

IL DIBATTITO SULLA SUSSIDIARIETÀ NEL DIRITTO DELLA CONCORRENZA

Claus Dieter Ehlermann

Sono convinto che questo Convegno costituirà una pietra miliare nel panorama concorrenziale, così come è stato per conferenze analoghe. L'aspetto più importante che emerge da queste iniziative è che il principio della concorrenza sta acquistando sempre più terreno in Europa e altrove. Dovendo affrontare il problema della sussidiarietà, permettetemi di soffermarmi su alcune considerazioni teoriche. Prima di tutto penso sia opportuno operare una distinzione tra sussidiarietà a livello costituzionale e sussidiarietà a livello sotto-costituzionale. Per livello costituzionale intendo riferirmi al processo di formazione della costituzione, vale a dire il processo durante il quale coloro che devono decidere, concepire, abbozzare una costituzione sono chiamati a definire i poteri da assegnare ai diversi livelli di autorità pubblica. Per livello sotto-costituzionale intendo riferirmi invece al modo di utilizzo delle competenze da parte di coloro che sono investiti da tali poteri. Credo sia importante riconoscere che la sussidiarietà, come principio generale del diritto - quale è - si applica già al momento della formulazione di una nuova costituzione.

In vista della conferenza intergovernativa del prossimo anno in cui saranno riesaminati i Trattati che costituiscono il fondamento dell'Unione Europea, è particolarmente utile soffermarci non solo sul livello sotto-costituzionale, ma anche sul livello costituzionale.

La prima domanda da farsi è la seguente: è necessario attribuire poteri a un'autorità pubblica oppure si dovrebbe demandare tutto al settore privato e alla società civile, evitando interferenze da parte dello Stato? Nonostante l'importanza rivestita da tale aspetto, esso sembra essere frequentemente dimenticato, ignorato. Secondo interrogativo: se i poteri devono essere assegnati a un'autorità pubblica, a che livello è opportuno situarli? A livello locale, regionale, nazionale, sovranazionale? Ricordiamo che i livelli sovranazionali possono essere naturalmente a loro volta regionali, oppure mondiali. Solitamente si pone questa domanda quando si prendono in considerazione i poteri legislativi. A ben guardare, almeno implicitamente la stessa domanda viene rivolta per i poteri di attuazione e giudiziario. La decisione relativa al livello di autorità pubblica

che dovrebbe intervenire non è l'unica questione rilevante. Infatti, sorge spontanea un'altra domanda: quali sono i poteri di cui tale autorità dovrebbe venire dotata? Traggo spunto dalla terminologia tedesca in materia costituzionale - la costituzione tedesca in materia di poteri legislativi opera una distinzione tra leggi quadro o competenze quadro, poteri legislativi concorrenti e poteri legislativi esclusivi. O forse si dovrebbero attribuire soltanto strumenti non vincolanti, e nella Comunità le raccomandazioni e le opinioni di questo tipo sono ben note.

Le domande relative al livello sotto-costituzionale - vale a dire una volta compiuta un'attribuzione dei poteri attraverso la costituzione - riguardano l'utilizzo che deve essere fatto di tali poteri

Questo problema nell'Unione Europea è stato disciplinato dall'articolo 3(b) del Trattato di Maastricht. In base all'articolo 3(b) il principio della sussidiarietà va applicato solo relativamente alle competenze concorrenti e non a quelle esclusive. Per le competenze esclusive l'unico principio da applicare è quello della proporzionalità.

Personalmente non sono del tutto convinto che la distinzione tra competenze concorrenti ed esclusive sia immediata e semplice. Ho l'impressione che il principio di sussidiarietà possa essere applicato anche nell'ambito delle competenze esclusive ma non vorrei dilungarmi troppo su questo argomento. Vorrei solo di ribadire, prima di concludere queste considerazioni teoriche generali, che il predetto principio non interessa soltanto l'attribuzione dei poteri legislativi ma, in un senso più ampio, concerne anche l'attribuzione dei poteri di applicazione e delle responsabilità giudiziarie. L'importanza rivestita a livello pratico da tali questioni è bene illustrata da una domanda che dovrà necessariamente essere affrontata dalla Conferenza Intergovernativa per l'applicazione delle nuove regole sulle telecomunicazioni in Europa: dovrebbero esserci funzionari comunitari indipendenti, o si dovrebbe lasciare la competenza solo ed esclusivamente alle autorità nazionali? E' chiaro che si tratta di un problema non di legislazione bensì di applicazione della normativa.

A questo punto possiamo ad analizzare i Trattati CECA e CEE al fine di determinare il modo in cui nella loro formulazione è stato affrontato, a livello costituzionale, il tema della sussidiarietà. Prendendo in considerazione gli articoli 65 e 66

del Trattato CECA relativi alla concorrenza, si noterà che non vi è contemplato, come prerequisito per l'applicazione della norma, un pregiudizio agli scambi tra gli stati membri, il che significa che il Trattato CECA non considera la possibile esistenza di pratiche anticoncorrenziali che hanno un mero rilievo nazionale. Si risconterà inoltre che lo stesso Trattato, già inizialmente, conteneva norme sulle fusioni e sulle acquisizioni. Questo per quanto concerne le disposizioni sostanziali. A questo punto, se si considerano le modalità di applicazione, si può notare che gli articoli 65 e 66 attribuiscono poteri di intervento ad autorità a livello comunitario, senza contenere disposizione alcuna in merito all'applicazione a livello nazionale. E l'aggiudicazione? Grazie a una sentenza emessa dalla Corte di Giustizia siamo a conoscenza del fatto che gli articoli 65 e 66 non hanno effetto diretto, in assenza di una decisione contraria da parte della Commissione o dell'Alta Autorità.

Vorrei focalizzare il mio intervento adesso sul Trattato CEE e in particolare sulle norme sostanziali, ossia gli articoli 85 e 86. In primo luogo, desidero sottolineare che per l'applicazione delle norme è richiesto un pregiudizio al commercio tra gli stati membri, e quindi rimangono spazi di intervento per il diritto nazionale della concorrenza. In secondo luogo non vi sono disposizioni relativamente alle concentrazioni, che non sono state inserite deliberatamente, e che probabilmente non erano state nemmeno prese in considerazione, nel 1958, dai responsabili della stesura del Trattato.

Per quanto concerne le modalità di applicazione delle norme sostanziali, il Trattato CEE, a differenza del Trattato CECA, non assegna tutti i poteri attuativi alla Commissione, ma lascia aperta la scelta, delegando il Consiglio a decidere ai sensi dell'articolo 87, su proposta della Commissione. A ben guardare, si tratta di una situazione ben diversa da quella delle disposizioni sugli aiuti di stato, dove il Trattato espressamente attribuisce responsabilità esclusivamente alla Commissione.

Inoltre, vi è una diretta applicabilità dell'articolo 85, paragrafi 1 e 2, e di buona parte del paragrafo 3 dell'articolo 86, che consente ai tribunali nazionali di applicare la legge sulla concorrenza senza dover ricorrere alla Commissione.

Per quanto concerne le regole sulle concentrazioni, non definite a livello di Trattato, era previsto che, se ritenute necessarie a livello comunitario, esse venissero

introdotte ai sensi degli articoli 87 e 235 del Trattato. Per quanto concerne le norme nazionali in materia di controllo delle concentrazioni, un intervento di riavvicinamento delle relative disposizioni avrebbe richiesto, sino all'entrata in vigore dell'Atto Unico Europeo (1987), una decisione del Consiglio all'unanimità ai sensi dell'articolo 100 del Trattato; con l'adozione dell'Atto Unico, sarebbe ora sufficiente una decisione a maggioranza qualificata ai sensi dell'articolo 100(a) del Trattato. Dal Trattato CECA si evince dunque un quadro chiaro ed esaustivo; più spazio per interventi a livello nazionale è previsto dal Trattato CEE.

Il problema dell'applicazione, a livello sotto-costituzionale, non è presente in ambito CECA, mentre si presenta in ambito CEE. Leggendo l'ultima relazione della DGIV in materia di Revisione del Regolamento Concentrazioni, osservavo che, in base alla tradizionale posizione della Commissione: "Le regole generali sulla concorrenza sono considerate una delle aree di esclusiva competenza della Comunità e pertanto da un punto di vista giuridico il principio della sussidiarietà strictu sensu non è applicabile". Si tratta, ovviamente, di un riferimento all'articolo 3(b) e alla distinzione tra competenza concorrente ed esclusiva. Quindi viene fatto riferimento alla relazione della Commissione sulla sussidiarietà, dell'ottobre 1992, indirizzata al Consiglio e al Parlamento Europeo. Il documento sul Regolamento Concentrazioni prosegue: "La distribuzione di compiti tra la Comunità e gli Stati Membri nel Regolamento Concentrazioni è ispirata alla sussidiarietà, intesa nel senso più ampio del termine. Per tale ragione è appropriato valutare la necessità di rivedere le disposizioni attuali alla luce di questo ampio principio". Si tratta di una valida stesura, dal punto di vista diplomatico. La posizione tradizionale della Commissione, in base alla quale "Le regole generali sulla concorrenza costituiscono una delle aree di esclusiva competenza comunitaria", sembra essere difficile da difendere. Se per il Regolamento Concentrazioni doveva essere utilizzato l'articolo 235, come si può considerare l'uso dell'articolo 235 come l'utilizzo di una competenza esclusiva? Si noti come simili difficoltà, relativamente agli articoli 100 e 100(a), si presentano con riferimento all'armonizzazione. La situazione è molto diversa per l'articolo 87. Infatti in tale caso l'attuazione della norma per quanto concerne gli articoli 85 e 86 è affidata al Consiglio, ma occorre ricordare che l'attribuzione dei poteri applicativi non è predeterminata dagli articoli 85 e 86 e quindi rimangono ambiti di discrezionalità. A questo punto, se l'articolo 87 è formalmente una competenza esclusiva, sono fermamente convinto tuttavia che nell'utilizzarlo i politici penseranno al principio di sussidiarietà e i

giudici terranno conto di considerazioni di sussidiarietà, sebbene a loro venga chiesto di fare uso del principio della proporzionalità.

Detto ciò, consentitemi di rivolgere l'attenzione a un altro aspetto, l'ultimo e il più importante di tutto il mio intervento. Quali sono le finalità del dibattito di sussidiarietà nel campo della concorrenza? Ho avuto modo di constatare che alcuni argomenti sono in discussione, altri no. Quali sono questi ultimi? In primo luogo gli articoli 65 e 66 del Trattato CECA. Lo stesso dicasi per la portata degli articoli 85 e 86 relativamente alla richiesta di un pregiudizio al commercio tra gli stati membri, non in discussione per quanto concerne il principio di sussidiarietà, anche se forse lo è sotto altri punti di vista. Oggi non è in discussione nemmeno l'avvicinamento delle leggi nazionali in materia di concorrenza. Di converso, con riferimento sia alle norme sostanziali, sia alla loro attuazione, si è discusso molto dell'ambito di applicazione del Regolamento Concentrazioni, nonché del potere esclusivo da parte della Commissione di applicare l'articolo 85, paragrafo 3.

Alla luce di queste considerazioni, mi soffermerò brevemente su ciascuno di questi aspetti. Anzitutto è, in qualche misura, sorprendente che le due norme del Trattato CECA non siano in discussione ai sensi del principio di sussidiarietà. Credo che questa discussione non avvenga perché tutti sanno che il Trattato CECA ha una validità di 50 anni, scadrà nel 2002, e queste norme saranno assorbite negli articoli 85 e 86, così che acciaio e carbone rientreranno nell'ambito di applicazione delle regole generali del Trattato CEE. Devo dire che finora non ho sentito nessuno sostenere l'opportunità di mantenere gli articoli 65 e 66 del Trattato CECA.

Per quanto concerne il requisito di pregiudizio al commercio tra gli Stati membri negli articoli 85 e 86, come ben sanno coloro che hanno familiarità con il diritto comunitario della concorrenza, esso è stato interpretato piuttosto generosamente sia dalla Commissione che dalla Corte, in modo che ha esteso di fatto la competenza comunitaria. Un'interpretazione più restrittiva, pur essendo possibile, non dipenderà tanto dalla Commissione quanto dalla Corte di Giustizia. Si potrebbe tentare di chiarire questo concetto attraverso un intervento adottato ai sensi dell'articolo 87 da parte del Consiglio su proposta della Commissione. Ritengo che ciò sarebbe possibile perché l'articolo 87 paragrafo 2 (e) recita che le norme alle quali si riferisce il paragrafo 1 e che

possono essere adottate dal Consiglio dovrebbero essere dirette in particolare a determinare la relazione tra leggi nazionali sulla concorrenza e disposizioni in materia di concorrenza contenute in questa sezione del Trattato o adottate sulla base dell'articolo 87. Pertanto vi è una clausola espressa per tracciare la linea di demarcazione tra l'ambito di applicazione delle leggi nazionali sulla concorrenza e il diritto comunitario della concorrenza. Ma non mi risulta che sinora, nella prospettiva della sussidiarietà, siano state richieste un'interpretazione più restrittiva né, tantomeno, un'iniziativa legislativa da parte di uno stato membro.

Di fatto, non penso che tale prospettiva sia auspicabile, poiché limitare la portata degli articoli 85 e 86 comprometterebbe sicuramente l'unità del Mercato Interno. Le conseguenze negative si rifletterebbero non soltanto sulla portata dei poteri della Commissione ma anche sulle imprese, sui tribunali nazionali, sulle autorità nazionali, su chiunque debba rispettare, dare applicazione o emettere un giudizio ai sensi degli articoli 85 e 86. Questi costituiscono una delle poche norme direttamente applicabili che regolano il mercato interno e quindi sono preziosi, ragion per cui non è auspicabile limitarne la portata.

Ritengo che non si debba confondere il dibattito sull'articolo 85, paragrafo 1, imperniato sul concetto di restrizione della concorrenza o di restrizione sostanziale della concorrenza con il dibattito sul pregiudizio al commercio tra gli stati membri. Il problema del significato da attribuire alla nozione di restrizione della concorrenza deve essere risolto in modo indipendente dal resto. Da anni vi è una discussione in corso sul carico di lavoro della DGIV e sul modo di ridurre tale carico, ma ancora una volta non penso sia giusto affrontare questi problemi di tipo pratico, che potrebbero essere risolti semplicemente dividendo maggiormente il lavoro tra il centro e la periferia, nel momento in cui si affrontano questioni di diritto sostanziale. Le regole sostanziali, infatti, hanno una portata diversa rispetto al problema di definire i carichi di lavoro delle autorità pubbliche.

Per quanto concerne l'armonizzazione delle leggi nazionali sulla concorrenza, punto che non è in discussione, penso che molti concorderanno nel dire che vi sarebbe potuta essere una qualche possibilità di armonizzazione negli anni '60, ma non è stata sfruttata. Oggi se ne sente meno la necessità grazie all'armonizzazione spontanea cui

abbiamo assistito e di cui l'esperienza italiana costituisce uno splendido esempio. Coloro che hanno studiato le leggi nazionali in modo più dettagliato sono giunti alla conclusione che se si volesse armonizzare, probabilmente non si potrebbe dire più di quanto non emerga già dalle attuali leggi sulla concorrenza degli stati membri. Si dovrebbe riaprire il dibattito? vi sono due elementi da considerare. Il primo è lo straordinario diffondersi delle norme di controllo delle concentrazioni. Undici stati membri oggi sono dotati di un sistema di controllo delle concentrazioni. Abbiamo il problema delle notifiche multiple, che gli avvocati conoscono a fondo. Si dovrebbero armonizzare le leggi nazionali sulle concentrazioni? non penso che questa sia la soluzione più corretta. Credo che il problema delle notifiche multiple dovrebbe essere affrontato e auspicabilmente risolto estendendo l'ambito di applicazione del Regolamento Concentrazioni, sia nella sostanza che per quanto concerne gli aspetti procedurali. Vi sono molteplici alternative per progredire in questa direzione, su cui mi soffermerò tra breve. Mi sono reso conto che quanti si dichiarano a favore di una diminuzione della competenza esclusiva della Commissione, ai sensi dell'articolo 85, paragrafo 3, un giorno giungeranno alla conclusione che per quanto riguarda le concentrazioni vi è un parallelismo di cui ancora non si è parlato: le autorità nazionali potrebbero decidere in merito alle concentrazioni basandosi sulle regole comunitarie e tali decisioni sarebbero vincolanti in tutta la Comunità. Il motivo per cui questa possibilità non è stata considerata potrebbe attribuirsi a una non fattibilità di carattere politico anche se getta una luce sul dibattito relativo all'articolo 85, paragrafo 3.

Vi sarebbe una maggiore necessità di armonizzazione per via di questo dibattito sull'articolo 85, paragrafo 3 se questo dovesse essere diviso con le autorità nazionali della concorrenza? La mia risposta a tale domanda è chiaramente no, perché ritengo che armonizzare le leggi nazionali sia ben diverso dal concepire dei metodi per assicurare una coerenza di intervento nel caso di competenze ripartite.

Veniamo a un argomento alquanto controverso. In primo luogo, soffermiamoci sul dibattito relativo alle soglie di fatturato nel Regolamento Concentrazioni, dalla loro adozione nel 1989 attraverso il processo di revisione avviato nel 1993. Gli argomenti in discussione sono ben noti a tutti e sono stati sviluppati e ben sviscerati, in particolare nelle ultime riflessioni della DGIV. Le argomentazioni più convincenti sono a favore di una riduzione delle soglie. Se ciò fosse impossibile si dovrebbe pensare seriamente o persino elaborare una proposta per una competenza *ad hoc* da parte della Commissione

per i casi di notifiche multiple, poiché niente dimostra la dimensione comunitaria di una concentrazione meglio del fatto di dover essere notificata e approvata dalle autorità della concorrenza di più stati membri.

Personalmente sono scettico sui risultati di questo dibattito, per lo meno finché continueranno a rimanere irrisolte alcune difficili questioni, tra cui in qualche misura anche il problema della competenza esclusiva della Commissione nell'applicazione dell'articolo 85, paragrafo 3. Certamente la soluzione di quest'ultimo problema permetterebbe di compensare in un certo qual modo il trasferimento di maggiori responsabilità a Bruxelles per quanto riguarda le concentrazioni.

Le questioni relative alle concentrazioni in futuro dovrebbero poter essere approvate con il principio di maggioranza qualificata e quindi o l'articolo 87 verrà emendato o dovrebbe essere inserito un nuovo articolo 87 (a), in base al quale le questioni relative alle concentrazioni possono venire risolte con la maggioranza qualificata.

In ultimo vorrei soffermarmi sulla ripartizione delle competenze per quanto concerne la concessione di esenzioni ai sensi dell'articolo 85, paragrafo 3. La distribuzione delle competenze prevista dal Regolamento n.17/62 riflette un contesto e un modo di pensare tipico degli anni '60 e pertanto, almeno per quanto concerne la Comunità, non corrisponde alla visione della metà degli anni '90. Le possibilità di decentramento ai giudici nazionali sono state illustrate dalla Commissione nel 1992; le possibilità di decentramento, relativamente alle autorità della concorrenza nazionali, sono state illustrate nell'ultima Relazione sulla concorrenza relativa al 1994. La relazione spiega le conclusioni alle quali è giunto un gruppo di esperti di concorrenza e i principali criteri per stabilire quando un'autorità nazionale dovrebbe assumere decisioni in base all'articolo 85. Come ben noto si tratta dei casi che hanno il loro centro di gravità in un singolo stato membro e per i quali probabilmente non vi è possibilità alcuna di ottenere un'esenzione ai sensi dell'articolo 85, paragrafo 3 della Commissione.

Comunque la legge sulla concorrenza nazionale dovrebbe essere presente e dovrebbe proteggere anche i relativi interessi. Vi sono particolari difficoltà per via di questa competenza esclusiva della Commissione a una migliore ripartizione del lavoro tra

Bruxelles e Roma o Berlino? La competenza esclusiva della Commissione in base all'articolo 85, paragrafo 3 costituisce un vero ostacolo? Di nuovo, la Relazione sulla concorrenza relativa al 1994 affronta tale questione e fornisce delucidazioni in proposito. Tuttavia non esprime chiaramente un concetto di cui sono fortemente convinto, vale a dire che la Commissione ha il diritto, in qualità di autorità pubblica, di stabilire delle priorità anche quando si tratta di considerare richieste di esenzione; e che può legittimamente occuparsi in primo luogo dei casi più ovvi e successivamente dei più difficili. Se allo stesso tempo un'autorità nazionale ha proibito una pratica, la parte interessata ha diritto a ottenere una pronuncia da parte della Commissione. Ma alla luce di una ben motivata decisione dell'autorità nazionale l'impresa interessata potrebbe anche decidere di non rivolgersi alla Commissione e di non insistere. Se si passa da un'analisi *de lege lata* a una riflessione *de lege ferenda*, ho già avuto modo di esprimere la mia personale posizione contraria a una modifica del Regolamento n.17/62 volta a eliminare la competenza esclusiva della Commissione. Vorrei esprimere comunque un caveat: la DGIV, sotto la guida del Commissario Van Miert, sta predisponendo un Libro verde sulle intese verticali. Credo sarebbe estremamente utile che il Libro verde affrontasse direttamente la questione se sia possibile per le intese verticali, riguardo al cui trattamento esiste un'ampia convergenza di vedute, eliminare la competenza esclusiva della Commissione. Si potrebbe pensare di consentire un intervento ai sensi dell'articolo 85.3 non solo alle autorità nazionali della concorrenza ma persino ai giudici nazionali. Sono consapevole delle molteplici opzioni di ampliamento delle possibilità di intervento delle autorità nazionali e dei giudici semplicemente attraverso un'analisi più attenta dell'effettiva portata dell'articolo 85, paragrafo 1. Ma ancora una volta si tratta di una questione diversa da non confondere con il problema dell'attribuzione delle competenze nell'applicazione dell'articolo 85, paragrafo 3.

**FEDERALISMO ANTITRUST NEGLI STATI UNITI
E DECENTRMENTO NELL'APPLICAZIONE
DEL DIRITTO DELLA CONCORRENZA NELL'UNIONE EUROPEA:
UN ESAME COMPARATIVO**

Barry E. Hawk e Laraine L. Laudati

1. Introduzione

Le normative a tutela della concorrenza negli Stati Uniti e nell'Unione Europea sono applicate attraverso un sistema di competenze a due livelli. La divisione dei poteri tra il governo federale e i governi statali prevista dalla Costituzione degli Stati Uniti si riflette nella scissione delle competenze ad applicare la normativa antitrust tra funzionari federali e funzionari degli stati. Per "federalismo antitrust" si intende un sistema in cui sia gli stati che il governo federale svolgono ruoli distinti, seppure complementari, nel controllo del processo concorrenziale.

Diversamente, all'interno dell'Unione Europea la divisione delle competenze ad applicare le norme antitrust è disciplinata dal principio di sussidiarietà, che esige l'intervento della Comunità "soltanto se e nella misura in cui gli obiettivi dell'azione prevista non possono essere sufficientemente realizzati dagli stati membri"¹. Recentemente la Commissione, oberata di notifiche relative all'articolo 85 e di denunce relative agli articoli 85 e 86, si è adoperata per applicare il principio di sussidiarietà attraverso il progetto di promozione dell'applicazione decentrata del diritto comunitario della concorrenza. In tal modo, la sussidiarietà costituisce la base a cui la Commissione fa riferimento per la suddivisione dei compiti tra sé e gli stati membri.

In entrambe le giurisdizioni, le autorità ai due livelli si impegnano fattivamente e costantemente per definire e per svolgere il loro giusto ruolo nell'ambito dello schema di intervento, per coordinarsi tra loro e utilizzare le risorse scarse disponibili per l'applicazione delle norme nel modo più efficiente possibile. Negli Stati Uniti nel corso di

¹ Trattato sull'Unione Europea; si veda il testo completo del Trattato istitutivo della Comunità Europea, GU C 224/1 del 3 agosto 1992 (d'ora in avanti denominato "Trattato CE"), art. 3B.

questi ultimi anni le autorità antitrust degli stati hanno compiuto sostanziali progressi in tal senso, attraverso la National Association of Attorneys General (Associazione nazionale dei procuratori generali). Forse la creazione di un'organizzazione analoga potrebbe essere utile anche per gli stati membri dell'UE.

Il presente articolo prende in esame il contesto storico in cui si sono formati i due sistemi e per entrambi illustra le strutture dell'intervento a due livelli e gli attuali sforzi intrapresi in direzione di un migliore coordinamento interno. Infine, saranno presentate alcune osservazioni sulla natura del sistema di applicazione a due livelli su cui sono basati il sistema statunitense e quello comunitario.

2. Il contesto storico in cui si sono sviluppati i sistemi federali di applicazione della normativa antitrust

Stati Uniti

Prima dell'entrata in vigore delle Sherman Act nel 1890, alcuni stati avevano tentato di disciplinare le pratiche anticoncorrenziali poste in essere dai trust del tempo principalmente mediante il ricorso al diritto societario e ai principi della common law relativi alla restrizione degli scambi. Lo stato del Kansas ha introdotto la prima legge antitrust nel 1889²; successivamente almeno dodici stati hanno deciso di prenderlo a modello e quattordici stati e territori hanno introdotto a livello costituzionale il divieto dei monopoli o di altre forme commerciali anticoncorrenziali prima della entrata in vigore delle Sherman Act³. Comunque, considerata la dimensione nazionale dei trust più importanti (i più noti sono quelli del petrolio e dello zucchero), unitamente alla loro capacità di riorganizzarsi al fine di eludere le leggi statali potenzialmente problematiche, l'intervento a livello statale si è presto dimostrato inefficace.

Lo Sherman Act è stato concepito come uno strumento complementare rispetto all'intervento a livello statale e gli stati hanno sostenuto con vigore l'adozione di una

² Legge del 9 marzo 1889, cap. 257, 1889 Kan. Sess. Laws 389.

³ Gavil, "Reconstructing the Jurisdictional Foundation of Antitrust Federalism", 61 Geo. Wash. Law Review 658, n. 2,3 (1993), che cita H. Torelli, The Federal Antitrust Policy 155-60 (1955).

legge antitrust federale⁴. A seguito dell'entrata in vigore dello Sherman Act nel 1890 e del Clayton Act nel 1914, l'intervento a tutela della concorrenza a livello federale è stato ampiamente prevalente. Fino agli anni Ottanta, l'intervento degli stati in materia di antitrust ha svolto un ruolo minore e si è concentrato principalmente su problemi locali, tra cui ad esempio le restrizioni della concorrenza connesse all'assegnazione di commesse pubbliche da parte degli stati.

Gli anni Ottanta sono stati il periodo di maggior conflitto tra l'applicazione statale e federale di norme antitrust durante i cento anni della loro coesistenza. Durante l'amministrazione Reagan, l'intervento a livello federale si è notevolmente ridotto, limitandosi ai casi di creazione di cartelli e di grandi concentrazioni orizzontali. In risposta a ciò, vi è stato un riattivarsi degli interventi a livello statale, non solo in relazione a questioni locali ma anche a questioni che coinvolgevano più stati o l'intero territorio nazionale. Il Comitato Antitrust della National Association of Attorneys General (NAAG) fu istituito⁵ non soltanto per fornire assistenza nell'applicazione delle leggi statali antitrust, ma anche per promuovere l'applicazione statale delle leggi federali attraverso i vari strumenti a disposizione degli stati. Un'area in cui gli stati sono intervenuti intensamente è stata quella delle restrizioni verticali. Essi hanno mantenuto uno stretto controllo di tali comportamenti e hanno pubblicato proprie specifiche Guidelines relative alle restrizioni verticali in risposta al non interventismo e alle linee guida meno stringenti pubblicate dalle autorità federali.

Con l'amministrazione Bush, si è concluso il periodo di limitato intervento a livello federale e le agenzie federali sono ritornate a un'applicazione più rigida delle leggi federali antitrust. Comunque, gli stati sono rimasti vigili e, ultimamente⁶, molti di essi hanno attivamente cercato di aumentare i propri sforzi di applicazione delle norme antitrust.

⁴ Ibidem, n. 9.

⁵ Vedi note 41-48.

⁶ Intervista non pubblicata a Milton A. Marquis, Senior Counsel dell'Assistant Attorney General per l'Antitrust, di L. Laudati, 1° novembre 1995.

Attualmente, tutti i cinquanta stati e i sei territori⁷ posseggono una legge di stato o una clausola costituzionale in materia di concorrenza. La maggior parte delle disposizioni antitrust degli stati prendono a modello lo Sherman Act o sono analoghe a esso⁸, vietando le restrizioni ingiustificate degli scambi e la monopolizzazione; esse comunque variano da stato a stato e non sempre coincidono esattamente con la legge federale antitrust. Dodici stati⁹, oltre a Puerto Rico, possiedono anche norme di controllo delle operazioni di concentrazione analoghe alla Sezione 7 del Clayton Act. Molte leggi statali stabiliscono che le stesse devono essere interpretate alla luce dei precedenti federali e generalmente questo è ciò che si verifica¹⁰.

Unione Europea

La storia dei rapporti tra le autorità preposte all'applicazione della normativa antitrust a livello comunitario e negli stati membri è molto diversa da quella del governo federale americano e dei suoi stati. La differenza deriva dalla varietà che si riscontra tra i quindici stati membri dell'Unione Europea in termini di storia e cultura e tradizioni inerenti l'organizzazione economica e il ruolo svolto dallo stato nell'attuazione del diritto. Prima della creazione della Comunità Europea nel 1957, la Francia e la Germania erano gli unici paesi fondatori a essere dotati di leggi in materia di concorrenza, anche se queste erano praticamente non applicate.

L'industria era controllata attraverso un vasto ricorso all'intervento pubblico, attraverso politiche nazionalistiche accompagnate da estesi aiuti di stato, mediante un'ampia e dettagliata regolamentazione del funzionamento dei mercati oppure tramite entrambe queste linee di azione. Il meccanismo di mercato, come mezzo di controllo del funzionamento dell'economia, non era accettato o considerato affidabile. Il Trattato di Roma ha invece recepito questo principio fondamentale e ha introdotto le norme

⁷ I territori sono il Distretto della Columbia, la Samoa Americana, Guam, le isole Marianne Settentrionali, Puerto Rico e le Isole Vergini.

⁸ Milliken & Meyers, "State Attorneys General and Antitrust Enforcement", relazione non pubblicata, Copyright 1995, National Association of Attorneys General, pp. 2-4.

⁹ Gli stati sono: Alaska, Hawaii, Louisiana, Maine, Mississippi, Nebraska, New Jersey, Ohio, Oklahoma, Oregon, Texas e Washington.

¹⁰ ABA Antitrust Section, Monograph No. 15, *Antitrust Federalism: The Role of State Law* (1988) ("ABA Monograph").

sostanziali per controllare le intese restrittive della concorrenza, gli abusi di posizione dominante e gli aiuti di stato incompatibili con il mercato comune.

Il Trattato di Roma ha incluso tra gli obiettivi prioritari della Comunità il raggiungimento di "una concorrenza non distorta" e ha adottato le norme sulla concorrenza come strumenti per raggiungere tale obiettivo. La concorrenza, oltre a rappresentare un obiettivo in sé, era vista come un modo per promuovere l'integrazione dei mercati. Le norme fondamentali sulla concorrenza contenute nel Trattato sono enunciate negli articoli 85 e 86. Il settore della concorrenza è uno dei pochi in cui il Trattato di Roma ha conferito alla Commissione poteri per attuare le norme, piuttosto che fare riferimento per l'applicazione delle stesse esclusivamente agli stati membri. Il Regolamento sulle concentrazioni è stato adottato nel 1989, ben trent'anni dopo la stipulazione del Trattato di Roma e in seguito a svariati anni di negoziati.

Il diritto comunitario della concorrenza ha incluso forti elementi di sussidiarietà fin dall'inizio, fornendo le basi per la separazione delle competenze tra la Comunità e gli stati membri¹¹. Le norme comunitarie sono state ideate per creare un terreno di gioco comune per tutte le imprese operanti nell'UE e soltanto la Commissione dispone di strumenti efficaci per il controllo degli accordi transfrontalieri. Le norme comunitarie sulle restrizioni della concorrenza e gli abusi di posizione dominante sono state concepite per essere applicate limitatamente a situazioni in cui si sarebbe potuto accertare un effetto apprezzabile sul commercio tra stati membri. Al contrario, le norme nazionali avrebbero dovuto essere utilizzate nei casi in cui gli effetti principali di un comportamento riguardassero mercati entro i confini di un singolo stato membro. Inoltre, il diritto nazionale della concorrenza avrebbe sostenuto il diritto comunitario, contribuendo a diffondere in tutta l'Unione Europea la consapevolezza dei benefici derivanti dalla concorrenza. Nei casi di concentrazione, le operazioni che raggiungevano le soglie di fatturato fissate dal Regolamento sarebbero rientrate nell'ambito della competenza esclusiva della Commissione, mentre le altre sarebbero state soggette al controllo degli stati membri.

¹¹ Vedi C. Overbury, "Politics or Policy? The Demystification of EC Merger Control", Fordham Law Institute (B. Hawk, a cura di, 1993), p. 558.

Negli anni tra l'entrata in vigore del Trattato di Roma nel 1957 e oggi, ogni stato membro ha adottato una qualche forma di legge sulla concorrenza o ha modificato leggi già esistenti in materia, rivelatesi inefficaci al fine di inibire le restrizioni della concorrenza e gli abusi di posizione dominante. Oggi, ciascuno dei quindici stati membri dispone di norme sulla concorrenza riguardo a questi comportamenti: per nove di essi¹² tali norme sono analoghe a quelle della Comunità e solamente in quattro stati¹³ esse sono ancora basate più in generale sul controllo dei comportamenti abusivi. Undici stati membri¹⁴ dispongono di norme per il controllo delle concentrazioni.

3. Gli attuali sistemi di applicazione delle norme

Stati Uniti

Negli Stati Uniti, sono responsabili dell'attuazione delle norme antitrust la Divisione Antitrust del Dipartimento di Giustizia (DOJ), l'Ufficio per la Concorrenza della Federal Trade Commission (FTC) e gli Attorney General degli stati. La loro attività ha il sussidio delle strutture parallele dei tribunali a livello federale e statale.

Attività a livello federale

La Divisione Antitrust del Dipartimento di Giustizia e l'Ufficio per la Concorrenza della Federal Trade Commission condividono le competenze per quanto concerne l'attuazione delle norme antitrust a livello federale.

a) Divisione Antitrust del Dipartimento di Giustizia

Il Dipartimento di Giustizia è, a livello nazionale, il principale ente responsabile dell'attuazione della legge. Esso è competente a perseguire legalmente le possibili violazioni della normativa antitrust, inclusi lo Sherman Act, il Clayton Act e il Robinson-Patman Act, ed è l'unico organo competente a intervenire nei casi di violazione delle leggi antitrust di rilevanza penale e ad avviare procedimenti antitrust a livello federale in

¹² Belgio, Finlandia, Francia, Grecia, Irlanda, Italia, Portogallo, Spagna e Svezia.

¹³ Danimarca, Lussemburgo, Paesi Bassi e Regno Unito.

¹⁴ Austria, Belgio, Francia, Germania, Grecia, Irlanda, Italia, Portogallo, Regno Unito, Spagna e Svezia.

diversi settori tra cui quello bancario, delle telecomunicazioni e del trasporto aereo e ferroviario.

Tra gli altri compiti della Divisione Antitrust si annoverano quello di chiarire le proprie linee di azione attraverso la pubblicazione di Guidelines e di comunicazioni alle imprese, la partecipazione ai lavori delle agenzie di regolamentazione, quello di fornire la propria consulenza alle commissioni del Congresso al fine di promuovere laddove possibile la concorrenza a livello nazionale, la redazione di memoriali *amicus curiae* in specifici casi e la formazione di una cultura della concorrenza attraverso interventi presso associazioni professionali, gruppi commerciali e altre organizzazioni¹⁵.

La Divisione Antitrust è diretta da un Assistant Attorney General, il quale riferisce all'Attorney General a capo del Dipartimento di Giustizia. Nel 1994, la Divisione Antitrust era composta da 686 dipendenti, tra cui 323 procuratori¹⁶.

b) Ufficio per la Concorrenza della FTC

L'Ufficio per la Concorrenza è prevalentemente responsabile dell'applicazione del Federal Trade Commission Act¹⁷, che comprende le norme antitrust delle Sherman Act, del Clayton Act e del Robinson-Patman Act. La FTC può pronunciarsi su un caso presentato da tale Ufficio previa presentazione degli elementi a sostegno dell'accusa e della difesa in un processo amministrativo¹⁸. In ogni modo, tale potere di aggiudicazione non è spesso utilizzato nei casi antitrust.

c) Uffici regionali degli enti federali preposti all'applicazione delle norme antitrust

La Divisione Antitrust dispone di sette uffici principali dislocati su tutto il territorio degli Stati Uniti, aventi come scopo quello di facilitare gli interventi nelle

¹⁵ *Annual Report of the Attorney General*, 1985 pp. 26 e 28 ristampato in CCH Trade Reg. Rep. 8522, p. 12.516.

¹⁶ *Ibidem*.

¹⁷ 15 U. S. C. par. 45.

¹⁸ J. Steiger, "Effectively Enforcing Competition Laws: Some Aspects of the U. S. Experience" 1991 Fordham Corporate Institute 1, 17 n. 48 (B. Hawk, 1992).

questioni di interesse regionale¹⁹. Gli uffici distaccati svolgono, tra le altre, le funzioni di inchiesta e dibattimento giudiziario della Divisione nell'ambito dell'area geografica di loro competenza. Tali uffici spesso operano congiuntamente agli uffici della procura, ugualmente collocati in tutto il paese. Fungono anche da tramite con gli Attorney General degli stati²⁰ e altri enti preposti all'applicazione delle leggi a livello regionale. Il lavoro degli uffici regionali è imperniato principalmente sull'intervento nei casi di rilievo penale, per quanto comprenda anche alcuni casi di concentrazione e casi di azione civile²¹.

La FTC dispone di dieci uffici regionali²², i quali godono di notevoli poteri per quanto concerne l'avvio e la conduzione di indagini. Comunque, essi svolgono anche alcuni incarichi per conto della direzione nazionale di Washington. I procedimenti avviati dagli uffici regionali sono soggetti alle stesse procedure di controllo di quelli avviati a Washington; è richiesta l'approvazione della Commissione prima della formulazione di addebiti formali.

Gli uffici distaccati della Divisione Antitrust e quelli regionali della FTC agevolano gli interventi a livello regionale per svariate ragioni. In primo luogo, è più facile che gli uffici regionali vengano a conoscenza di possibili violazioni a livello locale attraverso denunce, la lettura dei giornali locali o l'osservazione delle attività delle imprese locali. In secondo luogo, è meno dispendioso per un ufficio regionale che per la sede nazionale condurre indagini su problemi locali, dati le minori spese di viaggio, il minor tempo necessario e via dicendo. Infine, gli uffici regionali aiutano a promuovere il contatto più diretto e la cooperazione con i funzionari statali. Gli uffici distaccati del Dipartimento di Giustizia svolgono un ruolo fondamentale in tali sforzi di cooperazione e il Senior Counsel della Divisione Antitrust, responsabile del coordinamento con gli stati,

¹⁹ Gli uffici distaccati della Divisione antitrust sono dislocati nelle seguenti località: Atlanta, Georgia; Chicago, Illinois; Cleveland, Ohio; Dallas, Texas; New York, New York; Philadelphia, Pennsylvania e San Francisco, California.

²⁰ CCH par. 8522 p. 12. 521.

²¹ 60 Minutes with Anne K. Bingaman, Assistant Attorney General, Divisione Antitrust, Dipartimento di Giustizia degli Stati Uniti, 63 Antitrust Law Journal 324, 325 (1994).

²² Gli uffici distaccati della FTC sono dislocati nelle seguenti località: Atlanta, Georgia; Boston, Massachusetts; Chicago, Illinois; Cleveland, Ohio; Dallas, Texas; Denver, Colorado; Los Angeles, California; New York, New York; San Francisco, California e Seattle, Washington.

si riunisce periodicamente con i capi degli uffici distaccati e quelli delle divisioni statali antitrust dei territori degli stessi uffici²³.

d) Coordinamento tra le agenzie federali

Nel 1949, per coordinare i loro sforzi per l'applicazione delle normative, i due enti federali hanno avviato un meccanismo di collegamento, modificato svariate volte nel corso degli anni. Tale meccanismo prevede che un funzionario di una delle due agenzie che intende dar corso a un'indagine debba contattare l'ufficio di collegamento, di cui è necessario il benestare. Se entrambi gli enti mostrano interesse per la stessa questione, l'ufficiale di collegamento deve risolvere il problema affidando il caso all'ente con le più ampie competenze in materia²⁴. Questo meccanismo si è dimostrato efficace per evitare la sovrapposizione operativa dei due enti e, in effetti, essi non hanno mai considerato contemporaneamente uno stesso caso²⁵.

Recentemente, i due enti si sono notevolmente adoperati per meglio coordinare le loro attività. Una fase importante di questo processo è stata l'adozione di linee guida congiunte, sottoscritte da entrambi²⁶. Essi hanno anche annunciato che prenderanno provvedimenti per semplificare il controllo preventivo delle concentrazioni²⁷.

²³ Intervista non pubblicata a Milton A. Marquis, vedi nota 6.

²⁴ J. Steiger, vedi nota 18, p. 22.

²⁵ "Roundtable Discussion with Enforcement Officials", 63, *Antitrust Law Journal*, 951, 969 (1995)

²⁶ Si vedano ad esempio, *U.S. Department of Justice and Federal Trade Commission Horizontal Merger Guidelines* (1992), ristampato in 4 *Trade Reg. Rep. (CCH)* par. 13, 104; *U.S. Department of Justice and Federal Trade Commission Antitrust Enforcement Policy Statements in the Health Care Area* (1993), ristampato in 4 *Trade Reg. Rep. (CCH)* par. 13, 151; *U.S. Department of Justice and Federal Trade Commission Statements of Enforcement Policy and Analytical Principles Relating to Health Care and Antitrust* (1994), ristampato in 4 *Trade Reg. Rep. (CCH)* par. 13, 152; *U.S. Department of Justice and Federal Trade Commission Antitrust Enforcement Guidelines for International Operations* (1995), ristampato in 4 *Trade Reg. Rep. (CCH)* par. 13, 107; *U.S. Department of Justice and Federal Trade Commission Antitrust Guidelines for Licensing of Intellectual Property* (1995), ristampato in 4 *Trade Reg. Rep. (CCH)* par. 13, 132.

²⁷ National Association of Attorneys General, 22 *Antitrust Report*, marzo/aprile 1995, p. 14.

e) Tribunali federali

Oltre alle agenzie federali proposte all'applicazione della normativa antitrust, rivestono un ruolo fondamentale nell'applicazione delle leggi federali antitrust i tribunali federali, poiché hanno competenza esclusiva a pronunciarsi sui ricorsi ai sensi di tali leggi. Il sistema giudiziario federale si compone dei tribunali federali distrettuali, di dodici Corti d'appello e della Corte suprema. Ogni Corte d'appello ha i propri precedenti nell'interpretazione delle norme antitrust; la revisione da parte della Corte suprema è fondamentalmente discrezionale e molti conflitti tra Corti d'appello durano anni o non vengono mai risolti. In assenza di una decisione da parte della Corte suprema, i tribunali federali sono vincolati dai precedenti giuridici della propria Corte d'appello.

I tribunali federali hanno il potere di pronunciarsi sulle denunce a livello statale in materia antitrust avviate dinanzi a un tribunale di stato, se l'imputato "trasferisce" il caso al tribunale federale. La legge federale permette il trasferimento di "qualsiasi azione civile per cui i tribunali distrettuali hanno giurisdizione originaria sulla base di una richiesta o di un diritto previsto dalla Costituzione, dai trattati o dalle leggi degli Stati Uniti"²⁸. In virtù di tale disposizione, le azioni avviate a livello statale su cui non si è ancora deliberato, ai sensi delle leggi statali antitrust, sulla base degli stessi fatti o circostanze, possono essere trasferite alla corte federale, unitamente alle azioni promosse a livello federale²⁹.

Interventi a livello statale

a) Attorney General dello stato

L'Attorney General³⁰ di ciascuno dei cinquanta stati ha competenza ad applicare le leggi antitrust sia federali che di stato. In genere, ci si basa sulle leggi di stato quando è lo stesso stato che indaga su possibili violazioni della normativa antitrust; tipicamente, queste forniscono all'Attorney General il potere di richiedere documenti e convocare

²⁸ 28 U.S.C., par. 1441(b).

²⁹ *Pueblo International, Inc, contro DeCardona*, 725 F. 2d 823, 1984-1 Trade Cases 65, 844 (1st Cir. 1984).

³⁰ In quarantatré stati, l'Attorney General è eletto a suffragio universale, negli altri viene effettuata una votazione segreta negli organi legislativi o nella corte suprema dello stato o esso viene nominato dal governatore di stato. Milliken & Myers, vedi nota 8, p. 2.

testimoni anche prima di avviare un'azione legale. Le leggi di stato forniscono vari strumenti di intervento tra cui risarcimenti monetari e sanzioni, ingiunzioni, revoca di statuti societari e, in alcuni casi, sanzioni penali compresa la detenzione³¹. In alcuni stati, gli Attorney General hanno il diritto di avviare procedimenti penali basandosi sulla legge di stato per le violazioni della normativa antitrust³². Nel 1994, circa dodici stati si avvalevano attivamente dell'applicazione della normativa a livello penale³³. Le leggi penali di ciascuno stato variano notevolmente rispetto al tipo di comportamenti considerati reati, contro i quali è possibile avviare un'azione in congiunzione a un'accusa di brogli nelle offerte di appalto³⁴.

Molti stati hanno leggi scritte o una giurisprudenza basata sui precedenti che sono molto più severe della legge federale. La Costituzione e il Congresso degli Stati Uniti permettono questa eterogeneità perché gli stati hanno una competenza concorrente in questioni antitrust che influenzano il commercio tra stati³⁵. Inoltre, sebbene sulle leggi di stato possa prevalere la legge federale ai sensi della "Supremacy Clause" (Clausola di Supremazia) della Costituzione, sia attraverso una dichiarazione esplicita da parte del Congresso sia nel caso di un eventuale disaccordo, ciò si è verificato di rado nel settore dell'antitrust³⁶.

Ad ogni modo, poiché pochi magistrati nell'ambito degli stati hanno dimestichezza con le leggi antitrust, la maggior parte delle autorità preposte all'applicazione di tali leggi sceglie di adire le vie legali in tribunali federali e considera le azioni in materia di antitrust a livello statale come procedimenti in attesa di essere definiti³⁷. Uno stato può intentare causa nell'ambito della giurisdizione federale come

³¹ Ibidem, p. 4. L'Attorney General di uno stato può esercitare l'autorità necessaria per tutelare gli interessi pubblici, a meno che il parlamento dello stato non lo privi di specifici poteri. *Florida contro Exxon Corp.* 526 F. 2d 266 (5th Cir. 1976).

³² 60 Minutes with Laurel A. Price, Chair, National Association of Attorneys General Multistate Antitrust Task Force, 63 *Antitrust Law Journal* 303, 305 (1994).

³³ Ibidem, p. 318.

³⁴ Ibidem.

³⁵ ABA Monograph, vedi nota 10, pp. 9-11

³⁶ Vedi Hawk & Veltrop, "Dual Antitrust Enforcement in the United States: Positive or Negative Lessons for the European Community", in Slot & McDonnell (a cura di), *Procedure and Enforcement in EU and US Competition Law, Proceedings of the Leiden European Institut Seminar on User-friendly Competition Law*, p. 30.

³⁷ Intervista a Marquis, vedi nota 8; vedi Milliken & Myers, nota 8, p. 5., Il Clayton Act, paragrafo 4, comma c, sancisce il potere degli stati di applicare la legge federale antitrust; 15 U.S.C. § 15(c).

privato, per chiedere un risarcimento o un'ingiunzione, laddove lo stato stesso sia stato leso in quanto acquirente delle merci o dei servizi che sono stati l'oggetto di violazioni delle leggi antitrust³⁸ o, come *parens patriae*, in nome di individui, cittadini dello stato, lesi conseguentemente a una violazione delle Sherman Act (ma non nei casi di concentrazione), ai sensi delle sezioni 4 e 16 dello Hart-Scott-Rodino Antitrust Improvements Act del 1976. Secondo la sentenza della Corte suprema nel caso *Illinois Brick contro lo stato dell'Illinois*³⁹, i cittadini ai quali fa riferimento tale procedimento non possono essere acquirenti indiretti del prodotto dall'accusato⁴⁰.

In secondo luogo, un certo numero di Attorney General di stato, che agiscono collettivamente, può adire le vie legali in un tribunale federale per un caso relativo a più stati.

Infine, un Attorney General può adire le vie legali contemporaneamente a un ente federale, in un tribunale federale.

b) Coordinamento tra gli Attorney General

La National Association of Attorney General (NAAG) è un'associazione di categoria, fondata nel 1907 al fine di promuovere la comunicazione tra i più alti responsabili dell'applicazione delle leggi di ogni singolo stato e favorire l'offerta di servizi giuridici di elevata qualità agli stati. Le attività della NAAG includono la cooperazione tra stati su questioni giuridiche e di applicazione delle leggi, la ricerca e l'analisi della politica da seguire. Le attività di applicazione delle leggi vengono intraprese sotto l'egida

³⁸ Clayton Act, paragrafo 4, 16, 15 U.S.C. par. 15 e 26. Uno Stato non può citare per danni all'economia generale dello Stato, ma può citare in giudizio per ottenere un'ingiunzione in caso di violazioni che danneggino l'economia generale dello Stato. Milliken & Myers, vedi nota 7, p. 6. Ai sensi della legge federale, gli stati possono richiedere la dismissione di un'impresa nei casi di concentrazione. *California contro American Stores Co.*, 110 S. Ct. 1853 (1990).

³⁹ 431 U.S.A. 720 (1977).

⁴⁰ Circa venti stati hanno adottato statuti noti con il nome di "Illinois Brick repealers", i quali stabiliscono che gli acquirenti indiretti possono ottenere una sentenza favorevole in caso di violazione di leggi di stato antitrust, allorchè a loro volta siano soggetti all'imposizione di prezzi eccessivi da parte degli acquirenti del bene. La Corte suprema ha confermato la legalità di tali leggi nel caso *California contro ARC America Corp.*, 490 U.S. 93 (1989). Tale sentenza ha incoraggiato gli stati a emanare le suddette leggi, e si prevede che molti altri lo facciano. 60 Minutes with Robert M. Langer, Chair, National Association of Attorney General Multistate Task Force, 61 Antitrust Law Journal 211, 216 (1992).

della NAAG ma, in realtà, sono decisioni di applicazione *ad hoc* di specifici Attorney General prese individualmente o collettivamente. La NAAG non è autorizzata a prendere tali decisioni⁴¹. Inoltre, gli sforzi della NAAG di coordinamento tra gli stati hanno incluso la promulgazione congiunta di linee guida relative alle restrizioni verticali⁴², la creazione di una rete informatica tra gli uffici antitrust dei vari stati per coordinare le attività nei procedimenti⁴³, e un'azione di guida alla comunità imprenditoriale attraverso dichiarazioni riguardanti la politica generale di applicazione delle norme.

Il Comitato Antitrust della NAAG si compone di nove Attorney General, svolge un'analisi delle questioni sostanziali in materia di antitrust e raccomanda linee di intervento agli Attorney General. Tali linee costituiscono spesso la base della testimonianza degli Attorney General nelle audizioni congressuali o nelle comunicazioni in forma scritta presentate al Congresso.

La Task Force Antitrust della NAAG, composta dai principali Attorney General dei cinquanta stati, coordina le azioni antitrust congiunte tra gli stati⁴⁴. Essa funziona come una confederazione in senso lato e il grado di uniformazione delle azioni tra stati è "un tributo alla fiducia che gli Attorney General di stato ripongono nella Task Force quale istituzione"⁴⁵. La Task Force Multistatale (Multistate Task Force), un gruppo a livello specialistico comprendente ogni stato e territorio, si riunisce due volte l'anno per svolgere un'azione di coordinamento delle questioni di interesse regionale e per settori specifici. Essa segue i procedimenti che coinvolgono più stati e redige memoriali *amicus curiae* nei casi che finiscono dinanzi alla Corte suprema degli Stati Uniti⁴⁶.

⁴¹ Roundtable Discussion 1995, vedi nota 25, pp. 979-980.

⁴² Le linee guida non sono vincolanti per i singoli Attorney General, che le possono modificare o integrare secondo la loro discrezionalità. National Association of Attorneys General, 22, Antitrust Report (marzo/aprile 1995), p. 2.

⁴³ Ciò consente la circolazione istantanea di bozze e documenti ed elimina la necessità di una gran quantità di lavoro necessario per coordinare gli interventi in un singolo caso. Roundtable Discussion 1995, vedi nota 26, p. 963.

⁴⁴ J. Steiger, vedi nota 18, pp. 19-20.

⁴⁵ Intervista con Robert M. Langer, vedi nota 40, p. 214.

⁴⁶ Vedi ad es., il caso *FTC contro Ticor Title Insurance Co.*, 112 S.Ct 2169 (1992), concernente la questione del livello di supervisione statale necessario al conferimento a privati dell'immunità ai procedimenti intentati dallo stato.

Inoltre, nel 1989 è stato creato il Gruppo di lavoro esecutivo per l'antitrust, composto dai cinque Commissari della FTC, dall'Assistant Attorney General per l'antitrust e da cinque rappresentanti della NAAG. Tale organismo vuole essere un luogo per lo scambio di informazioni sulle indagini, la discussione di possibili sforzi di cooperazione, l'utilizzo comune delle risorse e lo sviluppo di più strette relazioni di lavoro. Il gruppo si riunisce due o tre volte l'anno per studiare e coordinare le iniziative di applicazione delle norme antitrust⁴⁷ e in prospettiva si propone di organizzare gruppi di lavoro specifici nelle aree di interesse federale e statale⁴⁸.

c) Tribunali di stato

Ogni stato possiede il proprio sistema giudiziario, che può includere un Tribunale di prima istanza, una Corte d'appello e una Corte suprema. I tribunali di stato giudicano i procedimenti in materia di antitrust basati su leggi di stato, ma non sono autorizzati a giudicare procedimenti federali in materia di antitrust⁴⁹.

Unione Europea

L'applicazione del diritto della concorrenza nell'ambito dell'Unione Europea è di competenza della Commissione, nonché delle autorità preposte alla tutela della concorrenza in ogni singolo stato membro. I tribunali comunitari e nazionali sono responsabili del riesame delle decisioni prese dalle autorità.

⁴⁷ 60 Minutes with Laurel A. Price, vedi nota 32, p. 305, n. 3.

⁴⁸ Ibidem.

⁴⁹ Vedi il caso *General Investment Co. contro Lake Shore & M.S.R. Co.*, 260 U.S. 261 (1992).

Interventi a livello comunitario

a) La Commissione Europea

Il Trattato di Roma conferisce alla Commissione poteri diretti per garantire l'applicazione delle norme in materia di concorrenza, tra cui gli articoli 85, 86 e il Regolamento concentrazioni⁵⁰. Nei casi di concorrenza, la decisione finale viene presa tramite voto della Commissione⁵¹ e spetta quindi ai venti Commissari⁵². E' possibile il ricorso contro queste decisioni presso il Tribunale di prima istanza e/o la Corte di giustizia.

I procedimenti vengono istruiti dalla DG IV, la direzione generale per la concorrenza della Commissione, sulla base di notifiche, denunce o altri metodi con cui essa viene a conoscenza di possibili violazioni. La DG IV è suddivisa in sette direzioni, a capo di ognuna delle quali vi è un Direttore. Lo staff della DG IV è composto da 420 persone, tutte operanti a Bruxelles, la metà delle quali appartiene alla carriera direttiva. Altri venticinque funzionari lavorano per la DG IV su incarico a termine da parte delle autorità responsabili in materia di concorrenza degli stati membri. I funzionari di staff, generalmente giuristi o economisti, sono detti anche "rapporteurs". Se si eccettua l'istituzione della Merger Task Force nel 1989, il loro numero non è aumentato molto nel corso degli anni, né si prevede un incremento significativo, almeno a breve termine, a causa delle limitazioni di bilancio, anche se si assisterà ad alcuni aumenti circoscritti in occasione dell'entrata nell'Unione di nuovi stati.

Sebbene le dimensioni numeriche del personale della DG IV non abbiano subito mutamenti di rilievo, il suo carico di lavoro è cresciuto costantemente. Ad esempio, il

⁵⁰ Trattato CE, vedi nota 1, articolo 89.

⁵¹ Primo Regolamento in applicazione degli articoli 85 e 86, 1959-62 GU Ed. Spec. 87, modificato da Regolamento n. 59, 1959-62 GU Ed. Spec. 249; Regolamento n. 118/63 CEE, 1963-64 GU Ed. Spec. 55; e Regolamento n. 2822/71, 1971 GU Ed. Spec. (III) 1035 (Regolamento 17): Regolamento del Consiglio (CEE) n. 4064/89 del 21 dicembre 1989 sul controllo delle concentrazioni tra imprese, GU L 395, 30 dicembre 1989 (Regolamento Concentrazioni).

⁵² I Commissari sono designati dai propri Governi nazionali per un periodo di cinque anni, rinnovabile, durante il quale non possono essere destituiti. Trattato CE, vedi nota 1, articoli 157 e 158. Per la nomina, vengono tenute in considerazione sia motivazioni di politica interna che di accettabilità da parte dei Governi degli altri stati membri. T. Hartley, *The Foundations of European Community Law* (seconda edizione, 1990).

numero di casi nuovi, relativi agli articoli 85 e 86, è passato da 293 nel 1981 a 399 nel 1992⁵³. In riferimento a tali articoli, alla fine del 1993 il numero di casi in attesa di decisione da parte della DG IV ammontava a ben 1231.

b) Tribunali comunitari

Il Tribunale di primo grado ha giurisdizione illimitata nel riesame delle decisioni in materia di concorrenza prese dalla Commissione. Esso può annullare, ridurre o aumentare le ammende e le condanne imposte dalla Commissione. La Corte di giustizia può sottoporre a riesame le decisioni del Tribunale di primo grado⁵⁴.

c) Interventi da parte degli stati membri

Ogni stato membro ha creato un'autorità nazionale preposta all'applicazione delle proprie leggi sulla concorrenza. In genere, questa ha il potere di svolgere indagini, prendere decisioni e imporre sanzioni. Tali autorità, nell'utilizzo di tali poteri, hanno diversi gradi di autonomia dalle influenze politiche. Le decisioni amministrative da parte delle autorità della concorrenza sono ovunque oggetto di possibile ricorso presso un tribunale nazionale di giurisdizione competente.

Il potere d'indagine degli stati membri è generalmente più esteso di quello della Commissione per due motivi principali. Molti di essi possono svolgere indagini su cittadini privati e sanzionarli per mancata cooperazione, anche con l'arresto per il mancato rispetto di un'ingiunzione del tribunale, e hanno poteri di polizia, ivi compresa la possibilità di disporre ispezioni, che possono essere utilizzati per corroborare i loro sforzi nel condurre indagini *in loco*⁵⁵.

⁵³ Ibidem, p. 110.

⁵⁴ Regolamento 17, vedi nota 51, articolo 17; Regolamento concentrazioni, vedi nota 51, articolo 16; articolo 168, par. a, 173, Trattato UE, Direttiva del Consiglio del 24 ottobre 1988, che sancisce l'istituzione di un tribunale di primo grado delle Comunità Europee, GU L 319/1 (25.11.88).

⁵⁵ Laudati, *Surveys of the Member States' Powers to Investigate and Sanction Violations of National Competition Law*, Ufficio Pubblicazioni Ufficiali della UE, 1995, p. 6.

Tre stati membri⁵⁶ prevedono sanzioni penali per pratiche restrittive e abusi di posizione dominante.

Le leggi degli stati membri non possono essere applicate se in conflitto con quelle comunitarie concernenti il commercio transfrontaliero⁵⁷.

Secondo la dottrina dell'effetto diretto, le autorità e i tribunali degli stati membri competenti in materia di concorrenza sono competenti ad applicare le norme comunitarie sulla concorrenza⁵⁸. Tuttavia, tale potere ha dei limiti: essi possono proibire pratiche restrittive e abusi di posizione dominante ai sensi degli articoli 85, paragrafo 1, e 86 solo se la Commissione non ha avviato procedimenti sugli stessi comportamenti⁵⁹. Inoltre, essi non possono concedere esenzioni per pratiche restrittive che soddisfino i requisiti previsti dall'articolo 85, paragrafo 3. Solo la Commissione può accordare esenzioni ai sensi dell'articolo 85, paragrafo 3⁶⁰.

E' necessaria una legislazione nazionale che conferisca specifici poteri alle autorità nazionali per l'applicazione degli articoli 85 e 86 e per stabilire i casi in cui sono validi di poteri inibitori e sanzionatori nazionali. Per il momento, tale legislazione è stata adottata da sette stati membri⁶¹, mentre otto non lo hanno ancora fatto⁶². Dato che questi poteri variano sensibilmente nei diversi stati membri, a causa di diversità storiche e

⁵⁶ Austria, Francia e Paesi Bassi. In Austria, è possibile imporre la detenzione e le sanzioni penali contro " i membri di un cartello, di un organo o agente occulto di un cartello o di un membro di un cartello" Tutti gli imprenditori di un cartello devono considerarsi passibili di sanzioni insieme alla persona ritenuta colpevole. (Sec. 129 136, Kartellegesetznovelle 1993). In Francia, sanzioni penali possono essere imposte contro individui le cui azioni sono state fondamentali per l'ideazione, l'organizzazione e la messa in atto di politiche illecite (articolo 17, Ordonnance del 1° Dicembre 1956). Nei Paesi Bassi, è passibile di sanzioni penali una violazione del Decreto Reale che vieta o impone una certa condotta dopo che il Ministro degli Affari Economici ha riscontrato una posizione dominante contraria agli interessi generali (WEM, articoli 19, 22 e 24). Laudati, vedi nota 55, pp. 71-73.

⁵⁷ *Wilhelm contro Bundeskartellamt* (1969) Raccolta, 1.

⁵⁸ *Van Gend en Loos contro Netherlandse Administratie der Belastingen* No. 26/62 1963 Raccolta, 1.

⁵⁹ Vedi Reg. 17, nota 51, art. 9.

⁶⁰ Trattato CEE, vedi nota 1, articolo 85, paragrafo 3; Regolamento 17, vedi nota 51, articolo 9. Una volta stabilita "un'esenzione di categoria" all'articolo 85, par. 1, attraverso un regolamento, essa può essere applicata direttamente dalle autorità nazionali.

⁶¹ Germania, Francia, Italia, Spagna, Belgio, Grecia, Portogallo.

⁶² Austria, Danimarca, Finlandia, Irlanda, Lussemburgo, Paesi Bassi, Regno Unito e Svezia.

culturali profondamente radicate⁶³, anche i diritti dalle parti variano a seconda dei poteri inibitori e sanzionatori previsti dagli stati membri nei quali l'azione legale viene intrapresa.

Oggi, nelle aree in cui diritto comunitario e diritto nazionale coincidono, non vi è molta convenienza per le autorità nazionali a intraprendere procedimenti ai sensi del diritto comunitario, perché le leggi nazionali possono spesso essere applicate più rapidamente e con maggiore efficacia⁶⁴. Spesso, i poteri inibitori e sanzionatori sono identici nei due casi, in quanto sono quelli previsti dalla legislazione nazionale. Solo la Commissione può applicare sanzioni ai sensi delle disposizioni comunitarie, le quali costituiscono uno strumento più potente solo nei casi in cui vietino atti consentiti, invece, dalle legislazioni nazionali⁶⁵.

Inoltre, le autorità nazionali sono scettiche di fronte all'opportunità di avviare procedimenti ai sensi dell'articolo 85, paragrafo 1, poiché temono un intervento da parte della Commissione che possa interromperli in qualsiasi momento, attraverso l'avvio di un procedimento a livello comunitario⁶⁶. Essi temono, inoltre, di sprecare tempo e risorse qualora la Commissione decida di accordare un'esenzione ai sensi dell'articolo 85, paragrafo 3, quando a livello nazionale è stata riscontrata una violazione ai sensi dell'articolo 85, paragrafo 1⁶⁷.

d) Tribunali degli stati membri

Nella maggior parte degli stati membri, l'autorità nazionale per la concorrenza ha il potere di adottare decisioni amministrative, in riferimento a casi di concorrenza, applicando il diritto nazionale. Essa può anche applicare le disposizioni comunitarie,

⁶³ House of Lords Select Committee on the European Communities, *Enforcement of Community Competition Rules: Report with Evidence*, Session 1993-94, 1st Report (London 1993), testimonianza di Ehlermann, p. 132.

⁶⁴ von Stoephasius, *Enforcement of EC Competition Law by National Authorities*; Slot & McDonnell, *Procedure and Enforcement in EC and US Competition Law* (1993), p. 33.

⁶⁵ Vedi Bechtold, "Antitrust Law in the European Community and Germany - An Uncoordinated Co-existence?", 1992 Fordham Corporate Law Institute (B. Hawk ed., 1993), Zeroll, "European Community Competition Law and National Competition Laws: Compatibility Problems from a German Perspective", 24 Vanderbilt J Transnat L., 75 (1991).

⁶⁶ von Stoephasius, vedi nota 64, p. 34.

⁶⁷ Ibidem.

soggette però alle limitazioni sopracitate. Tali decisioni possono essere sottoposte a riesame da parte di uno o più tribunali nazionali.

I tribunali degli stati membri hanno, inoltre, il potere di applicare le disposizioni comunitarie in materia di concorrenza nel caso di azioni legali intentate da privati.

4. Cooperazione tra autorità a diversi livelli per l'applicazione delle norme antitrust

Sia negli Stati Uniti che all'interno dell'Unione Europea vi è il desiderio di ottimizzare l'uso delle risorse e di ottenere risultati uniformi nell'applicazione di norme simili. Tuttavia, gli Stati Uniti e l'Unione Europea hanno intrapreso strade diverse per il coordinamento delle azioni delle loro autorità centrali e statali. Negli Stati Uniti, tale coordinamento è il risultato dell'azione sia degli enti federali che delle autorità statali, laddove nell'Unione Europea le azioni principali derivano dalla necessità della Commissione di diminuire il proprio carico di lavoro.

Stati Uniti

Recentemente, negli Stati Uniti, sono stati compiuti grandi sforzi al fine di aumentare cooperazione e coordinamento tra le autorità federali e statali responsabili dell'attuazione delle norme antitrust. Come detto in precedenza, durante l'epoca Reagan di ridotta applicazione delle norme antitrust a livello federale, gli stati hanno aumentato la loro attività di applicazione di tali norme e hanno iniziato a coordinare i loro sforzi in tal senso nell'ambito della NAAG. In seguito, quando l'attività di attuazione a livello federale è stata ripresa, gli enti federali si sono trovati di fronte alla necessità di coordinare la propria azione con quella degli stati. Questi ultimi non hanno dato segno di voler rinunciare alla linea aggressiva di intervento sviluppata. Consci dei potenziali benefici in termini di estensione delle risorse per l'applicazione delle norme, il direttore della Divisione Antitrust James Rill e il Presidente della FTC Janet Steiger, cooperando con i singoli stati e con la NAAG, hanno preso l'iniziativa di ampliare e migliorare il coordinamento degli interventi a livello federale e statale⁶⁸ e di impegnarsi

⁶⁸ Come illustrato da Laurel A. Price, Presidente della National Association of Attorneys General:

nell'applicazione congiunta⁶⁹. Tali sforzi non si sono interrotti, e anzi vanno aumentando. Il controllo delle concentrazioni da parte degli stati in relazione a transazioni con effetti transfrontalieri, tuttavia, è stato al centro di numerosi dibattiti e costituisce un punto controverso, poiché suscita problemi di applicazione che non si presentano per altre fattispecie.

Oggi si riconosce al coordinamento la capacità di promuovere un uso efficace delle risorse scarse disponibili per l'applicazione delle norme antitrust e di aumentare l'uniformità nell'applicazione delle leggi antitrust federali e delle numerose leggi statali in materia, con grande beneficio per la comunità imprenditoriale. Gli sforzi di coordinamento hanno assunto diverse forme.

Primo, in diverse occasioni in cui sia le autorità federali che quelle statali erano interessate, esse hanno intrapreso indagini⁷⁰, azioni⁷¹ e decisioni congiunte. Lo scorso anno, il Department of Justice e gli stati hanno condotto inchieste congiunte su trenta casi, di cui cinque hanno dato luogo a accordi consensuali, approvati congiuntamente e dieci sono ancora in corso⁷². Ciò ha avuto luogo principalmente in casi riguardanti concentrazioni, la fissazione orizzontale dei prezzi e la fissazione dei prezzi di rivendita. Gli sforzi di cooperazione hanno occasionalmente comportato deleghe incrociate, attraverso cui i funzionari delle autorità federali o statali sono stati autorizzati ad agire

"Quando iniziai questa attività alcuni anni or sono, la cooperazione tra il governo federale e gli stati veniva svolta da vari enti degli Stati Uniti, i quali inviavano personale alle varie conferenze che si tenevano a livello nazionale per dirci che cosa fare. Per noi ciò significava letteralmente: "Se avete un buon caso, inviatecelo e ne faremo qualcosa". Poi, però, siamo giunti a considerare la cooperazione tra governo federale e stati come "Se avete un buon caso, inviatecelo e lo respingeremo". Ora, per noi, la cooperazione tra governo federale e stati significa: "Se avete un buon caso, riuniamoci e affrontiamolo nel modo giusto". Osservazioni di Laurel A. Price, Presidente della Multistate Antitrust Task Force della National Association of Attorneys General, 63 Antitrust Law Journal 962, 965-6 (1995).

⁶⁹ 60 Minutes with Anne K. Bingamann, vedi nota 21, p. 329.

⁷⁰ Nell'UE, lo svolgimento di indagini congiunte sarebbe possibile ed anzi l'articolo 14 del Regolamento 17 stabilisce che le autorità nazionali possono assistere la Commissione nello svolgimento di un'indagine e devono farlo soprattutto se si verifica qualche impedimento al normale corso dell'inchiesta.

⁷¹ I procedimenti congiunti non sarebbero possibili all'interno dell'UE, poiché la Comunità non ha il potere di applicare la legge nazionale e, una volta che la Commissione avvia un procedimento su una data questione, le autorità nazionali non hanno il potere di applicare la legge comunitaria. La cooperazione in procedimenti paralleli sarebbe possibile anche se, fino ad adesso, è stata quasi del tutto inesistente.

⁷² Intervista a Marquis, vedi nota 6.

nella giurisdizione dell'altra autorità, quali suoi agenti⁷³. I funzionari federali hanno tratto vantaggio dalla conoscenza profonda delle comunità locali dei funzionari statali al fine di individuare violazioni, poiché sarebbe virtualmente impossibile per gli enti federali controllare che tutte le imprese osservino le leggi antitrust in un paese così vasto come gli Stati Uniti⁷⁴. Dal canto loro, le autorità federali hanno coadiuvato gli stati nei loro sforzi di applicazione delle norme antitrust, soprattutto fornendo loro la competenza di economisti, risorsa di cui gli stati sono maggiormente carenti⁷⁵. Sarebbe difficile per uno stato, da solo, gestire le complesse questioni di definizione dei mercati e di potere di mercato, che spesso richiedono molte testimonianze⁷⁶. Tali sforzi hanno conferito maggiore coerenza agli interventi di applicazione delle norme antitrust e hanno creato relazioni tra funzionari federali e nazionali. Riportiamo, qui di seguito, alcuni esempi delle azioni congiunte più significative:

- nel 1995, il DOJ e lo stato della Pennsylvania hanno condotto un'inchiesta congiunta, e assunto decisioni parallele nei confronti dell'impresa produttrice di giocattoli Playmobil per violazioni concernenti la fissazione dei prezzi di rivendita⁷⁷;

- nel 1994, la FTC e i cinquanta stati hanno congiuntamente concluso un caso relativo a una violazione delle norme federali e nazionali sulla fissazione dei prezzi nei confronti della Reebok nel mercato delle calzature per lo sport⁷⁸ e un secondo caso concernente la fissazione dei prezzi al dettaglio nei confronti della Keds, operante nel mercato delle calzature femminili sportive⁷⁹;

- nel 1994, la Divisione Antitrust congiuntamente all'Attorney General della Florida, ha svolto un'inchiesta sulla concentrazione Morton Plant/Meese Hospital⁸⁰. Una seconda

⁷³ Milliken e Myers, vedi nota 8, p. 12.

⁷⁴ Ad esempio, gli stati sono più vicini al settore della sanità di quanto non lo siano le autorità federali. La conoscenza e la competenza dei funzionari statali per quanto concerne la sanità è maggiore di quella a livello federale. 60 Minutes with Anne K. Bingaman, vedi nota 21, p. 322.

⁷⁵ Roundtable Discussion 1995, vedi nota 8, p. 968.

⁷⁶ Commenti di Anne K. Bingaman, Assistant Attorney General della Divisione Antitrust, Dipartimento di Giustizia, 63 Antitrust Law Journal 954, 968 (1995).

⁷⁷ National Association of Attorneys General, 22 Antitrust Report, maggio/giugno 1995, pp. 18-19.

⁷⁸ Ibidem, pp. 1-2.

⁷⁹ *Keds Corp.*, FTC Dkt. No C-3490 (Aprile 1994).

⁸⁰ *US v. Morton Plant Health Sys, Inc.*, 1994-2 Trade Cas. (CCH) par. 70.759.

azione congiunta della Divisione Antitrust e degli stati del Maryland e della Florida ha avuto luogo nel caso della concentrazione BFI/Atwood⁸¹;

- nel 1994, la Divisione Antitrust e lo stato dello Utah hanno coordinato la loro azione concernente la fissazione dei prezzi da parte di ospedali per la retribuzione degli infermieri. Lo stato dello Utah ha portato a termine la parte del procedimento di sua competenza presso il tribunale dello stato nel momento in cui i provvedimenti consensuali predisposti dalla Divisione Antitrust venivano presentati al tribunale federale. Si è trattato del primo caso in cui la Divisione ha deferito parte della risoluzione di un caso a uno stato per incoraggiare l'applicazione attiva delle norme da parte degli stati⁸²;

- nel 1993, quarantacinque stati e il Distretto della Colombia hanno intentato un'azione legale congiunta concernente le pratiche di distribuzione dei programmi nell'industria televisiva via cavo. L'inchiesta "multistatale", durata cinque anni, e la causa sono state coordinate con la Divisione Antitrust. Provvedimenti consensuali sono stati presentati simultaneamente dalla Divisione Antitrust presso il Tribunale federale.

- la FTC e gli stati hanno raggiunto una risoluzione simultanea nel caso Nintendo⁸³;

- nel 1995, la Divisione Antitrust aveva in corso dodici inchieste civili in cooperazione con gli Attorney General degli stati e quattro inchieste penali⁸⁴.

In secondo luogo, sono stati compiuti sforzi per un maggiore scambio di informazioni tra enti statali e federali. Nel campo dell'applicazione delle norme sulle concentrazioni in cui l'intervento statale è stato messo in discussione in quanto ritenuto inadatto a causa delle particolari esigenze associate alle concentrazioni, connesse alla durata dei procedimenti, agli interessi finanziari e al commercio tra stati, è stata particolarmente sentita la necessità di coordinamento. Nel 1988, quarantacinque stati hanno aderito al "Voluntary Pre-Merger Disclosure Compact" (Patto di divulgazione volontaria pre-concentrazione) della NAAG, concepito al fine di incentivare le parti di

⁸¹ Roundtable Discussion 1995, vedi nota 27, p. 978.

⁸² 60 Minutes with Anne K. Bingaman, vedi nota 32, p. 306.

⁸³ Intervista con Robert. M. Langer, vedi nota 40, p. 215.

⁸⁴ Commenti di Anne K. Bingaman, vedi nota 76, p. 957.

una operazione di concentrazione a fornire volontariamente agli stati copia dei loro fascicoli relativi al Hart-Scott-Rodino Act (HSR), e altro materiale che esse forniscono agli enti federali⁸⁵. In cambio, gli stati rinuncerebbero al diritto di utilizzare i propri poteri per raccogliere informazioni concernenti la transazione prima della fine dell'esame ai sensi del Hart-Scott-Rodino Act.

Tale Patto non è stato molto utilizzato prima della sentenza emessa dalla Corte suprema, secondo la quale gli stati hanno il diritto di chiedere dismissioni di attività in relazione a operazioni di concentrazione, ai sensi della sezione 7 del Clayton Act⁸⁶. In seguito, i membri del Gruppo di lavoro esecutivo per l'antitrust della NAAG hanno redatto un Protocollo per lo scambio di informazioni ai sensi del quale gli stati possono avere accesso ai fascicoli HSR con il consenso delle parti interessate dalla concentrazione⁸⁷. Tale Protocollo è stato effettivamente applicato dagli enti federali⁸⁸. I rappresentanti della NAAG hanno ritenuto che il Patto, utilizzato di rado, sarebbe divenuto più popolare grazie al Protocollo, poiché questo avrebbe accresciuto la consapevolezza delle imprese che era nel loro interesse conformarsi volontariamente a quanto richiesto.

In seguito, la FTC ha stabilito che agli stati non dovesse più essere consentito l'accesso a materiale che non fosse stato redatto in concomitanza con una notifica di concentrazione HSR, con riferimento alle concentrazioni ai sensi della tradizionale sezione 6, comma f, del FTC Act, dato che il Protocollo veniva inteso come l'unico strumento tramite il quale gli stati potevano ottenere informazioni dalla Commissione. La NAAG ha dissentito da tale interpretazione⁸⁹.

Nel 1995, la FTC e il DOJ hanno annunciato l'avvio di una nuova politica a favore di un maggiore uso congiunto delle informazioni sulle concentrazioni. Secondo tale politica, gli stati possono ricevere informazioni ottenute da terzi (senza rivelare la

⁸⁵ Il Patto è stato rivisto successivamente per permettere agli stati di richiedere materiale aggiuntivo. 60 Minutes with Laurel A. Price, vedi nota 32, pp. 309-310.

⁸⁶ *Cal. contro American Stores*, 495 U.S. 271 (1990).

⁸⁷ Intervista con Robert. M. Langer, vedi nota 40, p. 215.

⁸⁸ Program for Federal-State Cooperation in Merger Enforcement, 57 Fed. Reg. par. 127 (1992), ristampato in 4 Trade Reg. Rep. (CCH) par. 13, 212.

⁸⁹ 60 Minutes with Anne K. Bingaman, vedi nota 21, p. 320-32.

loro identità) e memorandum analitici predisposti dal personale della FTC (dopo che la FTC ha deciso di intervenire contro una concentrazione)⁹⁰. Il Patto e il Protocollo dovrebbero ridurre il rischio di applicazione non uniforme da parte degli stati e delle autorità federali, permettendo, nelle fasi iniziali d'inchiesta, la comunicazione e il coordinamento dei settori statali e federali responsabili dell'applicazione delle norme antitrust⁹¹.

Terzo, gli organi federali e statali hanno rinviato denunce e inchieste alle loro controparti statali o federali. Ad esempio, la FTC ha trasferito alcune questioni nel campo sanitario e immobiliare agli stati, i quali, a loro volta, hanno rinviato casi che non potevano trattare per mancanza di risorse adeguate o che potevano essere meglio gestiti a livello federale⁹².

Quarto, sono state create nuove strutture istituzionali al fine di promuovere il coordinamento tra gli stati e gli enti federali, come il Gruppo di lavoro esecutivo per l'Antitrust della NAAG⁹³. Inoltre, nel 1994, la Divisione Antitrust ha nominato Milton A. Marquis consigliere senior dell'Assistant Attorney General, rendendolo direttamente responsabile del collegamento con le autorità statali; egli ha agito al fine di promuovere una maggiore comunicazione e comprensione tra la Divisione e gli stati⁹⁴.

Marquis ha lavorato intensamente con la Task Force Antitrust della NAAG, nonché con gli uffici degli Attorney General dei singoli stati, per coordinare gli sforzi di intervento statali e federali.

Quinto, in alcuni procedimenti gli stati hanno presentato memoriali come *amicus curiae* a sostegno della posizione del governo federale.

⁹⁰ FTC News, Comunicato Stampa, 21.6.95; National Association of Attorneys, 22 Antitrust Report, maggio/giugno 1995, pp. 2-3.

⁹¹ Intervista con Robert M. Langer, vedi nota 40, p. 215.

⁹² 60 Minutes with the Honorable Janet D. Steiger, Presidente della FTC, 61 Antitrust Law Journal 1992, p. 205.

⁹³ Vedi note 41-50.

⁹⁴ Antitrust Division Annual Report for Fiscal Year 1994, p. 23.

Sesto, vengono indette regolarmente conferenze in cui i responsabili dell'applicazione delle normative antitrust federali e statali si possono incontrare, affrontando un'ampia gamma di questioni legate all'antitrust. Sono realizzati, inoltre, programmi congiunti di formazione in alcune aree specifiche, incluse sanità, telecomunicazioni, esami di esperti, uso di elementi probatori, e così via⁹⁵.

Settimo, l'Assistant Attorney General Bingaman ha proposto di conferire agli stati il diritto di opzione per l'azione penale in materie di interesse prevalentemente locale. Di conseguenza, gli stati avrebbero il diritto di perseguire le violazioni di leggi antitrust di prevalente incidenza locale, quali brogli nei casi di procedure d'appalto e casi di fissazione dei prezzi nei mercati locali⁹⁶. Tale proposta è attualmente oggetto di discussione. I vantaggi comparati delle leggi federali e statali costituiranno considerazioni di primaria importanza nelle valutazioni relative ai singoli casi.

Infine, gli enti federali hanno fornito agli stati l'opportunità di riesaminare e commentare le proprie linee guida in campo sanitario quando esse erano ancora ai primi stadi di formulazione⁹⁷.

Oltre agli sforzi di coordinamento diretto con le autorità federali responsabili dell'attuazione delle norme antitrust, gli stati hanno assunto l'iniziativa di esprimere direttamente al Congresso il proprio parere sulle iniziative concernenti la legislazione antitrust federale. Ad esempio, ventiquattro Attorney General hanno presentato una richiesta al Congresso a favore della liberalizzazione del settore delle telecomunicazioni, domandando al Congresso di tenere conto dei "principi antitrust basilari e di riconoscere il ruolo essenziale degli stati nel garantire a tutti i cittadini un agevole accesso alle reti di telecomunicazione"⁹⁸.

Le autorità, sia federali che statali, preposte all'applicazione della normativa ammettono che non sempre raggiungeranno accordi in materie di mutuo interesse. Tuttavia, esse non considerano tale affermazione in contrasto con, o pregiudizievole per,

⁹⁵ Commenti di Anne K. Bingaman, vedi nota 76, p. 957.

⁹⁶ 60 Minutes with Robert. M. Langer, vedi nota 68, p. 305.

⁹⁷ Ibidem, p. 307.

⁹⁸ National Association of Attorneys General, 22 Antitrust Report, maggio/giugno 1995, pp. 3-4.

gli sforzi di coordinamento sopra citati. Qui di seguito sono riportati esempi di aree in cui si è verificato un disaccordo.

L'esempio più estremo attiene alla politica di attuazione delle norme in materia di restrizioni verticali. Nei primi anni Ottanta, durante l'amministrazione Reagan, il Dipartimento di Giustizia non è intervenuto vietando accordi verticali. Nel gennaio del 1985, esso ha promulgato le proprie linee guida sulle restrizioni verticali, che esprimevano una politica accomodante nei confronti di tali restrizioni. Queste linee guida hanno subito aspre critiche da più parti, incluso il Congresso, non sono state adottate dalla FTC e sono state ampiamente ignorate dal sistema giudiziario federale. La NAAG si è opposta all'orientamento espresso dalle linee guida, giudicandole "un documento politico, concepito per muovere il diritto in una precisa direzione". Nel dicembre 1985, la NAAG ha promulgato le proprie linee guida sulle restrizioni verticali, poi riviste nel 1987, nel tentativo di esplicitare lo stato del diritto quale la NAAG lo intendeva all'epoca⁹⁹. Le linee guida della NAAG facevano propria una posizione molto più severa nei confronti delle restrizioni verticali.

In seguito, la NAAG ha richiesto il ritiro delle linee guida federali sulle restrizioni verticali, realizzato nel 1993 con un annuncio a tal fine di Anne Bingaman, seguito da un aumento degli interventi contro le restrizioni verticali da parte delle autorità federali. In risposta, la NAAG ha creato un gruppo di lavoro per riesaminare le proprie linee guida sulle restrizioni verticali, almeno per attenuarne il tono retorico¹⁰⁰. Il 27 marzo 1995, le linee guida sono state approvate in una seduta plenaria degli Attorney General¹⁰¹.

Le linee guida riviste non fanno menzione di quelle del Dipartimento di Giustizia; i commenti a tale riguardo, presenti nella versione precedente della NAAG, sono state eliminati. La NAAG asserisce che "le Linee guida costituiscono una significativa reiterazione della supremazia del ruolo degli stati nel campo delle restrizioni verticali e serviranno da ammonimento costante del fatto che nel valutare il rischio connesso a un

⁹⁹ National Association of Attorneys General, 22 Antitrust Report, maggio/giugno 1995, p. 3.

¹⁰⁰ 60 Minutes with Laurel A. Price, vedi nota 68, p. 306.

¹⁰¹ National Association of Attorneys General, 22, Antitrust Report, marzo/aprile 1995, p. 2. La principale modifica è il test del potere di mercato, per cui se vi è una restrizione su un mercato in cui nessuna delle parti detiene più del 10% del mercato rilevante è assai probabile che tale restrizione non venga impugnata dall'Attorney General.

dato comportamento è necessario tenere conto di come un particolare Attorney General valuterà la questione"¹⁰².

La NAAG ha formulato commenti concernenti le linee guida del Dipartimento di Giustizia e della FTC sulle concentrazioni orizzontali, delle quali solo alcune sono state accettate¹⁰³. La NAAG ha poi riesaminato le proprie linee guida sulle concentrazioni orizzontali al fine di armonizzarle il più possibili con quelle federali¹⁰⁴. Con riferimento al Patto e al Protocollo sulle concentrazioni, il presidente della FTC, Steiger, ha affermato che la cooperazione tra la FTC e la NAAG non dipendeva da quanto la NAAG avrebbe seguito le nuove linee guida sulle concentrazioni orizzontali emesse congiuntamente dai due enti federali¹⁰⁵ ed ha sottolineato che "se il Patto è invocato ed applicato, esso può costituire uno strumento prezioso per accrescere la convergenza nelle analisi delle concentrazioni, particolarmente importante ora, con le nuove linee guida. Se coadiuviamo gli stati nell'analisi dei casi di concentrazione e se essi hanno la possibilità di osservare la nostra analisi, credo che con il tempo ciò che stiamo facendo diverrà più comprensibile. Ritengo, inoltre, che, a sua volta, questo condurrà ad una più ampia convergenza delle modalità del nostro lavoro"¹⁰⁶.

Nei memoriali *amicus curiae* degli stati è spesso evidente il disaccordo tra stato ed ente federale. Ad esempio, nel caso *Eastman Kodak Co. contro Image Technical Services Inc.*¹⁰⁷, ventinove stati hanno redatto memoriali *amicus curiae* assumendo una posizione sul potere di mercato in contrasto con quella dell'autorità federale. Diversi stati hanno inoltre assunto una posizione divergente sia da quella federale che da quella di stati che avevano presentato altre memoriali *amicus curiae* nel caso *FTC contro Ticom Title Insurance Co.*¹⁰⁸. Tali divergenze hanno avuto luogo anche nell'ambito delle restrizioni verticali e della dottrina dell'immunità relativa all'azione statale¹⁰⁹.

¹⁰² National Association of Attorneys General, 22 Antitrust Report, marzo/aprile 1995, p. 4.

¹⁰³ Intervista con Robert M. Langer, vedi nota 40, p. 219.

¹⁰⁴ *National Association of Attorneys General Horizontal Merger Guidelines* (marzo 30, 1993), ristampato in 64 Antitrust & Trade Reg. Rep. (BNA), Special Supplement (1° aprile 1993).

¹⁰⁵ Intervista con il Presidente Janet D. Steiger, vedi nota 92, p. 205.

¹⁰⁶ *Ibidem*, p. 205.

¹⁰⁷ 903 F. 2nd 612 (9th Cir. 1990), *affd*, 60 USLW 4465 (1992).

¹⁰⁸ 922 F.2nd 1122 (9th Cir. 1991) *rev'd*, 60 USLW 4515 (1992).

¹⁰⁹ Intervista con Robert M. Langer, vedi nota 40, p. 212.

Il non allineamento tra stati e enti federali è evidente non solo nelle politiche di attuazione delle norme, ma anche nella reazione degli stati alle decisioni dei tribunali federali, quali, ad esempio la decisione *Illinois Brick*¹¹⁰.

Unione Europea

Agli sforzi di coordinamento e cooperazione dispiegati negli Stati Uniti negli ultimi anni, non fanno riscontro azioni parallele nell'UE. Al contrario, la relazione tra la Commissione e le autorità responsabili dell'attuazione delle leggi antitrust degli stati membri ha costituito l'oggetto delle azioni della Commissione volte a "decentrare" l'attuazione delle norme comunitarie sulla concorrenza. L'obiettivo a lungo termine del progetto consiste nell'ottenere un unico insieme di norme sulla concorrenza da applicare in tutta la Comunità tramite una rete costituita dalla DG IV, le autorità nazionali per la concorrenza e i tribunali nazionali. Ogni Stato membro sarebbe, inoltre, libero di imporre ulteriori provvedimenti per situazioni strettamente locali. Sebbene tale sforzo di "decentramento" sia parzialmente motivato dal principio di sussidiarietà, la motivazione principale consiste nell'espansione delle risorse impiegate per l'attuazione delle norme comunitarie, date quelle limitate della DG IV e l'eccessivo carico di lavoro derivante dal sistema delle notifiche alla Commissione. Quest'ultima ritiene che le autorità nazionali possano notevolmente migliorare la capacità di individuare e perseguire le violazioni degli articoli 85, paragrafo 1, e 86, concernenti i mercati sotto la loro giurisdizione.

Un aspetto essenziale degli sforzi di decentramento della Commissione consiste nel suo convincimento che essa e gli stati membri dovrebbero attuare le stesse norme sulla concorrenza (ossia le norme comunitarie sulla concorrenza), poiché ciò accrescerebbe la certezza giuridica per le imprese, creerebbe un terreno di azione paritetico ed eliminerebbe il "forum shopping". Inoltre, la Commissione ritiene che controlli multipli a livello comunitario e nazionale relativi a una stessa condotta dovrebbero essere eliminati, poiché costituiscono uno spreco di risorse, aumentano il rischio di decisioni divergenti nonché accrescono in modo ingiustificato i costi per le imprese. Di conseguenza, la Commissione afferma che il controllo dovrebbe essere esercitato o da essa stessa o dall'autorità competente dello stato membro, ma non da

¹¹⁰ Vedi nota 40.

entrambe, a meno che le circostanze non richiedano che la violazione sia perseguita con un'azione congiunta.

Alcuni stati membri, come ad esempio la Germania, hanno obiettato che le autorità nazionali dovrebbero avere il potere di concedere le esenzioni ai sensi dell'articolo 85, paragrafo 3, con il controllo di procedure adeguate per determinare la competenza e assicurare un'attuazione uniforme della legge¹¹¹. Tuttavia, la DG IV non mostra di voler rinunciare al proprio monopolio nella concessione di esenzioni ai sensi dell'articolo 85, paragrafo 3. Tale potere "costituisce il nucleo della politica comunitaria della concorrenza" ed il suo esercizio richiede "un giudizio qualificato di quelli che sono gli interessi della Comunità nel suo insieme"¹¹². Applicando l'articolo 85, paragrafo 3, la DG IV dichiara di essere in grado di "assicurare che il nucleo della politica comunitaria della concorrenza resti identico nell'ambito dell'intera Unione", eliminando così il rischio di "forum shopping e di distorsioni artificiali dei flussi di capitale"¹¹³. Inoltre, se tale potere fosse conferito agli stati membri un'esenzione decretata da un tribunale o da un'autorità nazionale dovrebbe essere rispettata da tutti gli altri.

Negli ultimi anni, la Commissione ha invitato i tribunali e le autorità competenti in materia di concorrenza dei vari stati a una più ampia attuazione delle norme comunitarie sulla concorrenza. Più specificamente, li ha incoraggiati a intentare procedimenti contro accordi e pratiche che interessino il commercio tra stati membri, influenzando, conseguentemente, la Comunità nel suo insieme. Tuttavia, tali sforzi difficilmente si tradurranno in un sostanziale aumento dell'attuazione delle norme comunitarie a livello nazionale, finché la Commissione detiene il monopolio della concessione di esenzioni ai sensi dell'articolo 85, paragrafo 3.

a) I tribunali nazionali

Nel 1992, il Tribunale di primo grado ha sancito il diritto della Commissione di non pronunciarsi su procedimenti intentati da privati privi di interesse significativo per la

¹¹¹ Lords Report, vedi nota 63, Memorandum of the Federal Cartel Office, p. 198, par. 4, comma a.

¹¹² Ibidem, testimonianza di Ehlermann, p. 116.

¹¹³ Ibidem, pp. 116-117.

Comunità, ove sia disponibile un'azione adeguata a livello nazionale¹¹⁴. In conformità a tale decisione, la DG IV non si esprimerà su tali casi; essa ritiene che ciò porterà ad un significativo aumento dei ricorsi comunitari in materia di concorrenza intentati da privati cittadini presso i tribunali nazionali¹¹⁵. Di conseguenza, nel 1993, la DG IV ha pubblicato la sua "Comunicazione sulla cooperazione tra giudici nazionali e la Commissione nell'applicazione degli articoli 85 e 86 del Trattato CE"¹¹⁶, allo scopo di aiutare i tribunali nazionali nella gestione di tali casi. Il documento, redatto da un gruppo di lavoro della DG IV e rivisto dal Comitato consultivo degli stati membri, enumera una procedura che serve da guida ai tribunali nazionali nell'applicazione del diritto comunitario della concorrenza.

Tale documento riconosce ai tribunali nazionali poteri concorrenti con quelli della Commissione nell'applicazione degli articoli 85, paragrafo 1, e paragrafo 2 e 86, attraverso il principio dell'effetto diretto. I tribunali nazionali possono, inoltre, applicare le previsioni sostanziali in materia di esenzione enunciate dalla Commissione ai sensi dell'articolo 85, paragrafo 3, ma non possono essi stessi concedere l'esenzione. La Comunicazione, quindi, sancisce che "gli individui e le imprese hanno accesso a tutte le azioni procedurali previste dalla legislazione nazionale alle stesse condizioni che si applicherebbero nel caso in cui avesse avuto luogo un'infrazione simile della legge nazionale", inclusi provvedimenti d'urgenza, ingiunzioni e risarcimenti¹¹⁷. Il diritto comunitario non prevede tali misure, ma solo l'imposizione di sanzioni.

b) Autorità nazionali per la concorrenza

La DG IV ha creato un gruppo di lavoro per esaminare i modi in cui le autorità nazionali potrebbero assumere un ruolo più significativo nell'applicazione del diritto comunitario della concorrenza. I membri del gruppo di lavoro sono stati personalmente nominati dai Direttori generali di ogni autorità nazionale per la concorrenza e dal Direttore generale della DG IV. Il suo compito consiste nell'accrescere l'efficienza nell'attuazione degli articoli 85 e 86, nel determinare se l'attuazione decentrata sia

¹¹⁴ Automec II, Sentenza del Tribunale di primo grado, 18 settembre 1992.

¹¹⁵ Lords Report, vedi nota 63, testimonianza di Ehlermann, p. 114.

¹¹⁶ GU C 39/05 del 13 febbraio 1993.

¹¹⁷ Ibidem, par. 11.

necessaria e auspicabile a tal fine e, in caso affermativo, nel predisporre i mezzi per l'attuazione decentrata. Il gruppo di lavoro ha sottoposto una relazione al Direttore generale della DG IV nel settembre 1994, contenente diverse conclusioni generiche non operative. Tuttavia, la relazione non è stata pubblicata poiché trattava molte questioni ancora irrisolte tra gli stati membri.

La questione più controversa con cui il gruppo di lavoro si è confrontato riguarda il potere di accordare esenzioni ai sensi dell'articolo 85, paragrafo 3. Un ulteriore problema è costituito dalle differenze nei poteri di indagine tra gli stati membri e rispetto alla Comunità. Questi sforzi dovrebbero comunque condurre a una Comunicazione sulla cooperazione con le autorità nazionali per la concorrenza.

5. Conclusioni

I sistemi a due livelli di applicazione delle norme antitrust esistenti negli Stati Uniti e nell'Unione Europea vanno ricondotti a radici storiche notevolmente diverse tra loro. E' probabile che, in futuro, la coesistenza delle autorità per l'attuazione delle normative ai due livelli di governo, nei due sistemi, si sviluppi secondo percorsi differenti.

Nell'Unione Europea, la spinta al decentramento è motivata dalla necessità di trovare una soluzione al problema dell'eccessivo carico di lavoro della DG IV, dovuto in larga parte al sistema delle notifiche, che i suoi mezzi non possono gestire. La Commissione considera l'attuazione decentrata, da parte di autorità e tribunali nazionali, un modo per ovviare al problema. Tuttavia la Commissione, mentre sprona al decentramento, desidera altresì mantenere un elevato grado di controllo centralizzato sul sistema, poiché lo ritiene necessario alla salvaguardia dell'uniformità. Quindi, essa obietta di dover conservare il monopolio sulle esenzioni ai sensi dell'articolo 85, paragrafo 3, dato che il conferimento di tale autorità a livello nazionale darebbe luogo a decisioni incoerenti, al "forum shopping" e all'assenza di un campo di gioco paritario.

E' tuttavia poco probabile che l'attuazione decentrata possa verificarsi nella situazione attuale. La maggior parte degli stati membri mancano di una forte tradizione antitrust. Le autorità nazionali preferiscono applicare il diritto nazionale, in armonia con

il loro ambiente economico-culturale e con la loro esperienza, e perchè permette una più ampia discrezionalità decisionale. Inoltre, esse non traggono alcun vantaggio dall'applicazione delle norme comunitarie anziché di quelle nazionali nei casi di violazione del diritto della concorrenza, a meno che i comportamenti in questione non violino la legislazione nazionale ma quella comunitaria. Quest'ultima non prevede poteri inibitori o sanzionatori distinti, avvalendosi per questi aspetti dei poteri previsti dalla legislazione nazionale. La gran parte degli stati membri non ha adottato leggi che conferiscano loro il potere di agire nell'ambito del diritto comunitario e gli stati che lo hanno fatto se ne sono serviti di rado.

I disincentivi per le autorità nazionali all'applicazione della legislazione comunitaria in tali condizioni sono numerosi: esse non possono concedere esenzioni ai sensi dell'articolo 85, paragrafo 3; potrebbero dichiarare l'esistenza di una violazione ai sensi dell'articolo 85, paragrafo 1 per scoprire in seguito che tale decisione è sovvertita dalla Commissione che concede un'esenzione ai sensi dell'articolo 85, paragrafo 3¹¹⁸; la Commissione potrebbe avviare un procedimento sullo stesso caso in qualsiasi momento, e ciò impedirebbe la continuazione dei procedimenti delle autorità nazionali, ai sensi del diritto comunitario.

Diversamente da quanto accade negli stati membri dell'UE, la tradizione statale antitrust negli USA è ben sviluppata e basata su fondamenti economico-culturali comuni e sulla condivisione di una storia nazionale. I conflitti tra le autorità statali e federali sono sorti per differenze nelle politiche e la tradizione antitrust degli stati ha dimostrato di essere assai forte durante gli anni di minore intervento a livello federale sotto l'amministrazione Reagan. Le leggi degli stati in materia di antitrust possono differire per quanto concerne le specifiche disposizioni, ma esse hanno un nucleo comune sufficientemente ben definito da permettere spesso agli stati di individuare e perseguire i loro interessi come gruppo, anche nei casi in cui esiste un contrasto con le autorità federali.

¹¹⁸ Naturalmente, la concessione di un'esenzione annullerebbe anche qualsiasi decisione pronunciata ai sensi del diritto degli stati membri che giunga a conclusioni incoerenti.

Inoltre, esistono forti incentivi per gli stati all'applicazione delle norme federali antitrust. Perseguire violazioni di leggi federali permette loro di intentare azioni presso tribunali federali, dove i precedenti federali in materia di antitrust sono vincolanti e i giudici hanno esperienza nella gestione di complessi casi in materia di concorrenza. Una volta soddisfatti i requisiti giurisdizionali, essi sono liberi di svolgere i procedimenti con i più ampi benefici previsti dalle leggi federali. Possono utilizzare i poteri di intervento previsti dalla legislazione federale, quale il triplice aumento dell'indennizzo e la possibilità di imporre una *dismission*.

Il sistema statunitense pone il problema della sovrapposizione delle competenze tra le leggi antitrust federali e quelle degli stati. La non uniformità non viene considerata una minaccia, salvo che per le concentrazioni, poiché l'interpretazione delle norme degli stati spesso si basa su precedenti federali e le argomentazioni nei casi di antitrust sono basate su considerazioni economiche che si equivalgono, per la legge federale o quella degli stati, siano esse compiute in tribunali federali o statali.

Sebbene le limitazioni delle risorse negli Stati Uniti impediscano alle autorità federali di compiere tutto ciò che vorrebbero, esse non hanno mai ritenuto che l'applicazione delle leggi federali da parte degli Attorney General degli stati fosse la soluzione al problema. Al contrario, essi hanno contato sulle proprie risorse nella sede di Washington, sui loro uffici dislocati in tutto il territorio degli Stati Uniti e sugli uffici dei procuratori federali. Inoltre, esse si sono dimostrate più capaci di stabilire priorità di quanto lo siano i loro colleghi dell'UE, non essendo vincolate da un sistema di notifiche che richiede infinite ore di lavoro inutile.

Collaborazione e coordinamento con gli Attorney General dei vari stati sono considerati auspicabili dai funzionari federali, poiché danno luogo ad un uso più efficiente delle risorse, accrescono la possibilità di ottenere risultati uniformi e portano benefici alla comunità imprenditoriale. Gli sforzi di collaborazione sono aumentati ed hanno assunto nuove forme attraverso l'azione della NAAG e delle autorità federali. Negli ultimi anni, inchieste e cause congiunte, nuovi sistemi di scambio delle informazioni, innovazioni istituzionali e programmi di memoriali *amicus curiae* sono segni evidenti dell'inizio di una nuova era nella cooperazione tra gli stati e il governo federale.

Gli stati membri dell'Unione Europea potrebbero ottenere analoghi vantaggi istituendo una associazione tra i vertici delle autorità nazionali per la concorrenza. Essa fornirebbe agli stati una sede in cui elaborare le proprie proposte, invece di reagire sempre alle proposte della Commissione, consentendo di individuare le aree d'interesse comune che non concernono la Commissione, quale lo scambio delle informazioni in casi di concentrazione o in altri procedimenti sotto la loro giurisdizione. Permetterebbe loro, altresì, di lavorare per raggiungere posizioni comuni nella risoluzione di questioni con la Commissione. Una simile organizzazione contribuirebbe enormemente allo sviluppo di un orientamento per un'applicazione più efficace delle norme sulla concorrenza in tutti gli stati membri.

Infine, l'Unione Europea dovrebbe prendere in seriamente in considerazione l'opportunità di creare un sistema di tribunali a livello regionale, che abbia competenze non solo in casi di concorrenza relativi al diritto comunitario, ma anche a quelli in applicazione del diritto nazionale, attraverso un meccanismo di rimozione della giurisdizione.

SUSSIDIARIETÀ E DECENTRAMENTO
NELL'APPLICAZIONE DEL DIRITTO DELLA CONCORRENZA EUROPEO

Valentine Korah

La sussidiarietà

La sussidiarietà rappresenta un criterio del tutto insoddisfacente per decidere quali casi debbano essere affrontati a livello nazionale e quali dalla Commissione. L'unica spiegazione che io abbia mai compreso di questo concetto è quella fornita dal giudice Kapteyne in un suo discorso al King's College di Londra diversi anni prima di Maastricht, in cui questi suggeriva che si tratta della giustificazione logica data da un politico ad azioni intraprese per altre ragioni, più che di un criterio guida per l'azione. Consideriamo chi possa fare cosa nel modo più efficace, liberi da qualsiasi teoria dottrinale.

I problemi per la Commissione e per i tribunali nazionali

Intendo suggerire che esiste una ristretta categoria di casi di cartelli locali che possono essere gestiti in modo efficiente dalle autorità nazionali e che la Commissione dovrebbe ridurre il suo carico di lavoro evitando di considerare ogni restrizione relativa alla condotta delle imprese come una restrizione della concorrenza. In tal modo, essa potrebbe occuparsi di un numero maggiore di quei casi difficili che interessano più di uno stato membro, come le joint ventures importanti.

Ultimamente, la Commissione si occupa di un numero limitato di denunce. E' peraltro difficile per i giudici nazionali applicare il diritto della concorrenza. In pochi paesi i giudici e gli avvocati sono preparati a considerare le transazioni economiche nel momento in cui vengono adottati gli impegni relativi agli investimenti e in cui contano gli incentivi, piuttosto che non a cose fatte, quando le circostanze sono ormai cambiate. Inoltre, essi non sono abituati a considerare i benefici e le perdite al margine: di quanta protezione ha bisogno un commerciante per compiere un livello ottimale di investimento in promozione? Molti casi in materia di concorrenza sono portati dinanzi ai tribunali civili

in Germania, ma pochissimi nel Regno Unito. Ritengo che i problemi di provare la collusione e di quantificare i danni abbiano dissuasato gran parte dei soggetti danneggiati.

Quindi, rivolgiamoci alle autorità nazionali

Di conseguenza, l'attenzione è stata rivolta alla possibilità che le autorità nazionali applichino, oltre che le loro disposizioni nazionali in materia di concorrenza, anche quelle della CE. Diversamente dai giudici civili, che è molto improbabile si trovino spesso a dover prendere decisioni concernenti la politica della concorrenza, si può presumere che le autorità nazionali abbiano accesso al pensiero economico e sviluppino un'esperienza adeguata.

Nel 1994¹¹⁹ la Conferenza delle autorità nazionali ha proposto che queste ultime applichino gli articoli 85 e 86 laddove:

- 1) il caso interessi essenzialmente un unico stato membro;
- 2) vi sia una chiara violazione delle norme comunitarie e non esista alcuna possibilità che un accordo sia esentato dalla Commissione in virtù dell'articolo 85 (3), e
- 3) l'autorità nazionale possa apportare rimedi efficaci.

Ciononostante, vi sono problemi sostanziali quando le autorità nazionali si trovano a dover applicare il diritto comunitario o nazionale della concorrenza.

Le restrizioni a livello locale

Dato che una molteplicità di procedimenti risulterebbe costosa e tenderebbe a frenare gli investimenti che comportano un rischio, è importante che sia solamente un'autorità a valutare un particolare comportamento e a trattare tutte le questioni. Le autorità nazionali possono essere in grado di tutelare la concorrenza in maniera efficace nel procedere contro accordi tra concorrenti volti ad aumentare i prezzi limitando la produzione, se questi sono rilevanti solo all'interno di uno stato membro.

¹¹⁹ Cfr. la Relazione sulla concorrenza in forma breve della Commissione per il 1994 e la Relazione annuale per il 1994, punti 40-43.

Vi sono, tuttavia, pochi stati membri separati dagli altri geograficamente: la Grecia e, in certa misura, l'Italia, sebbene questa confini con la Francia e l'Austria, e il Regno Unito, per quanto vi sia un confine comune con la Repubblica Irlandese. La maggior parte dei restanti stati membri hanno frontiere di una certa estensione con altri stati membri e qualsiasi restrizione della concorrenza nella zona del Benelux è da considerarsi probabilmente internazionale. Come ha affermato l'Avvocato Generale Mischo nel caso *Belasco contro la Commissione*¹²⁰, i cartelli tra concorrenti volti ad aumentare i prezzi limitando la produzione sono inefficaci, salvo se è possibile limitare le importazioni. Di norma, questo interessa comportamenti in uno o più stati membri. Come suggerito da altri relatori, le autorità nazionali dovranno collaborare per decidere quali sono i compiti da svolgere e chi se ne farà carico.

Nei casi delle discoteche francesi contro la Sacem¹²¹, il Tribunale di primo grado ha dichiarato che la Commissione era giustificata nel non dare seguito a un denuncia adottando una decisione formale quando il centro di gravità si trovava in un unico stato membro. Ciò può essere vero, anche se vi era un effetto percepibile sul commercio tra gli stati membri.

Anche qualora una condotta anticoncorrenziale interessi principalmente un unico stato membro, può non essere semplice reperire le informazioni al di fuori di quella giurisdizione. Quando la Commissione non ha preso una decisione formale riguardo alle denunce delle discoteche francesi che lamentavano l'imposizione di prezzi eccessivi da parte della Sacem, in contrasto con quanto stabilito dall'articolo 86, per aiutare l'Autorità francese essa è giunta fino a effettuare un confronto su base uniforme delle tariffe applicate da altre società di riscossione dei diritti d'autore. Il Conseil de la Concurrence francese ha potuto quindi su questa base condannare la Sacem per tariffe eccessive¹²².

La Commissione, inoltre, ha ordinato al governo italiano di autorizzare nuovi concorrenti a operare nel porto di Genova, lasciando la questione dell'accesso ad altri

¹²⁰ (246/88) Raccolta 2117 [1989], paragrafi 67-85.

¹²¹ *Bemim*, T-114/92, 24 gennaio 1995, Raccolta II-147 (1995), I CEC 592 [1995].

¹²² Anche l'Autorità italiana ha condannato le tariffe applicate dalla sua società di riscossione dei diritti d'autore sulla base della stessa relazione. Per questa decisione è stato presentato un ricorso in appello.

porti, anch'essi interessati al rilascio di autorizzazioni, all'Autorità italiana della concorrenza, nella speranza che la propria decisione riguardo a un porto di tale rilevanza costituisca un appropriato precedente¹²³.

La Commissione può intervenire dopo che le autorità hanno investito nelle inchieste

Inoltre, gli stati membri possono esitare a investire risorse nell'applicare il diritto comunitario, a meno che non vi sia un certo accordo con la Commissione in base al quale quest'ultima non avvierà un procedimento privandoli della loro competenza ai sensi dell'articolo 9 (3) del Regolamento n.17/62. Si veda quanto è accaduto al Bundeskartellamt nel caso *Volkswagen contro Ford*. Vi sono molteplici preoccupazioni.

Dopo il caso *Automec 2*, una parte che aspiri a una proroga può notificare l'accordo non appena l'autorità nazionale avvia un'indagine, potendo chiedere alla Commissione di procedere a una decisione formale ai sensi dell'articolo 85 (3). Per quanto sia possibile che la Commissione non conceda mai un'esenzione, l'articolo 9 (3) del Regolamento n. 17/62 sembra impedire all'autorità nazionale di procedere. Alla Conferenza intergovernativa potrà essere interessante discutere se modificare l'articolo 9 (3) o se può essere efficace la proposta di Van Miert.

Le norme nazionali in materia di concorrenza

Quasi tutte le autorità degli stati membri hanno poteri a livello nazionale simili a quelli che derivano dagli articoli 85 e 86 (l'Autorità italiana è persino tenuta a costruire il diritto nazionale alla luce dell'esperienza comunitaria). Esse sono spinte in maggior misura ad applicare tali norme alle restrizioni della concorrenza a livello locale. Ancora una volta, tuttavia, esse possono essere prevenute dal rilascio da parte della Commissione di un'esenzione individuale e, secondo l'Avvocato Generale Tesaurò¹²⁴, un'esenzione di categoria adottata dalla Commissione per liberarsi dagli incartamenti può prevalere sul diritto della concorrenza a livello nazionale.

¹²³ IP (95) 802 del 20 luglio 1995, [1995] 5 Common Market Law Review 256.

¹²⁴ *BMW contro ALD Auto Leasing D GmbH*, (C-70/93) del 22 novembre 1994; la sentenza non riguardava direttamente la questione.

Se dispongono di leggi nazionali, le autorità nazionali non sono incentivate a utilizzare le norme comunitarie. Attualmente, dato non hanno alcuna competenza nel concedere esenzioni ai sensi dell'articolo 85 (3), esse non possono portare a termine il lavoro. La Commissione sembra essere restia a condividere questo compito nel timore che alcuni stati membri possano esentare interi settori dell'economia. Le autorità nazionali, di conseguenza, sono incoraggiate più della Commissione a interpretare l'articolo 85 (1) in modo realistico, verificando caso per caso se gli accordi analizzati rendano un mercato meno competitivo.

Giurisdizioni multiple

Laddove un comportamento interessi in modo significativo più di uno stato membro, sorgono problemi di giurisdizione multipla e le possibilità di decisioni diverse o contrastanti.

Possono verificarsi duplicazioni di risorse in diversi stati membri¹²⁵. La Commissione e le autorità nazionali collaborano già nello stabilire a chi spetta intervenire nei diversi casi. Un accademico che non abbia mai lavorato per nessuno di questi due organi non è in grado di descrivere fin dove questo coordinamento sia arrivato e come funzioni. La pratica di inviare i funzionari provenienti dalle autorità nazionali alla DGIV e viceversa si è spinta molto oltre il campo delle concentrazioni? le autorità nazionali inviano personale presso le autorità di altri stati membri per acquisire esperienza e creare un clima di fiducia reciproca? Qui i funzionari di vari stati membri sembrano essere molto ben disposti nei rapporti tra loro.

Ottenere informazioni

E' probabile che le autorità nazionali non abbiano il diritto di utilizzare le informazioni raccolte dalla Commissione grazie al potere di cui essa dispone di richiedere

¹²⁵ Negli USA, i Procuratori Generali degli Stati hanno collaborato, talvolta sotto la guida di un unico stato, quando hanno agito in qualità di *parens patriae* e hanno intentato una causa per danni subiti da cittadini del loro stato nell'ambito delle leggi antitrust. Si veda l'intervento di Barry Hawk e Laraine Laudati a questo Convegno.

informazioni o accertamenti oppure tratte da notifiche¹²⁶, sebbene la Commissione possa avvertire ciascuna autorità riguardo a violazioni che possono essere oggetto di inchieste e accertate sulla base di ulteriori prove. E' necessario modificare l'articolo 20 del Regolamento n. 17/62¹²⁷ o possiamo attenderci una modifica del diritto giurisprudenziale?

Uniformità dei criteri sostanziali

Non si avrà un mercato comune se non saranno concordate delle linee guida tra la Commissione che tratta restrizioni importanti della concorrenza e le autorità nazionali che si occupano di restrizioni principalmente a livello locale.

Nonostante la creazione di un apposito dipartimento di coordinamento, è difficile per la DGIV applicare una politica comune. Alcuni funzionari di questo dipartimento sostengono che è difficile per loro garantire standard comuni, perché non spetta a loro redigere le decisioni, ma devono persuadere chi tratta direttamente i casi, spesso con una più vasta esperienza anche decennale, a redigere nuovamente tali decisioni. Se ciò risulta complesso all'interno di un'unica Direzione Generale, lo sarà ancor di più garantire l'uniformità dei principi di applicazione tra diverse autorità nazionali. I poteri della Commissione hanno un limite.

Casi di concorrenza difficili per i non addetti ai lavori

Di recente, i nostri ospiti si sono guadagnati un'ottima reputazione per la loro politica assennata ed efficace. Il Bundeskartellamt e il Conseil de la Concurrence hanno adottato un approccio ragionato e fondato da un punto di vista economico sulla base di

¹²⁶ Dirección General de Defensa de la Competencia y Asociación Española de Banca Privada e altri, Raccolta I-4785 [1992], punto 55, criticata da Mario Siragusa nella sua relazione.

¹²⁷ "1. Le informazioni raccolte in applicazione degli articoli 11, 12, 13 e 14 possono essere utilizzate soltanto per lo scopo per cui sono state richieste".

2. Fatte salve le disposizioni degli articoli 19 e 21, la Commissione e le autorità competenti degli stati membri nonché i loro funzionari e altri agenti sono tenuti a non divulgare le informazioni raccolte in applicazione del presente regolamento e che, per la loro natura, sono protette dal segreto professionale". Nel caso Banche spagnole, all'autorità spagnola è stato proibito l'uso di queste informazioni per applicare la legge spagnola. Il loro uso per applicare il diritto comunitario rientrerebbe nel significato dell'articolo 20 (1)?

un'esperienza pluriennale. Durante gli anni Novanta, tuttavia, sono state create numerose autorità della concorrenza e, data la difficoltà nel reperire personale con le qualifiche adatte, spesso le autorità sono composte prevalentemente di giuristi. A meno che non venga assunto un numero sufficiente di economisti¹²⁸, capaci di fornire una preparazione adeguata ai giuristi, ciò può portare a un'applicazione formalistica delle disposizioni, che ignorano il problema di mantenere i corretti incentivi per le imprese.

“One-stop shop”

La mia preoccupazione primaria per il più ampio ruolo delle autorità nazionali riguarda le complicazioni connesse alla molteplicità dei controlli sulle transazioni internazionali. Le imprese hanno accolto positivamente il Regolamento Concentrazioni e desiderano un abbassamento delle soglie di fatturato, sempre che all'ampliamento della Merger Task Force siano destinate risorse sufficienti, soprattutto per via dello "one-stop shop". Allo stesso modo, le imprese non vogliono dovere giustificare joint ventures cooperative importanti con procedimenti di fronte a 15 autorità.

I molteplici obiettivi del diritto della concorrenza europeo

A meno che le autorità non perseguano obiettivi in certa misura simili, ciascuna di esse dovrà essere pronta ad accettare l'opinione delle altre, in particolare ai sensi dell'articolo 85 (3). Alcune di esse possono perseguire l'efficienza economica e gli interessi dei consumatori, altre gli interessi delle imprese più piccole che tentano di entrare sui mercati, mentre altre ancora possono essere interessate all'integrazione dei mercati, considerati dopo che sono assunti gli impegni all'investimento.

¹²⁸ Si vedano le motivazioni illustrate da Frédéric Jenny nel suo intervento. Gli economisti sono interessati a che gli incentivi siano messi al posto giusto, per cui considerano l'effetto probabile delle transazioni al momento in cui gli impegni per investire sono assunti; essi tendono a pensare alla dimensione marginale (vi sarebbe un'uguale mole di investimenti se un commerciante o un concessionario non fosse protetto dai "free riders"?) e tendono a non avere fiducia nelle burocrazie, laddove gli avvocati parlano di regolamentazione nell'interesse pubblico e possono mirare a una regolamentazione eccessiva.

Un'interpretazione uniforme

Una possibile soluzione potrebbe essere che la Commissione proponga un regolamento o una direttiva ai sensi dell'articolo 87 o 235 del Trattato CE. Il problema è che l'interpretazione uniforme da parte della Commissione e delle autorità competenti non rientra chiaramente in nessuna delle cinque categorie elencate nell'articolo 87. Questo dovrebbe essere corretto in occasione della Conferenza intergovernativa del prossimo anno oppure si potrebbe emanare un regolamento, in quanto l'elenco di cui all'articolo 87 può essere ritenuto non esaustivo? le autorità nazionali si sentirebbero tutte vincolate da una Comunicazione della Commissione? e la Commissione¹²⁹?

L'esigenza di un'analisi economica ai sensi dell'articolo 85 (1)

Sono un'ottimista e mi auspico che il tanto atteso Libro verde della Commissione sulle restrizioni verticali possa fare in modo che, alla fine, le restrizioni verticali che riguardano mercati concorrenziali e che comportano una maggiore efficienza siano giustificabili ai sensi dell'articolo 85 (1) e non solo dell'articolo 85 (3)¹³⁰. Se riuscirà a ottenere ciò, il Professor Ehlermann avrà contribuito all'efficienza del commercio europeo più di qualsiasi altro suo predecessore. Attualmente, vi sono troppi precedenti della Commissione in cui si dichiara che qualsiasi restrizione sulla condotta che influisce in qualche modo sul mercato costituisce una violazione dell'articolo 85 (1), persino se proprio tale restrizione è poi esentata perché porta a efficienza e ad acquisti più vantaggiosi per i consumatori, ossia perché rende il mercato più competitivo.

Il fatto di limitare l'applicazione del divieto di cui all'articolo 85 (1) a quegli accordi che rendono i mercati meno concorrenziali permetterebbe alla Commissione di risparmiare risorse nella valutazione degli accordi verticali nei mercati concorrenziali, in cui vi sono troppi distributori o concessionari per rendere fattibile la cartellizzazione, e di

¹²⁹ I primi casi sulla cooperazione hanno interpretato la Comunicazione del 1968 in modo molto stretto. La valutazione realistica della possibile concorrenza tra soggetti che costituiscono un'impresa comune delineata nella tredicesima Relazione è stata evitata grazie ai funzionari che hanno trovato che alcune restrizioni complementari violavano l'articolo 85 (1), sebbene fossero ritenute necessarie per indurre transazioni efficienti ai sensi dell'articolo 85 (1).

¹³⁰ Si veda l'articolo di David Deacon presentato presso il Barry's Fordham Corporate Law Institute il mese scorso. Mi è stato riferito che la sua posizione è condivisa nel gabinetto e dal Direttore Generale della DG IV.

analizzare un maggior numero di denunce circa l'abuso di una posizione dominante o cartelli tra concorrenti, circostanze che sovente il soggetto danneggiato ha difficoltà a provare. Il fatto di stabilire regole uniformi e attenersi alle sentenze dei Tribunali sarebbe utile ed eviterebbe alle imprese di dover distorcere accordi efficienti per rientrare in esenzioni di categoria già definite e di dover rinegoziare i patti dopo che il potere contrattuale risulti modificato. Inoltre, sarebbe meno essenziale l'intervento delle autorità nazionali per applicare le norme in materia di concorrenza.

Come hanno indicato Barry Hawk¹³¹ e David Deacon¹³², un'applicazione dell'articolo 85 (1) basata sull'analisi economica non renderebbe automaticamente legittime le restrizioni verticali nei mercati concentrati. Se le imprese con potere di mercato in mercati oligopolistici evitano la concorrenza di prezzo o si avvantaggiano di condizioni di domanda e offerta diverse nel mercato comune o laddove esista un numero sufficientemente limitato di imprese a valle tale da consentire la collusione, può essere vietato un maggior numero di accordi verticali di quanto non avvenga nella pratica corrente. Ciò nondimeno, nell'ipotesi di un'interpretazione economica dell'articolo 85 (1), con tutta probabilità nei mercati concorrenziali un minor numero di transazioni sarebbero soggette a distorsioni per rientrare nelle esenzioni di categoria e ciò comporterebbe un più alto grado di certezza sulla validità di accordi inoffensivi.

Se si seguissero alcune delle sentenze della Corte, un intervento normativo potrebbe essere superfluo. La Corte di Giustizia ha elaborato due distinte teorie per consentire quegli accordi che non sono di per se stessi anticoncorrenziali. In casi quali *Remia*¹³³ e *Pronuptia*¹³⁴, essa ha dichiarato che la maggioranza delle restrizioni accessorie che rendono fattibili tali accordi non rientrano nell'articolo 85 (1) e non necessitano, perciò, di alcuna esenzione.

Nel caso *Delimitis*¹³⁵, essa ha stabilito che, solamente qualora ai concorrenti fossero negate concrete e reali opportunità di accesso, gli obblighi di acquisto esclusivo

¹³¹ "System Failure: Vertical Restraints and EC Competition Law", *Common Market Law Review*, 973 (1995).

¹³² Fordham Corporate Law Institute (1995), che sarà pubblicato dalla *Transnational Law* nel 1996.

¹³³ (42/84) Raccolta 2545 [1985], 1 *Common Market Law Review* 1 [1987], CMR 14217.

¹³⁴ (161/84) Raccolta 353 [1986], 1 *Common Market Law Review* 414 [1986].

¹³⁵ (C-234/89) Raccolta 1-935 [1991].

sarebbero in contrasto con l'articolo 85 (1). In altri casi, la richiesta di esenzione è superflua. Nei casi tedeschi riguardanti il gelato, la Commissione ha compiuto un'analisi economica ai sensi dell'articolo 85 (3)¹³⁶. Il Tribunale di Primo Grado, tuttavia, ha confermato la decisione effettuando l'analisi ai sensi dell'articolo 85 (1) e non dell'articolo 85 (3)¹³⁷. A mio avviso, questa è una differenza notevole, che permetterebbe che accordi simili, nel caso in cui meno punti vendita siano vincolati a un unico fornitore, siano considerati nei tribunali nazionali e consentirebbe anche alle autorità nazionali una valutazione più ragionevole. Il potere esclusivo della Commissione di applicare l'articolo 85 (3) sarebbe meno gravoso per le autorità e i tribunali nazionali se gran parte degli accordi non rientrasse nel divieto di cui all'articolo 85 (1).

Se la Commissione dovesse decidere di non vietare un maggior numero di importanti accordi verticali esclusivi, diverrebbe fondamentale che tali accordi non siano attaccati dalle autorità nazionali, altrimenti si aggraverebbe il problema di un controllo multiplo, comportando così ulteriori costi per l'industria europea. In occasione di un suo discorso al Fordham Institute, David Deacon ha suggerito che la Commissione potrebbe dover emanare una Comunicazione o un regolamento per uniformare l'interpretazione dell'articolo 85. Esistono difficoltà, comunque, per il fatto che la Commissione sembra non avere alcun potere per concedere un'attestazione negativa collettiva¹³⁸, e una Comunicazione non sarebbe vincolante se non, forse, per la Commissione stessa.

Nelle decisioni relative alle imprese comuni sembra esservi effettivamente una più vasta analisi economica e si stanno eliminando i divieti di alcune restrizioni accessorie che, alcuni anni fa, sarebbero state tacciate di limitare la concorrenza, seppure oggi poche joint ventures siano interamente oggetto di attestazione negativa¹³⁹. A meno che ciò non avvenga, i tribunali e le autorità nazionali saranno restii a fare valere o ad autorizzare il proseguimento di tali accordi senza la necessità di nuove trattative tra le parti.

¹³⁶ *Scholler e Langnese-Iglo* GUCE 1993 L183/1 e 19, 4 Common Market Law Review 51 [1994], 1 C.E.C. 2101 e 2123 [1993].

¹³⁷ (T-7 e 9/93) 2 C.E.C. 217 [1995].

¹³⁸ Questo spiega il considerando 2 del Regolamento n. 418/65, che afferma che la collaborazione congiunta nella ricerca e sviluppo non limita normalmente la concorrenza. Si è trattato di un tentativo di dare un'attestazione negativa a tali accordi mediante un regolamento di esenzione.

¹³⁹ La *International Satellite Partners* è stata oggetto di attestazione negativa, ma i soci erano essenzialmente finanziatori, ossia operano in un mercato non molto concentrato.

L'effetto sul commercio tra gli Stati membri

Un tempo sembrava che la condizione di applicazione dell'articolo 85 (1), ossia la possibilità per questo di influire sul commercio tra stati membri, potesse essere utilizzata per distinguere tra applicazione del diritto nazionale e del diritto comunitario. Nel caso *Papiers Peints*¹⁴⁰, l'Avvocato Generale Trabucchi ha proposto che solamente gli accordi importanti siano soggetti al diritto comunitario in virtù di questa condizione, argomento poi ripreso da Jonathan Faull¹⁴¹. Tuttavia, nonostante il principio di sussidiarietà, i Tribunali comunitari o la Commissione non sembrano seguire questa indicazione.

I tribunali nazionali

Applicare le norme in materia di concorrenza è un compito arduo per gran parte dei tribunali nazionali e questo è uno dei motivi per cui, negli anni Sessanta, la Commissione ha cercato di mantenere nelle sue mani il potere decisionale in questioni importanti. I giudici nazionali non dovrebbero essere degli esperti in concorrenza, ma negli aspetti generali del diritto. Nel corso della loro carriera, i singoli giudici possono avere poche occasioni in cui devono decidere o contestare casi di concorrenza e hanno, perciò, poche possibilità di apprendere.

Ciò di cui abbiamo bisogno per applicare il diritto della concorrenza sono organismi specializzati con un maggiore accesso all'analisi economica. La descrizione che Frédéric Jenny fa della preparazione fornita a un numero limitato di giudici nelle Corti di Appello parigine è affascinante e merita di essere imitata in altre città.

Mi sono sempre rammaricata della nullità automatica degli accordi imposta dall'articolo 85 (2), perché i tribunali nazionali possono essere incoraggiati a seguire i precedenti della Commissione riguardo all'ampio ambito di applicazione del divieto di cui all'articolo 85 (1). I mercati presuppongono che i diritti di proprietà siano esclusivi e che

¹⁴⁰ (73/74) Raccolta 1941 [1975].

¹⁴¹ "Effect on Trade Between Member States and Community: Member State Jurisdiction", Fordham Corporate Law Institute, 485 [1989].

i patti siano onorati. In un mondo così corrotto, può essere importante potere far valere disposizioni consensuali che rendono possibile un impegno a investire.

**IL RUOLO DELLE AUTORITÀ NAZIONALI ANTITRUST
NEL PROMUOVERE UN'APPLICAZIONE CONVERGENTE
DELLE NORME SULLA CONCORRENZA IN EUROPA:
OPPORTUNITÀ DI APPLICAZIONE DECENTRATA
DELLA NORMATIVA DELL'UE SULLA CONCORRENZA**

Mario Siragusa

1. L'attuale contesto delle leggi internazionali sulla concorrenza

1.1 Le origini: l'ITO e il GATT

L'idea di una normativa internazionale sulla concorrenza è nata dopo la seconda guerra mondiale, nell'ambito del processo di creazione di istituzioni multilaterali nel campo della cooperazione economica, processo che si prefiggeva di instaurare un ordine economico fondato sul libero scambio nell'intento di allentare le tensioni politiche e ridurre il rischio di un'altra guerra¹⁴². Per conseguire questo obiettivo, alcuni funzionari del Dipartimento di Stato degli Stati Uniti avviarono trattative su base bilaterale con gli alleati britannici per creare un'Organizzazione Internazionale per il Commercio (International Trade Organization - ITO), già prima che finisse la guerra. L'ITO era vista come il terzo pilastro del sistema di Bretton Woods, insieme al Fondo Monetario Internazionale e alla Banca Mondiale. La bozza dello statuto dell'ITO è stata di volta in volta emendata nel corso delle varie conferenze tenutesi dal 1946 al 1948 a Londra, New York, Ginevra e all'Avana. La versione definitiva, stilata all'Avana nel marzo del 1948, che sanciva la creazione dell'Organizzazione Internazionale per il Commercio sotto forma di agenzia specializzata delle Nazioni Unite, prese il nome di "Carta dell'Avana". Essa fissava non solo le regole per il commercio dirette agli stati, ma anche norme relative alle pratiche commerciali restrittive poste in essere dalle imprese (PCR), nonché agli investimenti esteri e all'occupazione.

¹⁴² Cfr. L.J. Bergstrom "Should the GATT Be Modified to Incorporate a RBP Provision?", n. 17, World Competition, 1993; John H. Jackson, *World Trade and the Law of GATT*, 30, 1970.

Pertanto, la Carta dell'Avana gettava le fondamenta di un duplice ordinamento per la disciplina internazionale della concorrenza, basato su norme che riguardavano sia il commercio interstatale sia il controllo, da parte dello stato, delle pratiche commerciali restrittive attuate da imprese partecipanti a transazioni internazionali. Il Capitolo IV sulla politica commerciale intendeva porre un freno alla tendenza a un diffuso ricorso a strumenti commerciali statali quali barriere protezionistiche. Il Capitolo V, relativo alle pratiche commerciali restrittive, prevedeva una limitazione di tali condotte, a livello internazionale, per quelle imprese commerciali sia private sia pubbliche che, secondo il paragrafo 1 dell'articolo 46, «frenavano la concorrenza, limitavano l'accesso al mercato o favorivano un controllo monopolistico». Questo primo tentativo di definire il fenomeno delle PCR negli scambi internazionali era chiaramente basato sulla legislazione antitrust in vigore negli Stati Uniti. Tuttavia, l'articolo 46 della Carta dell'Avana indicava espressamente un insieme di PCR¹⁴³, in netto contrasto con l'enunciazione in termini generali dello Sherman Act. La rimanente parte del Capitolo V descriveva i principi fondamentali del controllo internazionale delle PCR.

I meccanismi procedurali dell'ITO differivano dal diritto antitrust statunitense per due importanti aspetti. In primo luogo, veniva istituita una procedura di consultazione e negoziazione nell'ambito dell'ITO. Essa limitava l'accesso al duplice sistema di composizione delle controversie in materia di PCR - che comprendeva sia la fase di consultazione che la fase di indagine¹⁴⁴ - ai paesi membri, escludendo i soggetti privati. In secondo luogo, benché l'articolo 48 precisasse quali pratiche avrebbero costituito

¹⁴³ Le pratiche citate ai paragrafi 2 e 3 sono le seguenti: (a) la fissazione di prezzi, termini o condizioni da rispettare nel trattare con altri l'acquisto, la vendita o il noleggio di un qualunque prodotto; (b) l'esclusione di imprese da qualunque mercato territoriale o campo di attività commerciale, o la ripartizione o divisione dei mercati, oppure l'assegnazione di clienti, o il contingentamento delle vendite o degli acquisti; (c) la discriminazione nei confronti di alcune imprese; (d) la limitazione della produzione o la fissazione di quote di produzione; (e) impedire, a seguito di un accordo, lo sviluppo o l'applicazione di tecnologie, siano esse brevettate o meno; (f) l'estensione dell'uso di diritti coperti da brevetti, marchi di fabbrica o copyright concessi da un membro, in base alle leggi e norme vigenti nel suo paese, oltre quanto stabilito negli accordi di trasferimento di tali diritti o il loro utilizzo in relazione a prodotti o condizioni di produzione, uso o vendita che non sono parimenti previsti negli accordi di trasferimento dei diritti; (g) qualunque pratica analoga che l'Organizzazione dichiari, a maggioranza dei due terzi dei Membri presenti e votanti, essere una pratica restrittiva.

¹⁴⁴ Il sistema per la composizione delle controversie previsto dalla Carta dell'ITO (capitoli V e VII) è più formale e comporta maggiori poteri di aggiudicazione rispetto alle procedure per la composizione delle controversie contenute nel GATT (articoli XXII e XXIII), che, dal canto loro, fanno ricorso più a consultazioni e negoziazioni che a procedure decisorie.

sostanziali violazioni della Carta¹⁴⁵, il capitolo V non prevedeva nessuno strumento per evitare il perpetrarsi dei comportamenti anticoncorrenziali. Il problema dei mezzi di tutela era lasciato in gran parte all'iniziativa dei paesi membri in cui si verificavano le violazioni.

Verso la fine del 1950, la decisione dell'esecutivo degli Stati Uniti di non richiedere l'approvazione del Congresso per lo statuto dell'ITO ha dissuasato altri paesi dal sottoscrivere l'accordo. Nessun paese intendeva diventare membro di un'ITO che non comprendesse anche gli Stati Uniti. L'ironia della situazione consisteva nel fatto che erano stati proprio gli Stati Uniti a prendere per primi l'iniziativa della creazione dell'ITO.

Quando fu chiaro che la Carta dell'Avana non sarebbe stata ratificata, il suo capitolo sulla politica commerciale fu in gran parte inserito, dopo alcuni emendamenti, nell'Accordo generale sulle tariffe e sul commercio (GATT), che, nella politica commerciale, assunse quel ruolo guida precedentemente assegnato all'ITO. E' importante sottolineare che il GATT riguardava esclusivamente il commercio interstatale di merci, mentre non disciplinava il controllo da parte degli stati delle PCR delle imprese private negli scambi internazionali. Nonostante il suo carattere provvisorio, il GATT è rimasto per 45 anni l'unica istituzione multilaterale a disciplinare il commercio internazionale¹⁴⁶.

Gli estensori del GATT ne basarono le norme principali sulla teoria, relativamente semplice, che il libero scambio tra nazioni produce una situazione economicamente efficiente in cui il vantaggio relativo delle singole nazioni si traduce nella massima produttività per tutti. Il carattere concorrenziale e orientato verso il mercato del GATT, in contrasto con quello di molti altri accordi internazionali che affrontano esclusivamente l'aspetto tecnico dell'armonizzazione delle norme e degli standard, è evidenziato dal rilievo in cui esso pone i vantaggi che gli effetti proconcorrenziali del libero scambio assicurano al benessere economico complessivo delle singole nazioni e del mondo intero¹⁴⁷. Nelle sue disposizioni furono introdotti numerosi principii basilari della

¹⁴⁵ Cfr. articoli 48 e 50, par. 4.

¹⁴⁶ Cfr. John H. Jackson, *World Trade and the Law of GATT*, 59, 1969.

¹⁴⁷ Cfr. L.J. Bergstrom, "Should the GATT Be Modified to Incorporate a RBP Provision?", *World Competition*, n. 17, 1993 (in seguito Bergstrom); Natalia Yacheistova, "The International Competition Regulation", *World Competition* 99, 1995.

concorrenza, quali la non discriminazione tra partner commerciali, l'abolizione delle barriere agli scambi, nonché la messa al bando delle limitazioni alle esportazioni e alle importazioni, del dumping e delle sovvenzioni all'esportazione. Ma, nell'affrontare i comportamenti anticoncorrenziali, il GATT lasciava irrisolto un grave problema: quello delle PCR adottate dalle imprese private, che esso non disciplinava.

1.2 La politica della concorrenza nel nuovo ordine commerciale

La nuova interfaccia tra commercio e concorrenza

Dopo otto "round" di negoziati all'insegna del GATT, le barriere che ostacolavano gli scambi internazionali risultano diminuite. E' stata ottenuta una sostanziale liberalizzazione del commercio internazionale e la crescita del commercio mondiale è diventata il motore dell'espansione economica, con la conseguente globalizzazione e interconnessione dei mercati. Ma se da un lato la crescente liberalizzazione e globalizzazione dei mercati riflette il successo della politica commerciale, dall'altro essa crea nuovi problemi per la stabilità del sistema commerciale mondiale.

L'impatto sugli scambi delle politiche commerciali nazionali si sta accentuando sempre più. Anche se un'efficace attuazione della politica in materia di concorrenza sta diventando una caratteristica delle economie aperte di mercato, le leggi sul commercio internazionale sono ancora inefficienti e sovente controproducenti ai fini di una disciplina del comportamento anticoncorrenziale nell'economia globale mentre, nel contempo, le leggi nazionali sulla concorrenza e i dispositivi per la loro applicazione sono strumenti non idonei a proteggere il nuovo mercato globale.

E' per tali motivi che si manifesta un crescente interesse verso il contemporaneo inserimento del commercio internazionale e del diritto della concorrenza in un sistema di norme internazionali sulla concorrenza che sostituiscano le leggi sugli scambi del genere di quelle contro il dumping o sulle misure compensative¹⁴⁸, e che disciplinino le attività

¹⁴⁸ Cfr. P. Messerlin, "Should Antidumping Rules be replaced by National or International Competition Rules?", *World Competition*, n. 18, 1995.

anticoncorrenziali sia pubbliche sia private¹⁴⁹. Attualmente, gli ambienti governativi stanno prestando un grande interesse all'interfaccia tra il commercio e il diritto della concorrenza¹⁵⁰.

Nonostante la sua rilevante e crescente influenza sul commercio internazionale, la politica della concorrenza tradizionalmente è stata seguita e sviluppata in una prospettiva meramente nazionale, all'interno dei diversi paesi¹⁵¹. Il concetto di una politica della concorrenza strategica per il mercato aperto è privo di un'elaborazione teorica¹⁵² ma, via via che il sistema commerciale mondiale continua a diventare più aperto e una parte sempre crescente del commercio è gestita da società multinazionali, la separazione tra i mercati nazionali e quelli internazionali perde sempre più significato.

La necessità di rafforzare la politica internazionale della concorrenza

Le autorità antitrust si trovano a dover affrontare il compito di rivedere una politica statale che era stata messa a punto quando, di norma, i mercati più ampi avevano una dimensione nazionale o anche minore. Rafforzare la politica internazionale della concorrenza è necessario. Il presente lavoro illustrerà brevemente tale esigenza per quanto concerne sia una efficace attività di tutela della concorrenza sia l'accesso al mercato e le barriere agli scambi, e lo farà in base alle conclusioni del Rapporto del luglio 1995, redatto per la Commissione Europea da un gruppo di esperti e concernente una migliore cooperazione internazionale in materia di concorrenza¹⁵³.

¹⁴⁹ Sulla questione dell'interfaccia tra politiche commerciali e politiche della concorrenza, cfr. The Interface of Trade/Competition Law and Policy, "Antitrust Law Journal", n. 56, 1987; e OECD "Joint Report on Trade and Competition Policies", Committee on Competition Law and Policy e Trade Committee, pubblicato in World Competition, n. 18, 1994.

¹⁵⁰ Esistono numerosi esempi della sovrapposizione tra politiche commerciali e politiche della concorrenza o dell'indubbia influenza che i comportamenti anticoncorrenziali hanno su di esse. Il professor Jackson ha presentato al Comitato giudiziario del Senato degli Stati Uniti, nel 1992, un elenco comprendente: le politiche volte a favorire l'acquisto di prodotti nazionali, le leggi antidumping, le questioni inerenti la proprietà intellettuale, la formulazione e l'applicazione di standard produttivi, le sovvenzioni e le restrizioni quantitative, le norme sulle responsabilità in materia di prodotti, cfr. "Statement on Competition Law and Policy before the U.S. Senate Committee on Judiciary of 18 June 1992", Journal of World Trade, n. 26, 1994.

¹⁵¹ Vedi Murray Weidenbaum, "Antitrust Policy for the Global Market", 28 Journal of World Trade, 27-31, 1994.

¹⁵² Cfr. Phedon Nicolaidis, "Towards Multilateral Rules on Competition", World Competition, n. 17, 1994.

¹⁵³ Pubblicato anche in Documenti Europei, n. 1945/1946, 27 luglio 1995.

(a) Gli ostacoli a un'efficace attuazione del diritto e della politica della concorrenza nelle transazioni internazionali.

(i) Data la crescente liberalizzazione e globalizzazione dei mercati, sono sempre più numerosi i problemi di concorrenza che travalicano i confini nazionali: i cartelli internazionali, i cartelli all'esportazione, le pratiche restrittive in ambiti che, per loro natura, sono internazionali (come i trasporti aerei e via mare), le concentrazioni su scala mondiale (per esempio, BT-MCI)¹⁵⁴ e l'abuso di posizione dominante su più mercati (ad esempio, il caso Microsoft)¹⁵⁵ hanno evidenziato l'incapacità delle politiche nazionali della concorrenza di fornire un'efficace disciplina delle transazioni internazionali.

(ii) Le autorità antitrust nazionali incontrano spesso ostacoli di natura pratica o giuridica nel perseguire violazioni in giurisdizioni estere, soprattutto a causa della difficoltà di ottenere informazioni circa i comportamenti tenuti all'estero.

(iii) L'applicazione extraterritoriale delle leggi nazionali sulla concorrenza può provocare controversie giurisdizionali tra le varie autorità antitrust nazionali.

(iv) I paesi in via di sviluppo sono sempre più esposti al rischio di pratiche anticoncorrenziali, data la riduzione delle barriere statali che ostacolavano l'accesso ai mercati di beni e servizi, gli investimenti di natura commerciale e i diritti di proprietà intellettuale, nel contesto dell'Uruguay Round. Di conseguenza, questi paesi sono particolarmente interessati all'esistenza di una efficace disciplina dei comportamenti anticoncorrenziali. Inoltre, in assenza di norme nazionali equivalenti, essi corrono il rischio di essere assoggettati all'applicazione extraterritoriale delle leggi sulla concorrenza di altri paesi.

(b) La disomogeneità delle norme nazionali sulla concorrenza costituisce un forte ostacolo al commercio.

(i) In mancanza di norme internazionali, sono sempre più numerosi i casi in materia di antitrust che devono essere affrontati da autorità nazionali diverse, sia all'interno

¹⁵⁴ GUCE L223, 1994.

¹⁵⁵ IP/94/653.

della Comunità Europea sia al suo esterno. Le procedure, i limiti di tempo e i criteri per prendere le decisioni necessarie possono variare sensibilmente. Tali disparità fanno notevolmente lievitare i costi per l'osservanza delle leggi, a causa della duplicazione degli impegni nei vari procedimenti paralleli.

(ii) Inoltre, queste disparità possono anche tradursi in ostacoli al commercio e agli investimenti internazionali, a causa di distorsioni risultanti o da una diversa applicazione delle leggi sulla concorrenza nei vari paesi o da decisioni contrastanti.

(iii) Gli atteggiamenti assunti nei confronti di determinate pratiche concorrenziali variano da un paese all'altro. Queste diversità possono provocare distorsioni del commercio e possono impedire l'accesso al mercato in questione, anche quando le imprese estere potrebbero instaurare una concorrenza che sarebbe positiva per i consumatori.

1.3 Colmare le lacune

Nell'ultimo decennio, le disparità tra le varie politiche nazionali della concorrenza e tra le loro modalità di applicazione sono state sovente causa di attriti negli scambi internazionali. Molti paesi hanno assunto apposite iniziative volte a ovviare all'assenza, dovuta al fallimento del progetto ITO, di un collegamento istituzionalizzato tra la concorrenza e il commercio internazionale, iniziative che sono state intraprese a livello sia unilaterale, sia bilaterale, sia regionale. Ne parliamo qui di seguito, nell'intento di sintetizzarne i risultati e di evidenziarne le tendenze più recenti.

L'approccio unilaterale: l'extraterritorialità

L'approccio unilaterale consiste nell'applicare le norme e i principi della politica nazionale della concorrenza a stati o imprese operanti al di fuori del territorio nazionale. Tale "portata extraterritoriale" è esemplificata dall'applicazione della legge statunitense antitrust ai cartelli con sede all'estero, nonché da norme quali l'articolo 301 della legge sugli scambi. All'interno della Comunità, è stato utilizzato lo "Strumento della politica commerciale" per esercitare pressioni su paesi terzi affinché rinunciassero a

comportamenti anticoncorrenziali nel campo dei diritti di proprietà intellettuale¹⁵⁶. Una simile azione unilaterale può essere molto efficace, ma può anche essere oggetto di severe critiche e finanche di ritorsioni da parte dei partner commerciali.

Nel campo del diritto della concorrenza *strictu senso* - che non comprende le leggi sul commercio - le linee guida statunitensi per l'applicazione dell'antitrust nelle operazioni internazionali, emanate nell'aprile del 1995, sintetizzano la posizione degli Stati Uniti circa la portata extraterritoriale delle leggi antitrust, vale a dire che la "dottrina degli effetti" rappresenta il fondamento della giurisdizione statunitense in materia nelle controversie internazionali¹⁵⁷. Nel recente caso *Pilkington*¹⁵⁸, il governo degli Stati Uniti è intervenuto direttamente contro comportamenti realizzati in altri paesi che, a suo avviso, producevano un "effetto diretto, sostanziale e ragionevolmente prevedibile sull'esportazione di beni e servizi dagli Stati Uniti"¹⁵⁹. La reazione di partner commerciali degli USA come il Giappone, che è l'obiettivo più probabile di azioni antitrust extraterritoriali intraprese dagli Stati Uniti, non è stata certamente entusiasta.

Il Trattato di Roma non affronta espressamente la questione dell'extraterritorialità; di conseguenza, la Commissione e la Corte di giustizia hanno dovuto provvedere a elaborare il diritto comunitario relativo all'applicazione extraterritoriale delle norme della Comunità Europea sulla concorrenza.

Dal recente atteggiamento della Commissione Europea nei confronti della concorrenza nel mercato globale¹⁶⁰ trapela l'intenzione di ampliare l'ambito di applicazione del diritto comunitario, attraverso una politica attiva di rivendicazione della propria giurisdizione. Sembra che la Commissione stia pensando di rivedere l'approccio

¹⁵⁶ Per esempio, nella Comunità sono state adottate iniziative contro la pirateria delle registrazioni sonore in Indonesia, ricorrendo a strumenti di politica commerciale, cfr. GUCE C136, 1987 (avvio) e GUCE L123, 1988 (conclusione); contro la Thailandia, cfr. GUCE C189, 1991 (avvio).

¹⁵⁷ Cfr. par. 3(1) dell'*Antitrust Enforcement Guidelines for International Operations*, The Bureau of National Affairs, Inc., Washington D.C., aprile 1995.

¹⁵⁸ *Stati Uniti contro Pilkington PCL* (1994).

¹⁵⁹ E' ormai un criterio invalso che le norme antitrust dello Sherman Act si applichino anche ai comportamenti tenuti all'estero. La Corte Suprema, nel *Hartford Fire Insurance Co. contro lo Stato della California* (1993) ha deliberato che lo Sherman Act si applica ai comportamenti all'estero destinati a produrre, e che hanno prodotto, un effetto sostanziale negli Stati Uniti.

¹⁶⁰ Cfr. Ratliff, *Reflections on major events in the past year*, Conferenza IBC sul diritto CE della concorrenza, Bruxelles, novembre 1994.

dell'UE all'attuazione del diritto della concorrenza" adottato nel caso della *Pasta di legno* e di anettere maggiore importanza all'"impatto strutturale" che hanno, all'interno della Comunità, le restrizioni non comunitarie. A tale proposito, è da rilevare come nel caso *Materie Coloranti*¹⁶¹, la Commissione abbia rivendicato la propria giurisdizione in base alla cosiddetta "dottrina degli effetti". La Corte di giustizia non ha esplicitamente avallato questa impostazione e ha appoggiato la decisione della Commissione per quanto concerne la controparte inglese e quella svizzera, affermando che esse avevano operato all'interno della Comunità tramite le loro sussidiarie, vale a dire secondo il principio della territorialità, che è uno dei fondamenti universalmente riconosciuti del diritto pubblico internazionale per la definizione della giurisdizione. Analogamente, nel caso *Pasta di legno*¹⁶², la Corte di giustizia ha deliberatamente evitato un'esplicita adozione della "dottrina degli effetti", affermando che la competenza della Comunità si basava su determinati comportamenti degli interessati, cioè sull'attuazione della procedura concordata. In quell'occasione, l'Avvocato generale Darmon ha concluso che la "dottrina degli effetti" poteva applicarsi purché gli effetti del comportamento fossero diretti e prevedibili. Egli ha esposto le sue opinioni in un esauriente resoconto contenente una rassegna della "dottrina degli effetti" nel diritto internazionale, il relativo principio della legislazione statunitense e le varie basi giurisdizionali per la sua applicazione antitrust suggerite dagli accademici. Di conseguenza, anche se la Corte di giustizia non ha applicato la "dottrina degli effetti" in nessuno dei casi più importanti, né in *Materie Coloranti* né in *Pasta di legno* (né nei casi *Continental Can*¹⁶³ e *Commercial Solvens*¹⁶⁴, in cui è stata esaminata anche la questione della giurisdizione), ciò non significa che la Corte di giustizia non applicherà in futuro la "dottrina degli effetti" se questa fosse l'unica base per affermare la competenza delle autorità europee su un caso.

Il diritto pubblico internazionale opera una distinzione tra competenza per materia, di cui abbiamo già parlato, e competenza nell'applicazione, che viene definita come «la capacità di uno stato o di un organismo quale la Comunità di indurre o imporre l'osservanza o punire l'inosservanza delle proprie leggi, ad esempio mediante

¹⁶¹ GUCE L195, 1969.

¹⁶² Casi 89, 104, 116-117 e 125 - 129/85, *A. Alshtröm Oy e altri contro la Commissione*, Raccolta 1988, pag. 5193.

¹⁶³ Casi 6 e 7/73, *Istituto chemioterapico italiano SpA e Commercial Solvens Corporation contro la Commissione*, Raccolta 1974, pag. 223.

¹⁶⁴ Caso 6/72, *Europemballage Corporation and Continental Can Co. Inc.*, Raccolta 1974, pag. 199.

l'imposizione di multe o di altre sanzioni», inclusi tutti gli atti vincolanti quali una richiesta di informazioni o lo svolgimento di un'indagine¹⁶⁵. La competenza nell'applicazione è solitamente considerata come di portata prettamente territoriale. E' prassi internazionale comune che gli stati si assistano reciprocamente nell'applicazione delle rispettive leggi in giurisdizioni estere¹⁶⁶. Tuttavia, un eccessivo ricorso alla competenza applicativa, soprattutto da parte degli Stati Uniti, nel caso del cartello dell'uranio¹⁶⁷, ha provocato violente reazioni. Alcuni stati hanno adottato "regolamenti di blocco"¹⁶⁸ sul modello della legge sulla tutela degli interessi commerciali adottata dal Parlamento britannico nel 1980, che consente al Segretario di Stato di emanare ordinanze che vietino l'esibizione di documenti richiesta da un tribunale estero. Leggi analoghe sono state adottate da molti altri paesi¹⁶⁹, alcuni dei quali hanno limitato i regolamenti di blocco a determinati settori o industrie, ad esempio quello del trasporto marittimo¹⁷⁰. In alternativa, l'esibizione di documenti può essere vietata da leggi generali sul segreto commerciale e dalla legislazione sul segreto bancario come accade nei Paesi Bassi, in Svizzera e in Giamaica. Il regolamento di blocco canadese¹⁷¹, è probabilmente quello di portata più ampia¹⁷²: l'esibizione dei documenti può essere bloccata ogni qual volta la richiesta di un tribunale estero potrebbe incidere su qualche interesse canadese significativo in materia di scambi internazionali o attività economiche, o comunque violi o possa violare la sovranità canadese¹⁷³. Tra le sanzioni è prevista la reclusione per un minimo di cinque anni. E' comunque opportuno precisare che le norme di blocco vengono utilizzate prevalentemente come strumenti di negoziazione nelle trattative diplomatiche, e non per bloccare completamente l'azione di applicazione di disposizioni estere.

¹⁶⁵ *Butterworths Competition Law*, vol. III, XII/1, 1993.

¹⁶⁶ Si pensi, per esempio, alla Convenzione dell'Aja sull'assunzione di prove all'estero, entrata in vigore in numerosi paesi, compresa l'Italia, nel 1988.

¹⁶⁷ *Rio Tinto Zinc Corp. contro Westinghouse Electric Corpn* (1986).

¹⁶⁸ Barry E. Hawk, *United States, Common Market and International antitrust, A Comparative Guide*, vol. IA, pp. 718-736.

¹⁶⁹ Australia, Canada, Francia, Nuova Zelanda, Paesi Bassi e Sudafrica.

¹⁷⁰ Per esempio, la legge sui contratti di trasporto via mare e sui documenti commerciali, approvata dal Parlamento britannico nel 1973, prevede la possibilità di non soddisfare le richieste di documenti provenienti da un'autorità estera qualora ciò contravvenga alla giurisdizione britannica.

¹⁷¹ Legge sulle misure extraterritoriali estere, Can. Stat. Cap. 49.

¹⁷² Anche più dei regolamenti francesi, che sono a carattere penale. Legge n. 80-538, 1980, GUCE 1799.

¹⁷³ *Ibidem*, par. 7.

L'approccio bilaterale e regionale: la "cooperazione" e il "coordinamento"

A differenza dell'approccio unilaterale, la politica della concorrenza delle Comunità europee e dei loro partner commerciali europei si basa sulla cooperazione regionale. A tale proposito è importante sottolineare, in primo luogo, l'impegno delle Comunità europee ad "esportare" il modello di concorrenza del Trattato CE¹⁷⁴ nelle norme sulla concorrenza dello Spazio economico europeo (SEE) e degli Accordi europei e, in secondo luogo, l'elaborato modello di cooperazione adottato nell'ambito del SEE, che comporta il libero scambio di informazioni tra l'Organo di Sorveglianza dell'EFTA e la Commissione europea in controversie che coinvolgano ambedue questi organismi. Essi hanno anche la facoltà di esprimere opinioni nel caso di procedimenti condotti dall'altro organismo. A tal fine, un Protocollo allegato all'Accordo prevedeva deroghe specifiche ai criteri abituali della riservatezza dell'informazione nei casi antitrust. L'ingresso nell'Unione Europea della Finlandia, dell'Austria e della Svezia¹⁷⁵ restringe notevolmente la portata pratica di tali disposizioni, pur non privandole del loro valore in quanto modello per futuri accordi di cooperazione.

Per quanto concerne i paesi dell'Europa centro-orientale, la cooperazione è sancita dalle norme di attuazione degli Accordi europei. La Commissione e le autorità antitrust nazionali dei singoli paesi interessati intraprendono programmi di azione congiunta che creano sistemi di reciproco scambio di informazioni¹⁷⁶. Le autorità competenti si impegnano a comunicarsi reciprocamente i casi di cui si stanno occupando

¹⁷⁴ Ibidem, par. 1.3.3.

¹⁷⁵ A seguito del recente allargamento della Comunità Europea, i membri dell'EFTA sono scesi a quattro: Islanda, Liechtenstein, Norvegia e Svizzera, dei quali soltanto la Svizzera non fa parte del gruppo EFTA aderente all'accordo SEE.

¹⁷⁶ Durante la prima Conferenza sulla concorrenza dei paesi dell'Europa centrale e della Commissione Europea, tenutasi dal 19 al 21 giugno del 1995 a Visegrad, le sette autorità competenti in materia di concorrenza interessate (quelle della Polonia, della Bulgaria, dell'Ungheria, della Repubblica ceca, della Romania, della Repubblica slovacca e della Comunità Europea) hanno concordato le seguenti iniziative concrete:

(i) la creazione di un sistema di reciproco scambio di informazioni, a sostegno del quale verrà immediatamente avviata una fase esplorativa per lo sviluppo dei collegamenti informativi di tipo telematico tra la Commissione Europea e le altre autorità competenti in materia di concorrenza; (ii) l'organizzazione di conferenze annuali in uno dei paesi centroeuropei; (iii) nell'ambito del programma Phare, la DGIV della Commissione Europea si è impegnata a organizzare un programma congiunto di formazione per giovani funzionari degli organismi dell'Europa centrale, con inizio a Bruxelles nel settembre 1995; (iv) l'intensificarsi di contratti bilaterali a tutti i livelli tra i sette organismi competenti in materia di concorrenza.

che interessano anche l'altra autorità, ed ognuna di esse si impegna a tener conto delle osservazioni dell'altra e ad incontrarsi per discutere e per cercare soluzioni reciprocamente convenienti. Sono previste eccezioni a questi sistemi di reciproca comunicazione delle informazioni nei casi in cui la loro divulgazione sia vietata per legge o sia incompatibile con i rispettivi interessi delle autorità in questione.

Sull'altra sponda dell'Atlantico, i problemi della concorrenza vengono affrontati, in qualche misura, dall'"Accordo per il libero scambio del Nord America" (NAFTA). Il NAFTA contiene norme esortative che prevedono che ogni paese membro debba cooperare su questioni inerenti l'applicazione delle leggi sulla concorrenza e che obbligano le imprese statali o private in posizione di monopolio a non servirsi delle proprie posizioni di mercato per ricorrere a pratiche anticoncorrenziali in mercati non monopolistici al di fuori del proprio paese. Il NAFTA ha istituito un apposito comitato per esaminare l'interconnessione tra politiche commerciali e politiche della concorrenza, allo scopo di gettare le basi di un futuro coordinamento di tali politiche tra il Messico, il Canada e gli Stati Uniti.

Negli ultimi anni, oltre a questi impegni a livello regionale, sono state adottate numerose iniziative bilaterali. Gli Stati Uniti e il Giappone stanno esaminando questioni legate alla concorrenza, soprattutto conferimento al sistema giapponese del *keiretsu*, nell'ambito dell'"Iniziativa relativa agli impedimenti strutturali".

Anche la Commissione Europea ha avviato una cooperazione con il Giappone organizzando incontri bilaterali informali in occasione dei quali vengono esaminati argomenti di comune interesse e vengono scambiate opinioni in seminari ad hoc¹⁷⁷. Analoghe modalità di cooperazione sono state avviate dalla Commissione con l'Australia, la Nuova Zelanda¹⁷⁸ e il Canada. Attualmente la Commissione Europea sta negoziando un accordo di cooperazione con il competente organismo canadese.

Gli Stati Uniti nella cooperazione con il *Canadian Bureau of Competition Policy*, nell'ambito del "Mutual Legal Assistance Treaty" (MLAT) stipulato tra gli USA e il

¹⁷⁷ La prima riunione si è tenuta a Tokio (novembre 1993), la seconda a Bruxelles (settembre 1994).

¹⁷⁸ Le esperienze in materia di concorrenza dell'Australia sia della Nuova Zelanda sono particolarmente ricche per quanto concerne la *deregulation* di settori tradizionalmente regolamentati.

Canada in materia penale (entrato in vigore nel 1990, riguarda gli illeciti penali contro le norme sulla concorrenza), hanno conseguito risultati molto soddisfacenti in due recenti casi di cartelli internazionali per la determinazione dei prezzi, uno riguardante la carta da fax e l'altro le stoviglie in plastica. Questi casi coinvolgevano imprese sia statunitensi sia canadesi e avevano ripercussioni sui consumatori in ambedue i paesi. Essi hanno richiesto non una mera cooperazione, bensì un vero e proprio coordinamento delle attività applicative tra i due organismi preposti alla concorrenza. I testimoni sono stati intervistati congiuntamente, sono state scambiate le trascrizioni e altre prove documentarie, sono state tenute conferenze congiunte in proposito e, infine, sono stati pianificati congiuntamente i tempi e lo svolgimento delle indagini. Oltre al MLAT, il 3 agosto 1995 i governi dei due paesi hanno stipulato un accordo concernente l'applicazione delle rispettive leggi sulle pratiche commerciali ingannevoli.

Ad ogni modo, l'esempio di maggiore successo dell'approccio bilaterale è di gran lunga l'"Accordo CE/USA" del 1995. Gli Stati Uniti e le Comunità Europee, secondo le richieste prima della Commissione Europea (1991)¹⁷⁹ e poi del Consiglio dell'Unione Europea e della Commissione (1995), hanno stipulato un accordo che consente loro di cooperare e coordinare¹⁸⁰ le rispettive attività antitrust¹⁸¹.

Il suddetto accordo contiene cinque elementi di spicco:

1) *la notifica* (articolo II). Ciascun contraente è tenuto a notificare all'altro se sta prendendo in considerazione procedimenti che potrebbero ripercuotersi su "importanti interessi" della controparte. Il testo precisa i tempi fissati per la notifica;

¹⁷⁹ Poco tempo dopo la conclusione dell'accordo, la Francia, la Spagna e i Paesi Bassi richiesero alla Corte di Giustizia di dichiararlo nullo, adducendo quale principale motivo di disaccordo il fatto che l'articolo 228(1) del Trattato CE prevede che questi accordi «debbano essere negoziati dalla Commissione» ma «stipulati dal Consiglio», previa consultazione, laddove prevista dal Trattato, del Parlamento europeo. Caso C-327/91, *Repubblica Francese contro la Commissione*.

¹⁸⁰ Il caso *Shell/Montedison* fornisce numerosi esempi di come le autorità della CE e degli USA possano aiutarsi reciprocamente. Anche se tutti i colloqui si svolsero facendo in modo che le informazioni riservate tutelate dalle rispettive leggi nazionali non fossero divulgate, la Federal Trade Commission e la Commissione Europea riuscirono comunque a scambiarsi le rispettive opinioni sulla definizione del mercato, sui potenziali effetti anticoncorrenziali e sui potenziali rimedi. Cfr. Caso IV/M.0269, GUCE L332 e FTC Docket n. C-3580.

¹⁸¹ GUCE L95, 1995.

2) *lo scambio di informazioni* (articolo III). Ciascun contraente si impegna alla reciproca comunicazione delle informazioni in relazione a pratiche anticoncorrenziali nel territorio della controparte e a soddisfare le richieste di informazioni concernenti i procedimenti in corso di esame o già in via di attuazione da parte del richiedente, a meno che la divulgazione non sia vietata da una legge nazionale o sia incompatibile con "interessi importanti" (articolo VIII). Contemporaneamente all'accordo, e a riprova della delicatezza della questione della riservatezza, fu pubblicata una lettera esplicativa, la quale precisava che le informazioni di cui all'articolo 20 del Regolamento CEE n. 17/62 ed all'articolo 17 del Regolamento CEE n. 4064/89 sulle concentrazioni non possono essere comunicate alle autorità antitrust statunitensi senza il consenso di chi fornisce dette informazioni. La Divisione antitrust degli USA e la Commissione delle Comunità europee hanno portato a termine un procedimento congiunto in materia di concorrenza nel caso Microsoft, concernente disposizioni restrittive in materia di concessione di licenze. In questo caso la cooperazione è stata possibile perché la Microsoft ha accettato di rinunciare al proprio diritto alla riservatezza previsto da ambedue le normative dei paesi interessati. E il consenso della Microsoft è stato motivato unicamente dal suo interesse a raggiungere una soluzione concordata che fosse accettabile per tutte e due le autorità competenti. Nel luglio del 1994 è stato raggiunto un accordo che prevedeva la presentazione ai tribunali statunitensi di una proposta di un adeguamento del comportamento dell'impresa e la sottoscrizione presso la Commissione CE di un impegno, negli stessi termini;

3) *il coordinamento* (articolo IV). Disposizioni a carattere generale sul coordinamento delle attività di attuazione delle rispettive normative, volte a evitare una duplicazione delle iniziative;

4) *positive comity* (articolo V). Probabilmente si tratta dell'aspetto più innovativo dell'Accordo. Secondo questo principio, se gli "interessi importanti" di una delle parti risentono delle PCR attuate sul territorio dell'altro contraente, che violano le leggi sulla concorrenza di quest'ultimo, la parte danneggiata potrà richiedere alla controparte di avviare un procedimento. Avendo sancito il principio della *positive comity*, gli Stati Uniti e le Comunità europee sono ambedue pronti a frenare l'applicazione extraterritoriale delle proprie leggi sulla concorrenza qualora tale

applicazione interferisca con la giurisdizione della controparte¹⁸². Questo atteggiamento di rispetto dovrebbe contribuire a prevenire interventi multipli in merito a un'unica fattispecie. Si tratta però di un sistema che presenta alcuni limiti: il contraente che riceva una richiesta in proposito non è obbligato ad avviare un procedimento (ma se lo fa, è tenuto a informarne la controparte), mentre alla controparte non è vietato avviare un proprio intervento;

5) *negative comity* (articolo VI). In base a questo principio, ciascuno dei contraenti deve tener conto degli "interessi importanti" della controparte in tutte le fasi della propria attività ed evidenziare quei fattori che devono essere presi in considerazione, onde evitare conflitti circa gli interventi di applicazione delle norme antitrust.

Il Rapporto del 1995, redatto dal Gruppo per il miglioramento della cooperazione internazionale e dell'applicazione delle norme sulla concorrenza, concentra gran parte della sua analisi sull'attuale contesto degli accordi di cooperazione bilaterale conclusi tra le varie autorità antitrust nazionali.

Il Rapporto evidenzia che, a differenza degli Stati Uniti¹⁸³, le Comunità europee hanno stipulato solo un ridotto numero di accordi di cooperazione internazionale e di reciproca assistenza in materia di antitrust. Mentre gli accordi CE/USA rimangono prioritari ai fini dell'azione della Commissione in un prossimo futuro, occorrerebbe che altri accordi bilaterali fossero stipulati con importanti partner commerciali, ad esempio con il Giappone, e, laddove possibile, con quei paesi considerati meno "attivisti" nella tutela della concorrenza.

Il Rapporto sottolinea che l'attuale contesto non solo è quantitativamente carente, ma non è neanche in grado di garantire un'adeguata circolazione di informazioni e un'idonea cooperazione tra le autorità antitrust nazionali a livello globale. Ciò è dovuto soprattutto ai fattori seguenti:

¹⁸² Un problema che potrebbe porsi in futuro è rappresentato dalla possibile incompatibilità tra il principio della *positive comity* sancito dall'articolo 5 dell'Accordo e l'articolo 3(2) del Regolamento n. 17/62.

¹⁸³ Tra gli accordi bilaterali vi sono quelli conclusi nel 1976 tra Stati Uniti e Germania, nel 1982 tra Stati Uniti e Australia, e nel 1990 tra Australia e Nuova Zelanda. In proposito è opportuno ricordare anche le bozze di accordo tra la CE e il Canada e tra la Francia e gli USA.

- (i) i conflitti che scaturiscono dall'applicazione extraterritoriale delle leggi nazionali sulla concorrenza;
- (ii) l'assenza di disposizioni atte a consentire lo scambio di informazioni riservate¹⁸⁴
e
- (iii) la mancanza di procedure di conciliazione/arbitrato in caso di controversie o divergenze.

Pertanto, il Rapporto raccomanda vivamente, quale migliore opzione intermedia per pervenire a un sistema più perfezionato per affrontare le questioni inerenti la concorrenza internazionale, la conclusione di accordi bilaterali di "seconda generazione". Detti accordi dovrebbero prevedere lo scambio di informazioni riservate, dovrebbero controbilanciare la clausola sulla *negative comity* in modo da evitare di indebolire l'applicazione delle norme sulla concorrenza, e dovrebbero rafforzare il meccanismo della *positive comity*. Secondo il Gruppo, gli accordi di "seconda generazione" costituiscono una priorità e, a tale proposito, la situazione CE/Stati Uniti richiede di essere seguita con attenzione particolare.

Impegni multilaterali: questioni di concorrenza nei consessi multilaterali

Il fatto che il GATT non abbia affrontato i comportamenti anticoncorrenziali delle imprese private dovrebbe essere considerato come un risultato dell'inesperienza della comunità internazionale nell'affrontare le PCR. E' opportuno notare che sono molte le nazioni che hanno emanato proprie leggi antitrust solo dopo la seconda guerra mondiale: la Germania occidentale e il Giappone hanno adottato leggi nazionali antitrust a seguito dell'intervento degli Stati Uniti successivo al conflitto mondiale. I firmatari del GATT hanno continuato a proporre metodi per introdurre nell'accordo misure contro le PCR, sia mediante appositi emendamenti, sia adattando il meccanismo già esistente per la

¹⁸⁴ E' comunque da notare che l'accordo tra Stati Uniti e Canada prevede invece lo scambio di informazioni riservate in casi di diritto penale. Inoltre, la legge del 1994 sull'assistenza internazionale all'applicazione delle norme antitrust contiene una disposizione che consente lo scambio di informazioni riservate, ma a certe condizioni. Sulla base di questa nuova legge, gli Stati Uniti possono fornire informazioni alle autorità antitrust nazionali di paesi dei quali vengano danneggiati alcuni interessi importanti da un comportamento anticoncorrenziale tenuto negli Stati Uniti, ma che non è illegale ai sensi della legislazione antitrust statunitense.

composizione delle controversie¹⁸⁵. Il mancato consenso circa l'introduzione di norme sulle PCR nel GATT non significa necessariamente che vi fosse una generale mancanza di disponibilità a introdurre tali disposizioni in un sistema di libero scambio internazionale.

Un importante contributo alle suddette proposte è stato indubbiamente apportato dal successo ottenuto con l'introduzione, da parte della Comunità Economica Europea, nello stesso capitolo del Trattato di Roma, delle norme sulle PCR (articoli 85-89), sul dumping (articolo 91) e sugli aiuti di Stato (articolo 92), ottenendo in tal modo una copertura molto più ampia di quella del GATT per intervenire sui possibili comportamenti anticoncorrenziali nocivi al libero scambio. La Comunità europea ha mostrato che, ai fini dell'integrazione dei mercati, è necessario anche rimuovere gli ostacoli posti dal settore privato.

Verso la metà degli anni Settanta, i tentativi di formulare principi internazionali per le norme antitrust si sono intensificati proprio per i motivi suesposti¹⁸⁶. Tali tentativi si basavano su considerazioni di politica economica e sociale ben diverse da quelle alle quali si ispirano i principi antitrust statunitensi: in primo luogo, la necessità di evitare conflitti tra stati derivanti dall'applicazione di norme nazionali diverse e da diversi approcci nei confronti dell'individuazione delle giurisdizioni competenti. Nel contempo, si cercava di ottenere un consenso generale sulle norme antitrust in modo da evitare quelle situazioni in cui le imprese si trovavano di fronte a normative contraddittorie o in parte tra loro sovrapposte nel proliferare di leggi sulla concorrenza nazionali e regionali talvolta contrastanti tra loro. In secondo luogo, molti paesi vedevano le norme antitrust come un mezzo per disciplinare le imprese multinazionali, i cui poteri sociali e politici stavano crescendo a dismisura. In particolare, quei paesi in via di sviluppo che ancora non disponevano di una legislazione antitrust erano favorevoli a codici internazionali di

¹⁸⁵ Una proposta significativa circa la possibilità di introdurre le PCR nel GATT fu formulata nel 1960 da un gruppo di esperti del GATT, composto unicamente da esponenti dei paesi industrializzati occidentali; questi sostennero non solo che il GATT era la sede idonea e competente per promulgare norme sulle PCR a livello internazionale, ma anche che esso avrebbe dovuto interessarsi direttamente di tali questioni. Cfr. Bergstrom, p. 127.

¹⁸⁶ Cfr. il precedente paragrafo su "La necessità di rafforzare la politica internazionale della concorrenza".

comportamento antitrust quali mezzi per controllare i comportamenti anticoncorrenziali adottati nei propri territori dalle multinazionali dei paesi più avanzati.

La prima forma di cooperazione internazionale generalizzata tra le autorità preposte alla concorrenza dei paesi membri si realizzò con il "Comitato per il diritto e la politica della concorrenza", istituito nel 1959 dal Consiglio dei Ministri degli allora paesi OCSE, nell'auspicio che esso contribuisse «alla raccolta e distribuzione di informazioni relative alla legislazione concernente le pratiche commerciali restrittive». Questo organismo organizza scambi regolari di opinioni e di esperienze su un'ampia gamma di questioni, sulla base dei quali vengono periodicamente pubblicati rapporti sulle varie tematiche di interesse per il diritto e la politica della concorrenza, favorendo così un approccio più coordinato a tali questioni da parte dei diversi paesi.

Una forma più pratica di cooperazione internazionale tra le autorità antitrust nazionali nell'applicazione delle rispettive normative nei singoli casi di intervento fu contemplata dalla "Raccomandazione" del Consiglio dell'OCSE circa la cooperazione tra i paesi membri sulle pratiche anticoncorrenziali con effetti sul commercio internazionale del maggio 1986, poi sostituita da una nuova versione nel luglio 1995.

Se, in pratica, finora la Raccomandazione dell'OCSE ha svolto un ruolo modesto e non si è mai fatto ricorso alla procedura formale di consultazione e conciliazione, indubbiamente essa ha però preparato il terreno a vari accordi bilaterali formali di cooperazione tra i paesi membri, come ad esempio l'accordo CE/USA. Analogamente alla Raccomandazione dell'OCSE, anche questi accordi includono solitamente clausole sulla notifica, sullo scambio di informazioni e sulla cooperazione nelle attività di applicazione delle norme sostanziali.

La recente revisione della Raccomandazione introduce sia disposizioni volte specificamente ad agevolare la cooperazione nell'affrontare le concentrazioni tra imprese che rientrano nell'ambito di applicazione delle normative di più paesi membri, sia indicazioni destinate a incentivare la reciproca comunicazione di informazioni riservate¹⁸⁷

¹⁸⁷ Per quanto concerne il reciproco scambio di informazioni riservate, la Raccomandazione del luglio 1995 fornisce il seguente principio guida: «[...] i paesi membri devono cooperare allo sviluppo o all'applicazione reciproci [...] di misure che contribuiscano a contrastare le pratiche anticoncorrenziali.

e a stimolare l'assistenza reciproca alle indagini, pur garantendo che i paesi membri manterranno inalterate tanto la piena libertà di azione quanto le proprie posizioni in fatto di sovranità e di applicazione extraterritoriale della normativa sulla concorrenza.

Sono in molti a ritenere che ulteriori revisioni e la piena utilizzazione della Raccomandazione nonché lo sviluppo di accordi bilaterali possano costituire un approccio più pratico e politicamente preferibile alla risoluzione dei problemi internazionali della concorrenza di quanto non sia la ricerca di norme internazionali all'interno della OMC o in altra sede. Come sottolineato in un recente rapporto dell'OCSE¹⁸⁸, le priorità a breve termine sembrano essere la convergenza nelle procedure e un efficace coordinamento tra le autorità antitrust internazionali. E' comunque chiaro, sottolinea il rapporto OCSE¹⁸⁹, che senza una convergenza significativa, sia essa conseguita in modo graduale o sancita da un codice internazionale, delle norme antitrust sostanziali, la pura e semplice cooperazione (scambio di informazioni e reciproco riconoscimento delle norme della controparte) non produrrà necessariamente l'eliminazione delle distorsioni del commercio internazionale e della concorrenza¹⁹⁰.

Nel 1980, l'UNCTAD adottò una set di "Norme sul controllo da parte degli stati delle pratiche commerciali restrittive relative a beni e servizi", essenzialmente basato sui principi della Carta dell'Avana. Le suddette norme affrontano le questioni di concorrenza

Essi devono consentire [...] adottando le opportune forme di tutela [...] comprese quelle relative alla riservatezza, la trasmissione di informazioni alle competenti autorità dei paesi membri [...] a meno che detta cooperazione o divulgazione sia in contrasto con significativi interessi nazionali» (I.A.3).

¹⁸⁸ Pubblicato sul n. 66 di Antitrust & Trade Regulation and Report (ATRR). Tra le raccomandazioni specifiche del rapporto dell'OCSE figurano:

- un'enunciazione di carattere vincolante che distingua quali informazioni sono riservate e quali non lo sono;
- l'indicazione, nell'ambito della notifica di una concentrazione, se tale notifica sia stata inoltrata anche ad altre autorità;
- una più efficiente comunicazione con il pubblico;
- la messa a punto di uno o due modelli standard per la notifica delle operazioni e gli eventuali allegati relativi ai singoli paesi, nonché
- l'armonizzazione dei periodi necessari per prendere le decisioni, il che consentirebbe una maggiore uniformità delle pratiche.

¹⁸⁹ "OECD Interim report on Convergence of Competition Policies", pubblicato sul n. 18 di World Competition, 1994.

¹⁹⁰ Cfr. Peter Nicolaidis, "Towards Multilateral Rules on Competition", World Competition, n. 17, 6, 1994; Robert Bricks, "A New Day for International Antitrust", International Corporate Law, 29, dicembre-gennaio 1995.

legate alle transazioni internazionali e comprendono norme destinate non solo agli stati, ma anche alle imprese private. In base a tali norme e principi, le imprese non avrebbero dovuto attuare PCR e i governi avrebbero dovuto adottare, migliorare e applicare efficacemente una legislazione idonea, nonché istituire valide procedure legali e amministrative. Fu appositamente costituito in seno al comitato UNCTAD un Gruppo intergovernativo di esperti¹⁹¹, con il compito di organismo consultivo in questo settore. Queste norme UNCTAD sono tuttora valide ma non hanno carattere vincolante¹⁹².

Nel 1993, un gruppo privato di esperti e accademici elaborò una bozza di proposta di accordo internazionale, il "Progetto di codice internazionale antitrust"¹⁹³, concepito come un accordo commerciale plurilaterale GATT-Organizzazione Multilaterale per il commercio.

La bozza proposta si concentrava essenzialmente su sei principi:

- 1) applicazione esclusiva del Codice ai casi transnazionali;
- 2) incorporazione delle norme internazionali nel diritto nazionale e loro applicazione soprattutto tramite autorità e tribunali nazionali competenti in materia di concorrenza;
- 3) attribuzione di una valenza internazionale a standard minimi delle norme nazionali antitrust sulle restrizioni alla concorrenza¹⁹⁴;

¹⁹¹ Il Gruppo fu costituito in conformità con la Risoluzione 35/63 del 5.12.1980 dell'Assemblea Generale delle NU, che adottò anche il Set di norme e principi equi concordati multilateralmente per il controllo delle pratiche commerciali.

¹⁹² Nel corso dell'undicesima Sessione del Gruppo di esperti fu ricordato che, nonostante i tentativi compiuti dalla comunità internazionale, al set di norme non è stata data un'adeguata attuazione.

¹⁹³ Il testo, i commenti dettagliati e una spiegazione introduttiva della proposta, che mirava a un accordo commerciale plurilaterale GATT-OMC - che fu sottoposto nel luglio del 1993 al direttore generale del GATT, Peter Sutherland, nonché alla stampa da parte del gruppo di lavoro per il codice internazionale antitrust (composto da J. Drexler, W. Fikentsher, E.M. Fox, A. Fuchs, A. Heinemann, U. Immenga, H.P. Kunz-Hallstien, E.-U. Petersmann, W.R. Schluep, A. Shoda, S.J. Soltysinski e L.A. Sullivan) - sono riportati in W.T.M., n. 5, settembre 1993.

¹⁹⁴ Il principio dello standard minimo consente una disomogeneità delle leggi nazionali sulla concorrenza e delle relative modalità di applicazione. Il divieto di restrizioni sia orizzontali sia verticali lascia ai paesi membri la piena libertà d'azione. Le norme proposte sulle concentrazioni tra imprese si rifanno a quelle statunitensi e comunitarie e riconoscono che i paesi membri hanno il diritto di concedere esenzioni. Le disposizioni relative ai diritti di proprietà intellettuale rispecchiano le disposizioni quadro dell'accordo TRIPS. Cfr. E-U Petersmann, "International Competition Rules for the GATT-MTO Trade Legal System", Journal of World Trade n. 27, dicembre 1993.

- 4) parità di trattamento tra norme sulla concorrenza nazionali e internazionali;
- 5) procedure di composizione delle controversie internazionali disciplinate dalle procedure di composizione delle controversie della OMC;
- 6) integrazione nell'ordinamento giuridico GATT-OMC del progetto di codice internazionale antitrust.

La bozza di codice non fu inserita nei documenti dell'Uruguay Round. Tuttavia, le trattative commerciali multilaterali del 1994 (il cosiddetto GATT 1994) introdussero un certo numero di norme e procedure strettamente correlate con la concorrenza negli accordi sul commercio di beni e in quelli sugli aspetti commerciali dei diritti di proprietà intellettuale (TRIPS) e sulle misure commerciali relative agli investimenti (TRIMS), nonché sul commercio di servizi (GATS).

Per quanto concerne le PCR delle imprese, il GATT 1994 ha introdotto, per la prima volta nella storia, norme vincolanti per il controllo da parte degli stati delle pratiche commerciali restrittive adottate dalle imprese nell'Accordo generale sul commercio di servizi (GATS), all'articolo VIII (Monopoli e Fornitura in esclusiva di servizi) e all'articolo IX (Pratiche commerciali).

Ai sensi dell'articolo VIII, i firmatari si sono impegnati affinché nessun fornitore monopolistico di un servizio nel loro territorio operi in modo contrastante con il principio della nazione più favorita, che vieta il trattamento discriminatorio di altri paesi.

L'articolo IX sulle pratiche commerciali rispecchia da vicino il corrispondente articolo della Carta dell'Avana. I firmatari convengono che talune pratiche commerciali possono limitare la concorrenza e di conseguenza limitare il commercio di servizi. Pertanto, su richiesta di qualsiasi altro membro, ogni membro dovrà aprire apposite consultazioni volte a eliminare le suddette pratiche e dovrà cooperare fornendo informazioni non riservate.

Alquanto peculiare è che gli accordi sul commercio di beni non contengono disposizioni analoghe. Comunque, dalla dichiarazione conclusiva nel suo insieme traspare il recupero del concetto ispiratore della Carta dell'Avana, cioè un duplice sistema di disciplina della concorrenza mediante l'istituzione di norme sul commercio interstatale e

di norme inerenti il controllo da parte dello stato delle pratiche commerciali di restrizione agli scambi nelle transazioni internazionali.

Il Rapporto del luglio 1995 redatto dal Gruppo per il miglioramento della cooperazione internazionale e l'applicazione della politica della concorrenza riconosce la necessità, a lungo termine, di sviluppare un contesto multilaterale, possibilmente in ambito OMC. All'inizio, il contesto dovrebbe comprendere solo un nucleo di norme essenziali e coinvolgere solo alcuni paesi, pur accettando la partecipazione dei paesi in via di sviluppo. Questo contesto comprenderebbe gli elementi già introdotti in accordi bilaterali, integrati da una serie di norme minime sulla concorrenza, da uno strumento di *positive comity* vincolante e da un valido meccanismo di composizione delle controversie. Un'Autorità internazionale preposta alla concorrenza dovrebbe interessarsi della trasposizione - in base a un sistema simile a quello delle direttive CEE - di queste norme nel diritto nazionale dei paesi aderenti, e dovrebbe garantire il rispetto e l'applicazione delle norme comuni.

2. Il ruolo delle autorità antitrust nazionali nel sistema comunitario della concorrenza

2.1 L'evoluzione del ruolo degli ordinamenti giuridici nazionali nel diritto comunitario della concorrenza

Il Trattato di Roma e il Regolamento n. 17/62

Quando, nel 1957, fu firmato il Trattato di Roma, l'esperienza europea in materia di normative a tutela della concorrenza era assai scarsa. Solo la Germania occidentale, a seguito dell'intervento degli Stati Uniti dopo la seconda guerra mondiale, aveva adottato alcune norme antitrust ma, al momento dell'elaborazione degli articoli 85 e 86, esse non erano ancora in vigore. Gli artefici del Trattato fissarono una serie di principi sostanziali riguardanti i comportamenti anticoncorrenziali, ma lasciarono in gran parte alle istituzioni della Comunità il compito di costruire un sistema di diritto della concorrenza. La preparazione di un contesto istituzionale per l'attuazione degli articoli 85 e 86 richiese un quinquennio di difficili trattative tra il Consiglio, la Commissione e gli stati membri, che

portarono all'adozione, nel 1962, del Regolamento n. 17/62¹⁹⁵. Il Consiglio dimostrò scarso interesse ad essere coinvolto nella strutturazione dell'ordinamento, con il pretesto che la normativa sulla concorrenza avrebbe svolto nella Comunità un ruolo puramente marginale, come già avveniva negli stati membri. Di conseguenza, i poteri relativi alla sua applicazione e all'elaborazione di politiche idonee erano concentrati nelle mani della Commissione e il ruolo degli stati membri diventava marginale. Il Trattato di Roma non imponeva questa struttura e, prima dell'entrata in vigore del Regolamento n. 17/62, le autorità antitrust nazionali avevano applicato le disposizioni del diritto della concorrenza occasionalmente in maniera attiva¹⁹⁶. Pertanto, la loro emarginazione rappresentava una fase critica nella costruzione dell'ordinamento.

Il Regolamento n. 17/62 scoraggia l'applicazione delle norme del Trattato in materia di concorrenza da parte delle autorità antitrust nazionali tramite l'effetto combinato dell'articolo 9(1), che stabilisce che soltanto la Commissione può autorizzare le esenzioni ai sensi dell'articolo 85(3) del Trattato stesso, e dell'articolo 9(3), che prevede che, quando la Commissione avvia una procedura in base alle norme del Trattato sulla concorrenza, le autorità antitrust nazionali devono interrompere la propria attività di applicazione degli articoli 85 e 86, relativa allo stesso comportamento. Il Regolamento n. 17/62 istituisce altresì un Comitato consultivo composto dai rappresentanti degli stati membri. Tuttavia, ai sensi dell'articolo 10(3), la Direzione Concorrenza della Commissione è solo tenuta a consultare questo organismo prima di sottoporre una decisione alla Commissione¹⁹⁷.

Effetto diretto degli articoli 85(1) e 86 e ruolo dei tribunali nazionali

Verso la metà degli anni Settanta si produsse un mutamento nel ruolo attribuito agli ordinamenti giuridici nazionali nell'ambito della normativa comunitaria sulla concorrenza, a seguito della sentenza nel caso *BRT contro SABAM*, in cui la Corte di

¹⁹⁵ Il Regolamento n. 17/62 del Consiglio, del 6 febbraio 1962, è il primo regolamento che attua gli articoli 85 e 86 del Trattato, GUCE 1959-62, Ed. Spec. 87.

¹⁹⁶ Cfr. Grant W. Kellehr, "The Common Market Antitrust Laws": The First Ten Years, Antitrust Bulletin n. 12, 1967.

¹⁹⁷ Cfr. David J. Gerber, "The Transformation of Community Competition Law", Harvard International Law Journal n. 35, 1994. Cfr. infra, "Il contesto istituzionale per la cooperazione tra la Commissione e le autorità antitrust nazionali".

giustizia decretò che le norme comunitarie sulla concorrenza erano direttamente applicabili e producevano effetti diretti, creando diritti individuali che i tribunali nazionali erano tenuti a salvaguardare¹⁹⁸. Viene in tal modo conferita ai tribunali nazionali una competenza concorrente con quella della Commissione ad applicare gli articoli 85(1) e 86, anche qualora la Commissione abbia già avviato una procedura ai sensi degli articoli 2, 3 o 6 del Regolamento n. 17¹⁹⁹.

Dato che un incremento del ricorso ai tribunali avrebbe consentito alla Commissione di dedicare le proprie risorse a casi realmente importanti riguardanti gli scambi tra stati membri, la Commissione ben presto iniziò a incoraggiare le azioni civili presso i tribunali nazionali. Ma queste azioni comportavano un rischio: che i tribunali nazionali, nell'esercitare questa "competenza concorrente" (o "giurisdizione parallela") adottassero decisioni in conflitto con quelle della Commissione. La sentenza *Delimitis contro Henninger Bräu*²⁰⁰ fornisce indicazioni su come evitare simili rischi e sostiene che, ove un accordo ricada sotto l'articolo 85(1), e se, alla luce dei precedenti e delle esistenti esenzioni per categoria, esso non abbia chiaramente diritto a un'esenzione ai sensi dell'articolo 85(3), il tribunale nazionale può pronunciarsi sul caso. Ma qualora il tribunale nazionale ritenga che l'accordo in questione possa aver diritto all'esenzione, esso dovrà sospendere il procedimento in attesa di una decisione della Commissione in proposito e, nel contempo, dovrà adottare idonee misure provvisorie. A seguito di tale sentenza, la Commissione ha emanato una Comunicazione sulla cooperazione con i giudici nazionali nell'applicazione degli articoli 85 e 86 del Trattato²⁰¹.

Ultimamente, un notevole sostegno alla campagna della Commissione a favore di una maggiore applicazione della normativa della concorrenza dell'Unione Europea da

¹⁹⁸ «Poiché i divieti di cui agli articoli 85(1) e 86 tendono per loro stessa natura a produrre effetti diretti nei rapporti tra gli individui, questi articoli creano diritti riguardo agli individui interessati, che i tribunali nazionali devono salvaguardare». Caso 127/73, *BRT contro SABAM*, Raccolta 1974, 5 par. 16.

¹⁹⁹ Tuttavia, i tribunali nazionali non possono concedere esenzioni individuali ai sensi dell'articolo 85(3), in quanto solo la Commissione detiene il potere di farlo, con il controllo della Corte di giustizia: caso 31/80, *L'Oreal contro De Nieuwe*, 1980, Raccolta 3775; caso C-234/89, *Delimitis contro Henninger Bräu*, 1991, Raccolta I-935. I tribunali nazionali hanno invece il potere di stabilire se un accordo rientri in un'esenzione per categoria adottata dal Consiglio o dalla Commissione: caso 59/77 *De Bloos contro Bouyer*, 1977, Raccolta 2359; caso 170/83 *Hydroterm contro Compact*, 1984, Raccolta 2999.

²⁰⁰ V. nota precedente, par. 50-54.

²⁰¹ GUCE C39, 1993.

parte dei tribunali nazionali è stato fornito dalla sentenza *Automec II*²⁰², in cui il Tribunale di Prima Grado ha deliberato che la Commissione non è tenuta a indagare su ogni caso che le viene sottoposto ed è tenuta a decidere soltanto su questioni che siano di sua esclusiva competenza, quali l'annullamento delle esenzioni concesse ai sensi dell'articolo 85(3) del Trattato²⁰³. Di conseguenza, la Commissione può dare la precedenza a quei casi che rivestano per la Comunità un particolare interesse politico, economico o giuridico²⁰⁴. Un esame più approfondito dell'applicazione della normativa CE sulla concorrenza da parte dei tribunali nazionali dei singoli stati membri esula dagli intenti del presente documento. Basti dire che la Commissione, la quale ovviamente incoraggia un maggiore uso delle norme dell'Unione Europea sulla concorrenza, a parte quei casi in cui attira più dei giudici come soggetto preposto ad adottare decisioni in materia di concorrenza, assume particolare rilievo l'incapacità della Commissione di garantire un risarcimento per i danni subiti a seguito di una violazione della normativa sulla concorrenza²⁰⁵. Inoltre, sovente si può verificare che i mezzi di tutela giudiziaria nazionali in caso di violazioni della normativa antitrust dell'Unione Europea risultino eccessivamente lenti, costosi e dagli esiti incerti²⁰⁶.

²⁰² Caso T-24/90, *Automec contro Commissione*, [1992] Common Market Law Reporter n. 5.

²⁰³ *Ibidem*, par. 74-75.

²⁰⁴ *Ibidem*, par. 85.

²⁰⁵ La menzionata Comunicazione della Commissione sulla cooperazione tra i tribunali nazionali e la Commissione (par. 16) evidenzia numerosi altri vantaggi per i procedimenti presso i tribunali nazionali: una più veloce adozione delle misure provvisorie, la possibilità di abbinare i ricorsi effettuati ai sensi della normativa dell'UE a quelli presentati in conformità con la legislazione nazionale, e la capacità dei tribunali nazionali di chiedere il rimborso delle spese processuali per il soggetto leso.

²⁰⁶ Nel dibattito in corso sul decentramento della normativa CE sulla concorrenza a favore dei tribunali nazionali, cfr. in generale, tra l'altro, Alan J. Riley, "More Radicalism Please: The Notice on Cooperation Between National Courts and the Commission in Applying Articles 85 and 86 of the EEC Treaty", *European Competition Law Review* n. 14, 1993; Jeffrey Goh, "Enforcing EC Competition Law in Member States", *European Competition Law Review* 114, n. 14, 1993; Ivo Van Bael, "The Role of the National Courts, *European Competition Law Review*" n. 15, 1994; Richard Whish, "The Enforcement of EC Competition Law in the Domestic Courts of Member States", *European Competition Law Review*, n. 15, 1994.

2.2 Il contesto istituzionale per la cooperazione tra la Commissione e le autorità antitrust nazionali

Il Regolamento n. 17/62 (unitamente ad altri regolamenti di attuazione²⁰⁷) prevede che, nell'applicazione degli articoli 85 e 86, la Commissione operi in stretto e costante rapporto con le competenti autorità degli stati membri²⁰⁸. Precisiamo qui di seguito gli aspetti più rilevanti di questa cooperazione.

(i) Obblighi della Commissione nei confronti delle autorità antitrust nazionali ai sensi del Regolamento n. 17/62:

a) notificare alle autorità antitrust nazionali determinate fasi di una procedura (articolo 10(1)):

1. le richieste di informazione ai sensi dell'articolo 11(2)²⁰⁹;
2. gli accertamenti disposti ai sensi dell'articolo 14(2)²¹⁰,
3. l'avvio di un procedimento²¹¹.

²⁰⁷ Regolamento del Consiglio n. 1017/68 del 19 luglio 1968, che applica le norme sulla concorrenza al trasporto ferroviario e stradale ed a quello lungo le vie di navigazione interne, GUCE Ed. Spec. 302, 1968, articolo 16(1); Regolamento del Consiglio n. 4056/86 del 22 dicembre 1986, che fissa norme dettagliate per l'applicazione degli articoli 85 e 86 del Trattato ai trasporti marittimi, GUCE L378, 1986, 4, articolo 15(1); Regolamento del Consiglio n. 3976/87 del 14 dicembre 1987, che fissa la procedura per l'applicazione delle norme sulla concorrenza alle imprese nel settore del trasporto aereo, GUCE L374 9, articolo 8(1).

²⁰⁸ Il Regolamento n. 17/62 non definisce le "autorità competenti". All'articolo 9(3) esso prevede soltanto che tali autorità rimangono competenti per applicare gli articoli 85(1) e 86, come sancito dall'articolo 88 dello stesso Trattato CE. In *BRT contro SABAM* (v. precedente nota 57), la Corte di giustizia ha sostenuto che le competenti autorità di cui all'articolo 88 del Trattato e all'articolo 9(3) del Regolamento n. 17/62 sono le autorità competenti nazionali, e che dette autorità traggono la loro competenza direttamente dall'articolo 88. Quindi, anche se l'articolo 88 era una norma transitoria, la sua efficacia non si è ancora esaurita.

²⁰⁹ Copie delle richieste di cui all'articolo 11(3) e delle decisioni di cui all'articolo 11(5) devono essere inviate contemporaneamente alla competente autorità dello stato membro nel cui territorio è sita la sede dell'impresa destinataria.

²¹⁰ Inoltre, ai sensi dell'articolo 14(4) del Regolamento n. 17/62, la Commissione dovrà consultarsi con la competente autorità dello stato membro dove avrà luogo l'accertamento, prima di disporre l'accertamento con un'apposita delibera. Questa consultazione può avere un carattere informale (per esempio, in via informale e senza che venga redatto il verbale delle conversazioni): caso 5/85, *AKZO Chemie contro Commissione*, Raccolta 1986, 2585.

²¹¹ Anche se non è espressamente richiesto dal Regolamento n. 17/62, è consuetudine ormai invalsa che la Commissione si comporti in questo modo.

Non è necessario che una procedura abbia formalmente inizio prima che la Commissione possa esercitare i propri poteri d'indagine²¹², e il principale significato giuridico dell'avvio di un procedimento da parte della Commissione è che le autorità antitrust nazionali sono tenute a interrompere qualsiasi procedimento eventualmente intrapreso in precedenza a proposito degli stessi accordi o comportamenti, come precisato all'articolo 9(3) del Regolamento n. 17/62. Quanto all'esatta nozione di "avvio di un procedimento", nel caso *Brasserie de Haecht II*²¹³, la Corte di giustizia stabilì due condizioni: (i) che vi sia un atto vincolante della Commissione e (ii) che detto atto evidenzi l'intenzione della Commissione di prendere una delle decisioni contemplate dagli articoli 2, 3 o 6 del Regolamento n. 17/62²¹⁴.

b) Fornire informazioni (articolo 10(1)):

la Commissione è tenuta a trasmettere alle competenti autorità una copia di tutte le segnalazioni e notifiche sottoposte al suo esame, nonché una copia di tutti i documenti più importanti depositati presso di essa allo scopo di appurare la violazione delle norme sulla concorrenza del Trattato (comprese le informazioni trasmesse nella risposta fornita da un'impresa a una richiesta di informazioni ai sensi dell'articolo 11)²¹⁵. Come ha deliberato la Corte di giustizia in *Banche spagnole*²¹⁶, la trasmissione di tali informazioni alla rispettive autorità antitrust nazionali persegue un duplice fine: primo, notificare alle autorità antitrust nazionali tutte le procedure comunitarie relative alle imprese site nel loro territorio e consentire loro di presentare i propri commenti e le proprie opinioni alla Commissione; secondo, permettere alla Commissione di utilizzare e valutare meglio dette informazioni alla luce di osservazioni complementari fornite dalla autorità antitrust nazionale competente²¹⁷.

²¹² Cfr. C.S. Kerse, *E.C. Antitrust Procedure 178* (3a ed., 1994).

²¹³ Caso 48/72, *Brasserie de Haecht contro Spouses Wilkin-Jannsen*, Raccolta, 1973, 77.

²¹⁴ *BRT contro SABAM*, v. nota 57, 71 (Avvocato generale Mayras). Di norma, i procedimenti si considerano iniziati quando la Commissione emana una lettera degli addebiti o pubblica una comunicazione, in conformità con l'articolo 19(3), prima di rilasciare un'attestazione negativa o una decisione di esenzione.

²¹⁵ Cfr. caso C-67/91, *Asociación Espanola de Banca Privada e altri*, Raccolta, 1992, I-4785 par. 20.

²¹⁶ *Ibidem*, par. 34.

²¹⁷ Inoltre, l'autorità nazionale competente può chiedere di prendere visione dei libri e dei documenti dell'impresa quando assiste la Commissione in un'indagine: vedi Kerse, nota 71.

(ii) *Obblighi di cooperazione delle autorità antitrust nazionali con la Commissione ai sensi del Regolamento n. 17/62:*

a) fornire tutte le informazioni previste dall'articolo 11(1)²¹⁸,

b) cooperare negli accertamenti: (conformemente all'articolo 14(5))²¹⁹.

Una particolare forma di consultazione è inoltre prevista dal Regolamento n. 17/62 in seno al Comitato consultivo²²⁰, un organismo composto da funzionari (ogni stato membro ne nomina uno) competenti in materia di pratiche restrittive e monopoli. La partecipazione dei rappresentanti degli stati membri al Comitato consultivo ha lo scopo sia di tenere informati quegli stati circa l'attività della Commissione relativa all'applicazione della normativa CE sulla concorrenza, sia di fungere da foro in cui gli stati membri possano contribuire all'interpretazione e all'applicazione della suddetta normativa.

Da ultimo, ma non per importanza, occorre far riferimento all'articolo 5(1) del Trattato, che stabilisce che «gli stati membri debbono prendere misure idonee, sia generali sia specifiche, per garantire l'osservanza degli obblighi derivanti dal presente Trattato o risultanti da azioni effettuate dalle istituzioni della Comunità. Essi devono facilitare la realizzazione dei compiti comunitari».

²¹⁸ Cfr. *Cast Iron and Steel Rolls*, in cui la Commissione ha ottenuto informazioni dal Bundeskartellamt: GUCE L371 1, 1993 (Commissione europea, 17 marzo 1983).

²¹⁹ La Commissione può chiedere alle autorità antitrust nazionali di assistere i suoi funzionari nell'esecuzione di un accertamento nei rispettivi territori. In base all'articolo 13(2) del Regolamento n. 17/62, la Commissione può anche chiedere a un'autorità nazionale di intraprendere da sola un'indagine per suo conto. Rari esempi di "incursioni all'alba" effettuate da un'autorità nazionale ai sensi dell'articolo 13 sono state quelle eseguite nel 1992 dall'Office of Fair Trading del Regno Unito nell'ambito di un'indagine su un presunto cartello nel mercato del PVC (cfr. *Annual Report of the Director General of Fair Trading* 35-36, 1992; esso riporta il parere del Direttore Generale, che giudica queste ispezioni un importante passo avanti nel contesto della sussidiarietà e prevede che in futuro l'articolo 13 sarà applicato più spesso) e nel contesto di un'indagine svolta in base al Regolamento n. 4056/86 sui trasporti marittimi (v. nota 66) cfr. A.M.C. Inglese, "EC Competition Law Procedure: Role of the Competent Authority", *European Competition Law Review*, n. 14, 6, 1993.

²²⁰ Regolamento n. 17/62, articoli 10(3)-(16).

Come precisato dalla Commissione nella sua Comunicazione sulla cooperazione con i tribunali nazionali²²¹, nel campo della normativa sulla concorrenza l'articolo 5 «sancisce il principio di una costante e leale cooperazione tra la Comunità e gli stati membri allo scopo di conseguire gli obiettivi del Trattato, compresa l'attuazione dell'articolo 3(f) [attualmente 3(g)], che istituisce un sistema atto a impedire distorsioni della concorrenza. Questo principio comporta obblighi e doveri di reciproca assistenza, tanto per gli stati membri quanto per le istituzioni comunitarie. La Corte di giustizia ha stabilito che, ai sensi dell'articolo 5 del Trattato CEE, alla Commissione incombe l'obbligo di una leale cooperazione nei confronti delle autorità giudiziarie degli stati membri, che, dal canto loro, hanno l'obbligo di assicurare l'applicazione e l'osservanza della normativa comunitaria nell'ambito del rispettivo ordinamento giuridico nazionale».

L'obbligo della Commissione di una leale cooperazione si estende indubbiamente anche ai suoi rapporti con le autorità antitrust nazionali²²², le quali sono a loro volta responsabili anche dell'applicazione degli articoli 85 e 86 del Trattato²²³. Si fa altresì presente che l'articolo 5(1) del Trattato potrebbe essere preso a supporto anche dell'esistenza di un dovere di leale cooperazione reciproca tra gli stati membri nel conseguimento degli obiettivi del Trattato. In *Nikolaos Athanasopoulos contro Bundesanstalt für Arbeit*²²⁴, la Corte di giustizia ha dichiarato che, in conformità con l'articolo 5 del Trattato, gli stati membri hanno anche il dovere di cooperare in buona fede con le istituzioni degli altri stati membri che sono responsabili di garantire il rispetto degli obblighi prescritti dalla normativa UE.

²²¹ V. nota 64, par. 33.

²²² Cfr. Jean Dubois, *Les nouvelles propositions de la Commission Européenne concernant l'application du droit communautaire de la concurrence par les autorités nationales*, Allocuzione all'Assemblea Generale dell'AFEC, Parigi, 13 marzo 1995.

²²³ V. precedente nota 67 e relativo testo.

²²⁴ Caso C-251/89, Raccolta, 1991, 2848. Il caso riguardava un ricorso presentato da un cittadino residente in uno stato membro, il quale affermava di aver diritto a un supplemento di indennità pagabile da un altro stato membro ai sensi dell'articolo 77 o 78 del Regolamento n. 1408/71 del giugno 1971 sull'applicazione dei programmi di previdenza sociale ai lavoratori dipendenti, ai lavoratori autonomi o ai loro familiari che si spostano all'interno della Comunità. La Corte sostenne che «l'istituzione competente di quest'ultimo può ottenere informazioni dalla Commissione e dalle autorità dello stato membro nel cui territorio risiede il ricorrente» e che «in conformità con l'articolo 5 del Trattato, la Commissione e gli stati membri [...] sono vincolati dall'obbligo di cooperare in buona fede con le istituzioni degli altri stati membri che sono tenute ad assicurare l'adempimento degli obblighi derivanti dal Regolamento n. 1408/71»; *ibidem* par. 56-57.

Tuttavia, allo stato delle cose, l'ambito della cooperazione "orizzontale" tra le autorità antitrust nazionali degli Stati membri è fortemente limitato. Un raro esempio di questa cooperazione è il Protocollo franco-tedesco per la cooperazione tra le rispettive autorità antitrust nazionali su casi antitrust riguardanti i due paesi, firmato il 28 maggio 1984²²⁵. La cooperazione tra le autorità antitrust nazionali di Francia e Germania assume la seguente forma:

- (i) le due autorità antitrust nazionali possono scambiarsi informazioni concernenti le pratiche restrittive, le operazioni di concentrazione, il grado di concentrazione economica e le condizioni del mercato nel territorio dell'altro firmatario, oppure imprese che ricadano sotto la sovranità di quest'ultimo (articoli 3-5)²²⁶;
- (ii) ogni autorità antitrust nazionale dovrà comunicare l'avvio di procedimenti che potrebbero ripercuotersi sugli interessi della controparte (articolo 6),
- (iii) è previsto un iter consultivo per quelle procedure che potrebbero incidere sugli interessi comuni dei due paesi (articolo 7)²²⁷.

²²⁵ *Accord entre le Gouvernement de la République fédérale d'Allemagne et le Gouvernement de la République française sur la coopération relative aux pratiques restrictives de la concurrence, Wirtschaft und Wettbewerb, V. 476 (1985).*

²²⁶ In base all'articolo 3, ogni autorità antitrust nazionale ha diritto a richiedere tali informazioni, purché vengano soddisfatti i requisiti formali fissati dall'articolo 4. Sembra che il contesto di cooperazione istituito da questo Accordo si estenda alla trasmissione delle informazioni ottenute dalle imprese, ad esempio mediante richieste di informazioni o di accertamenti. Ai sensi dell'articolo 3(3) dell'Accordo, ogni autorità nazionale risponderà, per quanto possibile, favorevolmente alle richieste di informazioni dell'altra autorità, sulla base delle informazioni già in suo possesso o di quelle che queste ultime richiedono o hanno richiesto in base alle leggi in vigore nel territorio del loro stato. Tuttavia, in base all'articolo 5 dell'Accordo, una autorità nazionale che riceva tale richiesta può non soddisfarla se essa lede la sovranità del suo paese, la sua sicurezza nazionale o interessi economici primari, o se viola il segreto professionale.

²²⁷ Inoltre, il 15 dicembre 1994 la Commissione ha pubblicato una proposta di decisione del Consiglio e della Commissione circa la posizione che l'Unione Europea deve assumere nel Consiglio di Associazione istituito dall'Accordo europeo stipulato tra l'Unione Europea e l'Ungheria per l'adozione delle norme volte a facilitare la cooperazione in materia di concorrenza (COM 94/639, 15 dicembre 1994). La proposta rispecchia la bozza di decisione del Consiglio di Associazione tra Unione Europea e Ungheria, secondo la quale i casi previsti dall'articolo 62 dell'Accordo europeo che riguardino tanto il mercato dell'UE quanto quello ungherese, e che siano di pertinenza di ambedue le autorità competenti in materia di concorrenza, saranno affrontati dalla Commissione e dall'Ufficio ungherese per la concorrenza economica secondo norme stabilite. Analogamente, il 15 maggio 1995 la Commissione ha reso note alcune proposte inerenti due decisioni del Consiglio e della Commissione sull'atteggiamento che l'UE deve adottare in seno al Consiglio di Associazione istituito dagli accordi europei tra l'UE e la Repubblica ceca (COM 95/104, 18 maggio 1995) e tra l'UE e la Repubblica slovacca (COM 95/156, 18 maggio 1995) sull'adozione di norme che agevolino la cooperazione in materia di concorrenza. Le delibere proposte riflettono, rispettivamente, le bozze di decisioni del Consiglio di Associazione UE-Repubblica ceca e di quello UE-Repubblica slovacca. In base a tali proposte, i casi di cui all'articolo 64 dell'Accordo

2.3 La sussidiarietà e gli appelli al decentramento

Nel corso della sua esistenza, il sistema comunitario di diritto della concorrenza ha subito mutamenti radicali, che devono essere valutati alla luce del più generale processo di trasformazione all'interno sia del contesto operativo della Comunità sia di quello istituzionale. Tale processo ha avuto inizio verso la metà degli anni '80 ed ha raggiunto il culmine nel 1993, con l'unificazione del mercato interno della Comunità²²⁸. Inizialmente, gli stati membri hanno proceduto all'adozione o alla revisione delle norme nazionali sulla concorrenza secondo le linee dell'efficace modello dell'Unione Europea: attualmente tali norme vengono applicate da autorità antitrust nazionali ben organizzate e hanno assunto una accresciuta efficacia e una maggiore significatività. In seguito, con la progressiva realizzazione dell'imperativo del mercato unico, che in tal modo perdeva il suo iniziale carattere cogente, il ruolo guida della Corte di giustizia nel sistema comunitario di diritto della concorrenza si è a poco a poco ridotto²²⁹; tra l'altro, nel 1989, fu istituito anche un Tribunale di Primo Grado competente in materia di concorrenza. Inoltre, l'adozione del Regolamento concentrazioni ha centralizzato la competenza a trattare le operazioni di concentrazione di grande dimensioni nella

europeo che riguardano l'UE e il mercato ceco oppure l'UE e il mercato slovacco e che siano di competenza di ambedue le autorità preposte alla concorrenza verranno trattati rispettivamente dalla Commissione e dal Ministero ceco per la concorrenza economica da un lato, e dall'altro dalla Commissione e dall'Ufficio antimonopolio della Repubblica slovacca, conformemente a norme stabilite. Tutte e tre le bozze di decisioni prevedono, in simili casi, un sistema di reciproca notifica e consultazione, nonché uno scambio di informazioni pertinenti. V. anche la nota 35, dove si descrive il programma di azione congiunta in materia di concorrenza tra l'Unione europea e i paesi dell'Europa centro-orientale.

Per inciso, un settore che probabilmente potrebbe fornire un interessante esempio per la cooperazione orizzontale tra le autorità nazionali responsabili dell'applicazione delle norme sulla concorrenza, mediante scambio di informazioni, è quello della vigilanza sui mercati mobiliari. Per quanto concerne l'Italia, la Commissione nazionale per le società e la borsa (CONSOB) ha stipulato un accordo del genere con il Ministero del Tesoro del Regno Unito in materia di *insider trading*. La Consob ha altresì sottoscritto un Protocollo d'Intesa con la Securities Exchange Commission degli Stati Uniti, con la Securities Commission dell'Ontario e, in Europa, con la francese COB, la belga CBF e la spagnola CNMV.

²²⁸ Cfr. Gerber, nota 56; J.H.H. Weiler, *The Transformation of Europe*, Yale Law Journal n. 100, 1991, 2403; Jonathan Faull, *The Enforcement of Competition Policy in the European Community: A Mature System*, Fordham International Law Journal n. 15, 1993.

²²⁹ Cfr. Gerber, nota 56. L'autore sostiene che «una trasformazione radicale nel sistema di diritto della concorrenza coinvolge la leadership intellettuale della Corte», il che è riflesso chiaramente nella metodologia seguita dalla Corte, che è passata da un modo di ragionare teleologico a uno che si fonda essenzialmente sull'autorevolezza di concetti esistenti e decisioni assunte e su criteri sempre più basati sugli effetti.

Commissione, sottraendo le concentrazioni di società aventi una "dimensione comunitaria" alla giurisdizione delle autorità antitrust nazionali e modificando radicalmente, per quanto riguarda queste transazioni, il rapporto tra la Comunità e i sistemi nazionali di tutela della concorrenza, come risulta da *Walt Wilhelm*²³⁰. Infine, a partire dalla metà degli anni '80, la Corte di giustizia ha praticamente abolito qualsiasi limitazione significativa alla portata della normativa comunitaria sulla concorrenza, ampliando il concetto del Trattato dell'"effetto sul commercio interstatale" tanto che sono poche le transazioni tra grandi imprese che non ricadono sotto gli articoli 85 e 86 del Trattato di Roma²³¹. Mentre si allargava il campo d'azione della Comunità in materia di comportamenti anticoncorrenziali, fu istituita lo Spazio Economico Europeo e tre nuovi stati membri sono entrati nella Comunità, il che ha notevolmente ampliato l'ambito di applicazione della normativa comunitaria sulla concorrenza. Tutti questi fattori hanno dunque accentuato il ruolo fondamentale della Commissione nell'elaborazione e nell'applicazione della politica in materia di concorrenza.

Durante lo stesso periodo, sono peraltro cominciati ad aumentare gli appelli per un'applicazione decentrata degli articoli 85 e 86 da parte delle autorità antitrust nazionali. La Commissione, con le risorse limitate di cui dispone per l'applicazione delle norme sulle concorrenza in un territorio così vasto, si trova a dover affrontare un carico di lavoro eccessivo²³². La spinta a decentrare il processo decisionale sta prendendo sempre più piede, sia nel settore che ci interessa sia in altri, nell'ambito di una prospettiva più ampia dell'operato della Comunità instauratasi con le trattative di Maastricht. Il principio

²³⁰ Caso 14/68, *Walt Wilhelm contro Bundeskartellamt*, Raccolta 1969 I, in cui la Corte di giustizia ammetteva, in linea di principio, la parallela applicazione delle norme comunitarie e di quelle nazionali in materia di concorrenza, purché esse non interferissero con l'uniforme applicazione del disposto del Trattato.

²³¹ Cfr. ad esempio, il caso 22/78 *Hugin*, Raccolta 1979, 1869, 1870, 1899 in cui la Corte spiega che «la normativa comunitaria copre qualsiasi accordo o pratica che sia suscettibile di costituire una minaccia al libero scambio tra gli stati membri, in particolare comportando una ripartizione dei mercati nazionali o distorcendo la concorrenza all'interno del mercato comune. D'altro canto, i comportamenti, i cui effetti sono limitati al territorio di un singolo Stato membro, sono disciplinati dall'ordinamento giuridico nazionale».

²³² Negli ultimi anni, la Commissione ha ridotto la sua notevole mole di lavoro arretrato. Dalla sua ventiquattresima Relazione sulla politica della concorrenza (COM 95/142 finale del 28 aprile 1995, 620) risulta che nel 1987 essa aveva circa 3.427 casi aperti, mentre alla fine del 1994 questi erano scesi a 1.052. Tuttavia, sempre nel 1994, alla Commissione sono stati presentati 392 nuovi casi, e ultimamente essa ne ha appena ricevuti 500 dall'Autorità di sorveglianza dell'EFTA. Alexander Schaub, *Competition Policy from a European Perspective*, Allocuzione alla Conferenza sulla concorrenza, CBI/Baker & McKenzie, 26 settembre 1995.

della sussidiarietà, formalmente introdotto nell'ordinamento giuridico comunitario dal Trattato di Maastricht sull'Unione Europea²³³, è stato visto da più parti come un aspetto di questa crescente tendenza al decentramento²³⁴. In pratica, in base a tale principio, la Comunità può operare in quei campi che esulino dalla sua competenza esclusiva soltanto se l'obiettivo, a causa della sua rilevanza o degli effetti dell'azione prevista, può essere conseguito meglio dalla Comunità che dagli stati membri.

Nella sua Relazione del 1994 sulla politica della concorrenza²³⁵, la Commissione ha sostenuto che la sussidiarietà non incide in maniera significativa sul sistema comunitario di tutela della concorrenza. E' ad esempio chiaro che il concetto di sussidiarietà non sarebbe compatibile con le norme sulle concorrenza applicabili agli stati membri, in quanto non è possibile richiedere a questi ultimi di sorvegliare se stessi o di sorvegliarsi a vicenda. Un simile compito deve essere affidato unicamente a un organo sovranazionale qual è la Commissione.

E' tuttavia necessario un approccio più flessibile in relazione alle norme sulla concorrenza che si applicano alle imprese, dato che in questo caso il principio della sussidiarietà può giocare a favore delle giurisdizioni nazionali. Per quanto riguarda le operazioni di concentrazione, il Regolamento comunitario stabilisce un criterio chiaro, basato sul fatturato, per determinare se un singolo caso debba essere sottoposto alla

²³³ In base al nuovo articolo 3b del Trattato, «la Comunità agirà entro i limiti dei poteri conferitile dal presente Trattato e degli obiettivi ad essa assegnati dallo stesso. In quei campi che non sono di sua esclusiva competenza, la Comunità opererà, in conformità con il principio della sussidiarietà, solo se e nella misura in cui gli obiettivi dell'azione proposta non possano essere conseguiti in misura sufficiente dagli stati membri e possano quindi, date le dimensioni o gli effetti dell'azione proposta, essere raggiunti meglio dalla Comunità. Le azioni della Comunità non potranno andare oltre quanto sia necessario per raggiungere gli obiettivi del presente Trattato». E' stato tuttavia fatto presente che, in una certa qual misura, la sussidiarietà era già "insita" nel sistema di concorrenza della Comunità, come dimostra ad esempio la possibilità di sottoporre al controllo delle autorità antitrust nazionali una concentrazione avente dimensione comunitaria, qualora i suoi effetti restrittivi riguardino un mercato nazionale che abbia tutte le caratteristiche di un mercato distinto, secondo l'articolo 9 del Regolamento concentrazioni, e come dimostra anche l'esistenza della Comunicazione del 1986 sull'eccezione de minimis all'applicazione dell'articolo 85 del Trattato, recentemente emendata (GUCE C368 20, 1994); Michael Waelbroeck, *The Principle of Subsidiarity in EC Competition Law*, Allocuzione alla Conferenza degli studi europei, Bruxelles, 8-9 novembre 1993.

²³⁴ Cfr. per esempio, Barry Rodger "Decentralization and National Competition Authorities", *European Competition Law Review* n. 15, p. 251 (1994); Commissione europea, Ventitreesima Relazione sulla politica della concorrenza, 189, 1993.

²³⁵ Cfr. nota 91, par. 23.

Commissione allo scopo di consentire uno *one-stop shopping*²³⁶. L'abbassamento delle soglie di fatturato che definiscono la dimensione comunitaria, che si prevedeva sarebbe stato introdotto dalla Conferenza intergovernativa del 1996²³⁷, produrrà comunque un aggravio del carico di lavoro della Commissione, per poter bilanciare il quale viene proposto che la riduzione delle soglie da parte del Consiglio sia accompagnata da un maggiore uso della procedura di cui all'articolo 9 per il rinvio dei casi alle autorità antitrust nazionali²³⁸. In particolare, potrebbe essere abolita l'esigenza, prevista dall'articolo 9, dell'esistenza di un mercato distinto nello Stato membro richiedente, e i rinvii potrebbero essere consentiti purché il mercato in questione sia nazionale (e, potenzialmente, quando, benché il mercato sia più vasto di quello nazionale, il principale impatto concorrenziale si abbia in un unico Stato membro).

In relazione ai casi che rientrano negli articoli 85 e 86, la spartizione dei poteri tra la Commissione e le autorità antitrust nazionali è meno chiara, in quanto queste disposizioni (ad eccezione dei poteri di esenzione di cui all'articolo 85(3)) possono essere applicate dalle autorità antitrust nazionali, ma solo fintantoché la Commissione non decida di avviare un procedimento (articolo 9(3)). Pertanto, nel campo della politica della concorrenza, il termine "sussidiarietà" sembra tradursi nell'istituzione di un'efficace

²³⁶ Allo scopo di evitare duplicazioni di competenze nell'esame delle concentrazioni da parte della Commissione e delle autorità nazionali degli stati membri, in linea di principio il Regolamento sulle concentrazioni attribuisce alla prima la giurisdizione esclusiva sulle operazioni aventi una "dimensione comunitaria" (ma con la possibilità, per la Commissione, di rinviare l'operazione, in certi casi, alle autorità nazionali); cfr. Regolamento n. 4064/89, articolo 9 e 21. Una concentrazione (anche se comprende imprese extracomunitarie) assume una dimensione comunitaria quando le imprese interessate hanno complessivamente un fatturato mondiale superiore a 5 miliardi di ecu, il fatturato di almeno due di esse all'interno dell'Unione Europea raggiunge 250 milioni di ecu, salvo che ciascuna delle imprese interessate realizzi più di due terzi del fatturato all'interno dell'Unione Europea in un unico e medesimo stato membro; cfr. Regolamento n. 4064/89, articolo 1(2).

²³⁷ Il Regolamento n. 4064/89 prevedeva la revisione delle soglie entro la fine del 1993 a opera del Consiglio, che doveva approvare a maggioranza qualificata una proposta della Commissione. La Commissione suggerisce, a questo riguardo, di ridurre la soglia mondiale a due miliardi di ecu e la soglia del volume d'affari comunitario a 100 milioni di ecu; cfr. Commissione europea, Ventitreesima Relazione sulla politica della concorrenza, v. nota 93, par. 46.

²³⁸ Secondo l'articolo 9 del Regolamento n. 4064/89 (la cosiddetta "clausola tedesca"), la Commissione, su richiesta di uno stato membro, può rinviare all'autorità antitrust nazionale di quello stato una concentrazione a esso notificata qualora l'operazione rischi di creare o rafforzare una posizione dominante che ostacolerebbe significativamente la concorrenza effettiva in un mercato distinto all'interno di quello stato membro, si tratti o meno di una parte sostanziale del mercato comune.

cooperazione tra le autorità antitrust nazionali e la Commissione e un adeguato decentramento nell'applicazione delle norme del Trattato²³⁹.

Qual è la strada per il decentramento?

Tutti concordano sul fatto che un'applicazione decentrata della normativa sulla concorrenza conferirà a essa maggiore efficacia. Non tutti, invece, sono d'accordo circa i mezzi giusti per realizzarla. In sintesi, i metodi proposti per il decentramento sono due:

A. Ampliamento dei sistemi di concorrenza nazionali

La prima soluzione²⁴⁰ privilegia una riduzione della portata degli articoli 85 e 86, tramite una revisione dell'interpretazione che la Corte di giustizia ha dato della nozione di effetti sul commercio interstatale, abbinata a un'applicazione più ampia delle leggi nazionali.

Ma questa soluzione solleva una serie di problemi. Anzitutto, avrebbe bisogno quanto prima di una maggiore convergenza delle politiche e delle legislazioni nazionali in materia di concorrenza²⁴¹. In proposito è stato recentemente proposto un approccio ispirato alla Convenzione di Bruxelles per l'armonizzazione di determinate procedure e norme sostanziali delle leggi degli stati membri in materia di concorrenza²⁴². In secondo

²³⁹ Commissione europea, Ventiquattresima Relazione sulla politica della concorrenza, nota 91 par. 26. La Commissione sottolinea in questa sede che il decentramento non deve tuttavia provocare una minore certezza giuridica per le imprese a causa di un'applicazione non uniforme delle norme del Trattato relative alla concorrenza.

²⁴⁰ Questa soluzione corrisponde alla posizione sostenuta dal Regno Unito e dall'autorità antitrust italiana: cfr., inter alia, la Conferenza ad hoc dei Direttori generali per la concorrenza, tenutasi a Bruxelles il 26-27 settembre 1994, i cui scopi erano l'esame di questo argomento specifico e della bozza di Rapporto della Commissione sugli ostacoli a un'applicazione decentrata degli articoli 85 e 86; ibidem, par. 10, e Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, *Relazione annuale sull'attività svolta* pp. 161-162, 1994. Cfr. anche Pierre-Vincent Bos, "Towards a Clear Distribution of Competence Between EC and National Competition authorities", *European Competition Law Review* n. 16, 1995 (che auspica una nuova ripartizione dei poteri tra la Commissione e le autorità nazionali sostituendo al requisito del commercio interstatale la "dimensione comunitaria" quale criterio di attribuzione di competenza).

²⁴¹ Le leggi sulla concorrenza di Danimarca, Olanda, Lussemburgo, Germania, Regno Unito si fondano tuttora su concetti diversi dalle regole del Trattato: cfr. Commissione europea, Ventiquattresima Relazione sulla politica della concorrenza, precedente nota 91 n. 5; cfr. anche John Ratliff, *Major Events on EC Competition Law*, Allocuzione alla Conferenza IBC di Bruxelles, novembre 1995.

²⁴² Vincent Power, "Competition Law in the EU: Should There Be a Convention?", *European Competition Law Review*, n. 16, 1995. Di fatto sarebbe opportuno mettere a punto un sistema per la

luogo, e cosa più importante, l'assenza di un controllo giudiziario sulle decisioni a livello comunitario delle autorità antitrust nazionali ostacolerebbe probabilmente un'applicazione convergente delle legislazioni sulla concorrenza nei diversi stati membri²⁴³.

B. Il maggiore coinvolgimento delle autorità antitrust nazionali in un'ampio ambito di applicazione degli articoli 85 e 86 del Trattato

La seconda soluzione²⁴⁴ prevede la piena integrazione a livello nazionale dell'attuale sistema di applicazione della normativa comunitaria sulla concorrenza, che consentirebbe alle autorità antitrust nazionali degli stati membri di applicare gli articoli 85 e 86 rimanendo soggetti al controllo sia dei tribunali comunitari (mediante l'articolo 177 del Trattato) sia dei tribunali nazionali, che avrebbero anch'essi la possibilità di applicare gli articoli 85(1) e 86^{245, 246}.

standardizzazione delle procedure e dei formulari di notifica utilizzati nell'ambito della normativa nazionale sulla concorrenza dei singoli stati membri.

²⁴³ Peraltro la legge italiana sulla concorrenza (legge n. 287 del 10 ottobre 1990, articolo 1(4)), prevede espressamente che le sue norme sostanziali debbano essere interpretate in base ai principi della normativa CEE sulla concorrenza. Questa particolare disposizione lascia aperta la porta a un'interessante possibilità: quella di introdurre indirettamente la possibilità di un'interpretazione della legislazione nazionale da parte della Corte di giustizia mediante una pronuncia preliminare ai sensi dell'articolo 177 del Trattato; cfr. Mario Siragusa & Giuseppe Scassellati-Sforzolini, "Italian and EC Competition Law: A New Relationship - Reciprocal Exclusivity and Common Principles", *Common Market Law Review* 93, n. 29, 1992.

²⁴⁴ In particolare, si tratta della posizione delle autorità tedesca e francese: cfr. nota 98 e relativo testo.

²⁴⁵ Disposizioni nazionali che consentono alle competenti autorità di applicare gli articoli 85 e 86 esistono in Francia, Germania, Spagna, Finlandia, Grecia, Belgio e Portogallo. In Italia (articolo 50 della proposta di legge comunitaria del 1994), Irlanda e Paesi Bassi sono in cantiere disposizioni analoghe. Per una panoramica delle applicazioni da parte delle autorità nazionali degli articoli 85 e 86, cfr. Commissione europea, Ventitreesima Relazione sulla politica della concorrenza, nota 93, allegato V.B.

²⁴⁶ Circa l'applicazione decentrata delle norme dell'UE nel campo del controllo delle concentrazioni, nel 1993 l'Autore ha proposto il seguente emendamento al Regolamento sulle concentrazioni, volto a coniugare il principio dell'*one-stop shop* con l'applicazione decentrata delle norme CEE: nei casi in cui il rispettivo volume d'affari delle imprese interessate superi (a) ambedue le soglie ridotte, ma nessuna di quelle originali, ovvero (b) una delle soglie ridotte e una di quelle originali, l'esame della concentrazione in questione dovrebbe automaticamente essere delegato dalla Commissione alla autorità nazionale dello stato membro in cui (i) viene realizzata la maggior parte del fatturato che è soggetto al cambiamento di controllo, oppure (ii) qualora detto fatturato non esista (ad esempio nel caso di joint venture di nuova istituzione in cui le parti non immettano attività preesistenti), nello stato membro in cui le imprese partecipanti realizzano la maggior parte del loro volume d'affari complessivo. Le notifiche verrebbero inoltrate alla Commissione utilizzando il Formulario CO e la Commissione stabilirebbe quale autorità nazionale sia competente. Questa autorità nazionale valuterebbe la transazione in base alle norme

Si fa presente che, rispetto all'altra, questa soluzione presenta il vantaggio di un'applicazione più ampia, efficace e uniforme.

(i) Assegnazione dei casi

Il primo problema che pone questa soluzione è quello dell'individuazione di criteri esatti e adeguati per l'assegnazione alle autorità antitrust nazionali dei casi rientranti nel disposto degli articoli 85 e 86 del Trattato. I seguenti criteri sono stati suggeriti in occasione della Conferenza dei Direttori Generali delle autorità della concorrenza degli stati membri del 1994, e saranno probabilmente avallati nella comunicazione della Commissione relativa all'applicazione degli articoli 85 e 86 da parte delle autorità antitrust nazionali²⁴⁷ (purché l'attuale viva opposizione di alcuni stati membri all'ultima bozza non provochi l'accantonamento del documento proposto):

sostanziali e procedurali del Regolamento sulle concentrazioni, sentendo anche il parere del Comitato consultivo sulle concentrazioni. Anche la clausola tedesca si applicherebbe alle concentrazioni che vengono assegnate a un'autorità nazionale in base al sistema proposto. Inoltre, le decisioni dell'autorità nazionale nel contesto dell'applicazione decentrata del Regolamento concentrazioni potrebbero essere soggette a un esame giudiziale dei tribunali europei, stabilendo che debbano prima essere avallate dalla Commissione. Si fa presente che il nuovo sistema presenterebbe il vantaggio, *inter alia*, di promuovere maggiormente l'integrazione tra le autorità nazionali data la necessità di una costante cooperazione e dell'applicazione di un insieme uniforme di norme. Inoltre, avrebbe anche un effetto educativo, in quanto tutti gli stati membri sarebbero tenuti ad applicare il Regolamento comunitario sulle concentrazioni. Cfr. Mario Siragusa, *The Lowering of the Thresholds: An Opportunity to Harmonize Merger Control*, *European Competition Law Review*, n. 14, 1993. Invece, la posizione della Commissione circa le notifiche in più stati membri (cioè, chiari casi di applicabilità di due o tre leggi nazionali sul controllo delle concentrazioni) sembrerebbe favorevole ad attribuire la competenza per queste fattispecie alla Commissione. Cfr. International Chamber of Commerce, *Commission on Law and Practices Relating to Competition, Note on the Revision of Merger Regulation* (n. 225/453, 10 ottobre 1995). Una simile soluzione sembrerebbe tuttavia non tener conto, da un lato, del maggior carico di lavoro procurato alla Commissione dall'abbassamento delle soglie e, dall'altro, del maggior desiderio di far partecipare le autorità nazionali al sistema di applicazione della normativa dell'UE.

²⁴⁷ Commissione europea, Ventiquattresima Relazione sulla politica della concorrenza, nota 91, par. 42. Cfr. anche Kurt Stockmann, *Problems of National Competition Authorities in Enforcing EC Competition Law*, Allocuzione alla Conferenza annuale IBC CEE sulla concorrenza, Bruxelles, 1994 (che prende anche in considerazione la possibilità di conferire alle autorità nazionali, semplicemente interpretando l'articolo 2 del Regolamento n. 17/62, la capacità di concedere autorizzazioni negative o di porre fine a un procedimento mediante una "lettera di conforto"); House of Lords' Select Committee on the European Communities, *Report on the Enforcement of Competition Rules*, 1993 (che auspica una suddivisione della giurisdizione da concordarsi di volta in volta tra gli stati membri e la Commissione; qualora non si pervenisse a un accordo, il caso rimarrebbe affidato alla Commissione).

- (a) gli effetti presenti o prevedibili di un determinato comportamento restrittivo alla concorrenza devono prodursi all'interno di un singolo stato membro e non devono sollevare nessun problema di interesse comunitario;
- (b) il caso deve comportare una violazione dell'articolo 85(1) (che non abbia diritto a una delle esenzioni previste dall'articolo 85 (3)), o dell'articolo 86, e
- (c) a livello nazionale deve sussistere un adeguato sistema di tutela in termini di indagini, provvedimenti e sanzioni.

L'assegnazione dei casi alla Comunità o alle autorità nazionali si effettuerebbe caso per caso, su base bilaterale. Una volta soddisfatti i suddetti criteri, le rispettive autorità nazionali avrebbero la facoltà di applicare la legislazione nazionale o la normativa dell'UE, o ambedue²⁴⁸.

(ii) Iniziativa in relazione a singoli casi

Con tale sistema, ogni autorità nazionale dovrebbe sistematicamente informare la Commissione dei procedimenti avviati ai sensi degli articoli 85 e/o 86, e dovrebbe chiedere alla Commissione di informarne le altre autorità nazionali. Quando l'autorità nazionale in questione esamina un accordo restrittivo disciplinato dalla normativa dell'UE, essa potrà prontamente richiedere l'opinione provvisoria della Commissione circa la probabilità di un'esenzione.

Dato che, come già detto, in virtù dell'articolo 9(3) del Regolamento n. 17/62, la Commissione può porre fine ai procedimenti nazionali ai sensi degli articoli 85 e 86 del Trattato avviando propri procedimenti relativi allo stesso comportamento, un coordinamento e ampie consultazioni tra la Commissione e le autorità nazionali in una fase preliminare dei procedimenti sarebbero importanti per poter assicurare un'efficace applicazione delle norme. Bisognerebbe che la Commissione fosse tenuta a emettere sollecitamente una dichiarazione vincolante, attestante che essa non intende proseguire un particolare procedimento, e ciò affinché l'autorità nazionale interessata possa essere

²⁴⁸ Autorità garante della concorrenza e del mercato, *Relazione annuale sull'attività svolta*, 1994.

certa di potere seguire direttamente il procedimento, svolgere gli accertamenti necessari e interessarsi del caso fino all'adozione di una decisione definitiva²⁴⁹.

(iii) Applicazione delle norme

Si fa presente che questo sistema, che non richiede nessun emendamento all'attuale quadro legislativo, offrirebbe la possibilità di migliorare l'efficacia dell'applicazione delle norme sulla concorrenza decentrando le responsabilità e ripartendo i compiti tra la Commissione e le autorità nazionali, come si evince dai seguenti esempi:

(a) un'autorità nazionale che abbia avviato un procedimento conformemente agli articoli 85(1) o 86 e/o alle norme nazionali sulla concorrenza ha bisogno di ottenere certe informazioni da un'impresa sita in un altro Stato membro, ovvero di eseguire un'indagine che riguardi anche detta impresa. Essa si rivolgerà allora alla Commissione, che rappresenterebbe il perno di questo sistema di cooperazione tra le autorità nazionali per l'applicazione della normativa CE sulla concorrenza e che avrebbe la funzione di assegnare i casi e fornire guida e assistenza alle autorità nazionali. Ai sensi dell'articolo 11 del Regolamento n. 17/62, la Commissione può ottenere tutte le informazioni necessarie dai governi, dalle autorità nazionali degli stati membri e direttamente dalle imprese e dalle associazioni di imprese. Inoltre, come già detto²⁵⁰, in virtù dell'articolo 23 del Regolamento n. 17/62, la Commissione può chiedere all'autorità antitrust di uno Stato membro, nel cui territorio deve eseguirsi una certa indagine, di effettuare in concreto l'accertamento. Quando la Commissione avrà ottenuto le informazioni, l'autorità richiedente farà domanda per consultarle, come espressamente previsto dal Regolamento n. 17/62²⁵¹;

²⁴⁹ Entro due mesi, per esempio, come proposto nella Conferenza dei Direttori Generali per la concorrenza del 1994 (v. nota 240) e coerentemente con il nuovo sistema adottato dalla Commissione per trattare le imprese comuni strutturali di natura cooperativa, a datare al 1° gennaio 1993; Commissione europea, Ventiduesima Relazione sulla politica della concorrenza, paragrafi 123-24, 1992.

²⁵⁰ Cfr. quanto illustrato in precedenza in relazione alla cooperazione da parte delle autorità nazionali nello svolgimento degli accertamenti.

²⁵¹ Come stabilito di recente dalla Corte di Giustizia, l'obbligo della Commissione, sancito dall'articolo 10 del Regolamento n. 17/62, di trasmettere alle competenti autorità degli stati membri copie dei documenti che la Commissione consideri più importanti tra quelli a essa presentati può comunque essere limitato dal principio generale del diritto delle imprese interessate alla salvaguardia dei propri segreti aziendali, tutelati dall'articolo 214 del Trattato e da varie disposizioni del Regolamento n. 17/62. Di

(b) qualora, nel corso delle sue attività di indagine ai sensi del Trattato e/o della legislazione del suo paese, una autorità nazionale trovi informazioni che evidenzino l'esistenza di un comportamento anticoncorrenziale parallelo a livello nazionale in uno o più stati membri, essa dovrà notificare alle autorità antitrust nazionali degli stati membri in questione le informazioni già ottenute nel proprio territorio. Anche in questo caso, la Commissione può agevolmente fungere da tramite tra due autorità nazionali, onde fornire loro le informazioni del caso nell'ambito della cooperazione prevista dal Regolamento n. 17/62. Inoltre, svolgendo questo compito, la Commissione potrà venire a conoscenza dell'eventuale esistenza di un interesse comunitario che, in casi particolari, giustifichi l'assunzione da parte sua dell'intervento di applicazione delle norme;

(c) l'assistenza della Commissione al coordinamento dell'attività di applicazione delle norme a tutela della concorrenza svolta dalle autorità nazionali può rendersi necessaria anche qualora una autorità nazionale, nel corso delle sue indagini ai sensi degli articoli 85 e/o 86 e/o della legislazione del proprio paese in materia di concorrenza, accerti che il presunto comportamento anticoncorrenziale produca effetti anche in un altro Stato membro e ne informi la Commissione. In tal caso, la Commissione avvierà probabilmente un proprio procedimento, entro due mesi dalla notifica, in quanto gli effetti di un comportamento anticoncorrenziale non sono limitati a un singolo Stato membro, inducendo quindi l'autorità nazionale interessata a interrompere la sua procedura per l'applicazione delle norme del Trattato ed eventualmente ad avviare un procedimento ai sensi della normativa nazionale in materia.

Si fa presente che, a meno che la Commissione non decida di avviare procedimenti concernenti gli stessi accordi o comportamenti, un'autorità antitrust nazionale che abbia ricevuto dalla Commissione informazioni in proposito, sia dietro sua richiesta sia su iniziativa di un'altra autorità nazionale, dovrebbe potere utilizzarle anche per dimostrare la supposta violazione degli articoli 85 e/o 86, che costituiscono l'oggetto

conseguenza, se la Commissione intende trasmettere un documento alle competenti autorità nazionali - nonostante la dichiarazione che, nelle particolari circostanze del caso, quel documento è di natura riservata nei confronti di tali autorità - essa dovrà adottare una decisione motivata soggetta a revisione giudiziale e alla possibilità di annullamento; caso C-36/92 P, *SEP contro Commissione*, Raccolta, 1994, I-1911.

del suo procedimento, fermo restando il vincolo di non divulgare informazioni «del genere tutelato dal segreto professionale» a terzi, ai sensi dell'articolo 20(2) del Regolamento n. 17/62²⁵². Una tale posizione è stata sostenuta dalla Commissione nel caso "*Banche spagnole*" sottoposto alla Corte di giustizia²⁵³.

Tuttavia, in quel caso, la Corte ha manifestato in proposito un diverso parere e ha concluso che le autorità nazionali non possono utilizzare in procedimenti nazionali (per l'applicazione delle norme comunitarie sulla concorrenza²⁵⁴ o di quelle nazionali) le informazioni raccolte dalla Commissione ai sensi del Regolamento n. 17/62, anche se possono tenerne conto al momento di decidere se avviare o meno detti procedimenti²⁵⁵.

²⁵² L'articolo 20(2) del Regolamento n. 17/62 riformula nel campo della concorrenza la disposizione dell'articolo 214 del Trattato, che vieta la divulgazione da parte dei membri delle istituzioni della Comunità, dei membri dei comitati e dei funzionari e altri impiegati della Comunità di «informazioni del tipo protetto dal segreto professionale, in particolare informazioni sulle imprese, sui loro rapporti d'affari o sulle componenti dei costi». La Corte di giustizia non ha ancora esaminato quali informazioni essa consideri protette dal vincolo del segreto professionale. E' stato fatto presente che questa nozione è più ampia del concetto di segreto aziendale e comprende anche le informazioni tecniche, il know-how e plausibilmente tutte le informazioni che non sono ancora di pubblico dominio; *Butterworths Competition Law X/725* n. 3, a cura di Martin R. Smith, 1995.

²⁵³ Cfr. precedente nota 215. Questo caso, scaturito da un riferimento all'articolo 177 da parte del Tribunale spagnolo per la tutela della concorrenza, fornì alla Corte la prima occasione di esaminare a quale uso un'autorità antitrust nazionale possa destinare le informazioni fornite alla Commissione da una o più imprese in ottemperanza a una richiesta di informazioni effettuata ai sensi dell'articolo 11, o in notifiche effettuate in base agli articoli 2, 4 o 5 del Regolamento n. 17/62, nell'ambito di procedimenti nazionali. Cfr. in generale Josephine Shaw, *The Use of Information in Competition Proceedings*, *European Law Review* n. 18, 1993.

²⁵⁴ La Corte ha ritenuto che la distinzione proposta dalla Commissione tra l'applicazione da parte delle autorità nazionali delle regole di concorrenza del Trattato e le norme nazionali sia irrilevante per quanto concerne il possibile utilizzo delle informazioni ottenute dalla Commissione ai sensi del Regolamento n. 17/62. Secondo la Corte, in entrambi i casi i procedimenti condotti dalle autorità nazionali sono diversi da quelli della Commissione, dato che in nessun caso il Regolamento n. 17/62 è applicabile ai primi, anche se si tratta dell'applicazione degli articoli 85 e/o 86. Quindi, dato il primato del diritto comunitario, l'acquisizione di informazioni da parte delle autorità nazionali è regolata dalle disposizioni del diritto nazionale, così che, anche quando le autorità nazionali applicano gli articoli 85 e/o 86 devono farlo sulla base del proprio diritto nazionale. Vedi *Banche spagnole*, cfr. nota 74, paragrafi 31-32.

²⁵⁵ In base al presupposto che le norme sulla concorrenza, sia quelle nazionali sia quelle dell'Unione Europea, si fondano sugli stessi principi, il governo spagnolo (in questo caso, interveniente) suggerì che l'articolo 20(1) del Regolamento n. 17/62 debba essere interpretato nel senso che esso consente alle autorità antitrust nazionali di utilizzare le informazioni ottenute dalla Commissione in base all'articolo 11 ai fini di qualunque procedimento in materia di concorrenza. La Corte ha invece sostenuto che l'articolo 20(1), che vieta l'uso di informazioni acquisite attraverso una richiesta di informazioni o un accertamento per uno scopo diverso da quello di tale richiesta o accertamento, preclude alle autorità nazionali di utilizzare dette informazioni sia nella fase preliminare di un'indagine sia per giustificare una decisione ai sensi delle norme a tutela della concorrenza, indipendentemente dal fatto che si tratti delle norme nazionali o di quelle comunitarie. In secondo luogo, riguardo ai diritti delle autorità nazionali a utilizzare informazioni contenute negli allegati a una notifica sul Formulario A/B, la Corte

E' interessante rilevare come, secondo il ragionamento della Corte, la restrizione di cui all'articolo 20(1) del Regolamento n. 17/62 sull'uso delle informazioni raccolte ai sensi dell'articolo 11 sia destinata a tutelare i diritti delle imprese che sono soggette alle richieste previste da tale articolo, compreso il diritto di essere informate delle basi giuridiche e dello scopo di tali richieste, come sancito dall'articolo 11(3), nonché il vincolo del segreto professionale. Benché l'articolo 10(1) preveda la trasmissione delle informazioni raccolte dalla Commissione alle autorità nazionali, l'obiettivo di questa disposizione è informare gli stati membri di qualunque procedimento della Commissione concernente imprese con sede nei loro territori e promuovere la raccolta di informazioni da parte della Commissione consentendo alle autorità nazionali di presentare osservazioni. Ma la trasmissione di tali informazioni non significa che le autorità nazionali possano utilizzarle in contrasto con il Regolamento n. 17/62 o con i diritti fondamentali delle imprese in questione.

Si fa presente che la particolare attenzione prestata dalla Corte alla salvaguardia dei diritti di tutela delle imprese oggetto di indagini nonché alla coerenza e integrità del sistema comunitario di tutela della concorrenza²⁵⁶ non basta a fornire un supporto alla conclusione della Corte, secondo la quale le indagini della Commissione circa presunte violazioni delle norme del Trattato in materia di concorrenza devono essere considerate del tutto separate da quelle svolte dalle autorità nazionali. In particolare, il parere secondo il quale l'uso delle informazioni ricevute dalla Commissione in procedimenti antitrust intrapresi dalle autorità nazionali equivarrebbe ad un "uso per altri fini", in base al disposto dell'articolo 20 del Regolamento n. 17/62, appare eccessivamente formalistico in quanto, indipendentemente da chi applichi le norme in un determinato caso, quelle

ha precisato che l'uso di tali informazioni non è disciplinato dal suddetto articolo 20(1). Ciò nondimeno, la Corte ha deliberato che la natura del meccanismo di notifica istituito dal Regolamento n. 17/62 richiede l'osservanza di vincoli analoghi da parte delle autorità nazionali. Secondo la Corte, se le autorità nazionali potessero utilizzare informazioni contenute nelle notifiche per giustificare l'imposizione di sanzioni a livello nazionale, i vantaggi della notifica alla Commissione verrebbero notevolmente ridotti. La Corte ha concluso peraltro che ciò non significa che le autorità nazionali debbano ignorare le informazioni a esse comunicate dalla Commissione. Le autorità nazionali possono tener conto delle informazioni trasmesse dalla Commissione come indizi per decidere se avviare o meno un procedimento nazionale. I fatti riportati nei documenti trasmessi dalla Commissione devono essere quindi accertati mediante gli strumenti previsti dalle leggi nazionali e nel rispetto delle forme di salvaguardia previste da tali leggi.

²⁵⁶ *Banche spagnole*, cfr. nota 74, par. 30.

informazioni vengono utilizzate allo scopo di applicare lo stesso insieme di norme (salvo quelle che disciplinano l'imposizione di sanzioni)^{257, 258}.

In particolare, la posizione della Corte in "*Banche spagnole*" sembra insostenibile in quanto appare basata, senza alcuna motivazione, sul presupposto che i sistemi nazionali di tutela della concorrenza (o alcuni di essi) assicurerebbero alle imprese coinvolte una minore salvaguardia dei diritti di difesa di quanto non faccia il sistema dell'UE. D'altro canto, è vero il contrario, e cioè che è proprio in base al principio generalmente invalso del diritto amministrativo vigente negli stati membri che il corpo

²⁵⁷ L'articolo 88 del Trattato non attribuisce alle autorità competenti degli stati membri il potere di imporre sanzioni amministrative per le violazioni degli articoli 85/86, e l'articolo 15 del Regolamento n. 17/62 conferisce detto potere unicamente alla Commissione. Pertanto, nell'ambito di una procedura in applicazione delle norme del Trattato, una autorità nazionale potrà soltanto imporre le sanzioni previste dalle norme sulla concorrenza del proprio paese. Ma questa circostanza non dovrebbe essere di ostacolo al possibile uso di informazioni ottenute da altre autorità nazionali tramite la Commissione allo scopo di applicare gli articoli 85 e/o 86. Non solo sembra giusto che un'impresa che adotta un comportamento anticoncorrenziale i cui effetti si ripercuotano prevalentemente sul territorio di uno stato membro debba poter essere multata in base alle norme nazionali dello stato in questione, ma sembra anche logico che le autorità nazionali possano aggirare un potenziale problema sollevato dalla disparità delle sanzioni nei vari ordinamenti nazionali, avviando invariabilmente le procedure di cui agli articoli 85 e 86 e attenendosi contemporaneamente alle leggi nazionali sulla concorrenza.

²⁵⁸ L'Autore concorda con la preoccupazione della Corte in *Banche spagnole* (v. nota 74 par. 51-53), secondo la quale, concedendo alle autorità nazionali la facoltà di utilizzare, al fine di appurare una violazione degli articoli 85 e/o 86 del Trattato, le informazioni desunte dalla Commissione da un Formulario A/B e a esse trasmesse, si potrebbe inficiare il beneficio dell'immunità dalle ammende che l'articolo 15(5) del Regolamento n. 17/62 concede alle parti interessate che effettuano detta notifica, e soprattutto si potrebbe scoraggiare le imprese dal notificare i propri accordi o le proprie pratiche. Tuttavia, tale potenziale problema potrebbe essere risolto nell'ambito della proposta di cooperazione tra le autorità nazionali e la Commissione per l'applicazione decentrata degli articoli 85 e/o 86, mediante un impegno vincolante delle autorità nazionali in base al quale, qualora esse ricevano tali informazioni dalla Commissione, esse osserveranno il principio dell'immunità dalle ammende contemplato dal suddetto articolo 15(5), anche se quest'ultimo, da un punto di vista tecnico, si applica soltanto alle ammende previste dall'articolo 15(2) del Regolamento n. 17/62 e imposte dalla Commissione. Questo impegno potrebbe essere ribadito nella prossima comunicazione della Commissione sull'applicazione degli articoli 85 e 86 da parte delle autorità nazionali.

D'altro canto, non v'è dubbio che in base al programma di cooperazione proposto, una autorità nazionale che, dietro richiesta, ottenga da un'altra autorità nazionale, tramite la Commissione, informazioni concernenti una presunta violazione delle norme del Trattato sulla concorrenza, potrà servirsene nei procedimenti avviati in virtù delle rispettive norme nazionali sulla concorrenza (ad esempio perché ha dovuto interrompere un'indagine prevista dagli articoli 85/86 a seguito dell'avvio di un procedimento da parte della Commissione sugli stessi accordi o comportamenti). Come ha affermato la Corte in *Banche spagnole* (par. 11), le disposizioni sostanziali delle norme sulla concorrenza sia nazionali sia dell'UE perseguono obiettivi assai diversi, in quanto quelle dell'UE sono volte a impedire limitazioni alla concorrenza il cui obiettivo o i cui effetti siano una segmentazione del mercato, mentre gli obiettivi delle norme nazionali sulla concorrenza variano da uno Stato membro all'altro; cfr. anche Walt Wilhelm, nota 88.

esistente di norme comunitarie a tutela dei diritti di difesa si è sviluppato nel tempo²⁵⁹. Inoltre, come ha sottolineato nelle sue conclusioni l'Avvocato generale Jacobs, non sembra che esista nessun principio generale ovvio, comune ai sistemi giuridici degli stati membri, né alcuna disposizione della Convenzione europea sui diritti umani e sulle libertà fondamentali che vieti o limiti questa trasmissione di informazioni tra le autorità nazionali e la Commissione²⁶⁰. Se si vuole che il contesto proposto per un'applicazione completamente decentrata delle norme del Trattato sulla concorrenza funzioni efficacemente, occorre abbandonare del tutto l'idea che l'applicazione delle norme del Trattato direttamente ad opera della Commissione sia l'unico modo per preservare il diritto durante l'intera procedura applicativa e per garantire l'integrità e la coerenza del sistema di applicazione.

(iii) Conclusioni

Un'applicazione decentrata della normativa CEE sulla concorrenza secondo la soluzione sopra esposta presenta anzitutto l'interessante vantaggio di non richiedere nessuna modifica del Trattato o del Regolamento n. 17/62. Contrariamente all'opinione largamente condivisa che sostiene vivacemente l'indispensabilità di tali emendamenti (in particolare, come viene da tempo auspicato dal Bundeskartellamt, di un emendamento del Regolamento n. 17/62 che conferisca alle autorità nazionali il potere di applicare l'articolo 85 del Trattato nella sua interezza, vale a dire compresa la concessione di un'esenzione individuale ai sensi del paragrafo 3 dello stesso articolo, senza la quale non sarebbe possibile nessun effettivo decentramento dell'applicazione delle norme CEE)²⁶¹,

²⁵⁹ Cfr. ad esempio, il caso 32/62, *Alvis*, Raccolta, 1968, n. 66 (che conferma il diritto di essere ascoltati in questioni di personale); il caso 17/74, *Transocean Marine Paint*, Raccolta, 1974 n. 1063, 1088 (che conferma che il diritto di essere ascoltati fa parte di quei diritti sanciti "dalla legge", di cui all'articolo 164 del Trattato, nei casi di concorrenza); cfr. Corte di giustizia europea tramite l'Avvocato generale Warner. Cfr. anche Jurgen Schwarze, *European Administrative Law 1371*, 1992, il quale afferma che «se si confronta la posizione [circa i diritti di difesa] nella Comunità con quella negli stati membri, risulta evidente che la tutela in base alla normativa comunitaria si discosta per certi dettagli da quella garantita negli stati membri, ma non per quanto concerne i principi sui cui si basa»; il corsivo è aggiunto dall'autore).

²⁶⁰ *Banche spagnole*, precedente nota 74, 1-4814-15.

²⁶¹ Cfr. Stockman, precedente nota 247; cfr. anche *Editorial Comments*, *Common Market Review* n. 32, 1995, in cui si afferma che la durata media del periodo di attesa per un'esenzione di cui all'articolo 85(3) è attualmente "semplicemente un vero e proprio scandalo" e si suggerisce che la concessione di un'esenzione da parte di una autorità nazionale venga inizialmente limitata a tre o quattro anni, e che gli eventuali rinnovi vengano richiesti dalla Commissione); cfr. infine Bos, nota 99.

la proposta sostenuta nel presente lavoro appare pertanto coerente con la posizione della Commissione, secondo la quale non è assolutamente necessaria nessuna modifica della ripartizione dei poteri tra le autorità nazionali e la Commissione per l'applicazione degli articoli 85(1) e (3) e 86 (in particolare perché «la concessione di una deroga al divieto di contrarre accordi restrittivi richiede una valutazione di situazioni economicamente complesse e l'esercizio di un notevole potere discrezionale, soprattutto allorquando siano coinvolti diversi obiettivi del Trattato» che «possono essere perseguiti soltanto dalla Commissione» in tal modo, estendendo il potere di esenzione alle autorità nazionali si metterebbe a repentaglio l'applicazione uniforme delle norme CEE e si creerebbero incertezze giuridiche quanto agli effetti di tali decisioni in altri stati membri)²⁶².

Tenuto conto anche degli scarsi risultati ottenuti da alcune autorità nazionali nel concedere esenzioni individuali al divieto di accordi restrittivi in base alle leggi del loro paese sulla concorrenza, si fa presente che abbinare il decentramento, secondo i criteri su esposti, alla messa a punto, da parte della Commissione, di tutta un'ampia serie di esenzioni di categoria, chiare e facili da applicare, può costituire per la Commissione stessa una soluzione immediata all'eccessivo carico di lavoro, che le consentirebbe di concentrarsi sui casi più importanti che effettivamente comportano un interesse comunitario.

²⁶² Commissione europea, Ventitreesima Relazione sulla politica della concorrenza, nota 93, par. 190.

L'APPLICAZIONE DECENTRATA DEGLI ARTICOLI 85 E 86 DEL TRATTATO CE IN ITALIA

Antonio Tizzano

1. Nella presente relazione valuterò, all'interno della generale tematica di questo Convegno, le possibilità e al tempo stesso l'opportunità di prevedere anche in Italia un'applicazione decentrata degli articoli 85 e 86 del Trattato istitutivo della Comunità Europea (CE).

Vorrei precisare in via preliminare che il tema affidatomi allude all'applicazione decentrata degli articoli 85 e 86 del Trattato CE da parte di autorità italiane diverse da quelle giurisdizionali, la cui competenza a applicare le predette disposizioni non è, nè mai è stata, contestata. Si tratta insomma, com'è chiaro, di valutare il problema con riferimento specifico all'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, per ragioni che possono facilmente intuirsi e sulle quali ritornerò più ampiamente in seguito.

Devo anche avvertire che il tema enunciato, per quanto all'apparenza ben delimitato, in realtà fa strettamente corpo con la problematica generale oggetto del presente Convegno, alla quale quindi inevitabilmente dovrò fare dei riferimenti. In principio, però, non tratterò o dedicherò solo rapidi passaggi ai numerosi aspetti del tema che hanno carattere orizzontale, e non sono quindi specifici della situazione italiana.

I

2. Proprio a conferma di quanto appena detto, non posso non esordire ricordando le ragioni per le quali il tema della presente relazione è all'ordine del giorno nel dibattito sulla revisione della nostra legislazione in materia di concorrenza, segnatamente per quanto attiene alle attribuzioni che la legge 10 ottobre 1990, n. 287, conferisce in materia all'Autorità da essa istituita.

E' ben noto che l'esigenza di quella revisione trova serie e importanti motivazioni, tanto sul versante comunitario che su quello italiano, di maggiore interesse

nel presente contesto; qualche considerazione s'impone tuttavia anche sul primo versante, date le fin troppo evidenti connessioni.

Per cominciare, ricorderò dunque, molto sinteticamente, che in questi anni, anche in ambito comunitario la materia ha subito una significativa evoluzione. Se ancora poco tempo fa lo straordinario sviluppo del processo d'integrazione europea spingeva in direzione di un forte e continuo ampliamento delle competenze comunitarie e di una rigida vocazione al monopolio dell'esercizio delle stesse da parte delle istituzioni europee, oggi la situazione è molto diversa.

Intanto, su un piano meramente pratico-organizzativo, gli indicati sviluppi hanno messo a dura prova l'efficacia operativa delle strutture comunitarie, le quali fanno fatica a tener dietro alle numerose e crescenti responsabilità che ad esse incombono. Ciò è poi ancor più vero nel settore della concorrenza, dove la vocazione centralizzatrice della Commissione ha trovato forti e serie motivazioni, in particolare per l'esigenza di assicurare l'uniformità di applicazione del diritto comunitario in una situazione che presentava seri rischi per tale uniformità a causa della diversità delle norme, delle strutture organizzative e delle prassi nazionali.

Il tentativo di mantenere in piedi una siffatta impostazione si è però scontrato nel tempo con la difficoltà di far fronte al moltiplicarsi dei casi rilevanti e alla complessità, talvolta davvero notevole, degli stessi. Né le soluzioni via via escogitate, anche per le scarse risorse della Commissione, sono riuscite a dare una risposta conclusiva al problema. I casi hanno quindi continuato ad affollarsi in modo preoccupante, con grave rischio per la stessa efficacia delle norme comunitarie della concorrenza, mentre il lodevole proposito di assicurarne il disbrigo in tempi accettabili è diventato sempre più chimerico.

Ma l'esigenza di cui facevo stato poco fa non può essere ridotta a un banale problema di carico di lavoro. Se così fosse, basterebbe incidere in questa direzione e non sarebbe impossibile programmare uno sforzo, se non risolutivo, quanto meno significativo per migliorare la situazione. O ancora si potrebbero incoraggiare, non tanto per i motivi più generali che li ispirano ma anche per mediocri questioni d'intendenza, i progetti che da varie parti e in vario modo sono stati evocati per la creazione di

un'Authority europea della concorrenza, sia essa indipendente o incardinata nella struttura comunitaria.

3. In realtà, alla base delle esigenze attuali della materia, vi sono motivazioni molto più serie e profonde.

Intanto, a spingere la Commissione a contenere la propria azione a favore delle autorità nazionali ha concorso anche l'evoluzione generale della materia. In effetti, il sistema delle regole comunitarie sulla concorrenza si è ormai consolidato in termini normativi ed organizzativi; esso è acquisito all'esperienza degli stati membri; una ricca e importante prassi si è formata; anche gli stati membri che avevano minore familiarità con le regole di concorrenza, ormai non solo hanno un corpo di norme compatibili con quelle comunitarie, ma hanno anche istituito apposite istanze destinate a svolgere sul piano nazionale un ruolo analogo a quello della Commissione (e delle corrispondenti istanze di altri stati membri).

Si può dire insomma che c'è ormai una forte omogeneità tra il sistema comunitario e quelli nazionali e tra questi stessi, al punto che non è più impossibile immaginare che si possa arrivare, alla fine, a una situazione in cui sia indifferente quale autorità intervenga.

Allo stesso tempo, si va anche diffondendo l'idea che l'efficacia, la funzionalità e la razionalità del sistema sarebbero meglio assicurate con un maggiore coinvolgimento delle autorità nazionali nell'applicazione delle regole di concorrenza, dato che ciò garantirebbe un controllo più capillare, più diretto e più "prossimo".

E ciò, del resto, in conformità ad orientamenti più generali. L'idea secondo cui le istituzioni comunitarie sono "autosufficienti" e possono quindi da sole far fronte ai loro compiti deve ritenersi superata da tempo. Più la cooperazione tra gli stati membri procede, più gli obiettivi dell'Unione oggi e della CE ieri sono realizzati, e più i sistemi degli uni e dell'altra devono integrarsi reciprocamente, in modo funzionale e tendenzialmente globale: a livello quindi non solo delle norme e dei valori giuridici rispettivi, ma anche delle strutture e degli strumenti destinati a dare loro concretezza ed operatività.

Non è infatti concepibile, oggi ancor più di ieri, che i due sistemi procedano ciascuno per suo conto, ignorando le ragioni dell'altro: al contrario, essi hanno vocazione, ciascuno nel proprio ambito e con le proprie specificità, a completarsi e anche a sostenersi a vicenda, perché sono destinati non già a coesistere e ancor meno a sovrapporsi, ma ad integrarsi.

Ciò avviene già da tempo in altri campi, nei quali il sistema comunitario delega alle strutture statali taluni compiti per i quali esso non è attrezzato o non ritiene opportuno attrezzarsi, ovvero si avvale anche di quelle strutture per meglio realizzare i compiti a esso affidati.

Ma ciò avviene anche sul piano, per avvicinarci al nostro tema, della garanzia del rispetto del diritto comunitario, che non è, e non può essere, affare esclusivo delle istituzioni comunitarie, e in particolare della Commissione o della Corte di Giustizia, ma è altresì, e sempre più diviene, questione di interesse ed azione comune con le autorità nazionali, e segnatamente (ma non solo) con i giudici nazionali.

In questa ottica, allora, si comprende come, in una corretta visione del processo comunitario, i concetti di integrazione e decentramento non siano tra loro contrapposti, ma al contrario si tengano vicendevolmente insieme. Tanto più c'è integrazione, tanto più occorre il coinvolgimento delle autorità nazionali, per rafforzare all'un tempo la democrazia, la partecipazione, le garanzie e l'efficacia del sistema. Al tempo stesso, tanto più le autorità nazionali partecipano direttamente alla realizzazione degli obiettivi e dei compiti della Comunità, tanto più esse sono vincolate nella loro azione al rispetto dei fini e delle regole del sistema, dovendo contribuire all'attuazione dei medesimi in modo unitario e coerente con i principi fondamentali dell'integrazione (primato del diritto comune, uniformità di applicazione dello stesso, parità di trattamento, ecc.).

4. Le osservazioni che precedono evocano naturalmente quella che a molti appare la motivazione principale dell'indicata inversione di tendenza della Commissione, e cioè l'affermazione del principio di sussidiarietà. E' noto infatti che, secondo un'opinione del tutto corrente, a motivare o stimolare il nuovo orientamento un ruolo di primissimo piano avrebbe giocato il ben noto principio di sussidiarietà, codificato ormai nell'articolo

3 B del Trattato CE grazie alle modifiche introdotte dal Trattato di Maastricht sull'Unione Europea²⁶³.

In effetti, il dibattito sul “decentramento” della gestione delle regole comunitarie della concorrenza si è, per così dire, incrociato negli ultimi anni, con l'esplosione della popolarità di quel principio e con la consacrazione dello stesso in un testo normativo, sicché era inevitabile, ma anche utile, agganciare i nuovi orientamenti in materia antitrust ad un principio penetrato con tanto successo nella cultura e nella normativa europea.

Non posso in questa sede approfondire le ragioni e la fondatezza di tale impostazione, ormai acquisita del resto in modo quasi irreversibile al dibattito in corso in materia. E' evidente, d'altra parte, che la sussidiarietà non poteva non operare anche in un settore, come quello della concorrenza, che, sia pure in forme molto peculiari, è oggetto di competenza concorrente tra la Comunità e gli stati membri e quindi destinato, direi naturalmente, a esserne influenzato.

Ma proprio per questo motivo si deve riconoscere che in qualche modo la sussidiarietà già operava in tale settore e che quindi si è forse determinata al riguardo come una distorsione della prospettiva. Si è, cioè, troppo spesso ritenuto che gli evocati sviluppi della materia fossero in gran parte dovuti all'improvviso successo della sussidiarietà, laddove a me sembra che le ragioni di quegli sviluppi, come in parte già si è visto, siano (per lo meno anche) altre e di varia natura; e che la sussidiarietà sia non tanto la più importante di esse, ma piuttosto l'espressione delle loro conseguenze e che essa ben si presti, “a valle“, a tutte riassumerle e in un certo senso a nobilitarle.

Se dunque la sussidiarietà viene assunta in senso generico e atecnico, essa ben esprime in modo riassuntivo l'ispirazione e la tendenza dei processi in atto. In caso diverso, la rilevata confusione della prospettiva rischia di incoraggiare alcune ambiguità

²⁶³ Tale norma, com'è noto, dispone che «la Comunità agisce nei limiti delle competenze che le sono conferite e degli obiettivi che le sono assegnati dal presente trattato./ Nei settori che non sono di sua esclusiva competenza, la Comunità interviene, secondo il principio di sussidiarietà, soltanto se e nella misura in cui gli obiettivi dell'azione prevista non possono essere sufficientemente realizzati dagli Stati membri e possono dunque, a motivo delle dimensioni o degli effetti dell'azione in questione, essere realizzati meglio a livello comunitario./ L'azione della Comunità non va al di là di quanto necessario per il raggiungimento degli obiettivi del presente trattato».

concettuali che si riflettono sulla definizione delle nozioni rilevanti e sull'inquadramento di quei processi.

In particolare, ciò va detto a proposito del ricorrente e indifferenziato riferimento alle nozioni di "decentramento decisionale" e di "sussidiarietà", nozioni che trovo accostate anche nel titolo di questa sessione del Convegno non si capisce bene se in modo complementare o alternativo.

A me pare, infatti, che le due nozioni, ove assunte in senso strettamente tecnico, debbano considerarsi tutt'altro che coincidenti. La prima evoca piuttosto l'idea di una *delega di competenze* che sono proprie dell'organo decentrante, il quale ne consente così l'esercizio da parte di altri organi, mantenendo in principio la possibilità di una revoca e quindi di una riappropriazione delle stesse. La sussidiarietà si traduce invece, allo stato e secondo comune opinione, in un *riparto di competenze* tra autorità comunitarie ed istanze nazionali, che è definito sulla base dei criteri indicati dal ricordato articolo 3 B e che opera quindi in modo oggettivo e "automatico", senza che occorra alcuna "concessione" da una parte o dall'altra: la Comunità interviene "soltanto se e nella misura in cui..."; al di là, c'è la competenza nazionale. Non è dunque che, in questo secondo caso, la Comunità *consenta* alle autorità nazionali di esercitare proprie competenze, è che essa *non ha affatto* tali competenze.

Alla luce di tali precisazioni, mi sembra che il processo di autolimitazione delle competenze comunitarie in materia di concorrenza di cui si è detto sopra, costituisca più un caso di "decentramento decisionale" che di sussidiarietà, dato che esso si è realizzato per iniziativa e volontà della Commissione e come una sorta di delega di competenze, operata nella misura, nei modi e con i limiti determinati unilateralmente dalla stessa Commissione e da essa modificabili.

5. Vedremo in seguito ulteriori riflessi di tali conclusioni. Per ora interessa ancora ricordare, sempre in via preliminare e in qualche modo a conferma di quanto precede, che per espandere l'area d'intervento delle autorità nazionali la Commissione ha fatto ricorso a taluni strumenti tecnici che sono ormai ben individuati: la cosiddetta regola "de minimis"; l'interpretazione restrittiva della nozione di pregiudizio al commercio

intracomunitario; il rilievo attribuito, sulla scorta della nota sentenza *Automec*²⁶⁴, alla sussistenza di un “sufficiente interesse comunitario“ ai fini dell’attrazione (o della permanenza) di un caso nell’area d’intervento della Commissione; e così via.

Quanto poi al modo in cui gli stati membri si organizzano per provvedere, per la parte di loro competenza, all’applicazione delle regole di concorrenza, esso è indifferente per la Comunità, purché sia assicurata l’osservanza dei principi fondamentali del sistema. Pertanto, e beninteso dal solo punto di vista del diritto comunitario, gli stati membri sono liberi, all’indicato fine e nei limiti precisati, di optare tra un sistema che faccia leva sulla sola applicazione della normativa nazionale e un sistema che autorizzi le autorità nazionali ad applicare (eventualmente anche) quella comunitaria.

Naturalmente, il confine tra le due alternative tende ad appannarsi, ma non scompare nei casi, come quello italiano, in cui la normativa nazionale in materia di concorrenza sia pienamente armonizzata o addirittura modellata su quella comunitaria. Una siffatta situazione crea infatti, con le riserve di cui diremo, un rapporto di larga fungibilità tra la mera applicazione della normativa nazionale e l’applicazione in ambito nazionale degli articoli 85 e 86 del Trattato CE.

II

6. Ciò premesso, passiamo ora a considerare la normativa italiana rilevante ai fini del nostro tema.

Come a tutti è noto, intanto, in Italia è stata compiuta, sia pur con incredibile ritardo, una scelta ineludibile per un paese ad economia di mercato e inserito in un processo d’integrazione come quello comunitario: la scelta, cioè, di darsi una normativa nazionale in materia di concorrenza e di istituire un’apposita Autorità competente ad assicurare il rispetto di tale normativa.

²⁶⁴ Cfr. sentenza 18 settembre 1992, causa T 24/90, Raccolta, II-2223. V. da ultimo anche le sentenze 24 gennaio 1995, *Benim*, causa T-5/93, Raccolta II-147, e *Tremblay*, causa T-5/93, Raccolta II-185.

Poiché non tutti i mali vengono per nuocere, l'ultratrentennale ritardo ha almeno permesso di mettere a frutto qualche insegnamento tratto dall'esperienza comunitaria e da quella di altri stati (membri e non dell'UE).

Intanto, è stata evitata una scelta imperniata sulla sola applicazione giudiziaria delle regole di concorrenza. Il ruolo dei giudici in questo settore è certo importante, così come lo è la loro cooperazione con la Commissione. Ben ha fatto quindi quest'ultima, sulla scia della nota sentenza *Delimitis*²⁶⁵, a ribadirlo e precisarlo nella Comunicazione, altrettanto nota, del 13 febbraio 1993²⁶⁶, volta appunto a migliorare i termini di quella cooperazione e a incoraggiare le giurisdizioni nazionali a una più diffusa applicazione delle regole comunitarie di concorrenza.

Ma una scelta esclusivamente giurisdizionale non rappresenta in questa materia una soluzione soddisfacente ed efficace. Secondo una diffusa e convincente opinione, infatti, da un lato la specificità e il tecnicismo della materia non si prestano a un giudizio che non sia filtrato da indagini e analisi di organi specializzati e adeguatamente attrezzati; dall'altro, non si può contare solo sulla vocazione litigiosa delle parti o pretendere che ogni questione di applicazione delle norme sulla concorrenza sia decisa da istanze giudiziarie.

Da qui, dunque, l'opportunità e l'esigenza della creazione di autorità amministrative preposte alla tutela della concorrenza e dotate degli appropriati strumenti di indagine e di valutazione, nonché del necessario supporto normativo.

Per quanto riguarda l'Italia, ciò è avvenuto per l'appunto con la ricordata legge n. 287/90, che ha istituito l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato in termini che hanno messo a frutto, come si è detto, le altrui esperienze.

Ciò è vero anzitutto, sul piano organizzativo, dato che si è evitato di creare un sistema troppo burocratizzato o, per altro verso, politicizzato, e si sono previsti criteri e

²⁶⁵ Vedi sentenza 28 febbraio 1991, causa C-234/89, Raccolta, I-935.

²⁶⁶ Cfr. GUCE C 39 del 13.2.1993, p. 6.

modalità di nomina e meccanismi organizzativi suscettibili di garantire l'indipendenza e l'imparzialità dell'organo.

Ma ciò è vero, in parte, anche quanto alle competenze dell'Autorità, che sono state definite in modo molto peculiare, ma anche con qualche incertezza, tant'è che se ne annuncia, per giunta in tempi brevi, una sostanziale modifica. Conviene comunque esaminare più da vicino il sistema istituito al riguardo dalla legge n. 287/90 e i suoi sviluppi attuali o potenziali.

7. Com'è noto, l'articolo 1, par. 1, di quella legge individua il campo d'intervento dell'Autorità con riferimento «alle intese, agli abusi di posizione dominante e alle concentrazioni di imprese che non ricadono nell'ambito di applicazione» degli articoli 85 e 86 del Trattato CE, «dei regolamenti...o di atti comunitari con efficacia normativa equiparata». Il quarto comma della medesima disposizione sancisce, a sua volta, che "l'interpretazione delle norme contenute nel presente titolo è effettuata in base ai principi dell'ordinamento delle Comunità Europee in materia di disciplina della concorrenza". Gli articoli successivi definiscono poi le indicate fattispecie in termini quasi identici a quelli delle corrispondenti disposizioni comunitarie, anche se, naturalmente, la rilevanza delle medesime è riferita al mercato nazionale, anziché a quello "comune".

In linea di principio, dunque, la competenza dell'Autorità viene limitata dalla legge alle operazioni che presentino mera rilevanza nazionale e comunque siano sottratte alla competenza comunitaria.

In questo ambito, l'Autorità non è istituita per fungere, e in effetti non funge, da "braccio" italiano della Commissione. Essa ha una propria autonoma ed esclusiva competenza, anche se questa di fatto (oltre che in virtù dell'articolo 1) si svolge in modo funzionale e complementare a quella comunitaria. Si potrebbe in un certo senso parlare, al riguardo, di una sorta di sussidiarietà rovesciata: competenza nazionale solo se non sussiste quella comunitaria.

Ma il problema che si è posto in materia, e che interessa in questa sede, è ovviamente un altro e si ricollega al discorso avviato in precedenza a proposito degli sviluppi recenti della materia. Si tratta cioè di stabilire se sia possibile per l'Autorità,

beninteso nei limiti consentiti dal diritto comunitario, estendere la propria sfera d'azione al di là dell'ambito appena indicato, e, in particolare, se a questo risultato essa possa pervenire facendo direttamente applicazione delle disposizioni comunitarie sulla concorrenza.

A quest'ultimo proposito, ho già ricordato che il diritto comunitario non pone preclusioni di principio. La scelta di rendere le autorità nazionali competenti ad applicare solo il diritto nazionale o *anche e direttamente* quello comunitario, non ha nulla di ontologico, né è condizionata da limiti teorici. Essa dipende dagli indirizzi decisi dal legislatore nazionale, il quale naturalmente, se vuole optare per la seconda alternativa, deve attribuire alla propria autorità antitrust la competenza ad applicare gli articoli 85 e 86 del Trattato CE.

Come si è detto, però, la legge n. 287/90 non contempla tale possibilità; semmai a prima vista sembra deporre in senso addirittura contrario. In compenso, essa contiene norme armonizzate, e anzi modellate, su quelle comunitarie, perchè riprendono quasi alla lettera i ricordati articoli 85 e 86, così come contiene l'importante principio interpretativo enunciato dal menzionato quarto comma dell'articolo 1.

Quali siano le ragioni di tale scelta non è dato qui approfondire. E' però difficile negare che la forte carica innovativa del sistema che istituiva per la prima volta nel nostro Paese un'apposita disciplina per la concorrenza e un'istanza indipendente deputata alla sua gestione, come pure il minor rilievo che all'epoca presentava la questione del decentramento delle competenze comunitarie in materia, abbiano giocato un ruolo di primo piano nell'orientare le scelte del legislatore. Questo si è quindi volto verso una via intermedia tra gli stati membri che avevano preferito risolvere il problema affidando alle proprie autorità il compito di applicare (anche) le norme comunitarie sulla concorrenza e quelli che avevano invece scelto di attribuire a dette autorità competenza ad applicare con ampiezza le pertinenti disposizioni nazionali, ancorché non armonizzate.

In questo senso, il sistema italiano presenta una peculiarità assoluta, perché se da un lato non autorizza l'applicazione delle norme comunitarie antitrust, al tempo stesso fa di tutto per evitare di mettere in crisi il principio dell'applicazione uniforme del diritto

comunitario, che solitamente è minacciato per l'appunto dagli spazi lasciati all'operatività delle disposizioni nazionali.

8. Ciò posto, resta da stabilire quali margini d'azione un siffatto sistema lasci all'Autorità e, più in generale, se esso sia soddisfacente e adeguato alle necessità di un'efficace azione italiana e comunitaria nel settore, soprattutto alla luce degli sviluppi cui si è fatto più volte riferimento.

Una parte della dottrina, credo più per fare di necessità virtù che per reale convinzione, ha dato una risposta positiva all'interrogativo. Si sostiene in particolare che, date le indicate caratteristiche del sistema italiano, non dovrebbero porsi problemi nel definire lo spazio di operatività rispettivo delle disposizioni comunitarie e di quelle nazionali, in quanto queste ultime sono una mera trasposizione interna delle prime e quindi avrebbero un ruolo sussidiario rispetto a quelle del Trattato di Roma.

L'Autorità potrebbe quindi assicurare il rispetto degli obiettivi del Trattato CE applicando la normativa nazionale, senza dover ricorrere all'applicazione diretta degli articoli 85 e 86 del Trattato. Questa è prevista in altri sistemi al fine di eliminare o ridurre le disparità di trattamento tra situazioni analoghe all'interno del mercato comune, ma non avrebbe alcuna utilità pratica in un ordinamento, come quello italiano, che ha introdotto norme corrispondenti a quelle comunitarie.

Tutto questo è vero, ma non mi pare risolva il problema prospettato; al contrario, mantenendo il discorso su un piano puramente formale e normativo, rischia addirittura di portare, paradossalmente rispetto alle intenzioni, a una lettura in negativo delle ricordate disposizioni della legge n. 287/90.

Intanto, non è affatto chiaro, in tale interpretazione, se e su quali basi sia possibile estendere l'ambito d'azione dell'Autorità. E' bensì vero, infatti, che le norme della legge n. 287/90 non sono in contraddizione con quelle comunitarie, ma poiché diversi sono gli ambiti formali di riferimento, le prime resterebbero pur sempre confinate alle mere ipotesi di rilevanza nazionale, e quindi sarebbero alternative rispetto alle altre.

D'altra parte, non è per niente indifferente stabilire se l'Autorità operi sulla base dell'uno o dell'altro complesso normativo, a meno che non si vogliano ignorare o minimizzare la distinzione tra i rispettivi ambiti di riferimento e le sostanziali differenze che intercorrono tra la normativa comunitaria e quella nazionale.

E' vero, infatti, che l'omogeneità della disciplina consente di evitare divaricazioni nell'esercizio delle competenze proprie di ciascuna autorità, soprattutto quanto alla *policy* delle medesime in materia di concorrenza. Ma per quanto tendano ad attenuarsi e nella prassi non sempre emergano in modo vistoso, le differenze tra i due sistemi normativi sussistono e per aspetti non marginali, dato che, anche a voler tacere la ben diversa forza giuridica di tali sistemi, esse attengono addirittura alle finalità e all'oggetto dello scrutinio svolto dalla Commissione e dall'Autorità.

Com'è noto, infatti, l'obiettivo delle disposizioni nazionali è di vietare atti che restringono la concorrenza sul mercato nazionale, al fine di garantire condizioni di concorrenza all'interno di tale mercato, mentre in ambito comunitario lo scopo perseguito è non solo la tutela del mercato, ma anche e più in generale l'integrazione dei mercati nazionali tra loro, al fine di giungere a un mercato unico. Conseguentemente, il presupposto per l'applicazione del diritto comunitario è il pregiudizio al commercio tra stati membri, mentre l'orizzonte delle norme italiane resta l'incidenza sul mercato italiano²⁶⁷. Valga, per tutti, l'esempio delle intese verticali, che sembrano ricevere dall'Autorità un trattamento più favorevole che in sede comunitaria, proprio perché considerate in un'ottica strettamente concorrenziale e non come eventuali strumenti di segmentazione dei mercati nazionali.

Il che conferma, tra l'altro, che non può neppure escludersi che l'Autorità sviluppi, con la maturazione di una più consistente esperienza, prassi diverse da quella della Commissione, sia pure entro i limiti definiti dall'articolo 1, par. 4.

²⁶⁷ E' ben noto infatti che la ripartizione delle competenze in questione è collegata essenzialmente all'esistenza di un pregiudizio al commercio tra gli stati membri: la Commissione interviene, in applicazione degli articoli 85 e 86 del Trattato CE, nei casi in cui l'intesa o l'abuso di una posizione dominante possa incidere sugli scambi intracomunitari. In materia di controllo delle concentrazioni, il criterio è sostanzialmente identico, ma esso è, per così dire, quantificato, nel senso che la competenza comunitaria sussiste solo per le operazioni che raggiungano una certa dimensione, assunta per definizione come soglia di rilevanza comunitaria della concentrazione.

9. Ciò detto, a me sembra però che, anche nel contesto normativo attuale, a me sembra però che si possa affermare una forma di coordinamento *in positivo* tra le due competenze in causa, che giustifichi in modo più convincente la possibilità di quell'estensione delle competenze dell'Autorità, che si è del resto già affermata nella prassi.

E' in effetti ormai pacifico che, sebbene il dettato del citato articolo 1 della legge n. 287/90 ne definisca la competenza in negativo, apparentemente limitandola alle fattispecie di esclusiva rilevanza interna, l'Autorità garante sempre più interviene, senza che ciò sia contestato, anche nelle ipotesi che potremmo definire miste, nelle ipotesi cioè in cui, ancorché l'effetto dell'operazione non si esaurisca completamente in ambito italiano, appaia tuttavia prevalente l'impatto nazionale della stessa. E ciò, beninteso, almeno se e fino a quando la Commissione non abbia iniziato una propria procedura²⁶⁸.

Per giustificare e favorire tali sviluppi, a mio avviso, non ci si può fermare ai dati normativi, che, come ho detto, deporrebbero semmai in senso contrario. Occorre invece far leva su motivazioni di carattere sistematico e, in particolare, superare la tendenza a una lettura "separata" delle disposizioni rilevanti: la tendenza cioè a considerare la normativa comunitaria e quella nazionale in esame come avulse l'una dall'altra, e destinate ciascuna a operare nel proprio specifico ambito di riferimento, senza alcun raccordo sistematico.

Una siffatta prospettiva è già smentita, come ho appena ricordato, dalla prassi. Ma è in realtà tutto il sistema che depone in senso contrario. Con il suo estendere i confini della competenza dell'Autorità *fin là e proprio dove finisce (in concreto)* quella della Comunità, la legge n. 287/90 dimostra di voler non tanto tracciare una rigida delimitazione tra due sistemi, quanto definire i rapporti tra due sfere di competenze interdipendenti e coordinate, nel senso che, almeno tendenzialmente, nelle aree di interferenza l'una sarà esercitata sul presupposto che non lo sia l'altra e viceversa.

²⁶⁸ Un'indiretta conferma della possibilità indicata nel testo viene del resto, com'è noto, dall'articolo 1, par. 3, della legge n. 287/90, secondo cui «per le fattispecie in relazione alle quali risulti già iniziata una procedura presso la Commissione..., l'Autorità sospende l'istruttoria, salvo che per gli eventuali aspetti di esclusiva rilevanza nazionale».

In questa ottica, si può anche superare una certa ambiguità dei testi, specie quanto al modo di definire le attribuzioni dell'Autorità. La formulazione negativa dell'articolo 1, par. 1, che pare voler impropriamente segnare una linea al tempo stesso di demarcazione e di contenimento di quelle attribuzioni, può invero spiegarsi, nell'indicata prospettiva dell'integrazione tra sistemi, come volta a fissare un mero criterio di coordinamento delle competenze in causa: *essa serve cioè solo a chiarire che, nelle aree indicate, la competenza comunitaria è prevalente e quindi preclude, se azionata, l'esercizio di quella nazionale, mentre non vale il contrario*²⁶⁹.

Va ancora aggiunto che il modo di funzionare di tale raccordo non è indifferente al diritto comunitario. E' certo vero che nei casi di competenza mista, ove la Commissione non intervenga, è lasciato campo libero alle autorità nazionali. Il fatto tuttavia che, per carenza o insufficienza di interesse comunitario e per l'impatto prevalentemente nazionale del caso, la Commissione si astenga dall'intervenire, pur in presenza di un pregiudizio agli scambi, non significa che essa si disinteressi della regolamentazione della materia e che vengano meno le esigenze del rispetto e dell'uniforme applicazione delle regole di concorrenza. Si deve al contrario supporre che se in un caso determinato la Commissione (e per essa il diritto comunitario) si ritrae, ciò avviene sul presupposto che quelle esigenze possano essere rispettate, e siano fatte in concreto rispettare, dalle autorità nazionali, essendo sempre possibile, in caso diverso, la riappropriazione delle competenze "liberate".

Si può dire, in altri termini, che tali autorità nazionali, sia pur sulla base delle specifiche attribuzioni a esse conferite dal diritto nazionale, esercitano una sorta di competenza comunitaria delegata e devono quindi farlo in coerenza con i principi ispiratori di tale competenza: ciò a maggior ragione se la normativa nazionale espressamente dispone in tal senso.

²⁶⁹ Si vuol dire, in altri termini, che quando una fattispecie ha rilevanza tanto comunitaria quanto interna, la competenza comunitaria resta prevalente, ma quella delle autorità nazionali non ne risulta interamente assorbita e anzi riemerge, se non interviene la Comunità. E' noto del resto che, ai sensi dell'articolo 88 del Trattato CE e dell'articolo 9, par. 3, del Regolamento n. 17/62, le autorità nazionali possono intervenire, a titolo della competenza a esse attribuita dal diritto interno, fino a quando la Commissione non decida di iniziare essa stessa una procedura.

Ciò detto, è indubbio che nelle ipotesi considerate l'Autorità garante opererà non già direttamente in virtù degli articoli 85 e 86 CE, ma in virtù delle competenze a essa attribuite dagli articoli 2 e 3 della legge n. 287/90. E tuttavia, in quanto queste ultime disposizioni vengano applicate a intese anche di rilevanza comunitaria, esse non potranno non esserlo secondo i principi cui rinvia l'articolo 1, par. 4: principi che non sono solo quelli materiali in tema di concorrenza, ma anche quelli sul primato del diritto comunitario, in quanto volti a garantire che quest'ultimo si applichi in modo uniforme negli stati membri. Sicché l'Autorità garante pur applicando gli articoli 2 e 3 della legge n. 287/90 non potrebbe non dare a tale disposizione la portata dell'articolo 1 paragrafo 4 vuole che sia ad esse attribuita perché sia pienamente assicurato il rispetto dei principi del diritto comunitario.

Per le ipotesi considerate, quindi, l'Autorità potrà fare applicazione degli articoli 2 e 3 della legge n. 287/90 *come se questi incorporassero le corrispondenti disposizioni comunitarie e i principi a queste sottesi*, e dunque farne applicazione in modo che il diritto comunitario sia attuato *così come esso realmente vuole essere attuato*.

Il fatto che l'articolo 1, par. 4, sembri esprimere un principio interpretativo piuttosto che un principio formale sulla gerarchia delle fonti, non toglie che esso, combinato con i principi generali (comunitari e nazionali) sui rapporti tra i due ordinamenti, possa fungere da fondamento almeno per operazioni interpretative ("disapplicazione", gioco del principio di specialità, ecc.) volte in direzione dell'indicato risultato.

III

10. La prospettata ricostruzione dei rapporti tra le sfere di azione della Commissione e dell'Autorità segna probabilmente il limite di elasticità del sistema definito dalla legge n. 287/90. Non è poco, ma non mi sembra possa essere tutto, dato che si resta pur sempre nell'ambito di un'operazione interpretativa innestata su un sistema che, in principio, esclude l'applicazione diretta degli articoli 85 e 86 CE da parte dell'Autorità.

Per quanto quindi si voglia insistere nell'indicata direzione, taluni limiti non sono superabili, o possono esserlo solo con artifici dialettici di corto respiro. Basti solo

pensare al fatto che, potendo l'Autorità operare formalmente solo sulla base degli articoli 2 e 3 della legge n. 287/90, e cioè sulla base di disposizioni aventi l'efficacia e la portata di una legge ordinaria, essa non può giovare della particolare forza che l'ordinamento italiano, in linea con i principi del diritto comunitario, riconosce ormai alle disposizioni di quest'ultimo. Il che non è senza conseguenze, ad esempio, allorché si tratta di intervenire su situazioni oggetto di regolamentazioni pubbliche che presentino dubbia compatibilità con i principi della materia e che, ove fosse possibile valersi degli articoli 85 e 86 del Trattato CE, potrebbero essere "disapplicate" dalla stessa Autorità.

Ma più in generale la situazione attuale non pare in grado di reggere alla lunga alla più volte segnalata tendenza, già in atto ma destinata a sviluppi ancor più consistenti, ad attuare forme di decentramento decisionale a favore delle autorità nazionali.

Vorrei anche notare che le ragioni a suo tempo evocate per spiegare la limitazione posta alle competenze dell'autorità italiana appaiono oggi sempre meno giustificate: vuoi perché, pur pagando lo scotto dell'inesperienza, il sistema ha dato nel complesso buona prova di sé e comunque non può sottostare alla regola degli "esami che non finiscono mai" (se non nel concreto esercizio delle sue attribuzioni); vuoi perché la vocazione centralizzatrice della Commissione, come ho detto ripetutamente, si va modificando, se non traducendosi nel suo rovescio.

Pare dunque venuto il momento di attribuire formalmente all'Autorità competenza diretta per l'applicazione degli articoli 85 e 86 CE. Di tale esigenza, del resto, si è fatto interprete lo stesso Governo italiano, con il disegno di "Legge comunitaria per il 1994", presentato nel gennaio 1995 e destinato, ove approvato, a incidere in modo sostanziale sulla materia.

A dire il vero, per quanto se ne possano comprendere le ragioni, le modalità prescelte lasciano non poco perplessi. L'idea di procedere alle segnalate innovazioni utilizzando una legge che ha istituzionalmente tutt'altro oggetto, se non costituisce una novità nella redazione di quei confusi contenitori che stanno diventando le "leggi comunitarie", non si raccomanda certo come scelta di chiarezza e trasparenza per una materia così delicata e sensibile. Un provvedimento *ad hoc* avrebbe certo eliminato ogni

parvenza di clandestinità alle progettate modifiche e stimolato quell'ampio dibattito e quell'approfondita riflessione, in Italia e fuori, che innovazioni siffatte meritano.

Invece, sotto una modesta rubrica ("Cooperazione con la Commissione delle Comunità europee in materia di concorrenza"), l'articolo 41 del predetto ddl propone innovazioni importanti nella materia in esame, anche per profili che vanno al di là di quello che qui più direttamente interessa, seppure a esso non estranei e in qualche modo complementari. Anzi, all'apparenza esso sembra piuttosto dedicato a questi profili e solo all'ultimo paragrafo (5) lascia cadere l'innovazione di cui ora discutiamo.

Nei paragrafi precedenti, infatti, l'articolo 41 organizza le competenze dell'Autorità destinate a fare di questa il braccio esecutivo della Commissione nell'applicazione delle regole comunitarie di concorrenza: esecuzione degli accertamenti richiesti dalla Commissione, assistenza agli agenti di questa, e così via. Nel paragrafo 5, invece, è la competenza sostanziale dell'Autorità che viene ampliata con l'attribuzione del potere di applicare direttamente gli articoli 85 e 86, secondo le procedure e le modalità previste per l'esercizio delle altre competenze dell'Autorità e con l'obbligo di informarne la Commissione, nonchè di sospendere il procedimento ove questa ne inizi a sua volta uno rispetto alla medesima fattispecie.

In entrambi i casi, come si vede, le innovazioni si ispirano ad una medesima logica, che è quella di predisporre gli strumenti per il decentramento: in un caso, perchè l'Autorità possa dare un contributo indiretto all'applicazione delle regole comunitarie di concorrenza coadiuvando la Commissione nell'esercizio delle competenze di questa; nell'altro, perchè il contributo sia diretto, con l'applicazione di quelle regole da parte della stessa Autorità.

Le differenze rispetto alla situazione attuale, quale effettivamente si è venuta evolvendo, non sarebbero, ripeto, radicali, ma il quadro giuridico ne guadagnerebbe in chiarezza e i potenziali sviluppi della materia avrebbero una più solida base normativa.

Quanto al profilo formale e definitorio, avremmo qui un'ipotesi di decentramento decisionale, visto che è la Commissione a lasciare il campo libero all'Autorità astenendosi

dall'intervenire; mentre nei casi di applicazione degli articoli 2 e 3 della legge n. 287/90, saremmo in presenza, come ho detto, di una sussidiarietà rovesciata.

11. Venendo a una valutazione della proposta innovazione, ricorderò anzitutto che, dal punto di vista dell'ordinamento comunitario, non sussistono preclusioni di principio alla soluzione delineata nel ddl.

Alcune condizioni di base, che attengono alla struttura stessa del sistema e ai suoi principi fondamentali, devono tuttavia essere assicurate e sono state più volte indicate dalla stessa Commissione. Si tratta, per l'essenziale, di garantire l'efficacia ("effectiveness") del diritto comunitario della concorrenza, di salvaguardarne la supremazia e l'applicazione uniforme (specie preservando la competenza esclusiva della Commissione nell'applicazione dell'articolo 85.3 del Trattato) e di assicurare un'adeguata tutela dei soggetti nelle procedure antitrust.

Nessuna di queste condizioni rappresenta, evidentemente, una specificità del caso italiano; esse valgono allo stesso modo per tutte le ipotesi in cui le autorità nazionali facciano applicazione delle regole comunitarie della concorrenza. Non intendo quindi invadere il campo delle relazioni "orizzontali" presentate in questo Convegno svolgendo un'analisi ampia e approfondita al riguardo, come pure la materia richiederebbe. Mi limiterò invece a esaminarne gli aspetti che possono presentarsi con una propria peculiarità nel caso italiano.

In effetti, considerato che il principio del primato del diritto comunitario e dell'uniformità della sua applicazione sono fuori discussione e che del pari lo è, allo stato, quello del monopolio dell'applicazione dell'articolo 85.3 da parte della Commissione (che pure, come vedremo, comporta degli inconvenienti, ma non in termini specifici per l'Italia), mi sembra che ai fini indicati meritino attenzione essenzialmente le condizioni attinenti all'efficacia del sistema istituito dall'ordinamento italiano e all'adeguatezza della tutela offerta ai privati rispetto alle procedure antitrust.

Per il primo aspetto, va precisato che la condizione deve considerarsi rispettata non solo quando il diritto dello stato attribuisca all'autorità nazionale antitrust

competenza ad applicare la pertinente normativa comunitaria, ma anche quando a tale previsione si accompagni un efficace sistema istruttorio e sanzionatorio.

Questo non significa, ovviamente, che l'Autorità debba essere dotata di poteri identici a quelli della Commissione, ma che tali poteri appaiano specificamente adeguati allo scopo perseguito. Ora, se si considerano le caratteristiche del sistema istituito per l'applicazione degli articoli 2 e 3 della legge n. 287/90, si può ritenere che le garanzie offerte al riguardo siano equivalenti a quelle del sistema comunitario e che quindi sia sufficiente assicurare (come fa del resto il menzionato ddl) che esse saranno mantenute anche per l'applicazione degli articoli 85 e 86 del Trattato CE. Non va dimenticato, d'altra parte, che il sistema italiano è stato organizzato dal legislatore, e si è evoluto nella prassi, in funzione della realizzazione di disposizioni (gli articoli 2 e 3 della legge n. 287/90) dal contenuto materiale del tutto analogo a quello degli articoli 85 e 86.

Basta comunque ricordarne molto rapidamente gli aspetti principali per cogliere subito l'idoneità del sistema istruttorio e sanzionatorio disposto dalla legge n. 287/90 a garantire l'effetto utile delle regole comunitarie di concorrenza; e ciò anche a non voler tener conto del rafforzamento che ne viene prospettato nel citato ddl.

Intanto, quanto all'attività istruttoria, mi sembrano indubbiamente incisivi gli strumenti predisposti dall'articolo 14 della legge in discorso e dalle disposizioni del DPR 10 settembre 1991, n. 461. Viene infatti prevista la possibilità tanto di controlli documentali quanto di controlli di tipo ispettivo. I primi si concretano per l'essenziale nella possibilità per l'Autorità di richiedere informazioni a chiunque ne sia in possesso (articolo 14.5 della legge n. 287/90; articolo 4 del DPR n. 461/91); i secondi consentono all'Autorità di disporre ispezioni "presso chiunque sia ritenuto in possesso di documenti aziendali utili ai fini dell'istruttoria".

Lo stesso può dirsi per la potestà sanzionatoria, che fa leva, com'è noto, sulla previsione di sanzioni amministrative pecuniarie e quindi su sanzioni particolarmente incisive dal punto di vista delle imprese, specie in rapporto ad altre possibili tipologie d'intervento.

Vengono previste, a questo proposito, anzitutto sanzioni volte a colpire direttamente l'illiceità del comportamento anticoncorrenziale. Esse affiancano gli ordinari poteri di diffida e possono essere inflitte ogni qual volta la violazione rivesta un carattere di gravità: come accade nel caso delle infrazioni gravi in materia di intese e di abuso di posizione dominante (articolo 15, comma 1).

In secondo luogo, si contemplan sanzioni di carattere per così dire strumentale, in quanto volte a garantire l'ottemperanza dei provvedimenti ovvero ad assicurare l'acquisizione di informazioni e dati necessari all'attività di controllo. Si tratta in particolare delle sanzioni previste per i casi di inottemperanza alle diffide relative alle intese e agli abusi (articolo 15, comma 2) o di inosservanza dell'obbligo di fornire le informazioni o esibire i documenti richiesti dall'Autorità nel corso dell'attività istruttoria (articolo 14, comma 5).

Quanto poi all'aspetto per così dire speculare rispetto a quello finora considerato, e cioè la sussistenza di adeguate forme di tutela dei privati e di garanzia del rispetto del loro diritto di difesa, mi sembra che ancora una volta il sistema italiano presenti un quadro soddisfacente.

Intanto, in sede amministrativa, e segnatamente di fronte all'Autorità, le garanzie previste per la tutela dei diritti delle parti sembrano ampiamente sufficienti, anche grazie alla prassi applicativa dell'Autorità: questa ha l'obbligo di comunicare i provvedimenti di avvio e d'istruttoria; i procedimenti si svolgono in contraddittorio; le parti hanno il diritto di accedere al fascicolo tenuto dall'Autorità, di essere sentite, di presentare memorie, deduzioni e documenti, ecc..

Quanto alla tutela giurisdizionale, va richiamata anzitutto in proposito la ben nota giurisprudenza della Corte di Giustizia, elaborata e precisata nel corso degli anni e tuttora però in via di affinamento, che ha delineato le condizioni di base perché la tutela, in sede nazionale, delle situazioni giuridiche dei privati fondate sul diritto comunitario possa considerarsi conforme alle pretese di quest'ultimo.

In estrema sintesi e molto schematicamente ricorderò che, secondo tale giurisprudenza, in mancanza di una specifica disciplina comunitaria spetta

all'ordinamento degli stati membri designare il giudice competente e stabilire la modalità procedurali delle azioni giudiziali intese a garantire la tutela dei diritti spettanti ai singoli in forza delle norme comunitarie aventi efficacia diretta²⁷⁰. Tuttavia, la libertà degli stati membri non è senza limiti a questo riguardo, perchè essi «sono tenuti a garantire, in ogni caso, la tutela effettiva di detti diritti»²⁷¹.

In particolare, le condizioni formali e sostanziali di tutela di una situazione soggettiva che scaturisce dal diritto comunitario non possono essere meno favorevoli di quelle previste per analoghe azioni di carattere interno; ed in ogni caso, le modalità procedurali fissate dall'ordinamento nazionale non devono condurre «a rendere praticamente impossibile l'esercizio dei diritti che i giudici nazionali hanno l'obbligo di tutelare»²⁷².

Venendo al sistema italiano, basterà ricordare che la legge n. 287/90 prevede un'apposita disposizione (articolo 33) per assicurare la tutela giudiziaria delle situazioni giuridiche interessate da operazioni contemplate dalla legge o dai provvedimenti dell'Autorità; e che i termini di tale tutela mi sembrano adeguati alla straordinaria rilevanza degli interessi economici in causa.

Semmai si potrebbe forse cogliere l'occasione delle annunciate innovazioni per migliorare ulteriormente l'impianto attuale del sistema, che ha evidenziato nella prassi qualche difficoltà di funzionamento. Alludo, in particolare, al problema dell'individuazione di criteri più certi di riparto di giurisdizione fra giudice amministrativo e giudice ordinario, dato che quelli ora contemplati, anche per qualche eccesso di slancio interpretativo, hanno dato luogo a interferenze e contrasti, che per il futuro sarebbe preferibile scongiurare.

Ciò detto, va in proposito sottolineato un altro punto, che non attiene direttamente al tema in esame, ma che viene in qualche modo enfatizzato da quanto si è

²⁷⁰ Sentenza 16 dicembre 1976, causa 33/76, *Rewe*, Raccolta, 1989.

²⁷¹ Sentenza 9 luglio 1985, causa 179/84, *Bozzetti*, Raccolta, 2317.

²⁷² Vedi ancora sentenza *Rewe*, nonché sentenza 8 novembre 1983, causa 199/82, *San Giorgio*, Raccolta 3612. Sul punto, mi permetto rinviare in termini generali e anche per più ampie indicazioni, al mio lavoro *La tutela dei privati nei confronti degli Stati membri dell'Unione Europea*, in *Foro it.*, 1995, IV, pp. 13 ss.

venuto fin qui dicendo. Considerato infatti che l'ampliamento delle competenze delle autorità nazionali può favorire uno sviluppo di casi suscettibili di cadere sotto la giurisdizione dell'uno o dell'altro stato membro, non pare inopportuno auspicare anche nel settore della concorrenza la fissazione, sul modello di quanto è stato fatto in materia di appalti pubblici con le cosiddette "direttive ricorsi"²⁷³, di alcuni principi di base che assicurino una certa omogeneità tra gli stati membri quanto alle ipotesi e alle condizioni di tutela dei soggetti interessati, in modo da evitare eccessive disparità tra il regime comunitario e quello degli stati membri o tra i sistemi degli stati membri e anche, all'interno di questi, tra intese di rilevanza comunitaria e non.

12. Come accennato nel paragrafo precedente, lo sviluppo del processo di decentramento decisionale nel settore dell'antitrust comunitaria, se va incontro a esigenze ormai mature, si presta per altro verso a sollevare problemi di coordinamento tra i sistemi normativi in causa, la cui mancata soluzione rischia di vanificare l'utilità stessa del processo.

Il pensiero corre subito, a questo proposito, alla riserva di competenza che la Commissione mantiene in ordine all'applicazione dell'articolo 85.3 del Trattato. Com'è noto, tale disposizione gioca un ruolo fondamentale per la definizione della politica comunitaria di concorrenza nel contesto degli obiettivi del Trattato, e questo spiega la necessità di assicurare, con l'esercizio centralizzato del potere derogatorio, un'uniformità di giudizio.

Al tempo stesso, e proprio per questo motivo, la disposizione rappresenta il principale ostacolo alla realizzazione di un'autentica ed efficace politica di decentralizzazione, dato che ancor oggi, a causa di tale riserva, non vi è alcuna garanzia per i soggetti interessati in ordine alla piena validità dell'operazione.

In tali condizioni, la sicurezza giuridica delle imprese, che proprio l'esenzione dovrebbe garantire, viene meno. Non solo, ma la decentralizzazione viene in gran parte vanificata, perchè le imprese saranno indotte a notificare alla Commissione anche intese

²⁷³ Cfr. Direttive 21 dicembre 1989, 89/665/CEE (GUCE 30.12.1989, L 395/33); 25 febbraio 1992, 92/13/CEE (GUCE 23.3.1992, L 76/14).

di impatto nazionale al fine di ottenere un'esenzione "sicura" o di essere rinviate alle autorità nazionali con la certezza, a quel punto, di non correre più rischi sul piano comunitario, col risultato che alle autorità nazionali, in definitiva, i casi sarebbero sottoposti solo su denuncia, non attraverso notifiche!

Ma non mi dilungo su questo punto, perché si tratta di un aspetto ricorrente in tutte le analisi della materia e non è il caso quindi di concorrere alle ripetizioni. Noterò solo che non mancano proposte più o meno ingegnose e suggestive per contenere gli effetti negativi del segnalato monopolio, ma che è altresì diffusa l'esigenza che, se un contenimento deve essere posto per taluni casi a quel monopolio, esso sia definito con la massima chiarezza, se non in via normativa.

13. Ma vorrei ricordare ancora che quello appena esaminato non è l'unico ostacolo alla decentralizzazione.

Altri attendono alla realizzazione di un'efficace ed effettiva collaborazione tra la Commissione e le autorità nazionali. Già oggi vi sono per la verità, da entrambi i versanti, vincoli normativi in questa direzione, nonché una serie di strumenti giuridici e meccanismi operativi, per giunta sperimentati, che consentono di agevolare la cooperazione tra le due istanze. Lo sviluppo della decentralizzazione potrebbe peraltro far apparire inadeguati quei meccanismi, o comunque suscitare ulteriori esigenze; conviene quindi, anche a questo proposito, predisporre per tempo i necessari perfezionamenti, come del resto risulta si stia meditando in ambito sia comunitario che nazionale.

Ancor più complessi sono poi i problemi che una crescente decentralizzazione può determinare nei rapporti tra autorità nazionali antitrust, in quanto potenzialmente competenti ad applicare il proprio diritto nazionale, ma ancor più gli articoli 85 e 86 del Trattato CE, alle medesime fattispecie. Al riguardo, posso solo limitarmi in questa sede a segnalare che col tempo si riveleranno sempre più necessarie quanto meno:

- una qualche formalizzazione delle regole di ripartizione delle competenze, e soprattutto di soluzione di eventuali conflitti tra queste;

- la definizione di meccanismi idonei a rendere efficaci le procedure (scambio di informazioni, trasmissione di documenti, ecc.) ed effettive le sanzioni inflitte da un'autorità nazionale (esecuzione delle stesse nei confronti di imprese operanti in altro stato membro; duplicazione delle sanzioni da parte di più autorità nazionali, ecc.).

14 Mi pare, in conclusione, che il tanto auspicato decentramento non sia affatto impossibile, ma molti restino i problemi da risolvere per dare certezze agli operatori ed evitare che, per non incorrere in sorprese, essi continuino a rivolgersi prioritariamente, se non esclusivamente, a Bruxelles, lasciando il decentramento alle analisi degli studiosi e alle speranze deluse delle autorità nazionali.

**SVILUPPI E PROSPETTIVE DELL'APPLICAZIONE DECENTRATA DEL DIRITTO
DELLA CONCORRENZA EUROPEO**

Karel Van Miert

1. Introduzione

Mi soffermerò su tre questioni che ritengo centrali nel dibattito relativo agli articoli 85 e 86 del Trattato. Innanzitutto, qual è il nostro obiettivo, in quanto responsabili dell'applicazione del diritto della concorrenza comunitario, per quanto riguarda il decentramento? In secondo luogo, quali sono stati i progressi finora conseguiti nel perseguimento di tale obiettivo? In terzo luogo, che cosa resta da fare? Inoltre, desidero esprimere alcune osservazioni sui recenti sviluppi del decentramento nell'ambito degli aiuti di stato e del controllo delle concentrazioni.

2. Articoli 85 e 86

L'obiettivo dell'applicazione decentrata

L'obiettivo dell'applicazione decentrata degli articoli 85 e 86 può essere espresso con parole semplici: dobbiamo adoperarci per la creazione di una rete compatta per l'applicazione, da parte della Commissione e delle autorità nazionali degli stati membri, del diritto della concorrenza su tutto il territorio dell'Unione Europea.

Si tratta di rafforzare l'applicazione del diritto della concorrenza comunitario mediante la creazione di una rete comunitaria di soggetti preposti a tale compito. Inoltre, vi è l'esigenza di promuovere l'uniformità, sostanziale e procedurale, dell'applicazione delle disposizioni nazionali in materia di concorrenza, affinché le varie fattispecie ricevano un trattamento simile nel territorio della Comunità, indipendentemente dal fatto che si applichi il diritto nazionale o quello comunitario. Tale uniformità dovrebbe essere ottenuta non mediante interventi formali di armonizzazione, ma piuttosto attraverso una maggiore comunicazione e cooperazione tra i funzionari incaricati di applicare le disposizioni nazionali in materia di concorrenza a livello nazionale e a livello comunitario. Conferenze come quella a cui stiamo partecipando e altre iniziative, tra cui in particolare periodi di distacco presso la DG IV di funzionari provenienti dalle autorità

nazionali costituiscono, a mio avviso, il modo migliore per migliorare e aumentare la comunanza di vedute e percezioni e per promuovere una "armonizzazione dolce".

Per perseguire gli obiettivi che ho menzionato, è necessario basarsi su due concetti fondamentali: la sussidiarietà e il decentramento.

La sussidiarietà richiede che le norme comunitarie si applichino nei casi che hanno un impatto economico apprezzabile in più di uno stato membro. In tali circostanze, l'intervento a livello comunitario è cruciale per creare condizioni concorrenziali uniformi e perché solo la Commissione ha a disposizione le abilità linguistiche e i poteri di indagine necessari per perseguire in modo efficiente i casi che presentano dimensione transfrontaliera.

L'esperienza maturata con il Regolamento concentrazioni ha dimostrato i vantaggi dello "one-stop shop", basato su una chiara suddivisione delle competenze definita in relazione alle soglie di fatturato. Mi chiedo se l'obiettivo di una rete compatta per l'applicazione delle regole di concorrenza non potrebbe essere raggiunto più efficacemente con uno "one-stop shop" anche per quanto riguarda gli articoli 85, paragrafo 1 e 86, con l'utilizzo di un meccanismo di soglia per stabilire quale autorità sia competente in un determinato caso. Si tratta di aspetti importanti che vanno affrontati al fine di ridurre le incertezze e le spese legali alle quali sono soggette le imprese nei casi in cui vi è la competenza di più di un'autorità. Tra l'altro, un tale sistema consentirebbe l'uso più efficiente delle scarse risorse disponibili per l'applicazione delle norme.

I conflitti di competenza tra la Commissione e le autorità nazionali andrebbero evitati. D'altro canto, i casi che presentano effetti transfrontalieri dovrebbero presumibilmente essere affrontati nell'ambito del diritto comunitario, siano essi trattati dalla Commissione o da altre autorità.

Tuttavia, la sussidiarietà agisce in entrambe le direzioni: il diritto nazionale in materia di concorrenza si applica solamente nei casi in cui vi è un apprezzabile effetto economico principalmente in un unico Stato membro. In tali casi, le autorità nazionali sono più prossime al mercato e, pertanto, in una posizione più adatta per trattare il caso.

Nei casi di applicazione delle norme comunitarie, sarà comunque necessario un maggior decentramento. Le risorse a disposizione della Commissione non consentono a quest'ultima di seguire tutti i casi che devono essere trattati nell'ambito del diritto della concorrenza comunitario. Anche le autorità nazionali devono iniziare ad applicare attivamente il diritto comunitario. Questa necessità non potrà che aumentare negli anni a venire con l'incremento del numero di transazioni transfrontaliere in seguito al completamento del mercato interno. Inoltre, essendo più vicine ai cittadini, in molti casi le autorità nazionali si trovano in una posizione migliore, rispetto alla Commissione, sia per venire a conoscenza di eventuali violazioni attraverso denunce o segnalazioni provenienti da fonti locali, sia per raccogliere informazioni e documenti e perseguire le violazioni delle norme. Esse hanno a disposizione tutti gli strumenti di indagine previsti dalle disposizioni nazionali. In taluni casi, questi strumenti sono più estesi di quelli a disposizione della Commissione: molte autorità nazionali dispongono del potere di condurre indagini nei confronti di singoli individui e di sanzionarli nel caso di mancata collaborazione; inoltre molte autorità nazionali sono autorizzate a servirsi di poteri di polizia nel condurre le indagini, compresa la possibilità di ottenere mandati di perquisizione.

Progressi realizzati sino ad oggi

Negli ultimi anni sono stati effettuati notevoli progressi nel processo di creazione di una rete compatta per l'applicazione del diritto della concorrenza in Europa. Quando è stata fondata la Comunità, il diritto della concorrenza era praticamente inesistente; solo due degli stati membri fondatori disponevano di leggi in materia di concorrenza precedenti al Trattato di Roma, anch'esse scarsamente applicate. Attualmente, ciascuno stato membro ha una propria normativa nazionale sulla concorrenza e un'autorità antitrust nazionale preposta alla sua applicazione. Inoltre, l'armonizzazione tra le disposizioni degli stati e il diritto comunitario è andata aumentando negli anni, sebbene ciò non fosse richiesto da alcuna direttiva. Si tratta di una conseguenza naturale del processo di integrazione, che esercita pressioni per la creazione di un terreno di gioco uguale per tutti all'interno della Comunità. Attualmente, nove stati membri possiedono norme sulla concorrenza in materia di intese restrittive della concorrenza e abuso di posizione dominante in sostanza conformi alle disposizioni comunitarie. La maggior

parte degli altri stati membri sta valutando l'opportunità di modificare il diritto nazionale per adattarlo alle norme comunitarie.

Per quanto concerne l'applicazione del diritto comunitario da parte delle autorità nazionali, può essere necessaria una legislazione nazionale che la consenta. Sette stati membri hanno adottato tale legislazione e auspico che i restanti otto facciano presto altrettanto. Ora, dato che i rimedi previsti dalle legislazioni nazionali sono considerevolmente differenti, i diritti delle parti risultano diversi da stato membro a stato membro. Ciò è fonte di preoccupazione.

Sette stati membri sono dunque dotati degli strumenti giuridici necessari per applicare gli articoli 85, paragrafo 1, e 86. Sulla base della giurisprudenza della Corte di Giustizia e delle decisioni della Commissione e attraverso l'utilizzo, da parte dei tribunali nazionali, delle procedure relative alla pronuncia preliminare ai sensi dell'articolo 177 del Trattato, in molti casi tali norme possono essere applicate con efficacia a livello nazionale. Com'è ovvio, i cartelli o gli abusi di posizione dominante di portata comunitaria possono essere ancora trattati in modo efficiente solo dalla Commissione.

Tuttavia, numerosi accordi e pratiche che influiscono sul commercio tra stati membri ma producono il loro effetto principale all'interno di un unico stato membro, possono essere trattati a livello nazionale. Fino ad oggi, le autorità nazionali hanno applicato le norme comunitarie molto meno di quanto non sia loro consentito dai poteri di cui dispongono. Sovente, gli stati membri sostengono di essere disincentivati dal servirsi maggiormente di tali competenze per via del monopolio della Commissione nella concessione delle esenzioni ai sensi dell'articolo 85, paragrafo 3. Esistono, però, molte aree in cui la competenza esclusiva per l'applicazione dell'articolo 85, paragrafo 3 non riveste alcuna importanza perché non esiste alcuna possibilità di esenzione, ad esempio nel caso dei cartelli di fissazione dei prezzi, degli accordi verticali di fissazione del prezzo al dettaglio, delle spartizioni orizzontali del mercato e degli abusi di posizione dominante. Vorrei incoraggiare le autorità degli Stati membri a concentrare in questi ambiti i loro sforzi immediati di applicazione del diritto comunitario.

La decisione relativa al caso Automec II

Il processo volto a favorire l'applicazione nazionale degli articoli 85, paragrafo 1, e 86 ha ricevuto un importante impulso dalla decisione del Tribunale di primo grado relativa al caso *Automec II*, nella quale la Commissione non è intervenuta in seguito a una segnalazione per i seguenti motivi:

a) per portare a termine i propri compiti, la Commissione deve stabilire delle priorità. La Commissione non dovrebbe essere obbligata a esprimersi su ogni denuncia ricevuta; essa ha quindi dichiarato che il suo compito principale è quello di stabilire i principi per l'applicazione della politica comunitaria di concorrenza e trattare quei casi che possono essere gestiti in modo efficace solo a livello comunitario. Molti ricorsi presentati alla Commissione possono essere trattati adeguatamente a livello nazionale e questo valeva per il presente caso;

b) per il soggetto denunciante erano disponibili adeguati mezzi di tutela a livello nazionale e la denuncia presentata non sollevava alcuna questione di interesse significativo per la Comunità nel suo insieme in termini giuridici, economici o politici.

Il Tribunale di Primo grado ha affermato il potere discrezionale della Commissione di non trattare i casi denunciati quando non rivestono un interesse significativo per la Comunità, sempre che a livello nazionale siano disponibili mezzi di tutela adeguati.

La decisione del caso *Automec II* ha comportato un aumento significativo degli interventi ai sensi degli articoli 85, paragrafo 1, e 86 presso i tribunali nazionali. Per la loro stessa natura, tali ricorsi sostengono che un accordo o una pratica viola gli articoli 85, paragrafo 1, o 86 e che, rispetto ai casi riguardanti l'articolo 85, non vi è alcuna esenzione che impedisca ad un tribunale nazionale di decidere in merito a tali casi.

La Comunicazione sull'applicazione decentrata da parte dei giudici nazionali

La Commissione, riconoscendo che il monopolio di cui all'articolo 85, paragrafo 3, può rendere difficile per un giudice nazionale l'applicazione dell'articolo 85, paragrafo

1, ha adottato la “Comunicazione relativa alla cooperazione tra i giudici nazionali e la Commissione nell’applicazione degli articoli 85 e 86”, che tratta delle procedure che dovrebbe seguire un giudice nazionale quando in un caso di presunta violazione dell’articolo 85, paragrafo 1, la difesa risiede essenzialmente nel fatto che l’accordo merita l’esenzione. La Comunicazione sottolinea il fatto che i tribunali nazionali devono prestare particolare cautela al fine di non emettere sentenze in conflitto con le decisioni della Commissione, attuali o future, in materia di esenzioni. Perciò, la Comunicazione afferma che il tribunale nazionale, se conclude che un accordo è vietato sulla base dell’articolo 85, paragrafo 1, deve controllare se tale accordo è o sarà oggetto di un’esenzione da parte della Commissione ai sensi dell’articolo 85, paragrafo 3. La Comunicazione prosegue, quindi, fornendo i dettagli tecnici su come procedere al riguardo.

Di grande importanza nella Comunicazione è l’annuncio della Commissione di essere a favore di un approccio definito “*acte clair*”. Secondo questa dottrina, se un tribunale nazionale si trova ad affrontare un caso in cui una parte sostiene la possibilità di un’esenzione da parte della Commissione, ma il tribunale conclude che ciò è chiaramente inconcepibile, non deve sospendere il processo, ma può emettere una decisione definitiva. Ciò avverrebbe, ad esempio, in un caso relativo a un cartello di fissazione dei prezzi.

Fino ad oggi, sono stati rinviati alla Commissione dai tribunali nazionali di Belgio, Francia, Germania, Spagna e Regno Unito nove casi, riguardanti, ad esempio, questioni di interpretazione delle esenzioni di categoria per l’industria automobilistica o il franchising o la possibile natura discriminatoria di determinate clausole in un accordo di distribuzione selettiva.

La Comunicazione costituisce un importante passo in avanti nella via verso il decentramento. L’applicazione del diritto comunitario della concorrenza da parte dei tribunali nazionali può svolgere un ruolo determinante, permettendo ai privati di cercare rimedi nazionali: i giudici possono dichiarare violazioni del diritto sia comunitario che nazionale e possono ottenere provvedimenti d’urgenza. Nonostante ciò, vanno riconosciuti anche i limiti di questo meccanismo di decentramento: esso non costituisce un canale che facilita il decentramento della decisione di esenzione, perché i tribunali non

necessariamente hanno a disposizione gli strumenti per decidere se concedere un'esenzione o meno, decisione questa che richiede una complessa analisi economica.

La Comunicazione sull'applicazione decentrata da parte delle autorità nazionali

La Commissione intende pubblicare una Comunicazione relativa all'applicazione, da parte delle autorità nazionali, degli articoli 85, paragrafo 1, e 86. A ispirare tale Comunicazione sono state le conclusioni di un gruppo ad hoc formato dai rappresentanti delle autorità nazionali e della Commissione, il cui scopo era quello di esprimere raccomandazioni sulle modalità di decentramento per l'applicazione degli articoli 85, paragrafo 1 e 86. Essa prevede che la Commissione è tenuta a informare e consultare le autorità nazionali quando queste ultime applichino tali articoli o il diritto nazionale della concorrenza nei casi di dimensione comunitaria.

Desidero descrivere brevemente i contenuti più interessanti della nuova Comunicazione. Il punto 4 della Comunicazione stabilisce che la Commissione collaborerà con tutte le autorità nazionali e presterà particolare attenzione a garantire che le autorità sprovviste delle disposizioni che consentano loro di applicare le norme comunitarie sulla concorrenza applichino le norme nazionali coerentemente con il diritto comunitario. Il punto 8 prevede che, qualora una parte abbia presentato una notifica alla Commissione per fermare l'intervento da parte di un'autorità nazionale, la Commissione pubblicherà una lettera in cui dichiara che è assai improbabile che sia concessa un'esenzione. Ciò consentirà all'autorità nazionale di procedere nell'esame del caso. Infine, il punto 9 stabilisce che le autorità nazionali dovrebbero informare e consultare la Commissione per i casi che possono influire in modo considerevole sul commercio tra stati membri e che esse sono intenzionate a trattare. Ciò permetterà alla Commissione di determinare, congiuntamente all'autorità nazionale, se un caso ha effettivamente una dimensione comunitaria, per cui è più opportuno che sia la Commissione a trattarlo.

Ciò che rimane da realizzare

Possiamo concordare che, con il tempo, sarà necessario riconsiderare il monopolio della Commissione relativamente al rilascio di esenzioni ai sensi dell'articolo 85, paragrafo 3. Attualmente, tuttavia, i tempi non sono maturi per questo passo.

L'articolo 85, paragrafo 3, rappresenta il vero e proprio cuore della politica comunitaria di concorrenza. Stabilendo lo standard rispetto al quale accordi e decisioni possono essere esentati, la Commissione garantisce che il nucleo centrale della politica comunitaria di concorrenza sia identico su tutto il territorio della Comunità. Ciò è essenziale per consolidare il mercato unico che, pur essendo stato sostanzialmente attuato, non è ancora radicato così in profondità da impedire che quanto è già stato raggiunto vada perduto.

Prima di potere eliminare il monopolio di cui all'articolo 85, paragrafo 3, dovranno verificarsi alcuni cambiamenti. Desidero illustrare i più significativi.

Per l'applicazione dell'articolo 85, paragrafo 3, è necessario esaminare se, complessivamente, i benefici di un accordo per la Comunità siano superiori agli svantaggi che ne derivano. Non ritengo che attualmente tutte le autorità degli Stati membri abbiano sviluppato una sufficiente esperienza per esprimersi, in particolare quegli Stati membri che hanno emanato solo di recente disposizioni legislative in materia di concorrenza e che non le hanno applicate mai o solo di rado. Un'esperienza di una solida analisi nell'applicazione degli articoli 85, paragrafo 1, e 86 è necessaria prima che ci si possa attendere ragionevolmente che le autorità nazionali si esprimano ai sensi dell'articolo 85, paragrafo 3.

Sarebbe necessaria una maggiore convergenza nell'orientamento degli Stati membri rispetto agli aspetti sostanziali dell'applicazione della politica di concorrenza. Vari Stati membri hanno adottato orientamenti assai diversi nell'applicazione del loro diritto nazionale della concorrenza. Un orientamento disomogeneo nell'applicazione dell'articolo 85, paragrafo 3, è particolarmente problematico in quanto pone una minaccia al mercato unico e incoraggia pratiche di "forum shopping" e distorsioni artificiali dei flussi dei capitali.

Un problema connesso è la necessità di garantire che non si verifichi un continuo conflitto tra gli Stati membri relativamente alle decisioni di esenzione. I meccanismi di controllo che potrebbero essere previsti, quale l'appello ai tribunali della Comunità, fornirebbero solo una soluzione imperfetta. La risoluzione delle controversie da parte della Commissione risulterebbe politicamente difficile, perché quest'ultima dovrebbe

rovesciare la decisione di un'autorità nazionale; l'intervento da parte della Corte non è probabilmente il più indicato, dato che l'articolo 85, paragrafo 3, comporta un'analisi economica più che giuridica. In *Consten v. Grundig*, la stessa Corte di Giustizia ha dichiarato che, in casi che comportano una complessa analisi economica, nel contesto dell'applicazione dell'articolo 85, paragrafo 1, o dell'articolo 85, paragrafo 3, la Commissione possiede un "margine di giudizio" e che la Corte stessa limiterà la revisione giudiziale della valutazione della Commissione all'esame della rilevanza dei fatti e delle conseguenze giuridiche che la Commissione ne trae.

Sarà necessario un meccanismo per garantire che un'esenzione concessa da un'autorità nazionale sia riconosciuta reciprocamente da tutte le altre autorità antitrust all'interno della Comunità. In caso contrario, le imprese interessate sarebbero obbligate a cercare di ottenere un'esenzione dall'autorità antitrust di ciascuno stato in cui le loro transazioni avrebbero probabilmente un effetto economico. Ciò comporterebbe un'ulteriore moltiplicazione degli interventi altamente indesiderata, con conseguenti costi aggiuntivi per le imprese in termini di perdita di tempo e spese legali. Darebbe luogo peraltro alla possibilità di enormi confusioni, dato che, per lo stesso caso, due diverse autorità potrebbero adottare decisioni in conflitto o rimedi alternativi. Il meccanismo del mutuo riconoscimento, tuttavia, applicato in maniera estesa in altre aree del diritto comunitario, è una possibile soluzione di questo problema che va ulteriormente studiata.

3. Aiuti di stato

Desidero trattare brevemente l'area degli aiuti di stato. Si tratta di un ambito in cui, in generale, il principio di sussidiarietà stabilisce che la Comunità deve avere competenza esclusiva perché gli stati membri non sono in grado di controllare le loro stesse spese per gli aiuti di stato. Tuttavia, il principio di sussidiarietà consente effettivamente che un aspetto sia trattato a livello nazionale. I tribunali nazionali possono infatti stabilire se gli stati membri hanno ottemperato le necessarie procedure di notifica e approvazione e possono quindi trattenere l'aiuto fino a quando non sia stato notificato alla Commissione e approvato da quest'ultima. Questa disposizione ha un effetto diretto. Di conseguenza, un concorrente può fare ricorso dinanzi a un tribunale nazionale contro un'autorità statale che ha concesso un aiuto illegalmente, vale a dire senza notificarlo alla Commissione e attenderne l'approvazione. Il giudice può ordinare il rimborso o il

congelamento dell'aiuto concesso e può anche richiedere allo stato membro di risarcire la parte che è stata lesa in seguito a tale concessione illecita.

La Commissione ha adottato in materia una nuova Comunicazione, che sta per essere pubblicata. Tale Comunicazione si prefigge un triplice scopo: consolidare e decentrare l'applicazione delle norme relative agli aiuti statali, chiarire le posizioni giuridiche a vantaggio di tutte le parti interessate e offrire assistenza ai giudici.

4. Operazioni di concentrazione

Vorrei, ora, considerare rapidamente l'ambito del controllo delle concentrazioni di imprese. Si tratta di un'area in cui la Commissione dispone di un distinto quadro normativo, basato sul principio di sussidiarietà. Il Regolamento concentrazioni divide chiaramente la competenza per il controllo delle operazioni tra la Commissione e gli stati membri sulla base di soglie di fatturato. Le imprese possono, pertanto, rivolgersi alle autorità antitrust con una notevole certezza su chi tratterà il caso. Questo sistema ha funzionato estremamente bene per la quasi totalità dei trecentocinquanta casi notificati alla Commissione nei primi cinque anni dell'esistenza del Regolamento concentrazioni, e costituisce un esempio di particolare rilievo di come operi il principio di sussidiarietà.

Cionondimeno, la clausola di rinvio di cui all'articolo 9 del Regolamento prevede una certa flessibilità in casi eccezionali, quando sia interessato un mercato distinto all'interno di uno stato membro. Fino ad oggi, sulla base di questa clausola, sono state presentate dagli stati membri sette domande di rinvio, tre delle quali sono state accettate.

L'articolo 9 è una disposizione importante, sebbene siano stati effettuati pochi rinvii, per due ragioni principali. In primo luogo, il rinvio di molti casi rischierebbe di danneggiare il lavoro compiuto dalla Commissione negli ultimi cinque anni. Le imprese hanno diritto ad avere un qualche grado di certezza sulle modalità di gestione del controllo delle operazioni da esse effettuate. La Commissione non intende pregiudicare questa certezza e, di conseguenza, aumentare i costi per le imprese. In secondo luogo, il Regolamento prevede soglie assai elevate: le parti di un'operazione devono avere complessivamente un fatturato superiore a 5 miliardi di ecu. Il criterio principale per un rinvio è che la concentrazione riguardi un solo stato membro. Tuttavia, la Commissione

non ha mai accettato che, semplicemente perché una concentrazione interessa un mercato nazionale, essa debba essere rinviata. Le concentrazioni che riguardano i mercati nazionali possono avere considerevoli effetti al di fuori dello stato membro in questione e la Commissione è in grado di esaminare tali effetti. Solo quando un'operazione interessa un mercato in una parte di uno stato membro, e presenta esclusivamente effetti locali, la Commissione rinverrà il caso. Questa è la prassi che la Commissione ha seguito finora per i rinvii. Nel caso *Steetley/Tarmac*, ad esempio, è stato effettuato un rinvio alle autorità del Regno Unito con riferimento al mercato delle piastrelle nell'Inghilterra nord-orientale e delle tegole in Gran Bretagna. Un rinvio sulla base dell'articolo 9 era giustificato perché si trattava di mercati separati senza effetti sugli altri Stati membri.

Diversamente, nel più recente caso *ABB/Daimler Benz*, che riguarda due imprese operanti nel settore ferroviario, ognuna con una forte posizione sul mercato tedesco, la Commissione non ha concesso il rinvio richiesto dall'autorità tedesca. La Commissione ha ritenuto di essere in una posizione migliore per analizzare l'operazione, perché la concentrazione avrebbe avuto effetti transfrontalieri considerevoli, creando un importante produttore europeo, e anzi mondiale, con attività ben al di là dei confini della Germania.

Il Regolamento concentrazioni ha funzionato in modo efficiente fino ad oggi, ma vorremmo ulteriormente migliorarlo. Questo è il motivo per cui è stato predisposto un Libro Verde sulla revisione del Regolamento concentrazioni. Con la pubblicazione del Libro Verde viene richiesta l'opinione del pubblico su una vasta gamma di questioni. Una di queste questioni riguarda le soglie previste dal Regolamento concentrazioni. Numerose parti interessate sono a favore di una riduzione delle soglie. La Commissione vorrebbe ridurre la soglia di fatturato mondiale da 5 a 2 miliardi di ecu e la soglia di fatturato nella Comunità da 250 a 100 milioni di ecu. Credo che questa riduzione sia auspicabile, giacché molte operazioni che si situano al di sotto delle attuali soglie sarebbero gestite meglio a livello comunitario.

Com'è ovvio, tale riduzione comporterebbe un aumento del numero di casi che sarebbero notificati alla Commissione. Se ciò avvenisse, immagino che sarebbe probabile un aumento dei rinvii in base all'articolo 9, dal momento che un numero maggiore di casi con un impatto regionale raggiungerebbe le nuove soglie.

Nel Libro Verde, sono inoltre richiesti commenti relativamente a un criterio riguardante i casi di notifiche multiple, volto a consentire a operazioni che sarebbero altrimenti notificate a una serie di autorità antitrust di essere comunicate esclusivamente alla Commissione, anche qualora non si siano raggiunte le soglie di fatturato.

Nel tentativo di apportare miglioramenti, ci preoccupiamo di non intaccare ciò che ha già funzionato adeguatamente. Questo spiega perché la Commissione si avvale di un ampio processo di consultazione.

5. Conclusioni

Osservo con piacere il progresso compiuto verso la creazione di una rete compatta per l'applicazione del diritto comunitario della concorrenza. In soli quattro decenni, siamo passati da un mondo in cui il diritto della concorrenza era inesistente a uno in cui esiste la struttura essenziale di una rete completa di norme e di apparati per la loro applicazione. Enormi progressi sono stati realizzati negli ultimi anni in merito alla cooperazione tra Comunità e stati membri nell'applicazione delle norme; senz'altro, ancora molto rimane da fare.