

CAPITOLO I

ELEMENTI GENERALI

GLI OBIETTIVI DELLA DISCIPLINA DELLA CONCORRENZA:  
ESPERIENZA STATUNITENSE E EUROPEA A CONFRONTO

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. La nascita del diritto antitrust americano. – 3. L'avvento della disciplina della concorrenza in ambito comunitario. – 3.1. La politica di concorrenza nei Trattati istitutivi. – 3.2. Il ruolo svolto dalla giurisprudenza europea. – 3.3. I primi orientamenti della politica di concorrenza. – 3.4. Successive evoluzioni. – 3.5. La modernizzazione del diritto antitrust. – 3.6. La nuova sfida della Commissione Europea: l'*E-commerce* (cenni). – 4. L'applicazione delle regole di concorrenza: *public* e *private enforcement*. Stati Uniti e Unione Europea a confronto. – 4.1. *Public enforcement*. – 4.2. *Private enforcement*. – 5. La disciplina italiana nei rapporti tra diritto nazionale e europeo della concorrenza. – 5.1. L'avvento della disciplina antitrust nazionale. – 5.2. I nuovi poteri dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato. – 6. Conclusioni.

## 1. Introduzione

Per meglio comprendere la disciplina della concorrenza e la sua attuazione da parte delle autorità di *enforcement* e degli operatori di settore è importante caratterizzare le norme antitrust<sup>1</sup> nel contesto storico e politico di rife-

---

<sup>1</sup>In generale, in tema di diritto della concorrenza, si vedano PAPPALARDO A., *Il diritto comunitario della concorrenza. Profili sostanziali*, Milano, 2007; JONES A., SUFRIN B., *EU Competition Law*, Oxford, 2016; VAN BAEI I., BELLIS J.F., *Competition Law of the European Community*, L'Aia, 2010; WHISH R., BAILEY D., *Competition Law*, Oxford, 2015; AMATO G., EHLERMANN C. D. (a cura di), *EC competition law. A critical assessment*, Oxford-Portland, 2007; BARUCCI P., RABITTI BEDOGNI C., *20 anni di antitrust. L'evoluzione dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*, Torino, 2010; FATTORI P., TODINO M., *La disciplina della concorrenza in Italia*, Bologna, 2015; LIANOS I., GERADIN D. (a cura di), *Handbook of European competition law*, Cheltenham, 2013; LIBERTINI M., *Diritto della concorrenza dell'Unione Europea*, Milano, 2014; PERA A., CECCHINI M., *La rivoluzione incompiuta: 25 anni di antitrust in Italia*, Roma, 2015; ARAGIUSTO M., *Dinamiche e Regole della Concor-*

rimento, alla luce degli obiettivi di volta in volta perseguiti.

L'attuale legislazione dell'Unione Europea mira a proteggere la competitività dei mercati e il benessere del consumatore da illecite aggregazioni o sfruttamenti di potere economico e, al contempo, ad impedire che effetti distorsivi possano ricreare quelle barriere al commercio che sono state progressivamente ridotte o smantellate grazie alla creazione del mercato unico e alle successive politiche di liberalizzazione<sup>2</sup>.

Tale connubio di finalità, che potrebbe apparire pacifico al lettore in questo decennio, rappresenta il frutto di una progressiva e non sempre lineare evoluzione del diritto antitrust europeo, svoltasi nel tempo attraverso la concreta applicazione della disciplina e dei suoi principi<sup>3</sup>.

Il diritto della concorrenza dei nostri giorni è il risultato di una serie di eventi e vicende storiche, culturali e sociali che originano dalla considerazione secondo cui il semplice esplicarsi delle forze economiche non è da solo in grado di mantenere libero e competitivo il sistema, garantendo contemporaneamente il soddisfacimento delle istanze sociali; l'esercizio del potere di mercato da parte di alcuni soggetti potrebbe infatti minacciare l'evoluzione del pluralismo e l'indipendenza degli altri operatori economici.

Alla base di ogni legislazione antitrust vi sono dunque la diffusa consapevolezza ed il riconoscimento della necessità di interventi correttivi rispetto ai meccanismi distorsivi che possono generarsi all'interno dei mercati.

---

renza, Padova, 2006; BELLAMY AND CHILD, *European Union Law of competition*, Oxford, 2013; FRIGNANI A., PARDOLESI R., PATRONI GRIFFI A., UBERTAZZI L.C., *Diritto antitrust italiano. Commento alla legge 10 ottobre 1990, n. 287*, Bologna, 1990; DENOZZA F., *Antitrust. Leggi antimonopolistiche e tutela dei consumatori nella CEE e negli USA*, Bologna, 1988; ROSSI G., *Antitrust e teoria della giustizia*, in *Rivista delle Società*, 1995, 1.

<sup>2</sup>In tema di diritto europeo, e sulle politiche di liberalizzazione in ambito europeo cfr.: TIZZANO A. (a cura di), *Trattati dell'Unione Europea e della Comunità europea*, Milano, 2004; TESAURO G., *Il diritto dell'Unione Europea*, Padova, 2012; CHITI M.P., GRECO G. (diretto da), *Trattato di diritto amministrativo europeo*, Milano, 2007; DANIELE L., *Diritto dell'Unione Europea. Sistema istituzionale. Ordinamento. Tutela giurisdizionale. Competenze*, Milano, 2014.

<sup>3</sup>Per una ricostruzione dell'evoluzione della politica della concorrenza cfr. TESAURO G., *Il diritto dell'Unione Europea*, Padova, 2012, p. 619 ss.; LIBERTINI M., *La concorrenza degli antichi e la concorrenza dei moderni*, in RABITTI C., BARUCCI P. (a cura di), *Vent'anni di antitrust*, cit., p. 97 ss.; CASSESE S., *La nuova Costituzione economica*, Bari, 2011, p. 43 ss.; COLANGELO G., *La politica europea della concorrenza alla luce del progetto della nuova Costituzione*, in *Riv. it. dir. pub. com.*, 2005, p. 1127 ss.; TOSATO G.L., BELLODI L., *Il nuovo diritto europeo della concorrenza. Aspetti procedurali*, Milano, 2004; DANIELE L., *Diritto del mercato unico europeo e dello spazio di libertà, sicurezza e giustizia*, Milano, 2016.

Per comprendere l'attuale normativa europea e gli sviluppi che hanno condotto ad essa, non si può tuttavia prescindere da alcuni cenni sul diritto antitrust statunitense; la disciplina europea ha, infatti, ampiamente usufruito dei risultati conseguiti oltreoceano.

È opportuno riassumere i principali passaggi evolutivi di tale esperienza, che ha avuto il merito di porre in discussione alcune convinzioni circa gli effettivi benefici che derivano dall'acritico mantenimento della spontanea struttura dei mercati. Saranno prima descritti gli elementi del diritto statunitense che più hanno contribuito alla corrente elaborazione del diritto europeo, per poi compiere una disamina delle analogie e delle differenze che contraddistinguono i due sistemi, con particolare riferimento ai concetti di *public e private enforcement* del diritto antitrust<sup>4</sup>.

## 2. La nascita del diritto antitrust americano

Il contesto storico e sociale degli Stati Uniti nel periodo successivo alla guerra civile (1861-1865) costituì la premessa per la formazione della prima legge contro i monopoli; pochi soggetti, attraverso i c.d. *trusts*<sup>5</sup>, erano in grado di dominare i settori principali dell'economia (es. trasporti ferroviari, petrolio, zucchero, grano), a discapito della *middle class* americana, in particolare agricoltori e commercianti i quali, privi di potere di negoziazione sul mercato, si ritrovavano a dover soggiacere alle condizioni economiche imposte dai grandi cartelli.

Nel 1890, il malessere che si andava diffondendo tra le classi rurali, ancora in grado di giocare un ruolo fondamentale in ambito elettorale a causa del potere dei monopolisti, condusse all'emanazione della prima legge contro i monopoli, lo *Sherman Act*, il quale stabiliva l'illiceità di accordi e *trust* restrittivi del commercio tra Stati federali e tra Stati Uniti e Paesi terzi, nonché il divieto di pratiche monopolistiche, fossero esse realizzate o semplicemente tentate. Possiamo così, sia pur schematicamente, riassumere le successive fasi di evoluzione del sistema di tutela della concorrenza nell'ordinamento statunitense.

---

<sup>4</sup> Cfr. *infra*, par. 4 e, più approfonditamente, cap. V, par. 1.

<sup>5</sup> Nel 1882, la gestione delle più importanti società petrolifere, fino ad allora in concorrenza tra loro, fu affidata ad un consiglio di fiduciari (c.d. *Standard Oil Trust*) che svolgeva il ruolo di una vera e propria *holding company*, incaricata di prendere le decisioni per tutte le compagnie riunite nel *trust*.

a) Il ventennio successivo all'emanazione dello *Sherman Act* (1890-1914) è contraddistinto dai primi casi di applicazione delle sue disposizioni a grandi *trust* e concentrazioni economiche<sup>6</sup>, attraverso i quali le Corti federali affermano il grave contrasto tra le grandi aggregazioni di potere industriale ed i principi costituzionali della libera iniziativa economica.

Al contempo, nasce e si sviluppa la teoria giurisprudenziale della *c.d. rule of reason*, il principale e più importante criterio per stabilire la liceità di una restrizione della concorrenza che consiste nel valutare se gli effetti restrittivi di un accordo siano compensati dalla presenza di effetti positivi (*c.d. pro-concorrenziali*) per la concorrenza.

Ad esempio, nel *leading case Standard Oil*, la Corte federale si fa portatrice dell'esigenza di non rallentare eccessivamente il processo di industrializzazione e lo sviluppo di grosse imprese in grado di sfruttare le economie di scala; a parziale mitigazione delle prescrizioni contenute nello *Sherman Act* ed in applicazione della *rule of reason*, la verifica della liceità di una restrizione alla concorrenza è formulata soppesando gli effetti *pro* ed *anti* competitivi dell'accordo, alla luce della sua natura e delle caratteristiche e condizioni dei mercati rilevanti.

La *per se rule*, che stabilisce una presunzione di illegalità per tutti gli accordi restrittivi della concorrenza, troverà applicazione soltanto per accordi di particolare gravità (denominati anche *hard core restrictions*)<sup>7</sup>.

Dal punto di vista del diritto sostanziale, tale approccio ha costituito per lungo tempo la principale differenza tra il diritto statunitense e quello europeo. Tuttavia, pur tenendo conto delle dovute differenze tra i due sistemi, è possibile affermare che la *rule of reason* rappresenti oggi, anche in ambito europeo, un importante parametro di formazione del giudizio di legalità rispetto ad una condotta potenzialmente lesiva della concorrenza<sup>8</sup>.

---

<sup>6</sup> Cfr. *USA vs. Trans Missouri Freight Ass.*, 166 U.S. 290 (1897); *USA vs. Adduston Pipe & Steel Co.*, 175 U.S. 211 (1898); *Standard Oil Co. vs. USA*, 221 U.S. 1 (1911); *USA vs. American Tobacco Co.*, 221 U.S. 106 (1911).

<sup>7</sup> La Corte Suprema ha definito gli accordi che impongono l'applicazione letterale del divieto come quegli *"agreements or practices which because of their pernicious effect on competition and lack of any redeeming virtue are conclusively presumed to be unreasonable and therefore illegal without elaborate inquiry as to the precise harm they have caused or their business excuse for they use"*, *Northern Pacific R. Co. vs. United States*, 356 U.S. 1 (1958).

<sup>8</sup> Una svolta importante nell'applicazione della *rule of reason* da parte delle Corti americane si è avuta nel caso *Leegin*, nel quale la Suprema Corte ha esteso l'applicazione di tale criterio ad un'ipotesi di intesa verticale, affermando che la fissazione del prezzo di rivendita (RPM), in presenza di determinate circostanze, può rappresentare uno stimolo per la concorrenza *inter-brand*, potendo per questo essere esentato dal divieto previsto nella Sez. 1 dello

b) Alla pronuncia *Standard Oil* segue un periodo di estesa applicazione del diritto antitrust (1914-1972), in cui le Corti federali avalleranno la politica di *enforcement* ispirata ad un modello di concorrenza c.d. *workable* (ovvero praticabile o sostenibile), volta ad impedire lo sviluppo incontrollato dei mercati attraverso interventi non soltanto antitrust ma anche di tipo regolamentare, da parte delle competenti autorità<sup>9</sup>.

Questa fase di contrasto alle pratiche concorrenziali e ai monopoli sarà caratterizzata da un deciso intervento pubblico nell'economia, che inciderà sensibilmente sull'esercizio del diritto di libera iniziativa economica delle imprese. Negli anni '60 (c.d. *fase strutturale*) tale approccio raggiungerà il culmine e la rigorosa applicazione della disciplina sarà estesa a fattispecie ritenute oggi meno dannose, quali gli accordi verticali, intervenuti cioè tra soggetti che operano a livelli diversi nella commercializzazione del prodotto (nello specifico, tra imprese attive a livelli diversi della filiera produttiva, ad esempio tra le imprese e i propri distributori)<sup>10</sup>.

c) A partire dai primi anni '70 e fino al 1992 circa, la teoria ortodossa sarà severamente messa in discussione dagli economisti della scuola di Chica-

---

Sherman Act, *Leegin Creative Leather Products, Inc vs. PSKS Inc*, 551 U.S. 877 (2007). Per un'analisi del ruolo della *rule of reason* nel diritto antitrust nord-americano cfr. GELLHORN E., KOVACIC W., CALKINS S., *Antitrust Law and Economics in a Nutshell*, St. Paul, 2004, p. 200 ss.; ARTHUR A., *Workable rule of reason: a less ambitious antitrust role for the Federal Courts*, in 68 *Antitrust Law Journal*, 2001, 2, p. 337 ss.; GRIMES W., *The path forward after Leegin: seeking consensus reform of the antitrust law of vertical restraints*, in 75 *Antitrust Law Journal*, 2008, 2, p. 467 ss. Si sottolinea che il dibattito sull'applicabilità della *rule of reason* nel diritto europeo della concorrenza è ancora aperto. La struttura normativa dell'art. 101 TFUE, infatti, sembra precludere la semplice assimilazione del sistema di esenzione di cui all'art. 101.3 del Trattato alla *rule of reason* americana: per una ricostruzione delle diverse posizioni cfr. PRIEST G., ROMANI F., *L'antitrust negli Stati Uniti e in Europa. Analisi e psicanalisi di una divergenza*, in *Mercato concorrenza regole*, 2002, 1, p. 151 ss.; FRIGNANI A., BARIATTI S. (a cura di), *Disciplina della concorrenza nella UE*, in *Trattato di diritto commerciale e diritto pubblico dell'economia*, Padova, 2012, p. 197. Per un approfondimento relativo all'applicazione di tale criterio da parte delle Corti europee cfr. *infra*, cap. II e IV, par. X.

<sup>9</sup> Al *Federal Trade Commission Act* del 1914, che dispone l'istituzione di una nuova Agenzia Federale (*Federal Trade Commission*) affiancata all'*Antitrust Division* del *Department of Justice* nella lotta alle pratiche collusive, segue l'emanazione del *Clayton Act* nel 1914, specificamente rivolto a contrastare le operazioni di concentrazione e poi del *Robinson Patman Act*, che estenderà i divieti dello *Sherman Act* anche alle pratiche di discriminazione dei prezzi, limitando di fatto le politiche commerciali delle imprese.

<sup>10</sup> Tra i quali, in particolare, gli accordi di acquisto e di distribuzione esclusiva, cfr. par. 56 e 152 della Comunicazione della Commissione, *Orientamenti sulle restrizioni verticali*, SEC (2010) 411 def.

go<sup>11</sup>, che incentrano la propria analisi sul concetto di *efficienza allocativa*, nozione che, pur perseguendo come finalità ultima il benessere della collettività di riferimento, lascia in secondo piano la concreta individuazione dei soggetti destinatari dei vantaggi ottenuti.

Secondo le nuove teorie, la legislazione efficiente è infatti quella che ha per effetto la massimizzazione della ricchezza della società, intesa come somma delle ricchezze degli individui di cui si compone. Ciò spiega la completa perdita d'interesse della scuola di Chicago per le questioni redistributive e la considerazione secondo cui non assumono rilievo quelle scelte che, pur sottraendo risorse ai consumatori, comportino un aumento della ricchezza delle imprese pari alla riduzione di ricchezza subita dai primi.

Inoltre, i meccanismi di mercato possiedono *ex se* gli anticorpi contro le pratiche anticoncorrenziali (c.d. *concorrenza con funzione di autocorrezione del mercato*). Da tale corollario consegue l'opportunità di ridurre allo stretto necessario (lotta contro i grandi cartelli e le concentrazioni orizzontali) gli interventi governativi e regolamentari, posto che le imprese che attuano forme di cooperazione contribuiscono – se efficienti – al miglioramento del benessere complessivo del sistema.

d) L'impostazione della scuola di Chicago, nella parte in cui sosteneva un approccio economico rigoroso al diritto antitrust, volto a perseguire l'*efficienza allocativa* c.d. sistemica, è tutt'ora condivisa dalle Corti Federali americane.

Tuttavia, sul finire del secolo scorso non tardano a svilupparsi delle analisi critiche sul concetto di c.d. *concorrenza con funzione di autocorrezione del mercato* e sulle semplificazioni proposte dal modello economico precedente<sup>12</sup>, fondate sul fatto che la Scuola di Chicago aveva considerato come innate condizioni raramente riscontrabili nella realtà dei mercati (es. simmetrie informative, assenza di barriere all'entrata, livelli costanti di produzione, ecc.).

---

<sup>11</sup> Cfr. *ex multis*, POSNER R., *The Chicago Law School of Antitrust*, in 127 *U. Pa. L. Rev.*, 1979, p. 925 ss.; STIGLER G., *The Organization of Industry*, Chicago, 1968.

<sup>12</sup> Cfr. VON HAYEK F.A., *The constitution of liberty*, New York, 1960; dello stesso autore v. anche *Conoscenza, competizione e libertà*, Soveria Mannelli, 1998. Per Hayek, il contributo della concorrenza all'efficienza è legato alla trasmissione delle informazioni detenute dagli operatori in forma disaggregata e decentrata; per tale ragione, l'efficienza complessiva del sistema non può essere calcolata attraverso simulazioni di mercato (condotte indifferentemente da giudici o amministratori a livello centrale) che non tengano conto degli effettivi meccanismi di funzionamento di quest'ultimo; cfr. SCHUMPETER J., *Teoria dello sviluppo economico*, Milano, 1977. Secondo l'Autore, principale interprete della tesi c.d. evoluzionista del mercato, l'analisi economica antitrust necessita di un approccio dinamico e non strutturale, che tenga conto dell'effettiva influenza esercitata dal progresso tecnologico.

In particolare, le teorie della c.d. scuola *post* Chicago si propongono di fornire sofisticate interpretazioni dei modelli econometrici, in risposta alla rinnovata complessità delle strategie collusive poste in essere dalle imprese e al crescente sviluppo tecnologico dei mercati<sup>13</sup>.

Le Corti Federali, chiamate ad effettuare riesami critici degli effetti economici delle pratiche poste in essere, mostrano tuttavia difficoltà nel recepire i nuovi modelli tanto che, ancora oggi, il diritto antitrust americano sta conoscendo un periodo di rivisitazione critica della Scuola di Chicago, nel tentativo di adottare un'impostazione che assicuri la certezza del diritto attraverso l'adozione di regole chiare e trasparenti.

### 3. *L'avvento della disciplina della concorrenza in ambito comunitario*

#### 3.1. *La politica di concorrenza nei Trattati istitutivi*

Se l'esperienza statunitense del diritto della concorrenza è stata in grado di fungere da modello per la nascente Comunità Economica Europea, nell'intenzione del legislatore comunitario il diritto della concorrenza doveva assumere una fisionomia distinta da quanto avvenuto negli USA (soprattutto a seguito dell'affermazione della scuola di Chicago)<sup>14</sup>. In Europa era infatti preponderante una nozione di concorrenza finalizzata innanzi-

---

<sup>13</sup> Come è stato osservato *ex multis*, cfr. LIBERTINI M., *op. cit.*, (nt. 3), p. 107, la crisi del metodo offerto dalla Scuola di Chicago affonda le sue radici proprio nella consapevolezza che il concreto operare dei mercati reali non può essere adeguatamente spiegato da modelli eccessivamente semplificati e formalizzati. Sintomatico di questa nuova tendenza evolutiva è l'emanazione nel 1992 delle nuove Merger Guidelines, *U.S. Departmentt of Justice & Fed. Trade Commission, Horizontal Merger Guidelines* (1992, rev. 1997), in [www.justice.gov/atr/public/guidelines/hmg.pdf](http://www.justice.gov/atr/public/guidelines/hmg.pdf), che, affrontando nuove problematiche, introducono metodologie di analisi e teorie economiche innovative, che saranno prese in considerazione dagli stessi giudici nella valutazione delle efficienze che potrebbero derivare da alcune restrizioni alla concorrenza (es. concentrazioni verticali e *joint ventures*).

<sup>14</sup> Nell'Europa del secondo dopoguerra, le teorie economiche che riscontravano maggior consenso erano riconducibili alla scuola ordoliberalista di Friburgo, la quale promuoveva un modello in cui l'attività industriale era oggetto di un coordinamento pubblico funzionale alla promozione di un ideale egualitario e al contempo libertario. I principi di giustizia sociale e libertà individuale dovevano essere protetti sia dalle ingerenze governative che dal potere economico dei privati attraverso interventi normativi che garantissero una libera concorrenza e attraverso un'equa distribuzione dei benefici generati dal mercato. In tema GERBER D.J., *Constitutionalizing the Economy: German Neo-Liberalism, Comparative Law and the New Europe*, in *42 Am. J. Comp. L.*, 1, 1994, p. 25.

tutto alla realizzazione di un'efficienza *distributiva*. Inoltre, l'applicazione del diritto della concorrenza era ritenuta in grado di determinare benefici – sia pure indiretti – per gli utenti finali nell'ambito di una politica economica rivolta a contenere i prezzi delle imprese e incrementare la qualità dei servizi.

Il Trattato che istituisce la Comunità Europea, sottoscritto a Roma nel 1957 “TCE”), prevede tra i fini della Comunità la creazione di un regime volto a garantire che la concorrenza nel mercato interno non sia falsata (art. 3.1, lett. g, TCE)<sup>15</sup>.

Nella visione iniziale dei padri costituenti, la concorrenza non appare tuttavia chiaramente percepita come un valore autonomo, ma come uno strumento volto a perseguire i più ampi obiettivi fondamentali per i quali è nata la Comunità Europea, i quali includono, tra gli altri, il processo di integrazione dei mercati fino alla realizzazione del mercato unico, l'occupazione, la protezione sociale, il miglioramento della qualità della vita, la coesione economica e sociale e la solidarietà tra gli Stati membri (art. 2, TCE). Il diritto antitrust (in particolare gli artt. 85 e 86 TCE) rappresentava uno degli strumenti volti a realizzare tali obiettivi<sup>16</sup>.

---

<sup>15</sup> Il Trattato di Lisbona del 13 dicembre 2007, entrato in vigore il primo dicembre 2009, (GUUE, C 306, 17 dicembre 2007, nella versione consolidata del Trattato dell'Unione Europea (“TUE”) e del Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea (“TFUE”) non indica la concorrenza tra gli obiettivi dell'azione dell'Unione. Tuttavia, il protocollo n. 27 allegato al Trattato e dotato di medesima efficacia giuridica, attribuisce al diritto della concorrenza il ruolo di strumento indispensabile alla realizzazione degli obiettivi dei Trattati. Nel protocollo, si afferma, infatti, che “*le parti contraenti, considerando che il mercato interno ai sensi dell'art. 3 del Trattato sull'Unione europea comprende un sistema che assicura che la concorrenza non sia falsata, hanno convenuto che se necessario l'Unione europea adotta misure in base alle disposizioni dei Trattati [...]*”.

<sup>16</sup> Gli artt. 85 e 86 TCE (oggi artt. 101 e 102 TFUE ed è a quest'ultima numerazione, successiva all'entrata in vigore del Trattato di Lisbona che si farà di seguito riferimento per comodità e unità di trattazione, salvo ove specificamente indicato) riservavano all'azione delle imprese sul mercato un ruolo essenziale per l'integrazione europea, poiché la libera e consapevole autodeterminazione dei comportamenti economici era ritenuto un mezzo indispensabile per realizzare le quattro libertà fondamentali previste dal Trattato. Se da un lato tale obiettivo poteva essere assicurato lasciando agli operatori economici il più ampio spazio possibile per competere tra loro, dall'altro le norme comunitarie avevano come scopo di tutelare la formazione del mercato comune, evitando che proprio i comportamenti delle imprese determinassero limitazioni della concorrenza. Ciò vale sia con riferimento all'ipotesi in cui le imprese realizzassero accordi o intese vietate, che nel caso in cui gli operatori detentori di una posizione dominante sul mercato ne abusassero a danno di altri operatori e/o dei consumatori, in questo senso CGUE, 25 ottobre 1977, C-26/76, *Metro c. Commissione*, (in particolare par. 20); CGUE, 16 settembre 2008, cause riunite C-468/06 e C-478/06, *Sot. Lélouk kai Sia EE e altri c. GlaxoSmithKline* (in particolare par. 20).

La concorrenza come “mezzo” per la realizzazione di obiettivi di coesione economica e sociale riflette il pensiero della Scuola di Friburgo, che considerava la concorrenza come strumento primario di protezione della libertà economica delle imprese<sup>17</sup>.

Nell'interpretazione di concorrenza accolta dal Trattato di Roma, la finalità della nascente disciplina comunitaria deve quindi consistere nella protezione delle attività economiche dalla nuova insorgenza di poteri economici pervasivi e nella tutela dello sviluppo “armonioso” dei fragili mercati sorti dalle ceneri della seconda guerra mondiale e, in ultima analisi, nello sviluppo sociale nell'era *post* bellica<sup>18</sup>.

Gli Stati fondatori sono dunque consapevoli della necessità di accrescere la capacità competitiva delle imprese europee sui mercati internazionali, permettendo un loro rafforzamento dimensionale in settori produttivi cruciali per lo sviluppo dell'economia europea. In tal senso, la concorrenza svolgeva anche la funzione di salvaguardare la struttura competitiva interna, che doveva essere capace di sostenere la concorrenza delle imprese extracomunitarie e, in particolare, delle cosiddette multinazionali statunitensi<sup>19</sup>.

### 3.2. *Il ruolo svolto dalla giurisprudenza europea*

L'analisi congiunta del quadro programmatico inizialmente tracciato dal Trattato di Roma, degli obiettivi politici di volta in volta perseguiti dalla Commissione Europea e degli indirizzi interpretativi successivamente adottati dalla Corte di Giustizia, dimostra che la nozione di concorrenza e le modalità di promozione e realizzazione della stessa hanno subito una costante e progressiva evoluzione.

La Corte di Giustizia avrà innanzitutto il merito di confermare e avvalorare la funzione svolta dalla disciplina in tema di concorrenza, ritenuta indispensabile alla realizzazione degli obiettivi di carattere economico, sociale e politico della Comunità.

---

<sup>17</sup> FAULL J., NIKPAY A., *The EC law of competition*, Oxford, 2007.

<sup>18</sup> WEITBRECHT A., *From Freiburg to Chicago and Beyond – the First 50 Years of European Competition Law*, in *European Competition Law Review*, 2008, 2, p. 81 ss.

<sup>19</sup> Da questo punto di vista, si può affermare che corrisponde ad una precisa scelta di politica economica la circostanza che, fino all'entrata in vigore del Reg. CEE n. 4064/1989, ora Reg. (CE) n. 139/2004, l'art. 66 del Trattato della Comunità Europea del carbone e dell'acciaio (“CECA”) sia stata l'unica disposizione dettata in tema di concentrazioni tra imprese.

Nel caso *Walt Wilhelm*<sup>20</sup> i giudici riconoscono che “il Trattato, se mira anzitutto ad eliminare gli ostacoli alla libera circolazione delle merci nel mercato comune e a salvaguardare l’unità di detto mercato, consente pure alle autorità comunitarie di svolgere una certa azione positiva, sebbene indiretta, onde promuovere un armonico sviluppo delle attività economiche nel complesso della comunità, conformemente all’art. 2”.

In *Continental Can*<sup>21</sup>, la Corte di Giustizia ribadisce che l’effettività del regime di concorrenza contemplata nel Trattato è strettamente legata al complesso generale delle finalità perseguite dalla Comunità, statuendo che: “la tesi secondo cui l’art 3 lett. g sarebbe solo una norma programmatica ma priva di per sé di effetti giuridici, non tiene conto del fatto che l’art. 3 considera il perseguimento degli scopi da esso enunciati come indispensabile per l’adempimento dei compiti affidati alla comunità”.

Nel caso *Metro*<sup>22</sup>, la Corte si pronuncia sulle finalità perseguite dagli articoli 3 e 81 TCE (ora 101 TFUE) nel contesto comunitario richiamando il concetto, mutuato dal diritto americano, di concorrenza efficace (c.d. *workable competition*). Il modello di concorrenza perseguito nella Comunità è definito come “attività concorrenziale sufficiente a far ritenere che siano rispettate le esigenze fondamentali e le finalità del Trattato e, in particolare, la creazione di un mercato unico che offra condizioni analoghe a quelle di un mercato interno”.

### 3.3. I primi orientamenti della politica di concorrenza

I molteplici obiettivi di crescita e sviluppo previsti dal Trattato, non sempre facilmente conciliabili tra loro<sup>23</sup>, rendevano necessaria un’adeguata azione politica di direzione e di coordinamento.

Anche per tale motivo, la Commissione ha inizialmente goduto di ampi poteri centralizzati e di massima discrezionalità nel determinare gli indirizzi e le priorità della propria politica di concorrenza. Al proposito, è stato autorevolmente sostenuto che la Commissione abbia perseguito forse indebitamente fini di politica industriale ed economica i quali avrebbero dovuto ri-

---

<sup>20</sup> CGUE, 13 febbraio 1969, C-14/68, *Walt Wilhelm et alia c. Bundeskartellamt* (in particolare par. 5).

<sup>21</sup> CGUE, 21 febbraio 1973, C-6/72, *Continental Can c. Commissione*, (in particolare par. 23).

<sup>22</sup> CGUE, 25 ottobre 1977, C-26/76, *Metro c. Commissione*.

<sup>23</sup> CGUE, 21 settembre 1999, C-67/96, *Albany International BV c. Stichting Bedrijfspensioenfonds Textielindustrie*, (in particolare par. 59).

manere estranei ad una politica dell'antitrust<sup>24</sup>.

Alla visione "dirigistica" appena descritta è riconducibile la scelta del legislatore comunitario di strutturare l'art. 101 TFUE su due livelli, così da prevedere (i) il divieto e la nullità delle intese restrittive della concorrenza e (ii) una deroga o "esenzione" dal divieto per quelle intese che sono restrittive della concorrenza, ma contribuiscono al tempo stesso al miglioramento della produzione, della distribuzione, e del progresso tecnico od economico, e che quindi hanno effetti positivi per i consumatori.

Infatti, il Regolamento n. 17/1962 è intervenuto a completare tale quadro, attribuendo alla Commissione la competenza esclusiva a concedere l'esenzione individuale alle imprese che avessero dimostrato di soddisfare i requisiti contemplati dall'art. 81.3 TCE (ora art. 101.3 TFUE) così affidando alla discrezionalità dell'organo comunitario uno strumento attivo di politica economica, attraverso il quale la Comunità ha potuto, in determinate occasioni, modulare l'intensità della tutela accordata in tema di concorrenza<sup>25</sup>.

Nel periodo successivo al Trattato di Roma, l'integrazione dei mercati nazionali e la realizzazione del mercato interno hanno assunto fondamentale rilevanza nell'ambito della politica europea di concorrenza.

Va al proposito rilevato che la commistione tra la politica della concorrenza e la realizzazione del mercato comune si deve al fatto che non si è in presenza di un ordinamento politico compiuto come quello degli Stati Uniti, bensì all'interno di un'area contraddistinta dalla presenza di differenti Stati sovrani, in cui la libera circolazione di persone, beni, e servizi è ostacolata da asimmetrie e barriere di natura legislativa, fiscale e commerciale.

Sulla base di tale premessa si comprende perché la Commissione, nella fase immediatamente successiva all'entrata in vigore del Trattato, abbia utilizzato in maniera estensiva le norme antitrust soprattutto per colpire quelle intese che erano suscettibili di contribuire alla compartimentazione dei mercati nazionali ostacolando la circolazione e l'importazione di prodotti da uno Stato membro a un altro: è il caso di accordi di distribuzione esclusiva volti a creare aree in cui vigeva una protezione territoriale assoluta a favore dei distributori attraverso meccanismi che vietassero o impedissero ad ogni operatore, anche indirettamente coinvolto, di esportare i prodotti al di fuori della propria zona.

Infatti, nonostante il primo caso di applicazione della normativa in tema di intese sia relativo ad un cartello orizzontale avente ad oggetto il manteni-

---

<sup>24</sup> Sugli obiettivi non direttamente concorrenziali perseguiti dalle norme a tutela della concorrenza, FRIGNANI A., BARIATTI S., *op. cit.*, (nt. 8), p. 28 ss.

<sup>25</sup> FRIGNANI A., PARDOLESI R., PATRONI GRIFFI A., UBERTAZZI L.C. (a cura di), *Diritto antitrust italiano*, vol. I, Bologna, 1993.

mento di livelli elevati di prezzo<sup>26</sup>, l'attività investigativa e repressiva della Commissione si è per lungo tempo concentrata quasi esclusivamente sulle intese verticali e sui loro effetti sul mercato interno<sup>27</sup>.

Tale indirizzo è stato sostenuto dalla Corte in alcune storiche sentenze, nelle quali è stata ribadita la stretta connessione tra applicazione delle regole di concorrenza e abolizione delle barriere al commercio tra Stati membri<sup>28</sup>.

In particolare, nel caso *Grundig*<sup>29</sup> la Commissione sanzionava i) l'accordo di esclusiva intercorso tra un produttore francese e un distributore tedesco inteso a ripartire artificialmente due mercati contigui attraverso il divieto assoluto, per il distributore e per qualunque terzo a cui il distributore avesse rivenduto, di riesportare il prodotto al di fuori dalla zona di esclusiva e ii) l'analogo obbligo imposto dal produttore a tutti i distributori, diretti ed indiretti, operanti in altri territori nazionali.

Acconsentire ad accordi che avessero per effetto di conferire una protezione territoriale assoluta a ciascun distributore avrebbe, infatti, comportato la creazione di barriere impenetrabili alla circolazione delle merci tra Stati membri, con irreparabile pregiudizio per lo sviluppo del nascente mercato

<sup>26</sup> Decisione della Commissione, 16 luglio 1969, 69/240/CEE, *Intesa internazionale della chinina*.

<sup>27</sup> L'approccio, inizialmente rigoroso, adottato dalla Commissione nei confronti di tali accordi è stato giustificato dall'interesse ad ostacolare ogni possibile rallentamento al processo di integrazione dei mercati nazionali, *ex multis* cfr. FATTORI P., TODINO M., *La disciplina della concorrenza in Italia*, Bologna, 2010, p. 135 ss. Lo sviluppo nella seconda metà degli novanta di un dibattito critico è stato accompagnato da un'inversione di tendenza segnata prima dall'emanazione del Regolamento CE, 22 dicembre 1999, n. 2790, e poi dalla sua modifica avvenuta con Regolamento UE, 20 aprile 2010, n. 330. Per una ricostruzione del dibattito e dei cambiamenti intervenuti vedi HAWK B.E., *System Failure: Vertical Restraints and EC Competition Law*, in *Common Market Law Review*, 1995, 4, p. 973 ss.; VELEZ M., *Significant changes to the Block Exemption on Vertical Restraints*, in *European Competition Law Review*, 2011, 4, p. 212 ss.

<sup>28</sup> Cfr. *ex multis*, CGUE, 3 luglio 1974, C-192/73, *Van Zuylen c. Hag*; CGUE, 22 giugno 1976, C-119/75, *Terrapin c. Terranova*.

<sup>29</sup> CGUE, 13 luglio 1966, Cause riunite C-56/64 e C-58/64, *Consten and Grundig c. Commissione*. In questo celebre *leading case* la Corte, dopo essersi espressa per una valutazione *ragionevole* delle clausole di esclusiva reciproca, che tenesse conto dell'effettivo impatto economico sulla concorrenza di tali clausole, conferma la decisione con la quale la Commissione aveva ravvisato una violazione delle norme in materia di intese, pronunciandosi a favore di una condanna *ex se* di un sistema di *protezione territoriale assoluta*, nella misura in cui il produttore aveva posto in essere molteplici accordi con soggetti estranei al rapporto di distribuzione esclusiva, che prevedevano l'imposizione di una serie di divieti di esportazione volti ad isolare il mercato francese.

interno. Di conseguenza, i cittadini europei avrebbero riscontrato prezzi e condizioni di offerta profondamente asimmetrici fra i diversi Stati membri, senza poter così trarre beneficio dalle opportunità di scelta presenti su un mercato in cui le merci circolavano liberamente<sup>30</sup>.

### 3.4. *Successive evoluzioni*

Occorre attendere del tempo per riscontrare un tangibile mutamento degli indirizzi programmatici della Commissione verso l'affermazione della tutela della concorrenza come valore autonomo ed obiettivo da perseguire.

Tra i fattori che hanno determinato un cambio di prospettiva va annoverata la vasta e crescente diffusione dei cartelli in settori cruciali per l'economia europea (ad es. nel settore dei prodotti chimici, farmaceutici e industriali) e la conseguente formazione di vaste aree all'interno della Comunità caratterizzate da condizioni di offerta determinatesi su base collusiva.

A fronte di tale situazione la Commissione sposta gradualmente il baricentro della sua azione dalla protezione del mercato interno alla repressione dei cartelli, mostrando di saper reagire velocemente alle nuove forme di concertazione che, complice anche lo sviluppo tecnologico e dei mercati, iniziano a diffondersi. Alcune decisioni adottate negli anni ottanta contribuiscono a formare la giurisprudenza ancora oggi prevalente in tema di definizione e individuazione della pratica concordata sui mercati oligopolistici<sup>31</sup>.

Anche l'esigenza di concentrare le risorse della Commissione e delle Autorità nazionali sull'esame delle restrizioni orizzontali più gravi conduce all'emanazione di una serie di riforme aventi per oggetto: *a*) la razionalizzazione dell'analisi sull'effettivo impatto degli accordi verticali sul mercato e la semplificazione dei meccanismi di esenzione individuale (da un sistema di proibizione soggetto a deroga specifica a quello dell'eccezione direttamente applicabile) e *b*) la decentralizzazione del controllo antitrust, con la quale viene demandata anche alle Autorità nazionali l'applicazione delle norme antitrust europee e si stabiliscono regole per la ripartizione delle competenze tra le Au-

---

<sup>30</sup> Come è stato efficacemente osservato “*l’opposizione intransigente nei confronti di ogni ostacolo al commercio tra gli Stati membri dalla Commissione spiega la priorità accordata per lungo tempo alla disciplina degli accordi di distribuzione commerciale, a detrimento di altre pratiche che avrebbero meritato maggiore attenzione*” PAPPALARDO A., *Il diritto comunitario della concorrenza*, cit. (nt. 1), p. 21 ss.

<sup>31</sup> Cfr. più approfonditamente, *infra*, cap. III, par. 1.1. ss.

torità nazionali e tra quest'ultime e la Commissione Europea<sup>32</sup>.

a) Quanto al primo punto, nel 1999 la Commissione emana un nuovo regolamento di esenzione per categoria delle intese verticali (cfr. Regolamento CE n. 2790/1999, *relativo all'applicazione dell'articolo 81, paragrafo 3, del Trattato CE a categorie di accordi verticali e pratiche concordate* (1999/L 336/21)), il quale rende più semplice ed efficiente il controllo di quest'ultime, attraverso l'individuazione di una soglia presuntiva di potere di mercato al di sotto della quale si può presumere che l'accordo non determini restrizioni della concorrenza.

Nel 2010 entra in vigore il successivo Regolamento n. 330/2010 (cfr. Regolamento UE n. 330/2010, *relativo all'applicazione dell'articolo 101, paragrafo 3, del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea a categorie di accordi verticali e pratiche concordate* (210/L 102/1)), che mantiene inalterata la struttura del precedente, introducendo alcune modifiche che tengono conto delle recenti evoluzioni nel settore del commercio e delle reti di distribuzione di beni e servizi, anche a seguito dello sviluppo di *internet* e del commercio *on-line*.

b) In contemporanea, la pubblicazione del Libro Bianco<sup>33</sup> avvia il processo di modernizzazione delle regole di applicazione dell'art. 101 TFUE; si tratta di un documento programmatico nel quale la Commissione spiega l'intenzione di riformare il sistema di applicazione centralizzato, fino ad allora basato sulla sua competenza esclusiva.

Con l'entrata in vigore del Regolamento (CE) n. 1/2003, concernente l'applicazione delle regole di concorrenza di cui agli articoli 81 e 82 del trattato (2003/L 1/1), si compie la fase di creazione del mercato unico. È ormai possibile, per il legislatore europeo sottrarre alla Commissione la potestà esclusiva nell'applicazione dell'esenzione individuale *ex art. 81.3 TCE* (ora art. 101.3 TFUE), liberando le risorse demandate all'esame delle numerosissime notifiche individuali in favore della nuova priorità della lotta ai cartelli.

Viene pertanto consolidata l'applicazione dell'art. 101 TFUE da parte delle Autorità nazionali; esse vedono ampliate le loro competenze nell'ambito di un network europeo istituzionalizzato (*European Competition Network*, "ECN" o "Rete Europea dei Regolatori") all'interno del quale sono disciplinati i rapporti gerarchici tra Commissione e Autorità nazionali e tra le stesse Autorità nazionali che compongono la rete. Le regole sono impron-

---

<sup>32</sup> Cfr. *infra*, par. 3.5.

<sup>33</sup> Cfr. Commissione, *Libro Bianco sulla modernizzazione delle norme per l'applicazione degli articoli 85 e 86 del Trattato CE*, 28 aprile 1999.

tate a criteri di stretta collaborazione, parità e solidarietà<sup>34</sup>.

Le predette evoluzioni hanno così delineato un quadro in cui la tutela della concorrenza e la difesa delle regole del mercato interno sono equamente bilanciate.

Una volta consolidati gli obiettivi originariamente previsti dal Trattato, dunque, la Commissione e le Autorità nazionali possono concentrarsi sulla protezione del benessere dei consumatori, che può così diventare l'obiettivo centrale dell'attività di *enforcement*, da perseguire attraverso la salvaguardia dei processi concorrenziali ed il rafforzamento della posizione degli utenti sul mercato interno<sup>35</sup>.

Tale obiettivo presuppone, da un lato, l'adozione di un modello che persegua ugualmente l'efficienza allocativa e la massimizzazione della ricchezza complessiva del sistema e, dall'altro, la realizzazione dell'efficienza distributiva, impedendo effetti di trasferimento di risorse dai consumatori alle imprese che praticano condizioni d'offerta differenti da quelle concorrenziali.

In tal senso, è dato comprendere perché l'azione dell'Unione Europea si concentri sulla repressione delle intese orizzontali più gravi; i cartelli orizzontali non apportano alcun beneficio, posto che determinano gravi distor-

---

<sup>34</sup> Commissione, *Comunicazione sulla cooperazione nell'ambito della rete delle autorità garanti della concorrenza* (2004/C 101/03), che ha sostituito la *Comunicazione concernente la cooperazione tra la Commissione e le autorità garanti della concorrenza degli Stati membri per l'esame dei casi disciplinati dagli articoli 85 e 86 del trattato* (97/C 313/03). In dottrina, *ex multis*, MAHER I., *Functional and normative delegation to non-majoritarian institutions: The case of the European Competition Network*, in *Comparative European Politics*, 7, p. 414 ss.

<sup>35</sup> L'art. 169 del Trattato di Lisbona pone tra gli obiettivi dell'ordinamento europeo quello di "promuovere gli interessi dei consumatori" e l'art. 4 della legge 10 ottobre 1990, n. 287 (*Norme per la tutela della concorrenza e del mercato*) fa riferimento a talune misure anti-trust che possano "comportare un sostanziale beneficio per i consumatori". In dottrina cfr. BRUZZONE G., BOCCACCIO M., *Il rapporti tra tutela della concorrenza e tutela dei consumatori nel contesto europeo: una prospettiva economica*, in [www.assonime.it](http://www.assonime.it); GUIZZI G., *Il divieto delle pratiche commerciali scorrette tra tutela del consumatore, tutela del concorrente e tutela del mercato: nuove prospettive (con qualche inquietudine) nella disciplina della concorrenza sleale*, in *Riv. dir. comm.*, 2010, p. 1125 ss.; FRIGNANI A., BARIATTI S., *op. cit.* (nt. 8), p. 31; BONELLI E., *Libera concorrenza e tutela del consumatore: un bilanciamento problematico nell'ordinamento comunitario e nel diritto interno*, in *Riv. it. dir. pub. com.*, 2010, 1, p. 33 ss.; JEDLIČKOVÁ B., *One Among Many or One Above All? The Role of Consumers and Their Welfare in Competition Law and Policy*, in *European Competition Law Review*, 2012, p. 568 ss.; MINERVINI L., *Tutela dei consumatori e libera concorrenza nel nuovo approccio dell'Unione europea: significato ed implicazioni dell'armonizzazione massima*, in *Il foro amministrativo C.d.S.*, 2010, p. 1169 ss. Tra le decisioni della Commissione cfr. 24 marzo 2004, C (2005) 4420, *Microsoft*; 16 luglio 2003, COMP/38.233, *Wanadoo Interactiv*; 4 luglio 2007, COMP/38.784, *Wanadoo España c. Telefónica*.

sioni nell'allocazione e nella distribuzione delle risorse attraverso l'illecita creazione di aggregazioni di potere economico sui mercati, senza apportare alcuna utilità in termini di efficienza.

La circostanza che la lotta alle intese orizzontali rappresenti una priorità nell'azione della Commissione è confermata anche dalle stesse dichiarazioni dei componenti dell'Esecutivo secondo le quali la necessità di proteggere i diritti dei consumatori rappresenta la finalità primaria della politica della concorrenza<sup>36</sup>, che può trovare realizzazione soltanto attraverso un'effettiva politica di deterrenza nei confronti delle intese orizzontali<sup>37</sup>.

Nell'azione della Commissione emerge in misura sempre più chiara l'esigenza di distinguere tra (i) le restrizioni più gravi (*hardcore restrictions*) che devono essere perseguite in maniera sistematica, e (ii) altri tipi di accordo con effetti potenzialmente restrittivi, ma con valenza antiggiuridica meno accentuata, che possono assumere rilevanza unicamente alla luce dei loro effetti, tenendo conto della posizione e delle quote detenute dalle parti sui mercati interessati.

Tali orientamenti sono recepiti nella giurisprudenza del Tribunale che, nel caso *GlaxoSmithKline*<sup>38</sup>, valuta gli effetti di un accordo alla luce delle possibili ripercussioni sul benessere del consumatore, verificando in concreto le possibili conseguenze negative che deriverebbero per gli utenti finali dall'attuazione di tale accordo. Nella sentenza, i Giudici affermano esplicitamente che la finalità assegnata all'art. 81 TCE è quella di “evitare che determinate imprese attuando una restrizione della concorrenza tra loro o nei rapporti con i terzi riducano il benessere del consumatore finale dei prodotti in questione”.

La lotta ai cartelli assume dunque forme sempre più articolate e pervasive, tali da condurre ad importanti risultati in tema di accertamento e sanzione delle pratiche vietate.

Come verrà approfondito<sup>39</sup>, le maggiori competenze (ispettive e sanzionatorie) attribuite alla Commissione e la crescente cooperazione con le Autorità nazionali competenti, entrambe previste dal Regolamento n. 1/2003, hanno condotto all'adozione di un crescente numero di decisioni in tema di

---

<sup>36</sup> Si veda in proposito anche Commissione, *Comunicazione Strategia per la politica dei consumatori dell'UE*, COM (2007) 99.

<sup>37</sup> Cfr. Neelie Kroes, *Press Release Consumer at the heart of EU competition policy*, in [europa.eu/rapid/press-release\\_SPEECH-08-212\\_en.htm?locale=en](http://europa.eu/rapid/press-release_SPEECH-08-212_en.htm?locale=en).

<sup>38</sup> Tribunale, 27 settembre 2006, T-168/01, *GlaxoSmithKline Services Unlimited c. Commissione*.

<sup>39</sup> Per maggiori approfondimenti cfr. *infra*, cap. III, par. 1.1.

intese – spesso confermate dai giudici europei – e ad un notevole innalzamento delle sanzioni comminate alle imprese partecipanti<sup>40</sup>.

Nell'ambito dell'evoluzione degli strumenti giuridici e competenze affidati alle autorità nazionali dalla Corte nella lotta ai cartelli, va certamente menzionata la storica Sentenza CIF, la quale stabilisce a carico delle autorità nazionali, un obbligo di disapplicazione delle normative nazionali che impongono o favoriscono comportamenti di imprese in contrasto con l'art. 101 TFUE e che ne legittimano o rafforzano gli effetti<sup>41</sup>.

Sotto il profilo sanzionatorio, tale risultato è stato raggiunto anche attraverso l'adozione di apposite Linee Guida della Commissione che hanno introdotto più severe modalità di quantificazione delle sanzioni<sup>42</sup> le quali, oltre a prendere in considerazione il fatturato dell'impresa, contemplano ulteriori criteri che innalzano in modo sensibile le sanzioni comminate<sup>43</sup>.

Applicando i parametri contenuti nelle linee guida citate, la Commissione, in una decisione che ha interessato alcune imprese operanti nel settore dei tubi catodici, ha imposto la sanzione più alta comminata fino ad oggi, pari a 1,47 miliardi di euro<sup>44</sup>.

La disciplina antitrust in tema di intese è stata inoltre interessata da una pluralità di innovazioni aventi come comune denominatore la diffusione di strumenti alternativi al tradizionale obiettivo di repressione delle pratiche vietate attraverso le sanzioni pecuniarie. Al consueto esercizio dei poteri di

---

<sup>40</sup> Si vedano in proposito le *Cartel Statistics*, disponibili al sito [ec.europa.eu/competition/cartels/statistics/statistics.pdf](http://ec.europa.eu/competition/cartels/statistics/statistics.pdf).

<sup>41</sup> Stabilisce la Corte che, in presenza di comportamenti in contrasto con l'art. 81, n. 2 TCE che sono imposti da una normativa nazionale che ne legittima o rafforza gli effetti, con specifico riguardo alla determinazione dei prezzi e alla ripartizione del mercato, un'autorità nazionale cui sia stato affidato il compito, in particolare, di vigilare sul rispetto dell'art. 81 TCE ha l'obbligo di disapplicare tale normativa nazionale. Tale norma, in combinato disposto con l'art. 10 TCE (il quale stabiliva un obbligo di lealtà e cooperazione tra Stati Membri e Unione Europea nel perseguire gli scopi dell'Unione, ora sostanzialmente trasposto nell'art. 4, paragrafo 3, TUE) impone un obbligo di astensione a carico degli Stati membri. Infatti, l'effetto utile delle norme di concorrenza europee sarebbe affievolito se, nell'ambito di un'inchiesta sul comportamento di imprese ai sensi dell'art. 81 CE, quell'autorità non potesse accertare se una misura nazionale sia in contrasto con il combinato disposto degli artt. 10 CE e 81 CE e se, conseguentemente, non la disapplicasse (CGUE, 9 settembre 2003, C-198/01, *Consorti Industrie Fiammiferi*).

<sup>42</sup> Cfr. Commissione, *Orientamenti per il calcolo delle ammende inflitte in applicazione dell'articolo 23, paragrafo 2, lettera a), del regolamento (CE) n. 1/2003*, (2006/C 210/02).

<sup>43</sup> In tema di sanzioni, cfr. *infra*, cap. V, par. 2.

<sup>44</sup> Cfr. Decisione della Commissione, 5 dicembre 2012, C (2012) 8839, *Tubi catodici per televisori e schermi per computer*.

indagine e sanzionatori sono state affiancate nuove misure<sup>45</sup> volte a favorire l'individuazione e la lotta ai cartelli riducendo, per le imprese che vi aderiscono, le sanzioni altrimenti applicabili, fino all'esclusione. I nuovi strumenti, di cui ci occuperemo specificamente nei prossimi capitoli, consentono alle Autorità antitrust di ottenere, nel caso dei c.d. impegni, la rapida rimozione delle violazioni (a beneficio degli interessi dei consumatori) e un risparmio di risorse amministrative conseguenti alla più rapida chiusura dei procedimenti mentre, con riguardo ai programmi di clemenza, permettono di superare le asimmetrie informative che le Autorità incontrano nell'attività di indagine relativa ai cartelli<sup>46</sup>.

### 3.5. La modernizzazione del diritto antitrust

Il Regolamento n. 1/2003 costituisce l'espressione della riforma che prende il nome di "modernizzazione" del diritto antitrust. Esso riforma il sistema applicativo degli artt. 101 e 102 TFUE, rendendo effettiva l'applicazione decentralizzata del diritto europeo ed investendo le Autorità nazionali di un ruolo preminente nell'attuazione della disciplina antitrust.

Il Regolamento (i) riafferma (art. 1), l'effetto diretto dell'art. 101.1 TFUE, (ii) stabilisce (art. 1) il principio dell'eccezione direttamente applicabile della disposizione *ex art.* 101.3 TFUE<sup>47</sup>, (iii) chiarisce (artt. 5 e 6) che le Autorità antitrust e i giudici nazionali sono competenti ad applicare tale eccezione in casi individuali. Le Autorità nazionali vengono dotate dei medesimi poteri inibitori e sanzionatori della Commissione, tra i quali la possibilità di ordinare la cessazione di un'infrazione, applicare misure cautelari, accettare impegni, imporre ammende, penalità di mora o qualunque altra sanzione prevista dal diritto nazionale (art. 5).

Le nuove regole precisano, inoltre (art. 3) che le Autorità nazionali hanno l'obbligo – e non la mera facoltà – di applicare l'art. 101 TFUE ad ogni fattispecie di intesa suscettibile di recare pregiudizio al commercio *intraeuro-*

---

<sup>45</sup> Si pensi in particolare alle decisioni con impegni e ai programmi di clemenza, su cui cfr. *infra*, cap. V, parr. 4 e 6.

<sup>46</sup> Risulta opportuno rilevare come si pongano, con riferimento a impegni e programmi di clemenza, problemi in termini di compatibilità con il *private enforcement*, in particolare quanto al rischio che l'esposizione all'obbligo di risarcire i danni derivanti dall'illecito anticoncorrenziale possa scoraggiare la collaborazione delle imprese necessaria al funzionamento dei detti strumenti. In dettaglio, su tale questione, cfr. *infra*, cap. V, par. 4.

<sup>47</sup> Sul tema dell'eccezione legale *infra*, cap. II, par. 1.1.

peo eventualmente in parallelo con la norma nazionale che regola la medesima fattispecie; in conformità al principio di supremazia del diritto dell'Unione su quello nazionale, l'eventuale conflitto tra la norma europea e quella interna dovrà essere risolto in favore della prima.

La supremazia del diritto dell'Unione Europea non ha tuttavia impedito che la Commissione e le Autorità nazionali instaurassero meccanismi di stretta cooperazione in forza dei quali la prima mantiene un ruolo di *primus inter pares*, volto a garantire l'uniforme applicazione del diritto europeo, esercitando funzioni direttive e di coordinamento.

Infatti, il Regolamento non esclude la parallela applicazione dell'articolo 101 TFUE alla medesima fattispecie da parte delle Autorità nazionali, ma il previo avvio di un procedimento da parte di un'Autorità nazionale costituisce, di solito, un motivo sufficiente perché la Commissione o un'altra Autorità sospendano un procedimento già avviato o respingano una denuncia.

Solo in ultima istanza la Commissione può riservarsi di esercitare un potere di avocazione nelle fattispecie aventi rilevante interesse europeo; in tale circostanza, l'avvio di un procedimento da parte della Commissione, previa consultazione dell'Autorità nazionale, eventualmente già investita del caso, priva automaticamente quest'ultima della competenza ad applicare le norme del Trattato (art. 11, par. 6, Regolamento n. 1/2003)<sup>48</sup>.

In base al principio di cooperazione, il Regolamento prevede che la Commissione e le singole Autorità degli Stati membri applichino le regole di concorrenza europee in stretta collaborazione (art. 11, par. 15)<sup>49</sup>.

Le norme del Regolamento hanno pertanto costituito la base giuridica per l'istituzione della già citata Rete delle Autorità di concorrenza, attraverso cui

---

<sup>48</sup> In proposito, al fine di disciplinare la ripartizione di competenze tra Commissione e Autorità Nazionali, si veda Commissione, *Comunicazione sulla cooperazione nell'ambito della rete delle autorità garanti della concorrenza*, (2004/C 101/03). Quanto ai rapporti con le giurisdizioni nazionali, Commissione, *Comunicazione relativa alla cooperazione tra la Commissione e le giurisdizioni degli Stati membri dell'UE ai fini dell'applicazione degli articoli 81 e 82 del trattato CE* (2004/C 101/04).

<sup>49</sup> Il Regolamento ha infatti il merito di elevare le Autorità nazionali ad organi direttamente responsabili dell'applicazione di una delle più importanti politiche europee, in diretta espressione del principio di sussidiarietà contemplato all'art. 3 del Trattato, nella misura in cui investe le Autorità di un preciso ruolo istituzionale anche nell'attuazione del principio di leale cooperazione tra gli organi dell'Unione e Stati membri, ai sensi dell'art. 4 del Trattato dell'Unione Europea (TUE), il quale impone che quest'ultimi adottino tutti i provvedimenti necessari per ottemperare agli obblighi risultanti dai Trattati.

Commissione e Autorità nazionali coordinano la propria azione al fine di perseguire il più elevato grado di convergenza e di armonizzazione del mercato interno, nell'ambito del reciproco riconoscimento del loro potere di applicare le norme antitrust europee<sup>50</sup>.

Tali modalità di coordinamento hanno consentito di ridurre contrasti e disomogeneità nell'applicazione del diritto europeo da parte degli Stati membri. Inoltre, la sempre maggiore integrazione dei mercati accentua l'importanza della facoltà che le Autorità hanno di scambiarsi informazioni e documenti acquisiti nel corso delle indagini<sup>51</sup>, al fine di individuare attività colusive illecite che interessano più giurisdizioni.

Il principio di cooperazione non trova applicazione soltanto nei rapporti tra soggetti istituzionali quali Autorità nazionali e Commissione, ma anche per ciò che riguarda l'applicazione delle norme europee da parte dei giudici nazionali<sup>52</sup>. La riforma mira, in ultima analisi, all'effettiva e omogenea applicazione del diritto europeo su tutto il territorio dell'Unione da parte di tutti i soggetti preposti, evitando che si producano quegli effetti distorsivi della concorrenza che si verificherebbero in caso di applicazioni difformi nei singoli Stati membri.

### 3.6. La nuova sfida della Commissione Europea: l'E-commerce (cenni)

A completamento del presente *excursus* degli orientamenti di politica europea della concorrenza, va dato conto della rinnovata e più recente attenzione nei confronti delle potenziali barriere al mercato unico costituite da alcuni accordi verticali nel settore del commercio elettronico. Tali accordi appaiono preoccupare la Commissione, non solo perché possono contenere delle restrizioni alla concorrenza ma anche per gli ostacoli, posti da alcune clausole, alla libera circolazione dei beni e servizi all'interno dell'Unione.

---

<sup>50</sup> Cfr. *supra*, nota 33.

<sup>51</sup> Questo aspetto sarà da tenere in considerazione ancora maggiore con l'adozione della futura disciplina di *private enforcement*, dato che tali decisioni potranno assumere, a vario titolo, valenza di prova anche nei procedimenti instaurati dinanzi ai giudici nazionali (in proposito si veda più in dettaglio *infra*, cap. V, par. 1.2).

<sup>52</sup> In tema si veda Commissione, *Comunicazione relativa alla cooperazione tra la Commissione e le giurisdizioni degli Stati membri dell'UE ai fini dell'applicazione degli articoli 81 e 82 del trattato CE (2004/C 101/04)*, recentemente emendata (2015/C 256/04) a fini di coordinamento con la direttiva 2014/104/UE in tema di *private enforcement*.