

DIZIONARIO SISTEMATICO DEL DIRITTO DELLA CONCORRENZA

a cura di

Lorenzo F. Pace

ESTRATTO



Jovene editore 2013

L'Applicazione extraterritoriale delle regole *antitrust*

Sommario: I. INTRODUZIONE. – II. L'APPLICAZIONE EXTRATERRITORIALE DEGLI ARTT. 101 E 102 TFUE. – III. (*Segue*) LA SENTENZA *PASTA DI LEGNO*. – IV. (*Segue*) RECENTI SVILUPPI. – V. GLI ACCORDI BILATERALI E MULTILATERALI.

I. INTRODUZIONE

Il fenomeno dell'applicazione extraterritoriale del diritto interno, se è ben conosciuto al diritto internazionale privato, ha sollevato numerosi problemi nell'ambito del diritto internazionale pubblico che, com'è noto, vieta agli Stati, in applicazione dell'obbligo di non ingerenza negli affari interni di altri Stati, di svolgere qualsiasi attività, attraverso i propri organi, in territorio altrui, senza il consenso dello Stato ospite. In particolare, il dibattito si è concentrato sull'applicazione extraterritoriale della disciplina della concorrenza, perché in tale settore si registrano importanti ed intricate correlazioni fra mercato (globale) e Stato, fra ambito di intervento privato e ambito di intervento pubblico. L'applicazione delle regole sulla concorrenza di un qualsiasi Stato implica la valutazione automatica della loro efficacia extraterritoriale, ovvero la determinazione degli effetti su fatti o comportamenti lesivi della concorrenza che siano venuti in essere all'estero. Infatti, accade di frequente che una pratica anticoncorrenziale non si esaurisca entro i confini spaziali di uno Stato (ove le imprese in questione hanno la loro sede e/o i loro affari), ma li travalichi, producendo i suoi effetti – talvolta i suoi principali effetti – sul territorio di un altro Stato.

Nondimeno, l'applicazione delle regole sulla concorrenza di uno Stato a comportamenti tenuti da imprese straniere all'estero ha frequentemente incontrato la ferma opposizione da parte degli Stati stranieri interessati, che si è tradotta, talvolta, in proteste diplomatiche volte a far valere lamentate violazioni di sovranità, ma molto più spesso, nell'adozione di legislazioni *ad hoc* dirette a neu-

tralizzare gli effetti extraterritoriali delle norme in questione. Tali legislazioni, note come *blocking statutes* o *lois de blocage*, impediscono l'esercizio dei poteri delle Autorità degli Stati stranieri, vietando la produzione di prove dinanzi ad un tribunale o ad Autorità amministrativa, oppure proibendo il rispetto dei comandi e/o delle direttive emanate da Autorità straniere, ovvero negando il riconoscimento e l'esecuzione di sentenze pronunciate da tribunali stranieri. In generale, le disposizioni di blocco attribuiscono larghi poteri di intervento, per lo più discrezionali, ad alcune Autorità dello Stato del foro, al fine di far rispettare i divieti da esse stabiliti e fissano sanzioni in caso di inottemperanza delle loro prescrizioni.

Ai limiti introdotti dalle legislazioni di blocco vanno aggiunti quelli eventualmente imposti da norme di diritto internazionale generale al potere degli Stati di attribuire alle disposizioni *antitrust* un determinato ambito di applicazione e di garantirne, in via giurisdizionale o strettamente amministrativa, l'attuazione. Tali limiti vanno ricostruiti in relazione alla volontà dello Stato del foro di portare ad attuazione, al proprio interno, taluni comandi normativi aventi efficacia extraterritoriale. Pertanto, il potere normativo dello Stato potrebbe essere esercitato legittimamente sul suo territorio, ma risultare illegittimo se ed in quanto destinato a produrre effetti all'estero.

In questa prospettiva, vanno considerate tanto le norme che eventualmente decretino l'illegittimità di uno o più criteri di collegamento, isolatamente considerati, che lo Stato può utilizzare per definire l'ambito di applicazione delle proprie disposizioni sulla concorrenza; quanto quelle che stabiliscano criteri utili a dirimere conflitti tra le legittime pretese di due o più giurisdizioni statali.

In ogni caso, la ricerca di principi generali idonei a porre margini alla competenza normativa o a quella giurisdizionale di uno Stato va svolta con riferimento ad

una precisa fattispecie ed al conflitto che in ordine alla medesima si instaura tra le contrapposte pretese sovrane di due o più Stati. Di conseguenza, il giudizio sulla legittimità di un determinato criterio di collegamento ha valore soltanto qualora risponda all'esigenza di risolvere in concreto una controversia.

Guardando alla pratica della regolazione extraterritoriale della concorrenza, l'aspetto più importante (e grave) è quello dell'asimmetria tra normazione e prassi. In realtà, alcuni comportamenti ritenuti illegali in un Paese, sono autorizzati in un altro; talvolta le Autorità competenti sono riluttanti a condannare pratiche che chiaramente falsano la concorrenza; oppure *species* aventi caratteristiche strettamente analoghe sono oggetto di giudizi discordanti. Inoltre, il raccordo tra Autorità – ad eccezione di quelle che, operando nell'UE, fanno parte dell'European competition network (ECN) – appare estremamente fragile ed occasionale. Di sovente, è difficile ottenere da Autorità di altri Paesi le informazioni ed è ancora più faticoso far eseguire le decisioni adottate o riscuotere ammende.

II. L'APPLICAZIONE EXTRATERRITORIALE DEGLI ARTT. 101 E 102 TFUE

Nell'ordinamento dell'UE, l'ambito di applicazione della normativa sulla concorrenza risulta semplificato dal dettato degli artt. 101 e 102 TFUE che condiziona l'operatività delle due disposizioni all'esistenza di un effetto anticoncorrenziale delle pratiche vietate sul territorio del mercato interno. Pertanto, la disciplina di cui agli artt. 101 e 102 TFUE si estende potenzialmente a tutti i comportamenti che, pur posti in essere all'estero, producano effetti distorsivi sul libero gioco della concorrenza nell'UE.

¹ Cfr. Dec. Comm. CE, 11 marzo 1964, *Grosfillex-Fillistorf* e 10 giugno 1964, *Benedix-Mertens et Straet*, in G.U. n. 58, 9 aprile 1964, e n. 92, 10 giugno 1964, rispettivamente.

² Cfr., anche, Dec. Comm. CE, 24 aprile 1996, *Gencor-Lonrho*, in G.U. L 11, 14 gennaio 1997.

³ Con Dec. Comm. UE, 28 giugno 2000, COMP/M.1741, "MCI WorldCom/Sprint", in G.U. L 300, 18 novembre 2003, la Commissione ha ritenuto incompatibile con il mercato comune una

La chiarezza delle norme in parola ha influito sulla cospicua prassi delle istituzioni dell'UE, sebbene riflessioni di notevole respiro possano nascere dalle diverse interpretazioni, di volta in volta, prospettate dal principio degli effetti. In particolare, la Commissione ha richiamato espressamente tale principio in ogni sua decisione, mentre il giudice dell'UE ha assunto posizioni difformi ed ha giustificato l'estensione dell'ambito di applicazione del diritto comunitario *antitrust* ad imprese straniere alla luce di vari criteri, talvolta modellati sulla teoria degli effetti, talvolta forgiati sulla c.d. teoria dell'unità del gruppo di imprese, che considera appunto come una sola entità il gruppo economico formato dalla società madre e dalle sue affiliate.

Nello specifico, la posizione della Commissione appare rigorosamente coerente sin dalle prime decisioni del 1964¹, in quanto essa ha utilizzato costantemente il principio degli effetti per valutare la legittimità dell'applicazione della normativa comunitaria in relazione a determinate pratiche anticoncorrenziali². Così, tale Istituzione ha indirizzato le sue decisioni sia ad imprese stabilite nell'UE sia ad imprese stabilite al di fuori del suo territorio³, ritenendo che non avesse alcun rilievo la localizzazione della sede delle imprese responsabili di una restrizione alla concorrenza, ma dovessero essere presi in considerazione soltanto gli effetti prodotti all'interno del mercato comune dalle medesime restrizioni. Pure, attraverso un processo di perfezionamento del principio e di affinamento dei presupposti per il suo corretto funzionamento, la Commissione è giunta ad attribuire rilievo soltanto agli "effetti diretti ed immediati, ragionevolmente prevedibili e d'importanza sostanziale nell'ambito del mercato comune"⁴. In presenza di situa-

concentrazione tra due imprese – la *WorldCom Inc.* e la *Sprint Corp.* – attive nel settore delle telecomunicazioni a livello mondiale ed aventi sede negli Stati Uniti. Sul punto v., anche, Trib., 28 settembre 2004, causa T-310/00, *MCI, Inc. c. Commissione delle Comunità europee - "MCI"*, in *Racc.* 2004, p. II-3253.

⁴ In tal senso le Concl. Comm. UE, cause riunite 6 e 7/73, "ICI" e "Commercial Solvents Corporation", in *Racc.* 1974, p. 230.

zioni particolarmente complesse, tale Istituzione ha comunque ribadito l'importanza degli "effetti qualificati" con argomentazioni approfondite e adeguatamente costruite e collegate.

Al contrario, la Corte di giustizia ha manifestato un orientamento altalenante, che fonda la legittimità della competenza soprattutto sulla teoria dell'unica entità economica, riconducendo i comportamenti delle affiliate comunitarie alle società madri situate al di fuori dell'UE⁵; ma ha utilizzato il criterio della rilevanza degli effetti anticoncorrenziali per il mercato comunitario.

Invero, i giudici di Lussemburgo hanno costantemente esteso il campo di applicazione delle regole comunitarie *anti-trust* a tutti i casi in cui la pratica anticoncorrenziale alterava – direttamente o indirettamente, di fatto o in potenza⁶ – il commercio tra gli Stati membri o la struttura stessa del mercato interno. A tal fine, i medesimi giudici talvolta hanno fatto ricorso, sia pure solo per implicito, alla teoria degli effetti, senza peraltro dimostrarne la vigenza nell'ordine comunitario. Ad esempio nel caso *Beguelin*, del 1971, hanno affermato che, qualora gli effetti di un accordo restrittivo della concorrenza si fossero prodotti sul territorio comunitario, non avrebbe costituito ostacolo all'applicazione delle regole dell'UE il fatto che un'impresa, parte di tale accordo, avesse la sua sede nel territorio di uno Stato terzo⁷. Altre volte, i giudici dell'UE hanno esteso l'applicazione degli artt. 101 e 102 TFUE a società di Paesi terzi basandosi sulla circostanza che i comportamenti anti-concorrenziali – e non già gli effetti – si fossero manifestati nel mercato interno. Al riguardo, va ricordato il caso

Dyestuffs o *Ici*⁸ per l'armonia tra le conclusioni a cui giungono la Commissione e la Corte sulla legittimità della propria competenza, sebbene i metodi utilizzati differiscano sostanzialmente. Infatti, la prima Istituzione giustificava la legittimità delle sanzioni che aveva imposto a tre imprese straniere in base alla dottrina degli effetti, pur alludendo agli stretti rapporti di controllo che le società madri avevano sulle affiliate⁹. E tale orientamento veniva seguito dall'avvocato generale che, nelle sue conclusioni, si preoccupava di richiamare i requisiti imposti dal diritto internazionale e di precisare che la teoria degli effetti era applicabile soltanto qualora: *i*) la pratica o l'accordo avesse prodotto una restrizione diretta ed immediata alla competenza comunitaria o nazionale; *ii*) l'effetto fosse razionalmente prevedibile a prescindere dall'elemento intenzionale; *iii*) l'effetto prodotto fosse sostanziale¹⁰. Nondimeno la Corte, schivando il grosso problema delle implicazioni della dottrina degli effetti sull'esercizio dei poteri da parte delle istituzioni dell'UE, legittimava la competenza della Commissione sulla base di un mero criterio di territorialità: il "principio dell'unità economica dell'impresa" o "dell'unità di comportamento" e imputava alla società madre il comportamento anticompetitivo della società partecipata, specificando che allorché una società stabilita in uno Stato terzo avesse utilizzato il suo potere di decisione per imporre ad una affiliata comunitaria una decisione in materia di prezzi concordata con altre imprese sarebbe incorsa in una pratica vietata dall'art. 101 TFUE. Va rilevato che la prudenza del giudice di Lussemburgo era dettata non soltanto dalla volontà di re-

⁵ C. giust. CE, 14 luglio 1972, causa 48/69, *Imperial Chemical Industries Ltd. c. Commissione - "ICI"*, in *Racc.* 1972, p. 619, punto 134; 21 febbraio 1973, causa 6/72, *Europemballage Corporation e Continental Can Company Inc. c. Commissione - "Continental Can"*, in *Racc.* 1973, p. 215, punto 16; 6 marzo 1974, "Istituto Chemioterapeutico", punto 36.

⁶ C. giust. CE, 30 giugno 1966, causa 56/65, *LTM-MBU*, in *Racc.* 1966, p. 261; 13 luglio 1966, cause 56/64 e 58/64, *Costen and Grunding e altri - "Costen and Grunding"*, in *Racc.* 1966, p. 457.

⁷ C. giust. CE, 25 novembre 1971, causa 22/71, *Béguelin - "Béguelin"*, in *Racc.* 1971, p. 949, punto 10/12.

⁸ Si fa riferimento a C. giust. CE, 14 luglio 1972, "Imperial Chemical", cit., punto 134. Specificamente, la fattispecie riguardava una pratica concordata tra numerosi produttori di materie coloranti con la quale erano stati fissati i prezzi dei prodotti.

⁹ Dec. Comm. UE, 24 luglio 1969, *Materie coloranti*, in G.U. L 195, 7 agosto 1969.

¹⁰ Cfr., Concl. Mayras, 2 maggio 1972., "ICI c. Commissione - "ICI", in *Racc.* 1972, p. 669 ss.

spingere formalmente il principio dell'effetto, a causa delle note controversie sull'autonomia delle società figlie quanto dalla volontà di aprirsi a criteri più lineari e, quindi, di più semplice applicabilità.

III. (Segue) LA SENTENZA *PASTA DI LEGNO*

Se la teoria dell'unità economica si è consolidata in numerose pronunce¹¹, altrettanto numerose sono le decisioni della Corte in contrasto con essa, presentate talvolta come novità assolute talaltra come riprese da passate acquisizioni¹². In realtà, gli improvvisi cambiamenti della Corte - che hanno giustamente sconcerato la dottrina - diventano acrobatici nel noto caso *Pasta di legno*¹³. La "storica" sentenza nasce dal ricorso presentato da quarantuno produttori di pasta di legno, tutti stabiliti fuori dalla (allora) Comunità, contro la decisione della Commissione del 19 dicembre 1984, relativa ad un procedimento di applicazione della disciplina comunitaria della concorrenza¹⁴. Il ricorso si fondava sul presunto illegittimo esercizio, secondo il diritto internazionale, della competenza extraterritoriale dell'UE.

In particolare, nella decisione impugnata, la Commissione confermava la sua tradizionale adesione alla dottrina degli effetti e riteneva applicabile la disciplina *antitrust* comunitaria alle operazioni e ai comportamenti anticoncorrenziali posti in essere da imprese site in Stati terzi, allorché essi fossero attuati nel (o anche nel) territorio comunitario e producessero in questo effetti rilevanti. Altrettanto coerenti appaiono le conclusioni dell'av-

vocato generale che ribadiva con fermezza la validità della teoria degli "effetti qualificati" e collegava, quindi, l'esercizio della competenza comunitaria alle conseguenze di comportamenti *antitrust* previamente e specificamente determinati; vale a dire agli effetti diretti, immediati, ragionevolmente prevedibili e sostanziali.

Sebbene gli elementi di fatto e di diritto della fattispecie implicassero almeno una generica valutazione del criterio degli effetti, ancora una volta, la Corte evitava con disinvoltura lo scoglio e legittimava l'esercizio della competenza sulla base del principio di diritto internazionale della territorialità "oggettiva". Infatti, affermava che il divieto di intese anticoncorrenziali trovava applicazione anche nei confronti di imprese non comunitarie, sia che operassero direttamente all'interno del mercato comune; sia che agissero per il tramite di affiliate stabilite nell'Unione; sia, infine, che si limitassero a commercializzare sul territorio comunitario i propri prodotti, indipendentemente dall'ubicazione delle fonti di approvvigionamento.

Dunque, il *luogo* dove l'intesa viene "posta in atto" diventava l'elemento fondante la legittimità dell'esercizio della competenza comunitaria soprattutto qualora, come nella specie, l'intesa si realizza all'interno del mercato comune (criterio "dell'implementazione"). Ne conseguiva che, per l'attuazione della normativa dell'UE, fosse sufficiente un legame ragionevole tra la pratica anti-concorrenziale ed il territorio del mercato interno.

La rigida interpretazione ed applicazione del principio di territorialità oggettiva ha sollevato però numerosi dubbi e

¹¹ V. *supra* nota 5. Ed inoltre C. giust. CE, 31 ottobre 1974, causa 15/74, *Centrafarm BV e De Peijper c. Sterling Drug* - "Centrafarm", in *Racc.* 1974, p. 1147, punto 41; 14 febbraio 1978, causa 27/76, *United Brands Company e United Brands Continental BV c. Commissione delle CE "United Brands"*, in *Racc.* 1978, p. 207, punto 28; 20 giugno 1978, *Tepea BV c. Commissione "Tepea"*, causa 28/77, in *Racc.* 1978, p. 1391, punto 47; 13 febbraio 1979, causa 85/76, *Hoffmann-La Roche c. Commissione delle CE - "Hoffman"*, in *Racc.* 1979, p. 461, punto 122.

¹² C. giust. CE, 12 dicembre 1974, causa 36/74, *Walrave et Koch c. Association Union Cycliste Internationale* - "Walrave", in *Racc.* 1974, p. 1405, punto 11.

¹³ C. giust. CE, 28 settembre 1988, cause riunite 89, 104, 114, 116, 117, e 125-129/85, *Pasta di legno - "Pasta di legno"*, in *Racc.* 1988, p. 5193 ss.

¹⁴ Dec. Comm. CE, 19 dicembre 1984, *Pasta di legno*, n. 85/202/CEE, in G.U. L 85, 26 marzo 1985. In particolare, la Commissione riteneva incompatibile con la disciplina comunitaria rilevante una pratica concertata tra produttori di pasta di legno stabiliti negli Stati Uniti, in Svezia, in Canada, in Finlandia, in Norvegia, in Portogallo ed in Spagna e tra numerose associazioni professionali con la quale venivano fissati i prezzi dei loro prodotti.

perplexità. Non va sottovalutata, in primo luogo, la potenziale discriminazione tra imprese comunitarie ed imprese non comunitarie. Difatti, agli accordi conclusi tra le prime che, di fatto o in potenza, impedissero, restringessero o falsassero la concorrenza era in ogni caso applicabile il divieto di cui all'attuale art. 101, par. 1, TFUE. Viceversa, gli accordi conclusi tra o con imprese non comunitarie erano vietati soltanto qualora producevano un effetto all'interno dell'UE. In secondo luogo, va considerata la difficoltà a giustificare la competenza di diritto comunitario rispetto a condotte omissive realizzate all'esterno; ovvero, se la *condicio sine qua non*, perché la disciplina comunitaria sia operativa, è l'attuazione dell'accordo nell'UE, appare improbabile l'applicazione di tale disciplina alla categoria degli accordi che impongano obblighi di «non fare». Non ricadono, cioè, nel divieto di cui all'art. 101, par. 1 TFUE, quelle pratiche che, impedendo un determinato comportamento, favoriscano talune imprese e, di conseguenza, alterino il gioco della concorrenza.

Successivamente, nel caso *Gencor*¹⁵, il Tribunale, riprendendo quanto affermato nella sentenza *Pasta di legno*, ha precisato che «il criterio dell'attuazione dell'intesa viene soddisfatto con la semplice vendita nella Comunità, indipendentemente dall'ubicazione delle fonti di approvvigionamento e degli impianti di produzione», ed ancora «qualora sia prevedibile che una progettata concentrazione produca un effetto immediato e sostanziale nella Comunità, l'applicazione del regolamento [4064/89, del 21 dicembre 1989]¹⁶ è giustificato con riferimento al diritto internazionale pubblico». È di palmare evidenza un'apertura del Tribunale alla teoria degli effetti, sia pure circoscritta alla normativa

in materia di concentrazione. Peraltro, anche il considerando 10 del reg. 139/04, del 20 gennaio 2004¹⁷, riprendendo con poche modifiche il considerando 11 del reg. 4064/89, sancisce: «si dovrebbe considerare che una concentrazione abbia dimensione comunitaria quando il fatturato totale delle imprese interessate supera determinate soglie, e ciò indipendentemente dal fatto che le imprese che attuano la concentrazione abbiano o no nella Comunità la loro sede o il loro campo principale di attività, qualora vi svolgano attività sostanziali».

IV. (Segue) RECENTI SVILUPPI

I più recenti atti dell'Unione sull'applicazione degli artt. 101 e 102 TFUE nulla dicono in merito all'applicazione del diritto europeo della concorrenza oltre i confini dell'Unione¹⁸. Qualche riferimento all'argomento si rinviene nelle *Linee direttrici la nozione di pregiudizio al commercio tra Stati membri di cui agli articoli 81 e 82 del trattato*¹⁹, che richiamano gli effetti transfrontalieri degli accordi illeciti e il criterio di valutazione oggettivo degli stessi e dei loro effetti pregiudizievoli. In particolare, di tali linee si segnalano i seguenti punti: *i*) «Il criterio del pregiudizio al commercio limita il campo di applicazione degli attuali artt. 101 e 102 TFUE agli accordi ed alle pratiche abusive che possono avere un livello minimo di effetti transfrontalieri all'interno della Comunità [oggi Unione europea]. Secondo quanto stabilito dalla Corte di giustizia, la capacità dell'accordo o della pratica di pregiudicare il commercio tra Stati membri deve essere "sensibile"» punto 13; *ii*) «La valutazione degli effetti sul commercio si basa su fattori oggettivi. Non è richiesta l'intenzione soggettiva da parte delle im-

¹⁵ C. giust. CE, 25 marzo 1999, *Gencor Ltd c. Commissione* - "Gencor", causa T-102/96, in *Racc.* 1999, p. II-753).

¹⁶ In G.U. L 257, 21 settembre 1990.

¹⁷ In G.U. L 24, 29 gennaio 2004.

¹⁸ Reg. 1/2003 del Consiglio, del 16 dicembre 2002, concernente l'applicazione delle regole di concorrenza di cui agli artt. 81 e 82 TCE (oggi artt. 101 e 102 TFUE) (G.U.C.E. L 1, 4 gennaio 2003, pp. 1-25); Comunicazione della Commissione al Parlamento e al Consiglio - Relazione

sul funzionamento del regolamento n. 1/2003 (SEC(2009)574) e la 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 (2009/C 45/02); Comunicazione della Commissione sulla cooperazione nell'ambito della rete delle Autorità garanti della concorrenza (G.U. C-101, 27 aprile 2004, pp. 43-53).

¹⁹ In G.U.C.E. 2004 C-101/7.

prese interessate. Se, tuttavia, è provato che le imprese hanno inteso pregiudicare il commercio tra Stati membri, ad esempio perché hanno cercato di ostacolare le esportazioni o le importazioni da altri Stati membri, questo è un fattore pertinente da considerare» punto 25; *iii*) «I termini “possano pregiudicare” ed il riferimento fatto dalla Corte di giustizia a “un grado di probabilità adeguato” implica che non sia necessario, per applicare il diritto comunitario, stabilire se l'accordo o la pratica abbiano o abbiano avuto un'effettiva incidenza sul commercio tra gli Stati membri. È sufficiente che l'accordo o la pratica siano “idonei” ad avere un effetto di questo tipo» punto 26; *iv*) «L'applicabilità del diritto comunitario si estende alle categorie di accordi e di pratiche che sono atte ad avere effetti transfrontalieri, indipendentemente dal fatto che un accordo o una pratica particolari abbiano effettivamente tale incidenza» punto 27; *v*) «L'espressione “correnti degli scambi” ha carattere neutro. Il presupposto non è che il commercio venga ristretto o ridotto. La struttura degli scambi può essere alterata anche quando un accordo o una pratica determinano un aumento degli scambi. In effetti, si applica il diritto comunitario se è probabile che il commercio tra Stati membri si sviluppi in maniera diversa in presenza dell'accordo o della pratica rispetto a come si sarebbe probabilmente sviluppato in sua assenza» punto 34; *vi*) «Quest'interpretazione riflette il fatto che il criterio del pregiudizio al commercio serve a stabilire il diritto applicabile, ossia a distinguere gli accordi e le pratiche che possono avere effetti transfrontalieri tali da giustificare un esame ai sensi del diritto comunitario della concorrenza dagli accordi e dalle pratiche che non hanno tali effetti» punto 35.

Inoltre, il tema dell'applicazione extraterritoriale della normativa europea della concorrenza ha assunto particolare rilievo nell'ambito dei procedimenti di clemenza dinanzi alla Commissione UE²⁰. Infatti, la Comunicazione dell'Unione sul trattamento sanzionatorio favorevole in vigore, precisa, *nell'incipit*, che essa «stabilisce le linee generali per ricompensare la cooperazione all'indagine della Commissione fornita da imprese che fanno o hanno fatto parte di cartelli segreti aventi ripercussioni negative sulla Comunità». Vale a dire che essa trova applicazione al di fuori del territorio dell'Unione, qualora sia stato posto in essere o vi sia la minaccia di un pregiudizio al mercato interno ed ai consumatori europei. Sicché, con riferimento a tale problematica trova conferma ed attuazione la teoria degli effetti. E questo sia perché i procedimenti di *leniency* interessano imprese di nazionalità diverse e di Paesi extracomunitari, sia perché toccano interessi economici “globali”, sia perché coinvolgono solitamente gruppi societari aventi sedi legali tanto nell'UE quanto in altri Paesi. Si tratta, dunque, di procedimenti che richiedono un'effettiva ed efficace collaborazione tra la Commissione europea e le Autorità della concorrenza presenti nel mondo.

Va altresì sottolineato che, in generale, i casi di immunità dalla sanzione terminano con pronunce della Corte di giustizia sulla concessione del beneficio e/o sull'esatto importo dell'ammenda da irrogare. E, non di rado, accade che le imprese facciano valere, tra i motivi di ricorso, l'assoggettabilità a discipline non europee in ragione della propria sede legale al di fuori dell'UE. Motivo che viene puntualmente rigettato dalla Corte in virtù della teoria degli effetti (v. ad esempio caso *Tokai carbon*²¹).

²⁰ Comunicazione sulla non imposizione o sulla riduzione delle ammende nei casi di intesa tra imprese, in G.U.C.E. C-207, 18 luglio 1996, sostituita dalla Comunicazione relativa all'immunità dalle ammende e alla riduzione dell'importo delle ammende nei casi di cartelli tra imprese, in G.U.C.E. C-45, 19 febbraio 2002, p. 3, a sua volta sostituita dalla Comunicazione del 2006, in G.U.U.E. C-298, 8 dicembre 2006, p. 17.

²¹ Caso *Tokai Carbon* - COMP/37.667. Le imprese che avevano preso parte alle condotte anticompetitive erano otto: la *Sgl Carbon Ag* (Germania), la *Carbone-Lorraine S.A.* (Francia), la *Ibidem Co. Ltd.*, la *Tokai Carbon Co. Ltd.*, la *Toyo Tanso Co. Ltd.*, la *Nippon Steel Chemical Co. Ltd.* (Giappone), la *Intech Edm B.V.* (Olanda) e la *Graftech International Ltd.* (Usa), che ha ottenuto la piena immunità per aver informato la Commissione eu-

V. GLI ACCORDI BILATERALI E MULTILATERALI

Il sistema descritto è arricchito e completato da dettagliati meccanismi di cooperazione e di coordinamento dell'attività delle Autorità competenti che sono stati predisposti, da un lato, per la crescente interdipendenza delle economie nazionali; dall'altro, per la notevole importanza che la corretta applicazione del diritto della concorrenza ha per il funzionamento dei mercati e degli scambi. Inoltre, come già notato, in mancanza di collaborazione tra Autorità competenti, il rischio di conflitti è molto alto per la possibilità che siano adottate decisioni contraddittorie e per l'elevata probabilità che siano messi in causa gli interessi fondamentali di un altro Paese.

In tale contesto, vanno evidenziati gli effetti positivi della cooperazione tra la Commissione europea e l'*Antitrust Division del Department of Justice (DOJ)* degli Stati Uniti, instauratasi già da alcuni decenni. La collaborazione tra Unione e Usa ha permesso la risoluzione, in via amministrativa e/o giudiziaria, dei procedimenti mediante conferma ed applicazione della teoria degli effetti così come formulata dalla giurisprudenza dell'Unione. La maggiore parte dei procedimenti recenti ha riguardato il settore delle telecomunicazioni, dei trasporti aerei o della tecnologia (ad esempio, i casi: *WorldCom/Mci*²², *General Electric/Honeywell*²³, *Amadeus*²⁴).

L'UE opera di concerto con le omologhe Autorità degli Stati terzi anche nel quadro di accordi internazionali appositamente stipulati. Tale collaborazione spesso è accessoria alla politica commerciale, oppure è la prima tappa verso l'eventuale adesione. Sotto il primo profilo va osservato che, sebbene gli accordi commerciali non siano in principio diretti a regolare la concorrenza tra le parti, ac-

canto a generici obblighi politici di cooperazione per disciplinare l'intervento delle imprese sui mercati interessati, contengono spesso disposizioni di grande rilievo per il settore indicato.

Sotto il secondo profilo va ricordato che numerosi accordi di associazione accolgono disposizioni dirette a disciplinare il libero gioco della concorrenza tra le parti. Per tal via, gli Stati terzi si impegnano ad introdurre nel loro ordinamento disposizioni analoghe a quelle comunitarie ed un comitato paritetico d'associazione sorveglia il rispetto degli obblighi assunti. Il sistema incontra tuttavia un limite dovuto all'impossibilità di sanzionare comportamenti anti-concorrenziali alla luce dell'accordo; infatti, è lasciato alla discrezionalità degli Stati prevedere appropriate sanzioni in caso di violazione delle norme disciplinanti la concorrenza.

A ciò vanno aggiunti taluni accordi specifici, quali i trattati bilaterali con gli Stati Uniti d'America²⁵, il Canada²⁶, il Giappone²⁷ e la Corea²⁸; nonché i memorandum d'intesa con il Brasile (firmato il 9 ottobre 2009), la Cina (firmato il 6 maggio 2004) e la Russia (firmato il 10 marzo 2011). In tali intese, le attività di cooperazione sono basate sul principio della *comitas gentium*, sia negativa sia positiva, e sono attuate mediante svariati strumenti: la notifica, lo scambio delle informazioni, il coordinamento delle attività e l'assistenza tra le Autorità competenti.

Sempre nell'ambito delle questioni attinenti l'applicazione degli artt. 101 e 102 TFUE al di fuori dell'ordinamento UE, esistono poi contesti di collaborazione multilaterale. Innanzitutto, a partire dal 1° gennaio 1994, norme *antitrust* corrispondenti ai contenuti degli artt. 101 e 102 TFUE sono in vigore all'interno dello Spazio Economico Europeo (composto dai Paesi UE e dai rimanenti Stati aderenti all'Aels - Associazione europea di libero scambio).

ropea del cartello. Sulla questione v. altresì Trib. CE, 15 giugno 2005, cause riunite T-71/03, T-74/03, T-87/03, T-91/03, *Tokai Carbon - "Tokai Carbon"*, in *Racc.* 2005, II-1181, e C. giust. CE, 10 maggio 2007, C-328/05 P, *SGL Carbon c. Commissione - "SGL"*, in *Racc.* 2007, I-3921.

²² Dec. Comm. 2003/790/CE, COMP/M.1741, *MCI WorldCom/Sprint*, in G.U.C.E. L 300, 2003, p. 1.

²³ Dec. Comm., 13 luglio 2001, COMP/M.2220, *General Electric/Honeywell*, G.U.C.E. L 48, 2004, p. 1.

²⁴ Cfr. comunicato stampa della Commissione, IP/00/835, del 25 luglio 2000.

²⁵ In G.U.C.E. L 95, 27 aprile 1995, pp. 47-50.

²⁶ In G.U.C.E. L 175, 10 luglio 1999, p. 50.

²⁷ In G.U.C.E. L 183, 22 luglio 2003, p. 12 ss.

²⁸ In G.U.C.E. L 202, 4 agosto 2009, p. 36.

Meno stringenti, sotto il profilo considerato, gli accordi conclusi tra l'UE ed i Paesi in via di sviluppo che non impongono allo Stato terzo l'obbligo di disciplinare l'attività delle imprese sul mercato secondo i rigorosi parametri comunitari, giacché in taluni Paesi in via di sviluppo la stessa nozione di libertà di concorrenza è sconosciuta. In generale, questi Paesi sono parti dell'accordo multilaterale di Cotonou, entrato in vigore il 1° aprile 2003 (G.U.C.E. L 317, 15 dicembre 2000).

In siffatto contesto, la cooperazione tra le parti è diretta ad assicurare il costante sviluppo delle capacità giuridiche e normative necessarie a tutelare la libertà economica, ad impedire che sia ostacolata la competitività ed a salvaguardare le esigenze dei consumatori. Invero, le parti riconoscono la fondamentale importanza delle regole di concorrenza per garantire un contesto favorevole agli investimenti, un processo di industrializzazione durevole e un accesso trasparente ai mercati. Di conseguenza, viene vietato – sia pure a determinate condizioni – ogni tipo di pratica anti competitiva, compreso l'abuso di posizione dominante sul mercato comunitario e/o sul territorio degli Stati ACP.

Inoltre, la Commissione partecipa attivamente alle attività di un certo numero di organizzazioni multilaterali come, l'Organizzazione per la cooperazione e lo sviluppo economico (OCSE), l'UNCTAD, l'Organizzazione mondiale del commercio (OMC). In tali sedi viene promossa la convergenza delle politiche attraverso il dialogo e lo scambio di opinioni e, in alcuni casi, attraverso la creazione di pratiche raccomandate. Più precisamente, il dibattito è concentrato soprattutto sui cartelli internazionali *hard core*, il cui "nucleo duro" è costituito da accordi orizzontali (tra imprese concorrenti) che producono gli effetti più nocivi per i consumatori e per il commercio internazionale, in quanto diretti a fissare i prezzi o le quantità prodotte e a ripartire i mercati. Tra questi, i cartelli all'esportazione rappresentano la pratica anticompetitiva più grave sul piano internazionale, giacché, molto frequentemente, l'Autorità del Paese "vittima" non è in grado di condurre un'azione adeguata alla reintegra-

zione dei danni, mancando di poteri all'uopo necessari. D'altro canto, l'Autorità del Paese da cui la condotta *antitrust* ha origine non dispone di poteri adeguati, oppure non ha interesse a cooperare, proprio perché la pratica non produce effetti negativi sul mercato nazionale.

Infine, va segnalato che il sistema più evoluto di collaborazione è rappresentato dall'*International Competition Network* (ICN), costituito tra le Autorità di concorrenza di tutto il mondo. Il *forum* internazionale è stato costituito a New York il 25 ottobre 2001, sulla base di un progetto predisposto inizialmente dal *Department of Justice* e dalla *Federal Trade Commission* statunitensi, dal *Canadian Competition Office* e dalla Commissione europea. L'ICN è soprattutto una rete virtuale che, grazie al suo carattere informale, ha facilitato i contatti tra i suoi membri, anche attraverso congressi annuali e riunioni periodiche in cui vengono discusse problematiche di rilievo ed esaminate questioni relative a pratiche anticompetitive di interesse comune.

L'adesione all'ICN è volontaria ed aperta a tutte le Autorità di concorrenza nazionale o multinazionale competenti a dare attuazione alla normativa *antitrust*. L'ICN coopera molto attivamente con le organizzazioni internazionali (ad esempio, OCSE, OMC, UNCTAD), con le associazioni di professionisti, le associazioni di consumatori e, più in generale, con gli esperti di settore (ad esempio, accademici).

L'obiettivo dell'ICN è la realizzazione di una convergenza procedurale e sostanziale nell'applicazione della normativa *antitrust* attraverso la definizione di principi-guida e l'adozione di raccomandazioni non vincolanti dirette ad eliminare le difficoltà di procedure farraginose o duplicative, per avvantaggiare i consumatori e per migliorare la cooperazione internazionale in materia di tutela dell'assetto concorrenziale dei mercati. Nel caso in cui viene raggiunto un consenso generale su talune raccomandazioni o «*best practices*», la loro attuazione è rimessa alle Autorità nazionali.

Bibliografia

- R. ADAM, «Limiti esterni delle norme comunitarie sulla concorrenza», in *Riv. dir. internaz.*, 1975, p. 254 ss.; G. ADINOLFI, «Gli strumenti di cooperazione internazionale in materia antitrust fra politica commerciale e politica della concorrenza», in *Comun. e studi*, vol. XXII, 2002, p. 413 ss.; D. AGUS, «Una global governance della concorrenza?», in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2007, II, p. 345; V. CHIMIANTI, «L'interazione tra la politica antitrust e gli scambi commerciali: problemi e prospettive», in *Dir. comm. internaz.*, 2007, IV, p. 829; M. DE BELLIS, «Gli standards globali per i servizi finanziari: concorrenza e reciproco rafforzamento tra diversi modelli di amministrazione globale», in *Diritto e amministrazioni nello spazio giuridico globale*, (a cura di) S. CASSESE - M. CONTICELLI, Milano, 2006, p. 153 ss.; P. DEMARET, «L'extraterritorialité des lois et les relations transatlantiques: une question de droit ou de diplomatie?», in *RTDE*, 1985, p. 1 ss.; Id., «L'application du droit communautaire de la concurrence dans une économie mondiale globalisée. La problématique de l'extraterritorialité», in *La politique communautaire de la concurrence face à la mondialisation et à l'élargissement de l'Union européenne*, (ed.) J.F. BELLIS, Baden-Baden, 2001, p. 13 ss.; M. DEMETRIU - A. ROBERTSON, «US Extra-territorial Jurisdiction in Antitrust Matters: Recent Developments», in *Eur. CLR.*, 1995, p. 461 ss.; P. DE PASQUALE, *La tutela della concorrenza oltre i confini comunitari tra applicazione extraterritoriale e cooperazione*, Napoli, 2005; E.M. FOX, «The WTO's First Antitrust Case - Mexican Telecom: A Sleeping Victory for Trade and Competition», in *JIEL*, 2006, 271 ss.; Id., «Can We Solve the Antitrust Problems of Globalization by Extraterritoriality and Cooperation? Sufficiency and Legitimacy», in *Antitrust Bulletin*, 2003, p. 370; A.T. GUZMAN, «The Case for International Antitrust», in *Berkeley Journal of Internat. Law*, 2004, XXII, p. 359; F. MUNARI, *Il diritto comunitario antitrust nel commercio internazionale. Il caso dei trasporti marittimi*, Padova, 2003; B. NASCIBENE, *Aspetti internazionali della politica di concorrenza comunitaria*, in *Dir. comm. internaz.*, 2001, p. 309 ss.; L.F. PACE, «L'applicazione decentrata», in *Il nuovo diritto europeo della concorrenza - Aspetti procedurali*, G.L. Tosati - L. Bellodi, Milano, 2004, p. 221 ss.; Id., *I fondamenti del diritto antitrust europeo*, Milano, 2005; C. PESCE, *I nuovi strumenti di public enforcement - Commissione europea e Antitrust nazionale a confronto*, Napoli, 2012, p. 133 ss.; P. PICONE, «L'applicazione extraterritoriale delle regole sulla concorrenza e il diritto internazionale», in *Aa.Vv.*, *Il fenomeno delle concentrazioni di imprese nel diritto interno e internazionale*, Padova, 1989, p. 81 ss.; C. PLAIDY, «L'accord entre les Communautés européennes et les Etats-Unis concernant la mise en oeuvre du principe de courtoisie active: une étape vers l'internationalisation du droit de la concurrence», in *Contrats, concurrence, consommation*, 1999, p. 4 ss.; G. TESAURO, «Diritto transnazionale antitrust e tutela dei diritti individuali», in *Antitrust e globalizzazione*, Milano, 2004, p. 19.