



**UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DEL MOLISE
DIPARTIMENTO GIURIDICO**

Dottorato di Ricerca
XXV ciclo

*Persona, impresa, lavoro:
dal diritto interno al diritto internazionale*

Coordinatore
Prof. Francesco Paolo Traisci

**IL DOPPIO BINARIO DEL SISTEMA DI VALUTAZIONE
DELLE INTESE RESTRITTIVE DELLA CONCORRENZA**

Tutor
Prof. Antonio Palmieri

Candidato
Simonetta M. Ingrosso

Coordinatore
Prof. Francesco Paolo Traisci

INTRODUZIONE

CAPITOLO I

LA TUTELA DELLA CONCORRENZA

1. Cenni storici sul sistema a tutela della concorrenza
2. L'ordinamento comunitario
3. L'ordinamento nazionale
4. La rilevanza degli accordi limitativi della concorrenza
5. Elementi costitutivi dell'intesa anti-concorrenziale

CAPITOLO II

IL MODELLO ISTITUZIONALE

ADOTTATO DALLA LEGGE ANTITRUST

1. Il modello istituzionale di cui alla legge 287/1990
2. L'AGCM
 - 2.1 Natura e funzioni dell'AGCM
 - 2.2 Gli ambiti di intervento: il procedimento di accertamento delle intese restrittive della concorrenza
 - 2.3 La tutela cautelare. Aspetti problematici
3. Il regime giurisdizionale
4. Il controllo giurisdizionale dei provvedimenti dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato
5. La tutela *antitrust* dinanzi al giudice ordinario
6. La scelta del giudice ordinario
7. La competenza della Corte di Appello
8. La riforma del 2012. L'istituzione delle Sezioni Specializzate in materia d'impresa e le nuove regole sulla competenza giurisdizionale per i contenziosi antitrust

CAPITOLO III

I RAPPORTI TRA I POTERI DELL'AGCM E QUELLI DELL'AUTORITÀ GIUDIZIARIA ORDINARIA

- 1. Il cumulo di tutele**
 - 1.1 La deroga al doppio grado di giurisdizione. Problemi interpretativi**
- 2. I problematici rapporti tra le competenze dell'AGCM e quelle del Giudice Ordinario**
- 3. La tutela amministrativa e la tutela civilistica *antitrust*. Problemi di convivenza**
- 4. Le soluzioni adottate dal diritto dell'Unione Europea**
 - 4.1 La cooperazione tra la Commissione Europea e i giudici nazionali**
 - 4.2 Il contrasto di decisioni in ambito comunitario**

CAPITOLO IV

LA VALUTAZIONE DELLE INTESSE RESTRITTIVE DELLA CONCORRENZA

- 1. Impostazione dei problemi**
- 2. Il giudice ordinario e la valutazione delle intese**
- 3. Il ruolo del giudice nel diritto *antitrust***
- 4. Il tentativo di armonizzare le competenze dell'AGCM con quelle dell'AGO. La tesi della pregiudizialità amministrativa**
 - 4.1 La tesi contraria alla pregiudizialità amministrativa**
- 5. La posizione della giurisprudenza**
 - 5.1 L'orientamento della giurisprudenza nell'accertamento della nullità delle intese restrittive della concorrenza**

CAPITOLO V

UNO SGUARDO OLTRE CONFINE L'ESPERIENZA SPAGNOLA

- 1. La tutela della concorrenza nell'ordinamento spagnolo. Cenni storici**
- 2. La disciplina della concorrenza in Spagna**

CONCLUSIONI

Introduzione

Il presente lavoro si prefigge come obiettivo quello di esaminare la problematica dei rapporti intercorrenti tra Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato e Autorità Giudiziaria Ordinaria, nell'esercizio delle loro competenze, in relazione al sindacato sulle intese restrittive della concorrenza.

In particolare, oggetto di studio è il doppio binario dei sistemi di valutazione e di apprezzamento delle intese, affidati – in sede amministrativa – all'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato ed – in sede giurisdizionale – alla competenza esclusiva ed in unico grado della Corte d'Appello. La tesi analizza la scelta operata dal legislatore nazionale evidenziando gli aspetti problematici della soluzione adottata in sede legislativa ed indagando sui problemi applicativi che essa origina, soprattutto nella prospettiva del potenziale conflitto tra valutazioni amministrative e pronunciamenti giurisdizionali.

L'indagine coinvolge anche la coerenza sistematica del predetto doppio binario di valutazioni e di tutela e la possibilità teorica di risolvere i potenziali conflitti ritraendo dalle norme vigenti un principio, non scritto ma ricavabile in via interpretativa, di pregiudizialità amministrativa.

Inoltre, in una prospettiva comparatistica delle soluzioni adottate nell'ordinamento italiano e nello spirito della progressiva uniformazione del diritto dei Paesi appartenenti all'Unione Europea, si è reso opportuno lo studio e l'analisi della disciplina data nella medesima materia in un altro Stato europeo, in particolare in quello spagnolo, vicino al nostro per tradizione giuridica e per omogeneità dei principi generali.

Da ultimo, occorre avvertire che il Governo ha attribuito nuove competenze all'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato nell'ambito dello Statuto delle Imprese e del c.d. Decreto Salva Italia. In particolare, e per quel che interessa in questa sede, il Decreto Liberalizzazioni, convertito in Legge n. 27 del 24 Marzo 2012, amplia ulteriormente l'area di intervento dell'AGCM, oltre ad introdurre un si-

stema interamente nuovo di finanziamento di tale istituzione.

Preme fin da ora sottolineare che l'articolo 2 del citato Decreto, prevede la sostituzione di tutte le esistenti sezioni specializzate in materia di proprietà industriale ed intellettuale attualmente presenti presso alcuni Tribunali e Corti di Appello, con nuove sezioni specializzate in materia di impresa. Peraltro, tali nuove sezioni specializzate saranno istituite anche presso tutti i rimanenti Tribunali e Corti di Appello aventi sede nel capoluogo di ciascuna regione, ad eccezione della Valle d'Aosta, nonché presso il Tribunale e la Corte di Appello di Brescia. Le predette nuove sezioni, saranno competenti a conoscere delle controversie relative alla violazione della normativa *antitrust* italiana e dell'Unione Europea. Conseguentemente, l'articolo 2, comma secondo, del Decreto Crescitalia, modifica il testo dell'articolo 33 della legge n. 287/90 (legge *antitrust*), che attribuiva alle Corti di Appello territorialmente competenti le controversie tra privati inerenti la violazione della (sola) normativa italiana *antitrust*.

La nuova norma, inoltre, risolve finalmente la disparità di trattamento tra la disciplina comunitaria e quella nazionale poste a tutela della concorrenza. Ai sensi del citato articolo 33, della legge n. 287/90, infatti, le Corti di Appello erano competenti, quali giudici di primo - e unico grado - se si assumeva violata la disciplina nazionale a tutela della concorrenza, mentre le violazioni della disciplina *antitrust* comunitaria restavano nella normale competenza dei Tribunali, con possibilità di successivo appello. Proprio perché entrambe le normative sono di contenuto pressoché identico, tale disparità di trattamento, ora eliminata dalla legge n. 27 del 2012, risultava difficilmente giustificabile ed oltretutto fonte di evidente incertezza circa il foro competente.

CAPITOLO I

LA TUTELA DELLA CONCORRENZA

1. Cenni storici

La legge del 10 ottobre 1990, n. 287, conosciuta anche come legge *antitrust*, costituisce la prima disciplina organica delle regole della concorrenza nell'ordinamento giuridico italiano.

Invero, sino alla sua entrata in vigore la concorrenza veniva disciplinata unicamente dal Codice civile; ed in particolare dalle disposizioni dettate in materia di concorrenza sleale.

Rispetto agli altri Stati industrializzati, la disciplina della concorrenza è stata introdotta nel nostro Paese con notevole ritardo; gli Stati Uniti già alla fine del XIX secolo, precisamente nel 1890, emanarono lo *Sherman Act*, mentre altri paesi europei come la Francia, la Germania ed il Regno Unito adottarono le loro legislazioni *antitrust* alla fine degli anni '40.

Nel nostro ordinamento, il ritardo nell'adozione di una disciplina organica in materia di concorrenza fu dovuto al perseguimento, nel periodo fascista e fino agli anni '80, di un modello di sviluppo economico fondato su un intervento pubblico intensivo, in un contesto caratterizzato da una strutturale debolezza del sistema produttivo nazionale. Soltanto verso la fine degli anni '80, sotto l'impulso delle iniziative liberalizzatrici delle Comunità Europee e con l'accelerazione del processo di integrazione europea, è venuta maturando la convinzione che la crisi dell'industria pubblica altro non fosse che la diretta conseguenza di decenni di interventi statali. Parallelamente, le iniziative di liberalizzazione delle Comunità Europee in alcuni settori di servizi di pubblica utilità e l'applicazione delle regole comunitarie in materia di aiuti di Stato hanno permesso un intervento per il riassetto di molti settori dell'economia nazionale. Così, attraverso un ripensamento circa il ruolo dello Stato nell'economia nazionale, si è giunti a riconoscere il

mercato come meccanismo ordinatore dei comportamenti degli operatori economici, ridimensionando conseguentemente il ruolo e le modalità dell'intervento pubblico nella sfera economica¹. In questo scenario, si assiste alla privatizzazione delle imprese pubbliche ed alla liberalizzazione di settori precedentemente sottratti alla libera concorrenza e coperti da regime di riserva legale, favorendo il dibattito circa l'introduzione di una disciplina che regolasse la concorrenza tra le imprese.

Il fondamento costituzionale della libertà di concorrenza si rinviene, pur sempre, nell'art. 41 Cost.², che riconosce, quale sinonimo della libertà di iniziativa economica, il diritto di agire sul mercato e intraprendere qualsiasi attività economica³; anche se la disposizione costituzionale non fa cenno alla libertà di concorrenza, intesa quale situazione di mercato e principio regolatore del sistema economico.

A tal proposito, giova ricordare un indirizzo giurisprudenziale che in qualche modo sembrava anticipare le logiche del diritto *antitrust*. Infatti, diverse massime proclamavano l'illiceità di coalizioni tese a costruire un vero e proprio monopolio a danno del pubblico, dichiarando radicalmente nulle le convenzioni tese ad eliminare la concorrenza nei settori di pubblica utilità⁴.

La dottrina, per altro, da tempo avvertiva come l'art. 41 Cost. muovesse "dalla premessa di finalità sociali del sistema economico e dalla negazione che queste finalità possano essere automaticamente raggiunte col solo gioco della concorrenza"; e sot-

¹ S. CASSESE, *La nuova Costituzione economica*, Roma-Bari, 2001.

² Espressamente richiamato dal primo articolo della Legge del 10 ottobre 1990, n. 287.

³ È noto che il primo comma dell'art. 41 Cost. risente della cosiddetta impostazione post-liberale. La cultura degli anni '40 aveva compreso come l'aggressione ai diritti di libertà dell'individuo potesse avvenire ad opera di qualunque entità reale o aggregazione, benché privata, in grado di esercitare un potere: non solo lo Stato, ma anche un cittadino, così come un'aggregazione di cittadini, possono dar luogo a sistemi di potere in grado di limitare o diminuire la libertà. Da tali considerazioni deriva l'inciso di cui al terzo comma dello stesso articolo, che impegna la nostra repubblica a rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale.

⁴ G. GHIDINI, *I limiti negoziali alla concorrenza*, in *Trattato di diritto commerciale*, diretto da F. GALGANO, Padova, vol. IV, 1981, p. 31.

tolineava come gli accordi limitativi della concorrenza finissero col risolversi in un “grave e fondamentale problema del progresso tecnico e dell’abbassamento dei costi”⁵ e con il confliggere con l’interesse dei consumatori e degli utenti⁶.

Viene così approvata la legge a tutela della concorrenza del 10 ottobre del 1990, n. 287 a seguito di un travagliato *inter* parlamentare⁷.

Sul piano sistematico, di particolare rilievo è l’espreso richiamo operato dall’art. 1, comma 1, della nostra legge recante norme a tutela della Concorrenza e del Mercato, al principio della libertà di iniziativa economica di cui al citato art. 41 della Costituzione, che la stessa si propone di attuare.

In particolare, la disciplina di cui alla L. 287/90 sembra precisare il contenuto del principio costituzionale, se non addirittura reinterpretarlo, conferendo allo stesso un significato innovativo: se, infatti, la norma costituzionale si erge a tutela della libertà di iniziativa economica del singolo, la legge *antitrust* pone come oggetto di tutela il processo concorrenziale in sé considerato⁸.

Ecco allora che la concorrenza si propone come un aspetto fondamentale del diritto di iniziativa privata, il cui contenuto deve essere determinato alla luce dell’art. 41 della Costituzione e dei principi del diritto comunitario.

Il legislatore italiano rende espliciti i principi comunitari in materia di concorrenza, istituendo a difesa delle regole nazionali e comunitarie l’Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, un’authority amministrativa indipendente preposta all’applicazione delle regole della concorrenza: ad essa viene affidato il compito di intervenire, inibire e sanzionare le intese restrittive della concorrenza,

⁵ T. ASCARELLI, *Teoria della concorrenza e dei beni immateriali*, Milano, 1960, p. 32 e ss.; in termini analoghi, G. GHIDINI, *I limiti negoziali alla concorrenza*, cit.

⁶ F. MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*, Milano, 1954, vol. III, p. 14 e ss.

⁷ V. DONATIVI, *Introduzione della disciplina antitrust nel sistema legislativo italiano*, Milano, 1990.

⁸ G. TESAURO, *Concorrenza e Autorità antitrust, un bilancio a 10 anni dalla legge*, a cura dell’Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, 9-10 ottobre 2000, pag. 221.

gli abusi di posizione dominante poste in essere dalle imprese sul mercato e di esercitare un controllo preventivo sulle operazioni di concentrazione⁹.

Con l'introduzione della disciplina *antitrust* mutano anche i rapporti tra mercato, concorrenza e autonomia privata, atteso che gli accordi restrittivi della concorrenza vengono colpiti con la sanzione civile della nullità.

2. Il quadro normativo comunitario.

Nell'ambito della legislazione europea, la disciplina della concorrenza è stata protagonista di importanti evoluzioni in relazione ad aspetti importanti come il concetto di impresa, quello di mercato rilevante, di esenzione degli accordi per categoria e di intese verticali.

A distanza di ben quaranta anni dal primo intervento, si è provveduto all'adozione di un nuovo Regolamento, il n. 1/2003¹⁰, allo scopo di rispondere all'esigenza di coordinamento di un mercato sempre più integrato, dovuta anche all'ingresso nell'Unione Europea di nuovi Stati. In particolare, è apparso necessario, pur mantenendo il ruolo centrale della Commissione, attribuire un ruolo maggiormente pregnante nell'applicazione delle regole della concorrenza sia alle Autorità garanti sia alle autorità giurisdizionali. Attraverso questo decentramento si è consentito alla Commissione di concentrare la propria attività sulla repressione di quelle infrazioni considerate "più gravi".

Il c.d. processo di modernizzazione, avviato con il Regolamento sopra richiamato, ha dato luogo ad un ribaltamento radicale della logica posta alla base dell'attività di concorrenza, realizzando un passaggio da un sistema di divieti ad un sistema di liceità e di eccezioni direttamente applicabili.

⁹ L'Autorità svolge anche un'attività consultiva e di segnalazione al Parlamento, al Governo e alle Amministrazioni in generale, in materia di norme di legge e di provvedimenti amministrativi, nonché di iniziative legislative o regolamentari, suscettibili di generare distorsioni concorrenziali (art. 21 e 22, L. 287/90). Essa, poi, ha competenze in materia di pubblicità ingannevole e comparativa, ai sensi del decreto legislativo n. 74 del 25 gennaio 1992, come modificato dal decreto legislativo n. 67 del 25 febbraio 2000, entrambi emanati in attuazione di direttive comunitarie.

¹⁰ Il precedente Regolamento applicativo era il n. 17/1962.

In via approssimativa, con riferimento alla materia oggetto del presente lavoro, deve evidenziarsi che l'ordinamento comunitario, in seguito all'entrata in vigore del Trattato di Lisbona¹¹, disciplina le intese vietate all'art. 101 TFUE (ex art. 81 TCE).

La disposizione appena richiamata ha un contenuto articolato.

Nello specifico, il primo paragrafo enuncia un divieto generale, che viene integrato da un elenco esemplificativo delle intese idonee a restringere la concorrenza: sono vietate le intese (accordi tra imprese, decisioni di associazioni di imprese e pratiche concordate), che possono pregiudicare il commercio tra Stati membri e che abbiano per oggetto o per effetto di impedire, restringere o falsare il gioco della concorrenza all'interno del mercato comune.

Dall'analisi della norma, sono tre gli elementi che devono sussistere affinché il divieto possa operare:

- deve esistere un'intesa;

¹¹ Il Trattato di Lisbona, diversamente da quanto si proponeva il Trattato che prevedeva la promulgazione della costituzione per l'Europa, non sostituisce i vecchi Trattati nella forma di un unico Trattato di codificazione, ma si limita a modificare il Trattato dell'Unione Europea e il Trattato che istituisce la Comunità europea. Lo stesso è stato approvato il 18 ottobre 2007, nel vertice di Lisbona che concludeva la conferenza intergovernativa incaricata di elaborare, entro il 2007 appunto, un Trattato diretto a modificare i Trattati esistenti allo scopo di rafforzare l'efficienza e la legittimità democratica dell'Unione allargata nonché la coerenza della sua azione esterna. Il Trattato è entrato in vigore il 1° dicembre 2009, anche se l'iter di ratifica di alcuni paesi membri ha subito alcuni momenti di arresto in cui è parso che l'auspicata entrata in vigore fosse ancora piuttosto lontana. Le modifiche appena accennate hanno riguardato il Trattato sull'Unione Europea, che mantiene il proprio nome (Nuovo Trattato dell'Unione europea, NTUE, per distinguerlo dal precedente TUE) e il Trattato che istituisce la Comunità europea (TCE), che diventa il Trattato sul funzionamento dell'Unione europea (TFUE). In particolare, il Trattato sul funzionamento dell'Unione europea (TFUE) si compone di 358 articoli suddivisi in sette Parti in cui vengono ricollocate, oltre a nuove importanti disposizioni, anche buona parte delle norme già presenti nel precedente TCE, seppure talvolta notevolmente modificate e integrate. Per quel che interessa la materia oggetto di indagine, giova ricordare che la materia della concorrenza, attribuita alla competenza dell'Unione, è disciplinata nella Parte terza del TFUE, interamente dedicata alle "Politiche dell'unione ed azioni interne".

- l'intesa deve comportare una restrizione della concorrenza;
- tale restrizione deve pregiudicare, a sua volta, il commercio tra Paesi membri dell'Unione Europea.

Al secondo paragrafo dell'art. 101 TFUE si enunciano le conseguenze, o meglio la conseguenza, derivante dalla violazione del divieto di porre in essere intese restrittive della concorrenza; la conseguenza della violazione del divieto opera sul piano civilistico, infatti, è prevista la sanzione della nullità di pieno diritto di accordi e decisioni che tendono a falsare o restringere, per oggetto o per effetto, il gioco concorrenziale all'interno del mercato.

Vi è, poi, un terzo paragrafo, che contempla un meccanismo di deroga a quanto previsto dal primo (divieto di intese restrittive della concorrenza), denominato correntemente "esenzione".

Ai fini della qualificazione della condotta come intesa è necessario che si dia prova di un coordinamento, di una concertazione tra le imprese indipendenti, la quale può assumere diverse forme, in particolare, si avrà un'intesa tutte le volte in cui la concertazione tra le imprese assuma la forma di un accordo, di una pratica concordata, ovvero di una decisione di associazioni di imprese.

A tal proposito, la riconduzione della condotta anti-concorrenziale all'una o all'altra fattispecie tipizzata è secondaria. Invero, un consolidato indirizzo comunitario, peraltro fatto proprio dall'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, assume una nozione funzionale di intesa. La nozione sembra essere tanto ampia da ricomprendere tutti quei comportamenti, adottati da una pluralità di imprese, che abbiano come fine quello di realizzare iniziative idonee ad alterare la libertà di concorrenza; in altri termini, ricondurre la condotta anticompetitiva adottata dalle imprese parti dell'intesa ad una delle tipologie tipizzate dall'art. 101 TFUE¹² non è rilevante ai fini della sua applicazione, posto che l'elemento essenziale per qualificare la fattispecie come intesa è costituito dalla concertazione dell'attività di due o più soggetti o.

¹² E come si vedrà in seguito, a quelle indicate dall'art. 2 della nostra Legge *antitrust*.

Corollario è che la nozione di accordo va oltre la nozione civilistica di contratto da cui scaturiscono obblighi giuridicamente rilevanti per le parti contraenti. Pertanto, sia in ambito comunitario, sia in ambito nazionale, affinché esista un accordo che giustifichi l'applicazione della disciplina *antitrust* è sufficiente che le imprese raggiungano una qualsiasi forma di consenso, ancorché privo di veste formale e non produttivo di specifici obblighi giuridici, circa l'adozione di una determinata condotta sul mercato: perché vi sia accordo deve esistere una volontà congiunta degli operatori di mercato di assumere un dato comportamento con il preciso scopo di recare pregiudizio alle dinamiche della libera concorrenza.

È vietato l'accordo orizzontale, cioè quello che prevede l'adozione da parte delle imprese contraenti di un medesimo comportamento, tendente alla suddivisione dello spazio di mercato, così come è vietato l'accordo verticale che si realizza in tutte quelle ipotesi in cui le imprese si trovano ad operare in fasi distinte del processo produttivo e distributivo¹³.

¹³ Gli "accordi verticali" sono gli accordi di distribuzione e di fornitura di beni o servizi conclusi tra imprese operanti, ciascuna, ad un diverso livello della catena di produzione o di distribuzione quali, ad esempio, quelli tra produttori e grossisti o dettaglianti. Ogni impresa opera, ai fini dell'accordo, ad uno stadio economico diverso, per quanto riguarda la fornitura, l'acquisto di beni destinati alla rivendita o alla trasformazione o la commercializzazione di servizi. L'accordo disciplina le condizioni a cui le parti possono acquistare, vendere o rivendere determinati beni o servizi. Un tipico accordo verticale è quello di distribuzione esclusiva o selettiva. Nell'ambito di un accordo di distribuzione esclusiva, il fornitore accetta di vendere i suoi prodotti ad un unico distributore per la loro rivendita in un territorio determinato. Allo stesso tempo, il distributore è spesso limitato nelle sue vendite attive verso altri territori esclusivi. Dal punto di vista della concorrenza, questo sistema rischia di indebolire soprattutto la concorrenza all'interno del marchio e di precludere l'accesso al mercato, in modo tale che ne potrebbe risultare una differenziazione dei prezzi. Quando la maggioranza o la totalità dei fornitori applica la distribuzione esclusiva, ciò può facilitare le collusioni, sia al loro livello che al livello dei distributori. Come gli accordi di distribuzione esclusiva, gli accordi di distribuzione selettiva restringono da una parte il numero dei distributori autorizzati e d'altra parte le loro possibilità di rivendita. Contrariamente a quanto accade con la distribuzione esclusiva però, il numero dei rivenditori autorizzati

Ancora, sono vietate le decisioni di associazioni di imprese. Nell'ambito delle decisioni di associazioni di imprese rientra qualsiasi forma di deliberazione, ancorché non vincolante, assunta da organismi o enti associativi, eventualmente anche di natura pubblicistica, rappresentativi di una categoria di imprese. Lo scopo deve essere quello di influenzare le condotte commerciali delle imprese affiliate, alterando il gioco della concorrenza.

La nozione di associazione di impresa elaborata in ambito comunitario e accolta anche in sede nazionale, comprende una vasta tipologia di fattispecie, tra cui le associazioni cooperative, le organizzazioni *no profit*, i consorzi, le associazioni di associazioni (c.d. associazioni di secondo grado), i gruppi europei di interesse economico, etc. Le associazioni, inoltre, sono caratterizzate dall'esistenza di una "struttura comune" avente natura corporativa, sia essa dotata o meno di personalità giuridica, che indipendentemente dal perseguimento o meno di uno scopo di lucro abbia la funzione di esprimere la volontà collettiva delle imprese che vi fanno parte, influenzando così le singole condotte.

Tra le decisioni assunte da un'associazione rientra qualunque atto, ancorché privo di carattere formale vincolante, che costituisca la manifestazione della volontà delle imprese che fanno parte della struttura commerciale; classici esempi di decisioni sono i regolamenti, le delibere, le circolari e le raccomandazioni. L'atto, inoltre, deve necessariamente determinare un coordinamento dei comportamen-

non dipende dal numero dei territori, ma da criteri di selezione legati innanzitutto alla natura del prodotto. Un'altra differenza consiste nel fatto che la restrizione in materia di rivendita non concerne le vendite attive effettuate all'esterno di un territorio, ma tutte le vendite realizzate con dei distributori non autorizzati. Di conseguenza, solo i distributori designati ed i consumatori finali possono diventare acquirenti. Nella maggioranza dei casi, la distribuzione selettiva è utilizzata per la distribuzione di prodotti finali di marca. Dal punto di vista della concorrenza, questo tipo di distribuzione rischia di indebolire la concorrenza all'interno del marchio e, soprattutto se si ha un effetto cumulativo, di escludere uno o più tipi di distributori ed agevolare la collusione tra fornitori o acquirenti. La materia è disciplinata dal Regolamento 2790 del 1999, che cesserà di avere valore allo scadere del periodo transitorio del nuovo Regolamento e quindi, come detto, il 1° giugno 2011.

ti delle imprese sul mercato per cui la concorrenza tra le stesse ne risulti alterata.

Il ricorso all'associazione d'impresa, al fine di porre in essere un coordinamento di condotte illecite, è ricorrente nella prassi. Infatti, soprattutto quando il numero delle imprese è elevato la concertazione può essere facilmente raggiunta per il tramite di un organismo comune, in modo da consentire un'attenuazione della responsabilità diretta utilizzando come scudo lo strumento delle associazioni di categoria, che ben si presta a dissimulare le condotte anti-competitive delle imprese. La previsione normativa di questa fattispecie, mira a facilitare il compito investigativo dell'Autorità *antitrust* sulla quale grava l'onere probatorio, consentendole di imputare la responsabilità all'associazione.

In sintesi, ci si trova di fronte ad una organizzazione avente prevalentemente natura corporativa e dotata di un organismo di coordinamento.

Il termine "decisioni", poi, comprende tanto le raccomandazioni adottate dalle associazioni, tanto il rispetto delle stesse da parte dei suoi membri. Giova precisare che tutte le imprese aderenti sono imputabili e solidalmente responsabili della violazione, salvo che dimostrino una chiara ed esplicita opposizione alla decisione relativa la pratica vietata.

A completare il quadro delle intese vietate ci sono le pratiche concordate, che sono state definite dalla Corte di Giustizia come una *"forma coordinamento delle imprese che, senza essere stata spinta fino all'attuazione di un vero e proprio accordo, costituisce in pratica una consapevole collaborazione fra le imprese stesse, a danno della concorrenza, collaborazione la quale porti a condizioni di concorrenza non corrispondenti a quelle normali del mercato, tenuto conto della natura dei prodotti, dell'entità e del numero delle imprese, nonché del volume e delle caratteristiche del mercato stesso"*¹⁴.

L'assunto da cui muove la Corte è che, in un regime di concorrenza non falsata, gli operatori devono essere liberi di determinare la loro condotta sul mercato. Pertanto, è ve-

¹⁴ Corte di Giustizia, 16 dicembre 1957, *Suiker Unie*, cause riunite 40/73 e al., in www.Curia.eu.

ro che deve riconoscersi loro il diritto di reagire intelligentemente al comportamento noto o presunto dei contraenti, tuttavia *“l’esigenza di autonomia vieta rigorosamente che fra gli operatori stessi abbiano luogo contatti diretti o indiretti aventi lo scopo o l’effetto di influire sul comportamento tenuto sul mercato da un concorrente attuale o potenziale, ovvero di rivelare ad un concorrente il comportamento che l’interessato ha deciso, o prevede, di tenere egli stesso sul mercato”*¹⁵. In sostanza, di fronte ad imprese che agiscono in maniera identica o simile, instaurando una sorta di parallelismo di comportamenti, bisogna porsi il quesito se si tratti di scelte autonome delle imprese, ovvero se ci si trovi di fronte al risultato di una concertazione. Solitamente, sono considerati indizi di pratiche concordate l’organizzazione di riunioni periodiche tra le imprese operanti nello stesso mercato o la circostanza che le imprese concorrenti abbiano dato vita ad un periodico scambio di informazioni riservate.

In conclusione, le pratiche - lungi dal risultare da decisioni unilaterali - sono frutto della collaborazione fra i soggetti interessati, i quali hanno consapevolmente escluso i rischi della concorrenza instaurando una collaborazione pratica che porta ad una situazione non corrispondente alle normali condizioni di mercato a detrimento dell’effettiva libertà di circolazione delle merci e della libera scelta dei fornitori da parte dei consumatori¹⁶.

L’articolo 101 TFUE si applica alle categorie di intese appena richiamate a condizione che le pratiche risultino restrittive della concorrenza e siano suscettibili di pregiudicare il commercio tra Stati membri.

Sia la Commissione, sia la Corte di Giustizia, sia il Tribunale hanno sottolineato che il pregiudizio derivante dall’intese deve essere sensibile e rilevante per la concorrenza ed al commercio tra Stati; da ciò discende che gli accordi di minore importanza (cc.dd. accordi *de minimis*) non interessano il diritto europeo. Invero, la Commissione, attraverso delle comunicazioni aventi ad oggetto taluni casi di accordi minori, ha individuato nel corso degli anni delle

¹⁵ Corte di Giustizia, sent. 16 dicembre 1957, *Suiker Unie cit.*

¹⁶ Così la Corte di Giustizia nel caso degli “zuccherifici riuniti” del 1957, cit.

soglie al di sotto delle quali scatta il beneficio derivante dalla non applicazione dell'art. 101 TFUE; in ogni caso, si tratta di valutare le condizioni che rendono l'intesa "innocua", in grado cioè di non falsare il gioco concorrenziale. Pertanto, mutate le condizioni, la Commissione potrà procedere a riconsiderare l'intesa valutando se la stessa continui o meno a far parte degli accordi *de minimis*.

Infine, la disciplina comunitaria delle intese restrittive della concorrenza è completata, come già accennato, con il terzo paragrafo dell'articolo 101 TFUE.

Il divieto contenuto nel primo paragrafo opera automaticamente e immediatamente, ma non può considerarsi assoluto; infatti è prevista la possibilità di dichiarare inapplicabile il divieto a quelle intese che apportano complessivamente dei benefici alla collettività che compensano largamente gli effetti anti-concorrenziali delle stesse. In pratica, il divieto non si applica a quegli accordi, decisioni di associazioni e pratiche concordate, che contribuiscano a migliorare la produzione o la distribuzione dei prodotti o a promuovere il progresso tecnico o economico, evitando di imporre alle imprese interessate restrizioni che non siano indispensabili per raggiungere gli obiettivi; dare a tali imprese la possibilità di eliminare la concorrenza per una parte sostanziale dei prodotti di cui trattasi.

Pertanto, le intese sono suscettibili di deroghe, comunemente definite "esenzioni", stabilite con appositi regolamenti.

Si parla di regolamenti di esenzione, emanati solitamente dalla Commissione Europea su delega del Consiglio. In alternativa, l'esenzione può essere rilasciata tramite una decisione della Commissione adottata a seguito di un'esplicita richiesta delle parti interessate, qualora le stesse nutrano dei dubbi circa la corrispondenza dell'intesa raggiunta al dettato del paragrafo terzo dell'art. 101, direttamente applicabile a seguito del Regolamento 1/2003.

È importante ricordare come il Regolamento 1/2003, entrato in vigore il 1° maggio 2004, ha modificato il terzo paragrafo, dell'articolo in esame, da disposizione attuabile solo dalla Commissione a norma direttamente applicabile sia dalla stessa nell'ambito dell'Unione, sia dalle Autorità di controllo dei singoli Stati membri. Inoltre, nel sistema delle

esenzioni il Regolamento della Commissione n. 2790/1999, relativo agli accordi verticali e pratiche concordate, prevede esenzioni per gli accordi verticali, unitariamente considerati e sostituisce le esenzioni concesse per gli accordi commerciali dei beni finali, dei beni intermedi e dei servizi dettando una disciplina uniforme per tutti gli accordi verticali, che sostituisce i regolamenti adottati in materia di fornitura esclusiva, di acquisto esclusivo e di *franchising*. Caratteristica importante di questo regolamento è che esso non contiene un'elencazione delle restrizioni consentite e di quelle vietate, ma specifica soltanto le restrizioni non ammesse, realizzando in tal modo un passo fondamentale verso la semplificazione, il decentramento amministrativo e la modernizzazione della disciplina della concorrenza, che ha trovato ampia realizzazione nel Regolamento 1/2003.

In ambito comunitario, l'istituto dell'esenzione, sia nella forma individuale, che nella variante dei regolamenti di esenzione per categoria, è stato oggetto di estesa (e critica) applicazione, a causa della tradizionale tendenza della Commissione Europea ad interpretare in maniera molto estensiva il divieto posto dal primo paragrafo dell'attuale art. 101 TFUE, nel senso cioè di qualificare come restrittiva della concorrenza qualsiasi forma di limitazione della libertà contrattuale delle imprese, per poi effettuare un bilancio competitivo globale dell'accordo nell'ambito del terzo paragrafo dello stesso articolo¹⁷.

¹⁷ Anche le giurisdizioni comunitarie, periodicamente, hanno comunque sempre suggerito un approccio meno formalista nell'applicazione dell'allora art. 81 del Trattato di Roma. In particolare, fra le pronunce che si sono espresse a favore di un'interpretazione meno restrittiva del divieto di cui all'art. 81.1 si vedano, corte di Giustizia, 15 dicembre 1994, *Gottrup klim e a.*, C-250, in *Racc.*, p. I-5641 e tribunale di primo grado, 15 settembre 1998, *European Night Services*, T-374/94, T-384/94 e T-388/94, in *Racc.*, p. II-03141. Successivamente, le stesse *Linee direttrici* sull'applicazione dell'art. 81, paragrafo 3, del Trattato 8in *GUCE* 2004, C 101/97), hanno ribadito come la Commissione, nella valutazione della restrittività di un accordo ai sensi dell'art. 81.1, dovesse tener conto del contesto reale di cui la concorrenza sarebbe esercitata qualora non esistesse l'accordo in oggetto, con le clausole di cui si ipotizza il carattere restrittivo (par. 17).

3. La rilevanza degli accordi limitativi della concorrenza nell'ordinamento nazionale

La legge del 10 ottobre 1990, n. 287, riprende all'art. 2 quanto disposto dall'art. 101 del Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea (ex art. 81 del Trattato CE), il quale dichiara *“incompatibili con il mercato interno e vietati tutti gli accordi tra imprese, tutte le decisioni di associazioni di imprese e tutte le pratiche concordate che possono pregiudicare il commercio tra gli Stati membri e che abbiano per oggetto o per effetto di impedire, restringere o falsare il gioco della concorrenza all'interno del mercato interno”*.

Tali relazioni tra imprese sono quelle definite congiuntamente come intese, anche se il Trattato non adotta esplicitamente questo termine.

Presupponendo l'intesa, un rapporto tra una pluralità di imprese, non possono essere ricompresi nel divieto di cui all'art. 101 TFUE i comportamenti adottati da soggetti indipendenti dal punto di vista giuridico ma legati tra loro da vincoli economici, tanto da poter individuare in essi un'unica entità. Il riferimento è, in particolare, al caso di una società madre che esercita un controllo su una o più società figlie ovvero a quello di un gruppo di società aventi al vertice una *holding*. Tuttavia, affinché tali rapporti siano esclusi dall'applicazione dell'art. 101 TFUE, non basta un mero vincolo di dipendenza, ma è necessario che il controllo esercitato dalla società madre sulle società figlie, o dalla *holding* verso le altre società, sia tale da far sì che la società non disponga di un'effettiva autonomia nella determinazione del proprio comportamento sul mercato. A questo proposito, la Corte di Giustizia ha chiarito che gli accordi conclusi da un gruppo, in cui le società affiliate sono totalmente controllate dalla capogruppo, hanno *“semplicemente lo scopo di ripartire i compiti all'interno del gruppo”*.¹⁸

Come sopra detto, sulla falsariga dell'art. 101 del TFUE, l'art. 2 della legge 287/90, vieta le intese tra imprese che *“che abbiano per oggetto o per effetto di impedire, restringere o falsare in maniera consistente il gioco della concorrenza all'interno del mercato nazionale o in una sua parte rilevante.”*

¹⁸Corte di Giustizia, sent. 31 ottobre 1974, *Cetrafarm*, causa 15/74, in www.curia.eu.

La nozione di intesa, rilevante ai fini dell'applicazione del divieto, ricomprende gli accordi tra imprese, le pratiche concordate nonché le deliberazioni di consorzi, associazioni di imprese ed altri organismi similari.

La norma richiama tipiche forme di intese anti-concorrenziali, che sono quelle volte alla: *i)* fissazione dei prezzi o di altre condizioni contrattuali; *ii)* limitazione della produzione o degli accessi al mercato; *iii)* compartimentazione del mercato; *iv)* discriminazione delle condizioni commerciali applicate; *v)* imposizioni di prestazioni supplementari estranee all'oggetto del contratto, altrimenti note come *tie-in*. Naturalmente, si tratta di un'elencazione esemplificativa senza pretesa di esaustività.

Ulteriore distinzione di uso comune è quella tra intese orizzontali e intese verticali: le prime intervengono tra soggetti operanti nello stesso mercato, mentre le seconde coinvolgono imprese operanti su mercati distinti, ma relativi a prodotti o servizi collocati in stadi successivi di un medesimo processo produttivo.

La caratteristica anti-competitiva dell'intesa deriva da specifici elementi costitutivi, vale a dire la presenza di due o più imprese indipendenti cui imputare la condotta anti-concorrenziale, in grado di realizzare un coordinamento di qualsiasi forma avente un oggetto o un effetto restrittivo della concorrenza e la sua consistenza¹⁹.

Occorre precisare sin da ora che ai fini dell'applicazione delle norme *antitrust* la nozione di impresa a cui occorre fa riferimento è diversa e molto più ampia rispetto a quella civilistica. La normativa dell'Unione europea in materia di concorrenza è particolarmente significativa, dato che uno degli obiettivi primari del Trattato CE (art. 3 lett. g), oggi confermato dall'articolo 4 del TFUE, è quello di realizzare un regime inteso a garantire la concorrenza non falsata nel mercato interno. Il Trattato attribuisce la competenza esclusiva all'Unione nella definizione delle re-

¹⁹ L'art. 2 della legge 287/90 richiede, come ulteriore requisito, che l'intesa riguardi una parte rilevante del territorio nazionale. Tuttavia, sulla base della prassi dell'Autorità, avallata dal giudice amministrativo, tale requisito sembra sostanzialmente ricompreso nella nozione di consistenza.

gole di concorrenza necessarie al funzionamento del mercato interno.

Tornando sulla definizione di impresa, giova considerare che, nonostante le previsioni in materia di concorrenza contenute nel Titolo VII della parte terza del TFUE (intitolato “Norme comuni sulla concorrenza, sulla fiscalità e sul ravvicinamento delle legislazioni”) – precisamente gli artt. 101 (intese restrittive della concorrenza), 102 (abuso di posizione dominante) e 107 (aiuti di Stato) – nei Regolamenti attuativi e nel Regolamento in materia di concentrazioni, facciano riferimento al concetto di impresa, all’interno del Trattato non è dato rinvenirne alcuna nozione.

La giurisprudenza della Corte di Giustizia ha, peraltro, avuto modo di precisare che per impresa debba intendersi *“qualsiasi entità esplicante un’attività economica, indipendentemente dallo stato giuridico di questa entità e dal suo funzionamento”*. Parimenti, la Commissione ha chiarito che *“costituisce attività di natura economica qualsiasi attività che partecipi agli scambi economici, anche a prescindere dalla ricerca di profitto”*.

Ora, dal momento che il concetto di impresa non riceve una definizione normativa non stupisce nemmeno che le soluzioni pratiche raggiunte dalla Commissione o dai giudici comunitari non sempre appaiano conformi alle qualificazioni giuridiche tipiche degli ordinamenti nazionali. È palese, infatti, la scelta di qualificare “impresa” qualsiasi organizzazione valutata in termini di mercato.

Pertanto, sembra che sia da considerare come impresa qualsiasi attività che abbia un carattere economico, rapportato alla circostanza che l’attività possa dar luogo a scambi commerciali.

Così, la Corte di Giustizia, sia pure in relazione agli articoli 59 e 60 del Trattato CE (oggi artt. 56 e 57 TFUE), concernenti la libera prestazione di servizi, ha ritenuto che il concetto di attività economica include le attività svolte dai membri di una comunità fondata su una religione o su un’altra concezione spirituale o filosofica della vita nell’ambito delle attività commerciali esercitate da tale comunità, qualora le prestazioni fornite dalla comunità ai suoi membri possano essere considerate come la diretta contropartita di attività reali ed effettive, invero nel diritto

dell'Unione europea, la nozione di soggetto di diritto, ai fini dell'applicazione delle norme sulla concorrenza, non si identifica con la titolarità della personalità giuridica, ma è rapportato alla mera capacità di essere destinatario di diritti e di obbligazioni.

Una conferma di questo particolare criterio di imputazione, si ricava da alcune decisioni della Commissione, la quale ha sostenuto che l'incorporazione di un'impresa in un'altra non annulla la responsabilità per il comportamento anti-concorrenziale dell'impresa assorbita. Secondo la Commissione, infatti, sotto il profilo economico, l'impresa ha proseguito la sua esistenza.²⁰

Anche nella giurisprudenza del Tribunale di primo grado, si è affermata un'interpretazione puramente economica dell'art. 81 TCE, rivolto ad ogni entità economica costituita da un insieme di elementi materiali ed umani che possano concorrere alla commissione di un'infrazione.; lo stesso ha sottolineato che *"qualora, tra il momento in cui viene commessa l'infrazione ed il momento in cui l'impresa deve risponderne, la persona responsabile della gestione dell'impresa abbia cessato di esistere giuridicamente, occorre identificare la persona che è divenuta responsabile della gestione, allo scopo di evitare che, in seguito alla scomparsa della persona che era responsabile al momento in cui è stata commessa l'infrazione, l'impresa possa non rispondere di quest'ultima"*²¹.

Appare chiaro che le autorità preposte in seno all'Unione ricercano sempre la soluzione che riesca maggiormente a dare un risultato concreto, anche a costo di rinunciare ad un suo solido fondamento giuridico.

Ad ulteriore conferma dell'ampia definizione accolta del concetto di impresa, si può ricordare un'altra sentenza della Corte di giustizia dove viene puntualizzato che *"nel contesto del diritto della concorrenza, la nozione di impresa comprende qualsiasi entità che svolge un'attività economica, a prescindere dal suo status giuridico e dalle sue modalità di funzionamento"*.²² La Corte di Giustizia sottolinea come l'attività di collocamento di manodopera sia un'attività economica e

²⁰ Decisione del 23 aprile 1986, caso *Polipropilene*

²¹ TPI, 17 dicembre 1991, *Enichem Anic S.p.a.*

²² CGCE, 11 dicembre 1997, *Job centre Coop. a r.l.*

che la circostanza che tale attività sia affidata di norma a pubblici uffici non incide sulla sua natura economica, dato che la stessa non è necessariamente svolta da enti pubblici²³.

Alla luce di quanto sin qui detto, può affermarsi che per il diritto dell'Unione, la nozione di impresa abbraccia qualsiasi entità che eserciti un'attività economica a prescindere dallo *status* giuridico e dalle modalità di finanziamento.

La nozione di impresa²⁴ assume un ruolo decisivo ai fini dell'applicazione delle norme in materia di intese anche nel nostro ordinamento.

In assenza di un'esplicita definizione normativa, coerentemente con l'indirizzo comunitario, l'Autorità Garante ha elaborato nella prassi una "nozione" di impresa propria del diritto della concorrenza e comunemente definita funzionale, dalla portata molto ampia, che travalica i confini della nozione civilistica e dove ciò che rileva è la natura dell'attività posta in essere da un soggetto, non la sua forma giuridica, né la sua organizzazione interna, né l'oggetto dell'attività svolta.

²³ La Corte di Giustizia è ritornata sulla qualificazione di impresa in una recente decisione del 24 ottobre 2002, relativa alla causa *Aéroports de Paris*. L'aeroporto di Parigi (ADP), con il suo settimo motivo di ricorso, riteneva che il Tribunale avesse errato nel qualificare come lo stesso come impresa ai sensi dell'art. 86 (poi 82 del Trattato CE, oggi 102 TFUE). L'appellante, in particolare, sosteneva che "l'amministrazione del demanio pubblico, nell'attività controversa nel caso di specie, comporterebbe l'esercizio di prerogative dei pubblici poteri e, pertanto, non potrebbe costituire un'attività di impresa ai sensi dell'art. 86 del Trattato". La Corte ha affermato che "come la Commissione ha giustamente sostenuto, la circostanza che un ente disponga, per l'esercizio di una parte della propria attività, di prerogative dei pubblici poteri, non impedisce, di per sé solo, di qualificarla come impresa ai sensi dell'art. 86 del Trattato CE". È necessario, pertanto, procedere appurando la natura dell'attività svolta. Inoltre, la Corte ha ricordato come il Tribunale abbia operato una distinzione tra attività puramente amministrativa dell'ADP, in particolare i compiti di polizia, e le attività di gestione e di esercizio degli aeroporti parigini, che sono compensate da canoni commerciali che variano a seconda del fatturato realizzato.

²⁴ L. DI VIA, *L'impresa*, in *Trattato dir. priv. eur.*, a cura di N. LIPARI, Padova, 2003, II, pag. 54; G. GUIZZI, *Il concetto di impresa tra diritto comunitario, legge antitrust e codice civile*, in *Riv. dir. comm.*, 1993, pag. 277.

La nozione di impresa, ai fini *antitrust*, la cui portata è unitaria nel contesto applicativo delle previsioni in materia di intese, abusi di posizione dominante e di imprese titolari di diritti speciali o esclusivi *ex artt.* 2,3 e 8 della legge 287/90 comprende, perciò, qualsiasi entità che esercita un'attività economica a prescindere dal suo *status* giuridico e dalle modalità del suo funzionamento²⁵.

Conseguentemente, in sede comunitaria, sono stati ritenuti imprese, ai fini dell'applicazione della disciplina *antitrust*, tra l'altro, gli imprenditori individuali, le società di persone e di capitali, le cooperative commerciali e agricole, i consorzi con attività interna ed esterna, le associazioni commerciali e di categoria e le fondazioni che svolgono attività economiche²⁶. Analogamente, anche gli esercenti delle professioni liberali sono stati ritenuti imprese a pieno titolo ai fini della normativa della concorrenza, così come i cantanti lirici di fama internazionale²⁷.

4. I presupposti per l'operatività del divieto di intese restrittive della concorrenza.

²⁵ La nozione di impresa ai fini della disciplina *antitrust* italiana riprende fedelmente la nozione definita dalla Corte di Giustizia. Fra tutte, CGCE, 18 giugno 1991, *Hofner and Elser/Macroton Gmb*, 41/90, Racc. p. I-1979, punto 21.

²⁶ Uno dei numerosi casi in cui un individuo è stato considerato impresa, Commissione europea, 2 dicembre 1975, *AOIP c. Beyrard*, in GUCE 1976, L 6/15.

²⁷ Corte di Giustizia, 12 settembre 2000, *Pavel Pavlov/Stichting Pensioenfonds Medische Specialisten*, C-180/98, Racc. I-6451, punto 77. Da ultimo, AGCM, 25 marzo 200, *Guardia di Finanza/Federazione Italiana Agenti Immobiliari Professionali*, in Boll. n. 29/2004, con cui è stata riconosciuta la natura di impresa in relazione all'attività professionale di prestazione di servizi svolta, rispettivamente, dagli agenti immobiliari e dai periti assicurativi. Si veda anche, AGCM, 27 settembre 2000, *Ordine dei medici chirurghi e odontoiatri*, in Boll. n. 39/2000, nonché 26 novembre 1998, *Consigli Nazionali dei Ragionieri e Periti Commerciali e dei Dottori Commercialisti*, in Boll. n. 48/1998, con cui è stata riconosciuta la natura di impresa, ai fini *antitrust*, di soggetti che offrono prestazioni di carattere intellettuale, in quanto anche la natura tecnica o specializzata di tali prestazioni o il fatto che le stesse siano fornite su base personale e diretta non sono elementi idonei a modificarne la natura di attività economica, nella misura in cui i professionisti offrano i propri servizi sul mercato a titolo oneroso, in modo stabile e in forma indipendente.

Come finora specificato, il nostro ordinamento, come tutti gli ordinamenti che hanno adottato una disciplina *anti-trust*, prevede tra le sue regole fondanti il divieto per le imprese di porre in essere intese restrittive della concorrenza²⁸.

Tuttavia, essendo l'obiettivo primario delle moderne legislazioni quello di incrementare il benessere dei consumatori preservando la struttura competitiva del mercato, è facile comprendere come non tutte le intese debbano essere considerate automaticamente restrittive della concorrenza per il solo fatto di limitare l'autonomia delle imprese nella determinazione della loro politica commerciale.

A questo proposito può ricorrere utile un esempio. Si può considerare l'ipotesi di due o più imprese che pongono in essere una forma di collaborazione, anche ad esempio costituendo una *joint venture* con lo scopo di produrre un bene che ciascuna di esse, singolarmente, non avrebbe potuto realizzare, in ragione degli investimenti e della tecnologia richiesti. In questo caso, si tratta di un'ipotesi di intesa che, nonostante ponga dei limiti all'autonomia contrattuale delle parti, presenta degli aspetti pro-competitivi, in ragione dei benefici che genera: l'innovazione, la qualità dei prodotti, la razionalizzazione ed il risparmio dei costi di distribuzione, etc., a vantaggio dei consumatori e degli utenti.

Questo esempio fa capire bene come sia, allora, necessario valutare concretamente la natura restrittiva di un'intesa, sia in ragione del suo oggetto, sia in ragione della possibilità che la stessa produca effetti distorsivi della concorrenza sul mercato in cui le parti operano.

Di fatto, la *ratio* del divieto di cui all'art. 2 della legge n. 287/90, è non già quella di vietare *tout court* la collaborazione tra imprese concorrenti, bensì quella di impedire comportamenti collusivi che siano suscettibili di alterare gli equilibri del mercato in modo apprezzabile.

È vero anche che in presenza di accordi aventi lo scopo ultimo ed esplicito di restringere il gioco concorrenziale

²⁸ Per un'analisi delle intese restrittive della concorrenza in ambito comunitario, cfr. BELLAMY & CHILD, *European Community Law of Competition*, V ed., London, 2001, pagg. 44 e ss. Per una rassegna della casistica nazionale, cfr. *Commentario breve al diritto della concorrenza*, a cura di MARCHETTI-UBERTAZZI, III, Padova, 2004, pagg. 2310 e ss.

in modo rilevante²⁹, le autorità di controllo non procedono mai ad un'analisi economica approfondita, condannandoli *per sé*, per il solo fatto che questi abbiano un valore intrinsecamente restrittivo³⁰.

D'altra parte, esistono anche intese che presentano contestualmente effetti pro e anti-competitivi: tali intese richiedono valutazioni più complesse atte a determinare se i guadagni di efficienza riescano, quanto meno, a compensare la restrizione della concorrenza. A tal proposito, il nostro legislatore, sulla scorta delle disposizioni comunitarie, ha previsto all'art. 4 della legge *antitrust* la possibilità di un'autorizzazione in deroga (o esenzione), la quale è accordata dall'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato a quelle intese che apportano benefici alla collettività tali da compensare largamente gli effetti distorsivi della concorrenza.

Come accennato in precedenza, in ambito comunitario l'istituto dell'esenzione, tanto nella forma individuale, tanto nella variante dei regolamenti di esenzione per categoria, è stato oggetto di estesa - ancorché criticata - applicazione. La Commissione, infatti, si è ritrovata a fare un uso sempre più esteso di tale strumento interpretando in maniera estensiva il divieto posto dall'ex art. 81.1 TCE (oggi art. 101 TFUE). Invero, venivano considerati come restrittive della concorrenza tutti quei comportamenti in qualche modo limitativi della libertà individuale delle singole imprese operanti sul mercato, per poi effettuare un bilancio competitivo com-

²⁹ Come nel caso delle intese orizzontali tra concorrenti diretti, che prevedono una concertazione tra le imprese concorrenti circa i parametri concorrenziali, ossia i prezzi, le quantità o la ripartizione del mercato per aree geografiche.

³⁰ In ambito statunitense, è stata sviluppata la *per se condemnation theory* in base alla quale una pratica è dichiarata illegale senza che occorran ulteriori indagini. Generalmente, questa teoria viene applicata a tutte quelle condotte intrinsecamente anti-competitive e per le quali non è necessaria un'indagine dell'intento delle parti, ovvero circa gli effetti, tanto attuali tanto potenziali, della stessa. A tale teoria vengono riconosciuti indubbi vantaggi in termini di costi dell'azione giudiziaria, certezza del diritto e tempi.

plexivo dell'accordo nell'ambito del terzo comma del vecchio art. 81³¹.

Nel 2004 le *Linee Diretrici*³², sull'applicazione dell'art. 81, hanno ribadito che nella valutazione circa la restrittività delle intese, la Commissione debba tener conto del contesto reale in cui la concorrenza sarebbe esercitata qualora non esistesse l'accordo contenente le clausole di cui si ipotizza il carattere restrittivo (par. 17). Utilizzando questo parametro di riferimento, l'Autorità di controllo dovrà, pertanto, accertare l'impatto dell'accordo sia sulla concorrenza *inter-brand*, vale a dire la concorrenza tra le marche, che si svolge su un piano orizzontale fra diverse filiere produttive, sia sulla concorrenza *intra-brand*, ovvero quella che si svolge all'interno della stessa marca, che si sviluppa verticalmente tra gli operatori appartenenti alla medesima filiera produttiva.

In ambito nazionale, l'AGCM, ispirandosi in qualche misura alla dottrina statunitense della *rule of reason*, ha spesso ricollocato l'intera analisi di una intesa all'interno dell'art. 2 della legge, verificandone la restrittività o meno in esito ad un bilancio concorrenziale complessivo, che tiene conto del contesto di mercato in cui l'intesa esplica i suoi effetti. Questo ha consentito all'autorità di controllo nazionale di applicare la regola eccezionale dell'autorizzazione in deroga, prevista dall'art. 4 della legge *antitrust*, soltanto a seguito di una preventiva e tangibile dimostrazione degli effetti anti-concorrenziali dell'intesa.

Ora, facendo un passo indietro, conviene esaminare i presupposti che devono ricorrere ai fini dell'applicabilità

³¹ L'art. 81 del Trattato di Roma si articolava in due disposizioni distinte: un divieto previsto dal primo paragrafo ed una deroga al medesimo. Conseguenza è stata un'impostazione che ha condotto l'interprete a valutare dapprima la portata restrittiva dell'intesa per poi prendere in considerazione la possibilità di accordare una deroga al divieto, attraverso un'ulteriore e successiva valutazione. La Corte di Giustizia ha comunque suggerito un approccio meno formalista nell'applicazione dell'articolo in commento. Tra le pronunce che si sono espresse in senso favorevole ad un'interpretazione meno restrittiva del disposto, Corte di Giustizia, 15 dicembre 1994, *Gottrup Klim e a.*, C-250/92, Racc. p. I-5641 e Corte di Giustizia, 12 dicembre 1995, *Oude Luttikhuis e a.*, C-399/93, Racc. p. I-5641.

³² LINEE DIRETTRICI 2004, in *GUCE* 2004, C-101/97.

del divieto imposto dall'art. 2 della Legge *antitrust*, per meglio interpretare la regola eccezionale che consente l'autorizzazione in deroga di intese vietate.

5. Elementi costitutivi di un'intesa anticoncorrenziale

Elencandoli, gli elementi costitutivi di un'intesa anticoncorrenziale sono innanzitutto la presenza di due o più imprese indipendenti, alle quali imputare la condotta anticoncorrenziale; in secondo luogo, un coordinamento o una concertazione tra le imprese realizzabile in diverse forme; un oggetto o un effetto restrittivo della concorrenza ed infine la consistenza dell'intesa.

In relazione al primo elemento costitutivo dell'intesa anti-concorrenziale, viene in rilievo il concetto di impresa, che come ampiamente detto, in assenza di una esplicita definizione comunitaria, ha portato l'AGCM a elaborare nella prassi una nozione "funzionale"³³, che comprende qualsiasi entità che eserciti un'attività economica a prescindere dal suo *status* giuridico e dalle modalità del suo funzionamento.

Affinché si configuri un'intesa occorre provare l'esistenza di una concertazione tra imprese indipendenti, che può assumere le vesti di un accordo, di una pratica concordata, ovvero di una decisione di associazione di imprese. Secondo l'indirizzo interpretativo funzionale dell'AGCM, l'intesa ricomprende qualsiasi comportamento finalizzato, o comunque idoneo, a falsare il gioco della concorrenza. Pertanto, non è necessaria una puntuale riconduzione ad una o all'altra fattispecie tipizzata di intesa, che assume rilievo secondario.

L'altra indicazione che si ricava dall'articolo 2 della Legge *antitrust* è che le intese sono vietate in relazione al loro oggetto o al loro effetto. Quindi, le intese vietate sono quelle che abbiano per oggetto o per effetto di impedire, restringere o falsare, in maniera consistente, il gioco della concorrenza. Tali requisiti, secondo un consolidato orientamento della giurisprudenza tanto comunitaria, tanto na-

³³ Cfr. Fra tutte, Corte di Giustizia, 18 giugno 1991, *Hofner and Elser/Macroton GmbH*, 41/90, Racc. p. I-1979, punto 21.

zionale, sono da ritenersi alternativi e non cumulativi³⁴. Corollario è che, una volta provata la natura anticoncorrenziale dell'oggetto dell'intesa, non sarà necessario proseguire all'analisi degli effetti della stessa.

In realtà, l'effetto anticoncorrenziale è sempre presente, ma mentre in alcuni casi non va verificato perché immediatamente deducibile dalla natura dell'accordo, in altri casi deve essere verificato (e va provato dalla parte che denuncia o eccepisce a nullità dell'intesa).

Distinguere tra l'oggetto e l'effetto dell'intesa è molto importante, quindi è bene dare una definizione delle rispettive nozioni³⁵. Le *Linee Diretrici* sull'interpretazione dell'art. 81.3 del Trattato definiscono le intese restrittive della concorrenza per oggetto come "quelle che per loro stessa natura possono restringere la concorrenza. Si tratta di restrizioni che, alla luce degli obiettivi delle regole di concorrenza comunitarie, hanno una potenzialità talmente alta di produrre effetti negativi sulla concorrenza che è inutile, ai fini dell'applicazione dell'art. 81, paragrafo 1 dimostrare l'esistenza di effetti specifici sul mercato"³⁶. In coerenza con un approccio di tipo funzionale, con il termine oggetto non si vuol fare riferimento all'intento delle parti, che rileva al momento dell'irrogazione della sanzione piuttosto che in quello della valutazione circa la restrittività dell'accordo, bensì allo scopo oggettivo che l'intesa assume nel proprio contesto economico di riferimento³⁷. Generalmente, quindi, sono qualificate come restrittive in relazione al loro oggetto, le intese orizzontali volte alla fissazione dei prezzi, alla limitazione della produzione o alla ripartizione dei mercati e della clientela, ovvero le restrizioni verticali

³⁴ La prima sentenza che affermava l'alternatività dei due requisiti, risale al 1996, Corte di Giustizia, 30 giugno 1996, *Société Technique Minière/Maschinenbau Ulm GmbH*, C-56/65, Racc. p. I-235; a livello nazionale, Consiglio di Stato, VI, n. 2199/2000, *RC Auto*.

³⁵ Comunicazione della Commissione, *Linee Diretrici sull'applicazione dell'articolo 81 del Trattato*, 2004/C 101/08, in GUCE 2004, C 101/97, par.20. La distinzione, invece, sfuma nel quadro dell'applicazione dell'art. 81.3, che si applica agli accordi già considerati restrittivi della concorrenza.

³⁶ Comunicazione della Commissione, *Linee Diretrici sull'applicazione dell'articolo 81, paragrafo 3, del Trattato*, cit., par. 1.2.

³⁷ AGCM, 26 luglio 2001, *Accordo distributori esercenti cinema*, in Boll. n. 30/01.

che impongono prezzi minimi o fissi di vendita, o che prevedono una protezione territoriale assoluta o, ancora, impediscono le vendite passive³⁸. Innanzitutto, l'Autorità valuterà il contenuto dell'intesa e gli scopi da essa perseguiti e, in linea di massima, qualora risulti che le imprese abbiano convenuto di comportarsi allo scopo di falsare la concorrenza, non sarà necessaria una valutazione delle modalità attraverso cui tali comportamenti siano stati effettivamente posti in essere ed abbiano effettivamente inciso sul mercato³⁹. D'altra parte "può essere richiesta una valutazione dei fatti alla base dell'accordo e delle circostanze specifiche nelle quali esso funziona prima di poter concludere che una determinata restrizione costituisce una restrizione della concorrenza per oggetto. Le modalità di attuazione di un accordo possono rivelare una restrizione per oggetto, anche se l'accordo formale non contiene alcuna clausola espressa in tal senso"⁴⁰. Successivamente, verrà valutato l'impatto economico dell'intesa sulla concorrenza, se non altro in termini di apprezzamento della posizione delle parti all'interno del mercato, atteso che quest'ultima rileva ai fini dell'accertamento dell'ulteriore requisito richiesto dalla norma, vale a dire la consistenza della restrizione.

La valutazione degli effetti, invece, è necessaria tutte le volte in cui la natura anticoncorrenziale dell'oggetto non sia evidente. In particolare, l'effetto anticoncorrenziale va determinato sulla base di una valutazione dell'impatto concreto dell'intesa sulla concorrenza con riguardo alle caratteristiche del mercato sul quale questa incide⁴¹.

³⁸ Cnf. *Linee Diretrici*, cit., par. 23.

³⁹ Con riguardo alle pratiche concordate, come già anticipato nella sentenza *Polipropilene* la Corte di Giustizia ha escluso che la Commissione abbia l'obbligo di provarne l'effetto anticoncorrenziale, ovvero il nesso di causalità tra la concertazione collusiva delle parti e la loro condotta sul mercato. In questo caso, la collusione è presunta per il fatto che le imprese restano attive nel mercato di riferimento. Si assiste in questa ipotesi ad un'inversione dell'onere della prova a carico delle imprese coinvolte, cui è richiesto di dimostrare che la concertazione attuata non ha influenzato in alcun modo il loro comportamento commerciale successivo.

⁴⁰ *Linee Diretrici*, cit., par. 22.

⁴¹ Un esempio si rinviene nella sentenza della Corte di giustizia, 28 febbraio 1991, *Delimitis*, C-234/98, Racc. p. I-935, in cui la stessa afferma che "un contratto di fornitura di birra è vietato dall'art. 85, n.1, del

Gli effetti da tenere in considerazione sono sia quelli attuali, sia quelli potenziali, i quali devono essere consistenti e non trascurabili e ciò dipende, in primo luogo, dalla posizione delle parti sul mercato; tuttavia, il fatto che le quote delle parti superino le soglie di rilevanza fissate, a livello comunitario, dalla Comunicazione c.d. *de minimis*, ovvero le soglie massime stabilite ai fini dell'applicabilità dei regolamenti di esenzione per categoria, non determina automaticamente la consistenza degli effetti, che andranno valutati individualmente⁴².

Concludendo, anche nella valutazione degli effetti occorre seguire un approccio economico, fondato sull'apprezzamento del potere di mercato detenuto da una o più imprese parti dell'intesa e del potere di questa a creare o a rafforzare tale potere, ovvero consentirne lo sfruttamento in danno di concorrenti attuali o potenziali e/o degli utilizzatori.

Venendo all'analisi dell'ultimo requisito richiesto dall'art. 2 ai fini della valutazione della restrittività di un'intesa, sulla base di quanto già premesso e cioè che obiettivo di tutte le moderne legislazioni antitrust è quello di prevenire e reprimere solo quei comportamenti delle imprese suscettibili di arrecare un danno apprezzabile al libero gioco concorrenziale, appare chiaro che a nulla giova perseguire quelle condotte che abbiano effetti distorsivi della concorrenza minimi o impercettibili. La nozione di consistenza fa riferimento ad una soglia di "apprezzabilità" della restrizione, al di sotto della quale l'intesa non è vietata, in

Trattato qualora ricorrano due condizioni cumulative. Occorre, in primo luogo, che, tenuto conto del contesto economico e giuridico del contratto oggetto della controversia, il mercato nazionale della distribuzione di birra nei pubblici esercizi sia difficilmente accessibile a concorrenti che potrebbero insediarsi in tale mercato o espandere ivi la loro quota di mercato. Il fatto che il contratto di cui trattasi faccia parte in tale mercato di un complesso di contratti analoghi, che producono un effetto cumulativo sul gioco della concorrenza, costituisce solo un fattore, fra tanti, per valutare se un siffatto mercato sia effettivamente di difficile accesso. È necessario, in secondo luogo, che il contratto di cui trattasi contribuisca in modo significativo all'effetto di blocco prodotto dal complesso di questi contratti, nel loro contesto economico e giuridico. L'importanza del contributo del contratto individuale dipende dalla posizione delle parti contraenti sul mercato considerato e dalla durata del contratto".

⁴² Cnf. Linee Diretrici, cit., parr. 25-27.

quanto difetta l' idoneità della stessa a produrre effetti rilevanti sul mercato.

A livello comunitario, le intese devono soddisfare una ulteriore condizione: l' idoneità a pregiudicare il commercio intra-comunitario. Il criterio del pregiudizio al commercio tra gli Stati membri costituisce, peraltro, il discrimine tra fattispecie comunitarie e fattispecie di rilevanza nazionale, senza tralasciare che l' intensità della distorsione della concorrenza sul mercato, con riguardo agli effetti concreti causati dall' intesa, va apprezzata in relazione alla posizione che sul medesimo hanno le imprese autrici della condotta illecita.

CAPITOLO II

IL MODELLO ISTITUZIONALE ADOTTATO DALLA LEGGE ANTITRUST

Il modello istituzionale voluto dal Legislatore del 1990, per ragioni che attengono essenzialmente alla fase genetica della legge *antitrust*⁴³, si basa su una tutela "binaria":

- da un lato vi è l'attribuzione all'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato del compito di accertare le infrazioni e la conseguenziale competenza del giudice amministrativo in sede di giurisdizione esclusiva (TAR Lazio in primo grado, e Consiglio di Stato in appello) a conoscere dei ricorsi avverso i provvedimenti amministrativi dell'Autorità (art. 33, comma 1);

- dall'altro vi è la competenza esclusiva ed in unico grado della Corte di Appello competente per territorio⁴⁴ a conoscere delle azioni di nullità, risarcimento del danno e dei ricorsi intesi ad ottenere provvedimenti di urgenza in relazione alla violazione della legge 287/90 (art. 33, comma 2)⁴⁵.

⁴³ In sede di approvazione della disciplina *antitrust* la scelta del regime giurisdizionale fu molto dibattuta. Nel corso dei lavori parlamentari furono prospettati due modelli di tutela differenziati: il primo prevedeva una forma di tutela della concorrenza fondata sui poteri dell'Autorità giudiziaria ordinaria (Corte di Appello); il secondo una ripartizione tra la competenza del giudice ordinario (Tribunale di Roma) e il giudice amministrativo, basata sulla tradizionale distinzione tra atti lesivi di diritti soggettivi e atti lesivi di interessi legittimi. La questione è stata, infine, risolta prevedendo la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo in ragione delle difficoltà di individuare, in sede di prospettazione dell'azione, la situazione giuridica soggettiva lesa in presenza di attività protette da norme di rango costituzionale.

⁴⁴ G.V. DONATIVI, *Introduzione della disciplina antitrust nel sistema legislativo italiano: le premesse*, Milano, 1990.

⁴⁵ L'articolo 33 della L. 287/90 relativo alla "Tutela giurisdizionale" dispone che "1. I ricorsi avverso i provvedimenti amministrativi adottati sulla base delle disposizioni di cui ai titoli dal I al IV della presente legge rientrano nella giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo. Essi devono essere proposti davanti al Tribunale amministrativo re-

Il meccanismo su cui si basa la disciplina legale delle intese restrittive della concorrenza porta con sé una serie di aspetti problematici legati principalmente alla definizione del ruolo attribuito al giudice ordinario e a quella dei rapporti, come già accennato tra la tutela giurisdizionale e quella amministrativa.

Invero, quello che può accadere è che durante il decorso dell'istruttoria da parte delle competenti Autorità pubbliche o anche nelle more dell'impugnazione del provvedimento finale innanzi agli organismi deputati a tale sindacato, siano instaurati procedimenti giudiziari ordinari riguardanti identiche questioni di diritto e di fatto.

Se queste sono le premesse, i quesiti che attendono risposta sono due:

- innanzitutto, perché, una volta che la tutela della concorrenza e del mercato è stata affidata ad un'autorità indipendente, ad essa è stata affiancata la competenza del giudice ordinario?

- ed ancora, come far convivere questa duplice tutela?

2. L'AGCM

Prima di proseguire con l'esame dei profili problematici che il modello del doppio binario del sistema di valutazione e controllo delle intese anticoncorrenziali genera, giova ricordare che la legge antitrust ha istituito un'autorità amministrativa indipendente specificamente preposta all'applicazione delle regole di concorrenza: l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato.

L'AGCM, in particolare, interviene a reprimere le condotte anticoncorrenziali attuate dalle imprese sul mercato, segnatamente le intese restrittive della concorrenza e gli abusi di posizione dominante, ed esercita un controllo preventivo sulle operazioni di concentrazione tra imprese. Essa svolge, altresì un'attività consultiva e di segnalazione al

gionale del Lazio.

2. Le azioni di nullità e di risarcimento del danno, nonché i ricorsi intesi ad ottenere provvedimenti di urgenza in relazione alla violazione delle disposizioni di cui ai titoli dal I al IV sono promossi davanti alla corte d'appello competente per territorio.

Governo, al Parlamento ed alle pubbliche amministrazioni in merito all'emanazione di leggi e provvedimenti amministrativi, nonché di iniziative legislative o regolamentari suscettibili di generare distorsioni concorrenziali (artt. 21 e 22 della legge).

In materia *antitrust* il legislatore, con la sola parziale eccezione del settore bancario, ha conferito all'AGCM poteri generali di intervento, attribuendo poi, in un numero limitato di comparti, una funzione consultiva alle autorità settoriali, chiamate, in ragione delle loro specifiche competenze, a fornire un contributo tecnico che consenta un'applicazione della normativa a tutela della concorrenza tenendo adeguatamente conto delle peculiarità dei settori in questione.

L'Autorità, inoltre, applica in veste decentrata le norme comunitarie di concorrenza (c.d. competenze esterne).

2.1 (segue). Natura e funzioni

L'AGCM rientra nella categoria delle amministrazioni indipendenti dal potere esecutivo, istituzioni preposte alla cura di interessi collettivi di particolare rilievo, dotate di un forte grado di indipendenza, non essendo sottoposte al potere di indirizzo politico del Governo.

Il modello delle autorità indipendenti, conosciuto nel nostro ordinamento sin da epoca risalente, ha vissuto una forte espansione nel corso degli anni '90, anche in seguito alle tensioni politiche registrate nel paese per le grandi inchieste giudiziarie dell'inizio del decennio, poi sfociate nella crisi e nella conseguente perdita di credibilità delle istituzioni governative.

Nell'ambito dell'ampio *genus* delle autorità amministrative indipendenti, l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato incarna il modello più "puro" di autorità indipendente, significativamente riconosciuta come tale proprio dalla legge istitutiva, per la tipologia di interessi alla cui tutela è preposta, la natura delle funzioni, gli strumenti attraverso i quali esercita tali funzioni, nonché le modalità di organizzazione e funzionamento.

Avuto riguardo alla natura degli interessi tutelati, l'Autorità è chiamata a garantire un interesse primario costituzionalmente protetto, quale la libera concorrenza,

espressione del principio della libertà di iniziativa economica di cui all'articolo 41 della Costituzione. La posizione di indipendenza si giustifica dunque in ragione dell'interesse oggetto di tutela.

In merito alla natura delle funzioni svolte, l'attività dell'Autorità si sostanzia essenzialmente nella produzione di decisioni in merito a determinate fattispecie, attraverso una valutazione che si risolve nel qualificare determinati comportamenti in termini di liceità/illiceità.

In tal senso, il nucleo caratterizzante dei poteri dell'Autorità appare rappresentato dal potere di accertamento degli illeciti concorrenziali.⁴⁶

Quanto alle modalità di esercizio dei suoi poteri, l'Autorità opera sostanzialmente nel quadro di procedimenti caratterizzati dalle garanzie tipiche dei procedimenti amministrativi, vale a dire dal contraddittorio tra le parti interessate e dal pieno esercizio dei diritti di difesa. Tali aspetti costituiscono un'ulteriore garanzia dell'indipendenza dell'Autorità nell'esercizio delle sue funzioni decisorie⁴⁷.

In una prima fase, autorevole dottrina aveva ritenuto di cogliere, nelle caratteristiche dell'Autorità e nella natura delle sue funzioni, specificità tali da poter assimilare la sua attività a quella di un giudice⁴⁸.

A sostegno di questa ricostruzione, venivano invocate tre principali caratteristiche dell'Autorità:

- l'indipendenza, che assumerebbe rilevanza e consistenza diversa dal requisito di imparzialità proprio della generalità delle pubbliche amministrazioni;

⁴⁶ M. D. ALBERTI, *Autorità indipendenti*, in *Enciclopedia Giuridica Treccani*, 1997, pag. 4.

⁴⁷ M. CLARICH, *Per uno studio sui poteri dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*, in *Diritto Amministrativo*, n. 1, 1993, pag. 77; G. AMATO, *Autorità semi-indipendenti e autorità di garanzia*, in *Rivista Trimestrale del Diritto Pubblico*, n. 3, 1997, pag. 646; M. DE BENEDETTO, *L'Autorità garante della concorrenza e del mercato*, Bologna, 2000.

⁴⁸ L. TORCHIA, *Gli interessi affidati alla cura delle autorità indipendenti*, in *I garanti delle regole*, a cura di S. CASSESE- C. FRANCHINI, Bologna, 1996, pag. 63; M. CLARICH, *Per uno studio sui poteri dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*, cit., nota 22.

- le funzioni di c.d. aggiudicazione, in cui l'attività dell'Autorità sarebbe assimilabile a quella posta in essere dal giudice, risolvendosi nel qualificare determinati atti o comportamenti in termini di liceità/illiceità;

- la natura del procedimento, nel senso che l'Autorità opererebbe sostanzialmente nel quadro di procedimenti di tipo para-giurisdizionale, caratterizzati dal principio del contraddittorio.

Alla luce di tali presupposti, si è argomentato nel senso di attribuire all'Autorità Garante la fisionomia di un organo quasi-giurisdizionale, che non esercita poteri discrezionali in senso stretto, ma cui è attribuita la funzione, di carattere neutro, di applicare la legge ai soli ed esclusivi fini dell'interesse pubblico generale alla tutela della concorrenza e del mercato. In tale contesto, l'attività dell'Autorità, pur non potendo essere ricondotta all'attività giurisdizionale in senso stretto, si distaccherebbe dall'attività amministrativa comunemente intesa.

Tale impostazione, tuttavia, lasciava irrisolti alcuni fondamentali problemi, tra cui la difficoltà di inquadrare un organo così definito nell'attuale assetto costituzionale che, come è noto, pone un divieto esplicito di creare giudici speciali (art. 102 della Costituzione).

Inoltre, le modalità di esercizio dei poteri dell'Autorità, che nell'applicare le regole di concorrenza cumula funzioni istruttorie e decisorie, contrastano con il requisito della terzietà, connotazione tipica della funzione giurisdizionale, che garantisce l'imparzialità del giudice, chiamato a decidere in posizione terza non solo rispetto alle eventuali parti di una controversia, ma anche rispetto ad altri giudici che hanno già emesso un giudizio, ovvero espresso una valutazione in un diverso momento decisionale dello stesso procedimento.

Per contro, la concentrazione di funzioni istruttorie e decisorie in capo al medesimo organo appare tipica delle amministrazioni tradizionali, che sono chiamate ad assumere decisioni in esito ad un procedimento istruttorio, in ossequio al principio costituzionalmente garantito dell'imparzialità (art. 97 della Costituzione). Tali decisioni sono soggette al pieno controllo giurisdizionale, come è appunto il caso dell'Autorità.

La delineata ricostruzione, espressione delle fasi iniziali del dibattito sviluppatosi in merito alla natura dei poteri e delle funzioni dell'Autorità, non può ad oggi ritenersi consolidata: in virtù delle elaborazioni di parte della dottrina⁴⁹, nonché delle conclusioni raggiunte dai giudici amministrativi⁵⁰, ha infatti prevalso la qualificazione dell'Autorità come organismo di natura amministrativa.

Nel contesto di questo dibattito, il giudice amministrativo si è più volte soffermato sulle diverse fasi del controllo svolto dall'Autorità nell'applicazione della normativa *anti-trust*, precisando la natura dei poteri e delle funzioni svolte nel corso del procedimento istruttorio ed all'esito dello stesso.

In particolare, l'Autorità procede ad un accertamento dei fatti a cui segue una fase di "contestualizzazione" delle norme poste a tutela della concorrenza, norme che, avvalendosi di "concetti giuridici indeterminati", quali ad esempio, la nozione di mercato rilevante, di intesa restrittiva della concorrenza o di pratica abusiva, devono essere adeguatamente interpretate al fine di individuare gli ele-

⁴⁹ G. MORBIDELLI, *Sul regime amministrativo delle autorità indipendenti*, in *Le autorità indipendenti nei sistemi istituzionali ed economici*, a cura di A. PREDIERI, Firenze, 1997, pag 501; A. PREDIERI, *L'erompere delle autorità amministrative indipendenti*, Firenze, 1997; F. MERUSI- M. PASSARO, *Le autorità indipendenti*, Bologna 2003.

⁵⁰ Tale impostazione è stata delineata la prima volta nella sentenza del TAR Lazio, I, 15 aprile 1999, n. 873, *Vendomusica*. Inoltre, in data 27 aprile 1998, il Consiglio di Stato ha reso un parere in cui, pur dando atto che l'Autorità "è costituita intorno ad un nucleo centrale rappresentato da un'attività di qualificazione giuridica di atti e di fatti rispetto alle regole materiali che governano il mercato in tema di concorrenza e di pubblicità ingannevole, esercitata da un organo dotato di un grado di indipendenza più accentuato rispetto ad altre autorità", ha sottolineato che, nell'esercizio dei suoi poteri di indagine e sanzionatori, l'Autorità non ha una "posizione di indifferenza [...] verso gli interessi coinvolti", vale a dire gli interessi privati delle imprese ed il predetto interesse pubblico. Il Consiglio di Stato sembra quindi rigettare l'idea che l'Autorità si trovi in una posizione di sostanziale neutralità e equidistanza tra gli interessi in gioco, come avverrebbe se essa fosse solo tenuta, al pari del giudice, a dare mera attuazione alla legge. L'indipendenza dell'Autorità va pertanto considerata, secondo il Consiglio di Stato, non in termini di separatezza dell'ordinamento generale, bensì come esaltazione del carattere dell'imparzialità, cioè uno dei valori giuridici fondamentali dell'attività amministrativa e costituzionalmente garantito (art. 97, comma 1 Cost).

menti costitutivi dell'illecito contestato⁵¹. All'esito di tale processo interpretativo, l'Autorità esegue un raffronto tra i fatti accertati ed il parametro normativo, per procedere infine all'applicazione delle sanzioni previste dalla legge⁵². Nell'esercizio di tali funzioni, l'Autorità opera in qualità di autorità amministrativa indipendente, caratterizzata da una specifica qualificazione e composizione tecnica e dall'esercizio di poteri neutrali, nell'applicazione delle regole a tutela della concorrenza⁵³.

Così ricostruito l'esercizio delle funzioni spettanti all'Autorità, non sembra più sostenibile l'orientamento che vorrebbe ricondurre tali funzioni a quelle proprie di un organismo giurisdizionale o paragiurisdizionale.

2.2 Gli ambiti di intervento: il procedimento di accertamento della liceità delle intese restrittive della concorrenza.

La legge 287/90 ha attribuito all'Autorità Garante la funzione di controllo sul rispetto delle regole di concorrenza da parte delle imprese.

Nell'esercizio di tali funzioni di vigilanza, l'Autorità si occupa di tre ordini di fattispecie: *i)* le intese, *ii)* gli abusi di posizione dominante, *iii)* e il controllo preventivo delle concentrazioni tra imprese.

Per quel che interessa in questa sede è opportuno soffermarsi soltanto sulle funzioni svolte in materia di intese restrittive della concorrenza, al fine di poter successivamente comprendere appieno il sistema del c.d. "doppio binario" di valutazioni e della sua congruità o meno alla materia.

⁵¹ Consiglio di Stato, VI, 24 maggio 2002, n. 2199, *RC Auto* e Consiglio di Stato, VI, 2 marzo 2004, n. 962, *Pellegrini/CONSIP*.

⁵² Il giudice amministrativo si è spinto inoltre ad affermare che, nelle fasi di individuazione del parametro normativo e di raffronto con i fatti accertati, l'Autorità pone in essere, almeno in parte, un'attività discrezionale di carattere tecnico, riservando l'esercizio di una discrezionalità di tipo amministrativo all'adozione dei provvedimenti di dispensa o di deroga di cui agli artt. 4 e 25 della legge 287/90; cfr. Consiglio di Stato, n. 2199/2002, punto 1.3.1.

⁵³ si veda quanto affermato nella *Relazione annuale dell'Autorità*, 2004, pag. 149.

Innanzitutto, si osserva che la legge *antitrust* contiene poche e scarse disposizioni sulla disciplina dei procedimenti in materia di intese restrittive della concorrenza.

La disciplina dei procedimenti *antitrust* in materia di intese (ma anche di abuso di posizione dominante), tendenzialmente unitaria, almeno per quanto riguarda la fase istruttoria, risulta dal complesso normativo costituito dalla legge 287/1990 e dal D.P.R. 30 aprile 1998, n. 217⁵⁴, che, sostituendo il precedente regolamento di procedura del 1991⁵⁵, ha introdotto una minuziosa regolamentazione delle varie fasi procedurali, dei poteri dell'Autorità e dei diritti delle parti e dei terzi⁵⁶.

Venendo alle linee salienti delle procedure istruttorie, va innanzitutto ricordato che esse si configurano come procedimenti di carattere amministrativo, data la natura amministrativa dell'AGCM e delle funzioni ad essa attribuite.

Il complesso dei poteri di accertamento dell'Autorità risponde, in questo quadro, ad una logica inquisitoria, nel senso che è rimesso all'Autorità, almeno nei procedimenti di repressione in materia di intese ed abusi, attivarsi per raccogliere le prove dell'illecito ed individuare compiutamente l'infrazione.

Dalla natura amministrativa del procedimento discende che istituti e norme di carattere processuale non risultano ad esso applicabili⁵⁷; ciò nonostante, la natura con-

⁵⁴ Regolamento in materia di procedure istruttorie di competenza dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, in *Gazzetta Ufficiale*, 9 luglio 1998, n. 158. Per un commento analitico al Regolamento si veda *Commentario breve al diritto della Concorrenza*, a cura di MARCHETTI-UBERTAZZI, Padova, 2004, pagg. 2429-2459.

⁵⁵ D.P.R. 10 settembre 1991, n. 461.

⁵⁶ Si deve ricordare che le procedure istruttorie in esame costituiscono anche gli strumenti di applicazione degli articoli 101 e 102 TFUE da parte dell'Autorità ai sensi dell'art. 54, comma 5, della legge n. 52/92, in seguito al processo di modernizzazione del diritto *antitrust* comunitario del Regolamento (CE) n. 1/2003 del 16 dicembre 2002.

⁵⁷ Così TAR Lazio, I, 15 aprile 1999, n. 873, *Associazione Vendomusica*, argomentando della natura di autorità amministrativa dell'Autorità, v. *supra*. La Corte di Giustizia ed il Tribunale di primo grado dell'Unione Europea, hanno, a loro volta, avuto modo da tempo di precisare che i procedimenti dinanzi alla Commissione hanno natura amministrativa e non giurisdizionale; si vedano Corte di Giustizia, 15 luglio 1970, *Boehringer Mannheim*, C-45/69, in *Racc.* 1970, pag. 769 e Tri-

tenziosa delle procedure, che possono condurre ad una decisione di accertamento, inibitoria e sanzionatoria delle condotte vietate, conferisce una posizione di centralità al principio del contraddittorio e della partecipazione al procedimento delle imprese "incolpate", in una logica più di tutela dei loro diritti di difesa⁵⁸ che di collaborazione (fermo restando che, il procedimento è comunque aperto anche alla partecipazione di terzi soggetti diversi dalle parti). Anzi, ciò che maggiormente caratterizza il procedimento *antitrust* è proprio la presenza di un contraddittorio "rinforzato" con le parti, che hanno diritto di essere ascoltate, per iscritto e oralmente, all'insegna di quel principio c.d. di parità di armi, canonizzato dalla giurisprudenza comunitaria in materia di concorrenza, che implica una scrupolosa osservanza dei diritti della difesa.

I procedimenti innanzi all'Autorità possono dividersi in tre fasi: *i*) la fase pre-istruttoria, che precede l'apertura del procedimento; *ii*) la fase istruttoria propriamente detta, di acquisizione degli elementi probatori e di contraddittorio; *iii*) la fase di chiusura del procedimento, con l'adozione del provvedimento finale.

2.3 La tutela cautelare. Aspetti problematici

Occorre, a questo punto, interrogarsi anche sulla possibilità di fondare sulle disposizioni della legge *antitrust*, ed in particolare sull'articolo 15, una tutela cautelare che, sulla base dei requisiti generali del *fumus boni iuris* e del *periculum in mora*, consenta all'Autorità Garante, nelle more della conclusione del procedimento istruttorio in materia di intese ed abusi, l'adozione di misure interinali di carattere conservativo, funzionali a garantire l'efficacia del proprio in-

bunale di primo grado, 10 marzo 1992, *Shell*, T-11/89, in *Racc.*, 1992, pagg. II-757.

⁵⁸ La Corte di Giustizia ha affermato che il rispetto dei diritti di difesa costituisce un principio fondamentale del diritto comunitario e che la Commissione deve osservare nei procedimenti di concorrenza: Cfr. Corte di Giustizia, 9 novembre 1983, *Michelin*, C-322/81, in *Racc.*, 1983, pag. I-3461. La Commissione, secondo la consolidata giurisprudenza della Corte, deve condurre questi procedimenti correttamente, con imparzialità, e rispettando la presunzione di innocenza del soggetto accusato di un'infrazione.

tervento tenuto anche conto della lunghezza degli ordinari termini procedurali.

Non a caso, anche il potere di “prendere le disposizioni provvisorie indispensabili per potere esercitare in modo efficace le proprie funzioni”, relativamente alla applicazione degli articoli 101 e 102 TFUE, è stato riconosciuto alla Commissione Europea dalla Corte di Giustizia, che lo ha ritenuto implicitamente previsto da previgente art. 3, n. 1 del Regolamento 17/62, ed utilizzabile in caso di urgenza, in presenza di condotte *prima facie* contrastanti con le regole di concorrenza, per porre rimedio ad una situazione dalla quale possa derivare un danno grave al richiedente o un pregiudizio rilevante per l’interesse pubblico⁵⁹.

Tale potere è invece attribuito all’Autorità Garante con esclusivo riferimento alle concentrazioni (*ex art. 17, legge n. 287/90*), né, in assenza di un’espressa previsione, appare agevolmente ricavabile dal sistema delle norme, trattandosi peraltro di un potere suscettibile di incidere in modo penetrante sui diritti dei terzi e considerando che l’Autorità rimane comunque governata dal principio di tipicità dei poteri.

Tuttavia, l’assenza di un potere cautelare dell’autorità nei procedimenti in materia di intese ed abusi, resa ancora più evidente dalla attribuzione al giudice ordinario, *ex articolo 33, comma 2, della legge*, del potere di concedere provvedimenti di urgenza in relazione a violazioni di cui ai titoli da I a IV della stessa legge, è effettivamente suscettibile di attenuare, in determinate ipotesi, la effettività della tutela della concorrenza e del mercato, e costituisce una vera e propria lacuna della disciplina, non facilmente spiegabile,

⁵⁹ Ordinanza della Corte di Giustizia, 17 gennaio 1980, *Camera Care*, C-729-79, in *Racc.*, 1980, pag. 119. La Corte ha precisato che la Commissione, nell’adottare misure cautelari, deve comunque tutelare i diritti di difesa delle imprese coinvolte, ed adottare misure temporanee e conservative, nonché proporzionate alla presunta infrazione. Ad oggi, l’articolo 8 del Regolamento 1/2003 conferisce espressamente alla Commissione il potere di adottare, in caso di urgenza, dovuta al rischio di un danno grave ed irreparabile per la concorrenza, decisioni che dispongano misure cautelari. Lo stesso potere è attribuito dall’articolo 5 alle autorità nazionali che procedono all’applicazione degli articoli 101 e 102 del TFUE.

cui occorre porre rimedio in sede legislativa. Peraltro, l'espresso conferimento alle autorità nazionali di concorrenza, nel Regolamento vigente di applicazione degli articoli 101 e 102 TFUE (ex artt. 81 e 82 TCE), del potere di adottare misure cautelari quando applicano detti articoli, rende questa lacuna ancora più vistosa.

3. Il regime giurisdizionale.

Come detto, il modello istituzionale adottato dalla legge n. 287/1990 prevede una tutela "binaria"⁶⁰: l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato procede ad accertare infrazioni della disciplina *antitrust*; il giudice amministrativo in sede di giurisdizione esclusiva (TAR del Lazio in primo grado e Consiglio di Stato in appello) è competente a conoscere dei ricorsi avverso i provvedimenti amministrativi dell'Autorità (art. 33, comma 1, l. n. 287/1990); la Corte di Appello competente per territorio, dall'altro lato, offre una tutela civilistica, autonoma dalla prima, in relazione ad azioni di nullità, risarcimento del danno e a ricorsi intesi ad ottenere provvedimenti d'urgenza relativamente alla violazione di disposizioni della legge *antitrust* (art. 33, comma 2).

In sede di adozione della disciplina *antitrust* la scelta del regime giurisdizionale fu molto dibattuta.

Nel corso dei lavori parlamentari furono prospettati due modelli di tutela differenziata: il primo prevedeva una forma di tutela della concorrenza fondata sui poteri dell'Autorità giudiziaria ordinaria, la Corte di Appello; il secondo una ripartizione tra la competenza del giudice ordinario, il Tribunale di Roma, ed il giudice amministrativo, basata sulla tradizionale distinzione tra atti lesivi di diritti soggettivi e atti lesivi di interessi legittimi. La questione è stata infine risolta nel senso di prevedere in sede di prospettazione dell'azione la situazione giuridica soggettiva lesa in presenza di attività protette da norme di rango costituzionale.

4. Il controllo giurisdizionale dei provvedimenti dell'Autorità. Cenni sul ruolo del giudice amministrativo.

⁶⁰ G. V. DONATIVI, *Introduzione della disciplina antitrust nel sistema legislativo italiano: le premesse*, Milano, 1990.

L'art. 33, comma 1, della legge 287/1990 dispone espressamente che i provvedimenti adottati dall'AGCM in applicazione della disciplina *antitrust* sono sottoposti al controllo giurisdizionale del giudice amministrativo, TAR del Lazio in primo grado e Consiglio di Stato in appello.

Anche se la scelta del giudice amministrativo appare certamente coerente con la collocazione dell'Autorità nell'alveo delle pubbliche amministrazioni (da subito sottolineata dalla giurisprudenza)⁶¹, tuttavia il sindacato giurisdizionale è immediatamente apparso come un'area particolarmente critica.

La normativa e l'affidamento della sua applicazione ad un'autorità specializzata e con spiccate caratteristiche di indipendenza ed autonomia hanno infatti posto in primo piano le problematiche relative alla natura ed alle funzioni dell'AGCM e al suo difficile collocamento nell'ordinamento come autorità indipendente. Il tema del controllo giurisdizionale è conseguentemente emerso, specie nel dibattito dottrinale, principalmente in relazione alle caratteristiche delle istituzioni dell'Autorità e all'esigenza di trovare un punto di equilibrio fra il suo ruolo e quello del giudice incaricato di vagliare i provvedimenti.

In questo contesto, da una parte si è posto il problema di individuare gli eventuali confini del controllo giurisdizionale sulle decisioni di un'autorità indipendente e specializzata, con riguardo specialmente al sindacato sull'eccesso di potere come possibile tramite di un controllo invasivo di scelte riservate all'Autorità; mentre dall'altra si è evidenziata la necessità di una tutela giurisdizionale "attenuata"⁶².

Per altro verso, in considerazione del modello organizzativo dell'Autorità *antitrust* come autorità indipendente

⁶¹ TAR Lazio, I, 5 maggio, 1994, sent. n. 625, *Itatel/Mistel*, dove il giudice ha affermato che l'indipendenza propria dell'Autorità non consente di ritenere la sua attività sottratta al controllo giurisdizionale, pena un netto contrasto con l'art. 113 Cost., e che l'attività dell'Autorità resta pertanto soggetta, come per tutti i soggetti dotati di poteri pubblici, ai principi costituzionali di imparzialità, efficienza e controllo giurisdizionale

⁶² R. CARANTA, *Il giudice delle decisioni delle autorità indipendenti*, in S. CASSESE e C. FRANCHINI (a cura di), *I garanti delle regole. Le autorità indipendenti*, Bologna, 1996, pag. 166.

e delle caratteristiche della relativa disciplina, ci si è interrogati sulla adeguatezza di una riproposizione senza adattamenti delle procedure di controllo giurisdizionale della legittimità degli atti, tipiche di altri settori della pubblica amministrazione; anche con riferimento alla effettiva necessità di mantenere un doppio grado di giurisdizione e ai limiti dell'attività istruttoria in sede di giurisdizione esclusiva.

Così come non è mancato chi ha reclamato il trasferimento del controllo giurisdizionale dei provvedimenti dell'AGCM al giudice ordinario (ricordando esempi di altri ordinamenti), sia in nome di un maggiore familiarità dell'autorità giudiziaria ordinaria con le problematiche affrontate dall'Autorità, sia perché le controversie *antitrust* trattate dal giudice amministrativo sarebbero soggette ad un controllo giurisdizionale limitato ad una verifica di sola legittimità, con la conseguenza, anche per le limitazioni processuali subite dal giudice, di una scarsa tutela delle posizioni giuridiche soggettive dei privati nell'ambito di tale contenzioso⁶³.

Inoltre, il ruolo assolutamente preponderante, nei primi anni di applicazione della legge, della fase cautelare, che non risulta la sede più adeguata per l'acquisizione e la valutazione da parte dei giudici delle complesse evidenze di carattere tecnico ed economico tipiche delle controversie in materia *antitrust*, ha costituito inizialmente un freno alla instaurazione di una corretta dialettica fra il giudice e l'Autorità. D'altra parte, se è vero che nella prima fase di applicazione della legge sono emerse alcune incertezze legate presumibilmente alla scarsa familiarità del giudice amministrativo con la materia in questione, nonché alle difficoltà di scrutinare i provvedimenti dell'Autorità ricorrendo alle categorie giuridiche tipiche del controllo di legittimità del giudizio amministrativo, la situazione si presenta ora decisamente mutata. Lo sviluppo del contenzioso relativo agli atti dell'Autorità e la sua concentrazione presso il TAR del Lazio hanno infatti comportato, da parte del giudi-

⁶³ G. GHIDINI e V. FALCE, *Giurisdizione antitrust, l'anomalia italiana*, in *Mercato, concorrenza e regole*, n. 2, 1999, pag. 317; G. ROSSI, *Antitrust e teoria della giustizia*, in *Rivista delle Società*, 1995, pag. 1.

ce amministrativo, una progressiva familiarizzazione con la materia ed una maggiore comprensione della sua logica di fondo, anche in virtù della convinta adesione ai principi dell'ordinamento comunitario in materia di concorrenza⁶⁴.

5. La tutela *antitrust* davanti all'autorità giudiziaria ordinaria.

Prima di procedere con l'analisi del regime della tutela civilistica apprestata dal giudice ordinario in materia *antitrust*, è utile ricordare, per facilitare l'indagine, quanto già premesso relativamente alla correlazione delle norme a tutela della concorrenza e del mercato appartenenti al diritto dell'Unione Europea con quelle, ad esse speculari, nazionali.

In particolare, si vuole ricordare che gli articoli 101 e 102 del Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea (ex artt. 81 e 82 TCE), così come gli articoli 2 e 3 della legge 287/1990, costituiscono norme direttamente applicabili ai rapporti fra i privati, essendo idonee a far sorgere in capo ad essi situazioni giuridiche soggettive direttamente invocabili davanti al giudice ordinario. In tal senso, per ricorrere ad una metafora entrata nell'uso comune, si può affermare che la disciplina *antitrust* è suscettibile di *private enforcement* in una prospettiva duplice: innanzitutto, un'impresa può difendersi invocando la violazione del divieto di intese restrittive della concorrenza in via di eccezione al fine di resistere ad un'azione volta ad ottenere l'esecuzione di un contratto anti-concorrenziale o il risarcimento dei danni conseguente all'inadempimento di un simile contratto; per converso, può attaccare nelle ipotesi in cui la stessa disciplina *antitrust* venga invocata a sostegno di un'azione volta ad ottenere provvedimenti inibitori in conseguenza di condotte anticompetitive.

L'utilizzo della disciplina *antitrust* nell'ambito delle controversie private, pur ammissibile tanto nell'ordinamento comunitario quanto in quello nazionale, non ha conosciuto storicamente una diffusione paragonabi-

⁶⁴ A. POMELLI, *Il giudice e l'Antitrust, quanto "self restraint"?*, in *Mercato, concorrenza e regole*, n. 2, 2003, pag. 293.

le a quella riscontrata nell'esperienza statunitense⁶⁵. Inoltre, può essere ricordato anche il ruolo svolto nel sistema anglosassone delle *class action*, da un serie di regole procedurali, come il potere dell'attore di chiedere la *discovery* dei documenti in possesso del convenuto oppure il pieno accesso alla documentazione raccolta dalle agenzie federali, nonché dalle sanzioni penali che spesso accompagnano la disciplina *antitrust*⁶⁶.

In sintesi, nel nostro ordinamento non è possibile riscontrare l'esistenza di un *private enforcement* in senso stretto, dove le azioni private sono strumentali al superiore interesse pubblico alla scoperta ed alla repressione dell'illecito *antitrust* e, pertanto, si caricano di valenze sanzionatorie ed effetti deterrenti estranei all'impianto della tutela privatistica della legge 287/1990.

Il ruolo assolutamente "privato" assegnato alle controversie *antitrust* di fronte al giudice ordinario, strutturalmente diverso rispetto a quello statunitense, dove i privati agiscono in giudizio in quanto portatori di un interesse (anche) pubblico, si riflette anche sui presupposti alla base del sistema italiano di tutela delle situazioni giuridiche soggettive.

Basti pensare alla legittimazione ad intentare le azioni di nullità e di risarcimento del danno *ex art. 33, comma 2, della legge n. 287/1990*, la quale seguirà necessariamente le regole poste nel nostro ordinamento in tema di legittimazione ad agire in giudizio, ossia, in particolare, la ricorrenza di un interesse ad agire e la titolarità di una posizione giuridica soggettiva che si assume lesa.

In un sistema in cui vi sia un *private enforcement* in senso pieno, invece, le finalità deterrenti proprie di tali azioni

⁶⁵ Ciò è dovuto ad un insieme di ragioni, di carattere sia culturale, sia normativo: negli Stati Uniti d'America, infatti, le regole di concorrenza sono state introdotte ben prima che in Europa, ma soprattutto sono state strutturate in modo tale da offrire un incentivo alla proposizione di azioni giudiziali da parte dei privati. Basti pensare alla regola dei *treble damages*, in base alla quale il convenuto condannato per condotte anticoncorrenziali è tenuto a riconoscere all'attore il triplo del valore dei danni subiti, oltre al risarcimento delle spese giudiziali.

⁶⁶ E. PAULIS, *hecks and balances in the EU antitrust enforcement system*, in *Fordham Corp. L. Inst.*

private fanno sì che la legittimazione a proporre l'azione venga attribuita al soggetto più incentivato ad utilizzarla⁶⁷. È evidente che, nel secondo caso l'azione a tutela di posizioni soggettive è strumentale al mantenimento di un assetto concorrenziale di mercato, nel primo caso l'oggetto esclusivo dell'azione civilistica resta il ristoro di posizioni giuridiche soggettive lese da comportamenti illeciti.

In conclusione, se è vero che la concreta messa in opera, da parte degli interessati, dei rimedi civilistici previsti dalla legge 287/1990, vale sicuramente, in una valutazione di "politica del diritto", a scoraggiare la commissione di illeciti *antitrust*, è altrettanto vero che una simile constatazione può condurre a stravolgere le regole nazionali di tutela delle posizioni giuridiche soggettive.

6. La scelta del giudice ordinario.

L'articolo 33, comma 2, della legge 287/1990, individua nelle Corti di Appello competenti per territorio i soggetti deputati a conoscere delle azioni di nullità e di risarcimento del danno promosse in relazione alla violazione della normativa *antitrust* italiana ed attribuisce ad essi la competenza ad emettere provvedimenti d'urgenza, sempre correlati alla circostanza che il ricorrente assuma come violata una o più disposizioni della legge citata.

L'individuazione di questa competenza dell'Autorità giudiziaria ordinaria (AGO) va ricercata nella volontà del legislatore di eleggere l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato come vero baricentro dell'applicazione della legislazione *antitrust* in Italia, ritagliando, invece, delle attribuzioni "minimali" e "necessitate" in capo al giudice ordinario⁶⁸: "minimali", in quanto il potere di valutare e sanzionare le fattispecie anticoncorrenziali è attribuito all'autorità amministrativa indipendente⁶⁹; "necessitate", in

⁶⁷ S. BASTIANON, *Antitrust e tutela civilistica: anno zero*, in *Danno e responsabilità*, n. 4, 2003, pag. 393.

⁶⁸ Per utilizzare una espressione di M. TAVASSI e M. SCUFFI, *Diritto processuale antitrust*, Milano, 1998; inoltre, V. DONATIVI, *Introduzione della disciplina antitrust nel sistema legislativo italiano*, Milano, 1990.

⁶⁹ Si veda quanto affermato da V. DONATIVI, *Introduzione della disciplina antitrust nel sistema legislativo italiano*, cit., pagg. 122 e ss., laddove si nota come la versione finale della legge *antitrust* italiana si sia di-

quanto tali attribuzioni rappresenterebbero null'altro che una scelta coerente, da un lato, con le funzioni che già spettavano ai giudici ordinari nell'applicazione della normativa *antitrust* comunitaria, e, dall'altro, con le funzioni costituzionali demandate al giudice civile. D'altra parte, il ruolo del giudice ordinario nell'applicazione della disciplina a tutela della concorrenza deve essere valutato inquadrandone la funzione alla luce dell'introduzione della legge 287/1990 e del cambiamento di prospettiva che essa ha determinato dell'interpretazione dell'articolo 41 della Costituzione⁷⁰.

Senza soffermarsi sull'analisi dei motivi storici della lunga assenza nel patrimonio giuridico italiano di una concezione del libero mercato quale indispensabile meccanismo regolatore del sistema economico⁷¹, è sufficiente in questa sede rilevare che tale concezione rimase estranea alle scelte della Costituzione repubblicana, con la conseguenza che la libertà di iniziativa economica riconosciuta dall'art. 41, comma 1, era intesa come qualcosa di strutturalmente diverso rispetto al principio di concorrenza⁷².

La Costituzione, in altri termini, ha voluto tracciare delle sfere di autonomia del singolo rispetto allo Stato, ma non ha preso posizione in merito ai rapporti fra singoli, anzi si è piuttosto preoccupata di chiarire i limiti di questa sfera di libertà-autonomia (che non può svolgersi in contrasto con l'utilità sociale o in modo da recare danno alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana - art. 41, comma 2, Cost.) e di riservare allo Stato, sia pure con il tramite garantistico

scostata sul punto, dal riparto di competenze delineato nel d.d.l. n. 1202(d.d.l. Rossi), che prevedeva un sistema in cui, a fronte di compiti consultivi e di propulsione del procedimento attribuiti all'autorità amministrativa, il potere decisionale era in larga parte attribuito all'autorità giudiziaria, in maniera simile al modello statunitense.

⁷⁰ G. AMATO, *Il mercato nella Costituzione*, in *Quaderni Costituzionali*, n. 1, 1992, pagg. 7 e ss., dove si legge che "La garanzia dell'articolo 41 della Costituzione, muovendo da una indubbia prospettiva, individualistica, arriva, in una proiezione pluralistica ad una affermazione di principio [...] a favore di una struttura concorrenziale del mercato".

⁷¹ N. IRTI, *L'ordine giuridico del mercato*, Roma-Bari, 1998; N. IRTI, *La concorrenza come statuto normativo*, in *La concorrenza tra economia e diritto*, a cura di LIPARI e MUSU, Bari, 2000.

⁷² N. IRTI, *L'ordine giuridico*, cit., pag. 18: "La libertà è una figura verticale, la concorrenza una figura orizzontale".

della riserva di legge, corposi poteri di gestione economica, tesi a determinare programmi e controlli opportuni affinché l'attività economica pubblica e privata possa essere indirizzata e coordinata a fini sociali (art. 41, comma 3, Cost.).

L'assunzione della libertà di concorrenza nel novero dei principi generali del nostro ordinamento è dovuta passare, allora per altra strada, e precisamente, attraverso i Trattati delle Comunità Europee, per poi trovare definitiva consacrazione nella legge 287/1990 che, nell'istituire l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, si dichiara emanata *"in attuazione dell'art. 41 della Costituzione a tutela e garanzia del diritto di iniziativa economica"*.

In sostanza, per il tramite della legge 287/1990, la libertà di iniziativa economica diviene il diritto di accesso al mercato e garanzia di potervi operare in condizioni di parità giuridica con gli altri contraenti, in modo tale da garantire all'altro polo essenziale del mercato - i consumatori - una effettiva libertà di scelta tra varie alternative. Su tali presupposti, le pretese intersoggettive derivanti dal mancato rispetto di tale bene costituzionalmente protetto o, in altri termini, dalla lesione di uno specifico *"diritto al mercato"* hanno il loro momento di tutela proprio nelle azioni conoscibili da giudice ordinario ai sensi dell'articolo 33, comma 2, della legge 287/1990⁷³.

7. La competenza della Corte di Appello.

L'art. 33, comma secondo, della legge in commento, assegna dunque, alle Corti di Appello competenti per territorio la cognizione sulle azioni di nullità e di risarcimento del danno, nonché sui ricorsi volti ad ottenere provvedimenti di urgenza, in conseguenza della violazione della normativa *antitrust* nazionale.

In materia, viene quindi derogata la regola del doppio grado di giurisdizione di merito ed individuato uno specifico organo competente in unico grado: la Corte di Appello, anziché il Tribunale.

Considerato che la regola del doppio grado di giurisdizione rappresenta un principio generale della legislazione processual-civilistica italiana - trovando applicazione in

⁷³ M. TAVASSI, M. SCUFFI, cit.

tutte le controversie, salvo espressa deroga legislativa che neghi la possibilità di sottoporre le decisioni rese in prime cure ad un nuovo scrutinio di merito - è utile soffermarsi brevemente sulla scelta operata dal legislatore.

Nell'individuazione delle Corti di Appello quali soggetti competenti, si palesa una volontà legislativa che cerca di rispondere alle esigenze nascenti dalla complessità dei giudizi *antitrust* attraverso l'individuazione di organi giudiziari "particolarmente" qualificati⁷⁴. La scelta legislativa esprime anche una volontà di non disperdere i giudizi in una grande quantità di uffici⁷⁵, spingendo alla creazione relativamente celere di criteri giurisprudenziali certi per affrontare una materia caratterizzata da un elevato tecnicismo.

Peraltro, la necessità di garantire specifiche capacità tecnico-analitiche in capo ai giudicanti che si trovino ad affrontare questioni connotate da caratteristiche peculiari, appare confermata dall'istituzione, con la legge n. 272/2002, di sezioni specializzate in materia di proprietà intellettuale.

In relazione alla competenza della Corte di Appello, preme aggiungere che, l'eccezionalità della disposizione di cui all'articolo 33, secondo comma, influenza necessariamente anche l'interpretazione di quanto in essa previsto in merito all'individuazione dei rimedi azionabili di fronte alla Corte di Appello come giudice competente in unico grado.

Sul punto la dottrina appare divisa⁷⁶.

In sintesi, perché la questione verrà studiata nella successiva trattazione, può dirsi che, il primo orientamento individua nell'articolo 33, comma secondo, una "norma speciale sulla competenza" in base alla quale, fra i vari poteri spettanti all'autorità giudiziaria in generale e funzionali a

⁷⁴ M. MELI, *Autonomia privata, sistema delle invalidità e disciplina delle intese restrittive della concorrenza*, cit., pag. 126

⁷⁵ M. TAVASSI, *Modernizzazione delle regole antitrust: coinvolgimento dei giudici nazionali nell'applicazione dell'articolo 81.3 del Trattato CE*, Relazione al Convegno "Antitrust fra diritto nazionale e diritto comunitario", Treviso, 16-17 maggio 2002, pag. 19.

⁷⁶ Una sintesi del dibattito dottrinario è compiuta da M. LIBERTINI, *Il ruolo del giudice nell'applicazione delle norme antitrust*, cit;

tutelare in vario modo i soggetti che hanno subito gli effetti di comportamenti scorretti da parte di operatori economici⁷⁷, ve ne sarebbero alcuni espressamente riservati alla giurisdizione in unico grado della Corte di Appello, concernenti le violazioni della legge n. 287/90. Il secondo orientamento, invece, qualifica la disposizione legislativa come una “norma esemplificativa”, che prevede la competenza della Corte di Appello in materia *antitrust* e presuppone che essa possa applicare tutti i possibili rimedi esperibili in base alle norme generali dell’ordinamento, non solo quelli espressamente nominati dalla norma.

Una parte della dottrina⁷⁸ ha privilegiato la seconda soluzione, osservando che essa è l’unica in grado di dare compimento alla scelta legislativa di concentrare le controversie derivanti da illeciti *antitrust* presso giudici preparati e di grado elevato. Altri autori⁷⁹, invece, hanno visto nella lettera della legge un ostacolo insormontabile, che non permette un’estensione delle azioni intentabili di fronte alla Corte di Appello competente in unico grado. Quest’ultimo orientamento appare fondato sul tenore letterale dell’articolo 33, comma secondo, e sorretto da una consolidata giurisprudenza, che ha sempre offerto un’interpretazione restrittiva di tale profilo dell’articolo in esame⁸⁰.

Le conseguenze della competenza funzionale e della tassatività dei rimedi previsti dal secondo comma dell’articolo 33 si estendono in tre direzioni. Innanzitutto, esse non comportano l’esperibilità in tale sede di tipologie di azioni ulteriori rispetto a quelle previste dalla norma; in secondo luogo, comportano che la competenza della Corte di Appello non attrae a sé domande subordinate di diritto comune o domande accessorie; infine, impediscono alla

⁷⁷ fra i quali, ad esempio, quelli in tema di repressione della concorrenza sleale *ex* articolo 2598 e ss. Cod. civ.; sui rapporti tra concorrenza sleale e disciplina *antitrust*, M. LIBERTINI, *Il ruolo del giudice nell’applicazione delle norme antitrust*, cit.; M.TAVASSI- M. SCUFFI, *Diritto processuale antitrust*, cit.

⁷⁸ M. LIBERTINI, op. ult. cit., pagg. 662-663

⁷⁹ M. TAVASSI-M. SCUFFI, op. ult. cit., pag. 212

⁸⁰ Corte di Appello di Milano, 21 marzo-15 aprile 1995, causa *B.B. center c. Parabella*, cit.

Corte di Appello di conoscere di violazioni della normativa comunitaria sulla concorrenza, riservata ai Tribunali secondo le ordinarie regole di competenza, anche laddove il caso ne presentasse gli estremi. Si noti, infine, come la proposizione di domande che si discostino dal novero delle azioni proponibili *ex* articolo 33, comma secondo, determini l'incompetenza dell'organo giudicante che, in virtù del carattere funzionale ed inderogabile della competenza, è rilevabile d'ufficio in ogni stato e grado del procedimento⁸¹.

8. La riforma del 2012. L'istituzione delle Sezioni Specializzate in materia d'impresa e le nuove regole sulla competenza giurisdizionale per i contenziosi antitrust

Il Governo Monti, al fine di fronteggiare la crisi economica, ha introdotto - nell'ambito di un piano di interventi urgenti ad ampio raggio - una serie di misure volte alla promozione delle condizioni per una ripresa del Paese basata essenzialmente sullo sviluppo di autonome attività di impresa.

In tale contesto, con l'obiettivo di porre un freno alla patologica lentezza dei processi che incide negativamente sulla competitività delle imprese ed ha risvolti sul corretto funzionamento del mercato, si iscrive l'istituzione di nuove sezioni specializzate in materia di impresa per *"la trattazione di quelle controversie in cui, tenuto conto dell'elevato tasso tecnico della materia, è maggiormente sentita l'esigenza della specializzazione del giudice"*, valorizzando a tal proposito la *"positiva esperienza delle sezioni specializzate in materia di proprietà industriale"*⁸².

L'idea sottesa all'intervento legislativo è quella di utilizzare un modello già sperimentato con successo in materia di proprietà industriale e intellettuale, al fine di designare un giudice specializzato - composto da magistrati dotati di specifiche competenze - dinanzi al quale concentrare controversie caratterizzate da particolare complessità tecnica, al fine di accelerare la loro decisione e di assicurare la qualità

⁸¹ A. GENOVESE, *Questioni processuali in materia antitrust*, in *Riv. Dir. Comm.*, 2000, pagg. 34-52.

⁸² Così la *Relazione* al disegno di legge del D.L. n. 1/2012

della risposta giudiziaria e, conseguentemente, il recupero dell'efficienza del sistema.

Il testo del c.d. decreto legge sulle liberalizzazioni, recante “*Disposizioni urgenti per la concorrenza, lo sviluppo delle infrastrutture e la competitività*”⁸³ ha attribuito alla competenza delle nuove sezioni specializzate tutto il contenzioso antitrust, con conseguente superamento dei problemi derivanti dalla biforcazione tra la competenza, per la violazione della normativa *antitrust* nazionale, delle Corti di Appello (competenti a conoscere, ai sensi del vecchio testo dell'articolo 33 della L. n. 287/1990, delle azioni di nullità e risarcimento del danno in materia antitrust, e dei ricorsi in tesi ad ottenere provvedimenti di urgenza nella stessa materia) e competenza dei Tribunali (per le controversie nascenti dalla violazione della normativa comunitaria a tutela della concorrenza -in specie degli articoli 101 e 102 del TFUE-).

Su questo ultimo punto, può dirsi, che è stato dato ascolto alle proposte provenienti da più parti ed, in particolare, all'auspicio dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato di ricondurre presso un unico giudice la competenza relativa al contenzioso *antitrust*.

Quanto alla distribuzione territoriale, le sezioni specializzate sono istituite presso tutti i capoluoghi di regione, ad eccezione della Valle d'Aosta per cui sarà competente la sezione specializzata di Torino.

Fino all'entrata in vigore della legge n. 27/2012, i diversi profili giuridici attinenti all'applicazione del diritto *antitrust* erano sottoposti alla competenza di tre diverse autorità giudiziarie: il giudice amministrativo, la Corte di Appello territorialmente competente ed il Tribunale ordinario.

Come detto, la tutela avverso i provvedimenti dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato era affidata al sindacato, in sede di giurisdizione esclusiva, del TAR Lazio in primo grado e del Consiglio di Stato in appello. La tutela civilistica, inerente diritti soggettivi dei privati lesi da condotte anti-concorrenziali, era attribuita, dal se-

⁸³ Il D.L. 24 gennaio 2012, n. 1 è stato convertito con modificazioni dalla L. 24 marzo 2012, n. 27, pubblicata in G.U. 24 marzo 2012, n. 71, Suppl. ord. n. 53

condo comma dello stesso articolo alla Corte di Appello territorialmente competente⁸⁴, mentre le violazioni della normativa dell'Unione Europea a tutela della concorrenza erano di competenza, a seconda del valore della controversia, del Tribunale o del Giudice di Pace e rispetto alle stesse restava osservato il principio del doppio grado di giurisdizione.

L'intervento di riordino della materia, è dovuto con ogni probabilità al fatto che la ripartizione di competenze in capo a giudici diversi a seconda dell'estensione geografica e commerciale, degli effetti pregiudizievoli sul mercato, dei destinatari e dei diritti coinvolti, generava incertezza sia sotto il profilo delle garanzie giurisdizionali, sia sotto il profilo dei rimedi nella gestione delle liti⁸⁵, sia per i lunghi tempi occorrenti per l'individuazione del giudice competente⁸⁶.

Ora, con riferimento alle nuove Sezioni Specializzate, si è registrato un dibattito circa i pregi e i difetti della c.d. *specializzazione dei giudici*. In particolare, con questa espressione, la dottrina tende ad individuare sia la ripartizione giurisdizionale tra più articolazioni organizzative, ciascuna delle quali destinata ad occuparsi soltanto di una o più specifiche materie, sia il processo di acquisizione da parte dei singoli magistrati di conoscenze e capacità particolarmente elevate in una o più determinate materie.

Invero, la complessità del sistema delle fonti del diritto e, pertanto, dei fenomeni che il diritto mira a regolare con la proliferazione di discipline settoriali, concorrono a rendere sempre più difficoltosa la funzione del giudicare e, al contempo, sempre più sentita l'esigenza che i giudici esten-

⁸⁴ La Corte, in particolare, decide in composizione collegiale, fermo restando, peraltro, che la trattazione del procedimento è monocratica; Corte di Appello di Milano, 2 maggio 2003, in *Dir. Ind.*, 2003, pagg. 537; Corte di Appello di Catanzaro, 10 marzo 1998, in *Riv. Dir. Comm.*, 2000, fasc. II, pag. 30.

⁸⁵ M. SCUFFI, *Le sezioni specializzate in funzione di "giudice unico" della concorrenza*, in *Dir. Ind.*, 2011, pag. 273. Secondo l'autore, a fronte di analoghe condotte materiali e pratiche anticoncorrenziali diverse solo per l'estensione geografica degli effetti, i rimedi sarebbero più ampi ed articolati in capo al Tribunale rispetto a quelle riservate alla Corte di Appello.

⁸⁶ Così M. Scuffi, op. ult. cit., pag. 272.

dano e affinino le loro competenze. Ciò sempre nella consapevolezza dell'esistenza del divieto di istituire giudici speciali, imposto dal secondo comma dell'art. 102 della Costituzione e a volte, più o meno direttamente, imposto dalle istituzioni dell'Unione Europea.

Ecco, allora, la decisione del legislatore di attribuire a giudici specializzati affari giudiziari relativi a specifiche materie ritenute di maggiore importanza sociale, politica ed economica⁸⁷.

Scartata l'ipotesi di un Tribunale "del commercio" alla francese, formato soltanto da esponenti del mondo commerciale, la dottrina, prima dell'entrata in vigore della legge in commento, era divisa. Da un lato, coloro che auspicavano l'istituzione di sezioni specializzate nell'ambito dei Tribunali ordinari, eventualmente con la partecipazione di membri laici, la quale avrebbe garantito un contributo qualificato nella soluzione di questioni problematiche, che esigono un approccio economico oltre che giuridico, in quanto legate alla conoscenza del mercato e dei suoi meccanismi; dall'altro, l'orientamento basato sull'individuazione, fra i giudici ordinari, di un giudice che potesse, in seguito ad un'opportuna formazione, essere considerato "esperto" nelle predette materie.

Per quanto espressamente concerne la trattazione delle materie rientranti nel diritto *antitrust*, le perplessità della dottrina contraria alla prima tesi esposta, erano, fra l'altro, fondate sul rischio che le predette sezioni specializzate, avvalendosi in pratica di una riserva di competenza, potessero divenire una sede privilegiata per l'esame delle questioni suddette e potessero esercitare un controllo eccessivamente

⁸⁷ Il che è quanto tentò di fare il Governo già nel corso dell'anno 2000, evidentemente traendo ispirazione dal precedente delle "Sezioni Specializzate per la trattazione delle controversie riguardanti il brevetto comunitario" istituite presso i soli Tribunali e le sole Corti di Appello di Torino, Milano, Bologna, Roma, Cagliari e Palermo dall'art. 4 della legge 26 luglio 1993, n. 302, come "Tribunali dei brevetti comunitari" di prima e di seconda istanza, competenti sulle controversie in materia di contraffazione e di validità di brevetti comunitari, ma di fatto mai entrate in funzione a causa delle resistenze frapposte da altri Stati membri all'entrata in vigore della convenzione istitutiva del brevetto comunitario.

invasivo sull'attività dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, pregiudicandone – anche parzialmente – l'autonomia di giudizio, propria di un'Autorità amministrativa indipendente. Secondo questa impostazione, il tipo di controllo esercitabile dalle stesse si sarebbe concretizzato in un sindacato di merito sostanzialmente omogeneo a quello svolto dalla stessa AGCM, seppure rivolto in via principale alla tutela dei singoli privati.

Sulla scorta di queste osservazioni, s'innesta l'operazione approdata alla conversione, con modificazioni, da parte della legge n. 27/2012, dell'articolo 2 del decreto legge n. 1/2012, e dal legislatore propagandata come volta all'istituzione dei *tribunali delle imprese*, così etichettando quelle che altro non sono che le sezioni specializzate di Tribunale e di Corte di Appello, competenti per materia, oltre che sulle controversie già attribuite alle sezioni specializzate in materia di proprietà industriale ed intellettuale dal combinato disposto dell'art. 3 D.lgs. n. 168/2003 e dell'art. 134 c.p.i., su ogni altra controversia concernente le violazioni della normativa italiana ed europea a tutela della concorrenza e del mercato⁸⁸.

Con l'articolo 2 sopra richiamato, sono state emanate norme relative l'istituzione, la competenza, per materia e per territorio, e la composizione delle nuove sezioni specializzate in materia di impresa, entrate in funzione il 22 settembre 2012, assorbendo, per i procedimenti civili instaurati a partire da questa data⁸⁹, anche la competenza delle preesi-

⁸⁸ Nonché su una serie di controversie e, più in generale, di procedimenti in materia societaria, ma solo nella misura in cui, anche indirettamente, riguardano società di capitali o cooperative o stabili organizzazioni nel territorio italiano di società costituite all'estero, nonché le controversie in materia di appalti pubblici di lavori, forniture o servizi di rilevanza comunitaria affidati ad una delle dette società ovvero ad un consorzio o ad un raggruppamento temporaneo di imprese di cui faccia parte almeno una di dette società ovvero una società che esercita l'attività di direzione e coordinamento di una delle dette società.

⁸⁹ Il sesto comma dell'art. 2 del D.l. 14 gennaio 2012, n. 1, come modificato dalla legge di conversione 24 marzo 2012, n. 27, pubblicata nella G.U. della Repubblica italiana il 24 marzo 2012 ed entrata in vigore il 25 marzo 2012, prevede infatti che le precedenti disposizioni del medesimo articolo si applichino "ai giudizi instaurati dopo il centottantesimo giorno dalla data di entrata in vigore della legge di conversione"

stenti sezioni specializzate in materia di proprietà industriale ed intellettuale, che rimangono, quindi, in funzione sino al completamento dei procedimenti innanzi ad esse pendenti.

Guardando alla competenza per materia, come già anticipato, il disposto dell'articolo 2, comma primo, lettera d), del D.L. 1/2012, come convertito dalla legge n. 27/2012, comprende nell'ambito della competenza per materia delle sezioni specializzate, alla lettera c) "*le controversie relative alla violazione della normativa a tutela della concorrenza (c.d. normativa antitrust) italiana di cui all'art. 33, comma 2, della legge 10 ottobre 1990, n. 287*" cioè quelle concernenti le azioni di nullità e di risarcimento del danno e le relative azioni cautelari fondate su tali violazioni, già rientranti nella competenza delle Corti di Appello, quale giudice di primo ed unico grado di merito⁹⁰, mentre la lettera d) affida alla competenza delle sezioni specializzate le "*controversie concernenti la violazione della normativa antitrust dell'Unione Europea*".

Dal che si ricava che il legislatore ha incluso nella competenza delle sezioni specializzate in materia di impresa tutte le controversie in tema di violazione della normativa a tutela della concorrenza e del mercato, interna e comunitaria⁹¹.

Conseguentemente, è stato modificato il secondo comma dell'articolo 33 della legge nazionale *antitrust*, che oggi dispone mentre resta ferma la giurisdizione esclusiva

del predetto decreto-legge, cioè dopo i 21 settembre 2012. Il momento dell'instaurazione di tali giudizi andrà poi, come di consueto, individuato in quello del deposito del ricorso e della notificazione della citazione, a seconda del rito.

⁹⁰ Che la Corte di Cassazione ha ritenuto anche comprensiva delle azioni di carattere risarcitorio o ripetitorio promosse dai consumatori nei confronti degli imprenditori deducendo una violazione della normativa antitrust; Cass., sez. un., 4 febbraio 2005, n. 2207, in *Corr. Giur.*, 2005, p. 333, con nota di I. PAGNI, *La tutela civile antitrust dopo la sentenza n. 2207/2005*

⁹¹ I rapporti tra la normativa *antitrust* nazionale e quella comunitaria sono disciplinati dal Regolamento CE n. 1/2003 del Consiglio del 16 dicembre 2002, alla cui stregua dunque le sezioni specializzate in materia di impresa sono destinate a diventare giudici cui è affidata l'applicazione diretta in ambito nazionale della normativa dell'Unione europea.

dei Tribunali amministrativi regionali e del Consiglio di Stato sulle controversie aventi ad oggetto i provvedimenti, anche di carattere sanzionatorio, purché non inerenti ai rapporti di impiego privatizzati, adottati dall'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato.

Peraltro, deve aggiungersi che, rispetto allo schema del disegno di legge annuale per il mercato e la concorrenza per l'anno 2011, che prevedeva la concentrazione di competenze in capo alle sezioni specializzate per la proprietà industriale ed intellettuale, l'intervento legislativo è stato di portata ridotta. Invero, in quella sede era stata espressamente prevista la competenza del giudice specializzato in ordine ai "*ricorsi intesi ad ottenere provvedimenti di urgenza, anche inibitori*", per la violazione di disposizioni contenute nella normativa *antitrust* nazionale ed europea. Ciò al fine di garantire l'esercizio del potere inibitorio-ripristinatore da parte del giudice ordinario, talvolta negato in virtù della concorrenza con l'analogo potere spettante all'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato⁹². Nulla di questo, infatti, è stato previsto.

⁹² M. SCUFFI, *Le sezioni specializzate in funzione di giudice unico della concorrenza*, cit., pag. 273. L'autore sostiene che l'inserimento espresso, tra i provvedimenti di urgenza, di quelli a carattere inibitorio sia il frutto dell'evoluzione giurisprudenziale in materia. Lo stesso segnala, infatti, il passaggio da una giurisprudenza basata su un'interpretazione restrittiva dell'articolo 33, secondo comma, della legge n. 287/90, secondo cui le Corti di Appello sarebbero destinatarie per legge delle sole azioni di nullità e di risarcimento del danno e dei provvedimenti d'urgenza strettamente inerenti all'oggetto implicato da quelle domande di merito, ad una giurisprudenza basata, invece interpretazione estensiva della norma in questione, che ritiene sufficiente, sul piano cautelare, un nesso di pertinenza e funzionalità tra la misura ed il provvedimento definitivo, tale da potere dimensionare la misura alla situazione in concreto da proteggere, adottando quella di volta in volta più confacente in vista della futura pronuncia di nullità e di risarcimento del danno, al fine di impedire l'ampliamento e/o l'aggravamento del danno nelle more del giudizio di merito. Peraltro, il riferimento espresso nello schema di disegno legislativo al potere inibitorio in funzione cautelare dovrebbe consentire un'interpretazione orientata a favore del suo esercizio anche in sede di merito, ove naturalmente il giudizio prosegua per il risarcimento del danno.

Concludendo, preme innanzitutto evidenziare che non si tratta di un tribunale delle imprese, bensì di ventuno sezioni specializzate di altrettanti Tribunali e di ventuno sezioni specializzate di altrettante Corti di Appello, destinate ad occuparsi solo di una parte, apparentemente minima, degli affari giudiziari di maggiore interesse per le imprese, riconducibili in definitiva a tre aree giuridiche: quella della proprietà intellettuale, intesa in senso comprensivo della proprietà industriale e la concorrenza tra imprese; quella delle società di capitali e cooperative; quella degli appalti pubblici.

Inoltre, dall'analisi comparata dell'esperienza dei paesi dell'Unione Europea, emerge una grande varietà di soluzioni in merito alla definizione dei giudici competenti a conoscere delle violazioni della disciplina *antitrust*. In generale, nella maggior parte degli ordinamenti giuridici degli Stati appartenenti all'Unione Europea, la competenza a conoscere delle controversie *antitrust* è affidata ad un unico organo giudicante, a prescindere dal fatto che le norme che si assumono violate siano quelle dell'Unione o quelle previste dai singoli ordinamenti nazionali. Ad esempio, in Spagna, tale competenza è stata affidata ai tribunali che si occupano di controversie commerciali. In altri ordinamenti giuridici, tra i quali la Germania, la competenza è stata attribuita, invece, a sezioni specializzate dei tribunali ordinari.

Sembra, allora che il nostro ordinamento abbia voluto allinearsi anche alle altre esperienze dei Paesi appartenenti all'Unione Europea, compiendo uno sforzo di armonizzazione, attraverso l'eliminazione – e la modifica del testo del secondo comma dell'articolo 33, della legge n. 287/1990-, della riserva di competenza funzionale in favore della Corte di Appello e nel trasferimento della competenza integrale in materia di controversie civilistiche derivanti dalla violazione della normativa nazionale o di derivazione europea, in capo alle Sezioni Specializzate presso i Tribunali Ordinari.

Una simile soluzione sembra coerente con l'estensione dell'applicazione della normativa dell'Unione già verificatasi nella recente prassi decisionale dell'Autorità e, da ultimo, delle stesse Corti di Appello, che aveva eroso notevolmente gli spazi operativi di queste ultime, sconsigliando, di

fatto, l'attivazione di cause civili dinanzi a tali organi giudicanti.

Sul punto, si richiama la giurisprudenza della Corte di Appello di Milano⁹³ che, in linea con gli indirizzi comunitari sul concetto di pregiudizio al commercio tra gli Stati membri⁹⁴, si è pronunciata in maniera assai chiara circa la competenza del Tribunale Ordinario quando le condotte illecite siano idonee a esercitare una influenza sugli scambi tra Stati membri, anche se il mercato rilevante è nazionale o sub-nazionale.

Ciò posto, i problemi evidenziati nel corso di questa indagine non sembrano essere stati risolti dal nuovo dettato normativo.

⁹³ Corte di Appello di Milano, 25 gennaio 2011, causa *Brennercom c. Telecom*.

⁹⁴ Comunicazione della Commissione, *Linee direttrici sulla nozione di pregiudizio al commercio tra gli Stati membri di cui agli art. 81 e 82 del Trattato*, in *GUCE*, 2004, n. C-101.

CAPITOLO III

I RAPPORTI TRA I POTERI DELL'AGCM E QUELLI DELL'AUTORITÀ GIUDIZIARIA ORDINARIA

1. Il cumulo di tutela

La ragione del riparto di competenze e attribuzioni tra Autorità e giudice ordinario risiede nel fatto che la disciplina *antitrust* nazionale opera, come visto, su due piani: uno che attiene alla tutela di interessi e finalità generali, di natura pubblicistica, ed un altro relativo ai rapporti interindividuali, di natura privatistica.

Entrambi i livelli di tutela tendono alla difesa di un mercato concorrenziale ed entrambi si concretizzano nell'accertamento e nella qualificazione di comportamenti in termini di liceità o illiceità alla luce della legge n. 287/1990; tuttavia, diversi sono gli interessi che, nei due casi, sono alla base dell'azione degli organi deputati ad apprestare la tutela.

In particolare, l'Autorità esercita una funzione amministrativa⁹⁵, curando un interesse pubblico specifico al mantenimento di una situazione di mercato concorrenziale attraverso un'azione non disinteressata, ma che, anzi, mira a massimizzare la realizzazione dell'interesse tutelato. Alla sfera operativa dell'AGCM sono quindi estranee le posizioni soggettive degli operatori economici, i cui rapporti e le cui condotte sono presi in considerazione solo se ed in quanto producano effetti distorsivi della concorrenza. D'altra parte, i penetranti poteri di indagine, le istruttorie, le sanzioni irrogate in base alla gravità dell'infrazione ed aventi come aventi come base di commisurazione il fatturato delle imprese sono chiaramente attribuzioni dell'Autorità

⁹⁵ M. MELI, *Autonomia privata, sistema delle invalidità e disciplina delle intese restrittive della concorrenza*, Milano, 2001; nonché G. OPPO, *Costituzione e diritto privato nella tutela della concorrenza*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2001, n. 2, pag. 543.

che si collegano ad una posizione di non indifferenza dell'organo decidente verso gli interessi coinvolti, cui non sono estranei aspetti preventivi e di deterrenza.

Il giudice ordinario, invece, si trova in una posizione istituzionale di neutralità ed indifferenza rispetto all'interesse pubblico al mantenimento di una situazione di mercato concorrenziale, che costituisce per tale organo il parametro di valutazione delle condotte private, ma non l'oggetto della sua attività. Quest'ultimo, conformemente a quanto previsto dall'art. 33 della legge *antitrust*, va piuttosto individuato nel ristoro delle posizioni soggettive lese da comportamenti anticoncorrenziali, che si concreta proprio nel dichiarare la nullità delle intese illecite, nell'assicurare il risarcimento dei danni subiti ingiustamente dagli operatori e nell'apprestare una tutela provvisoria ed urgente nei casi in cui vi sia il concreto pericolo di vedere frustrata, nelle more del giudizio di merito, la possibilità di ristoro finale della posizione soggettiva che si assume essere stata lesa. È evidente come a tale compito ed ai relativi strumenti operativi sia estranea qualsiasi funzione di prevenzione e di deterrenza verso eventuali attentati alla concorrenzialità del mercato.

Alla luce di quanto sino ad ora detto circa la natura, le funzioni ed i poteri dell'Autortità Garante della Concorrenza e del Mercato, si avverte la complessità del rapporto che si instaura tra la stessa ed il potere giudiziario.

Invero, non si tratta di riconsiderare le forme di accesso alla giustizia in una prospettiva di efficienza, ma di ripensare al ruolo del giudice ordinario in un sistema che assegna l'attuazione della legge ad un'apposita autorità.

Infatti, l'Agcm, oltre a funzioni di altra natura, quali quella consultiva e di segnalazione, esercita poteri consistenti nell'accertamento e qualificazione di fatti e comportamenti in termini di liceità o illiceità.

Al riguardo si usa l'espressione di "*attività di verifica conformativa rispetto alle fattispecie astrattamente illecite*" (intese, abuso di posizione dominante, concentrazioni)⁹⁶; mettendo, quindi in evidenza che si tratta di una funzione non

⁹⁶ G. SANTI, *Pubblico e privato nella disciplina antitrust*, CI, 1996, pag. 1029.

tipicamente amministrativa, ma a carattere “quasi-giudiziale”, interpretativo-applicativo di norme giuridiche⁹⁷. Tutto questo ha portato a vedere questo tipo di autorità una sorta di ibrido tra il potere amministrativo ed il potere giudiziario, in un quadro in cui l'intervento del giudice finisce con l'essere rappresentato come una inspiegabile doppia tutela.

Proseguendo nell'indagine, i primi problemi sorgono dalla interpretazione del secondo comma dell'articolo 33, della legge *antitrust* ai sensi del quale, come si è già avuto modo di ricordare, “*le azioni di nullità e di risarcimento del danno, nonché i ricorsi intesi ad ottenere provvedimenti di urgenza in relazione alla violazione delle disposizioni di cui ai titoli dal I al IV sono promossi davanti alla corte d'appello competente per territorio*”. La disposizione in commento indica espressamente tre tipi di competenze dell'Autorità Giudiziaria ordinaria: le azioni di nullità; le azioni di risarcimento del danno e l'emanazione di provvedimenti d'urgenza e, in particolare, attribuisce tale competenza alla Corte d'Appello competente per territorio. Ora, si aggiunge soltanto, richiamando per il resto quanto riportato nel precedente capitolo, che è stata respinta l'idea iniziale di demandare la competenza ad una sola Corte di Appello, ma al contempo è stata fatta una scelta ben precisa in favore di una maggiore rapidità e concentrazione dei giudizi prevedendo, invero, un unico grado di giurisdizione.

In relazione a tale ultimo aspetto, si sono registrate critiche circa la legittimità costituzionale di tale norma.

1.1. La deroga al doppio grado di giurisdizione

La scelta di strutturare la tutela *ex* articolo 33, comma 2, derogando alla regola che prevede un doppio grado di giurisdizione, viene solitamente ricondotta ad un'esigenza di “celerità”, particolarmente sentita nei procedimenti civili connessi alla materia in questione; e ciò in ragione della ri-

⁹⁷ È quello che accade con riferimento alle funzioni svolte dall'AGCM in materia di pubblicità ingannevole, ove la legge fa salva l'applicazione dell'art. 2598 c.c. ; M. MELI, *La repressione della pubblicità ingannevole*, Torino, 1994.

correnza, nelle controversie *antitrust*, di interessi economici particolarmente rilevanti.

Inoltre, la tutela privatistica in campo *antitrust*, pur essendo nettamente separata, a livello strutturale e funzionale, da quella pubblicistica, costituisce comunque un tassello importante per dare precettività alla disciplina *antitrust* sostanziale, concorrendo, in definitiva, ad assicurare un funzionamento corretto dei mercati⁹⁸.

Infine, l'esigenza di assicurare, attraverso la tutela civilistica, la celere riparazione delle lesioni soggettive causate da pratiche anticompetitive consente di ritenere non irrazionale la rinuncia ad un grado di giudizio.

Alcune eccezioni di incostituzionalità sono state comunque prospettate a proposito della deroga alla regola del doppio grado di giurisdizione di merito recepita dalla norma in esame. Le Corti di Appello dinanzi a cui tali questioni sono state sollevate hanno, tuttavia, affermato chiaramente come il doppio grado di giudizio non goda, nel nostro ordinamento, di specifica "copertura costituzionale"⁹⁹, richiamando altresì, a supporto della valutazione negativa circa la rilevanza e la non manifesta infondatezza delle eccezioni sollevate, la giurisprudenza costituzionale relativa a scelte affini del legislatore¹⁰⁰. La giurisprudenza delle Corti di Appello ha, infatti, sottolineato come il doppio grado di giurisdizione non sia tutelato da nessuna norma costituzionale, né trova garanzia puntuale nelle Convenzioni internazionali cui l'Italia ha aderito, le quali, semmai, ne prevedono l'irrinunciabilità solo in sede penale.

Altre critiche sono state mosse alla norma in commento, a proposito della irrazionale disparità di trattamento derivante dal fatto che le ricadute interpretative di comportamenti anticompetitivi sono devolute alle Corti di Appello

⁹⁸ La celerità dei giudizi *antitrust* come elemento strumentale ad un corretto funzionamento dei mercati è evidenziata da LIBERTINI, *Il ruolo del giudice nell'applicazione delle norme antitrust*, cit., pag. 657.

⁹⁹ Ordinanza della Corte di Appello di Milano, 21 gennaio-5 febbraio 1992, *Myc c. Afi*; sentenze della Corte di Appello di Milano 21 Marzo-15 aprile 1995, *B.B Center c. Parabella*; Corte di Appello di Genova, 14 ottobre 1996, *Le Sorelle c. Parabella*.

¹⁰⁰ Corte Costituzionale, sent. n. 62/1981, sent. n. 8/1982; sent. n. 69/1982; sent. n. 52/1984, sent. n. 78/1984.

quali giudici in unico grado se si assume violata la disciplina nazionale, mentre rientrano nella normale competenza dei Tribunali e, perciò, sono riesaminabili in un secondo grado di giudizio, laddove riguardino la violazione della normativa comunitaria sulla concorrenza. La giurisprudenza, anche relativamente a tale profilo, ha comunque rigettato le eccezioni di costituzionalità. Tuttavia, ad un'analisi più attenta, la critica in questione non pare essere facilmente risolvibile. La competenza della Corte di Appello o del Tribunale per violazione di norme *antitrust*, si radica, secondo giurisprudenza costante, in base alla prospettazione della domanda, salvo eccezione del convenuto, al quale spetta l'onere di provare i fatti che fondino la competenza di diverso organo giudiziario. Tale osservazione, cumulata all'inesensibilità della competenza della Corte di Appello, che le impedisce di conoscere delle violazioni delle norme *antitrust* di rango europeo, dà luogo ad una disparità di trattamento difficilmente giustificabile, dipendente dalla mera allegazione di parte attorea e, per di più, a fronte di norme *antitrust*, quelle della legge n. 287/1990 e quelle comunitarie, di contenuto pressoché identico, stante anche la derivazione storica delle prime rispetto alle seconde.

Per quanto concerne il novero dei rimedi contemplati dall'articolo 33, comma secondo, trattandosi di una deroga ad una regola generale dell'ordinamento, non pare essere suscettibile di interpretazione analogica. La competenza della Corte di Appello *ex* articolo 33 è stata intesa dalla giurisprudenza come non estensibile a domande diverse da quelle esplicitamente previste, ma ad esse cumulativamente, alternativamente o subordinatamente proposte nel caso concreto¹⁰¹. La stessa giurisprudenza ha, inoltre, escluso che il "frazionamento" dei giudizi, secondo le competenze di diversi organi giudiziari, rendesse eccessivamente difficoltoso l'esercizio del diritto di difesa garantito dall'articolo 24 della Costituzione¹⁰².

¹⁰¹ Corte di Appello di Milano 21 marzo- 15 aprile, *B.B. Center c. Parabella*, cit.

¹⁰² Corte di Appello di Milano, 21 gennaio- 5 febbraio 1992, *Myc c. Afi*, cit.; Corte di Appello di Milano 21 marzo- 15 aprile, *B.B. Center c. Parabella*, cit.; Corte di Appello di Genova, 14 ottobre 1996, *Le Sorelle c. Parabella*, cit.

2. I problematici rapporti tra le competenze dell'AGCM e quelle dell'AGO

Nell'ambito della disciplina di cui all'articolo 33 della Legge *antitrust*, come si è già anticipato, si sono sollevate in dottrina problemi interpretativi pregiudiziali in ordine ai rapporti tra le competenze attribuite all'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato e quelle dell'Autorità Giudiziaria Ordinaria.

In particolare seguendo un'interpretazione - ad oggi ritenuta minoritaria - i poteri attribuiti all'Autorità giudiziaria sarebbero meramente integrativi di quelli facenti capo all'Autorità Garante: in altre parole, il giudice ordinario potrebbe conoscere, quindi intervenire con il suo sindacato, solo in un momento successivo all'espletamento dei poteri dell'autorità indipendente, vale a dire in via *conseguenziale* a provvedimenti emanati da quest'ultima¹⁰³. Inoltre, seguendo questa interpretazione si giunge ad affermare che l'articolo 33 in commento (ed in particolare il suo secondo comma) non escluderebbe una competenza in via generale dell'Autorità giudiziaria ordinaria - e quindi anche dei Tribunali, consentendo un doppio grado di giurisdizione - per tutto ciò che non è direttamente disciplinato dall'articolo stesso, il quale disciplina soltanto l'intervento del giudice in via *conseguenziale* a provvedimenti dell'AGCM.

Questa interpretazione ha, tuttavia, trovato un ostacolo nelle pronunce della giurisprudenza, la quale chiaramente afferma, in linea con quanto affermato da altra parte della dottrina, che dal riferimento di cui all'articolo 2, comma terzo, della legge *antitrust*¹⁰⁴ alla nullità "ad ogni effetto"

¹⁰³ Questa tesi è autorevolmente sostenuta da G. OPPO, *Costituzione e diritto privato nella tutela della concorrenza*, in *Riv. Dir. Civ.*, 1993, II, pag. 543; C. SELVAGGI, *Disciplina della concorrenza e del mercato. Problemi di giurisdizione e di competenza*, in *Riv. Dir. Comm.*, 1993, I, pag. 243 e ss.; C. ALVISI, *Concorrenza sleale, violazione di norme pubblicistiche e responsabilità*, Milano, 1997, pag. 81.

¹⁰⁴ Legge, che disciplina le intese restrittive della concorrenza comminando la sanzione della nullità "ad ogni effetto" di quelle che hanno per oggetto o per effetto di restringere o falsare il libero gioco della concorrenza all'interno del mercato rilevante, rivestendo i requisiti dallo stesso articolo menzionati

delle intese anticoncorrenziali discente l'operatività automatica della sanzione, a prescindere da qualsiasi intervento dell'Autorità di controllo amministrativa¹⁰⁵.

Altro argomento che viene addotto a sostegno della tesi della completa autonomia dell'autorità giudiziaria rispetto al controllo delle intese restrittive della concorrenza si rinviene, sempre secondo l'impostazione di cui si riferisce, nell'articolo 33 della Legge *antitrust*.

Il richiamo è, in particolare, ai provvedimenti di urgenza che l'Autorità giudiziaria ordinaria ha il potere di emanare.

Aprondo una breve parentesi, è utile ricordare che la legge 287/1990 dispone, all'articolo 33, che i ricorsi intesi ad ottenere provvedimenti d'urgenza sono promossi davanti alla Corte di Appello territorialmente competente. Nell'attribuzione all'autorità giudiziaria della competenza cautelare in materia *antitrust*, si coglie la volontà del legislatore di sottoporre detta materia, particolarmente delicata, alle maggiori garanzie procedurali presenti nel rito innanzi al giudice ordinario. Le misure cautelari mirano a conservare la situazione fattuale e/o giuridica così da prevenire rischi di una esecuzione infruttuosa della pronuncia definitiva o, diversamente, ad anticipare gli effetti della condanna, per ovviare un aggravamento, nelle more del giudizio di merito, delle conseguenze dannose della lesione. Occorre evidenziare come la natura "anticipatoria" delle misure cautelari, costituisca uno dei principali scopi dello strumento cautelare, come emerge dall'esperienza pratica, cui sovente l'unico strumento idoneo a tutelare il diritto risiede nell'anticipazione degli effetti del provvedimento definitivo. Alcuni autori, facendo leva su collegamento fra giudizio di merito e giudizio cautelare e sull'assenza di poteri cautelari in capo all'Autorità Garante, concepiscono in maniera assai ampia la gamma dei provvedimenti cautelari ottenibili presso il giudice ordinario *ex* articolo 33 l. n. 287/1990, estendendo la tutela d'urgenza ad ogni interesse

¹⁰⁵ Corte di Appello di Milano, 18 luglio 1995, in *Foro it.*, 1996, I, 276 e ss.

protetto dalla legislazione *antitrust*¹⁰⁶. Tuttavia, pure ammettendo la limitatezza di un riparto di competenze che tolga all’Autorità qualsiasi potestà cautelare, non appare possibile ampliare eccessivamente la gamma dei provvedimenti cautelari astrattamente emettibili da giudice ordinario, dato il novero di provvedimenti definitivi adottabili da giudice ordinario *ex* articolo 33. Inoltre, il “legame” merito-cautela costituisce una garanzia contro il pericolo di “sommarrizzazione” della tutela d’urgenza, instaurando una necessaria relazione di strumentalità tra misure cautelari e competenze dell’organo giudiziario ad emettere provvedimenti finali.

In particolare, la giurisprudenza afferma che nei procedimenti *antitrust*, le misure cautelari richieste alla Corte debbono, in linea di principio, presentarsi come “strumentali” alle azioni di nullità e di risarcimento del danno¹⁰⁷.

Chiusa la parentesi e tornando a quanto detto in precedenza, la giurisprudenza sostiene in primo luogo che la nullità ad ogni effetto operi automaticamente, a prescindere da qualsiasi intervento dell’AGCM; ed, in secondo luogo, che l’articolo 33 della legge, facendo rientrare fra i poteri del giudice ordinario in materia *antitrust* i provvedimenti di urgenza rende priva di senso l’affermazione secondo cui occorre un preventivo intervento dell’Autorità Garante, proprio perché in tal caso non avrebbero senso gli stessi provvedimenti di urgenza.

Ancora, l’impostazione che respinge qualsiasi necessità di un previo intervento dell’Autorità garante, nega anche che si possa argomentare l’interpretazione opposta sostenendo che l’infrazione della disciplina a tutela della concorrenza richiederebbe, in ogni caso, apprezzamenti discrezionali che dovrebbero essere compiuti dall’Autorità appositamente preposta e non dal giudice ordinario, quali la valutazione del carattere “sostanziale” dell’effetto anticoncor-

¹⁰⁶ A. GENOVESE, *Questioni processuali in materia antitrust*, cit., pag. 42.

¹⁰⁷ Fra le altre, ordinanza della Corte di Appello di Milano, 7-15 luglio 1992, *Avir c. Enel*; ordinanza della Corte di Appello di Milano, 31 gennaio-5 febbraio 1996, *Comis c. Ente Fiera di Milano*.

renziale, quella relativa all'esistenza di una parte "rilevante" del mercato colpita dal comportamento collusivo etc.

In relazione a tale ultimo aspetto, parte della dottrina afferma autorevolmente che tali valutazioni, condotte in via principale dall'AGCM, non rientrano nella discrezionalità in senso tecnico dell'amministrazione, cioè non comportano una valutazione comparativa ai fini della scelta tra interessi contrapposti¹⁰⁸. Al più - si sostiene - potrebbe parlarsi di discrezionalità tecnica; in realtà le valutazioni di cui si discute, alla luce di questa interpretazione, sarebbero attinenti alla qualità ed alla dimensione dell'effetto anticoncorrenziale, i cui criteri di determinazione sono frutto di un procedimento interpretativo volto alla individuazione del bene giuridico "concorrenza" e tali criteri saranno indicati proprio dall'AGO all'AGCM, la quale sarà tenuta ad uniformarsi.

Pertanto, alla luce di quanto finora detto, non v'è ragione per ritenere che il giudice ordinario non possa essere adito in assenza di una previa pronuncia dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato¹⁰⁹.

Ancora, la giurisprudenza ha precisato che " *in assenza di una esplicita previsione configurante i procedimenti davanti all'Autorità Garante come cause di improponibilità temporanea della domanda davanti al giudice ordinario, non è possibile introdurre un difetto temporaneo di giurisdizione in via meramente interpretativa*"¹¹⁰.

¹⁰⁸ M. TAVASSI- M. SCUFFI, cit., pagg.. 122 e ss.

¹⁰⁹ Lo stesso è stato affermato anche con riferimento alle operazioni di concentrazione. Contra C. MALINCONICO, *L'impugnazione dei provvedimenti dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*, in *Antitrust fra diritto nazionale e diritto comunitario*, Milano, 1996, pag. 155 e ss., secondo cui la concentrazione non potrebbe qualificarsi illecita in mancanza di un espresso provvedimento di divieto dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato; invece, ai sensi degli articoli 16 e 19 della legge n. 287 del 1990, già il semplice fatto dell'esecuzione di una concentrazione non autorizzata costituisce illecito, come tale suscettibile di rimedio risarcitorio, anche se non è prevista la nullità dell'operazione di concentrazione non autorizzata.

¹¹⁰ Corte di Appello di Milano, 18 luglio 1995, in *Foro it.*, 1996, I, pag. 276; S. BASTIANON, *Arbitrato e diritto della concorrenza*, in *Danno e resp.*, 1997, pag 350.

La dottrina, ancora, sostiene che non sia neanche ipotizzabile una possibile sospensione del processo pendente dinanzi al giudice ordinario, *ex* articolo 295 c.p.c., in attesa di un provvedimento dell'AGCM sulla questione oggetto del giudizio e ciò in quanto la stessa non è un "giudice" che debba risolvere una questione pregiudiziale.

Da quanto esposto circa il ruolo delle due autorità preposte al controllo delle intese, emergono chiaramente due problemi principali:

- innanzitutto occorre definire il ruolo del giudice ordinario ed analizzare il conseguenziale problema del rapporto tra la tutela giurisdizionale e quella amministrativa;

- in secondo luogo, occorre individuare quale genere di valutazioni il giudice ordinario è chiamato a condurre ai fini dell'operatività del divieto;

tutto ciò al fine di affermare se effettivamente esiste o meno un rapporto di "pregiudizialità" tra l'intervento dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato e quello del Giudice Ordinario.

3. La tutela amministrativa e la tutela civilistica *antitrust*: problemi di convivenza

Per entrare nel vivo del problema relativo ai rapporti tra i poteri attribuiti all'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato e quelli attribuiti al Giudice Ordinario in materia *antitrust*, giova prendere le mosse dalla considerazione che la regola generale dispone che le intese anticoncorrenziali sono vietate e a tale divieto, come detto, corrisponde la sanzione della nullità. Tuttavia, la regola generale è suscettibile di eccezioni: tanto è vero che le intese collusive possono, attraverso un provvedimento emanato dall'Autorità Garante della Concorrenza, essere autorizzate. Pertanto, attualmente, il modello delineato dalla legge è improntato su un meccanismo di "*divieto con riserva di autorizzazione*".

Il primo problema che si pone è di tipo pratico, ossia come far convivere la tutela amministrativa con quella giurisdizionale. Per essere più precisi, posto che le intese vietate sono nulle "*ad ogni effetto*", ma sono anche suscettibili di

essere autorizzate e posto che competente a dichiarare la nullità delle stesse è il giudice ordinario, mentre competente a concedere l'autorizzazione in deroga è esclusivamente l'Autorità amministrativa, il rischio è quello di contrasti fra le decisioni delle due autorità.

Secondariamente, ma non in ordine di importanza, si profila un problema di valutazioni del carattere anticoncorrenziale delle intese oggetto di sindacato. Invero, essendo il divieto posto dall'articolo 2 della legge *antitrust* un principio di ordine pubblico, che coincide con il mantenimento di un assetto concorrenziale all'interno del mercato e più in generale con l'esercizio del diritto di iniziativa economica, la sua applicazione dovrebbe essere soggetta al medesimo ordine di valutazioni, tanto che queste siano condotte dall'Autorità Garante ai fini del rilascio dell'autorizzazione in deroga, nell'interesse generale al mantenimento del gioco concorrenziale, tanto che siano operate dal Giudice Ordinario impegnato a valutare, nell'interesse dei singoli privati, la validità dell'accordo.

In realtà, la scelta del legislatore è stata ben precisa: affidare ad un'Autorità all'uopo creata e preposta il controllo e la tutela della concorrenza nel mercato interno, con tutte le attenzioni all'incidenza della concorrenza interna sul commercio tra gli Stati membri. Altrettanto comprensibile è la scelta di affidare al giudice ordinario la tutela delle situazioni giuridiche soggettive che subiscono le ricadute della disciplina *antitrust*. Se queste sono le scelte del legislatore e se ne è indiscutibile la loro coerenza con il nostro sistema giuridico, altrettanto non può dirsi del modello di coordinamento delle due tutele adottato. Invero, le funzioni svolte dalle Autorità, amministrativa da un lato e giudiziaria dall'altro, sono destinate a sovrapporsi senza trovare nella legge un modo per risolvere i problemi che ne derivano.

4. Le soluzioni adottate dal diritto dell'Unione Europea

La trattazione del tema, non può prescindere dall'analisi della disciplina dettata nella medesima materia dalla legislazione *antitrust* comunitaria, di cui è figlia.

Il riferimento è al già richiamato in premessa, Regolamento n. 1/2003 del Consiglio del 16 dicembre 2002¹¹¹ – concernente l'applicazione delle regole di concorrenza di cui agli artt. 81 e 82 del Trattato (attuali art. 101 e 102 del TFUE) - adottato dalle istituzioni europee al fine di attuare un sostanziale processo di modernizzazione e di semplificazione nel sistema di *enforcement* anticoncorrenziale e di raccordo tra le autorità nazionali e gli organismi comunitari¹¹².

¹¹¹ Il Regolamento è pubblicato in G.U. , n. 17 del 3 marzo 2003. A riguardo si ricordi che il progetto di riforma del sistema applicativo delle regole di concorrenza era già contenuto e descritto dalla Commissione nel c.d. Libro Bianco sulla modernizzazione delle norme per l'applicazione degli artt. 85 (ora 81) e 86 (ora 82) del Trattato CE , pubblicato nel 1999, cui ha poi fatto seguito un'ampia fase consultiva, terminata nella formulazione di una Proposta di regolamento del Consiglio che avrebbe dovuto sostituire il Regolamento n. 17/62. La pubblicazione della Proposta è stata poi seguita dalla trasmissione al Parlamento europeo e dalla stesura di un Parere del Comitato Economico e Sociale, il quale, apportati alcuni emendamenti, ha da ultimo condotto alla emanazione del Regolamento n. 1/2003. Per delle considerazioni sul contenuto del Libro Bianco, si rinvia a F. GHEZZI, *Il libro bianco della Commissione sulla modernizzazione del diritto della concorrenza comunitario*, in *Conc. e merc.*, 2000, pagg. 175 ss.; L. NIVARRA, *Il Libro Bianco sulla modernizzazione delle norme per l'applicazione degli articoli 85 e 86 del Trattato CE: quale futuro per il diritto europeo della concorrenza*, Relazione al Convegno "Giurista italiano - giurista europeo: il passaggio di millennio nella scienza giuridica italiana", Palermo, 7-8 aprile 2000, in *Eur. e dir. priv.*, n. 4/2000, pagg. 1001 e ss. In chiave prospettica, P. DE PASQUALE, *Verso una nuova disciplina comunitaria in tema di concorrenza*, in *Dir. pubbl. compar. ed eur.*, n. 4/1999, pagg. 1575 e ss.

¹¹² Per un esame analitico delle novità introdotte dal Regolamento di modernizzazione, si vedano M. VINCENTI e F. VENTURINI, *La nuova disciplina comunitaria in materia di concorrenza*, in *Le nuove leggi civ. comm.*, 2003, pagg. 537 ss.; M. TAVASSI, *Il regolamento CE n. 1/2003: verso la devoluzione di competenze in materia di concorrenza dalla Commissione europea alle autorità garanti ed ai giudici nazionali*, in *Dir. comm. scambi internaz.*, 2004, pagg. 315 e ss. Per un commento più generale: G. M. BERRUTI, *La nuova cooperazione attiva tra Istituzioni comunitarie, Antitrust nazionali e giudici nel Regolamento comunitario n. 1/2003*, in *Corr. giur.*, n. 1/2004, p. 115 ss.; L. F. PACE, *La politica di decentramento del diritto antitrust CE come principio organizzatore del Regolamento 1/2003: luci ed ombre del nuovo regolamento di applicazione degli artt. 81 e 82 TCE*, in *Riv. ital. dir. pubbl. comunit.*, 2004, pagg. 147 e ss.; R. BARATTA, *Sui problemi di uniformità d'applicazione della normativa sulla concorrenza posti dalla "modernizzazio-*

Richiamando per opportunità di indagine soltanto i passaggi normativi utili allo scopo che ci riguarda, giova innanzitutto evidenziare che la linea di intervento del Regolamento si snoda lungo due direttrici principali. La prima novità è rappresentata, con specifico riguardo all'applicazione dell'art. 81, par. 3, del Trattato, dal passaggio dal previgente regime di autorizzazione preventiva a quello di eccezione legale, alla stregua del quale le intese anticoncorrenziali sono lecite e valide *ab initio*, senza la necessità di una preventiva autorizzazione da parte della Commissione ove siano soddisfatte le condizioni previste dalla medesima disposizione¹¹³.

Sulla base di questo meccanismo, è quindi compito delle imprese interessate procedere ad una valutazione *ex ante* della legittimità dell'intesa, mentre il controllo di liceità diviene solo eventuale e successivo, nel caso in cui si ritenga di volerne contestare la validità dell'accordo.

Ai sensi dell'art. 1 del Regolamento, infatti, *“Gli accordi, le decisioni e le pratiche concordate di cui all'articolo 81, paragrafo 1, del Trattato che non soddisfano le condizioni di cui all'articolo 81, paragrafo 3, del Trattato sono vietati senza che occorra una previa decisione in tal senso. Gli accordi, le decisioni e le pratiche concordate di cui all'articolo 81, paragrafo 1, che soddisfano le condizioni di cui all'articolo 81, paragrafo 3, del Trattato non sono vietati senza che occorra una previa decisione in tal senso”*.

ne” dell'art. 81, par. 3, del Trattato CE, in Riv. dir. internaz., n. 2/2000, pagg. 502 e ss.; N. PECCHIOLI- H. NYSENS, Il regolamento n. 1/2003 CE: verso una decentralizzazione ed una privatizzazione del diritto della concorrenza. Commento al Regolamento CE n. 1/2003, in Dir. Unione eur., n. 2-3/2003, p. 357 ss.; A. PERA – V. FALCE, La modernizzazione del diritto comunitario della concorrenza ed il ruolo delle Autorità nazionali per la concorrenza – Rivoluzione o evoluzione?, in Dir. Unione eur., n. 2-3/2003, pagg. 433 e ss.; F. GHEZZI, La modernizzazione delle norme antitrust comunitarie, in Riv. società, n. 6/2000, pagg. 1098 ss.; M. SCUFFI, I riflessi ordinamentali ed organizzativi del Regolamento comunitario n. 1/2003 sulla concorrenza, in Corr. giur., n. 1/2004, pagg. 123 e ss.

¹¹³ Mentre la prova circa l'esistenza di effetti pro-concorrenziali grava sulle imprese che hanno posto i essere l'intesa incriminata, quella relativa all'esistenza degli effetti anticoncorrenziali graverà invece sulla parte che ne afferma l'illiceità.

Con questo nuovo sistema si procede quindi ad una revisione sostanziale delle modalità di applicazione della deroga al divieto di intese anticoncorrenziali di cui all'art. 81, par. 3 (e, di conseguenza, dell'art. 4 della legge nazionale), al fine di garantire una sorveglianza efficace sulle operazioni di mercato ed allo stesso tempo una semplificazione del controllo amministrativo (cfr. Considerando n. 2).

Con questa "rivoluzione copernicana", infatti, viene meno la necessità di notificazione preventiva da parte delle imprese, la quale - a fronte dell'ingente numero di notifiche trasmesse alla Commissione - è stata sino ad ora considerata come la causa principale delle forti inefficienze e degli eccessivi rallentamenti lamentati dalle istituzioni europee nell'applicazione della disciplina antimonopolistica.

La seconda (ma consequenziale) innovazione (di grandissimo rilievo) è rappresentata invece dalla eliminazione della competenza esclusiva della Commissione europea nell'applicazione dell'art. 81, par. 3, e dall'attribuzione del relativo potere di autorizzazione in deroga ai giudici ed alle autorità di concorrenza nazionali, ai quali viene quindi demandato in via decentrata il potere di accertare, in sede di valutazione delle intese di cui all'art. 81, par. 1 (di rilevanza, dunque, non limitata al solo mercato nazionale), la sussistenza delle condizioni per l'esenzione dal divieto (di cui allo stesso par. 3)¹¹⁴. Come dispone l'art. 6, infatti, "le

¹¹⁴ Con l'art. 1 del Regolamento si è quindi data attuazione a quel sistema di eccezione legale già contemplato dal Libro Bianco, il quale disponeva che "In tale contesto, l'adozione di un regime di eccezione legale e di un controllo a posteriori potrebbe permettere di rispondere alle sfide che la politica di concorrenza dovrà affrontare nei decenni a venire. In un tale regime, difatti, qualsiasi autorità amministrativa o giurisdizionale investita dei poteri necessari potrebbe valutare pienamente un'intesa ad essa sottoposta esaminandone sia gli effetti restrittivi ai sensi dell'art. 85, par. 1, del trattato, sia gli eventuali vantaggi economici di cui all'art. 85, par. 3. L'adozione di un sistema di eccezione legale si tradurrebbe così nell'eliminazione della competenza esclusiva in materia d'applicazione dell'art. 85, par. 3, di cui la Commissione è stata investita dall'articolo 9, par. 1, del regolamento n. 17, e ciò agevolerebbe un'applicazione decentrata delle regole di concorrenza. Lo stesso sistema permetterebbe inoltre di eliminare per le imprese il vincolo burocratico della notifica, poiché le intese conformi alle condizioni d'applicazione dell'art. 85, par. 3, del trattato sarebbero riconosciute valide senza la necessità di alcuna autorizzazione. Eliminato il peso delle

giurisdizioni nazionali sono competenti ad applicare gli artt. 81 e 82 del Trattato” (nella loro interezza).

Come ha osservato il Consiglio europeo, “Le giurisdizioni nazionali svolgono una funzione essenziale nell’applicazione delle regole di concorrenza comunitarie. Esse tutelano i diritti soggettivi garantiti dal diritto comunitario nelle controversie tra privati, in particolare accordando risarcimenti alle parti danneggiate dalle infrazioni. Le giurisdizioni nazionali svolgono sotto questo aspetto un ruolo complementare rispetto a quello delle autorità garanti della concorrenza degli Stati membri”¹¹⁵.

Nel sistema concepito dal Regolamento, la Commissione e le Autorità nazionali - tanto amministrative quanto giudiziarie - sono pertanto investite allo stesso modo e nella stessa misura della integrale applicazione dell’art. 81 del Trattato¹¹⁶.

notifiche da esaminare, la Commissione potrebbe pertanto concentrarsi sulla repressione delle infrazioni più gravi” (p. 29). Come evidenzia M. MELI, *Autonomia privata, sistema delle invalidità e disciplina delle intese anti-concorrenziali*, op. cit., pagg. 38-39, il Regolamento n. 1/2003, se sotto un profilo formale comporta solo un’emancipazione dall’idea della competenza esclusiva della Commissione nella valutazione dei presupposti per la deroga, dal punto di vista sostanziale - sostituendo ad un controllo ex ante un controllo ex post - determina un vero e proprio superamento del meccanismo dell’autorizzazione.

¹¹⁵ Così il 7° Considerando.

¹¹⁶ L’importanza della diretta ed integrale applicazione degli artt. 81 e 82 da parte delle autorità nazionali è accentuata anche dalla considerazione della nuova ed accresciuta realtà dimensionale dell’Unione la quale richiede, al fine di garantire il rispetto e l’uniforme osservanza delle regole di concorrenza in ambito comunitario, che la Commissione si concentri principalmente sui casi di maggiore rilievo e gravità e sui settori di attività in cui l’azione della stessa è più efficace rispetto a quella svolta dalle strutture nazionali. A questo fine, peraltro, la Commissione aveva già adottato alcune misure tese a ridurre il carico delle notificazioni ad essa indirizzate, quali, ad esempio, la Comunicazione relativa agli accordi di importanza minore, c.d. *de minimis*, che concerne gli accordi ritenuti a priori non in grado di minare la concorrenza a livello di mercato comunitario che, pertanto, non devono essere notificati poiché non rientrano nel divieto posto dall’art. 81, par. 1, ed i regolamenti generali di esenzione per categoria, i quali - ferme restando le restrizioni fondamentali comunque proibite (le c.d. “clausole nere”) - definiscono le caratteristiche che debbono presentare gli accordi per essere considerati conformi alle condizioni di esenzione dal divieto poste dal par. 3 della medesima disposizione, senza la necessità di alcun esame preventivo (tra questi, si ricordino, oltre al citato Regolamento n.

Il nuovo regime di eccezione legale, fondato su di un controllo a posteriori delle intese da parte delle autorità nazionali, viene pertanto a perfezionare il processo di decentramento del diritto *antitrust* comunitario in armonia con il principio di sussidiarietà sancito dal Trattato di Maastricht e dunque a rafforzare il ruolo del giudice nazionale nell'applicazione degli artt. 81 e 82¹¹⁷.

Come può agevolmente intendersi, il sistema di valutazione delle intese introdotto con la riforma determina, infatti, non solo un formale superamento dell'idea di una competenza esclusiva della Commissione nella valutazione dei presupposti per la deroga, ma, da un punto di vista sostanziale, ad un vero e proprio superamento del meccanismo dell'esenzione, con un conseguente ridimensionamento del problema relativo al rapporto divieto-eccezione, ora riferibile solo ai casi "più gravi".

Tale meccanismo, sino ad ora ritenuto (dalla stessa Commissione) indispensabile nell'ottica della costruzione del mercato unico, viene difatti ritenuto sostituibile attraverso una immediata ponderazione dei vantaggi e dei costi

2790/1999 relativo all'applicazione dell'art. 81, par. 3, a determinate categorie di accordi verticali e di pratiche concordate, il Regolamento n. 2658/2000 relativo agli accordi di specializzazione, ed il Regolamento n. 2659/2000 relativo agli accordi in materia di ricerca e sviluppo). A riguardo deve peraltro notarsi che, per espressa previsione del Regolamento n. 1/2003, l'applicazione della legislazione nazionale sulla concorrenza non può portare in ogni caso a vietare un'intesa che rientri in una delle categorie esentate alla stregua di un regolamento generale adottato dalla Commissione (cfr. art. 3, par. 2, Regolamento n. 1/2003). D'altro canto, però, conformemente al principio di decentralizzazione nell'applicazione del par. 3 dell'art. 81, si prevede che l'esenzione comunitaria possa essere revocata, limitatamente al confine nazionale, dalle autorità garanti (non anche dai giudici) nazionali qualora un'intesa esentata in applicazione della normativa regolamentare produca effetti incompatibili con l'art. 81, par. 3, del Trattato "sul territorio di uno Stato membro o di una parte di esso avente tutte le caratteristiche di un mercato geografico distinto" (cfr. art. 29, par. 2, del Regolamento).

¹¹⁷ L'art. 3 b), aggiunto dal Trattato sull'Unione europea firmato a Maastricht il 7 febbraio 1992 ed entrato in vigore il 1° novembre 1993 (ora art. 5, secondo la numerazione del Trattato di Amsterdam del 1997), stabilisce infatti che la Comunità sia chiamata ad intervenire soltanto se e nella misura in cui gli obiettivi dell'azione prevista non possono essere realizzati dagli Stati membri.

in termini di competitività del mercato connessi all'esecuzione di un determinato accordo.

Giova peraltro osservare che il meccanismo introdotto con il Regolamento n. 1/2003, se certamente comporta notevoli vantaggi sotto il profilo della speditezza e dello snellimento delle procedure attribuite alla competenza della Commissione, implica tuttavia un dato da non sottovalutare. Il congegno dell'eccezione legale si traduce infatti nella restituzione agli operatori economici di un ampio margine nell'esercizio della autonomia privata, assegnando ad essi il compito di valutare autonomamente se gli accordi conclusi presentano profili di illiceità o meno.

Ne consegue dunque una maggiore responsabilizzazione delle imprese, con tutti i rischi che ciò comporta dal punto di vista della realizzazione degli obiettivi di tutela del mercato¹¹⁸.

In ordine alle autorizzazioni in deroga, invece, la conseguenza più evidente del nuovo regime è il venir meno del carattere costitutivo del provvedimento de esenzione.

L'introduzione di un sistema di valutazione *ex post*, d'altra parte per essere efficiente impone alle autorità competenti una maggiore capacità di acquisire informazioni sui mercati, aggiornandole regolarmente in relazione alla nascita di nuovi settori e alla continua evoluzione di quelli esistenti.

L'abbandono del sistema di notifica preventiva ha richiesto conseguentemente un rafforzamento dei poteri istruttori e sanzionatori della Commissione: il Regolamento 1/2003 ha parzialmente recepito questa esigenza, introducendo una serie di misure volte ad attribuire maggiori poteri alla Commissione. Tra le principali novità in questo senso rientrano l'attribuzione alle autorità del potere di effettuare accertamenti ispettivi presso i domicili privati di amministratori, direttori e altri membri del personale delle imprese oggetto di indagine, previa autorizzazione del giudice nazionale (art. 21); l'istituzione del potere di adottare rimedi

¹¹⁸ In merito si veda L. TOFFOLETTI, *Riforma del diritto antitrust comunitario: giudizio di esenzione e diritti dei singoli*, in *Giur. comm.*, n. 4/2002, I, pagg. 417 ss.

strutturali in ipotesi di violazioni delle norme di concorrenza (art.7). Questa disposizione costituisce un'innovazione significativa in quanto permette alla Commissione di imporre condizioni particolarmente invasive, quali la cessione di partecipazioni e la separazione di rami societari, alle imprese, l'ambito di applicazione di tale norma è tuttavia limitato, sussistendo il presupposto della reiterazione dell'infrazione, ovvero del rischio di reiterazione della stessa; l'attribuzione del potere di accettare gli impegni assunti da parte delle imprese coinvolte in un'infrazione idonei a farne cessare gli effetti (art. 9). Si tratta di un potere mutuato dal *consent order* previsto dall'ordinamento statunitense che ha la funzione di favorire la conclusione dei procedimenti in via transattiva.

Da un punto di vista dell'efficienza economica, invece, l'approccio *ex post* implica, a parità di altre condizioni, un maggiore costo a carico dell'organo comunitario per colmare l'asimmetria informativa esistente tra il regolatore e il soggetto privato¹¹⁹.

Per ridurre tali costi e permettere alla Commissione di concentrare i propri sforzi sui casi più rilevanti il Regolamento 1/2003 ha esteso alle autorità e i giudici nazionali la competenza ad esaminare la sussistenza delle condizioni di esenzione previste dal paragrafo 3 dell'art. 81 per la non applicabilità del divieto di cui al secondo comma, potere in precedenza attribuito alla sola Commissione, e, ove non ritengano sussistenti tali condizioni, porre fine all'infrazione, ossia sancire l'invalidità dell'intesa.

Il combinato della precedente disciplina, che attribuiva alla Commissione il monopolio in materia, con l'interpretazione formalistica dell'art. 81 sviluppata da parte della Commissione, che porta a considerare quasi ogni restrizione formale dell'autonomia delle parti come restrittiva e quindi autorizzabile aveva di fatto imposto lo strumento della notifica quale principale strumento a disposizione delle imprese per tutelarsi sia contro la comminazio-

¹¹⁹ Per una valutazione di efficienza sistematica circa il grado di effettività della legge in generale, si veda S. SHAVELL, *The optimal structure of law enforcement*, in *Journal of Law and economics*, 1993, pag. 255 e ss.

ne di eventuali sanzioni da parte della Commissione che in sede giurisdizionale (la notifica rappresentava un valido argomento di difesa per sostenere che l'intesa era in ogni caso esentabile). L'effetto era stato un completo accentramento delle funzioni nell'applicazione concreta dell'art. 81¹²⁰ con la conseguenza che la Commissione usava troppe risorse per esaminare notifiche irrilevanti invece che perseguire le pratiche concordate (ed ovviamente non notificate) e gli abusi di posizione dominante e non disponeva delle informazioni che invece le autorità nazionali avrebbero in molti casi ottenuto più facilmente.

La ragione economica di questa seconda novità introdotta dal nuovo Regolamento si combina con la motivazione giuridica sottesa a questa disposizione: con essa, infatti, viene data applicazione al principio di sussidiarietà sancito dal Trattato di Maastricht anche per quanto concerne il diritto di esentare le intese dall'applicazione del divieto di cui all'art. 81; la precedente disciplina applicativa, di impronta centralistica contrastava, infatti, con il principio di sussidiarietà, peraltro richiamabile solo a partire dagli anni '90 con il completamento della rete di autorità antitrust nazionali fortemente incentivata dalla Commissione.

Il decentramento dell'applicazione della normativa *antitrust* comunitaria porta altresì con sé l'esigenza di una piena armonizzazione interpretativa della disciplina: le autorità nazionali di concorrenza ed i giudici nazionali, nell'applicare la propria normativa nazionale antitrust, devono obbligatoriamente applicare anche gli artt. 81 ed 82 del Trattato, perseguendo un obiettivo di armonizzazione delle discipline legislative e delle prassi applicative degli Stati membri (art. 3 del Regolamento).

Con riferimento alle intese la norma afferma, altresì, la supremazia della norma comunitaria su quella nazionale: nel caso in cui le autorità e i giudici nazionali applichino la

¹²⁰ Si pensi che il Bundeskartellamt, la storica autorità nazionale tedesca, dal 1958 al 1999 aveva applicato gli articoli 81 e 82 del Trattato solo 21 volte, mentre altre autorità non avevano mai attuato in sede decentrata la disciplina comunitaria della concorrenza. Nello stesso senso si veda A. PERA, *La modernizzazione del diritto comunitario della concorrenza: rivoluzione o evoluzione*, in *Atti del Convegno "Le nuove regole della concorrenza"*, Roma, 3 luglio 2003.

legislazione nazionale a fattispecie che rientrano nel campo di applicazione del diritto comunitario, infatti, l'art. 3 del Regolamento impone a tali organi non solo di applicare anche l'articolo 81 del Trattato, ma anche di disapplicare eventuali disposizioni di diritto interno più severe di quelle comunitarie, peraltro con riferimento alle sole intese (per le condotte unilaterali è invece possibile l'applicazione di norme nazionali più severe), ponendo un vero e proprio vincolo di convergenza¹²¹.

Per assicurare l'uniformità di applicazione delle norme comunitarie la Commissione svolge compiti di vigilanza sulla loro uniforme attuazione da parte dei giudici e delle autorità nazionali. In questo senso gli orientamenti della Commissione assumono un ruolo preminente rispetto a quelli dei giudici e delle autorità nazionali: i giudici non possono adottare decisioni in conflitto con quelle già assunte, o in procinto di essere assunte, dalla Commissione; in questo senso la Commissione è già intervenuta, affermando che, nell'ambito dell'applicazione dell'art. 81, *"la valutazione comparata degli effetti anticoncorrenziali e degli effetti favorevoli alla concorrenza è effettuata esclusivamente nell'ambito dell'articolo 81 paragrafo 3"*¹²², imponendo così un limite alla discrezionalità delle autorità nazionali.

Il sistema precedentemente in vigore prevedeva al contrario il sistema della c.d. doppia barriera, che comportava la legalità delle sole intese che erano in grado di superare il doppio test di liceità, quello comunitario e quello nazionale. Tale sistema comportava la prevalenza della norma più severa: se la norma più severa era contenuta nell'ordinamento comunitario l'intesa era illecita e non poteva essere autorizzata dal diritto nazionale (questa regola è quella rimasta in vigore); se, viceversa, la norma più severa era contenuta nella legge nazionale, l'intesa, sebbene valida a livello comunitario, poteva essere vietata dalle autorità nazionali.

¹²¹ F. DENOZZA, *Problemi applicativi del nuovo regime*, intervento al Convegno su *"Le nuove regole della concorrenza"*, Milano, 19-20 aprile 2004.

¹²² Commissione Europea, *Linee direttrici sull'applicazione dell'articolo 81, paragrafo 3 del Trattato*, Brussels, 2004, par. 11.

Le autorità nazionali, inoltre, hanno l'obbligo di sospendere un procedimento nel caso in cui la Commissione stia valutando la stessa fattispecie.

Al fine di rispondere a questa rinnovata ed accresciuta esigenza di armonizzazione il nuovo Regolamento ha introdotto la Rete Europea della Concorrenza (*European Competition Network* - ECN), volta a rafforzare sia la cooperazione verticale (tra la Commissione e le autorità) che quella orizzontale (tra le diverse autorità). Nell'ambito del network le autorità hanno l'obbligo di tenere la Commissione debitamente informata sui procedimenti in corso; possono essere chiamate dalla Commissione e dalle altre autorità nazionali a svolgere indagini sul territorio per loro conto; possono scambiarsi tra loro informazioni, pur nell'ambito della medesima fattispecie; possono rigettare denunce riguardanti casi già trattati da altre autorità.

Vengono previsti, infine, appositi meccanismi e strumenti di coordinamento volti ad evitare, per quanto possibile, la duplicazione di procedimenti e decisioni, nonché per prevenire eventuali situazioni di conflitto.

Per quanto riguarda l'allocazione dei casi, essi sono ripartiti in base al centro di gravità dell'infrazione, chiaramente ispirato al principio di sussidiarietà. In base a tale principio ciascuna autorità è ritenuta meglio titolata ad accertare le infrazioni di cui agli articoli 81 e 82 del Trattato se si verificano le seguenti condizioni: l'infrazione genera un impatto sulla concorrenza nel territorio nazionale di tale autorità e sia posta in essere, ovvero origini, dal territorio nazionale della stessa; l'autorità nazionale in questione disponga di poteri adeguati per porre termine all'infrazione e sanzionarla in maniera adeguata; l'autorità stessa sia nella migliore posizione per acquisire gli elementi necessari ai fini della prova dell'infrazione, eventualmente anche con l'assistenza delle altre autorità.

Vi è poi la possibilità per le autorità nazionali di intervenire congiuntamente, attraverso un'azione coordinata, per istruire casi che coinvolgono fino a tre paesi dell'Unione. Per le fattispecie che coinvolgono almeno quattro paesi la competenza passa alla Commissione. Essa può inoltre intervenire per trattare fattispecie suscettibili di violare un interesse comunitario o per casi in cui, per la novità

della fattispecie, emerge l'esigenza di adottare decisioni di valenza generale, o ancora per assicurare l'applicazione effettiva delle norme comunitarie, e, da ultimo in casi relativi a settori in cui la Commissione detiene competenze esclusive. Infine la Commissione può avocare a sé il procedimento nel caso in cui si verifichi una delle seguenti situazioni: il rischio di decisioni contrastanti, assunte da parte di diverse autorità nazionali, in relazione alla medesima fattispecie; il rischio di una decisione in conflitto con i principi consolidati della giurisprudenza e della prassi comunitaria; un ritardo ingiustificato nella trattazione del caso l'esigenza di assumere una decisione di valenza generale suscettibile di avere un impatto anche negli altri paesi dell'Unione.

Il nuovo sistema di applicazione delle regole della concorrenza si fonda quindi su di una maggiore partecipazione da parte delle autorità e dei giudici nazionali e sul potenziamento del loro coordinamento, attraverso il *network*, in modo da affrontare in maniera più efficiente ed efficace la maggiore complessità economica, giuridica e tecnologica del mondo globalizzato. Nei propositi della Comunità, infatti, il *network* deve costituire un foro di discussione e cooperazione in materia di applicazione e vigilanza sul rispetto della politica comunitaria della concorrenza, garantendo un'uniforme prassi applicativa ispirata ai criteri indicati dalla Commissione, cui spetta una funzione armonizzatrice. In questo senso, come dimostrato dalla teoria dei giochi ripetuti, i meccanismi di reputazione costituirebbero una garanzia contro il *free-riding* da parte delle autorità nazionali, poiché "comportamenti non consonanti con il resto della rete", in particolare quelli finalizzati a perseguire obiettivi di politica industriale nazionale, "sarebbero sanzionati con l'emarginazione e la perdita di prestigio"¹²³ a livello comunitario. Lo stesso *network*, inoltre, dovrebbe garantire, sempre secondo le intenzioni della Comunità, un'efficiente ripartizione dei casi, in base al principio secondo il quale ciascun caso dovrà essere attribuito all'autorità meglio posizionata in termini di costo di acquisizione delle informazioni.

¹²³ V. PEPE, op. cit., pag. 124

Il nuovo Regolamento, in definitiva, mira a conseguire i seguenti obiettivi:

- consentire alla Commissione di dedicare maggiori sforzi e risorse alla trattazione dei casi più rilevanti;
- favorire l'applicazione decentrata delle regole comunitarie di concorrenza da parte dei giudici e delle autorità nazionali, permettendone un più puntuale controllo a tutti i livelli, contestualmente favorendo l'armonizzazione dei criteri valutativi secondo i principi dettati dagli organi comunitari;
- semplificare, a vantaggio delle imprese, il sistema di applicazione delle regole comunitarie di concorrenza, rimuovendo l'obbligo di notifica preventiva delle intese, riducendo i loro costi.

In una prospettiva di efficienza, il perseguimento di questi obiettivi deve essere valutato positivamente; tuttavia, come è stato fatto notare¹²⁴, tali innovazioni procedurali pongono nuove problematiche che sono state solo parzialmente affrontate con misure correttive.

Tra queste vi è innanzitutto quella dell'armonizzazione dei canoni di valutazione delle autorità nazionali, in quanto l'applicazione decentrata della disciplina non deve implicare difformità dei criteri di giudizio, ma non solo: anche l'applicazione delle legislazioni nazionali deve ispirarsi ad alcuni criteri di valutazione comuni poiché, come abbiamo visto, nell'attuare le disposizioni statali, le autorità applicano contestualmente anche gli artt. 81 e 82 del Trattato dell'Unione (art. 3 del Regolamento 1/2003).

Vi è inoltre la già accennata questione dell'acquisizione delle informazioni necessarie a valutare i comportamenti delle imprese: in un'ottica *ex post*, infatti, l'autorità *antitrust* può intervenire solo se possiede informazioni sufficienti per valutare e quantificare gli effetti di una data condotta e in carenza di queste deve avere i poteri

¹²⁴ G. DI FEDERICO- P. MANZINI, *A law and economics approach to the new antitrust enforcing rules*, in *Erasmus Law and economics review*, Giugno 2004, pag. 143 e ss.; M. PIRRUNG, *EU enlargement towards a cartel paradise? An economic analysis of the reform of European competition law*, in *Erasmus Law and economics review*, Febbraio 2004, pag. 77 e ss.

e le risorse per acquisirle tempestivamente.

L'assenza di una notifica preventiva implica altresì un aumento l'incertezza nello svolgimento delle loro attività, dato che le autorità potranno sempre intervenire per sancire la nullità di un'intesa, anche dopo anni dalla stipula della stessa¹²⁵.

Una volta che un'intesa o una condotta unilaterale sono dichiarate abusive, si giunge al momento sanzionatorio, laddove l'entità della sanzione ottima, ossia quella che moltiplicata alla probabilità per coloro che violano la norma di essere puniti è marginalmente maggiore del beneficio derivante dalla violazione della legge stessa, dipende anche dalla fase in cui avviene la verifica della liceità della fattispecie¹²⁶. In questo senso il mantenimento dell'entità della sanzione massima al 10% del fatturato delle imprese coinvolte assume che l'intervento *ex post* implichi la medesima probabilità per coloro che violano la norma di essere puniti rispetto al controllo *ex ante*, un'ipotesi che difficilmente si verifica.

Da un punto di vista organizzativo, infine l'esigenza di coordinamento a livello comunitario impone, anche ad ordinamenti che spesso hanno trascurato questi aspetti, che la struttura delle autorità risponda a criteri di efficienza pubblica: con la nuova normativa le autorità nazionali possono essere chiamate dalla Commissione a fornire i propri pareri su intese e concentrazioni alla Commissione, e può verificarsi la situazione in cui più autorità si trovino a dover coordinarsi ed intervenire sul medesimo caso (in ogni modo non più di tre); conseguentemente, la loro idoneità ad adempiere efficacemente le proprie funzioni acquista rilevanza per il buon andamento dell'intero sistema antitrust comunitario.

L'applicazione concreta della normativa comunitaria

¹²⁵ W. P. J. WILS, *The optimal enforcement of EC antitrust law*, L'Aia, 2002, pag. 12 ss.

¹²⁶ Su questo tema si fa riferimento a A. M. POLINSKY-S. SHAVELL, *Public enforcement of law in Enciclopedia of Law and economics*, vol. V, Cheltenham, 2000; su questa problematica si fa riferimento S. MAILLONS, *Les sanctions de la violation du droit communautaire de la concurrence*, Bibliothèque de droit international et Communautaire, 2002, Tome 118, pagg. 369 e ss..

si basa poi sulle Comunicazioni elaborate dalla Commissione, documenti che riprendono il modello delle *Guidelines* statunitensi, in parte avvicinandosene anche per quanto riguarda il contenuto.

Questi documenti costituiscono, come detto, l'esplicitazione formale dell'orientamento interpretativo della Commissione nei confronti di talune tipologie di restrizioni della concorrenza ovvero su aspetti rilevanti dell'applicazione della disciplina comunitaria antitrust. Pur avendo solo valore indicativo, non vincolando la Commissione nella valutazione del caso specifico, esse sono generalmente seguite e forniscono alle autorità competenti, alle imprese e, in genere ai soggetti interessati, un elenco dettagliato dei fattori da tenere in considerazione nella valutazione dei casi concreti e i criteri indicativi per un'applicazione sistematica delle regole della concorrenza alle varie fattispecie rilevanti ai fini antitrust. Inoltre, qualora la Commissione decida di discostarsene, ne deve giustificare le ragioni all'interno della decisione, di modo che l'eventuale scostamento possa essere eventualmente preso in considerazione in sede di giudizio di fronte al Tribunale di primo grado o alla Corte di giustizia.

Attualmente, le principali linee guida elaborate dalla Commissione hanno ad oggetto le autorizzazioni in deroga alle intese (2004), le intese verticali (2000), le intese orizzontali (2001), gli accordi di importanza minore (2001), le concentrazioni (2004), la definizione di mercato rilevante (1997). Il fatto stesso della loro introduzione, nonché il loro contenuto, evidenziano un crescente utilizzo di indici economici e, in parte, di efficienza, nello stabilire la liceità o meno di intese e concentrazioni. Manca, ed è una carenza che la Commissione sta cercando di colmare con una consultazione attualmente in corso, un documento interpretativo per l'applicazione dell'art. 82 del Trattato.

Delineati per sommi capi i tratti generali dei temi di diritto *antitrust* che si affacciano nella trattazione del tema, sembra a questo punto opportuno procedere ad una disamina (critica) delle tesi che sono state sino ad ora offerte dalla elaborazione dottrinale e giurisprudenziale in merito alla interazione tra autorità.

4.1 La cooperazione tra la Commissione ed i giudici nazionali

Dunque, il Regolamento 1/2003 intensifica la cooperazione tra la Commissione e i giudici nazionali. Per tale motivo, l'articolo 15 dello stesso individua tre strumenti avvalendosi dei quali la Commissione Europea ha la possibilità di dare supporto al lavoro dei giudici nazionali, svolgendo così un ruolo che può definirsi attivo nei relativi giudizi¹²⁷. Più precisamente, ai sensi dell'articolo 15 del Regolamento suddetto, la Commissione Europea può fornire informazioni che sono in suo possesso o rendere pareri, non vincolanti tuttavia, in merito a temi concernenti l'applicazione del diritto comunitario della concorrenza. I pareri forniti dall'Autorità di concorrenza europea possono, grazie alle novità introdotte dal Regolamento in questione, considerare aspetti anche legali ed economici, non limitandosi come accadeva in precedenza a semplici analisi di questioni di fatto¹²⁸.

Ecco allora che è possibile intravedere in questo meccanismo di cooperazione una sorta di procedimento preliminare alla valutazione ed alla decisione, circa la liceità (e pertanto validità) delle intese, di "consulenza".

4.2 Il contrasto di decisioni in ambito comunitario

La Corte di Giustizia dell'Unione Europea non è rimasta insensibile al problema del coordinamento delle competenze dei giudici ordinari e delle autorità di controllo ed ha fornito nel corso del tempo una serie di indicazioni che hanno trovato il punto di arrivo nel caso *Delimitis*¹²⁹, in occasione del quale la Corte ha affermato il principio della cooperazione tra i giudici nazionali e la Commissione nell'applicazione delle norme a tutela della concorrenza.

La Corte di Giustizia era partita dalla considerazione per cui diversi sono i ruoli che competono alla Commissione ed all'autorità giudiziaria nell'applicazione del diritto

¹²⁷ Dettagli relativi al modello di cooperazione tra la Commissione Europea e le Corti Nazionali sono contenuti nella National Court Notice.

¹²⁸ National Court Notice.

¹²⁹ CGCE, 28 febbraio 1991, C234/89, in *Foro it.*, 1993, IV, c. 29 con nota di M. MEROLA, *Norme comunitarie e poteri dei giudici nazionali*.

antitrust. In particolare, la Commissione è un'autorità amministrativa responsabile del coordinamento e dell'attuazione della politica comunitaria della concorrenza e a tal fine agisce nel pubblico interesse, mentre i giudici nazionali hanno il compito di salvaguardare i diritti dei singoli nei rapporti di diritto privato.

La Corte ebbe allora cura di affermare esplicitamente che il giudice, nell'esercizio delle sue funzioni, deve tener conto della competenza della Commissione al fine di evitare di emettere delle decisioni incompatibili.

Laddove i giudici ordinari si trovino a decidere su richieste risarcitorie consequenziali ai provvedimenti presi dall'Autorità nazionale ai sensi dell'art. 101 TFUE, questi ultimi avranno efficacia vincolante ai sensi dell'art. 16, 1° comma, del Regolamento CE n. 1 del 2003.

L'articolo 16, comma primo, del Regolamento CE n. 1 del 2003, sulla scorta di un noto orientamento della Corte di Giustizia¹³⁰, ha previsto che, quando i giudici nazionali si pronunciano su accordi, decisioni e pratiche concordate, ai sensi dell'articolo 101 o 102 del TFUE, già oggetto di una decisione della Commissione Europea, questi non possano prendere provvedimenti che siano in contrasto con la decisione adottata dalla Commissione. Essi devono evitare soluzioni non in linea con una decisione contemplata dalla Commissione in procedimenti da essa avviati.

Una parte autorevole della dottrina ha anche sostenuto che le decisioni positive di inapplicabilità degli articoli 101 e 102 del TFUE, adottate ex art. 10 Reg. CE 1/2003, rappresenterebbero un vincolo per i giudici che si trovino a va-

¹³⁰ Peraltro il fatto che l'accertamento amministrativo della violazione possa avere una qualche efficacia vincolante nel procedimento giudiziario ordinario non inficia in alcun modo la possibilità per le Corti di riferire la questione circa la validità della decisione alla Corte di Giustizia, ai sensi dell'art. 234 del Trattato UE. Cnf. Corte UE, 18 febbraio 1991, *causa 28 febbraio 1991, C-23489*, in *Racc.*, p.I-935, punto 47. È la c.d. dottrina *Masterfoods*, che trae origine dalla sentenza della Corte di Giustizia, la quale ha affermato il principio secondo cui i tribunali nazionali non devono mai trovarsi nella posizione di giungere ad una decisione contrastante con la posizione adottata dalla Commissione al fine di rendere effettivamente possibile il raggiungimento degli obiettivi comunitari in materia di concorrenza (Corte di Giustizia UE, sentenza 14 dicembre 2000, *causa C-344/98*)

lutare la stessa condotta oggetto di tali decisioni. In entrambi i casi si è sostenuto che la diminuzione dei margini di autonomia dei Giudici nazionali sarebbe parzialmente compensata dalla possibilità di poter comunque attivare il meccanismo del rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia¹³¹.

Alcuni ordinamenti giuridici comunitari hanno adottato disposizioni analoghe relativamente alle decisioni delle loro singole Autorità nazionali¹³². È il caso, ad esempio del Regno Unito, dove le sezioni 18 e 20 dell'*Enterprise Act* prevedono che le Corti nazionali siano vincolate quanto all'accertamento dei fatti dai provvedimenti dell'*Office of Fair Trading* (OFT) e dalle sentenze di appello prese su tali decisioni da *Competition Appeal Tribunal*¹³³. In altri ordinamenti giuridici si è arrivati poi ad estendere l'effetto vincolante anche alle decisioni di tutte le Autorità Garanti della Concorrenza degli Stati membri. Si fa riferimento, in particolare, all'art. 33, comma 4, del GWB tedesco.

Differente è ovviamente la questione se la sentenza dell'Autorità giudiziaria ordinaria possa vincolare in qualche modo l'Autorità Garante chiamata a sanzionare eventualmente lo stesso comportamento anticompetitivo, in quanto è ovvio che il giudicato farà stato soltanto tra le parti, indipendentemente dall'accertamento dell'illiceità o meno della condotta. L'Autorità, avvalendosi di personale

¹³¹ M. TAVASSI, *Which role for national courts in competition protection?*, atti del VI convegno UAE-LIDC-*Antitrust between EC and National Law*, Treviso, maggio 2004, ed. 2005, pag. 88.

Sulla possibilità di esperire il rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia si veda G. MUSCOLO, *Poteri e garanzie nel diritto antitrust, l'esperienza italiana nel sistema della modernizzazione*, documento disponibile alla seguente pagina web http://www.assonime.it/assonime/pubblicazione/pub_notestudi_A.nsf/118.pdf, 2007. Si è però sottolineato come tale disposizione debba essere interpretata bilanciando il principio del primato del diritto europeo con quello della indipendenza del giudice.

¹³² Corte UE, 14 dicembre 2000, causa C-344/98, in *Racc.*, p. I-11369, punto 2.

¹³³ Per una ricognizione dei casi in cui si è dibattuto circa la portata delle disposizioni normative si veda B. RODGER, *Competition Law Litigation in the UK Courts: A Study of All Cases to 2004- Part III*, ECLR, 2006, pag. 341.

specializzato, ha sicuramente i mezzi migliori per poter liberamente ripercorrere e approfondire le valutazioni già effettuate dal Giudice ordinario.

A ben vedere, una coerente applicazione del diritto *antitrust* potrebbe essere facilitata anche attraverso il maggior ricorso, anche per le fattispecie di rilevanza nazionale, al meccanismo previsto dall'art. 15 Reg. CE 1/2003. Esso prevede che la Commissione sia tenuta a fornire assistenza ai giudici nazionali che ne facciano richiesta in relazione a giudizi aventi ad oggetto questioni sussumibili all'interno degli articoli 101 e 102 TFUE. Tale assistenza può consistere non solo nello scambio di informazioni, ma anche nel rilascio di pareri in merito a questioni inerenti l'applicazione del diritto *antitrust* comunitario. Tuttavia, i giudici nazionali si sono dimostrati restii al ricorso a tali meccanismi.

Parimenti inutilizzato è il meccanismo dell'*amicus curiae* attraverso il quale la Commissione Europea potrebbe formulare di propria iniziativa osservazioni alle giurisdizioni nazionali (art. 15.3 Reg. CE 1/2003) al fine di garantire una coerente applicazione degli articoli 101 e 102 TFUE.

Ora, nonostante il sotto-utilizzo del modello appena descritto, potrebbe ritenersi opportuno estendere l'applicazione di tali meccanismi all'ordinamento giuridico nazionale. In effetti, in un'ottica di sistema, i vantaggi sostanziali che essi sono in grado di determinare in termini di diminuzione di possibili contrasti giurisprudenziali sono sicuramente superiori a costi che l'introduzione di disposizioni normative di tale genere comporta.

CAPITOLO IV

IL RISCHIO DI DECISIONI IN CONFLITTO IN AMBITO NAZIONALE

1. Impostazione dei problemi

Il pericolo che l'Autorità garante della Concorrenza e del Mercato ed il giudice ordinario addivengano a decisioni in conflitto tra loro è inevitabile, dal momento che ci si trova al cospetto, nella materia *antitrust* di due organi tra loro svincolati, dotati di analoghi poteri istruttori, decisori e sanzionatori. Il pericolo si avverte in misura minore nel momento in cui l'intesa oggetto di esame viene prospettata come fonte di un danno ingiusto, laddove è possibile che le due autorità abbiano punti di vista differenti, considerati gli ambiti del loro intervento.

Tuttavia, lo stesso rischio si avverte con maggiore intensità allorché si tratti di verificare se un rapporto negoziale si collochi dentro o fuori l'ordinamento, alla luce dei principi di cui alla legge *antitrust*, essendo i giudici chiamati a compiere, in tale ultimo caso, il medesimo tipo di valutazioni dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato.

Il ruolo e le attribuzioni delle due autorità preposte dalla legge a tutela della concorrenza, in quello che viene definito come "doppio binario" del sistema, sembrano chiaramente definite: l'AGCM svolge funzioni amministrative, che attengono alla tutela del sistema concorrenziale di mercato nell'interesse della collettività; il Giudice Ordinario è preposto alla tutela di situazioni giuridiche soggettive, derivanti dalla legge *antitrust*.

Per quel che interessa in questa sede, è utile ricordare che l'agire sul mercato, il determinare situazioni che possono alterare gli equilibri del mercato e, conseguentemente, l'assetto concorrenziale dello stesso, avviene attraverso l'instaurazione di rapporti negoziali tra i soggetti che ivi vi operano. Ora, compito del giudice ordinario attiene alla tu-

tela delle situazioni giuridiche soggettive che da tali rapporti nascono e tale sarebbe stato anche in assenza di una espressa previsione della legge a tutela della concorrenza. Tuttavia, l'espressa previsione circa le competenze attribuite al giudice ordinario in *subiecta* materia è necessaria a causa delle deroghe contenute nella stessa legge e per marcare i rapporti intercorrenti con l'autorità amministrativa.

In particolare, il riferimento è alla competenza esclusiva attribuita all'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato al rilascio delle autorizzazioni in deroga.

Come detto, l'AGCM ha un compito diverso e più esteso rispetto a quello dell'AGO. Invero, ad essa è attribuito il controllo del corretto funzionamento del mercato ed il potere di intervenire laddove ravvisi comportamenti lesivi, anche non aventi carattere negoziale. Tuttavia, nel momento in cui un operatore economico lamenti, ad esempio, un inadempimento ovvero un comportamento abusivo della sua controparte, si rivolgerà al giudice ordinario. Il giudice allora, risolverà il conflitto interpretativo applicando le norme di legge che quel conflitto regolano.

Corollario è che le funzioni dei due organi posti dalla legge a tutela della concorrenza, sono destinate ad intersecarsi.

Le interferenze possono essere di vario tipo e possono dar luogo a situazioni in cui il giudice ordinario si trovi a dover esercitare le proprie funzioni in presenza di una azione "parallela" esercitata dinanzi all'autorità amministrativa di controllo. In particolare, può accadere che le imprese comunichino l'intesa, ai sensi dell'art. 13 della legge *antitrust*, al fine di far accertare che la stessa non rientra nell'ambito di operatività del divieto posto dall'art. 2 della Legge *antitrust*. Nella prassi, poi, viene contestualmente presentata una richiesta di autorizzazione in deroga, per l'ipotesi in cui l'AGCM giudicasse esistente la violazione del divieto di cui all'art. 2.

Dispone la norma di cui all'articolo 13 della legge *antitrust* che se l'Autorità non avvia il procedimento entro il termine di centoventi giorni dalla comunicazione, non può

più procedere in tal senso, ad eccezione dei casi di comunicazioni incomplete o non veritiere¹³⁴.

Questo meccanismo procedurale di comunicazione volontaria risulta chiaramente ispirato alla disciplina comunitaria della c.d. attestazione negativa di cui all'articolo 2 del Regolamento n. 17/62, avente ad oggetto la richiesta di accertamento rivolta alla Commissione, da parte delle imprese, in ordine alla compatibilità con gli articoli 81.1 e 82 del Trattato CE - attualmente 101 e 102 del TFUE - di un determinato accordo, decisione o pratica.

Come visto, tuttavia, il processo di modernizzazione del diritto *antitrust* comunitario, culminato nel Regolamento 1/2003, ha comportato il passaggio da un sistema di autorizzazione preventiva delle intese comunicate ad un meccanismo di eccezione legale, secondo cui sono di per sé legittimi gli accordi, le decisioni e le pratiche concordate che soddisfino le condizioni di cui all'articolo 81, paragrafo 3, senza che sia necessaria l'adozione di una decisione preventiva della Commissione.

L'articolo 3 del citato Regolamento sancisce inoltre l'immediata e diretta applicabilità degli articoli 81 e 82 TCE -attuali 101 e 102 TFUE- da parte delle autorità amministrative e delle giurisdizioni nazionali. In particolare è stata abrogata la competenza esclusiva della Commissione a concedere alle imprese un'esenzione dal divieto di intese restrittive della concorrenza ai sensi dell'articolo 81, paragrafo 3 del TCE.

Queste incisive evoluzioni del contesto normativo comunitario non possono non ripercuotersi, come già accaduto in passato, sulla disciplina dei procedimenti in materia di intese restrittive della concorrenza, con particolare riguardo al sistema di comunicazione preventiva delle intese, che può risultare non del tutto compatibile con lo spirito e con il dettato del regolamento 1/2003¹³⁵.

¹³⁴ Le modalità di comunicazione, da effettuarsi obbligatoriamente con apposito formulario predisposto dall'Autorità - *Formulario pe la comunicazione delle intese*, pubblicato in data 1° luglio 1996, in *Boll., ed. spec.*-, sono disciplinate dall'articolo 3 del regolamento di procedura

¹³⁵ per quanto riguarda gli orientamenti espressi in proposito dall'Autorità, si deve segnalare che essa, per il tramite del suo Presidente, ha in più occasioni, da un lato, auspicato una completa conforma-

Ora, qualora l'AGCM non apra l'istruttoria entro centoventi giorni dalla comunicazione, l'intesa si "consolida": il silenzio viene, cioè, equiparato ad una sorta di decisione di non rilevanza per il diritto *antitrust*, salvo, come detto, il caso di comunicazioni incomplete o non veritiere.

Come accennato, nella prassi, viene contestualmente presentata anche una richiesta di autorizzazione in deroga, per l'ipotesi in cui l'Autorità Garante giudicasse esistente la violazione del divieto; in questo caso, la legge impone all'AGCM di provvedere entro centoventi giorni – dall'apertura dell'istruttoria-. Giova, tuttavia, dare avviso che in questa ipotesi è diversa la rilevanza del decorso del termine¹³⁶. Infatti, in questo caso, il decorso del termine non vale come "silenzio-accoglimento", né come "silenzio-rifiuto" e ciò in primo luogo perché la legge non lo prevede espressamente e sarebbe, tra l'altro, svilito il sistema dell'autorizzazione come deroga al divieto, da elargire sulla base di un'attenta valutazione delle circostanze; in secondo luogo perché se fosse inteso come silenzio-rifiuto, questo consentirebbe alle parti di rivolgersi al giudice amministrativo per far accertare non soltanto l'obbligo dell'Autorità Garante di provvedere, ma anche l'esistenza dei presupposti per l'autorizzazione. Il decorso del termine, viceversa, deve ritenersi che abbia valenza di silenzio inadempimento, a fronte del quale il privato può esperire gli opportuni mezzi di tutela.

Inoltre, può verificarsi l'ipotesi in cui le imprese hanno dato luogo ad un'intesa anti-concorrenziale o, anche in maniera del tutto inconsapevole, hanno organizzato i loro rapporti economici in maniera tale da creare un effetto distortivo della concorrenza. In questo caso, le imprese interessate non hanno comunicato l'intesa né hanno avanzato una richiesta di autorizzazione in deroga, ed hanno dato, con ogni probabilità, esecuzione al loro accordo. Tuttavia, anche

zione della legislazione interna alla disciplina comunitaria e la conseguente abrogazione dell'articolo 13 della legge n. 287/90, e, dall'altro, ha auspicato una prevalente applicazione degli articoli 101 e 102 del TFUE in luogo della normativa nazionale.

¹³⁶ P. AUTIERI, *Nullità e autorizzazione delle intese restrittive della concorrenza nella normativa antitrust nazionale*, in *Riv. Dir. Ind.*, 1996, I, pag. 83.

in tale ipotesi ci si potrebbe trovare di fronte ad un procedimento pendente dinanzi all'AGCM, la quale, indipendentemente dalla comunicazione dell'intesa o dalla richiesta di autorizzazione in deroga, può aver aperto un'istruttoria. Così come può verificarsi l'ipotesi che il giudice ordinario sia il primo a conoscere dell'accordo anticompetitivo, non essendo ancora stata avviata un'istruttoria.

Nel caso in cui vi sia un'istruttoria in corso, essa potrà sfociare in una decisione di rilevanza o di non rilevanza della intesa per il diritto ovvero in un temporaneo provvedimento di autorizzazione in deroga, sempre revocabile, previa diffida, in caso di abuso da parte dell'interessato o qualora vengano meno i presupposti che abbiano giustificato il rilascio dell'autorizzazione..

Posti in luce i possibili cumuli di tutela, può concludersi che l'intesa può essere sottoposta all'attenzione del giudice in una delle seguenti ipotesi:

- dopo una comunicazione
- dopo una richiesta di autorizzazione
- o nel corso del procedimento istruttorio (durante il quale potrebbe essere contestualmente presentata una richiesta di autorizzazione).

In tutte queste ipotesi il procedimento può essere già pendente dinanzi all'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato ovvero può esserci solo l'eventualità che quest'ultima possa interessarsene in futuro.

Oltre a queste ipotesi, possono verificarsene altre in cui non v'è né contemporaneità di procedimento, né è stato adito preventivamente il giudice ordinario, bensì l'AGCM ha già emanato un provvedimento decisorio circa la questione, provvedimento che può essere di non rilevanza, autorizzatorio o di condanna. I problemi che, allora, si pongono in questo caso, sono di natura diversa e involgono la rilevanza da attribuire, in sede giudiziaria, a tali provvedimenti.

2. La valutazione delle intese ad opera del giudice ordinario.

La valutazione del giudice ordinario in ordine alla liceità o meno degli accordi anti-concorrenziali che si esprimono sotto forma di intese vietate ai sensi dell'articolo 2,

della legge n. 287/90, coinvolge il bilanciamento della concorrenza sul mercato nazionale, o in una sua parte rilevante.

Ai fini della dichiarazione di inefficacia di un'intesa il giudice, dovrà valutare, in primo luogo, se l'intesa rientri nell'ambito di operatività del divieto e, in tal caso, dovrà negare l'impegnatività dell'accordo sul piano negoziale a causa della carenza dei presupposti cui è normativamente subordinata la produzione di effetti.

Pertanto, il giudice, dovrà essere in grado di distinguere le intese non rientranti nell'ambito di operatività del divieto da quelle che possono beneficiare della deroga e, quindi, in grado di produrre effetti giuridici in seguito alla autorizzazione delle stesse da parte dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato. A tal fine, allora, è necessario comprendere il tipo di valutazione che il giudice dovrà condurre.

Come già si è avuto modo di precisare, la disposizione di cui all'articolo 2 della legge *antitrust*, vieta le intese che abbiano per oggetto o per effetto di impedire, restringere o falsare in maniera consistente il gioco della concorrenza all'interno del mercato nazionale o in una sua parte rilevante, comminando la sanzione della "nullità ad ogni effetto" di tutte quelle intese in cui ricorrano determinati requisiti.

Ai fini dell'operatività del divieto la legge richiede, in primo luogo, l'incidenza negativa sul gioco della concorrenza. Invero, l'intesa deve comportare un effetto negativo, che può consistere nell'impedire, restringere o falsare la concorrenza; tale incidenza negativa può a sua volta essere "oggetto" o "effetto" dell'intesa; in ogni caso essa deve essere "consistente" e deve riguardare l'intero mercato nazionale o una sua parte rilevante.

Riuscire ad individuare e valutare tali requisiti richiede un'analisi particolarmente complessa, che tra l'altro interferisce con materie economiche. Tale è, infatti, l'obiezione sollevata da tutti coloro che escludono che il giudice possa condurre un tale tipo di valutazione in ragione delle sue intrinseche difficoltà ed in ragione del fatto che la legge abbia appositamente creato un organo istituzionale preposto a tal fine e dotato delle necessarie competenze tecniche e scientifiche.

Dunque, il giudice è chiamato ad applicare il divieto di cui all'articolo 2, cioè, è chiamato ad applicare una norma che detta precisi parametri che ne condizionano l'operatività.

Il divieto di intese restrittive della concorrenza e, conseguentemente, la previsione testuale della nullità, comporta, per il giudice ordinario il compimento delle medesime valutazioni condotte dall'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato in ambito pubblicistico.

Pertanto, seguendo la logica, il primo presupposto che dovrà essere valutato, ai fini dell'operatività del divieto, è rappresentato dalla incidenza negativa delle intese su gioco della concorrenza. Ebbene, in questa analisi, si pongono, dal punto di vista giuridico, problemi di non poco rilievo perché sembra difficile individuare il contenuto del parametro "alterazione della concorrenza"¹³⁷.

Alcuni autori ritengono tale concetto privo di connotazione normativa, nel senso che tramite questo si operebbe un rinvio alla teoria economica¹³⁸; secondo altri, invece la definizione di concorrenza come fenomeno giuridico si affrancherebbe dalle influenze delle teorie economiche e, l'attenzione dei giuristi andrebbe incentrata sul valore che la nozione assume nella gradazione di interessi desumibile dalla Costituzione e dai principi dell'ordinamento dell'Unione Europea¹³⁹.

È noto, tra l'altro, che nell'ambito della teoria economica il parametro dell'alterazione della concorrenza non risponda ad un concetto statico, ma ha subito nel tempo una forte evoluzione: si è assistito, infatti, al passaggio dall'idea che la libertà di concorrenza coincidesse con la tutela della libertà individuale, e quindi con la libertà negoziale, all'affermazione di una sua rilevanza in termini di "situazione di mercato"¹⁴⁰.

¹³⁷ L. REISER, *Antinomie nel diritto sulle limitazioni della concorrenza*, in *Il compito del diritto privato*, Milano, 1990, pag. 241

¹³⁸ R. PARDOLESI, *Diritto antitrust italiano*, cit.

¹³⁹ E. PICOZZA, *Dizionario di diritto pubblico dell'economia*, Bologna, 1998, pag. 192

¹⁴⁰ D. COSSUTTA-M. GRILLO, *Concorrenza, monopolio, regolamentazione*, Bologna, 1987.

Aderire ad una o all'altra corrente di pensiero comporta una diversa valutazione della pericolosità dei diversi accordi anti-concorrenziali.

In realtà, la funzione del giudice, come si è ampiamente detto, è diversa da quella di "guardiano del funzionamento del mercato" dell'AGCM, perché interessa un conflitto interpretato.

Tuttavia, questa affermazione, vuol dire soltanto che il giudice è tenuto a guardare al sistema concorrenziale non come punto di equilibrio del mercato, ma come criterio di soluzione dei conflitti intersoggettivi¹⁴¹. Da qui la conclusione per cui il giudice dovrà risolvere i problemi di coordinamento tra libertà negoziale dei privati ed esigenze del mercato, dando prevalenza a queste ultime tutte le volte in cui ritenga che gli accordi conclusi dai soggetti privati e sottoposti al suo esame, possano minacciarle.

In tale prospettiva, il giudice ordinario, lungi dal guardare all'alterazione complessiva del sistema concorrenziale del mercato, dovrà valutare ogni singolo accordo come comportamento negoziale che può tradursi in una minaccia per la libera concorrenza. Valutazione che dovrà essere condotta anche alla luce degli altri parametri normativi¹⁴².

3. Il ruolo del giudice nel diritto *antitrust*: conclusioni

Come avuto modo di affermare in precedenza, parte della dottrina è rimasta per alcuni versi spiazzata dalla contestuale attribuzione di funzioni di controllo tanto all'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, quanto al giudice ordinario.

Invero, dalle posizioni emerse nel dibattito, spicca chiaramente la preoccupazione del sistema di controllo predisposto, dal quale discendono problemi pratici, oltre che teorici, in relazione al rischio di possibili interferenze ed

¹⁴¹ G. AMATO, *Il potere e l'antitrust*, cit., pag. 54.

¹⁴² N. IRTI, *L'ordine giuridico del mercato*, Bari, 1998, pag. 13 e ss..
L'Autore insegna che il giudice dovrà, dunque, tradurre il linguaggio economico in istituti giuridici in cui il mercato diviene un *locus artificialis*.

al conseguente rischio di decisioni assunte dalle due autorità ed in contrasto tra loro.

In particolare, si è tentato di conciliare l'intervento del giudice ordinario con le funzioni ed i poteri attribuiti all'AGCM.

Dall'analisi del dibattito si evidenzia l'attribuzione di una posizione subordinata e nettamente secondaria attribuita al giudice ordinario, il quale, essendo chiamato ad intervenire per la soluzione di questioni relative a rapporti tra privati, dovrebbe intervenire soltanto successivamente all'intervento dell'Autorità Garante, il quale dovrebbe intendersi come pregiudiziale, e pertanto assolutamente indispensabile.

In altre parole, l'intervento dell'Autorità specificatamente preposta dalla legge a tutela della concorrenza nel mercato, è da ritenersi un presupposto processuale dell'esperimento delle azioni civilistiche, previste dalla stessa legge *antitrust* (art. 33, comma 2) dinanzi al giudice ordinario. Ecco allora che i diritti che le parti possono far valere dinanzi alla giurisdizione ordinaria, altro non sono che "diritti consequenziali" alle decisioni dell'AGCM.

La dichiarazione di nullità delle intese restrittive della concorrenza sarebbe, quindi, ed alla luce di quanto sino ad ora affermato, aderendo all'indirizzo dottrinale di cui si espone, subordinata non soltanto alla presenza di un provvedimento autorizzatorio emanato dall'Autorità Garante in seguito al procedimento istruttorio, bensì anche alla esistenza di una pronuncia di condanna da parte dell'Autorità Garante.

Per meglio comprendere quanto appena detto, giova far riferimento alla disciplina relativa alla possibilità di emettere provvedimenti volti autorizzare intese in realtà restrittive della concorrenza, potere che compete in via esclusiva all'AGCM.

L'Autorità, dopo aver verificato che un'intesa vietata ai sensi dell'art. 2 della legge soddisfa le condizioni sostanziali cumulative previste dall'art. 4 (miglioramento delle condizioni di offerta; sostanziale beneficio per i consumatori; indispensabilità delle restrizioni; non eliminazione della concorrenza da una parte sostanziale del mercato), può au-

torizzarla con proprio provvedimento per un periodo di tempo limitato.

L'effetto dell'autorizzazione, o esenzione, è quello di rendere provvisoriamente lecita l'intesa, in deroga al divieto legislativamente previsto, precludendo per il futuro sia l'applicazione di sanzioni pecuniarie nei confronti delle parti che hanno presentato l'apposita richiesta, sia che se ne possa invocare la nullità davanti ad un giudice per contrasto con l'art. 2 della legge.

Vale al riguardo il principio, elaborato in sede comunitaria con riferimento alle decisioni di esenzione della Commissione *ex* articolo 101 TFUE, ed esplicitato dall'articolo 7, comma 4, del regolamento di procedura nazionale, della non retroattività del provvedimento di autorizzazione in deroga, che non produce quindi effetti anteriori alla data della richiesta. Ciò significa che l'articolo 4 della legge attribuisce all'Autorità il potere di rimuovere in via preventiva, con un provvedimento costitutivo di natura autorizzatoria in senso lato, il divieto legislativamente previsto di realizzare intese restrittive della concorrenza, restando invece preclusa la possibilità di sanare situazioni pregresse mediante un provvedimento con efficacia retroattiva¹⁴³.

La dottrina ha classificato come "dispensa" il provvedimento amministrativo di autorizzazione, sottolineandone spesso il carattere ampiamente discrezionale¹⁴⁴. A tale riguardo, è tuttavia opportuno precisare che, come visto, l'esenzione presuppone che un'intesa restrittiva della concorrenza produca dei miglioramenti in termini di efficienza tali da più che compensare gli svantaggi che originano dalla restrizione concorrenziale e suscettibili di comportare sostanziali benefici per i consumatori: la verifica ad opera

¹⁴³ AGCM, *Consorzio Parmigiano Reggiano*, cit. e *Relazione annuale dell'Autorità*, 1997, pag. 176.

¹⁴⁴ Detto orientamento dottrinale trova conferma in una pronuncia del giudice amministrativo, che ha sottolineato come, nella fattispecie di cui all'articolo 4 della legge n. 287/1990, "il provvedimento emesse risulti espressione di una vera e propria discrezionalità amministrativa", dovendo l'Autorità procedere ad una compensazione di interessi, pubblici e privati; Consiglio di Stato, 14 giugno 2004, n. 3865, *Nokia Italia-Marconi Mobile-Ote*, punto 4.5.

dell'Autorità dei presupposti per concedere un'esenzione può richiedere valutazioni economiche più complesse ed un certo margine di discrezionalità.

Anche se la legge e il regolamento tacciono al riguardo, la prassi dell'Autorità è nel senso di assoggettare talora il rilascio dell'autorizzazione a condizioni ed oneri, anche frutto di impegni delle parti, volti a consentire il mantenimento di una situazione di concorrenza, cui le parti devono attenersi per mantenere il beneficio dell'esenzione.

Per chiudere questa parentesi, si ricorda che l'autorizzazione in deroga può essere revocata con apposita decisione, ai sensi dell'art. 4, comma 2, della legge qualora l'interessato abusi dell'autorizzazione ovvero quando venga meno alcuno dei presupposti per l'autorizzazione; mentre la prima condizione sembra essenzialmente riferita a comportamenti posti in essere dagli interessati non compatibili con il permanere dell'efficacia dell'autorizzazione, la seconda appare avere riguardo ad un mutamento essenziale delle condizioni che avevano giustificato il rilascio dell'esenzione, ivi comprese le condizioni del mercato, tale da non consentire più all'intesa autorizzata di produrre quegli effetti capaci di migliorare il benessere dei consumatori.

4. Il tentativo di armonizzazione delle competenze dell'AGCM e dell'AGO

La dottrina ha tentato di trovare un criterio che riuscisse ad armonizzare le competenze attribuite alle due autorità alle quali la legge *antitrust* n. 287/1990 affida il controllo dei comportamenti anti-concorrenziali che incidono sul mercato. Tale esigenza nasce, come si è avuto modo di constatare, dal rilievo per cui l'intervento del giudice ordinario, che ai sensi della legge sembrerebbe del tutto autonomo e indipendente da quello dell'AGCM, potrebbe portare con sé il rischio di decisioni contrastanti con quelle adottate, in relazione al medesimo comportamento, da parte dell'Autorità Garante. Da qui la visione del ruolo del giudice ordinario, secondo parte della dottrina, nettamente subordinato e marginale rispetto a quello dell'AGCM, tanto è vero che laddove si ritenesse che la Corte d'Appello potrebbe intervenire solo nelle ipotesi in cui la violazione della

disciplina *antitrust* sia già stata accertata dall'AGCM, con la conseguente applicazione di sanzioni, occorrerebbe attendere, ai fini dell'esperibilità delle ordinarie azioni civilistiche, il decorso dei termini per l'impugnativa ovvero l'esperimento della procedura di controllo in sede amministrativa¹⁴⁵.

Sostenere questa tesi, significa trovare il modo per armonizzare il sistema di controllo delle intese, oltre che riempire di contenuto l'intervento dell'Autorità di controllo, la quale, come si è avuto modo di vedere, svolge funzione ed esercita poteri sulla base di saperi ampiamente specialistici.

Dichiarare la nullità "ad ogni effetto" delle intese che pregiudichino il gioco della concorrenza, comporta la verifica oltre che del contenuto delle stesse, anche del loro effetto, il quale deve essere anticoncorrenziale. A tal fine è necessario appurare se le intese oggetto del sindacato del giudice siano in grado di pregiudicare in maniera "consistente" la concorrenza all'interno del mercato nazionale o di una sua parte "rilevante". Tali accertamenti, come è facile dedurre, presuppongono conoscenze altamente tecniche, involgendo concetti di politica economica, che solitamente appartengono a specialisti del settore e per effettuare i quali è stata appositamente creata un'autorità indipendente, il cui intervento potrebbe essere addirittura considerato integrativo del precetto normativo¹⁴⁶.

Pertanto, aderendo a questa tesi, dovrebbe riconoscersi che non si tratterebbe di un mero accertamento della illicità di una condotta, ma di una valutazione necessaria a specificare le condizioni di operatività del divieto, che giustificerebbero la declaratoria di nullità dell'accordo collusivo.¹⁴⁷

¹⁴⁵ G. DE MINICO, cit.

¹⁴⁶ G. VESPERINI, *La Consob e l'informazione del mercato mobiliare*, Padova, 1993, pag. 263, formula una tesi parallela a quella appena esposta con riferimento alla Consob, ma con considerazioni estese ai compiti dell'Autorità Giudiziaria Ordinaria. L'autore parla, infatti, di "funzione neutrale, con compiti di integrazione specificativa dei precetti indeterminati che la legge abbia usato per descrivere gli obiettivi dell'amministrazione!".

¹⁴⁷ G. OPPO, *Costituzione e diritto privato nella "tutela della concorrenza"*, cit., pagg. 543 e ss.; C. SELVAGGI, *Disciplina della concorrenza e del*

L'intervento dell'AGCM, proprio in virtù di tali conoscenze tecniche dovrebbe allora intendersi come indispensabile al fine di riempire di contenuto la norma sanzionatrice e dunque per rendere percorribile la tutela civilistica, perché in assenza di un intervento della stessa il divieto non potrebbe ritenersi perfezionato e non potrebbe, quindi, farsi valere nei rapporti interprivati.

Le conseguenze della teoria in esame sono allora diverse, in primo luogo il giudice ordinario non potrà essere adito anteriormente alla pronuncia dell'autorità circa la liceità o meno della condotta, o meglio la dichiarazione di nullità dell'intesa non può precedere l'intervento dell'autorità amministrativa; in secondo luogo, nel caso in cui sia pendente un procedimento dinanzi all'AGCM, il giudice dovrebbe avvalersi dello strumento della sospensione del processo in attesa di una pronuncia dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, che si ritiene debba vincolare il giudice ordinario, fatta salva la possibilità di quest'ultimo di riesaminare soltanto qualora ravvisi un vizio di legittimità del provvedimento, dal momento che gli è precluso qualunque sindacato nel merito.

4.1 La tesi contraria alla pregiudizialità

La ricostruzione dottrinale appena esposta non è, tuttavia, accolta da coloro i quali ritengono, al contrario, che gli argomenti necessari per risolvere il problema in esame devono ancorarsi al dettato normativo¹⁴⁸.

Invero, secondo la ricostruzione in esame, la legge non si esprime in termini di pregiudizialità e nemmeno avrebbe

mercato. Problemi di giurisdizione e competenze, in Riv. Dir. Comm., 1993, I, pag. 243, secondo cui l'articolo 33 disciplinerebbe, rimettendo la competenza alla Corte d'Appello, solo le azioni di nullità consequenziali ai provvedimenti dell'AGCM, ma rimarrebbe per le rimanenti ipotesi la competenza generale del giudice ordinario. Analogamente G. DE MINICO, Spunti per una riflessione in merito al sindacato giurisdizionale sugli atti dell'Antitrust e della Consob, in Pol. Dir., 1998, pag. 243; V. CATELLI, Il problema dei rapporti tra giudice e garante, in Dir. Ind., 1997, pag. 1047.

¹⁴⁸ M. LIBERTINI, *Il ruolo del giudice nell'applicazione del diritto antitrust*, in *Giur. Comm.*, 1998, pag. 649; S. LA CHINA, *Concorrenza e Mercato*, cit., pag. 647; C. ALESSI- G. OLIVIERI, *La disciplina della concorrenza*, cit., pag. 170; L. NIVARRA, *La tutela civile: profili sostanziali*, in *Diritto antitrust italiano*, cit., pag. 1449.

potuto farlo e ciò per il semplice motivo che l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato non è un giudice.

La legge *antitrust* offre una definizione di intesa, e sanziona con la nullità tutte quelle intese che rivestono determinate caratteristiche, riconoscendo in capo al giudice ordinario, ed in particolare alla Corte di Appello competente per territorio, il potere di dichiarare tale nullità.

Ecco allora che, dalla semplice lettura del testo normativo a tutela della libera concorrenza nazionale, non si rinviene alcuna consequenzialità dell'intervento dell'Autorità Giudiziaria Ordinaria rispetto a quello dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato.

Peraltro, anche a voler leggere il combinato disposto dei commi 1 e 2 dell'articolo 2 (che vieta le intese anticoncorrenziali) con l'art. 33, comma 2 (che attribuisce al giudice ordinario la competenza a dichiarare la nullità delle intese vietate) nel senso opposto a quello appena dato, vale a dire propendendo per una pregiudizialità amministrativa dell'intervento dell'autorità indipendente, la modalità di accesso alla tutela giurisdizionale risulterebbero in contrasto con gli stessi principi costituzionali, ed in particolare con l'articolo 24 della Costituzione.

Peraltro, a sostegno di detta tesi, si aggiungono ulteriori argomenti.

Innanzitutto viene affermata la "neutralità" delle funzioni svolte dall'Autorità Garante.

Invero, e contraddicendo quanto affermato dai sostenitori della tesi opposta, precedentemente illustrata, l'intervento dell'AGCM non può ritenersi integrativo del precetto normativo. La funzione svolta in tali casi dall'autorità amministrativa indipendente posta a tutela della concorrenza è semplicemente di natura interpretativa. L'Autorità Garante interpreta un testo di legge. La funzione interpretativa è una funzione che compete soprattutto al giudice il quale, quindi, non necessita del supporto preventivo, o comunque detto di pregiudizialità, dell'intervento dell'Autorità¹⁴⁹.

Probabilmente, tale ultimo ragionamento è condivisibile, purché si presti attenzione a non confondere l'attività

¹⁴⁹ M. LIBERTINI, cit.

svolta dall'Autorità Garante con l'attività para-giurisdizionale e aderendo, invece, al carattere neutrale della stessa.

Ancora, altra parte della dottrina tende a sottolineare con ancora maggiore veemenza il ruolo dell'autorità giudiziaria ordinaria. In particolare, si sostiene che *"risponda a concezioni giuridiche di retroguardia sposare concezioni tendenti alla amministrazione del diritto dell'economia"*¹⁵⁰. Tuttavia, tale affermazione rischia di non essere giustificata nel momento in cui non si individuino con esattezza i confini delle competenze delle due autorità chiamate ad esercitare un controllo sui comportamenti anticoncorrenziali e non si riesca a trovare uno strumento di coordinamento tra le funzioni svolte¹⁵¹

5. La posizione della giurisprudenza

Con riferimento alla problematica in oggetto, la giurisprudenza sembra aver aderito a quella interpretazione che non considera affatto pregiudiziale l'intervento dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato all'instaurazione del processo civile.

Dalle pronunce esaminate, risalta il principio per cui all'AGCM è affidato il compito di tutelare il mercato in senso oggettivo, mentre all'Autorità Giudiziaria Ordinaria quello di offrire tutela alle posizioni giuridiche soggettive lese da condotte anticoncorrenziali¹⁵².

In particolare, la giurisprudenza sostiene che la tutela giurisdizionale in materia *antitrust* non può essere subordinata al preventivo accertamento amministrativo della condotta oggetto di sindacato dinanzi al giudice ordinario. Ciò in quanto non si tratta di un particolare modello del diritto affievolito ad interesse legittimo, suscettibile di tutela davanti al giudice ordinario sul necessario presupposto della caducazione nella sede amministrativa (e dei relativi rimedi

¹⁵⁰ G. ROSSI, *Antitrust e teoria della giustizia*, in *Riv. Soc.*, 1995, pag. 1.

¹⁵¹ A. TOFFOLETTO, *Il risarcimento del danno nel sistema delle sanzioni per la violazione della normativa antitrust*, Milano, 1996, pag. 44.

¹⁵² Corte di Appello di Milano, 18 luglio 1995 (ord), in *Foro it.*, 1996, I, c. 276; M. SCUFFI, *L'evoluzione del diritto antitrust nella giurisprudenza italiana*, in *Dir Ind.*, 1998, pag. 41.

giurisdizionali) del provvedimento amministrativo che si frappone alla piena espansione del diritto soggettivo.

Tale modello, per la giurisprudenza, non ha spazio in materia di tutela della concorrenza. Infatti, viene precisato che, l'interpretazione delle norme del primo titolo della legge n. 287/90 è effettuata in base ai principi dell'ordinamento dell'Unione Europea in materia di disciplina della concorrenza (art. 1, comma 4 della legge *antitrust* nazionale). Pertanto, anche qualora venga denunciata, nel caso concreto, una violazione della concorrenza tale da non interessare il mercato comune europeo ma solo quello nazionale, nondimeno il diritto fatto valere trova la sua definizione, attraverso il richiamo operato dalla legge nazionale, nella normativa comunitaria, alla quale quel modello è estraneo. Ne deriva che il diritto fatto valere dinanzi al giudice ordinario ha necessariamente natura di diritto soggettivo perfetto ed il giudice nell'interpretazione e nella applicazione della legge esercita un potere sovrano. D'altra parte, sostiene ancora la giurisprudenza di merito, a conclusione diversa sarebbe stato possibile pervenire qualora il legislatore nazionale avesse configurato i procedimenti devoluti al garante per la concorrenza ed il mercato come cause di improcedibilità temporanea della domanda davanti al giudice ordinario, ma in difetto di una simile previsione, non sarebbe possibile introdurre un difetto temporaneo di giurisdizione in via meramente interpretativa¹⁵³.

Da ciò deriva, secondo l'impostazione data dalla giurisprudenza testé richiamata, che la Corte di Appello, quale giudice "funzionalmente" competente a conoscere delle azioni di nullità e di danni proposte ai sensi dell'articolo 33, comma 2, della legge n. 287, non può subire e non subisce alcun condizionamento, impedimento o limitazione, nella propria indagine volta all'accertamento della fondatezza della domanda proposta, dalla azione - non ancora intrapresa, in corso o già esperita - dell'Autorità Garante¹⁵⁴.

In altre parole, nulla osta a che la Corte di Appello adita, esercitando una delle azioni previste dal secondo

¹⁵³ Corte di Appello di Milano, cit.

¹⁵⁴ N. NIVARRA, *Diritto antitrust italiano*, a cura di FRIGNANI, PARDOLESI, PATRONI GRIFFI, UBERTAZZI, Bologna, 1993, II, pagg. 1461 e ss.

comma dell'articolo 33 della legge a tutela della concorrenza, accerti l'effettiva sussistenza della condotta illecita, in piena autonomia, senza che le eventuali determinazioni adottate al riguardo dall'Autorità Garante, possano spiegare alcuna influenza, né sul piano processuale - provocando ad esempio un arresto del processo civile in pendenza di un procedimento dinanzi all'AGCM - , né su quello sostanziale, permettendo che il contenuto del provvedimento (antecedente) dell'autorità condizioni le valutazioni del giudice ordinario¹⁵⁵.

L'impostazione data dalla giurisprudenza offre una lettura "processuale" della norma di cui all'articolo 33 e del possibile coordinamento della tutela offerta in sede amministrativa con quella offerta in sede giurisdizionale.

La lettura data alla norma viene ritenuta, dalle stesse Corti di Appello chiamate a pronunciarsi¹⁵⁶, compatibile con i principi dell'ordinamento che regolano i rapporti tra giudice ordinario e pubblica amministrazione, alla stregua dei quali ogni criterio di collegamento che, in assenza di una apposita previsione normativa, pretendesse di paralizzare l'azione giudiziaria in attesa del definitivo pronunciamento dell'AGCM o ne subordinasse l'avvio alla preventiva conclusione del procedimento dinanzi alla stessa, sarebbe illegittimo e arbitrario¹⁵⁷.

D'altra parte, come è stato osservato, una tale conclusione è confermata dal disposto dell'articolo 295 c.p.c., che nel disciplinare la sospensione necessaria del processo civile per pregiudizialità, contempla esclusivamente l'ipotesi della pendenza di un altro processo giurisdizionale (relativo ad una controversia la cui decisione condizioni l'esito della causa civile); e tale ovviamente, non è il procedimento che

¹⁵⁵ C. ALESSI, cit., pagg. 288-289; LA CHINA, *Commento alla legge 10 ottobre 1990 n. 287 e al decreto legislativo 25 gennaio 1992 n. 74*, in *Concorrenza e mercato*, a cura di V. AFFERNI, Padova, 1994, pagg. 664 e ss.

¹⁵⁶ Corte di Appello di Milano, 18 luglio 1995, cit.,

¹⁵⁷ In tal senso, S. LA CHINA, cit., il quale affronta le difficoltà di coordinamento ponendosi dal punto di vista del privato ed individuando come unico criterio esegetico utilizzabile l'ossequio al fondamentale principio dell'art. 24 Cost., che "vuole il giudice garante anche verso e contro la pubblica amministrazione, ultima ratio ed ultima spiaggia, e non già l'inverso".

si svolge dinanzi l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato¹⁵⁸.

Coerentemente con quanto detto, la giurisprudenza ha, del pari, escluso che l'esistenza di un procedimento parallelo innanzi all'autorità amministrativa possa considerarsi preclusivo del prosieguo del procedimento instaurato dinanzi al giudice ordinario.

Prendendo le mosse da tale assunto, sono state respinte eccezioni di inammissibilità della domanda, presentate perché la ricorrente aveva già denunciato il medesimo fatto all'Autorità Garante. Invero, le Corti di Appello in simili casi si sono proclamate competenti a conoscere in via autonoma dei comportamenti rientranti nell'ambito di applicazione della legge *antitrust*¹⁵⁹.

In un caso soltanto la giurisprudenza ha avuto modo di precisare che, qualora il provvedimento dell'Autorità Garante sia oggetto di impugnazione dinanzi al TAR, il giudice ordinario potrà valutare se è il caso di sospendere il processo; ciò sicuramente non andrà fatto nel corso di un procedimento cautelare¹⁶⁰.

In concreto, la giurisprudenza, nei casi sottoposti alla sua attenzione, si è trovata di fronte a situazioni caratterizzate dall'assenza di una previa decisione dell'Autorità Ga-

¹⁵⁸ S. LA CHINA, cit., pagg. 667-668; Corte di Appello di Milano, 18 luglio 1995, che ribadisce che tale tesi è confortata, sul piano sistematico, dalla distinzione delle attribuzioni riservate al giudice ordinario rispetto a quelle proprie dell'autorità – il primo chiamato a tutelare il diritto soggettivo del singolo concorrente, l'altra preposta alla repressione delle condotte lesive dell'interesse pubblico della tutela del mercato- e dalla conseguente diversità, sia dal punto di vista formale, sia sostanziale, delle determinazioni dagli stessi adottabili.

¹⁵⁹ Corte di Appello di Milano, 25 settembre 1995 (ord), in *Dir. Ind.*, 1996, pag. 304, con nota di N. AMEDEI; Corte di Appello di Torino, 17 febbraio 1995 (ord), in *Giur. It.*, 1996, pag. 288, con nota di P. GALLIA; Corte di Appello di Milano, sez. I, 29 settembre 1999 (ord.), in *Dir. Ind.*, 1999, pag. 338, secondo cui "l'ammissibilità della doppia tutela discende direttamente dall'impostazione dell'art. 33, che nel distinguere i presupposti contenuti dell'uno e dell'altro procedimento li pone su un piano non alternativo, bensì concorrente secondo l'emergenza e la natura dell'interesse cui si chiede protezione; Tribunale di Roma, 23 dicembre 1999.

¹⁶⁰ Corte di Appello di Milano, 5 febbraio 1996 (ord.), in *GADI*, 1996, pag. 639 (caso *Comis c. Ente Fierai*).

rante della Concorrenza e del Mercato. I casi in cui i giudici si sono trovati ad esaminare condotte collusive sono due. In entrambe le ipotesi, il ricorrente chiedeva una tutela in via d'urgenza, prefigurando, tuttavia, una successiva azione per ottenere il risarcimento del danno e non la declaratoria di nullità dell'accordo sottoposto all'esame del giudice ordinario. Risarcimento dovuto all'esclusione della concorrente dal mercato¹⁶¹.

In entrambe le ipotesi, i giudici della Corte di Appello di Milano, si sono trovati a dover valutare l'esistenza di una intesa anti-concorrenziale, sia pure ai fini dell'individuazione nella stessa di una fonte di danno ingiusto, ed in entrambi i casi hanno seguito il medesimo *iter* argomentativo.

In particolare, nel primo caso la Corte ha proceduto ad una valutazione della "consistenza" dell'intesa, arrivando a concludere di non poter ravvisare l'esistenza di tale requisito sulla base della considerazione per cui *"la realtà di fatto dimostra che solo una minoranza delle imprese associate ha ritenuto di aderire"*. Per meglio comprendere quanto appena affermato, giova precisare che il caso sottoposto all'attenzione dei giudici ambrosini, aveva ad oggetto una circolare con cui l'Ania – Associazione Nazionale fra le Imprese Assicuratrici, inviata alla quasi totalità delle imprese assicuratrici italiane, con la quale veniva suggerito di concludere contratti per la fornitura di dati tecnici e commerciali con una data impresa operante nel settore delle indagini di mercato.

La Corte di appello, ha ritenuto, nello specifico, che tale intesa non poteva considerarsi consistente e ciò in quanto la circolare non aveva carattere vincolante; perché anche alla imprese ricorrente era stato chiesto di presentare la propria offerta – e quindi aveva ricevuto invito a trattare- e, come sopra detto, perché la realtà di fatto dimostrava che soltanto una minoranza delle imprese associate aveva ritenuto di aderire alla circolare.

A ben vedere, può affermarsi che la valutazione condotta dai giudici non ha nulla a che vedere con la verifica della potenziale incidenza che l'intesa anti-concorrenziale

¹⁶¹ Corte di Appello di Milano, 25 settembre 1995, caso *Ania*, cit. e Corte di Appello di Milano, 5 febbraio 1996, caso *Comis c. Ente Fiera*, cit.

potesse avere sull'andamento del mercato. In particolare, preme evidenziare, che i giudici della Corte di Appello, nel caso appena prospettato, altro non hanno fatto che limitarsi ad una verifica *ex post* degli effetti che l'intesa ha prodotto nella sfera economica dell'impresa concorrente che lamentava il danno.

Nella seconda ipotesi, verificatasi in un altro caso sottoposto sempre ai giudici della Corte di Appello di Milano, veniva ancora una volta affermata la inesistenza del requisito della "consistenza" dell'intesa anti-concorrenziale, sulla base di una verifica *ex post* degli effetti prodotti dalla medesima, che, anche questa volta, nulla aveva a che vedere con una valutazione della potenziale incidenza dell'intesa sul mercato. In questo caso, relativo ad un accordo di boicottaggio tra l'impresa resistente e altra impresa, tendente ad escludere dal mercato la ricorrente, la Corte di Appello di Milano, ha nuovamente affermato, in linea con la precedente interpretazione esposta, come non basti accertare se l'intesa denunciata sia in grado di escludere altri operatori dal mercato, bensì verificare se la medesima sia causa del pregiudizio in concreto verificatosi e per il quale viene richiesta tutela in via cautelare.

A ben vedere, l'*iter* argomentativo seguito dalla giurisprudenza della Corte di Appello di Milano nei casi suesposti sembra in linea con l'ambito applicativo del controllo devoluto al giudice ordinario. Invero, la Corte sottolinea che il compito del giudice è quello di tutelare le pretese che sorgono in un conflitto interpersonale dove viene in rilievo un diritto soggettivo e non già tutelare la concorrenza nell'interesse collettivo. In questo contesto, allora, sembra corretto che il giudice ordinario conduca un'indagine volta a verificare le conseguenze che la condotta collusiva ha prodotto sul piano dei rapporti intersoggettivi, senza soffermarsi oltre valutando l'incidenza dello stesso su generale funzionamento del mercato.

Tuttavia, delineare il ruolo del giudice ordinario, concorrente a quello dell'Autorità garante, appare molto più semplice laddove si tratti di accertare l'esistenza di un danno, di un pregiudizio di cui si chiede tutela in via definitiva o anche solo in via cautelare.

Invero, seguendo il ragionamento della giurisprudenza, è possibile che in questi casi le valutazioni condotte dall'Ago da un lato e dall'Agcm dall'altro, giungano a conclusioni differenti: può accadere, infatti, che il giudice ordinario assolva, sul piano privatistico, il comportamento colusivo non produttivo di pregiudizio e che, dall'altro lato l'Autorità garante condanni, sul piano dell'interesse generale lo stesso comportamento.

5.1 La posizione della giurisprudenza nel caso di accertamento della nullità delle intese restrittive della concorrenza.

Tuttavia, il discorso assume una veste diversa qualora si tratti di accertare la nullità delle intese.

In tale ambito, infatti, il tipo di valutazione rimessa al giudice ordinario, chiamato a dichiarare la nullità di una intesa restrittiva della concorrenza perché in contrasto con l'articolo 2 della legge, non sembra essere diversa dalla valutazione che è chiamata a condurre l'AGCM ai fini della giustificazione di un intervento sanzionatorio. Da ciò discende che non ci sarebbe spazio per due distinte valutazioni: una nell'interesse pubblico, l'altra nell'interesse privato. In relazione alla dichiarazione di nullità delle intese, l'eventuale contrasto tra le decisioni delle due autorità troverebbe causa soltanto nel diverso tipo di valutazione condotta e non nel diverso ambito di osservazione (pubblico e privato).

Il contrasto di cui si è fatto cenno poc'anzi, si è verificato in un caso in cui il ricorrente chiedeva una tutela in via cautelare in vista dell'esercizio di un'azione di nullità¹⁶².

Nella fattispecie, si trattava di un'intesa realizzata attraverso una deliberazione di Consorzio avente ad oggetto il contingentamento della produzione e, come tale, illecita. L'intesa in commento era stata approvata dal Ministero attraverso un c.d. piano di produzione. La Corte di Appello, dopo aver affermato la propria competenza passò ad analizzare il contenuto del piano di produzione, concludendo che esso prevedeva un sistema di adeguamento successivo

¹⁶² Corte di Appello di Bologna, 20 settembre 1995 (ord.), causa *Negrini c. Consorzio prosciutto di Parma*, in *GADI*, 1996, pag. 453.

in ordine all'attribuzione di quote di produzione, e pertanto non determinava la cristallizzazione delle quote precedentemente acquisite. In ordine invece alla valutazione della consistenza dell'intesa, i giudici hanno ritenuto di non avere elementi utili per stabilire la reale compressione della produzione globale. Quindi, il requisito della "consistenza" dell'intesa è stato, nel caso concreto, interpretato nel senso che esso, comunque, presupporrebbe un'analisi circa gli effetti che l'intesa è idonea a produrre, anche laddove si tratti di intese vietate *per se*. Questa affermazione fa pensare che i giudici non si siano voluti sbilanciare per timore di intervenire prematuramente, in mancanza di una decisione dell'AGCM in merito alla questione, evitando di pronunciare la sospensione degli effetti dell'intesa.

Di lì a poco, intervenne la decisione dell'AGCM completamente di senso opposto rispetto a quella del giudice ordinario. Invero, l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato ritenne che l'attività di programmazione quantitativa della produzione non fosse compresa tra i compiti attribuiti dalla legge ai consorzi a tutela della qualità¹⁶³.

Infine, in relazione all'ipotesi in cui sia già intervenuta una pronuncia dell'autorità amministrativa, la giurisprudenza sembra, almeno apparentemente, seguire la strada dell'indifferenza. Afferma, infatti, che l'AGCM, per quanto autorità indipendente, ha poteri di carattere amministrativo-ordinatorio e non certo giurisdizionali, con la conseguenza che le relative statuizioni, se possono assumere carattere di definitività in ambito amministrativo, non assumono valenza di cosa giudicata e non escludono, pertanto, che la medesima questione possa essere proposta dinnanzi al giudice ordinario¹⁶⁴.

Il problema è stato affrontato nel corso di un procedimento cautelare, non rientrante nella competenza esclusiva della Corte d'Appello. L'AGCM aveva avuto modo di valutare come restrittiva della concorrenza un'intesa tra la Pardini e l'Associazione Italiana Calciatori, relativa ad un con-

¹⁶³ M. DE VITA, *Regolamentazioni pubbliche: principi comunitari e disciplina italiana antitrust*, in *Dir. Un. Eur.*, 1997, pagg. 740 e ss.

¹⁶⁴ Corte di Appello di Milano, 5 febbraio 1996 (ord.) cit., causa *Comis c. Ente Fiera*.

tratto di licenza in esclusiva che, per il suo contenuto, aveva l'effetto di eliminare ogni forma di concorrenza sul mercato¹⁶⁵. Nonostante il provvedimento sfavorevole, la Panini chiedeva tutela in via d'urgenza dinanzi al giudice ordinario, cercando di impedire l'avvio di attività concorrenziali poste in essere da altri soggetti. Il giudice adito, respinse però tale richiesta, pur dichiarandosi competente a dichiarare la nullità del contratto¹⁶⁶. In particolare, il Tribunale fece propri i rilievi formulati dall'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato evitando, di conseguenza, di non rendere evanescente il provvedimento emanato in sede amministrativa ed evitando, soprattutto, il rischio di decisioni in contrasto.

Questo pare essere l'unico caso in cui la pronuncia del giudice ordinario è stata preceduta da un provvedimento dell'Autorità Garante.

Tuttavia, può essere ricordato un caso verificatosi in materia di pubblicità ingannevole dove, a sostegno della propria decisione, il giudice ordinario invocava quale "elemento indiziario" l'autorevole "precedente" costituito da un provvedimento dell'AGCM con il quale, in seguito a denuncia del Comitato difesa dei Consumatori, veniva inibita la continuazione di condotte simili a quella che veniva in rilievo nel caso di specie, giudicando la campagna pubblicitaria della ricorrente ingannevole. Ecco allora un caso in cui un provvedimento dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato ha condizionato la decisione del giudice civile, collegando gli interventi delle due autorità preposte, rispettivamente, alla tutela dell'interesse privato ed a quella dell'interesse pubblico.

Concludendo, può affermarsi, in generale, che i giudici, nell'applicazione della legge *antitrust*, si ritengano autonomi e indipendenti da qualsiasi intervento amministrativo dell'Autorità garante.

Tuttavia, il rischio di decisioni contrastanti provenienti dai due organi è sempre presente e attuale.

¹⁶⁵ Provvedimento AGCM, n. 4381 del 31 ottobre 1996, in *Dir. Ind.*, 1997, pag. 226..

¹⁶⁶ Tribunale di Modena, 6 giugno 1997, (ord.), in *Dir. Ind.*, 1997, pag. 1407, con nota di CATELLI.

CAPITOLO V

UNO SGUARDO OLTRE CONFINE. L'ESPERIENZA SPAGNOLA

1. La tutela della concorrenza nell'ordinamento spagnolo

L'Ordinamento giuridico spagnolo, ha provveduto a conformare la propria disciplina *antitrust* ai principi del diritto comunitario con l'emanazione di una nuova legge a tutela della concorrenza, entrata in vigore il 4 luglio del 2007, la *Ley de defensa de la Competencia* n. 15 del 2007.

In Spagna, le origini del modello di tutela della libera concorrenza sul mercato risalgono al 1963, anno in cui fu emanata la prima *Ley de Represión de Prácticas Restrictivas de la Competencia*. La prima legge *antitrust* spagnola fu inserita nel quadro degli strumenti di politica economica ritenuti indispensabili all'apertura dell'economia spagnola.

Con la *Ley de Represión de Prácticas Restrictivas de la Competencia* venne istituito il *Tribunal de Defensa de la Competencia*, organo specializzato nella valutazione dei comportamenti anticoncorrenziali, vietati tanto dalla normativa nazionale, tanto da quella comunitaria. Il *Tribunal de Defensa de la Competencia* (TDC) per tal via venne inserito a tutti gli effetti nel sistema giuridico spagnolo. L'ordinamento spagnolo iniziò quindi un processo di traslazione dei principi affermati a livello comunitario nell'ordinamento nazionale, seppure con alcune peculiarità proprie di un'economia interventista, quale era all'epoca quella iberica.

In realtà, il processo di liberalizzazione e deregolamentazione che interessava l'economia era appena iniziato ed era ancora troppo presto perché una legge che tutelasse la concorrenza ed il libero mercato avesse un significativo impatto sulla struttura dei mercati; e di questo ne è dimostrazione il fatto che l'attività del TDC durante questo periodo è stata molto ridotta, contandosi una media di dieci casi l'anno sottoposti al suo esame.

Il primo vero cambiamento nella materia si è registrato con la promulgazione della Costituzione, avvenuta nel 1978.

Due le ragioni alla base:

- il TDC diventa un organo amministrativo dipendente dal Ministero dell'Economia (allora Ministero del Commercio);

- e, cosa più importante, viene espressamente sancita, dall'articolo 38 Cost., la libertà di impresa; principio che viene immediatamente riconosciuto come ancoraggio costituzionale ispiratore della tutela della concorrenza.

Il secondo mutamento, ma non in ordine di importanza, avvenne con l'adesione della Spagna alla Comunità Europea, nel 1986.

L'adesione, oltre a comportare un effetto immediato sul diritto interno, in virtù del principio di diretta applicabilità all'interno degli ordinamenti nazionali del diritto comunitario, portò la necessità di adattare la politica, la normativa ed i procedimenti in materia *antitrust* alla disciplina dettata dal Trattato e ai principi espressi dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia.

Così, nel 1989 la Spagna procede alla riforma della *Ley de Represión de Praticas Restrictiva de la Competencia* emanando la *Ley de Defensa della Competencia* n. 16 del 1989.

La nuova legge *antitrust*, provvede, conformemente ai principi dettati dal diritto comunitario, a creare una nuova base sostanziale, istituzionale, procedurale al regime spagnolo di tutela della concorrenza. Il nuovo assetto legislativo, nei suoi aspetti fondamentali e nonostante modifiche legislative intervenute nel corso degli anni, resta in vigore fino al 2007, anno in cui si è provveduto all'emanazione di una nuova legge, completamente modificativa della disciplina nazionale a tutela della concorrenza fino a quel momento in vigore.

Iniziando l'analisi del sistema spagnolo *antitrust* è doveroso, allora, iniziare con l'analisi della legge n. 16 del 1989.

Nel preambolo, la legge richiama il principio costituzionale ispiratore della materia e procede a fissare gli obiettivi della tutela della concorrenza in Spagna; si afferma che la concorrenza, come principio guida dell'economia di mer-

cato, rappresenta un elemento intrinseco al modello di organizzazione economica della società e costituisce nel piano delle libertà individuali la prima e più importante forma in cui si manifesta l'esercizio della libertà di impresa affermata dall'art. 38 della Costituzione, il quale afferma espressamente che *"Se reconoce la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado. Los poderes públicos garantizan y protegen su ejercicio y la defensa de la productividad, de acuerdo con las exigencias de la economía general y, en su caso, de la planificación"*.

La Costituzione spagnola riconosce la libertà di impresa all'interno del mercato e richiede, allo stesso tempo, che le autorità pubbliche vigilino e garantiscano il suo esercizio in conformità con le esigenze di economia generale.

Dalla lettura della disposizione costituzionale appena richiamata si possono trarre due conclusioni. La prima è che il principio della libertà d'impresa, anche se fondamentale, è soggetto a vincoli derivanti dall'esistenza di altri interessi parimenti ritenuti meritevoli di tutela; e la seconda è che le autorità pubbliche sono tenute a far sì che si mantenga, all'interno del mercato, un sistema concorrenziale non falsato.

La stessa Corte Costituzionale in una sentenza del 1° luglio 1986 - storica per l'ordinamento spagnolo - afferma che devono essere esercitate tutte le azioni necessarie al fine di evitare che gli operatori economici pongano in essere pratiche destinate a compromettere o danneggiare seriamente la concorrenza tra le imprese, elemento determinante nell'economia di mercato. Ecco allora che la tutela della concorrenza diventa necessaria e giustifica restrizioni della libertà d'impresa e dell'autonomia dei privati, nonché adattamenti dell'economia di mercato.

Sul piano sostanziale, la legge del 1989 riproduce testualmente gli artt. 85 e 86 dell'allora vigente Trattato di Roma (attualmente artt. 101 e 102 TFUE), vietando al suo primo articolo gli accordi tra imprese o altri operatori di mercato, volti alla fissazione di prezzi, alla ripartizione dei mercati o a imporre vincoli alla produzione e, all'articolo 6, l'abuso di posizione dominante.

Alle condotte che si concretizzano in un'intesa restrittiva della concorrenza o in un abuso di posizione dominan-

te, la legge aggiunge un'ulteriore comportamento vietato perché lesivo dell'interesse pubblico: gli atti di concorrenza sleale.

È da notare che il divieto di concorrenza sleale come strumento di tutela dell'interesse generale costituisce un elemento differenziale dell'ordinamento spagnolo rispetto ad altri ordinamenti europei, nei quali la concorrenza sleale è regolata dal diritto comune perché lesiva dell'interesse privato.

Ancora, in materia di concentrazioni, la LDC del 1989 stabilisce un regime in cui la notificazione delle stesse non è obbligatoria e attribuisce una funzione meramente consultiva al *Tribunal de Defensa de la Competencia*, spettando la decisione finale circa la validità o meno delle operazioni di concentrazione al Consiglio dei Ministri. Tuttavia, con riferimento particolare alle concentrazioni il *Tribunal Supremo* ha avuto cura di pronunciarsi nel senso della vincolatività per il Consiglio dei Ministri del parere di valutazione del TDC. Il Consiglio dei Ministri non può pertanto discostarsi da quanto espresso dall'organo specializzato, salvo che vi siano adeguate motivazioni e che queste non attengano a criteri legati ad altri obiettivi di politica economica.

La legge specifica che il TDC, su richiesta del Ministro dell'Economia, deve esprimere un parere sulle operazioni di concentrazione tenendo conto di diversi criteri, quali la struttura del mercato, la scelta dei fornitori, dei distributori, dei consumatori o utilizzatori finali coinvolti nell'operazione, del potere economico e finanziario delle imprese, dell'evoluzione della domanda e dell'offerta nel mercato interessato, della concorrenza straniera e dell'esistenza di barriere all'ingresso del mercato di altre imprese concorrenti individuando, successivamente a tale indagine, l'impatto dell'operazione di concentrazione sul mercato rilevante.

Solo nel 1999, a seguito della riforma alla legge *anti-trust* viene sancita l'obbligatorietà della notifica delle concentrazioni a partire da una determinata quota di mercato detenuta dall'impresa parte dell'operazione e da certi volumi di vendita coperti dalla stessa.

Sul piano istituzionale, la Spagna ha optato come molti altri paesi europei per un modello nel quale intervengono

due istituzioni: il *Servicio de Defensa de la Competencia* ed il *Tribunal de Defensa de la Competencia*, affidando alla prima competenze istruttorie e di indagine circa le condotte restrittive della concorrenza e affidando alla seconda la decisione dei relativi casi e attribuendole, come già anticipato, funzioni consultive in materia di concentrazioni o di aiuti di stato.

Inoltre, il sistema garantisce una tutela giurisdizionale effettiva, attribuendo la facoltà agli operatori economici di impugnare le decisioni del TDC innanzi all'*Audiencia Nacional* in prima istanza e in appello dinanzi al *Tribunal Supremo* (Corte di Cassazione).

In entrambi i casi, il Tribunale amministrativo agisce come controllore della legittimità degli atti della Pubblica Amministrazione.

Ora, a seguito della riforma operata dalla Legge 1/2002 al sistema della tutela della concorrenza, il quadro istituzionale è stato completato con il riconoscimento alle Regioni di competenze in materia. Infatti, la legge appena menzionata stabilisce criteri di connessione e ripartizione delle competenze tra Stato e Regioni circa la valutazione delle condotte vietate, fermo restando la competenza esclusiva dell'amministrazione centrale dello Stato per la valutazione delle concentrazioni.

Si procede così ad avviare un processo di decentramento istituzionale, che nonostante i rischi connessi consente, attraverso l'attribuzione di specifiche competenze *antitrust* alle Regioni, una maggiore efficienza nelle indagini e in generale nella fase istruttoria.

Meritano di essere segnalati gli aspetti procedurali del modello spagnolo di tutela della concorrenza.

Il procedimento d'indagine sui comportamenti vietati dalla legge *antitrust*, evidenzia innanzitutto che si tratta di un procedimento fortemente garantista degli interessi delle parti, soprattutto in relazione al diritto alla prova, che può essere esercitato durante tutte le varie fasi del procedimento anche attraverso la possibilità per le parti di chiedere audizioni orali tanto al *Servicio de Defensa de la Competencia*, tanto al *Tribunal de defensa de la Competencia*. Inoltre, la separazione istituzionale della fase istruttoria da quella decisoria, come già anticipato, porta con sé la possibilità di appellare

le decisioni del SDC di archiviazione della causa dinnanzi al TDC.

La legge stabilisce criteri rigorosi per la determinazione delle sanzioni, aumentando così la prevedibilità del sistema. Infine, non può non farsi cenno alla trasparenza tanto del procedimento quanto delle decisioni adottate. La legge, infatti, si preoccupa di descrivere in modo dettagliato tutte le fasi di cui è composto il procedimento, e prevede, con riferimento alla decisione che il suo testo integrale venga pubblicato sul sito web del *Tribunal*, oltre che sul relativo bollettino.

I vantaggi, però, portano con loro una serie di svantaggi.

Un procedimento fortemente garantista degli interessi delle parti implica una durata eccessivamente lunga che alle volte, e con particolare riferimento ai casi di abuso di posizione dominante, finisce per provocare un ritardo della decisione tale da comportare l'impossibilità di ripristino della situazione *quo ante*, vale a dire delle condizioni concorrenziali ottimali o fisiologiche nel mercato interessato.

Il procedimento di accertamento delle concentrazioni termina invece con una decisione amministrativa definitiva, che peraltro deve essere adottata in un termine massimo di quattro mesi dall'avvio del procedimento. Il periodo di durata del procedimento amministrativo avente ad oggetto il controllo delle concentrazioni è uno dei più brevi di quelli previsti dagli altri stati europei membri dell'Unione, senza tener conto del fatto che la maggior parte delle operazioni che non comportano rischi per la concorrenza, vengono approvate in una fase preliminare direttamente dal Ministro dell'economia, nel termine di un mese dalla notificazione. La previsione di termini così brevi non comporta, ed è questo il dettaglio più importante, un'erosione della garanzia degli interessi delle parti, posto che ancora una volta la legge consente la partecipazione al procedimento con la formulazione di osservazioni circa le operazioni di concentrazione di cui si procede alla valutazione.

In breve, si può affermare che il procedimento di accertamento delle condotte vietate dalla legge *antitrust* spagnola risponde in modo adeguato ai requisiti di trasparenza, prevedibilità, difesa e garanzia degli interessi delle parti.

Per chiudere questa prima parte della ricognizione del modello spagnolo di tutela della concorrenza, vorrei analizzare il ruolo che questo ha avuto nel processo di liberalizzazione, deregolamentazione e privatizzazione delle imprese pubbliche e, in generale, di apertura, che ha interessato l'economia spagnola negli ultimi decenni.

L'evoluzione della concorrenza in Spagna e soprattutto la fiducia degli operatori economici e dell'intera società ha fatto sì che l'economia spagnola si evolvesse in modo dinamico.

La Spagna, durante il XX secolo è stata un laboratorio di pratiche assai differenti tra loro: gli anni '40 e '50 furono segnati da una politica economica protezionista ed interventista in linea con la realtà economica che viveva il paese; alla fine degli anni '50 inizia un radicale cambiamento, che orienta l'economia verso un modello basato su politiche di privatizzazione, liberalizzazione e deregolamentazione, che con il passare degli anni diviene sempre più efficace e permette alla concorrenza di iniziare ad esistere.

L'evoluzione della liberalizzazione ha seguito il medesimo paradigma di altri paesi europei: è stato dapprima liberalizzato il settore estero, mercato e capitale, poi il mercato del lavoro, quindi il commercio insieme al sistema finanziario ed infine si è proceduto alla liberalizzazione dei servizi ed alla deregolamentazione dei monopoli di Stato.

La tutela della concorrenza è stata importante in tutte le fasi della liberalizzazione, ma lo è stata ancor di più durante gli anni in cui si è cercato di aprire, praticamente, ogni settore dell'economia.

Naturalmente, questo processo è andato di pari passo con la crescente integrazione internazionale della Spagna, con la firma degli accordi con il FMI ed il GATT per entrare nel mercato comune e con l'atto di adesione all'Unione Europea, per finire con l'introduzione dell'euro quale moneta unica dell'Unione.

Nel processo di trasformazione dell'economia spagnola si è assistito ad un cambiamento molto importante sotto molti punti di vista: a partire dagli anni '80 le politiche macro economiche erano di pari passo e importanza rispetto a quelle microeconomiche ed in questo nuovo scenario, la tutela della concorrenza assume un ruolo centrale per il suc-

cesso delle politiche di offerta che si stavano sviluppando; agli inizi degli anni '90 viene avviato il processo di liberalizzazione e deregolamentazione di settori chiave dell'economia, come le telecomunicazioni e l'energia elettrica ed è in questa fase che il lavoro del TDC inizia a guadagnare fiducia e ad assumere un'importanza centrale. I pareri e le relazioni del TDC sono fondamentali per il governo al fine di decidere la liberalizzazione dei diversi settori o attività economiche, come fondamentali furono, per citare qualche esempio, gli studi compiuti dallo stesso TDC sulla distribuzione dei libri, sugli orari commerciali, sull'esercizio delle libere professioni, sul territorio, sulle telecomunicazioni, sui trasporti e l'elettricità. Così come fu fondamentale la supervisione del TDC, attraverso l'applicazione della legge sulla concorrenza, dei comportamenti concorrenziali posti in essere dagli operatori economici all'interno di un quadro di smantellamento di ex monopoli o oligopoli come era nel caso della telefonia, energia, acqua e trasporti.

In un conteso economico dinamico come quello che ha caratterizzato il sistema spagnolo in questa fase ci sono stati molti cambiamenti strutturali dei mercati, che hanno reso necessario un'analisi costante dello stesso e delle sue dinamiche al fine di evitare lo sviluppo dell'offerta o della domanda di strutture che incoraggiavano comportamenti contrari alla libera concorrenza.

Queste, in sintesi, le linee principali del processo di liberalizzazione, deregolamentazione e privatizzazione dell'economia spagnola, che soprattutto grazie all'apporto ed agli strumenti a disposizione del *Tribunal de Defensa de la Competencia* hanno unificato i livelli di reddito degli spagnoli con il resto degli Stati appartenenti all'UE.

In breve, l'ordinamento spagnolo con la legge del 1989 e fino al 2007 adotta un modello di concorrenza omologabile e verificabile a livello internazionale e che, come in altri paesi sviluppati, risponde alla necessità di preservare il sistema concorrenziale.

Questo modello è completamente inserito nel sistema europeo. Si tratta di un modello che, entro i limiti derivanti dal suo campo di applicazione, si è proposto di fornire la massima garanzia giuridica in diversi modi: trasparenza, pubblicità delle decisioni e delle informazioni, istituzione di

una procedura dettagliata, obbligo di motivazione delle decisioni, possibilità per gli interessati di interagire con le istituzioni durante i procedimenti ed, infine, il diritto delle parti di ricorrere avverso le decisioni adottate dinanzi alle giurisdizioni competenti.

Facendo un passo avanti, nel 2004 è stato emanato il R.D. 2295/04 sull'applicazione in Spagna delle regole di concorrenza comunitarie, che adegua il precedente R.D. 295/1998 sulla materia, al nuovo quadro legislativo comunitario delineato dal Regolamento 1/2003. Sulla base della legge sulla concorrenza 16/1998, il nuovo R.D. conferisce agli organismi statali garanti della concorrenza i poteri e gli obblighi derivanti dalla legislazione comunitaria, in particolare l'obbligo di cooperare con la Commissione Europea, con i giudici nazionali e con le Autorità nazionali garanti della concorrenza di altri Stati membri, prevede la cooperazione con gli organi nazionali giudiziari e stabilisce le regole di procedura che disciplinano l'applicazione delle norme comunitarie da parte delle Autorità nazionali.

Sempre nel 2004 è stato elaborato il Libro Bianco sulla riforma del sistema spagnolo della concorrenza, presentato ufficialmente il 20 gennaio 2005 dal secondo vice primo Ministro e dal Ministro dell'economia e degli affari finanziari. Si tratta di un documento di discussione volto ad avviare la revisione dell'allora vigente quadro legislativo e istituzionale in materia di concorrenza al fine di migliorare gli strumenti e le strutture di tutela della concorrenza in modo da garantire un'effettiva concorrenza nei mercati, il benessere sociale e realizzare una efficiente allocazione delle risorse.

Il Libro Bianco propone varie misure di riforma dell'assetto istituzionale dell'Autorità garante della concorrenza spagnola. Le misure prevedono, in particolare, una maggiore indipendenza dell'autorità, l'accelerazione dei procedimenti di ricorso avverso le decisioni della stessa, il coordinamento con le autorità di regolamentazione del settore e l'applicazione diretta delle regole nazionali in materia di concorrenza da parte dei giudici ordinari. Successivamente alla consultazione pubblica sono iniziati i lavori per l'emanazione di una nuova legge di tutela della concorrenza, che apporta modifiche al sistema normativo e giudiziario spagnolo.

La nuova legge sulla concorrenza, la *Ley de Defensa de la Competencia* n. 15/2007, si compone di cinque titoli che disciplinano rispettivamente le questioni sostanziali, gli aspetti istituzionali, la *Comisión Nacional de la Competencia*, le questioni procedurali e il sistema sanzionatorio.

In primo titolo disciplina gli aspetti sostanziali dei tre principali strumenti relativi alle pratiche restrittive in materia di concorrenza: i principi di controllo delle operazioni di concentrazione ed il sistema di monitoraggio e proposta degli aiuti pubblici. Per quanto attiene al primo capitolo, che riguarda i comportamenti anticoncorrenziali, la legge introduce tre modifiche: semplifica e chiarisce i diversi tipi di violazione; in luogo del regime di autorizzazione dei singoli accordi anticoncorrenziali adotta quello di esenzione legale, in linea con il modello comunitario chiarendo, contestualmente, gli effetti della stessa ed il trattamento delle condotte c.d. "*de minimis*".

Viene eliminato il riferimento all'abuso di dipendenza economica, attualmente regolato dalla legge 13/1991 sulla concorrenza sleale.

In connessione con la transizione al regime di esenzione legale, la legge esclude dal divieto gli accordi che soddisfano determinati requisiti, in linea con quanto previsto dal diritto dell'Unione Europea. In sostanza, i divieti non si applicano a quelle restrizioni della concorrenza proporzionali ai benefici che ne derivano in termini di efficienza nella distribuzione delle risorse e, quindi, di benessere generale.

Il cambiamento del sistema è completato dalla scomparsa delle licenze individuali da parte dell'autorità di concorrenza e, quindi, dal passaggio ad un sistema di autovalutazione da parte delle imprese sulla riserva legale dei propri accordi.

Al fine di rafforzare la certezza del diritto e, nonostante il riferimento alle norme comunitarie in materia di esenzione, la legge fa espresso riferimento al Regolamento comunitario in materia di esenzione legale per categorie, al fine di applicare il medesimo regime anche in ambito nazionale. Resta ferma la possibilità per il Governo spagnolo di esentare dal divieto accordi che non pregiudicano il commercio tra gli Stati membri. Si fornisce anche un sistema *on*

line per la dichiarazione di inapplicabilità dei divieti a determinati comportamenti. Infine, si estende a tutti i tipi di violazione l'esenzione dal divieto di comportamenti posti in essere in applicazione di regolamenti aventi forza di legge delle condotte c.d. "de minimis" che per la loro minore importanza non sono suscettibili di incidere in misura significativa sul gioco della concorrenza.

Il secondo titolo si occupa del quadro istituzionale. Il primo capitolo, che riguarda gli organi amministrativi competenti per l'attuazione della legge *antitrust*, apporta una novità principale e cioè la creazione in ambito statale di un'unica istituzione indipendente dal Governo: la *Comisión Nacional de la Competencia*, che assorbe le competenze dei soppressi *Servicio* e del *Tribunal de Defensa de la Competencia*.

La *Comisión* presenta una struttura piramidale incentrata sull'esistenza di due organi separati all'interno della stessa, la *Dirección de investigación* e il *Consejo*, i quali svolgono indipendentemente le loro funzioni di indagine e risoluzione, sotto la supervisione ed il coordinamento del Presidente, supportato a sua volta da una serie di uffici comuni.

Il secondo capitolo disciplina i meccanismi di coordinamento degli organi amministrativi coinvolti nell'attuazione della legge, nonché quelli di coordinamento degli stessi con le autorità di regolamentazione settoriali, al fine di garantire la coerenza, l'efficienza nella distribuzione delle risorse pubbliche e la certezza giuridica per gli operatori economici.

In ultima analisi, sono stabilite le linee guida dei rapporti tra i diversi organi che, naturalmente, potranno essere completati da meccanismi informali, che è possibile stabilire al fine di assicurare il necessario coordinamento nel quotidiano esercizio delle rispettive competenze. Inoltre, sono istituiti sistemi di cooperazione con gli organi giurisdizionali nel processo di applicazione delle regole di concorrenza.

Il terzo titolo disciplina la *Comisión Nacional de la Competencia*, l'organo responsabile per l'attuazione della legge *antitrust*, della promozione e della tutela di un'effettiva e libera concorrenza in tutti i settori del mercato nazionale. In questo ambito, la legge si struttura in due capitoli: il primo

regola gli aspetti generali della CNC, mentre il secondo si occupa degli organi di direzione. Per quanto riguarda gli aspetti generali raccolti nel primo capitolo, la legge specifica innanzitutto la natura giuridica ed il funzionamento della nuova Commissione, stabilendo la sua composizione e le risorse economiche di cui la stessa può fruire; in secondo luogo vengono stabilite le funzioni, tanto di tipo istruttorio quanto decisionale, prevedendo anche un sistema di promozione e consulenza ai fini dell'armonizzazione della concorrenza sui mercati.

Viene inclusa nel testo di legge anche una sezione dedicata alla responsabilità speciale ed al regime di trasparenza dell'attività della CNC, che prevede la pubblicità di tutte le attività dell'autorità. Invece, per ciò che attiene gli organi, sono due i principi che disciplinano il loro assetto: l'autonomia di giudizio e l'indipendenza rispetto al governo nell'attività istruttorie e decisionale.

Questi principi devono essere, però, coniugati con la necessità di coordinare adeguatamente le azioni degli organismi responsabili delle indagini, al fine di garantire l'efficacia della politica di concorrenza come strumento di politica economica. Pertanto, la legge specifica il sistema di nomina e revoca e responsabilità dei componenti della CNC, progettato per garantire la loro indipendenza nel processo decisionale e quindi la totale indipendenza della CNC da qualsiasi altro potere, preservando l'unità di azione e di coordinamento di tutti gli uffici e organi che sono sotto la direzione del Presidente, il quale ricopre diverse funzioni, tra le altre la guida di tutto il personale, la redazione di piani pluriennali di ispezione e la presidenza del *Consejo*.

Il lavoro di applicazione delle sanzioni e di controllo preventivo delle concentrazioni svolto dal *Consejo* si concentra nell'adozione di decisioni sulla base delle proposte della *Dirección de investigación*. Nell'ambito delle condotte restrittive della concorrenza, il Consiglio è competente tanto ad accordare l'archiviazione del procedimento, tanto ad infliggere sanzioni per la violazione del divieto di porre in essere comportamenti miranti a falsare il gioco della concorrenza, tanto ad imporre misure cautelari.

La fase istruttoria che vede come protagonista la *Dirección de Investigación* ha ad oggetto l'analisi e la trasmissione di fascicoli, la presentazione di proposte al Consiglio e la coordinazione con altri organi.

Il quarto titolo della *Ley 15/2007* disciplina le diverse procedure in riferimento ai comportamenti vietati. In questo settore, la riforma è stata guidata dalla ricerca di un maggior equilibrio tra i principi di certezza del diritto e di efficienza amministrativa così da semplificare notevolmente le procedure, tenendo nettamente separate quelle di istruzione da quelle decisorie. In questo modo si tenta di eliminare la potenziale duplicazione di attività e di ricorsi amministrativi agli atti posti in essere dall'autorità, in particolare avverso quelli di archiviazione della procedura.

Il primo capitolo contiene disposizioni comuni relative alle procedure per l'accertamento delle intese restrittive della concorrenza, all'applicazione di misure cautelari e al controllo delle concentrazioni. In particolare, si tratta di regole dettagliate riguardanti i termini di adozione delle decisioni, le procedure speciali e i poteri conferiti alla CNC di raccolta di informazioni, ispezione e vigilanza sull'esecuzione degli obblighi derivanti dalla legge.

Il secondo capitolo disciplina la procedura sanzionatoria delle intese restrittive della concorrenza, che ha inizio con fase istruttoria condotta dalla *Dirección de Investigación*, nella quale vengono posti in essere tutti gli atti necessari alla delucidazione degli eventi e a garantire sia il contraddittorio, sia il diritto di difesa del denunciato; procede con la redazione a cura della *stessa Dirección de Investigación* di una relazione-proposta che viene trasmessa al *Consejo*, il quale procede alla composizione della controversia adottando all'esito la decisione. In linea con la legislazione comunitaria, la legge introduce la possibilità che la risoluzione del *Consejo* imponga condizioni. A tal proposito si segnala la flessibilità del regime di conclusione convenzionale del procedimento, incentrato sulla valutazione degli impegni assunti dalla parte denunciata e attento alla negoziazione e alla ricerca di un compromesso. In questi casi e sempre che la decisione stessa non possa essere adottata prima e senza la necessità di ulteriori accordi integrativi, viene presentata al Consiglio una proposta di compromesso e di decisione.

Per quanto attiene alle misure cautelari, la legge agevola il sistema al fine di garantire il raggiungimento di un accordo, in qualsiasi momento del procedimento e senza la fissazione di un termine o di una durata massima dello stesso.

Il terzo capitolo riguarda la procedura di controllo delle concentrazioni. In questo settore la legge mantiene due fasi della procedura e riduce le scadenze che hanno caratterizzato il sistema spagnolo e assegna poteri di indagine alla CNC. Nella prima fase della procedura, che dura al massimo un mese, si procede all'analisi delle operazioni di concentrazione, che vengono approvate se non presentano problemi per la concorrenza, mentre nella seconda si realizza procede ad una verifica più dettagliata dell'operazione permettendo la partecipazione di terzi interessati e facendo sì che Consiglio e Commissione adottino una decisione finale.

Nel procedimento innanzi alla CNC è prevista, a talune condizioni, la presentazione di impegni o compromessi da parte del notificante al fine di risolvere eventuali problemi derivanti dall'operazione e l'eventuale consultazione delle parti interessate. In caso di decisione del Consiglio o in caso di divieto o subordinazione a condizioni degli, il Ministro delle finanze dispone di un termine di quindici giorni per presentare la concentrazione al Consiglio dei Ministri affinché intervenga e decida definitivamente. In quest'ultimo caso la decisione del Consiglio dei Ministri, debitamente motivata, può autorizzare con o senza condizioni la concentrazione. Tale decisione dovrà essere adottata entro un mese dalla presentazione della richiesta, fatta salva la possibilità di richiedere informazioni alla CNC, se la stessa non abbia già provveduto ad inviare al Consiglio dei Ministri informazioni circa eventuali problemi.

Infine, il quinto titolo disciplina il sistema sanzionatorio. In questo ambito la legge rappresenta un importante sviluppo in termini di certezza del diritto perché realizza una graduazione dei vari illeciti concorrenziali e chiarisce le pene massime per ogni tipo di condotta, fissata in misura percentuale al volume delle vendite dell'impresa autrice dell'illecito. In linea con le attuali tendenze europee, sono specificati i criteri secondo i quali si determina la sanzione

da infliggere nel caso concreto, accompagnati dalla previsione di un regime di pubblicità delle sanzioni inflitte in applicazione della legge, che ha la funzione di deterrente per le imprese operanti nello stesso mercato.

Ancora, la legge introduce una procedura di clemenza, simile a quella vigente in ambito comunitario, in base alla quale sono esonerate dal pagamento della multa le imprese che, avendo preso parte ad un cartello denunciano la sua esistenza e forniscono elementi di prova utili ai fini dell'istruttoria e del procedimento, sempre che cessino di tenere la condotta illecita e non siano state gli istigatori degli altri membri dell'intesa vietata. Allo stesso modo, l'importo dell'ammenda può essere ridotto per le imprese che collaborano, ma che non rivestono i requisiti necessari per l'esenzione totale.

La legge è completata da disposizioni transitorie, derogatorie e da disposizioni finali. In particolare le disposizioni supplementari introducono modifiche ad alcune norme sulla competenza e processuali, al fine di articolare correttamente l'applicazione privata delle regole sulla concorrenza da parte degli operatori commerciali e questo è uno dei contributi principali della legge.

Così le prime disposizioni addizionali stabiliscono, in applicazione della legge organica sul potere giudiziario, (*Ley Orgánica del Poder Judicial*) la competenza del *Tribunal de lo Mercantil* nell'applicazione degli art. 1 e 2 della legge *anti-trust*. Una seconda disposizione addizionale modifica la *Ley de Enjuiciamiento civil* (cpc) al fine di prevedere espressamente la partecipazione degli organi nazionali e comunitari di concorrenza come "*amicus curiae*" nel procedimento di applicazione della normativa antitrust di competenza dei giudici ordinari. Per permettere una cooperazione adeguata tra gli organi amministrativi e giurisdizionali sono previsti vari meccanismi di informazione.

Infine, si prevede la possibilità di sospendere il processo giurisdizionale in determinate circostanze, cioè quando il giudice ritiene necessario conoscere la decisione dell'autorità amministrativa in applicazione delle norme nazionali e comunitarie sulla concorrenza.

La settima disposizione addizionale modifica la L. 29/1998 del 13 luglio che disciplina la giurisdizione conten-

ziosa amministrativa, per chiarire il regime dei ricorsi avverso le decisioni degli organismi nazionali e regionali di tutela della concorrenza e la procedura di autorizzazione legale per il caso in cui vi sia opposizione ad una ispezione realizzata in applicazione della legge antitrust dalle medesime autorità.

Questa è in linee generali la disciplina di tutela della concorrenza introdotta nell'ordinamento spagnolo e la sua evoluzione.

CONCLUSIONI

Negli ordinamenti giuridici degli Stati appartenenti all'Unione Europea, l'interesse dei consumatori e delle imprese ad agire all'interno di un sistema giuridico che garantisca una concorrenza non falsata tra gli operatori di mercato viene generalmente protetto in due modi¹⁶⁷. In primo luogo, un'agenzia pubblica o un'Autorità amministrativa indipendente ha il compito di garantire almeno la contendibilità del mercato, investigando e punendo le condotte degli operatori in grado di influenzare negativamente il "libero giuoco" della concorrenza (c.d. *public enforcement*¹⁶⁸). La seconda possibilità consiste nel proteggere tali situazioni giuridiche soggettive attraverso l'ottenimento da parte dei singoli di rimedi di carattere risarcitorio e di misure cautelari a contenuto inibitorio. Nel linguaggio anglosassone, quest'ultima possibilità costituisce il nucleo del cosiddetto *private enforcement* del diritto della concorrenza, stando a significare l'applicazione della normativa *antitrust* nelle cause instaurate da soggetti giuridici di fronte ai giudici naziona-

¹⁶⁷ Sugli obiettivi delle politiche di concorrenza, si veda D. EHLERMANN-LAUDATI, *European Competition Law Annual 1997: objectives of competition policy*, Oxford, 1998. Sul versante statunitense, per la storia e l'evoluzione del Federal Antitrust Policy si rimanda a R. PERIZ, *Competition in America, 1888-1992*, St. Paul, 1999. Infine G. AMATO, *Il potere e l'Antitrust*, Bologna, 1998. Come più volte ricordato, in Italia l'introduzione di una disciplina generale a tutela della concorrenza e del mercato (Legge 10 ottobre 1990, n. 287) è avvenuta con notevole ritardo rispetto agli altri Stati Europei. Questo nonostante il dibattito fosse entrato nel vivo già nell'immediato dopoguerra. Si veda a questo proposito A. SALVATORI-U. NIUTTA, *La disciplina della libertà di concorrenza e di mercato*, Milano, 1960, che raccoglie numerose proposte di legge antitrust degli anni cinquanta. Si veda anche V. DONATIVI, *Introduzione della disciplina antitrust nel sistema legislativo italiano. Le premesse*, Milano, 1990. Secondo la maggior parte degli autori il ritardo sarebbe da attribuire alla diffidenza in Italia verso un regime di effettiva concorrenza, che affonderebbe addirittura le sue radici nell'economia feudale, la quale con la sua economia di autoconsumo, sarebbe l'antitesi del libero mercato;

¹⁶⁸ Si veda analogamente T.A.R. Lazio, sent. N. 1713/2006, caso *Merck-Principi attivi*;

li, al fine di tutelare situazioni giuridiche soggettive eventualmente lese¹⁶⁹.

In alcuni ordinamenti giuridici stranieri il *private enforcement* non è previsto o non è mai stato utilizzato¹⁷⁰. In altri, al contrario, entrambi i rimedi sono stati resi ugualmente disponibili. In tali casi, si è parlato di un “doppio binario” di tutela¹⁷¹. Esiste poi una terza opzione, dove il *private enforcement* è attivabile solo successivamente all’esercizio del potere sanzionatorio amministrativo (*public enforcement*). L’intervento del giudice ordinario sarebbe in tale modello limitato all’esigenza di far valere in giudizio diritti consequenziali alle decisioni dell’Autorità amministrativa. Al fine di distinguerla dalla precedente, si potrebbe definire tale opzione come la formula del “doppio binario impuro”.

Attualmente, il dibattito sull’efficacia del *private enforcement* sta riscuotendo la massima attenzione delle istitu-

¹⁶⁹ Il Reg. CE n. 1 del 2003 del Consiglio Europeo del 16 dicembre del 2002 si riferisce alle Autorità giudiziarie nazionali chiamandole a tutelare “i diritti soggettivi” garantiti dal diritto comunitario nelle controversie tra privati;

¹⁷⁰ Si veda lo studio ASHURST, *Study on the conditions of claims for damages in case of infringement of EC competition rules – comparative report*, 2004, disponibile sulla pagina web http://ec.europa.eu/comm/competition/antitrust/others/actions_for_damages/national_report/spain_en.pdf. Tale studio fa riferimento ai casi instaurati fino al 2004. La situazione non sembra essere da allora sensibilmente mutata. In tutti i 27 Stati Membri dell’Unione Europea, nel periodo che va dal 2004 al 2007, non si registrano più di 200 casi giudiziari in cui siano stati invocati gli articoli del Trattato CE posti a tutela della libera concorrenza. Cfr. lo studio presentato alla Commissione Europea da A. RENDA, *Making antitrust damages action more effective in the EU: welfare impact and potential scenarios*, 2008;

¹⁷¹ Tale espressione è stata largamente utilizzata in dottrina. Si vedano tra gli altri M. TAVASSI-M. SCUFFI, *Diritto processuale antitrust*, Milano, 1998, pag. 174; L.C. UBERTAZZI, *Commentario alla Legge 10 ottobre 1990 n. 287*, Padova, 2004, pag. 242; P. CASSINIS, P. FATTORI, *Disciplina antitrust, funzionamento del mercato e interessi dei consumatori*, in *I contratti*, n. 4, 2001, pag. 418; P. AMICO, *Intese e pratiche lesive della concorrenza: alla ricerca di un modello europeo per le azioni di risarcimento danni*, in *I contratti*, n. 4, 2005. Per una prima valutazione di tale forma di doppia tutela si veda fra gli altri V. MANGINI, G. OLIVIERI, *Diritto antitrust*, Torino, 2000, pag. 121;

zioni, degli operatori di mercato, nonché delle associazioni rappresentative dei consumatori¹⁷².

Con l'introduzione di meccanismi procedurali in grado di facilitare lo sviluppo del *private enforcement*, un problema che potrebbe emergere con maggior frequenza nel diritto della concorrenza non solo a livello comunitario, ma anche dei singoli ordinamenti giuridici nazionali, consiste nella possibilità che una stessa condotta diventi oggetto di una serie di sindacati multipli, non necessariamente simultanei.

Può accadere in primo luogo che durante il decorso dell'istruttoria da parte delle competenti Autorità pubbliche, o anche nelle more dell'impugnazione del provvedimento finale innanzi agli organismi deputati a tale sindacato, siano instaurati procedimenti giudiziari ordinari riguardanti identiche questioni di diritto e di fatto.

Le Corti d'Appello italiane hanno avuto modo di chiarire come il giudizio civile sia assolutamente indipendente rispetto a quello svolto dall'Autorità¹⁷³. Si è sostenuto come la giurisdizione del giudice ordinario prescinda dall'esistenza o meno di un provvedimento dell'Autorità Garante e dall'impugnazione del medesimo, sottolineandosi l'ininfluenza sulla competenza della Corte d'Appello di parallele iniziative assunte presso altre Autorità amministrative, attesa la intrinseca diversità delle azioni fatte valere nelle diverse sedi e la conseguente diversità di tutela che dal loro accoglimento deriverebbe¹⁷⁴. Si deve notare, però, come tale impostazione di principio sia contraddetta dai fatti in quanto, ad oggi, è accaduto in un solo caso che il giudice civile si sia discostato dall'accertamento dell'illecito

¹⁷² Si vedano le numerose osservazioni pervenute sul sito della Commissione Europea dove è stato pubblicato il *Green paper on damages actions for breach of the EC Antitrust rules*, oggi disponibile alla pagina web

http://ec.europa.eu/comm/competition/antitrust/others/action_for_damages/index_en.html.

¹⁷³ Cfr. Corte d'Appello di Milano, *Telsystem c. SIP*, 18 luglio 1995, in *Foro it.*, 1996, I, pag. 276;

¹⁷⁴ Cfr. Corte d'Appello di Milano, ord. 25 settembre 1995, *Sanguinetti c. Ania*, in *Dir. Ind.*, 1996, pag. 304; Corte d'Appello di Milano, ord. 24 aprile- 15 maggio 1996, *Auvhan c. Faid*;

così come compiuto dall'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato¹⁷⁵.

Ciò è avvenuto nonostante il parere espresso da parte della dottrina, la quale partendo dal presupposto che non esisterebbe una completa indipendenza tra la forma di tutela pubblica e quella apprestata dal giudice ordinario, ha affermato che se i fatti su cui si è pronunciata l'Autorità coincidono con quelli posti dall'attore a fondamento della sua domanda, la qualificazione che della fattispecie ha dato l'Autorità sarebbe da considerarsi in linea di principio vincolante in sede di giudizio ordinario¹⁷⁶. Tale convincimento potrebbe fondarsi sulla circostanza che la qualificazione della fattispecie data dall'Autorità contenga apprezzamenti tecnico-discrezionali in ordine alla compatibilità o meno dei comportamenti di cui si tratta con i principi della libertà di concorrenza; apprezzamenti che sono stati posti in essere dall'Autorità appositamente creata dall'ordinamento a tale scopo. I sostenitori di questa tesi escludono, tuttavia, un obbligo di sospensione del processo ex art. 295 c.p.c., attesa l'assenza di pregiudizialità amministrativa in senso tecnico.

In sostanza, un potere di disapplicazione dovrebbe essere escluso nei casi in cui il provvedimento amministrativo sia costitutivo del diritto fatto valere in giudizio. Ovviamente, viene precisato come ciò dovrebbe valere solo nei casi in cui il provvedimento non sia stato impugnato o non siano esauriti i mezzi di impugnazione¹⁷⁷.

Alcune soluzioni intermedie sono state ravvisate nella possibilità che l'accertamento definitivo dell'illiceità della

¹⁷⁵ Si è trattato di un caso relativo ad un boicottaggio collettivo, tramite un'attività di lobbying: cfr. Corte d'Appello di Milano, ord. 13 luglio 1998, *Tramplast c. Macplast e altri*. Al contrario nelle azioni risarcitorie o restitutorie conseguenti all'illecito amministrativo, non è mai stato messo in discussione dai giudici aditi il carattere illecito dell'intesa stipulata. E. SALOMONE, *Il risarcimento del danno da illeciti antitrust: profili di tutela interna e comunitaria*, in *Riv. Trim. Proc. civ.*, 2007, nota 5, pag. 57;

¹⁷⁶ M. LIBERTINI, cit., pag. 659; M. MELI, cit., pag. 140; A. TOFFOLETTO, cit., pag. 58.

¹⁷⁷ M. MELI, cit., pag. 144, la quale si riferisce all'analisi fatta da R. VILLATA, *Disapplicazione dei provvedimenti amministrativi e processo penale*, Milano, 1980, pag. 78 e ss.; G. MAZZA, *La tutela civile: profili processuali*, in *Diritto Antitrust italiano*, a cura di FRIGNANI-PARDOLESI-PATRONI GRIFFI e UBERTAZZI, Bologna, 1993, pag. 1476.

condotta abbia un'efficacia rafforzata, quasi vincolante, così che la sentenza per non essere ritenuta viziata dovrà essere sul punto almeno adeguatamente motivata. Si è anche proposto che l'accertamento in sede amministrativa determini un'inversione dell'onere della prova e che spetterà al convenuto superare tale presunzione all'interno del giudizio ordinario di seguito. Ora, sebbene queste soluzioni possano ritenersi maggiormente in linea con il principio dell'indipendenza del sindacato giurisprudenziale, è tuttavia da notare come lascino integra la possibilità che si realizzi una sostanziale duplicazione delle decisioni.

Al fine di ovviare a questa eventualità un aiuto dovrebbe allora venire dall'utilizzo da parte dei giudici nazionali del meccanismo di cui all'art. 295 c.p.c., anche se, all'infuori dei casi in cui penda il giudizio di impugnazione innanzi al giudice amministrativo, non si potrà fare riferimento ad un rapporto di pregiudizialità in senso tecnico tra i due procedimenti, stante il permanere della natura amministrativa del procedimento di indagine condotto dall'Autorità Garante¹⁷⁸. Diverso è ovviamente il caso in cui l'Autorità abbia emanato un provvedimento di condanna e le parti non abbiano più la possibilità di impugnarlo.

Peraltro, è da notare come l'impostazione data dalle Corti d'Appello trova il proprio limite nel quadro delineato dal Regolamento (CE) n. 1 del 2003 e nella correlativa

¹⁷⁸ M. LIBERTINI, cit., pag. 675, ha escluso tale possibilità ritenendo che si possa parlare di pregiudizialità in senso tecnico, proprio perché l'Autorità Garante non è un giudice che debba risolvere una questione pregiudiziale. Cfr. al riguardo la sentenza della Corte di Cassazione SS.UU. del 12 dicembre 1995, n. 12720, la quale precisa come non costituisca ostacolo all'applicazione dell'istituto il fatto che manchi nel testo il riferimento ad una pregiudiziale controversia amministrativa, presente invece nella precedente formulazione. propende invece per la sospensione da parte del Giudice Ordinario di ogni pronuncia in attesa della decisione dell'Autorità Garante, anche se in tema di abuso di posizione dominante, C. SELVAGGI, *Disciplina della concorrenza e del mercato: problemi di giurisdizione e competenza*, in *Riv. Dir. Comm.*, pag. 128, 1993. Così anche C. ALESSI-G. OLIVIERI, *La disciplina della concorrenza e del mercato*, in *Quaderni di diritto commerciale europeo*, Torino, 1991, pag. 172. Rimarrebbe comunque la possibilità della sospensione concordata ex art. 296 c.p.c. e del rinvio consensuale in attesa dell'esito amministrativo.

espansione dei casi in cui l'Autorità nazionale si è trovata competente nell'applicare le norme di cui all'art. 101 e 102 del Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea (ex artt. 81 e 82 TCE). Laddove i giudici ordinari si trovino a decidere su richieste risarcitorie consequenziali ai provvedimenti presi dall'Autorità nazionale ai sensi dell'art. 101 TFUE, questi ultimi avranno efficacia vincolante ai sensi dell'art. 16, 1° comma, del Regolamento CE n. 1 del 2003.

L'articolo 16, comma primo, del Regolamento CE n. 1 del 2003, sulla scorta di un noto orientamento della Corte di Giustizia¹⁷⁹, ha previsto che, quando i giudici nazionali si pronunciano su accordi, decisioni e pratiche concordate, ai sensi dell'articolo 101 o 102 del TFUE, già oggetto di una decisione della Commissione Europea, questi non possano prendere provvedimenti che siano in contrasto con la decisione adottata dalla Commissione. Essi devono evitare soluzioni non in linea con una decisione contemplata dalla Commissione in procedimenti da essa avviati.

Una parte autorevole della dottrina ha anche sostenuto che le decisioni positive di inapplicabilità degli articoli 101 e 102 del TFUE, adottate ex art. 10 Reg. CE 1/2003, rappresenterebbero un vincolo per i giudici che si trovino a valutare la stessa condotta oggetto di tali decisioni. In entrambi i casi si è sostenuto che la diminuzione dei margini di autonomia dei Giudici nazionali sarebbe parzialmente compensata dalla possibilità di poter comunque attivare il

¹⁷⁹ Peraltro il fatto che l'accertamento amministrativo della violazione possa avere una qualche efficacia vincolante nel procedimento giudiziario ordinario non inficia in alcun modo la possibilità per le Corti di riferire la questione circa la validità della decisione alla Corte di Giustizia, ai sensi dell'art. 234 del Trattato UE. Cnf. Corte UE, 18 febbraio 1991, *causa 28 febbraio 1991, C-23489*, in *Racc.*, p.I-935, punto 47. È la c.d. dottrina *Masterfoods*, che trae origine dalla sentenza della Corte di Giustizia, la quale ha affermato il principio secondo cui i tribunali nazionali non devono mai trovarsi nella posizione di giungere ad una decisione contrastante con la posizione adottata dalla Commissione al fine di rendere effettivamente possibile il raggiungimento degli obiettivi comunitari in materia di concorrenza (Corte di Giustizia UE, sentenza 14 dicembre 2000, *causa C-344/98*)

meccanismo del rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia¹⁸⁰.

Alcuni ordinamenti giuridici comunitari hanno adottato disposizioni analoghe relativamente alle decisioni delle loro singole Autorità nazionali¹⁸¹. E' il caso, ad esempio del Regno Unito, dove le sezioni 18 e 20 dell'*Enterprise Act* prevedono che le Corti nazionali siano vincolate quanto all'accertamento dei fatti dai provvedimenti dell'*Office of Fair Trading* (OFT) e dalle sentenze di appello prese su tali decisioni dal *Competition Appeal Tribunal*¹⁸². In altri ordinamenti giuridici si è arrivati poi ad estendere l'effetto vincolante anche alle decisioni di tutte le Autorità Garanti della Concorrenza degli Stati membri. Si fa riferimento, in particolare, all'art. 33, comma 4, del GWB tedesco.

Differente è ovviamente la questione se la sentenza dell'Autorità giudiziaria ordinaria possa vincolare in qualche modo l'Autorità Garante chiamata a sanzionare eventualmente lo stesso comportamento anticompetitivo, in quanto è ovvio che il giudicato farà stato soltanto tra le parti, indipendentemente dall'accertamento dell'illiceità o meno della condotta. L'Autorità, avvalendosi di personale specializzato, ha sicuramente i mezzi migliori per poter liberamente ripercorrere e approfondire le valutazioni già effettuate dal Giudice ordinario.

A ben vedere, una coerente applicazione del diritto antitrust potrebbe essere facilitata anche attraverso il mag-

¹⁸⁰ M. TAVASSI, *Which role for national courts in competition protection?*, atti del VI convegno UAE-LIDC-Antitrust between EC and National Law, Treviso, maggio 2004, ed. 2005, pag. 88. Sulla possibilità di esperire il rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia si veda G. MUSCOLO, *Poteri e garanzie nel diritto antitrust, l'esperienza italiana nel sistema della modernizzazione*, documento disponibile alla seguente pagina web http://www.assonime.it/assonime/pubblicazione/pub_notestudi_A.nsf/118.pdf, 2007. Si è però sottolineato come tale disposizione debba essere interpretata bilanciando il principio del primato del diritto europeo con quello della indipendenza del giudice.

¹⁸¹ Corte UE, 14 dicembre 2000, causa C-344/98, in *Racc.*, p. I-11369, punto 2.

¹⁸² Per una ricognizione dei casi in cui si è dibattuto circa la portata delle disposizioni normative si veda B. RODGER, *Competition Law Litigation in the UK Courts: A Study of All Cases to 2004- Part III*, ECLR, 2006, pag. 341.

gior ricorso, anche per le fattispecie di rilevanza nazionale, al meccanismo previsto dall'art. 15 Reg. CE 1/2003. Esso prevede che la Commissione sia tenuta a fornire assistenza ai giudici nazionali che ne facciano richiesta in relazione a giudizi aventi ad oggetto questioni sussumibili all'interno degli articoli 101 e 102 TFUE. Tale assistenza può consistere non solo nello scambio di informazioni, ma anche nel rilascio di pareri in merito a questioni inerenti l'applicazione del diritto antitrust comunitario. Tuttavia, i giudici nazionali si sono dimostrati restii al ricorso a tali meccanismi. Parimenti inutilizzato è il meccanismo dell'*amicus curiae* attraverso il quale la Commissione Europea potrebbe formulare di propria iniziativa osservazioni alle giurisdizioni nazionali (art. 15.3 Reg. CE 1/2003) al fine di garantire una coerente applicazione degli articoli 101 e 102 TFUE. Ora, nonostante il sotto-utilizzo del modello appena descritto, potrebbe ritenersi opportuno estendere l'applicazione di tali meccanismi all'ordinamento giuridico nazionale. In effetti, in un'ottica di sistema, i vantaggi sostanziali che essi sono in grado di determinare in termini di diminuzione di possibili contrasti giurisprudenziali sono sicuramente superiori a costi che l'introduzione di disposizioni normative di tale genere comporta.

Ciò posto, la giurisprudenza respinge la tesi, a torto o a ragione, cosiddetta della pregiudizialità amministrativa, in forza della quale l'intervento del giudice ordinario per l'applicazione delle sanzioni civili sarebbe configurabile solo come un intervento di secondo grado dopo l'accertamento da parte dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato dell'infrazione suscettibile di produrre effetti in campo civilistico o sotto il profilo della nullità della manifestazione di autonomia negoziale con la quale l'infrazione fosse stata realizzata, oppure sotto il profilo della risarcimento del danno arrecato mediante il compimento dell'infrazione stessa. Applicando la teoria della pregiudiziale amministrativa verrebbe di fatto sottratto ai giudici ordinari il potere di autonomo accertamento dell'illecito di diritto *antitrust* e sarebbe stato conferito loro unicamente il potere di applicare le sanzioni civili sul presupposto, vincolante, della accertata violazione già suscettibile di per sé delle sanzioni amministrative applicate dall'Autorità Ga-

rante a tutela dell'interesse pubblico e della collettività al funzionamento del mercato concorrenziale. Il rifiuto della teoria della pregiudiziale amministrativa si traduce nell'accoglimento dell'opposta teoria del cosiddetto doppio binario, in funzione della quale la violazione del diritto *antitrust* viene configurato come plurioffensivo, e come tale distintamente represso dall'Autorità garante della Concorrenza e del Mercato per la lesione dell'interesse pubblico, con la proiezione giurisdizionale rimessa agli organi della giustizia amministrativa (Tar Lazio e Consiglio di Stato), e dal giudice ordinario per la violazione dell'interesse individuale del soggetto singolarmente leso mediante l'applicazione delle sanzioni civili sia in via ordinaria, sia in via cautelare. La teoria del doppio binario configura i due sistemi di repressione come cumulabili e reciprocamente concorrenti, fermo restando, ovviamente, che l'esperimento della via amministrativa attraverso l'attivazione dell'AGCM e della via giudiziaria attraverso l'attivazione del giudice ordinario dipende dalla fattispecie di infrazione azionabile.

Il rifiuto, da parte della giurisprudenza, della teoria della pregiudiziale amministrativa e la conseguente applicazione della tesi del doppio binario hanno comportato l'ulteriore conseguenza di un'interpretazione estensiva del citato articolo 33 della legge *antitrust* che, sempre secondo l'indirizzo giurisprudenziale maggioritario, si riferisce alle sanzioni civili della nullità e del risarcimento del danno. Secondo un'interpretazione, rigorosamente letterale, queste due sono le uniche sanzioni applicabili dal giudice civile. Secondo altra interpretazione, la norma di cui all'articolo 33 si riferisce alle due menzionate sanzioni per indicare realtà, sia pure in modo sintetico, l'intero apparato sanzionatorio applicabile nella materia degli illeciti anticoncorrenziali, e così in primo luogo per indicare la sanzione inibitoria che di tale apparato costituisce certamente l'espressione più saliente. Nello stesso modo vengono considerate applicabili da parte del giudice ordinario anche le sanzioni civili dirette alla rimozione degli effetti pregiudizievoli causati mediante la violazione del diritto *antitrust*.

Ora, alla luce della riforma del, più volte richiamato, secondo comma, dell'articolo 33 della legge *antitrust* nazio-

nale, sembra, quanto meno, essere risolto il problema derivante dalla competenza in unico grado della Corte di Appello.

Invero, quanto alla competenza in unico grado della Corte di Appello può affermarsi che questa comportava un grave inconveniente in relazione al fatto che l'esercizio dell'azione civile avrebbe potuto configurarsi sia come proiezione dell'illecito di diritto *antitrust*, sia come atto di concorrenza sleale, in applicazione dell'art. 2598 cod. civ.

Per essere chiari, può tornare utile l'esempio di un patto di boicottaggio. Ora, il patto di boicottaggio può essere configurato sia come atto di concorrenza sleale, sia come intesa restrittiva della concorrenza, sicché l'esercizio cumulativo delle due azioni è reso problematico dal fatto che mentre l'azione di concorrenza sleale è di competenza del Tribunale, l'azione civile volta alla dichiarazione di nullità di un'intesa restrittiva della concorrenza è di competenza della Corte di Appello.

Ora, ai sensi dell'articolo 40 c.p.c. (e prima dell'entrata in funzione delle nuove sezioni specializzate in materia di impresa), che disciplina la riunione delle cause per connessione, considerando anche il caso in cui si tratta di cause rispetto alle quali sono competenti autorità giudiziarie diverse e talvolta sono persino applicabili riti diversi, il *simultaneus processus* sembra teorizzabile, come principio generale applicabile estensivamente o addirittura analogicamente, in tutte le ipotesi in cui tale applicazione giovi all'economia processuale e ad evitare rischi di giudicati contrastanti: di guisa che, se così fosse, si potrebbe pervenire alla soluzione di applicare anche nel caso considerato il meccanismo di riunione diretto a garantire il *simultaneus processus* fra la causa di concorrenza sleale e la causa civile di diritto *antitrust* e, in tal caso, sicuramente con prevalenza della competenza del Tribunale, quale espressione della competenza e del rito ordinario rispetto alla competenza speciale della Corte di Appello.

Queste considerazioni, tuttavia, possono ritenersi ormai superate con l'entrata in funzione delle nuove sezioni specializzate alle quali vengono devolute le controversie in materia di concorrenza sleale, oltre che quelle in *antitrust*. Conseguentemente, il problema, almeno sotto questo punto

di vista appare risolto, venendo meno, con l'istituzione delle sezioni specializzate presso ciascun tribunale ordinario, la competenza della Corte di Appello.

Sotto il diverso profilo della possibilità di decisioni in contrasto assunte da un lato dall'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, in relazione alla dichiarazione di liceità o illiceità (con conseguente possibilità di rilascio dell'autorizzazione in deroga) delle intese restrittive della concorrenza e dall'altro della dichiarazione di nullità delle stesse da parte del giudice ordinario (anche facente parte delle nuove sezioni specializzate) il problema sembra permanere, così come non sembra potersi sopire il dibattito circa la necessaria (o meno) pregiudizialità delle decisioni dell'autorità amministrativa rispetto all'intervento del giudice ordinario, che dovrebbe essere destinato a dare efficacia in ambito civilistico, e cioè anche nei rapporti tra soggetti privati, delle decisioni cui perviene l'Autorità amministrativa. Invero, un intervento pregiudiziale dell'Autorità amministrativa indipendente, anche nelle vesti di *amicus curiae* (parallelamente alle funzioni svolte dalla speculare autorità antitrust a livello europeo, e cioè la Commissione) si palesa come necessario ai fini, anche, di un più celere processo di accertamento e valutazione delle illiceità, conseguentemente della nullità, delle intese restrittive della concorrenza.

INDICE BIBLIOGRAFICO

- A. ALBANESE, *Disciplina generale e discipline speciali delle invalidità: la nullità del contratto di lavoro*, in *Europa e dir. priv.*, 2006, III, p. 917 e ss.;
- A. ALBANESE, *Violazione di norme imperative e nullità del contratto*, Napoli, 2003;
- R. ALESSI, *La disciplina della concorrenza e del mercato: commento alla legge 10 ottobre 1990, n. 287 ed il regolamento CEE n. 4046/89 del 21 dicembre 1989*, in *Quaderni di diritto commerciale europeo*, Torino, 1991;
- R. ALESSI, *Contratto e mercato*, in *Studi in memoria di G. Gorla*, Milano, 1994, vol. III, pp. 2339 e ss. ;
- G. AMATO, *Il potere e l'antitrust*, Bologna, 1998;
- R. AMILIS, *Los nuevos tribunales autonómicos de defensa de la competencia». Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, 2003, pags. 224;
- T. ASCARELLI, *Teoria della concorrenza e dei beni immateriali*, Milano, 1960;
- P. AUTIERI, *Nullità e autorizzazione delle intese restrittive della libertà di concorrenza nella normativa antitrust nazionale*, in *Riv. dir. ind.* , 1996, I, pp. 69 e ss. ;
- P. AUTIERI, *I rapporti tra la normativa antitrust nazionale e quella comunitaria dopo la legge comunitaria del '94*, in *C. I. Europa*, 1999, p. 535;

- P. BARCELLONA, *Intervento statale e autonomia privata nella disciplina dei rapporti economici*, Milano, 1969, p. 198;
- S. BASTIANON, *Nullità a "cascata"? Divieti antitrust e tutela del consumatore*, in *Danno da responsabilità*, n. 4, 2003, p. 1070;
- G. BENEDETTI, *Il contratto*, in *Persone e mercato*, a cura di G. VETTORI, Padova, 1996;
- G. BENEDETTI, *Tutela del consumatore ed autonomia contrattuale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1998, I, p. 17 e ss.;
- C.M. BIANCA, *Diritto civile. Il contratto*, Milano, 2000, p. 523 e ss.;
- M. BIANCHINI, *Art. 1469 quinquies*, in *La nuova disciplina delle clausole vessatorie nel codice civile*, a cura di A. BARENGHI, Napoli, 1996, p. 179;
- G. BRUZZONE, *L'individuazione del mercato rilevante nella tutela della concorrenza*, in *Temi e Problemi*, a cura dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, 1995, n.1;
- F. CAPOTORTI, *Sull'efficacia delle regole di concorrenza applicabili alle imprese della Comunità Economica Europea*, in *Studi in onore di G. Zanobini*, Milano, 1994;
- L. CARIOTA FERRARA, *Annulabilità assoluta e nullità relativa*, Roma, 1940, p. 73 ss;
- L. CARIOTA FERRARA, *Un caso di invalidità sospesa*, in *studi sassaresi*, 1936, p. 17;
- M. CASELLA, *Nullità parziale del contratto e inserzione automatica di clausole*, Milano, 1974, p. 34 ss;
- N. CATALANO, *Manuale di diritto delle Comunità Europee*, Milano, 1965, p. 495 ss;

- N. CATALANO, *Dichiarazione della nullità radicale delle intese vietate dal Trattato CECA*, in *Giust. civ.*, 1984, p. 142;
- M. CLARICH, *Per uno studio sui poteri dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*, in *Mercati e amministrazioni indipendenti*, a cura di BASSI-MERUSI, Milano, 1993, p. 115;
- G. COLANGELO, *Intese obtorto collo e risarcibilità del danno: le improbabili acrobazie dell'antitrust comunitario*, in *Corriere Giuridico*, 2002, p. 2;
- D. COSSUTTA - M. GRILLO, *Concorrenza, monopolio, regolamentazione*, Bologna, 1987 p. 267 ss;
- G. CRESCI, *Abuso di dipendenza economica*, in *Materiali e commenti sul nuovo diritto dei contratti*, a cura di G. VETTORI, Padova, 1999, p. 673 e ss.;
- G. CRISCUOLI, *La nullità parziale del negozio giuridico*, Milano, 1959;
- G. DE NOVA, *Il contratto contrario a norme imperative*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1985, p. 435;
- L. DELLI PRISCOLI, *La dichiarazione di nullità dell'intesa anticoncorrenziale da parte del giudice ordinario*, in *Giur. comm.*, 1999, II, p. 233;
- L. DELLI PRISCOLI, *L'abuso di dipendenza economica nella nuova legge sulla subfornitura: rapporti con la disciplina delle clausole abusive e con la l. antitrust*, in *Giur. Comm.*, 1998, I, p. 833;
- L. DELLI PRISCOLI, *Consumatori e danno derivante da condotte anticoncorrenziali*, in *Danno e responsabilità*, 2005, X, p. 949 e ss.;

- A. DI MAJO, *Libertà contrattuale e dintorni*, in *Riv. crit. Dir. priv.*, 1995, p. 5;
- A. DI MAJO, *I diritti soggettivi (collettivi) delle associazioni di consumatori*, in *Il corriere giuridico*, n. 6, 2006;
- F. DENOZZA, *Antitrust*, Bologna, 1988;
- L. DI VIA, *L'impresa*, in *Trattato di dir. priv. eur.*, a cura di N. LIPARI, Padova, 2003, II, p. 54;
- L. DI VIA, *La nullità delle intese restrittive della concorrenza*, in *Le nullità negoziali*, a cura di L. FERRONI, Milano, 1998, p. 497 e ss.;
- L. DI VIA, *L'invalidità nei contratti tra imprenditori*, in *Dir. priv. eur.*, a cura di N. LIPARI, Padova, 1997, pp. 740 e ss.;
- V. DONATIVI, *Introduzione della disciplina antitrust nel sistema legislativo italiano. Le premesse*, Milano, 1990;
- A. DRAETTA, *Art. 85*, in *Commentario al Trattato. CE*, diretto da R. QUADRI, R. MONACO, A. TRABUCCHI, Milano, 1965, p. 624 e ss.;
- M. ESPITIA -M. ALONSO-M.J.-P. BUESO-J.ROSELL, *Derecho de la Competencia y Mercados Regionales y Locales. Consejo Económico y Social de Aragón*, 2006;
- P. FATTORI, *La tutela giurisdizionale nei confronti dei provvedimenti dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*, in *Antitrust fra diritto nazionale e diritto comunitario*, a cura di E.A. RAFFAELLI, Milano, 1999, p. 297;
- M. A. FERNÁNDEZ-ORDOÑEZ, *La política de competencia en España*, en *Papeles de Economía Española*, 2006, n. 100, pags. 124-132

- G. B. FERRI, *Il cd. recupero del negozio invalido*, in *Riv. dir. comm.*, 1986, I, p. 1;
- G.B. FERRI, voce <<Ordine pubblico>>, in *Enc. Dir.*, XXX, Milano, 1980, p. 153 e ss.;
- G. B. FERRI, *Ordine pubblico, buon costume e la teoria del contratto*, Milano, 1970;
- G. FLORIDA, *Le intese restrittive della concorrenza e gli abusi di posizione dominante*, in *Diritto antitrust*, Milano, 2003, p. 17 ss.;
- R. FRANCESCHELLI, *Autonomia privata e giuridicità nei rapporti tra privato e istituzioni nella disciplina antitrust*, in *Antitrust fra diritto italiano e diritto comunitario*, Milano, 2000, p. 439 ss.;
- R. FRANCESCHELLI, *Concorrenza e antitrust*, in *Trattato di diritto privato*, Torino, 1991, p. 765 e ss.;
- C. FRANCHINI, *Le autorità indipendenti come figure organizzative nuove*, in *I garanti delle regole: le Autorità Indipendenti*, a cura di C. FRANCHINI- S. CASSESE, Bologna, 1996;
- A. FRIGNANI, *Factoring, Leasing, Franchising*, Torino, 1996, p. 230;
- A. FRIGNANI, *L'azione inibitoria per violazione di norme antitrust nella CEE e nell'ordinamento italiano*, in *Riv. Dir. Ind.*, fasc. I, 1968, p. 128;
- A. FRIGNANI, *Disciplina della subfornitura nella legge 192/98: problemi di diritto sostanziale*, in *I contratti*, 1999, p. 188;

- A. FRIGNANI, R. PARDOLESI, A. PATRONI GRIFI, L.C. UBERTAZZI (a cura di) *Diritto antitrust italiano*, Bologna, 1993;
- F. GALGANO, *Art. 41*, in *Comm. Della Cost.*, a cura di G. BRANCA, Roma – Bologna, 1982;
- G. GANDOLFI, *Negoziio illecito e applicabilità del principio di conversione*, in *Studi in memoria di M. Offeddu*, Padova, 1988, p. 823;
- G. GANDOLFI, *Nullità parziale e dimensione ontologica del contratto*, in *Il contratto. Silloge in onore di G. OPPO*, Padova, 1992, p. 421;
- A. GENTILI, *I principi del diritto contrattuale europeo: verso una nuova nozione di contratto?*, in *Riv. dir. priv.*, 2001, pag. 20;
- F. GHEZZI, *Le imprese comuni nel diritto della concorrenza*, Milano, 1996;
- G. GHIDINI, *I limiti negoziali alla concorrenza*, in *Trattato di diritto commerciale*, diretto da F. GALGANO, vol. IV, 1981, Padova, p. 31, nota 100;
- G. GHIDINI, *Slealtà della concorrenza e Costituzione economica*, Padova, 1978;
- G. GHIDINI, V. FALCE, *Giurisdizione antitrust: l'anomalia italiana*, in *Mercato, Concorrenza e Regole*, n. 2, 1999
- P. GIUDICI, *Art. 2*, in *Concorrenza e Mercato*, a cura di V. AFFERINI, Padova, 1994, p. 147;
- P. GIUDICI, *Private Antitrust Law Enforcement In Italy*, 2004, disponibile alla pagina web www.clasf.org/CompLRev;

- F. GOBBO, *Il mercato e la tutela della concorrenza*, Bologna, 2001;
- G. GORLA, *Il contratto*, Milano, 1954, vol. I;
- A. GUCCIONE, *Intese vietate e contratti individuali "a valle": alcune considerazioni sulla c.d. invalidità derivata*, in *Giur. Comm.*, 1999, II, p. 449;
- E. GUERRI, *L'applicazione del diritto antitrust in Italia dopo il regolamento CEE n. 1/2003*, Torino, 2005;
- G. GUGLIELMETTI, *Limiti negoziali della concorrenza*, Padova, 1961, p. 4 e ss. ;
- G. GUGLIELMETTI, *Le regole di concorrenza nel Trattato sul mercato comune: loro identificazione disciplina*, in *Riv. dir. ind.*, 1958, I, p. 221;
- G. GUIZZI, *Il concetto di impresa tra diritto comunitario, legge antitrust e codice civile*, in *Riv. dir. comm.*, 1993, p. 277;
- G. GIUZZI, *Mercato concorrenziale e teoria del contratto*, in *Rivista di Diritto Commerciale*, 1999, I, p. 67;
- N. IRTI, *I cinquant'anni del codice civile*, in *Riv. dir. civ.*, 1992, I, p. 227;
- N. IRTI, *L'ordine giuridico del mercato*, Bari, 1998;
- N. IRTI, *Il dibattito sull'ordine giuridico del mercato*, Bari, 1999;
- N. IRTI, *La nullità come sanzione civile*, in *Contratto e impresa*, 1987, p. 541;
- M. LIBERTINI, *Art. 2596*, in *Commentario al codice civile*, diretto da P. CENDON, Torino, 1992;

- M. LIBERTINI, *Limiti contrattuali della concorrenza*, in *nuova giur. civ. comm.*, 1989, II, p. 323;
- M. LIBERTINI, *Lezioni di diritto industriale*, Catania, 1979;
- M. LIBERTINI, *Ancora sui rimedi civili conseguenti a violazione di norme antitrust*, in *Danno e responsabilità*, 2004, X, p. 933 e ss.;
- M. LIBERTINI, *Il ruolo del giudice nell'applicazione delle norme antitrust*, in *Giur. comm.*, 1998, I, p. 667;
- M. LIBERTINI, *Autonomia privata e concorrenza nel diritto italiano*, in *Riv. dir. comm.*, 2003, p.425;
- M. LIBERTINI, *Le decisioni "patteggiate" nei procedimenti per illeciti antitrust*, in *Corriere Giuridico*, 2005, n. 8, p. 1093;
- M. A. LIVI, *Le nullità*, in *La subfornitura nelle attività produttive*, a cura di V. CUFFARO, Napoli, 1998, p. 169;
- V. M. LEONE, *Accordi di importanza minore*, in *Riv. dir. ind.*, 1998, p. 149;
- D. MAFFEIS, *Abuso di dipendenza economica*, in *La subfornitura*, a cura di G. De Nova, Milano, 1998, p. 77;
- V. MANGINI, G. OLIVIERI, *Diritto antitrust*, Torino, 2000;
- F. MARZIO, *La nullità del contratto*, Padova, 1998;
- F. MARZIO, *La nullità del contratto*, Padova, 1998;
- M. MELI, *Autonomia privata, sistema delle invalidità e disciplina delle intese anticoncorrenziali*, Milano, 2001;

- M. L. MILANESI, *Il mercato rilevante*, Torino, 1997, p. 66 ss.;
- E. MINERVINI, *Concorrenza e consorzi*, in *Trattato di diritto civile*, diretto da GROSSO e SANTORO PASSARELLI, Milano, 1965, pp. 8 e ss. ;
- S. MONTICELLI, *Contratto nullo e fattispecie giuridica*, Padova, 1995;
- S. MONTICELLI, *Fondamento e funzione della rilevanza d'ufficio della nullità negoziale*, in *Riv. dir. civ.*, 1990, I, p. 669;
- U. MORELLO, *Clausole vessatorie, clausole abusive: le linee di fondo di una nuova disciplina*, in *Riv. not.*, 1997, p. 287;
- M. MOTTA, *Antitrust: economia e politica della concorrenza*, Bologna, 2005, p. 38;
- A. MUSSO, *Concorrenza ed integrazione nei contratti di subfornitura industriale*, Milano, 1993;
- E. NAVARRETTA, *Art. 1469 quinquies, comma 2*, in *Riv. crit. Dir. priv.*, 1997, p. 1223;
- L. NIVARRA, *Il provvedimento di esenzione ex art. 4 l. antitrust, la tutela delle imprese terze*, in *Danno da responsabilità*, 1998, p. 649;
- M. NUZZO, *Art. 1469 quinquies, comma 1 e 3*, in *Commentario al capo XIV bis*, a cura di C.M. BIANCA e F. D. BUSNELLI, Padova, 1997, p. 777;
- M. NUZZO, voce <<Negozio illecito>>, in *Enc. Giur.*, XX, Roma, 1990;
- M. NUZZO, *Utilità sociale ed autonomia privata*, Milano, 1978;

- M. NUZZO, *Predisposizione di clausole e procedimento di formazione del contratto*, in *Studi in onore di F. Santoro Pasarelli*, III, Napoli, 1972, pag. 549;
- M. NUZZO, *Sulla rilevabilità d'ufficio del difetto di forma convenzionale*, in *Giust. civ.*, 1980, I, pag. 2239;
- M. NUZZO, *I contratti del consumatore tra legislazione speciale e disciplina generale del contratto*, in *Rass. dir. civ.*, 1998, pag. 308;
- G. OLIVIERI, *I poteri cautelari dell'AGCM tra diritto comunitario e diritto interno*, in *I nuovi strumenti di tutela antitrust*, a cura di F. CINTOLI E G. OLIVIERI, Milano, 2007;
- G. OPPO, *Costituzione e diritto privato nella "tutela della concorrenza"*, in *Riv. dir. civ.*, 2001, n. 2, p. 543;
- C. OSTI, *Antitrust e oligopolio*, Bologna, 1995, p. 524;
- C. OSTI, *Un giudice a Berlino, controllo giudiziale e dipendenza burocratica da percorso*, disponibile sul sito web www.assonime.it, 2007;
- A. PALMIERI e R. PARDOLESI, *Intesa illecita e risarcimento a favore di una parte: "chi è causa del suo mal...si lagni e chiedi i danni"*, in *Foro it.*, 2002, IV, pp. 76-84;
- A. PALMIERI, *Intese restrittive della concorrenza e azione risarcitoria del consumatore finale: argomentazioni "extravagantes" per un illecito inconsistente*, in *Foro it.*, 2003, fasc. I, c. 1121;
- R. PARDOLESI, *Diritto antitrust italiano*, Bologna, 1997;

- R. PARDOLESI, *Le intese*, in AA.VV., *Diritto anti-trust*, a cura di FRIGNANI, PARDOLESI, PATRONI GRIFFI e UBERTAZZI, Bologna, 1993, pp. 145 ss.;
- R. PARDOLESI, *Privatizzare l'antitrust? Verso una nuova dimensione del private enforcement nel diritto della concorrenza*, disponibile alla pagina web www.assonime.it/pubblicazione/pub_notestudi.pdf, 2007;
- G. PASETTI, *Impresa dominante e rescissione*, in *Riv. dir. civ.*, 1971, p. 245;
- G. PASSAGNOLI, *Art. 1469 quinquies, comma 1, 3 e 5*, in *Materiali e commenti sul nuovo diritto dei contratti*, a cura di G. VETTORI, Padova, 1999, p. 158;
- G. PASSAGNOLI, *Le nullità speciali*, Milano, 1995;
- C. PEÑA, *30 Preguntas sobre Competencia*, en *Boletín ICE económico*, 1995, pags. 2462;
- A. PETITBÓ, *La Defensa de la Competencia en el ámbito del Sector Servicios*, en *Información Comercial Española*, 1995, pags. 787;
- E. PICOZZA, *Dizionario di diritto pubblico dell'economia*, Rimini, 1998, p. 192;
- M. PINNARO', *Diritto di iniziativa economica e libertà di concorrenza. Di taluni eclissi e pleonasmii nella legge antitrust n. 287 del 10 ottobre 1990*, in *Giur. Comm.*, 1993, I, p. 430 e ss.
- A. POLICE, *I nuovi poteri dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato e le prospettive in termini di tutela giurisdizionale*, in *I nuovi strumenti di tutela antitrust*, a cura di F. CINTOLI- G. OLIVIERI, Milano, 2007;
- M. POLO, F. GHEZZI, D. PRETE, *L'attuazione delle politiche di tutela della concorrenza e politiche antitrust*, in *Pro-*

mozione della concorrenza, e politiche antitrust, a cura di A. DEL MONTE, Bologna, 1997;

- A. PROTO PISANI, *Appunti preliminari per uno studio sulla tutela giurisdizionale degli interessi collettivi*, in AA.VV., *Le azioni a tutela di interessi collettivi*, Padova, 1976;

- P.M. PUTTI, *Nullità (nella legislazione di derivazione comunitaria)*, in *Dig. Disc. priv.*, Torino, 2000, p. 694;

- P.M. PUTTI, *La nullità parziale*, Napoli, 2002;

- L. RAISER, *Il compito del diritto privato*, traduzione italiana a cura di M. Graziadei, Milano, 1990, p. 241;

- L. RAISER, *La libertà contrattuale oggi*, in *Il compito del diritto privato*, traduzione italiana a cura di M. Graziadei, Milano, 1990, p. 49;

- P. RESCIGNO, *sulla compatibilità tra il modello processuale della "class action" ed i principi fondamentali dell'ordinamento giuridico italiano*, in *Giur. It.*, 2000, c. 2224;

- E. ROPPO, *Nullità parziale del contratto e giudizio di buona fede*, in *Riv. dir. civ.*, 1971, p. 686;

- G. ROSSI, *Effetti della violazione di norme antitrust sui contratti tra imprese e clienti: un caso relativo alle "norme bancarie uniformi"*, in *Giur. it.*, 1996, I, p. 212;

- G. ROSSI, *Antitrust e Teoria della giustizia*, in *Riv. Soc.*, 1995;

- A SALVATORI, U. NUITTA, *La disciplina della libertà di concorrenza e di mercato*, Milano, 1960;

- P. SÁNCHEZ-L. BERENGUER, *Regulación, agencias reguladoras y Defensa de la Competencia*, en *Ekonomiaz*, 1997, pags. 37;

- G. SANTI, *Pubblico e privato nella disciplina antitrust*, CI, 1996;
- A. SPADAFORA, *La nozione di impresa nel diritto comunitario*, in *Giust. Civ.* , 1990, II, p. 283;
- R. SACCO- G. DE NOVA, *Il contratto*, in *Trattato di diritto civile*, t. II, Torino, 2004;
- R. SACCO, *L'abuso della libertà contrattuale*, in *Dir. priv.*, III, Padova, 1997, p. 217;
- R. SACCO *Purezza del consenso, elementi perfezionativi del contratto, effetti del negozio: i cento articoli della legge e la regola unica preterlegale*, in *Nozione, Formazione e interpretazione del diritto*, Napoli, 1997;
- R. SACCO, voce «Nullità e annullabilità», *Nov.mo Dig. it.*, VIII, Torino, 1965;
- N. SALANITRO, *Disciplina antitrust e contratti bancari*, in *Banca e borsa*, 1995, II, p. 415;
- F. SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 1973;
- V. SCALISI, *Contratto e regolamento nel piano d'azione delle nullità di protezione*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, V, p. 459 e ss.;
- A. SCODITTI, *Il consumatore e l'antitrust* , in *Foro it.*, 2003, I, col. 1127;
- R. SCOGNAMIGLIO, *Sulla invalidità successiva dei negozi giuridici*, in *Ann. Dir. comp.*, 1951, p. 55;
- M. SCUFFI, M. TAVASSI, *Diritto processuale antitrust*, Milano, 1998;
- C. SELVAGGI, *Abuso di posizione dominante*, in *Foro it.*, 1992, IV, col. 128;
- C. SELVAGGI, *Disciplina della concorrenza e del mercato:*

problemi di giurisdizione e competenza, in *Riv. Dir. Comm.*, 1993, p. 243;

- M. TAMPONI, *La disciplina del contratto di subfornitura nella legge n.192 del 1998*, in *Nuova giur. civ.*, 1999, II, p. 36;

- M. TAVASSI e M. SCUFFI, *Diritto processuale antitrust*, Milano, 1998.

- R. TOMMASINI, voce <<Invalidità>>, in *Enc. Dir.*, XXII, Milano, 1972, p. 595;

- M. TONI, *La sorte delle intese concluse prima dell'entrata in vigore della l. 287/90 e l'arbitrabilità degli accordi aventi ad oggetto la disciplina della concorrenza*, in *Riv. dir. ind.*, 1997, p. 156;

- A. TRABUCCHI, *Il codice civile di fronte alla normativa comunitaria*, in *Riv. dir. civ.*, 1993, I, p. 703;

- L. C. UBERTAZZI, *Commentario alla Legge 10 ottobre 1990 n. 287*, Padova, 2004;

- G. VETTORI, *Anomalie e tutele nei rapporti di distribuzione tra imprese*, Milano, 1993;

- R. VILLATA, *Disapplicazione dei provvedimenti amministrativi e processo penale*, Milano, 1980;

- F. ZICCARDI, *L'illiceità delle "intese" come caso di nullità parziale*, in *La libertà di concorrenza*, Milano, 1970.

INDICE BIBLIOGRAFICO DELLE SENTENZE E DEI PROVVEDIMENTI

- CORTE DI GIUSTIZIA EUROPEA, sentenza 20 settembre 1999, *Courage and Crehan*, C-453/99, in *Racc.*, p. I-6297;
- CORTE DI GIUSTIZIA EUROPEA, sentenza 8 luglio 1999, *Montecatini SpA vs Commissione*, C-235/92P, in *Racc.*;
- CORTE DI GIUSTIZIA EUROPEA, sentenza 8 luglio 1999, *Commissione/Anic Partecipazioni SpA*, C-49/92P, in *Racc.*, p. I-4125;
- CORTE DI GIUSTIZIA EUROPEA, sentenza 28 maggio 1998, *New Holland Ford*, C-7/95, in *Racc.* p. I-3111;
- CORTE DI GIUSTIZIA EUROPEA, sentenza 25 ottobre 1997, *Metro vs Commissione*, C-26/76, in *Racc.*, p. I-1875, punto 21;
- CORTE DI GIUSTIZIA EUROPEA, sentenza 12 dicembre 1995, *Oude Luttikuis e a.*, C-339/93, in *Racc.*;
- CORTE DI GIUSTIZIA EUROPEA, sentenza 15 dicembre 1994, *Gottrup Klim e a.I.*, C- 250/92, in *Racc.*, p. I- 5641;
- CORTE DI GIUSTIZIA EUROPEA, sentenza 19 gennaio 1994, *SAT/Eurocontrol*, C-364/92, in *Racc.*, p. I-43;
- CORTE DI GIUSTIZIA EUROPEA, sentenza 18 giugno 1991, *Hofner and Elser/Macrotron Gmb*, C-41/90, in *Racc.* p. I-1979, punto 21;
- CORTE DI GIUSTIZIA EUROPEA, sentenza 19 marzo 1991, *Francia vs Commissione* causa C-202/88, in *Racc.*, p. I-1223, punto 22;
- CORTE DI GIUSTIZIA EUROPEA, sentenza 28 febbraio 1991, *Delimitis*, C-234/88, in *Racc.*, p. I-935,

- CORTE DI GIUSTIZIA EUROPEA, sentenza 11 gennaio 1990, *Sandoz*, C-227/87, in *Racc.* p. I-45;
- CORTE DI GIUSTIZIA EUROPEA, sentenza 1° ottobre 1987, *Vlaamse Reisbureaus*, in *Racc.*, p. 3810, punti 23-24;
- CORTE DI GIUSTIZIA EUROPEA, sentenza 22 ottobre 1986, *Metro vs Commissione*, in *Racc.*, punto I-3021;
- CORTE DI GIUSTIZIA EUROPEA, sentenza 14 dicembre 1986, *Société de vente et Bétons*, C 319-82, in *Racc.*, p. 4173;
- CORTE di GIUSTIZIA EUROPEA, sentenza 10 gennaio 1985, *Leclerc*, in *Racc.*, p. 1;
- CORTE DI GIUSTIZIA EUROPEA, sentenza 25 ottobre 1977, *Metro-SB vs. Commissione*, C-26/76, in *Racc.* p. I-1875, punto 20;
- CORTE DI GIUSTIZIA EUROPEA, sentenza 16 dicembre 1975, *SuikerUnie UA*, C-40/73, in *Racc.*, p.1663;
- CORTE DI GIUSTIZIA EUROPEA, sentenza 6 febbraio 1973, *Brasserie de Haecht* C 48-72, in *Racc.*, 1973, p. 77;
- CORTE DI GIUSTIZIA EUROPEA, sentenza 25 novembre 1971, *Béguelin*, C 22-71, in *Racc.*, p. 949,
- CORTE DI GIUSTIZIA EUROPEA, 30 giugno, 1966, *Société Technique Minière/Maschinenbau Ulm GmbH*, C-56/65, in *Racc.*, p. I-235;
- CORTE DI GIUSTIZIA EUROPEA, sentenza 13 luglio 1966, *Consten and Gruding vs Commissione CE*, c-56 e 58/64, *Racc.* p. I-299;
- COMMISSIONE EUROPEA, *Comunicazione della Commissione sugli orientamenti relativi alla valutazione delle concentrazioni orizzontali*, in *GUCE*, 2004, C-31/03, punto 74;

- COMMISSIONE EUROPEA, Comunicazione della Commissione, *Linee Diretrici sull'applicazione dell'art. 81, paragrafo 3, del Trattato*, 2004/C 101/08, in *Gazzetta Ufficiale dell'Unione*, 27 aprile 2004, pp. 97-118, punto 3.2;
- COMMISSIONE EUROPEA, *Applicazione degli art. 85 e 86 del Trattato CE da parte delle giurisdizioni nazionali degli Stati Membri*, in COM, 1999, 101, Bruxelles;
- COMMISSIONE EUROPEA, *Comunicazione della Commissione sulla definizione del mercato rilevante ai fini dell'applicazione del diritto comunitario in materia di concorrenza*, in GUCE, 1997, C 372/03;
- COMMISSIONE EUROPEA, 29 marzo 1994, *HOV/SVZ/MCN*, in GUCE, 1994, L. 104/34;
- COMMISSIONE EUROPEA, 9 dicembre 1990, *Solvay*, in GUCE, 1991, L. 152/91;
- COMMISSIONE EUROPEA, *Dodicesima relazione sulla politica della concorrenza*, Lussemburgo, 1983;
- TRIBUNALE DI PRIMO GRADO, sentenza 18 settembre 1992, *Atlantic Container*, T-24/90, in *Racc.*, p. II-2223;
- TRIBUNALE DI PRIMO GRADO, sentenza 28 febbraio 2002, *Automec*, T-395/94, in *Racc.*, p. II-2893;
- TRIBUNALE DI PRIMO GRADO, sentenza 28 febbraio 2002, *Atlantic Container Line e a. vs Commissione delle comunità europee*, T- 395/94, in *Racc.*, p. 875, punto 330,
- CORTE DI CASSAZIONE, sez. III, sentenza 6 giugno 2003, n. 9384,
- CORTE DI CASSAZIONE, sentenza 9 dicembre 2002, n. 17475, in *Giur. comm.*, 1999;

- CORTE DI CASSAZIONE, sez. I, sentenza 1999, n. 827, in *Giur. comm.*, 1999, II, p. 233;
- CORTE DI CASSAZIONE, sez. III, ordinanza n. 15538/2003, in *Giur. comm.*, 2003;
- CORTE DI CASSAZIONE, sez. Unite, sentenza 14 febbraio 2005, n. 2207, in *Riv. dir. ind.*, II, 2006, p. 242 ss;
- TRIBUNALE DI ROMA, sentenza 20 febbraio 1997, in *Giur. Comm.*, 1999, II, 449;
- TRIBUNALE DI MILANO, sentenza 13 marzo 1995, in *Giur. Comm.*, 1987, p. 439;
- TRIBUNALE DI ALBA, sentenza 12 gennaio 1995, in *Giur. It.*, 1996, I, 2, 212;
- CONSIGLIO DI STATO, sez. VI, sentenza 2 marzo 2004, n. 926;
- CONSIGLIO DI STATO, sez. VI, sentenza 30 agosto 2002, n. 4362;
- CONSIGLIO DI STATO, sez. VI, n. 2199/2002;
- CONSIGLIO DI STATO, sez. VI, 20 marzo 2001, n. 1671;
- CONSIGLIO DI STATO, sez. VI, sentenza 2 marzo 2001 n. 1189, punto 4.6;
- CONSIGLIO DI STATO, sentenza 30 dicembre 1996, n. 1792;
- TAR Lazio, I, 27 Agosto 2002, n. 7444;
- TAR Lazio, 14 gennaio 2000, n. 103;
- TAR Lazio, I, 23 settembre 1996, n. 1576;

- AGCM, 19 luglio 2002, *Unione petrolifera/Piano di razionalizzazione della rete carburanti*, in *Boll.*, n. 29 del 2001;
- AGCM, 13 giugno 2002, *Pellegrini-Consip*, in *Boll.* , n. 24/2002;
- AGCM, 28 marzo 2002, *Nokia Italia/ Ote*, in *Boll.*, n. 13, 2002,
- AGCM, 26 luglio 2001, *Accordo Distributori ed Esercenti Cinema*, in *Boll.* n. 30 /2001;
- AGCM, 13 luglio 2000, *Consorzio Industrie fiammiferi*, in *Boll.* N. 28/2000;
- AGCM, *Prezzo del pane a Trento*, provv. I, 174-B, in *Boll.*, 1999;
- AGCM, 21 gennaio 1999, *Consorzio del prosciutto San Daniele/ Consorzio del prosciutto di Parma*, in *Boll.* , n. 3, 1999;
- AGCM, *Tucano franchising*, provv. I, n. 270, 13 novembre 1997, in *Boll.*, n. 46/97;
- AGCM, 9 ottobre 1997, *Associazione Vendomusical/ Case Discografiche Multinazionali-Federazione Industria Musicale Italiana*, in *Boll.* n. 49/1997;
- AGCM, *Formulario per la comunicazione delle operazioni di concentrazioni tra imprese*, in *Supplemento n. 2 al Bollettino n. 19*, 1996;
- AGCM, 14 dicembre 1994, *Tariffe Amministratori Condomini*, in *Boll.* N. 50/1994;
- AGCM, 13 ottobre 1993, *Banca di Roma/Ina*, in *Boll.* , n. 8 del 1994;

- AGCM, 8 giugno 1994, *Assicurazioni Rischi di Massa*, in *Boll. n. 23/94*, punto 52;
- BANCA D'ITALIA, Provv. 2 dicembre 1994, n. 12, in *Banca e borsa*, 1995, II, 393;
- TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA, *Resoluciones de Expedientes Sancionadores de 1993 a 2005*;
- SERVICIO DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA, *Memoria 2005*;