitti in modo da precludere il mercato a uno o più concorrenti, con l’obiettivo di aumentare il proprio potere di mercato. La possibilità di applicare in futuro prezzi più elevati grazie alla riduzione della concorrenza nel mercato rende razionale un comportamento che nel breve periodo non sarebbe profittevole.

All’impresa dominante non è vietato competere, anche in modo aggressivo, nei confronti dei concorrenti e dei nuovi entranti⁶¹. In particolare, l’art. 102 TFUE non è volto ad assicurare la permanenza sul mercato di concorrenti meno efficienti dell’impresa in posizione dominante⁶². Sono però vietati quei comportamenti che, attraverso il loro impatto sulla concorrenza, sono suscettibili di determinare su un orizzonte di tempo più ampio un pregiudizio per i consumatori⁶³.

Per determinare il carattere predatorio della condotta, viene in genere verificato se i prezzi applicati dall’impresa dominante siano inferiori a determinati indicatori di costo. Valutare se un prezzo sia “sottocosto” rispetto ai costi dell’impresa dominante consente di accertare se la condotta sia idonea a precludere il mercato a un concorrente altrettanto efficiente. Sinora la Corte di giustizia ha escluso la necessità di provare che al termine della fase di concorrenza predatoria vi sarebbe una realistica possibilità di recupero delle perdite sopportate (c.d. *recoupment*)⁶⁴.

Riguardo agli indicatori di costo, nella sentenza *Akzo* la Corte di Giustizia ha osservato che se i prezzi sono inferiori ai costi medi variabili (AVC) sarebbe più profittevole per l’impresa cessare la produzione e si può quindi presupporre il carattere predatorio della condotta, salva la possibilità per l’impresa di spiegare diversamente il proprio comportamento. Se il prezzo copre i costi variabili e parte dei costi fissi di produzione (è superiore al costo medio variabile AVC ma inferiore al costo medio totale ATC), il carattere predatorio non può essere presunto: occorre dimostrare l’esistenza di un «disegno inteso ad eliminare un concorrente»⁶⁵.

Negli Orientamenti del 2009, la Commissione sviluppa l’intuizione sottostante la pronuncia della Corte nel caso *Akzo*, proponendo l’utilizzo di ulteriori indicatori di costo: il costo medio evitabile, dato dalla somma del costo medio variabile e della media dei costi fissi che l’impresa avrebbe potuto evitare rinunciando a produrre nel periodo rilevante (AAC) e il costo medio incrementale di lungo periodo (LRAIC), che è la media di tutti costi ne-

⁵⁹ Trib. UE, 30 novembre 2000, “Industrie des poudres sphériques”, cit.; Trib. UE, 10 aprile 2008, causa T-271/03, *Deutsche Telekom AG c. Commissione*, in *Racc.* 2008, p. II-485; C. giust., 14 ottobre 2010, “Deutsche Telekom”; C. giust., 17 febbraio 2011, “Teliasonera”, cit.

⁶⁰ C. giust., 17 febbraio 2011, “Teliasonera”, cit., punti 54-58; cfr. anche Trib. UE, 29 marzo 2012, “Telefonica”, cit., punti 178-181.

⁶¹ Dec. Comm., 14 dicembre 1985, 85/609/CEE, COMP IV/30.698, “ECS c. Akzo Chemie”, in G.U.C.E. L 374, 31 dicembre 1985, p. 1, punto 81.

⁶² C. giust., 17 febbraio 2011, “Teliasonera”, cit., punti 31-33; C. giust., 27 marzo 2012, “Post Danmark”, cit., punti 21-22.

⁶³ C. giust., 27 marzo 2012, “Post Danmark”, cit., punto 20; C. giust., 17 febbraio 2011, “Teliasonera”, cit., punto 24.

⁶⁴ C. giust., 14 novembre 1996, “Tetra Pak II”, cit., punto 44; C. giust., 2 aprile 2009, “France Télécom”, cit., punto 37.

⁶⁵ C. giust., 3 luglio 1991, “AKZO”, cit., punti 71 e 72.

cessari per realizzare un determinato prodotto, inclusi i costi che nel breve periodo sono fissi e irrecuperabili ed esclusi i costi comuni.

Secondo la Commissione, se i prezzi sono inferiori al costo medio evitabile, la sussistenza di un sacrificio nel breve periodo può essere presunta. Se l'impresa invece pratica un prezzo superiore al costo medio evitabile ma inferiore al costo medio incrementale di lungo periodo (LRAIC), non si può presumere che la condotta comporti un sacrificio. Infatti può essere comunque conveniente coprire i costi medi evitabili e parte degli altri costi incrementali. In queste ipotesi, per dimostrare che il comportamento è predatorio occorrono altri elementi atti a provare che vi sia una strategia escludente.

Considerare il costo medio incrementale può essere appropriato, in particolare, nei mercati in cui i costi sono prevalentemente fissi e i costi variabili sono irrisori⁶⁶.

Nella pronuncia pregiudiziale nel caso *Post Danmark*, riguardante l'applicazione selettiva di prezzi bassi, la Corte di giustizia si è espressa in relazione ai nuovi indicatori di costo: l'applicazione da parte dell'impresa dominante di prezzi superiori al costo medio incrementale (che sarebbe stato evitato, interrompendo la produzione, in un orizzonte di 3-5 anni) ma inferiori al costo medio totale attribuibile al prodotto non può essere considerata di per sé un abuso escludente⁶⁷.

La prassi decisionale della Commissione e la più recente giurisprudenza della Corte di Giustizia attribuiscono un peso crescente alla valutazione dell'effettiva capacità della condotta di esercitare un effetto di preclusione e di comportare una restrizione della concorrenza a danno dei

consumatori. In *Post Danmark* la Corte ha indicato che, se i prezzi sono superiori ai costi medi incrementali ma inferiori ai costi medi totali, per valutare se la condotta sia restrittiva occorre verificare se essa comporti un effetto, attuale o potenziale, di esclusione restrittiva della concorrenza e, quindi, pregiudizievole dell'interesse dei consumatori. Gli elementi di cui tenere conto in questa valutazione includono in linea di principio anche la valutazione di eventuali barriere all'entrata che consentirebbero lo sfruttamento del potere di mercato al termine della fase di concorrenza aggressiva. In presenza di particolari circostanze, la giurisprudenza ha considerato un abuso di posizione dominante anche l'applicazione selettiva di prezzi superiori ai costi medi totali, nell'ambito di più ampie strategie escludenti⁶⁸. Di regola, tuttavia, l'applicazione di prezzi superiori ai costi medi totali non è considerata una pratica escludente, in quanto non è in grado di precludere il mercato a un'impresa altrettanto efficiente⁶⁹.

4. *Rapporti di esclusiva e sconti condizionati*. – Imporre ai clienti di rifornirsi esclusivamente, o per la maggior parte dei propri acquisti, dall'impresa dominante è in linea di massima considerato un abuso di posizione dominante⁷⁰. Può costituire un comportamento abusivo anche un'esclusiva imposta di fatto. Ad esempio, il comodato gratuito di un frigorifero con il vincolo di utilizzarlo solo per i prodotti dell'impresa è stato considerato, in particolari condizioni, assimilabile a un obbligo di acquisto esclusivo⁷¹.

Simmetricamente, l'obbligo per i fornitori di servire esclusivamente l'impresa dominante può costituire un abuso a carattere escludente dal lato della domanda⁷².

⁶⁶ Dec. Comm., 20 marzo 2001, 2001/354/CE, COMP 35.141, "Deutsche Post AG", in G.U.C.E. L 125, 5 maggio 2001, p. 27.

⁶⁷ C. giust., 27 marzo 2012, "Post Danmark", cit., punto 44.

⁶⁸ Trib. UE, 8 ottobre 1996, "Compagnie maritimes belge", cit.; C. giust., 3 luglio 1991, "Akzo"; C. giust., 2 marzo 1994, "Hilti", cit.; C. giust., 10 luglio 2001, causa C-497/99 P, *Irish Sugar plc c. Commissione*, in *Racc.* 2001, p. I-5335.

⁶⁹ C. giust., 27 marzo 2012, "Post Danmark", cit., punto 36.

⁷⁰ C. giust., 13 febbraio 1979, "Hoffmann - La Roche", cit.

⁷¹ Trib. UE, 23 ottobre 2003, causa T-65/98, *Van den Bergh Foods Ltd. c. Commissione* - "Van den Bergh Foods", in *Racc.* 2003, p. II-4662.

⁷² Dec. Comm. UE, 22 febbraio 2006, 2006/520/CE, COMP/B-2/38.381, "De Beers", in G.U.U.E. L 205 del 27 luglio 2006, p. 24.

Nell'applicazione dell'art. 102 TFUE non rilevano i motivi che possono rendere più o meno conveniente l'accettazione del vincolo di esclusiva all'interno del rapporto bilaterale; ciò che conta è l'idoneità dell'esclusiva ad avere un impatto negativo sulla struttura della concorrenza nel mercato rilevante⁷³. La dottrina ha sottolineato che, da un punto di vista economico, per effettuare tale valutazione occorre verificare se l'esclusiva determini un aumento del potere di mercato dell'impresa dominante. Rileva, a tal fine, considerare quale sia la parte di mercato interessata dall'esclusiva, la durata della stessa⁷⁴, l'esistenza di canali alternativi attraverso i quali i concorrenti potrebbero comunque accedere al mercato⁷⁵. Se l'esclusiva è necessaria per realizzare investimenti specifici a vantaggio del contraente, questa circostanza può essere considerata come giustificazione in termini di efficienza.

Gli sconti fedeltà, condizionati all'impegno da parte del cliente ad acquistare esclusivamente dall'impresa dominante, sono assimilabili a un obbligo di acquisto esclusivo⁷⁶. Tradizionalmente nell'applicazione dell'art. 102 TFUE gli sconti condizionati a determinati comportamenti dell'acquirente (acquisti al di sopra di una determinata soglia nel periodo di riferimento), se posti in essere dall'impresa dominante, sono stati valutati come tendenzialmente abusivi⁷⁷, salva la possibilità di giustificarli mostrando che vi è una diretta connessione con una riduzione dei costi di produzione o distribuzione dell'impresa⁷⁸.

La dottrina ha evidenziato come questo approccio nei confronti degli sconti

costituisca un'area critica del diritto *anti-trust* europeo in quanto può limitare ingiustificatamente l'esplicarsi della concorrenza di prezzo. Queste critiche suggeriscono che il carattere abusivo degli sconti condizionati dovrebbe essere valutato tenendo conto della loro capacità di precludere il mercato a concorrenti efficienti, con un impatto negativo sulla struttura concorrenziale a pregiudizio dei consumatori. Rileva, a questo fine, valutare se lo sconto praticato dall'impresa dominante sarebbe concretamente replicabile da un'impresa altrettanto efficiente⁷⁹, quanto sia rilevante la parte della domanda interessata dalla condotta, quale sia la durata della condotta e se i concorrenti dispongano di canali alternativi per accedere al mercato⁸⁰. Sinora, tuttavia, la Corte di Giustizia non ha accolto questa impostazione⁸¹, mantenendo un approccio più formalistico.

In generale, la giurisprudenza sottolinea come sconti basati su soglie individualizzate, definite in relazione al singolo cliente, e retroattivi, ossia applicati anche agli acquisti effettuati prima del superamento della soglia, vadano valutati con particolare attenzione in quanto possono avere un rilevante impatto preclusivo⁸².

5. *Pratiche leganti*. – Abusi a carattere escludente possono essere realizzati anche attraverso l'offerta congiunta di più prodotti da parte dell'impresa dominante. L'impresa può infatti fare leva sulla posizione dominante detenuta nel mercato di uno dei prodotti per precludere ai concorrenti il mercato del prodotto abbinato. L'effetto di restrizione della concorrenza a pregiudizio dei consumatori può avvenire

⁷³ Trib. UE, 23 ottobre 2003, "Van den Bergh Foods", cit.; C. giust., 27 aprile 1994, causa C-393/92, *Comune di Almelo e a. c. NV Energiebedrijf Ijsselmij*, in *Racc.* 1994, p. I-1508.

⁷⁴ Dec. Comm. UE, 17 marzo 2010, 2010/C 133/05, COMP/39.386, "Contratti a lungo termine, Francia", in G.U.U.E. C 133 del 22 maggio 2010, p. 5.

⁷⁵ OCSE, *Fidelity and Bundled Rebates and Discounts*, OECD Policy Roundtable, 2008.

⁷⁶ C. giust., 13 febbraio 1979, "Hoffmann - La Roche", cit.

⁷⁷ Trib. UE, 30 settembre 2003, "Michelin II",

cit.; C. giust., 15 marzo 2007, "British Airways", cit.

⁷⁸ Trib. UE, 30 settembre 2003, "Michelin II", cit., punto 59; Trib. UE, 7 ottobre 1999, causa T-228/97, *Irish Sugar plc. c. Commissione - "Irish Sugar"*, in *Racc.* 1999, p. II-2975, punto 173.

⁷⁹ Dec. Comm. UE, 13 maggio 2009, 2009/C 227/07, COMP/C-3/37.990, "Intel", in G.U.U.E. C 227 del 22 settembre 2009, p. 13.

⁸⁰ OCSE, cit.

⁸¹ C. giust., 19 aprile 2012, "Tomra", cit.

⁸² C. giust., 9 novembre 1983, "Michelin I", cit., punto 71; C. giust., 15 marzo 2007, "British Airways", cit.

nel mercato del prodotto abbinato, nel mercato del prodotto principale o in entrambi i mercati.

Rientrano in questa categoria di abusi le pratiche di vendita abbinata o *tying*, in base alle quali l'impresa condiziona l'acquisto del prodotto principale all'acquisto del prodotto abbinato⁸³. Il vincolo può avere natura contrattuale o natura tecnica, quando il prodotto principale è disegnato per operare solo con il prodotto abbinato dell'impresa. Un'altra pratica legante potenzialmente abusiva è il *bundling* puro (vendita aggregata), in cui i prodotti sono venduti solo insieme, in proporzioni fisse. Nel caso *Microsoft* del 2004, ad esempio, il sistema operativo Windows era venduto solo nella versione che includeva Windows Media Player⁸⁴. Un'ulteriore pratica legante è il *bundling* misto, in cui i due prodotti sono venduti anche separatamente ma il pacchetto è venduto a un prezzo inferiore al prezzo complessivo dei due prodotti acquistati separatamente. Si tratta quindi di uno sconto condizionato all'acquisto di più prodotti.

L'offerta congiunta di prodotti da parte delle imprese è una normale pratica di mercato, che può avere molte giustificazioni economiche, tra cui la riduzione dei costi di transazione per i clienti.

Per valutare se le pratiche leganti, quando poste in essere dalle imprese in posizione dominante, abbiano carattere abusivo occorre anzitutto valutare attentamente se sussista una posizione dominante. Nel caso degli *aftermarkets*, ossia dei prodotti complementari rispetto al prodotto principale che vengono utilizzati successivamente al suo acquisto (ad esempio cartucce, pezzi di ricambio), è importante identificare correttamente il mercato rilevante. Occorre chiedersi, tenendo conto della sostituibilità dal lato della domanda, se vi sia un mercato rilevante dei prodotti secondari, o se il mercato rilevante sia quello dei prodotti se-

condari compatibili con il prodotto principale di quella determinata marca, o se si debbano considerare insieme il prodotto principale e i prodotti secondari in quanto le condizioni di prezzo applicate sui secondi influiscono sulla scelta del prodotto principale. Nella sentenza *EFIM* la Corte di giustizia ha confermato che, in presenza di uno stretto collegamento tra il mercato del prodotto principale e l'*aftermarket*, la concorrenza nel primo mercato può essere sufficiente a escludere la configurabilità di una posizione dominante nel secondo⁸⁵.

In base alla giurisprudenza, affinché l'offerta congiunta possa risultare abusiva, occorre comunque che vi sia potenzialmente una domanda distinta per il prodotto principale e il prodotto abbinato⁸⁶.

Negli Orientamenti del 2009 la Commissione sottolinea infine che, perché vi sia un impatto escludente anticoncorrenziale, la strategia di offerta congiunta non deve essere in qualche modo replicabile da concorrenti efficienti (anche attraverso l'offerta di un diverso insieme di prodotti).

6. *Abusi di sfruttamento*. – L'elenco esemplificativo di pratiche abusive contenuto nell'art. 102 TFUE include chiaramente condotte in cui l'impresa dominante sfrutta iniquamente il suo potere di mercato, a prescindere dall'impatto della condotta sulla struttura concorrenziale del mercato: l'imposizione di prezzi o altre condizioni di transazione ingiustificatamente gravose, la limitazione della produzione a danno dei consumatori, l'applicazione di condizioni diverse per prestazioni equivalenti, il subordinare la conclusione di contratti all'accettazione di prestazioni supplementari che non hanno alcun nesso con l'oggetto dei contratti stessi.

L'applicazione dell'art. 102 TFUE in realtà si è principalmente focalizzata sugli abusi a carattere escludente che re-

⁸³ C. giust., 2 marzo 1994, "Hilti", cit.; C. giust., 14 novembre 1996, "Tetra Pak II", cit.

⁸⁴ Trib. UE, 17 settembre 2007, "Microsoft", cit.

⁸⁵ C. giust., 19 settembre 2013, causa C-56/

12P, "EFIM c. Commissione", non ancora pubblicata.

⁸⁶ C. giust., 2 marzo 1994, "Hilti", cit.; C. giust., 14 novembre 1996, "Tetra Pak II", cit.; Trib. UE, 17 settembre 2007, "Microsoft", cit.

stringono la concorrenza, piuttosto che sugli abusi di sfruttamento. I motivi sono principalmente due.

Anzitutto, la posizione dominante non è vietata in quanto tale e il suo sfruttamento, anche attraverso l'applicazione di prezzi elevati, normalmente trova risposta nel mercato stesso, inducendo l'entrata di nuovi concorrenti e l'offerta di prodotti alternativi. Pertanto, precludere in via generale l'esercizio del potere di mercato dell'impresa dominante potrebbe risultare alla fine dannoso per la stessa concorrenza e per i consumatori. Quando vi sono ostacoli strutturali allo sviluppo del processo concorrenziale (ad esempio in situazioni di durevole monopolio naturale) la soluzione più appropriata è la regolazione *ex ante*.

La seconda criticità, nell'applicazione dell'art. 102 TFUE agli abusi di sfruttamento, è che individuare quando una condotta è eccessivamente gravosa è complicato. Occorre infatti fare riferimento a uno *standard* (il prezzo "equo") che non è di facile individuazione. L'analisi tipicamente richiede precise informazioni sui costi dell'impresa attribuibili al prodotto e una valutazione sul margine di profitto accettabile.

La Corte di Giustizia, nella sentenza *United Brands*, ha riconosciuto che praticare un prezzo eccessivo «privo di ogni ragionevole rapporto con la prestazione fornita» costituisce un abuso rilevante ai sensi dell'art. 102 TFUE. In quel caso, la Corte ha ritenuto che la Commissione, alla quale spettava l'onere di provare il carattere iniquo delle condizioni applicate, non avesse assolto a tale compito in modo adeguato. Secondo la Corte, la Commissione avrebbe dovuto dimostrare anzi-

tutto che la differenza tra costi e prezzi era eccessiva e, in caso di risposta affermativa, provare che il prezzo applicato era iniquo, in quanto tale o rispetto al prezzo di prodotti in concorrenza con il prodotto considerato⁸⁷.

Il metodo del confronto del prezzo applicato dall'impresa dominante con il prezzo di prodotti equiparabili per valutarne l'eventuale iniquità è stato successivamente richiamato in varie decisioni della Commissione e pronunce della Corte⁸⁸. È essenziale, in questi casi, che il confronto venga effettuato con riferimento a situazioni effettivamente comparabili.

La Corte ha sottolineato che l'impresa dominante non può fare leva su costi elevati derivanti dalla propria inefficienza per giustificare il livello dei prezzi applicati⁸⁹.

Costituisce un possibile abuso di sfruttamento anche la condotta attraverso la quale l'impresa dominante effettua una discriminazione di prezzo, applicando prezzi diversi a clienti con le stesse caratteristiche, a parità di condizioni di costo, determinando per questi un ingiustificato svantaggio nella concorrenza⁹⁰. La giurisprudenza ha sottolineato l'importanza di verificare che si tratti effettivamente di transazioni equivalenti; l'impresa non è tenuta, in particolare, a praticare gli stessi prezzi in mercati che presentano diverse condizioni economiche e concorrenziali⁹¹. In vari casi di applicazione dell'art. 102 TFUE il divieto di discriminazione dei prezzi è stato utilizzato per rimuovere pratiche pregiudizievoli per il mercato interno, che comportavano ad esempio un diverso trattamento sulla base della nazionalità o del domicilio dei soggetti⁹².

⁸⁷ C. giust., 14 febbraio 1978, "United Brands", cit.

⁸⁸ Dec. Comm. UE, 20 marzo 2001, n. 2001/354/CE, COMP/35.141, "Deutsche Post AG", in G.U.C.E. L 125, del 5 maggio 2001, p. 27; Dec. Comm. UE, 23 luglio 2004, COMP/36.568 - *Scandlines Sverige c. Porto di Helsingborg*; C. giust., 4 maggio 1988, "Bodson", cit.; C. giust., 13 luglio 1989, cause riunite C-110 e 241-242/88, *François Lucazeau e a. c. Société des Auteurs, Compositeurs et Editeurs de Musique (SACEM)*, in *Racc.* 1989, p. 2823.

⁸⁹ C. giust., 13 luglio 1989, causa C-395/87, *Ministère Public c. Jean-Louis Tournier*, in *Racc.* 1989, p. 2565.

⁹⁰ C. giust., 15 marzo 2007, "British Airways", cit.

⁹¹ C. giust., 14 febbraio 1978, "United Brands", cit.

⁹² C. giust., 17 maggio 1994, causa C-18/93, *Corsica Ferries Italia Srl. c. Corpo dei Piloti del porto di Genova*, in *Racc.* 1994, p. I-1812; C. giust., 2 marzo 1983, causa C-7/82, *Gesellschaft zur Verwertung von Leistungsschutzrechten mbH (GVL) c. Commissione*, in *Racc.* 1983, p. 483.

La discriminazione non è considerata abusiva se l'impresa dimostra che è oggettivamente giustificata. La dottrina ha sottolineato che un divieto di per sé della discriminazione di prezzo, anche da parte dell'impresa dominante, può avere conseguenze indesiderabili per il mercato e per i consumatori. Infatti, applicando prezzi diversi l'impresa può riuscire a soddisfare una parte più ampia della domanda potenziale. Se obbligata ad applicare a tutti il medesimo prezzo, l'impresa lo fisserebbe, tenendo conto delle caratteristiche dei mercati, a un livello che non necessariamente sarà il prezzo più basso. Impedire la discriminazione di prezzo può quindi comportare una riduzione delle quantità complessive vendute e il mancato accesso al prodotto per i clienti con minore disponibilità a pagare.

7. *Altre tipologie di abuso.* – Tra le ulteriori pratiche che sono state considerate abusive ai sensi dell'art. 102 TFUE appare utile ricordare: l'imposizione da parte dell'impresa dominante ai propri distributori di un divieto all'esportazione⁹³; le condotte volte ad ostacolare l'accesso di prodotti o di imprese di altri Stati membri nel mercato nazionale⁹⁴; le operazioni di acquisizione che riducono la concorrenza nel mercato⁹⁵ (anche se l'utilità dell'applicazione dell'art. 102 TFUE a queste ultime fattispecie è stata sostanzialmente ridimensionata con l'introduzione del sistema di controllo preventivo delle concentrazioni).

Nel caso *Promedia* la Commissione ha ritenuto che in particolari circostanze anche un uso pretestuoso della *litigation* da parte dell'impresa dominante possa essere considerato abusivo: occorre dimostrare, a tal fine, che l'azione in giudizio

non possa essere ragionevolmente considerata un tentativo dell'impresa di far valere i propri diritti e serva quindi solo a danneggiare la controparte e, inoltre, che rientri all'interno di un piano volto a eliminare la concorrenza. Comportando una limitazione dell'accesso alla giustizia, questa modalità di applicazione dell'art. 102 va limitata a ipotesi del tutto eccezionali⁹⁶. Nel caso *Astra Zeneca*, è stato considerato abusivo da parte dell'impresa dominante un utilizzo strumentale delle procedure amministrative nel settore della protezione della proprietà intellettuale, idoneo a restringere la concorrenza sul mercato; in particolare, è stato considerato abusivo indurre le autorità pubbliche, attraverso la trasmissione di informazioni ingannevoli, al rilascio di un certificato di protezione complementare⁹⁷.

A livello nazionale, il Consiglio di Stato nella recente sentenza *Pfizer* ha ritenuto configurabile un abuso di posizione dominante, anche in assenza di profili di ingannevolezza delle informazioni fornite agli uffici brevettuali, in relazione alla richiesta di un brevetto divisionale e del relativo certificato di protezione complementare suscettibile di ritardare l'ingresso dei farmaci generici. In precedenza, pronunciandosi sulla decisione dell'AGCM che aveva riscontrato una violazione dell'articolo 102, il Tar aveva sostenuto che una condotta volta alla tutela di diritti e interessi legittimi non può essere considerata un abuso di posizione dominante in assenza di un evidente intento escludente "alla luce di un *quid pluris* che si aggiunga alla mera sommatoria di comportamenti leciti per i rispettivi ordinamenti amministrativo e giudiziario"⁹⁸. Il Consiglio di Stato, discostandosi dall'orientamento del Tar, ha adottato un

⁹³ C. giust., 14 febbraio 1978, "United Brands", cit.

⁹⁴ Trib. UE, 22 novembre 2001, causa T-139/98, *Amministrazione Autonoma dei Monopoli di Stato (AAMS) c. Commissione*, in *Racc.* 2001, p. II-3415; Trib. UE, 7 ottobre 1999, "Irish Sugar", cit.; Dec. Comm. UE, 5 marzo 2014, *OPCOM/Romanian Power Exchange*, "Opcom", non ancora pubblicata

⁹⁵ C. giust., 21 febbraio 1973, "Continental Can", cit.; Dec. Comm. UE, 10 novembre 1992,

93/252/CEE, COMP IV/33.440, "Warner-Lambert/Gillette e altri", in G.U.C.E. L 116, 12 maggio 1993, p. 21.

⁹⁶ Trib. UE, 17 luglio 1998, causa T-111/96, *ITT Promedia NV c. Commissione*, in *Racc.* 1998, p. II-2941.

⁹⁷ Trib. UE 1° luglio 2010, "AstraZeneca", cit., confermata da C. giust., 6 dicembre 2012, C-457/10 P, *AstraZeneca AB e AstraZeneca plc. c. Commissione*, non ancora pubblicata.

⁹⁸ TAR Lazio, sez. I, 3 settembre 2012, n. 7467.

approccio interpretativo che potrebbe portare a un utilizzo molto ampio dell'articolo 102 in relazione all'esercizio dei diritti di proprietà intellettuale: l'abuso di posizione dominante è infatti ricondotto alla categoria dell'abuso del diritto, in base alla quale sarebbe illegittimo un uso strumentale del diritto soggettivo "non coerente con il fine per il quale l'ordinamento lo riconosce"⁹⁹.

Bibliografia

C.D. EHLERMANN - M. MARQUIS (a cura di), *European Competition Law Annual 2007: a Reformed Approach to article 82 EC*, Oxford-Portland, 2008; D. CARLTON, "Should 'Price Squeeze' Be a Recognized Form of Anticompetitive Conduct", in *J. of Comp. Law and Economics*, 2008, vol. 4, p. 2; G. FAELLA, "Incentivi alla fedeltà ed esclusione: sconti e premi fide-

lizzanti", in *MCR*, 2008, p. 117; A. HEIMLER - G. BRUZZONE, "Abuso di posizione dominante", in *Codice commentato della concorrenza e del mercato* (a cura di A. Catricalà e P. Troiano), Torino, 2010, p. 78; OCSE, *Excessive Pricing*, OECD Policy Roundtable, 2011; R. O'DONOGHUE - A.J. PADILLA, *The Law and Economics of Article 102 TFEU*, Oxford, 2013; C. OSTI, "Abuso di posizione dominante", in *Enciclopedia del diritto, Annali*, vol. 5, Milano, 2012; A. RENDA - J. TEMPLE LANG (a cura di), *Treatment of Exclusionary Abused under Article 82 of the EC Treaty - Comments on the European Commission's Guidance Paper*, CEPS, Bruxelles, 2009; E. ROUSSEVA - M. MARQUIS, "Hell Freezes Over: A Climate Change for Assessing Exclusionary Conduct under Article 102 TFEU", in *J. of Eur. Comp. Law and Practice*, vol. IV(1), 2013, p. 32; R. WHISH - D. BAILEY, *Competition Law*, Oxford, 2012, cap. 5, 17, 18 e 19.

GINEVRA BRUZZONE

⁹⁹ Cons. Stato, sez. VI, 12 febbraio 2014, n. 693.

Le decisioni con impegni e il rilievo per l'*antitrust private enforcement* (Aggiornamento 2014)

Sommario: I. INTRODUZIONE. – II. DECISIONI CON IMPEGNI: PROFILI SOSTANZIALI E PROCEDURALI. – III. LE INTERFERENZE CON IL *PRIVATE ANTITRUST ENFORCEMENT*. – IV. L'ACCESSO AGLI ATTI DEL PROCEDIMENTO. – V. CONCLUSIONI.

I. INTRODUZIONE

L'istituto delle decisioni con impegni è stato introdotto in Italia nel luglio del 2006, attraverso l'inserimento nella l. 287/90 dell'art. 14-ter (articolo aggiunto dall'art. 14 del d.l. 223/2006 come modificato dalla relativa legge di conversione 248/2006, entrata in vigore il 12 agosto 2006), in base al quale «[e]ntro tre mesi dalla notifica dell'apertura di un'istruttoria per l'accertamento della violazione [...], le imprese possono presentare impegni tali da far venire meno i profili anticoncorrenziali oggetto dell'istruttoria».

La norma riproduce a livello interno quanto stabilito in sede europea dall'art. 9, Reg. 1/2003, ai sensi del quale la Commissione, «qualora intenda adottare una decisione volta a far cessare un'infrazione e le imprese interessate propongano impegni tali da rispondere alle preoccupazioni espresse» può, mediante decisione, rendere detti impegni obbligatori per le imprese.

La disciplina stabilisce dunque un percorso alternativo al procedimento di accertamento degli illeciti, ad innesto eventuale su istanza delle imprese: la caratteristica dello strumento è che nel caso gli impegni siano ritenuti idonei a superare le problematiche concorrenziali riscontrate, l'Autorità procedente li rende obbligatori per le imprese e chiude il procedimento senza accertamento dell'infrazione. L'istruttoria si conclude pertanto senza alcuna pronuncia sul merito delle accuse inizialmente formulate (*i.e.* non si

avrà alcun accertamento dell'illecito¹) e quindi sulla condanna alla sanzione, ma con la constatazione che per effetto degli impegni le condizioni del mercato si sono modificate in modo tale che le condotte oggetto dell'istruttoria non destano più le preoccupazioni concorrenziali ravvisate nel provvedimento di avvio del procedimento.

L'istituto degli impegni consente di conciliare due differenti esigenze: da un lato, quella dell'Autorità a risparmiare i tempi e le risorse dell'attività istruttoria vedendo rimossi in breve tempo i profili anticoncorrenziali ipotizzati; dall'altro, quella delle imprese a non vedere accertata la propria responsabilità, evitando sia l'irrogazione di una sanzione, che gli effetti negativi connessi all'accertamento di un illecito.

L'assenza di un formale accertamento dell'infrazione, tuttavia, potrebbe incidere sulla possibilità per i soggetti danneggiati da un illecito *antitrust* di instaurare con successo un'azione di risarcimento danni. Appare dunque di interesse la questione dei rapporti tra la disciplina degli impegni e l'esigenza di garantire il "pieno risarcimento" ai soggetti che hanno subito un danno da un illecito *antitrust*, diritto non solo pienamente riconosciuto dalla giurisprudenza comunitaria², ma anche ben radicato nell'ordinamento nazionale³.

II. DECISIONI CON IMPEGNI: PROFILI SOSTANZIALI E PROCEDURALI

Ai fini dell'analisi che segue, è opportuno esaminare preliminarmente taluni aspetti sostanziali e procedurali delle decisioni con impegni.

Innanzitutto, lo strumento degli impegni non dovrebbe avere un'applicazione

¹ Cfr art. 9, Reg. 1/2003: «[l]a decisione [...] giunge alla conclusione che l'intervento della Commissione non è più giustificato»; art. 14-ter legge n. 287/90: «[l]a Autorità, valutata l'idoneità di tali impegni, può [...] renderli obbligatori per

le imprese e chiudere il procedimento senza accertare l'infrazione».

² Cfr. C. giust. UE, 20 settembre 2001, causa C-453/99, *Courage c. Bernhard Crehan*, in *Racc.* 2001, p. I-6297.

³ Cfr. Cass., sez. un., 25 gennaio 2005, n. 2207.

generale in ogni caso *antitrust*, ma tendenzialmente limitata ai casi di “minore” rilevanza concorrenziale. A livello comunitario, il Reg. 1/2003 al *Considerando* n. 13 prevede infatti che «le decisioni concernenti gli impegni non sono opportune nei casi in cui la Commissione intende comminare un'ammenda». Pur in assenza di un'analogia disposizione a livello nazionale, il limite stabilito a livello comunitario si ritiene vincolante anche nei confronti dell'AGCM, come si evince dall'espresso ancoraggio dell'istituto al rispetto “dei limiti previsti dall'ordinamento comunitario” previsto dall'art. 14-ter l. 287/90. In proposito, l'AGCM ha peraltro recentemente ribadito nella nuova Comunicazione in materia di impegni (Comunicazione sulle procedure di applicazione dell'articolo 14-ter della l. 287/1990, adottata con delibera dell'Autorità del 6 settembre 2012 n. 23863, che sostituisce la precedente Comunicazione del 12 ottobre 2006) di ritenere «non opportuna l'adozione di decisioni concernenti gli impegni nei casi in cui il comportamento restrittivo o lesivo della concorrenza appare sufficientemente grave da far ritenere appropriata l'imposizione di una sanzione».

La prassi applicativa mostra tuttavia, specie a livello nazionale, un utilizzo tutt'altro che marginale dell'istituto in esame. L'AGCM ha infatti concluso numerose istruttorie accettando gli impegni proposti dalle imprese, specie nel caso di istruttorie relative a presunti abusi di posizione dominante: nel periodo 2007-2011 sono stati avviati 46 procedimenti di intesa di cui 17 conclusi con impegni; 42 procedimenti di abuso di cui 30 conclusi con impegni. L'applicazione dello strumento in tale periodo sembrerebbe essere stata quindi esclusa solo nel caso di violazioni c.d. *hard core*, ma tendenzialmente ammessa in altre fattispecie, anche potenzialmente gravi. Nel periodo 2012-2013 si è assistito, almeno nel caso dei procedi-

menti di intesa, ad un differente *trend*: in tale periodo sono infatti state avviate 12 istruttorie, di cui nessuna conclusa tramite decisioni con impegni; con riferimento agli abusi, i procedimenti avviati sono stati invece 14, di cui 4 conclusi tramite impegni.

Quanto alla procedura applicativa, l'AGCM ha disciplinato in maniera puntuale nella nuova Comunicazione i criteri applicativi dell'istituto: in particolare, è previsto che successivamente all'avvio dell'istruttoria le imprese possono presentare *i*) una versione non definitiva degli impegni, con congruo anticipo rispetto al termine di tre mesi dall'inizio del procedimento; *ii*) la versione definitiva degli impegni, entro tre mesi dalla notifica dell'apertura dell'istruttoria. In linea con la giurisprudenza amministrativa⁴, la Comunicazione non qualifica il termine di tre mesi stabilito dall'art. 14-ter come perentorio, seppure viene precisato che la presentazione di impegni oltre il suddetto termine sarà consentita solo «in ipotesi eccezionali, sulla base di una motivata e tempestiva istanza di parte», ciò che potrebbe di fatto precludere la possibilità per le parti di presentare impegni oltre il termine trimestrale. La nuova disciplina differisce sul punto rispetto al modello comunitario in cui non è previsto alcun termine entro il quale le imprese possono presentare gli impegni: a detta della stessa Comunicazione, tale previsione è volta a garantire la funzione deflattiva dell'istituto degli impegni ed esigenze di economia procedimentale, in linea «con l'esigenza di indurre il destinatario dell'istruttoria dell'Autorità a presentare tempestivamente gli impegni idonei a rimuovere gli effetti della propria condotta, inibendo la prosecuzione della istruttoria» (§ 4). Con riferimento alle caratteristiche cui devono rispondere le misure proposte dalle parti ai fini della conclusione del procedimento senza accertamento dell'in-

⁴ Cfr. TAR Lazio, sez. I, 7 aprile 2008, n. 2902 secondo cui «la previsione di un termine perentorio risulta disarmonica non solo con il procedimento disciplinato in sede comunitaria, ma soprattutto con la funzione dell'istituto, la quale richiede, da un lato, che le imprese siano poste in

grado di proporre misure correttive idonee e, dall'altro, che la Commissione disponga di elementi sufficienti per valutarne la rispondenza ai profili anticoncorrenziali emersi». Il carattere sollecitatorio del termine è stato recentemente confermato da TAR Lazio, sez. I, 9 maggio 2011, n. 3964.

frazione, la Comunicazione chiarisce che gli impegni devono essere «suscettibili di attuazione piena e tempestiva, nonché facilmente verificabili e idonei a rimuovere efficacemente i profili anticoncorrenziali individuati nel provvedimento di avvio di istruttoria».

L'AGCM vaglia preliminarmente gli impegni presentati; qualora li ritenga non manifestamente infondati, entro 45 giorni dalla scadenza del termine di tre mesi ne dispone la pubblicazione sul proprio sito *internet* e sul bollettino per sottoporli a consultazione pubblica (*market test*). Nel termine di trenta giorni dalla pubblicazione, i terzi interessati potranno presentare le proprie osservazioni e, nei successivi trenta giorni, le parti proponenti potranno replicare alle osservazioni presentate dai terzi e, per tenere conto delle stesse, introdurre per una sola volta modifiche accessorie agli impegni. La Comunicazione stabilisce che, fatte salve specifiche esigenze istruttorie, la procedura di pubblicazione e valutazione degli impegni deve concludersi entro tre mesi dalla data di pubblicazione degli impegni: l'intera procedura di impegni avrà dunque tendenzialmente una durata massima non superiore a sette mesi e mezzo.

III. LE INTERFERENZE CON IL PRIVATE ANTI-TRUST ENFORCEMENT

In linea con la funzione di tutela del buon funzionamento del mercato assegnata al *public enforcement*, l'istituto degli impegni mira alla risoluzione, in tempi brevi, delle criticità concorrenziali riscontrate dall'autorità nel provvedimento di avvio, attraverso l'attuazione delle misure volontariamente proposte dalle imprese, cui non è imposta alcuna sanzione. I vantaggi sanzionatori per le imprese riguardano tuttavia esclusivamente il profilo del *public enforcement*, mentre non è prevista alcuna immunità in sede civile nei procedimenti eventualmente promossi da soggetti che assumano di essere stati lesi dalle condotte oggetto della decisione con

impegni. Nondimeno, come si dirà, tali azioni potrebbero essere più gravose per l'attore, dovendo questi provare l'esistenza dell'infrazione e la responsabilità dell'impresa convenuta senza potersi avvalere di un formale accertamento dell'illecito.

A livello europeo, il Reg. 1/2003 stabilisce che «le decisioni concernenti gli impegni non pregiudicano la facoltà [...] delle giurisdizioni degli Stati membri di procedere a detto accertamento e di prendere una decisione» (cons. 13) e che «le decisioni d'impegno adottate dalla Commissione lasciano impregiudicato il potere delle giurisdizioni [...] degli Stati membri di applicare gli articoli [101] e [102] del Trattato» (cons. 22). Analogamente, a livello nazionale non vi è alcuna norma che, a fronte di una decisione con impegni, paralizzi le azioni di risarcimento del danno *ex art. 33, l. 287/1990*. Come osservato dal giudice amministrativo, «la stessa mancanza di un formale accertamento dell'illecito non esclude con certezza che gli elementi probatori raccolti fino al momento dell'accettazione degli impegni possano venire utilizzati anche in un giudizio civile. La decisione con impegni non comporta infatti alcuna immunità sul piano civilistico»⁵.

Si noti che, in linea di principio, la rapidità con cui si perviene alla conclusione del procedimento rispetto ad una più lunga istruttoria ai fini di una decisione di accertamento potrebbe incentivare le azioni di danno, alla luce della prossimità temporale tra il provvedimento amministrativo e le condotte che hanno causato il danno e della maggiore consapevolezza che ne deriva in capo ai danneggiati. A ciò si aggiunga che, in via di prassi, l'AGCM è solita dare ampio risalto ai provvedimenti di chiusura con impegni, con una pubblicità almeno pari ai procedimenti conclusi con una decisione di accertamento.

Tuttavia, il principale elemento di tensione tra le due modalità di *enforcement* consegue al fatto che i procedimenti con

⁵ Cfr. Tar Lazio, sez. I, 7 aprile 2008, nn. 2900 e 2902.

impegni si concludono senza alcuna pronuncia sul merito delle accuse inizialmente formulate (*i.e.* non si avrà alcun accertamento dell'illecito), ma con la sola constatazione che per effetto degli impegni le condizioni del mercato si sono modificate: come rilevato da una recente pronuncia della giurisprudenza nazionale, le decisioni con impegni presuppongono un'attività valutativa che «solo in parte coincide con quella sottesa all'adozione del provvedimento finale [...] l'esame svolto dall'Autorità in relazione alle proposte di impegni verte su un aspetto – per così dire – 'teleologico', incentrandosi sull'idoneità delle misure proposte a rimuovere i profili anticoncorrenziali oggetto di indagine, mentre, l'esame svolto ai fini delle determinazioni sanzionatorie conclusive verte su un aspetto – per così dire – 'finale e sostanziale' (ossia, la sussistenza o meno dell'illecito antitrust in quanto tale)»⁶.

Ciò comporta una significativa differenza rispetto alle azioni di *private antitrust enforcement* basate su di un provvedimento di accertamento dell'autorità: in tale caso, infatti, l'attore può fondare le proprie pretese di risarcimento in sede civile su una decisione pubblica, che non solo contiene un formale accertamento della violazione, ma riporta i principali elementi istruttori emersi nel corso del procedimento. A livello comunitario, l'art. 16, Reg. 1/2003, ha espressamente riconosciuto che tali provvedimenti hanno valore vincolante nei confronti delle giurisdizioni e delle autorità della concorrenza nazionali. In Italia, pur in assenza di un'espressa normativa, la giurisprudenza si è spinta sino a riconoscere alle decisioni amministrative dell'AGCM il valore di "prova privilegiata" nel contesto di azioni civili di *follow on* per il risarcimento del danno subito da illeciti *antitrust*.

A fronte di una decisione con impegni, invece, il provvedimento amministrativo non prende espressa posizione in ordine all'esistenza di una infrazione: i soggetti

che lamentano un danno dalla condotta posta in essere dalle imprese interessate non potranno quindi fondare la propria domanda sull'accertamento dell'illecito compiuto dall'autorità amministrativa, ma dovranno provare l'avvenuta infrazione delle norme *antitrust*.

È tuttavia alquanto controversa la questione circa il rilievo che possa assumere un provvedimento di accettazione di impegni in un'azione di *private enforcement*.

Da un lato, sembrerebbe doversi escludere l'utilizzabilità di dette decisioni nella sede di un giudizio civile: la Commissione europea ha infatti avuto modo di chiarire nel *Memorandum* sui criteri applicativi dell'istituto che «le decisioni *ex art. 9* non si pronunciano in merito all'esistenza di un'infrazione delle regole comunitarie di concorrenza. Pertanto, un cliente o un consumatore che intende promuovere un'azione di *private enforcement* davanti alle Corti nazionali deve provare l'illegittimità della condotta al fine di ottenere il risarcimento dei danni» (traduzione dell'autore)⁷.

Dall'altro lato, occorre tuttavia rilevare che la disciplina degli impegni pone quale presupposto per l'accettazione degli stessi l'effettiva sussistenza di criticità concorrenziali anticoncorrenziali, ciò che potrebbe influire nell'ambito del giudizio ordinario. Secondo lo stesso disposto dell'art. 9, Reg. 1/2003, infatti, la Commissione può fare uso dello strumento "qualora intenda adottare una decisione volta a far cessare un'infrazione", ciò che sembrerebbe escludere che l'autorità possa concludere un procedimento con l'accettazione di impegni ove non ritenga sussistere alcuna problematica dal punto di vista *antitrust*.

Talune indicazioni in tal senso sono fornite dalla pronuncia della pronuncia della Corte di Giustizia nel caso *Alrosa*⁸ in cui la Corte, pur non condividendo la tesi del Tribunale di Primo Grado dello stretto parallelismo tra decisioni in materia di impegni e di accertamento dell'infrazione

⁶ Cfr. Cons. St., sez. IV, 20 luglio 2011, n. 4393, *MasterCard*.

⁷ Cfr. MEMO/04/217, del 17 settembre 2004.

⁸ C. giust. UE, 29 giugno 2010, causa C-441/07, *Commissione c. Alrosa Company Ltd*, in *Racc.* 2010, p. I-05949, punto 40.

ne⁹, ha ribadito la centralità del principio di proporzionalità nella valutazione della “legittimità di qualsiasi atto delle istituzioni dell’Unione”. In proposito, viene precisato che nel caso delle decisioni con impegni tale principio si limita alla «verifica che gli impegni di cui trattasi rispondano alle preoccupazioni che [la Commissione] ha reso note alle imprese interessate e che queste ultime non abbiano proposto impegni meno onerosi che rispondano parimenti in modo adeguato a tali preoccupazioni». Per quanto qui di rilievo, ai fini dell’utilizzo dell’istituto degli impegni sembra dunque necessaria la preliminare identificazione della problematica concorrenziale che le misure sono volte a risolvere, anche al fine di valutare l’adeguatezza delle stesse. Inoltre, il fatto che la Corte richieda che le imprese “non abbiano proposto impegni meno onerosi che rispondano parimenti in modo adeguato a tali preoccupazioni” indica che in ogni caso gli impegni devono rispondere ad una preoccupazione concorrenziale e non devono quindi essere proposti nel caso in cui tali preoccupazioni non sussistono.

Analogamente alla prassi comunitaria, anche la più recente giurisprudenza nazionale appare orientata a ritenere che la proposizione di impegni da parte delle imprese presupponga l’effettiva sussistenza di criticità concorrenziali. Al riguardo, sono di interesse alcune recenti pronunce dei giudici amministrativi e, in particolare:

i) la decisione del Consiglio di Stato nel caso *MasterCard*¹⁰, in cui è stata ritenuta non autonomamente impugnabile la decisione di rigetto degli impegni da parte dell’AGCM. Per quanto di rilievo ai pre-

senti fini, la Corte ha riconosciuto che la presentazione di impegni, in connessione ad altri elementi, sia indicativa di un certo grado di consapevolezza in capo alle imprese circa la potenziale illiceità delle condotte all’attenzione dell’AGCM: secondo la Corte, infatti, «all’atto di accoglimento [degli impegni] resta pur sempre sotteso un comportamento del soggetto interessato dai connotati **sostanzialmente confessori** in ordine alla sussistenza dell’illecito commesso (si da rendere necessarie misure volte ad elidere gli effetti dell’illecito commesso e riconosciuto nella sua consistenza, con decisioni conoscibili dagli operatori di mercato)»;

ii) una pronuncia del TAR¹¹, con cui è stato accolto il ricorso di Conto TV avverso la decisione dell’AGCM che rendeva vincolanti impegni proposti da Sky nell’ambito dell’istruttoria *A407-Sky/Conto TV*. La pronuncia in questione sembra confermare che la presentazione di impegni da parte delle imprese presuppone l’identificazione di una condotta lesiva delle imprese oggetto del procedimento, posto che «l’accettazione degli impegni richiede necessariamente la verifica della loro idoneità alla riparazione con efficacia retroattiva delle condotte poste in essere e già produttive di effetti potenzialmente lesive della libera concorrenza»¹².

Si noti che, in linea con la pronuncia da ultimo citata, l’Autorità ha recentemente accettato, in un procedimento antitrust concluso con una decisione di impegni, misure di natura restitutoria o compensativa volte a lenire gli asseriti pregiudizi causati dalle condotte oggetto di avvio di istruttoria¹³. Una simile prassi pone tuttavia taluni problemi di compati-

⁹ Trib. UE, 11 luglio 2007, causa T-170/06, *Alrosa Company Ltd c. Commissione*, in *Racc.* 2007, p. II-2601, punto 100.

¹⁰ Cfr. Cons. St., sez. IV, 20 luglio 2011, n. 4393, *MasterCard*.

¹¹ Cfr. TAR Roma, sez. I, 19 maggio 2011, n. 3964.

¹² Si osservi che la soluzione suggerita dal giudice amministrativo sembra ravvisare la necessità di misure idonee ad eliminare *ex tunc* gli effetti delle condotte anticoncorrenziali. Il TAR rileva, infatti, che «non [sarebbe] possibile ritenere che – sussistendo effetti irreversibili prodotti dalla condotta sospetta, destinati a permanere an-

che a seguito degli impegni presentati – la stessa Autorità possa legittimamente abdicare alla propria funzione istituzionale, interrompendo il procedimento volto all’accertamento di un abuso di posizione dominante, e che debba essere lo stesso giudice civile a verificare incidentalmente se vi sia stato un abuso di posizione dominante al fine di decidere sulla controversia al suo esame». È allo stato pendente un giudizio di secondo grado su detta pronuncia.

¹³ Cfr. caso A443 - NTV/FS/Ostacoli all’Accesso nel Mercato dei Servizi di Trasporto Ferroviario, Passeggeri ad Alta Velocità, Provvedimento n. 24804, 19 febbraio 2014.

bilità, da un lato, con la funzione tipica del *public enforcement* – ossia la risoluzione delle criticità concorrenziali in funzione dell'interesse generale al buon funzionamento del mercato –, dall'altro con la successiva determinazione di un equo risarcimento in sede civile. Essa appare altresì confermare che il presupposto dell'istituto degli impegni sia l'effettiva sussistenza di criticità concorrenziali produttive di effetti, che possono essere oggetto di misure di carattere ripristinatorio.

IV. L'ACCESSO AGLI ATTI DEL PROCEDIMENTO

Un ulteriore aspetto problematico relativo ai rapporti tra *private enforcement* e decisioni con impegni riguarda la possibilità per i soggetti terzi potenzialmente danneggiati di acquisire elementi utili ai fini della prova dell'illecito in sede civile. Come anticipato, infatti, nei procedimenti con impegni le difficoltà per l'attore appaiono maggiori rispetto al caso in cui l'istruttoria amministrativa si concluda con un provvedimento finale di accertamento: in assenza di un formale accertamento della violazione e di una decisione finale che fornisce anche indicazioni circa gli elementi probatori assunti dall'autorità amministrativa nel corso dell'istruttoria, risulta accentuata l'asimmetria informativa a danno dell'attore che caratterizza generalmente le azioni di danno *antitrust*¹⁴.

Tuttavia, anche nel caso di decisioni con impegni, l'istruttoria condotta dall'autorità potrebbe far emergere talune preliminari indicazioni utili ai fini di un'azione civile di *private antitrust enforcement*, che potrebbero essere sottoposte

dai soggetti interessati al libero apprezzamento del giudice.

Si considerino in particolare i seguenti elementi:

- il provvedimento di apertura dell'istruttoria, il quale identifica con una certa accuratezza, seppure in via preliminare, i mercati interessati, l'inquadramento normativo delle condotte, le condotte potenzialmente rilevanti all'attenzione dell'autorità e alcune prime valutazioni giuridiche;

- i commenti forniti in risposta alla procedura di consultazione (c.d. *market test*) dalle parti interessate; tali documenti potrebbero fornire alcune indicazioni circa la potenzialità lesiva della condotta ed i suoi possibili effetti sul mercato interessato;

- il provvedimento di accettazione degli impegni e chiusura del procedimento; tale provvedimento descrive in maniera più approfondita i problemi di concorrenza inizialmente identificati e una valutazione circa l'idoneità degli impegni ad eliminare tali criticità.

In aggiunta a tali indicazioni, assume significativo rilievo la possibilità per i danneggiati di acquisire elementi probatori utili in sede di azione civile attraverso l'accesso al fascicolo istruttorio amministrativo¹⁵, essendo generalmente assenti riferimenti puntuali all'istruttoria svolta dall'autorità amministrativa nella decisione di accettazione di impegni.

Nel contesto europeo non vi è una disciplina comune a tutela del diritto di accesso agli atti del procedimento. In Italia, la prassi seguita dall'AGCM, avallata dalla giurisprudenza amministrativa, è nel senso di limitare l'accesso al fascicolo istruttorio a terzi estranei al procedimento che intendono promuovere un'azione di danni¹⁶.

¹⁴ Al riguardo, lo stesso Libro Bianco della Commissione ha sottolineato che «gran parte degli elementi di prova decisivi per comprovare un caso di danni provocati dalla violazione di norme antitrust sono spesso occultati e, essendo in possesso del convenuto o di terzi, non sono solitamente noti in maniera sufficientemente dettagliata all'attore». Cfr. Libro Bianco della Commissione in materia di azioni di risarcimento del danno per violazione delle norme antitrust comunitarie, punto 2.2.

¹⁵ Cfr. al riguardo TAR Roma, sez. I, 7 aprile 2008, nn. 2900 e 2902, *Tim-Vodafone-Wind*, se-

condo cui «la stessa mancanza di un formale accertamento dell'illecito non esclude con certezza che gli elementi probatori raccolti fino al momento dell'accettazione degli impegni possano venire utilizzati anche in un giudizio civile. La decisione con impegni non comporta infatti alcuna immunità sul piano civilistico».

¹⁶ Cfr. TAR Roma, sez. I, 20 luglio 2009, n. 7136; 2 novembre 2009, n. 10615 e 13 luglio 2010, n. 24996, in cui il TAR ha stabilito che «in ragione della *ratio* del corpus normativo in materia, gli interessi giuridici considerati dall'art. 24, comma 7, della legge 241/1990 devono ritenersi quelli – e

L'art. 13, d.P.R. 30 aprile 1998, n. 217 (regolamento recante le norme in materia di procedure istruttorie di competenza dell'AGCM) disciplina l'accesso c.d. procedimentale, di cui agli artt. 7 e seguenti l. 241/1990: in particolare, esso riconosce il diritto di accesso ai documenti solo nel corso dell'istruttoria e limitatamente ai soggetti ai quali è stato notificato il provvedimento di avvio, ossia le imprese direttamente destinatarie dell'attività istruttoria, nonché gli eventuali denunciati ed intervenienti. Tale norma tutela, tuttavia, la riservatezza delle informazioni la cui divulgazione potrebbe recare un pregiudizio alle imprese interessate, come ad esempio informazioni sensibili di carattere commerciale o industriale, e ciò a prescindere dal fatto che potrebbero fornire indicazioni utili ai fini di un'azione di danni. La preclusione all'accesso può essere superata nei limiti in cui tali documenti risultino essenziali per assicurare il contraddittorio e/o il diritto di difesa delle imprese accusate nell'ambito del procedimento *antitrust*¹⁷, mentre non viene in rilievo l'eventuale interesse alla divulgazione ai fini di un'azione civile.

Con riferimento all'accesso c.d. informativo, vale a dire successivo alla conclusione del procedimento, trova applicazione il principio generale dettato dall'art. 24, l. 241/1990, sul procedimento amministrativo, in base al quale deve essere sempre garantito ai richiedenti l'accesso ai documenti amministrativi la cui conoscenza sia necessaria per curare o per difendere i propri interessi giuridici¹⁸. L'AGCM ritiene, tuttavia, che tali interessi non pos-

sano essere individuati in un qualsiasi interesse giuridicamente rilevante vantato da un soggetto dell'ordinamento ma, piuttosto, in un interesse attinente all'azione amministrativa in relazione alla quale l'istanza di accesso è stata presentata: di conseguenza, è stato escluso l'accesso ai documenti amministrativi richiesto ai fini della tutela dei diritti di parti private in sede civile, sul presupposto che si tratterebbe di un interesse "eterogeneo" rispetto alle funzioni istituzionali dell'AGCM¹⁹.

In ogni caso, tale l'approccio non preclude la possibilità per l'attore di accedere al fascicolo istruttorio, essendo possibile ricorrere ad altri strumenti previsti dall'ordinamento. L'esibizione di documentazione utile ai fini del processo civile potrebbe essere infatti ottenuta attraverso un ordine di esibizione giudiziale *i)* ai sensi dell'art. 210 c.p.c., nei confronti dell'AGCM o del responsabile della violazione, per la documentazione in possesso di quest'ultimo o *ii)* ai sensi dell'art. 213 c.p.c. (norma utilizzabile anche in assenza dei presupposti richiesti per l'emanazione dell'ordine *ex* art. 210 c.p.c.) nei confronti dell'AGCM²⁰.

In passato, il giudice civile ha effettivamente accolto in alcuni casi richieste di esibizione al fascicolo istruttorio dell'AGCM:

- ai sensi dell'art. 210 c.p.c., nel caso del Tribunale di Palermo, in un'azione per danni promossa in seguito ad un'istruttoria dell'AGCM conclusa tramite impegni²¹;
- ai sensi dell'art. 213 c.p.c., nel caso della Corte di Appello di Roma, in un giudizio di *private enforcement* conseguente

- ai sensi dell'art. 210 c.p.c., nel caso del Tribunale di Palermo, in un'azione per danni promossa in seguito ad un'istruttoria dell'AGCM conclusa tramite impegni²¹;
- ai sensi dell'art. 213 c.p.c., nel caso della Corte di Appello di Roma, in un giudizio di *private enforcement* conseguente

- ai sensi dell'art. 213 c.p.c., nel caso della Corte di Appello di Roma, in un giudizio di *private enforcement* conseguente

¹⁷ A livello comunitario, il definitivo riconoscimento del principio della parità delle armi tra accusa e difesa si è avuto nella pronuncia del Trib. UE, 29 giugno 1965, causa T-30/91, *Solvay c. Commissione*, in *Racc.* p. II-1775. A livello nazionale, cfr. Cons. St., sez. VI, 12 febbraio 2001, n. 652, *Associazione Vendomusica* e TAR Roma, sez. I, 24 ottobre 2012, n. 9276, *Trenitalia*.

¹⁸ TAR Roma, sez. I, 10 febbraio 2012, n. 1344, *Alitalia*.

¹⁹ TAR Roma, sez. I, 2 novembre 2009, n. 10615, *Fallimento ELINET S.p.A.*

²⁰ TAR Roma, sez. I, 10 febbraio 2012, n. 1344, *Alitalia*: «gli interessati ben possono proporre istanza al giudice civile ai sensi dell'art. 210 c.p.c. Inoltre, l'art. 213 c.p.c. facoltizza il giudice civile a richiedere d'ufficio alla pubblica amministrazione le informazioni scritte relative ad atti e documenti dell'amministrazione stessa che ritiene necessario acquisire al processo».

²¹ Ordinanza del Trib. Palermo 15 luglio 2011. L'istanza di esibizione è stata accolta dopo che l'AGCM ha negato l'accesso al fascicolo istruttorio. Il caso trae origine dall'istruttoria A417, avviata nei confronti di Grandi Navi Veloci per un possibile abuso di posizione dominante nel mercato del trasporto di linea di veicoli gommati.

ad un procedimento dell'AGCM concluso con una decisione di accertamento e condanna²².

In una occasione, il Tribunale di Milano si è riservato di decidere circa gli ordini di esibizione richiesti da parte attrice, conferendo incarico al CTU “al fine di accertare se e quali documenti si rendano necessari al compimento delle operazioni”²³. Il procedimento in questione ha ad oggetto un'azione di danni conseguente ad un'istruttoria *antitrust* nel settore della telefonia, che si era conclusa con l'accoglimento degli impegni nei confronti della società convenuta in sede civile e con una decisione di infrazione avverso le altre due società indagate oggetto del procedimento amministrativo²⁴.

Può essere interessante un confronto della prassi nazionale con quella degli altri Stati membri, da cui sembrano emergere interessanti indicazioni circa l'approccio particolarmente favorevole seguito in alcune giurisdizioni.

Al riguardo, un fronte piuttosto avanzato sembra essere quello francese, ove la Corte di Parigi ha recentemente ordinato all'Autorità della concorrenza francese di esibire i documenti relativi ad un procedimento amministrativo iniziato a fine giugno 2010 su impulso di alcune società attive nella promozione di buoni sconto via *internet*, tra cui *Ma Liste de Courses*, concluso con un provvedimento di impegni²⁵. A seguito della chiusura del procedimento amministrativo, la società *Ma Liste de Courses* ha avviato un'azione civile al fine di ottenere un risarcimento dei danni su-

biti dalla condotta asseritamente anticompetitiva.

È interessante notare che la società attrice era in possesso, a prescindere dall'accesso al fascicolo degli atti dell'Autorità, della maggior parte della documentazione alla base dell'istruttoria amministrativa, ma in base alla normativa francese non le era riconosciuto il diritto di esibire tale materiale in sede di giudizio civile: l'art. 463, § 6, del Codice Commerciale Francese (c.c.fr.) impedisce, infatti, di utilizzare in altri contesti le informazioni acquisite nell'ambito di un procedimento dell'Autorità della concorrenza. Sebbene una recente decisione della Suprema Corte francese abbia ammesso l'esibizione di tali documenti ove sia necessario per difendere un diritto delle parti²⁶, ciò non sarebbe valso ad escludere il rischio per la società di incorrere in una potenziale violazione della norma citata. Per tale ragione, *Ma Liste de Courses* ha preferito chiedere un ordine di esibizione in sede civile, che è stato concesso dalla Corte di Parigi: il giudice ha in tale sede confermato che l'art. 463, § 6 c.c.fr., non impedisce la possibilità di ordinare l'accesso nell'ambito di un'azione di risarcimento del danno. Di conseguenza, è stato richiesto all'Autorità francese di esibire le versioni non riservate delle dichiarazioni scritte e orali raccolte durante il procedimento istruttorio, tra cui le versioni confidenziali delle osservazioni scritte presentate dalle parti e dai terzi, i verbali delle audizioni, le risposte alle richieste di informazioni ed i documenti trasmessi dalle parti.

²² Ordinanza App. Roma, 8 maggio 2006 (citata da App. Roma, sez. I, 31 marzo 2008). Il caso trae origine dal procedimento I124, *Raffineria di Roma/Fina Italiana/Erg Petroli/Monteshell*, in cui l'AGCM ha accertato un'intesa anticompetitiva nel settore del bitume.

²³ Cfr. Trib. Milano Ordinanza 52997/2010 del 20 maggio 2011.

²⁴ Cfr. istruttoria A357, concernente un presunto abuso di posizione dominante nel settore della telefonia ed in particolare con riferimento alla terminazione di chiamate fisso-mobile su rete telefonica. In esito al procedimento, l'AGCM aveva accertato la responsabilità di due delle società indagate, Telecom e Wind, mentre nei confronti della terza società coinvolta nell'indagine,

Vodafone, l'istruttoria si chiudeva con l'accoglimento degli impegni proposti. Una società cliente di Vodafone proponeva quindi un'azione di risarcimento del danno di tipo *follow on* solo nei confronti di quest'ultima. In tale contesto, l'AGCM aveva notificato la CRI anche a Vodafone e, con il provvedimento di condanna, erano censurate condotte speculari a quelle che nei confronti di Vodafone non erano state accertate a seguito dell'accettazione degli impegni.

²⁵ Tribunal de commerce de Paris, 15 th chambre, *SAS Ma Liste de Courses v. Société HighCo 3.0 et al.*, decisione del 24 agosto 2011.

²⁶ Cour de Cassation, Commercial Chamber, *Semavem*, 19 gennaio 2010.

Da ultimo, merita un breve cenno una decisione dell'Autorità della concorrenza olandese del dicembre 2009, relativa alla richiesta di accesso agli atti da parte di un soggetto potenzialmente interessato a proporre un'azione di danni. Con la decisione in questione, l'Autorità ha accolto tale richiesta, senza la necessità per il soggetto danneggiato di ricorrere in sede giudiziale al fine di ottenere un ordine di esibizione: più specificamente, l'Autorità si è spinta sino a consentire l'accesso alla comunicazione delle risultanze istruttorie (c.d. *onderzoeksrapport*), salvo limitarsi a mantenere riservati i soli riferimenti ai nomi delle persone citate nel documento²⁷.

V. CONCLUSIONI

L'analisi condotta circa i rapporti tra azioni di risarcimento del danno e procedimenti amministrativi conclusi con l'accettazione di impegni consente di apprezzare un quadro variamente composito.

In primo luogo, si è osservato come alcune caratteristiche dei procedimenti con impegni, e in particolare l'assenza nel provvedimento finale di un accertamento formale dell'illecito, potrebbero comportare alcuni elementi di potenziale tensione con le azioni di risarcimento del danno. In linea di principio, le potenziali sovrapposizioni tra le due modalità di *enforcement* sembrerebbero attenuate dal fatto che lo strumento in esame dovrebbe limitarsi ai casi in cui vi sia una fattispecie che solleva problematiche *antitrust*, ma siano assenti condotte potenzialmente gravi. La prassi applicativa mostra, tuttavia, specie a livello nazionale, un utilizzo tutt'altro che marginale dell'istituto in esame: l'applicazione degli impegni, seppure esclusa nel caso delle violazioni c.d. *hard core*, è stata ammessa in altre fattispecie, anche potenzialmente gravi. A fronte di tale contesto, come ben noto, la Commissione ha fornito in più occasioni chiare indicazioni circa l'intenzione di voler incoraggiare le azioni di *private enforcement*, senza tuttavia prendere espressa posizione in merito alle problematiche

potenzialmente connesse alla conclusione con impegni del procedimento amministrativo.

Una questione di rilievo riguarda il valore da attribuire alle decisioni con impegni nei giudizi civili: seppure, infatti, il provvedimento non contiene un formale accertamento dell'illecito, la giurisprudenza comunitaria e nazionale sembrerebbe indicare che le decisioni con impegni presuppongono un dubbio effettivo circa la sussistenza di problematiche *antitrust*. Non può dunque escludersi che, in sede di giudizio civile, si possa tenere conto delle preoccupazioni concorrenziali sollevate dall'autorità amministrativa.

Ulteriori elementi utili ai fini probatori possono altresì essere tratti dai documenti pubblici connessi all'istruttoria, quali il provvedimento di apertura e chiusura del procedimento, nei quali vi è non solo una descrizione preliminare, ma piuttosto puntuale, dei mercati interessati, delle condotte potenzialmente rilevanti, ma anche un primo inquadramento giuridico della fattispecie oggetto di indagine.

Infine, assume significativo rilievo la possibilità per i terzi danneggiati di poter effettivamente esercitare il diritto di accedere al fascicolo istruttorio. A tale proposito, nonostante la mancanza di una disciplina europea uniforme, alcune giurisdizioni comunitarie si sono mostrate piuttosto favorevoli nel consentire l'accesso al fascicolo a tali soggetti. L'orientamento seguito dall'AGCM, con l'avallo della giurisprudenza amministrativa, sembrerebbe piuttosto rigido, nel senso di escludere l'accesso al fascicolo istruttorio a terzi estranei al procedimento, ma è in ogni caso possibile acquisire gli elementi rilevanti attraverso ulteriori strumenti previsti dall'ordinamento (*i.e.* artt. 210 c.p.c. e 213 c.p.c.).

ALBERTO PERA

Bibliografia

CINTIOLI, «Le nuove misure riparatorie del danno alla concorrenza», in *Giur. comm.*,

²⁷ Decisione del 7 dicembre 2009, n. 6830 - *Stichting Meldpunt Collectief Onrecht*.

2008, n. 1, p. 109 ss.; DEKEYSER, BECKER, CALISTI, «Impact of public enforcement on antitrust damages actions: Some Likely Effects of Settlements and Commitments on Private Actions for Damages», in *European Competition Law Annual 2008: Antitrust Settlements Under EC Competition Law*, (a cura di) C.D. Ehlermann, M. Marquis, Oxford, 2010, p. 677 ss.; GITTI, «Gli accordi con le Autorità indipendenti», in *Rivista di diritto civile*, 2011, n. 2, p. 192 ss.; LIBERTINI, «Le Decisioni “patteggiate” nei procedimenti per illeciti antitrust», in *Giorn. dir. amm.*, 12, 2006, p. 1284 ss.; PERA, «Le decisioni

con impegni tra diritto nazionale e comunitario», in *Poteri e garanzie nel diritto antitrust: l'esperienza italiana nel sistema della modernizzazione*, (a cura di) G. Bruzzone, Bologna, 2008, p. 61 ss.; RAFFAELLI, «Il difficile equilibrio tra public e private enforcement nell'applicazione del diritto antitrust», in *Foro amm. TAR* 2011, 6, p. 1926 ss.; SCOGNAMIGLIO, «Decisioni con impegni e tutela civile dei terzi», in *Diritto Amministrativo*, 2010, p. 503 ss.; SIRAGUSA, «Le decisioni con impegni», in *20 anni di antitrust. L'evoluzione dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*, Torino, 2010, p. 385 ss.