



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI MILANO

DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO ITALIANO E SOVRANAZIONALE

Scuola di dottorato in Scienze giuridiche
Curriculum di Diritto dell'Unione europea
XXVIII ciclo

Risarcimento del danno da illecito anticoncorrenziale
e tecniche alternative di applicazione pubblica della
normativa antitrust

IUS 14

Luca Calzolari

Relatori Chiar.mo Prof. Ruggiero Cafari Panico
 Chiar.ma Prof.ssa Stefania Bariatti
Coordinatrice Chiar.ma Prof.ssa Ilaria Viarengo

A.A 2014/2015

Indice

Indice.....	2
Premessa.....	7
Gli obiettivi della tutela pubblica e privata in materia antitrust e le ragioni a favore della loro necessaria complementarietà	11
1 Premessa.....	11
2 La repressione (pubblica e privata) delle attività socialmente indesiderate	13
3 La repressione delle condotte anticoncorrenziali. Il primo piano funzionale e le (molteplici) finalità della politica antitrust.....	14
3.1 (<i>segue</i>): le finalità del diritto europeo della concorrenza. L'approccio delle istituzioni agli artt. 101 e 102 TFUE.	23
3.2 (<i>segue</i>): la rilevanza degli obiettivi sostanziali della politica di concorrenza ai fini della complementarietà fra applicazione pubblica e privata delle regole di concorrenza. Primi cenni.	31
4 Il secondo piano funzionale. L'osservanza delle regole quale obiettivo principale dei sistemi di <i>enforcement</i> (pubblici e privati). La teoria economica della deterrenza nel settore antitrust.	35
4.1 (<i>segue</i>): il rapporto fra applicazione pubblica e privata delle regole antitrust ai fini della deterrenza degli illeciti anticoncorrenziali.....	40
5 Il terzo piano funzionale: la gestione delle conseguenze di una violazione. La compensazione delle vittime degli illeciti.....	50
6 Brevi riflessioni conclusive.....	53
L'applicazione pubblica e privata delle regole di concorrenza nell'ordinamento dell'Unione.	57
1 Premessa.....	57
2 L'applicazione pubblicistica delle regole di concorrenza in ambito europeo: dal Trattato di Roma alla c.d. «modernizzazione».....	57
2.1 Le origini della politica della concorrenza europea. Le disposizioni del Trattato CEE ed il regime di applicazione transitoria.....	57
2.2 Il reg. (CEE) n. 17/62. Il sistema accentrato di applicazione e il regime autorizzatorio.	61
2.3 Le principali questioni relative all'applicazione del reg. (CEE) n. 17/62 e le prime spinte verso un sistema decentrato.....	66
2.4 Il reg. (CE) n. 1/2003. La c.d. «modernizzazione» del diritto antitrust.	75
3 L'applicazione privatistica delle regole di concorrenza in ambito europeo: dal Trattato di Roma alla direttiva n. 2014/104/UE.	85
3.1 Premessa.....	85
3.2 Le origini del private enforcement europeo: dal Trattato di Roma alle sentenze <i>Courage</i> e <i>Manfredi</i>	87
3.3 I primi interventi della Commissione. Il Libro verde del 2005.	93

3.4	(<i>segue</i>): il Libro bianco del 2008.....	97
3.5	I rapporti fra applicazione pubblica e <i>private enforcement</i> del diritto antitrust: la recente giurisprudenza della Corte di giustizia.....	101
3.6	Le azioni di risarcimento del danno antitrust nell'ordinamento italiano (brevi cenni).....	108
3.7	La dir. n. 2014/104/UE.....	117
Le tecniche alternative di applicazione pubblica della normativa antitrust: decisioni con impegni e accordi transattivi.....		129
1	Premessa: le procedure negoziate di <i>public enforcement</i> e il rapporto fra autorità e consenso nell'applicazione delle regole antitrust.....	129
1.1	L'applicazione del diritto della concorrenza come esercizio di un potere pubblico mediante atti autoritativi.....	129
1.2	Il ruolo delle imprese (e del consenso) nel contesto della procedura ordinaria.....	132
1.3	Le soluzioni negoziate: impegni e accordi transattivi fra discrezionalità della Commissione e consenso delle imprese.....	134
1.4	(<i>segue</i>): il “patteggiamento” fra Commissione e imprese.....	137
1.5	Le procedure negoziate come sintomo di una linea evolutiva dell'ordinamento. Prime (brevi) considerazioni sui loro effetti sistematici.....	139
2	Le origini dell'applicazione negoziale delle regole di concorrenza.....	143
2.1	L'esperienza nordamericana: i <i>consent orders</i> e i <i>consent decrees</i>	143
2.2	L'esperienza «comunitaria» anteriore alla c.d. «modernizzazione».....	146
3	Le soluzioni negoziali: decisioni con impegni e accordi di transazione dei cartelli.....	152
3.1	Aspetti procedurali e principali caratteristiche delle normative oggetto di indagine.....	152
3.1.1	Le decisioni con impegni.....	152
3.1.1.1	Premessa.....	152
3.1.1.2	La riserva di iniziativa a favore delle imprese e la fase della valutazione preliminare.....	153
3.1.1.3	La fase di accettazione degli impegni e il loro contenuto.....	156
3.1.1.4	(<i>segue</i>): il requisito della proporzionalità degli impegni secondo (il Tribunale e) la Corte di giustizia.....	159
3.1.1.5	(<i>segue</i>): la fase del c.d. <i>market test</i> e l'adozione della decisione.....	163
3.1.1.6	I meccanismi di autotutela a disposizione della Commissione.....	165
3.1.2	Gli accordi di transazione dei cartelli.....	167
3.1.2.1	Premessa.....	167
3.1.2.2	La fase esplorativa: la riserva di iniziativa a favore della Commissione, la scelta dei casi e la disponibilità delle parti.....	169
3.1.2.3	La fase negoziale: gli incontri bilaterali e la ricerca del consenso. La proposta transattiva.....	170
3.1.2.4	La fase decisoria: la comunicazione degli addebiti e la decisione finale in forma semplificata.....	173

3.1.2.5	I rapporti fra transazioni e programmi di clemenza, le c.d. procedure ibride e l'impugnazione delle decisioni che recepiscono un accordo transattivo (brevi cenni, anche alla luce dei casi <i>Timab</i> e <i>Société Générale</i>).	175
3.2	Vantaggi (e svantaggi) delle soluzioni negoziali. Le ragioni che incentivano imprese e Commissione all'utilizzo degli impegni e degli accordi transattivi.....	186
3.2.1	Premessa.....	186
3.2.2	Il punto di vista della Commissione.....	188
3.2.3	Il punto di vista delle imprese.....	189
3.3	La prassi applicativa da parte della Commissione. Impegni e accordi transattivi nell'azione di enforcement della Commissione.	195
3.3.1	Premessa. L'incidenza di impegni e accordi transattivi nella prassi decisionale della Commissione.	195
3.3.2	Le decisioni con impegni.....	199
3.3.2.1	Le principali categorie funzionali: gli impegni quali strumenti di “replica” del meccanismo di esenzione.	200
3.3.2.2	(segue): gli impegni quali strumenti di supporto alla riforma di determinati mercati.	204
3.3.2.3	(segue): gli impegni quale strumento di regolazione dei mercati. La liberalizzazione del settore dell'energia (e brevi cenni al settore del trasporto aereo).	206
3.3.2.4	(segue): la regolazione dei prezzi nel settore dei pagamenti e dei servizi finanziari (e non solo).....	212
3.3.2.5	(segue): gli impegni quale strumento flessibile per i c.d. nuovi mercati.....	216
3.3.3	Gli accordi di transazione dei cartelli.....	220
3.3.3.1	Il numero delle imprese coinvolte.....	221
3.3.3.2	I rapporti con il programma di clemenza.....	224
3.3.3.3	Procedure c.d. piene e procedure c.d. ibride.	228
3.3.3.4	Dati di sintesi e osservazioni conclusive.	232
	Il rilievo delle tecniche alternative di applicazione pubblica della normativa antitrust ai fini del <i>public</i> e del <i>private enforcement</i>	234
1	Premessa.....	234
2	I rapporti fra le tecniche alternative di applicazione pubblica della normativa antitrust e il <i>public enforcement</i>	236
2.1	I rapporti fra le procedure negoziate e il primo piano funzionale.	236
2.1.1	Premessa.....	236
2.1.2	La chiarificazione del contenuto delle regole antitrust.	236
2.1.2.1	Il processo di chiarificazione nel contesto della procedura ordinaria: le decisioni di accertamento fra prova dell'illecito e principio del contraddittorio.....	236
2.1.2.2	(segue): il sindacato giurisdizionale di Tribunale e Corte di giustizia.....	239

2.1.2.3	Il processo di chiarificazione nel contesto delle procedure negoziate: consenso e incentivi al contraddittorio.	240
2.1.2.4	(<i>segue</i>): l'assenza di un effettivo sindacato giurisdizionale di Tribunale e Corte di giustizia.	244
2.1.2.5	Il circolo vizioso. L'uso degli impegni per evitare il controllo giurisdizionale su questioni nuovi (primo livello).....	248
2.1.2.6	(<i>segue</i>): la sanzione delle imprese inadempienti agli impegni assunti (secondo livello).	255
2.1.3	L'attività di <i>enforcement</i> degli artt. 101 e 102 TFUE fra concorrenza e regolazione.	257
2.1.3.1	Le principali differenze fra l'attività di <i>enforcement</i> delle regole di concorrenza e quella di regolazione.....	257
2.1.3.2	Il ruolo degli impegni nel passaggio dalla funzione di tipo (essenzialmente) aggiudicatorio alla funzione (anche) regolatoria dell' <i>enforcement</i> delle regole antitrust.	260
2.1.3.3	Le principali conseguenze di tale linea evolutiva dell'ordinamento, in particolare alla luce della separazione dei poteri e delle competenze.	263
2.1.4	Le finalità sostanziali della politica di concorrenza: le soluzioni negoziate fra approccio economico e approccio strutturale alle regole antitrust.	267
2.1.4.1	Il rapporto fra soluzioni negoziali e c.d. modernizzazione sostanziale del diritto antitrust: fra teoria.....	267
2.1.4.2	... e prassi.	270
2.2	I rapporti fra le procedure negoziate e il secondo piano funzionale.	272
2.2.1	Premessa: l'applicazione generalizzata di impegni e accordi transattivi e il bilanciamento fra ipotesi di sovra e sotto-deterrenza.	272
2.2.2	Le decisioni con impegni: fra <i>deficit</i> informativo e alterazione degli incentivi di imprese e Commissione.	274
2.2.2.1	(<i>segue</i>): il rischio di c.d. falsi negativi e il potenziale pregiudizio all'efficacia deterrente del sistema.	275
2.2.2.2	(<i>segue</i>): il rischio di falsi positivi e la potenziale deterrenza di condotte lecite.	277
2.2.2.3	Il ruolo e l'importanza di una prassi applicativa diversificata.	280
2.2.3	Gli accordi transattivi.	282
2.3	I rapporti fra procedure negoziate e terzo piano funzionale.	285
2.3.1	Premessa.	285
2.3.2	Impegni e accordi transattivi nella prospettiva della giustizia retributiva.	285
3	I rapporti fra le tecniche alternative di applicazione pubblica della normativa antitrust e il <i>private enforcement</i>	286
3.1	Premessa.....	286
3.2	Le azioni dinnanzi ai giudici nazionali nei confronti di condotte anteriori al periodo oggetto della decisione della Commissione.....	287

3.3	Le azioni dinnanzi ai giudici nazionali nei confronti di condotte coperte dal periodo oggetto della decisione della Commissione.....	291
3.3.1	L'(ovvia) assenza di effetti preclusivi delle soluzioni negoziate rispetto alle azioni di risarcimento.	291
3.3.2	Gli (asseriti) effetti positivi di impegni e accordi transattivi sulle azioni di risarcimento e quelli (probabilmente positivi) sulle misure cautelari.....	296
3.3.3	Gli effetti (tendenzialmente) negativi delle soluzioni negoziate sulle azioni di risarcimento.	299
3.3.4	L'approccio della giurisprudenza in merito alle azioni di risarcimento proposte nei confronti di condotte coperte da una decisione con impegni o da un provvedimento transattivo.....	307
3.3.5	(segue): l'ipotesi dei meccanismi di c.d. <i>public compensation</i> (breve cenni).	317
3.4	Le azioni dinnanzi ai giudici nazionali nei confronti di condotte successive al periodo oggetto della decisione della Commissione.....	325
3.4.1	Le azioni nei confronti dell'impresa inadempiente agli obblighi resi vincolanti da una decisione <i>ex art. 9 reg. (CE) n. 1/2003</i>	325
3.4.2	Le azioni nei confronti dell'impresa che ha rispettato gli obblighi resi vincolanti da una decisione <i>ex art. 9 reg. (CE) n. 1/2003</i>	329
	Conclusioni.....	333
	Bibliografia.....	339
	Giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea e delle giurisdizioni nazionali	392
	Decisioni della Commissione e delle Autorità nazionali della concorrenza.....	401
	Diritto derivato e altri atti delle istituzioni dell'Unione europea	408

Premessa

A partire dagli anni novanta del secolo scorso si diffonde la consapevolezza in merito alla necessità di migliorare l'efficienza del sistema applicativo delle regole di concorrenza dell'Unione. Si sente in particolare l'esigenza di semplificare la disciplina e di razionalizzare l'utilizzo delle risorse della Commissione. Fra le altre cose, ciò porta all'adozione del reg. (CE) n. 1/2003¹ che rivoluziona il sistema applicativo rimasto in vigore per quasi quarant'anni². L'obiettivo della riforma è l'incremento dell'efficacia applicativa delle disposizioni antitrust, anche in vista dell'allargamento dell'Unione a nuovi Stati membri. Detta finalità si manifesta innanzitutto nel passaggio dal modello accentrato a un sistema a rete in cui l'applicazione delle regole antitrust è condivisa dalla Commissione con i giudici e le autorità nazionali della concorrenza (in seguito, le "ANC"). La decentralizzazione delle competenze avviene grazie al riconoscimento della diretta applicabilità dell'art. 101(3) TFUE che consente l'abbandono del c.d. modello autorizzatorio e l'abrogazione del meccanismo di notifica preventiva.

Tuttavia, nell'ambito della c.d. «modernizzazione», il miglioramento dell'efficacia delle regole di concorrenza viene perseguito anche – e forse soprattutto – mediante l'introduzione di alcune procedure «alternative» per la chiusura dei procedimenti antitrust avviati dalla Commissione, e cioè le decisioni con impegni e le transazioni dei cartelli. Tali meccanismi mirano in effetti a ottimizzare la risposta pubblica nei confronti delle condotte anticoncorrenziali, consentendo alla Commissione (e alle ANC) di perseguire finalità ulteriori rispetto alla mera repressione delle violazioni, e in particolare di funzionalizzare la propria attività al corretto funzionamento del mercato.

La crescita del grado di attenzione circa l'efficacia del diritto della concorrenza non riguarda però la sola «modernizzazione» della sfera di applicazione pubblica. Piuttosto, la razionalizzazione delle regole che guidano l'azione di Commissione e ANC si accompagna a un crescente interesse nei confronti dell'applicazione della normativa antitrust da parte dei giudici nazionali nell'ambito delle azioni instaurate dai privati e volte a ottenere il risarcimento del danno da illecito anticoncorrenziale. Lo sviluppo del versante di applicazione privatistica persegue del resto i medesimi obiettivi sottesi alle nuove procedure di *public enforcement*, e cioè l'aumento dell'operatività e dell'efficacia applicativa degli artt. 101 e 102 TFUE: da un lato, le azioni instaurate dai privati possono infatti contribuire alla scoperta (e alla

¹ Cfr. regolamento (CE) n. 1/2003 del Consiglio, del 16 dicembre 2002, *concernente l'applicazione delle regole di concorrenza di cui agli articoli 81 e 82 del trattato*, in GU L, n. 1, del 4 gennaio 2003, 1. V. anche il Libro bianco *sulla modernizzazione delle norme per l'applicazione degli articoli 85 e 86 del Trattato CE*, in GU C, n. 132 del 12 maggio 1999 e la proposta di regolamento del Consiglio *concernente l'applicazione alle imprese delle regole di concorrenza di cui agli articoli 81 e 82 del Trattato recante modifica dei Regolamenti (CEE) n. 1017/68, (CEE) n. 2988/74, (CEE) n. 4056/86 e (CEE) n. 3975/87*, in GU C, n. 365, del 19 dicembre 2000.

² Cfr. regolamento (CEE) n. 17/62 del Consiglio, del 6 febbraio 1962, *Primo regolamento d'applicazione degli articoli 85 e 86 del trattato*, in GU, n. 13, del 21 febbraio 1962, 204.

sanzione) di taluni illeciti che sfuggirebbero altrimenti al controllo di matrice pubblicistica; dall'altro lato, l'accertamento giudiziale del diritto al risarcimento del danno permette la compensazione delle vittime degli stessi.

Il legame fra le due linee evolutive dell'ordinamento antitrust dell'Unione è quindi piuttosto intenso. Non è un caso che le decisioni con impegni siano introdotte dal reg. (CE) n. 1/2003 che rappresenta al tempo stesso il primo atto normativo a menzionare l'applicazione privatistica quale strumento complementare all'intervento pubblico nel contesto dell'attuazione decentrata degli artt. 101-102 TFUE³, dando il via a quel processo normativo che, dopo quasi dieci anni⁴, e sull'onda di una nota serie di sentenze della Corte di giustizia⁵, si è concluso con la recente adozione della dir. n. 2014/104/UE⁶. Oppure, che i procedimenti di transazione dei cartelli vengano per la prima volta disciplinati dal reg. (CE) n. 622/2008 che, assieme al reg. (CE) n. 773/2004, completa il processo di «modernizzazione»⁷.

Sulla scorta di tali osservazioni, il presente lavoro approfondisce lo studio degli effetti che la crescente diffusione pratica di impegni e accordi transattivi comporta per il sistema di applicazione delle regole di concorrenza, sia nella prospettiva del *public enforcement*, sia con riguardo alle azioni di risarcimento del danno da illecito antitrust.

A tal fine, il primo capitolo getta le basi teoriche per analizzare il rapporto fra versante pubblico e privato, esaminando il ruolo e le finalità del sistema complessivo di applicazione delle regole *antitrust*, a prescindere da che la repressione delle attività

³ In tale atto normativo si riconosce infatti che i giudizi nazionali «*tutelano i diritti soggettivi garantiti dal diritto comunitario nelle controversie fra privati, in particolare accordando risarcimenti alle parti danneggiate dalle infrazioni*», così svolgendo «*un ruolo complementare rispetto a quello delle autorità garanti della concorrenza*» (cfr. considerando n. 7 al reg. (CE) n. 1/2003).

⁴ Cfr., rispettivamente, il Libro verde della Commissione del 19 dicembre 2005, *azioni di risarcimento del danno per violazione delle norme antitrust comunitarie*, COM(2005) 672 def. e il Libro bianco della Commissione del 2 aprile 2008, *in materia di azioni di risarcimento del danno per violazione delle norme antitrust comunitarie*, COM(2008) 165 def.

⁵ Fra le altre, cfr. Corte giust. 20 settembre 2001, in causa C-453/99, *Courage Ltd contro Bernard Crehan e Bernard Crehan c. Courage Ltd e altri*, ECLI:EU:C:2001:465; Corte giust. 13 luglio 2006, in cause da C-295/04 a C-298/04, *Vincenzo Manfredi c. Lloyd Adriatico Assicurazioni SpA, Antonio Cannito c. Fondiaria Sai SpA e Nicolò Tricarico e Pasqualina Murgolo c. Assitalia SpA*, ECLI:EU:C:2006:461; Corte giust. 14 giugno 2011, in causa C-360/09, *Pfleiderer AG c. Bundeskartellamt*, ECLI:EU:C:2011:389; Corte giust. 6 novembre 2012, in causa C-199/11, *Europese Gemeenschap c. Otis NV e altri*, ECLI:EU:C:2012:684; Corte giust. 6 giugno 2013, in causa C-536/11, *Bundeswettbewerbshbehörde c. Donau Chemie AG e altri*, ECLI:EU:C:2013:366; Corte giust. 5 giugno 2014, in causa C-557/12, *Kone AG e altri c. ÖBB-Infrastruktur AG*, ECLI:EU:C:2014:1317

⁶ Cfr. direttiva n. 2014/104/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 novembre 2014, *relativa a determinate norme che regolano le azioni per il risarcimento del danno ai sensi del diritto nazionale per violazioni delle disposizioni del diritto della concorrenza degli Stati membri e dell'Unione europea*, in GU L, n. 349, del 5 dicembre 2014, 1; v. anche la Proposta della Commissione dell'11 giugno 2013, *per una direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio, relativa a determinate norme che regolamentano le azioni per il risarcimento del danno ai sensi della legislazione nazionale a seguito della violazione delle disposizioni del diritto della concorrenza degli Stati membri e dell'Unione europea*, COM(2013) 404 final.

⁷ Cfr., rispettivamente, regolamento (CE) n. 622/2008 della Commissione, del 30 giugno 2008, *che modifica il regolamento (CE) n. 773/2004 per quanto riguarda la transazione nei procedimenti relativi ai cartelli*, in GU L, n. 171, dell'1° luglio 2008, 3 e regolamento (CE) n. 773/2004 della Commissione, del 7 aprile 2004, *relativo ai procedimenti svolti dalla Commissione a norma degli articoli 81 e 82 del trattato CE*, in GU L, n. 123, del 27 aprile 2004, 18.

socialmente indesiderate, in quanto anticoncorrenziali, sia ottenuta mediante l'azione delle autorità pubbliche ovvero quella dei privati. L'analisi si concentra in particolare sulle funzioni principali che caratterizzano ogni sistema repressivo, e cioè la necessità di (i) individuare i comportamenti indesiderati, di (ii) garantire l'osservanza delle regole sostanziali e gestire il rischio della loro violazione (c.d. funzione deterrente), nonché di (iii) disciplinare le conseguenze delle eventuali infrazioni (in ottica c.d. retributiva o c.d. compensativa). Il *private enforcement* è meglio strutturato per raggiungere alcune di tali finalità; per perseguire altri obiettivi sono invece più opportuni gli strumenti offerti dal *public enforcement*; in altri casi ancora, la soluzione ottimale è l'uso complementare dell'azione pubblica e privata.

Passando dalla teoria alla pratica, il secondo capitolo volge lo sguardo all'ordinamento dell'Unione, ricostruendo lo stato dell'arte circa lo sviluppo del *public* e del *private enforcement* nel quadro dell'applicazione decentrata delineata dal reg. (CE) n. 1/2003. A tal fine, si fornisce in primo luogo una breve analisi dell'evoluzione del regime di applicazione pubblica degli artt. 101 e 102 TFUE, a partire dal Trattato di Roma e fino ai più recenti sviluppi della c.d. «modernizzazione». Nella seconda parte, si guarda invece al versante privatistico dell'applicazione delle regole di concorrenza, ripercorrendo in chiave storica il processo che ha portato all'adozione della recente direttiva⁸.

Il terzo capitolo è dedicato allo studio delle decisioni con impegni e delle procedure transattive. Il punto di partenza è la presa di coscienza circa il cambio di paradigma che tali soluzioni negoziate comportano rispetto alla modalità “ordinaria” di applicazione delle regole di concorrenza, basata sul carattere unilaterale e autoritativo dell'attività della Commissione (e la natura coercitiva della relativa decisione). A valle di tali osservazioni, ed esaminato il quadro normativo di riferimento, si ricostruisce la prassi applicativa dei due istituti in discussione, anche al fine di evidenziarne l'elevata diffusione: nei rispettivi campi di applicazione, impegni e accordi transattivi rappresentano infatti gli strumenti di *enforcement* più utilizzati dalla Commissione.

Il quarto capitolo affronta lo studio dei rapporti fra soluzioni negoziate e applicazione pubblica e privata delle regole antitrust. L'idea di base è che la diffusione di impegni e accordi transattivi può influire su ciascuno dei tre piani funzionali in cui si esprime la repressione degli illeciti antitrust, e quindi sia sul *public* che sul *private enforcement*. Nella prima parte, si approfondiscono gli effetti sul versante pubblicistico. L'attenzione ricade innanzitutto sul tema dell'individuazione degli obiettivi delle regole di concorrenza e della chiarificazione del loro contenuto, da un lato, e sulla funzione deterrente e punitiva dell'azione pubblica, dall'altro lato. Nella seconda parte, si affronta invece l'esame degli effetti della diffusione delle soluzioni negoziate sull'applicazione privatistica degli artt. 101 e 102 TFUE. Il *focus* è quindi sulla relazione

⁸ Cfr. dir. n. 2014/104/UE, cit.

che intercorre fra azioni di risarcimento del danno e impegni e accordi transattivi, nella prospettiva della funzione compensativa, considerato che dette azioni possono riguardare condotte anteriori al periodo preso in considerazione dalla decisione “patteggiata”, rientranti nel periodo coperto dal provvedimento, ovvero infine a questo successive.

Capitolo I

Gli obiettivi della tutela pubblica e privata in materia antitrust e le ragioni a favore della loro necessaria complementarietà

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. La repressione (pubblica e privata) delle attività socialmente indesiderate. – 3. La repressione delle condotte anticoncorrenziali. Il primo piano funzionale e le (molteplici) finalità della politica antitrust. – 3.1. (*segue*): le finalità del diritto europeo della concorrenza. L’approccio delle istituzioni agli artt. 101 e 102 TFUE. – 3.2. (*segue*): la rilevanza degli obiettivi sostanziali della politica di concorrenza ai fini della complementarietà fra applicazione pubblica e privata delle regole di concorrenza. Primi cenni. – 4. Il secondo piano funzionale. L’osservanza delle regole quale obiettivo principale dei sistemi di *enforcement* (pubblici e privati). La teoria economica della deterrenza nel settore antitrust. – 4.1. (*segue*): il rapporto fra applicazione pubblica e privata delle regole antitrust ai fini della deterrenza degli illeciti anticoncorrenziali. – 5. Il terzo piano funzionale: la gestione delle conseguenze di una violazione. La compensazione delle vittime degli illeciti. – 6. Brevi riflessioni conclusive.

1 Premessa.

Individuare (*i*) le finalità dell’applicazione privatistica delle regole di concorrenza, anche al fine di (*ii*) meglio coordinarne gli effetti con l’attuazione delle medesime norme da parte delle autorità pubbliche (nell’Unione, Commissione e ANC), è questione di particolare complessità.

La questione presuppone in effetti l’esame e la risoluzione di diverse (e altrettanto) complicate problematiche. È ad esempio necessario valutare le funzioni e l’efficacia del regime di *enforcement* considerato nella sua globalità. Si devono cioè chiarire il ruolo e le finalità del sistema complessivo di applicazione delle regole *antitrust*, a prescindere da che la repressione delle attività anticoncorrenziali sia ottenuta mediante l’azione delle autorità pubbliche ovvero quella dei privati. Tale problematica presenta peraltro tratti comuni a molti altri settori normativi. *Private e public enforcement* non sono infatti un’esclusiva del diritto della concorrenza⁹.

⁹ In effetti, si afferma che «*tutto il dibattito europeo relativo al private enforcement si riduce ad una sorta di distorsione ottica consistente nel guardare a un caso (specifico) di responsabilità civile attraverso le lenti di una diversa disciplina: un po’ come se, rispetto a questioni di circolazione stradale definite da una normativa pubblicista, ci si chiedesse quale sia il ruolo giocato dalle cause civili intentate da pedoni vittime di incidenti automobilistici*» (cfr. R. PARDOLESI, *Complementarietà irrisolte: presidio (pubblico) del mercato e azioni (private) di danno*, in *Mercato Concorrenza Regole*, 2011, 463, spec. 465). Un settore in cui il rapporto fra azione pubblica e privata presenta forti analogie con quello in discussione riguarda la disciplina dei mercati finanziari: v. ad esempio P. GIUDICI, *Il private enforcement in caso di elusione dell’obbligo di offerta pubblica di acquisto*, in *Le Società*, 2013, 1451; P. GIUDICI, *Il private enforcement nel diritto dei mercati finanziari*, in M. MAUGERI, A. ZOPPINI (a cura di), *Funzioni del diritto privato e tecniche di regolazione del mercato*, Bologna, 2010, 293; P. GIUDICI, *Private Law Enforcement in a Formalist Legal Environment: the Italian Sai-Fondiar Case*, ECGI Law Working Paper no. 094/2008; P. GIUDICI, *Financial Scandals and the Role of Private Enforcement: The Parmalat Case*, in J. ARMOUR, J. MCCAHERY (eds.), *After Enron, Oxford-Portland*, 2006, 159. Si deve aggiungere che la definizione di *private enforcement* non comprende ogni forma di applicazione privatistica delle regole di concorrenza. Non vi rientrano ad esempio (*i*) le attività giuridiche dei privati volte a innescare la successiva azione repressiva di un’autorità pubblica (si pensi alle denunce presentate ai sensi dell’art. 7(2) reg. (CE) n. 1/2003, cit., «*dalle persone fisiche o giuridiche che abbiano legittimo interesse*»; tali fattispecie si definiscono in effetti quali forme di «*privately triggered*

Ciò permette una seconda osservazione. La corretta valutazione delle funzioni e dell'efficienza dei meccanismi (pubblici e privati) di repressione di talune attività che l'ordinamento considera indesiderate presuppone, appunto, che siano chiari i valori sostanziali sottesi alle regole cui si deve dare applicazione. È infatti poco significativo interrogarsi in merito alle strategie di *enforcement* di una data politica se non è chiaro quali siano gli obiettivi cui tale attività deve essere teleologicamente orientata. La prospettiva assume particolare rilevanza nel settore della concorrenza. Il ruolo della politica antitrust è infatti oggetto di opinioni contrastanti. Il dibattito riguarda l'individuazione degli interessi e dei beni giuridici che tale politica può e deve tutelare. L'assenza di soluzioni certe e condivise circa le finalità di natura sostanziale della politica di concorrenza complica la definizione delle opportune modalità di *enforcement* di quelle norme in cui detta politica trova concreta esplicitazione. Le difficoltà nell'individuazione degli obiettivi globali di *enforcement* rendono a loro volta più difficile stabilire quali priorità possano essere ottenute mediante l'applicazione delle regole antitrust da parte dei privati.

Riassumendo, il ruolo e gli eventuali limiti dell'applicazione privatistica delle regole di concorrenza si possono delineare solo dopo aver chiarito (i) quali obiettivi sostanziali contano in tale settore normativo, e (ii) quali funzioni vanno perseguite mediante la repressione (pubblica e privata) delle condotte socialmente indesiderate, in quanto anticoncorrenziali.

A tali questioni si può fare in questa sede solo qualche accenno. La loro breve trattazione è ad ogni modo necessaria per comprendere lo stato dell'arte e il futuro sviluppo del *private enforcement* della normativa antitrust nell'ordinamento dell'Unione. E ancor di più per valutare i rapporti di tale sviluppo con l'applicazione pubblica delle regole di concorrenza. L'analisi proposta consente infatti di affrontare in modo

public enforcement» (cfr. F.G. JACOBS, T. DEISENHOFER, *Procedural Aspects of the Effective Private Antitrust Enforcement of EC Competition Rules: A Community Perspective*, in C.D. EHLERMANN, C. ATANASIU (eds.), *European Competition Law Annual 2001: Effective Private Enforcement of EC Antitrust Law*, Oxford/Portland, 2003, 187, spec. 197), ovvero (ii) le ipotesi di intervento dei privati innanzi alla Corte di giustizia o ai giudici nazionali nel corso dei procedimenti di controllo giurisdizionale sulle decisioni emesse da Commissione e ANC (nell'ordinamento dell'Unione, il diritto di intervento nelle cause in materia di concorrenza è riconosciuto in capo alle persone fisiche e giuridiche dall'art. 40(2) dello Statuto della Corte di Giustizia, protocollo n. 3 allegato ai Trattati, secondo cui ai medesimi soggetti è invece precluso «*intervenire nelle cause fra Stati membri, fra istituzioni dell'Unione, o fra Stati membri da una parte e istituzioni dell'Unione dall'altra*». La nozione di cui si discute è quindi più ristretta e comprende in sostanza le sole azioni instaurate dai privati innanzi alle giurisdizioni nazionali per vedere tutelati i diritti ad essi riconosciuti dal diritto europeo della concorrenza. Le forme di tutela ricercate in sede civile possono peraltro assumere diversi contenuti. Si vedrà la distinzione fra l'utilizzo del diritto antitrust come «scudo» o come «spada» (cfr. *infra* il testo relativo alla nota 289, nel capitolo 2, § 2.2). Nel primo caso, ai giudici nazionali si chiede la declaratoria di nullità dei contratti la cui esecuzione costituisce una violazione del diritto della concorrenza. Nel secondo caso, sono invece domandate diverse forme rimediali che possono includere, fra le altre cose, l'adozione di misure cautelari o il riconoscimento del risarcimento del danno. Tali azioni hanno però una caratteristica comune: esse portano all'applicazione di una sorta di sanzione civilistica in capo all'impresa che ha violato le regole di concorrenza (cfr. A.P. KOMNINOS, *EC Private Antitrust Enforcement. Decentralised Application of EC Competition Law by National Courts*, Oxford/Portland, 2008, spec. 1 secondo cui l'elemento caratteristico del *private antitrust enforcement* è proprio che «*it leads to some sort of civil sanctions against the offenders*»). In ogni caso, il presente lavoro si concentra – quasi – esclusivamente sulle azioni di risarcimento del danno da illecito anticoncorrenziale.

ragionato sia l'esame (i) dell'apporto giurisprudenziale in materia¹⁰, che quello (ii) delle principali disposizioni contenute nella recente direttiva in materia di azioni di risarcimento del danno antitrust¹¹.

2 La repressione (pubblica e privata) delle attività socialmente indesiderate

Ogni politica volta alla repressione di attività socialmente indesiderate (sia questa basata su un modello di *enforcement* pubblico, privato o complementare) si caratterizza per tre funzioni principali¹². Tale struttura si riflette in altrettante categorie di disposizioni che devono essere adottate dal legislatore.

Vi sono innanzitutto le norme che individuano i comportamenti socialmente indesiderati. L'ordinamento è infatti tenuto a regolare il comportamento dei privati incentivando o dissuadendo determinate condotte (anche) in funzione del benessere sociale¹³. La regolazione avviene in particolare per rispondere ai c.d. fallimenti del mercato che si verificano in seguito alle c.d. negoziazioni inefficienti causate a loro volta dai costi di transazione¹⁴. Sono espressione di tale prima funzione le disposizioni che (i) impongono regole di condotta accompagnate da divieti o incentivi¹⁵, (ii) individuano i beni giuridici e gli interessi tutelati, e (iii) precisano il livello di protezione desiderato¹⁶. Tale attività non rientra nella funzione di *enforcement* in senso stretto¹⁷. Le scelte compiute in questa prima fase influenzano però le successive attività di attuazione della normativa. Le tre funzioni devono infatti garantire la coerenza sistematica del modello repressivo. Non devono quindi confliggere le une con le altre. Tale aspetto è di particolare rilevanza in ambito antitrust.

Nella funzione di *enforcement* in senso stretto si registra una seconda distinzione¹⁸. Da un lato, si pongono le regole volte a garantire l'osservanza delle

¹⁰ Su cui v. *infra* il capitolo 2, §§ 3.2, 3.5 e 3.6.

¹¹ Cfr. direttiva n. 2014/104/UE, cit. Anche per ulteriori riferimenti, v. *infra* il capitolo 2, § 3.7.

¹² In argomento, per tutti, v. F. DENOZZA, L. TOFFOLETTI, *Le funzioni delle azioni private nel libro bianco sul risarcimento del danno antitrust: compensazione, deterrenza e coordinamento con l'azione pubblica*, in F. ROSSI DAL POZZO, B. NASCIBENE (a cura di), *Il private enforcement delle norme sulla concorrenza*, Milano, 2009, 101.

¹³ Cfr. P. GIUDICI, *La responsabilità civile nei mercati finanziari*, Milano, 2008, spec. 4 e 7. Si possono invero distinguere due teorie. Da un lato, vi è appunto chi ritiene che la regolazione sia fondata sull'interesse pubblico e quindi volta a massimizzare il benessere sociale o a tutelare le scelte individuali. Dall'altro lato, vi è chi afferma che tale attività sia invece basata sull'interesse privato e sia quindi «volta a soddisfare interessi settoriali dei soggetti regolati o dei regolatori» (cfr., anche per ulteriori riferimenti, F. TIRIO, *Le autorità indipendenti nel sistema misto di enforcement della regolazione*, Torino, 2012, spec. 13-14).

¹⁴ Cfr. P. GIUDICI, *La responsabilità civile*, cit., 17-20.

¹⁵ Infatti, «[l]'attività di indirizzamento può effettuarsi tramite la creazione di disincentivi nella forma di punizioni (sanzioni e tasse [...]) o di incentivi (sussidi, benefici fiscali e altre forme di aiuto)» (cfr. P. GIUDICI, *La responsabilità civile*, cit., 21).

¹⁶ Ad esempio, mediante la scelta del grado dell'elemento soggettivo.

¹⁷ Con tale termine s'intende infatti «usualmente designare quel complesso di meccanismi e strumenti giuridici volti a garantire l'attuazione e l'osservanza della regolazione, ossia la sua effettività» (cfr. F. TIRIO, *Le autorità indipendenti*, cit., 15).

¹⁸ Che riprende e sviluppa il principio secondo cui «[t]he goal of an "enforcement system" is to provide incentives to comply with laws by detecting violations and sanctioning the violators» (cfr. I. SEGAL, M. WHINSTON, *Public vs. Private Enforcement of Antitrust Law: A Survey*, in *European Competition Law Review*, 2007, 306, *ivi*).

regole sostanziali (individuate nella prima fase funzionale) e la gestione del rischio della loro violazione. Ne sono un esempio le norme (i) che regolano i controlli e i meccanismi di rilevamento delle infrazioni, così come quelle (ii) che definiscono l'intensità desiderata di deterrenza dei comportamenti illeciti.

Dall'altro lato, vi sono le disposizioni che regolano le conseguenze di un'eventuale violazione. Fanno parte di tale categoria le norme che (i) disciplinano le sanzioni irrogate ai soggetti inadempienti in ottica retributiva, (ii) individuano altri possibili rimedi alle infrazioni¹⁹, nonché infine quelle che (iii) fissano il compenso dovuto alle eventuali vittime, in ottica correttiva. Si può osservare fin da ora che la deterrenza dei comportamenti illeciti e la compensazione delle vittime appartengono quindi a diversi piani funzionali²⁰.

La prima delle tre funzioni appena menzionate è a matrice prevalentemente pubblicista. La scelta degli interessi e dei beni giuridici che devono essere protetti è infatti meglio realizzata dal legislatore e coincide in sostanza con l'individuazione della *ratio* di una data normativa²¹. Ciò non toglie che anche la fase applicativa può contribuire all'elaborazione e alla chiarezza delle regole. Si ritiene però che pure in tale prospettiva l'azione delle autorità pubbliche sia generalmente superiore al *private enforcement*²².

Le altre due funzioni si possono invece perseguire sia mediante l'azione pubblica che per mezzo di quella privata. Il *private enforcement* è meglio strutturato per raggiungere taluni degli obiettivi sopra ricordati²³. Per perseguire altri risultati sono invece più opportuni gli strumenti offerti dal *public enforcement*²⁴. In altri casi ancora la soluzione ottimale è l'uso complementare dell'azione pubblica e privata. Su tali questioni si tornerà ovviamente in seguito con specifico riguardo all'applicazione delle regole antitrust. Per il momento è però opportuno tralasciare tale distinzione.

3 La repressione delle condotte anticoncorrenziali. Il primo piano funzionale e le (molteplici) finalità della politica antitrust

¹⁹ Nella prospettiva del diritto antitrust si pensi ad esempio ai rimedi strutturali o comportamentali.

²⁰ Cosicché «molte delle discussioni sulla funzione della responsabilità civile», e in particolare quella «sul rapporto tra funzione deterrente e funzione compensatoria dell'azione di risarcimento del danno», «possono apparire inutili o comunque male impostate», atteso che il rapporto tra le due «non va collocato sul piano di un'alternativa radicale di valori, ma [piuttosto] sul piano delle interferenze» (cfr. F. DENOZZA, L. TOFFOLETTI, *Le funzioni delle azioni private*, cit., 103-104).

²¹ In effetti, «[d]ietro ogni norma c'è un insieme di valutazioni che si sostanziano nell'individuazione di un fascio di interessi la cui protezione è la ragione della norma. È quella che in genere viene chiamata la «ratio» della norma, cui corrisponde un qualcosa di più o meno vagamente intuibile che in questo contesto potremmo chiamare il «bene giuridico» la cui tutela è lo «scopo» della norma» (cfr. F. DENOZZA, A. TOFFOLETTI, *Contro l'utilizzazione dell'«approccio economico» nell'interpretazione del diritto antitrust*, in *Mercato Concorrenza Regole*, 2006, 563, spec. 565).

²² Con specifico riferimento alla disciplina della concorrenza, v. ad esempio W.P.J. WILS, *The relationship between public antitrust enforcement and private actions for damages*, in *Concurrences*, 2007, 1, spec. 2.

²³ E in primo luogo per garantire l'effettiva compensazione delle vittime nell'ottica della c.d. giustizia correttiva.

²⁴ E in particolare per punire i soggetti autori di un'infrazione, nella prospettiva della c.d. giustizia retributiva.

La tripartizione funzionale di cui sopra vale anche per la politica di concorrenza²⁵. Anche in questo settore si hanno dunque regole volte a (i) individuare le condotte illecite (*rectius*, anticoncorrenziali), a (ii) gestirne il rischio di violazione, e a (iii) regolare le eventuali conseguenze.

Nell'ordinamento dell'Unione, la prima funzione si riflette negli artt. 101 e 102 TFUE²⁶ e in taluni regolamenti di esenzione o di settore. La seconda e la terza

²⁵ In effetti «the enforcement of antitrust prohibitions such as [art. 101 and 102 TFEU] involves three tasks: [...] clarifying and developing the content of the prohibitions, [...] preventing violations of these prohibitions, in particular through deterrence and punishment, and [...] dealing with the consequences when violations have nevertheless happened, in particular by providing compensation to achieve corrective justice» (cfr. W.P.J. WILS, *The relationship*, cit. 2).

²⁶ La letteratura in materia è letteralmente sterminata, e la sua ricognizione esula dalle finalità del presente lavoro. Oltre ai contributi di volta in volta citati nel testo, fra le opere più significative, ma senza alcuna pretesa di esaustività, v. allora, in prospettiva generale, E. CANNIZZARO, L.F. PACE, *Le politiche di concorrenza*, in G. STROZZI (a cura di), *Diritto dell'Unione europea. Parte speciale*, Torino, 2015, 322; R. WHISH, D. BAILEY, *Competition Law*, Oxford-New York, 2015; A. JONES, B. SUFRIN, *EU Competition Law. Text, Cases, and Materials*, Oxford-New York, 2014; L. PEEPKORN, V. VEROUDEN, *The Economics of Competition*, in J. FAULL, A. NIKPAY (eds.), *The EU Law of Competition*, Oxford, 2014, 3; C. BELLAMY, G. CHILD, *European Union Law of Competition*, Oxford, 2013; D. GERADIN, I. LIANOS (eds.), *Research Handbook on European Competition Law*, Cheltenham, 2013; P.J. SLOT, A. JOHNSTON, *An Introduction to Competition Law*, Oxford, 2013; A. FRIGNANI, S. BARIATTI (a cura di), *Disciplina della concorrenza nella UE*, Padova, 2013; D. GERADIN, A. LAYNE-FARRAR, N. PETIT, *EU Competition Law and Economics*, Oxford, 2012; S. BASTIANON, *Diritto antitrust dell'Unione europea*, Milano, 2011; S. BISHOP, M. WALKER, *The Economics of EC Competition Law: Concepts, Application and Measurement*, Londra, 2010; P. FATTORI, M. TODINO, *La disciplina della concorrenza in Italia*, Bologna, 2010; J. DREXL, L. IDOT, J. MONÉGER (eds.), *Economic Theory and Competition Law*, Cheltenham, 2009; M. DE VITA, *Il diritto della concorrenza nella giurisprudenza*, Torino, 2009; J. GOYDER, A. ALBORS LLORENS, *EC Competition Law*, Oxford, 2009; I. VAN BAELE, J.F. BELLIS, *Il diritto comunitario della concorrenza*, Torino, 2009; G. AMATO, C.D. EHLERMANN, *EC Competition Law. A Critical Assessment*, Oxford, 2007; R. CAIAZZO, *Antitrust. Profili giuridici*, Milano, 2007; V. KORAH, *An Introduction Guide to EC Competition Law and Practice*, Oxford-Portland, 2007; C. OSTI, *Diritto della concorrenza*, Bologna, 2007; A. PAPPALARDO, *Il diritto comunitario della concorrenza*, Torino, 2007; A. FRIGNANI, R. PARDOLESI, *La concorrenza*, Torino, 2006; F. MUNARI, *Le regole di concorrenza nel sistema del Trattato*, in A. TIZZANO (a cura di), *Il diritto privato dell'Unione europea*, in M. BESSONE (diretto da), *Trattato di diritto privato dell'Unione europea*, Torino, 2006, 1451; L. PROSPERETTI, M. SIRAGUSA, M. BERETTA, M. MERINI, *Economia e diritto antitrust*, Roma, 2006; A.M. CALAMIA, *La nuova disciplina della concorrenza nel diritto comunitario*, 2004; E. MOAVERO MILANESI, *Diritto della concorrenza dell'Unione europea*, Napoli, 2004; M. MOTTA, *Competition Policy*, Cambridge, 2004; G.L. TOSATO, L. BELLODI (a cura di), *Il nuovo diritto europeo della concorrenza*, Milano, 2004; P. MANZINI, *L'esclusione della concorrenza nel diritto antitrust comunitario*, Milano, 1994; F. MUNARI, *Il diritto comunitario antitrust nel commercio internazionale: il caso dei trasporti marittimi*, Padova, 1993. Con specifico riferimento all'art. 101 TFUE, v. invece F. AMATO, *Art. 101 TFUE*, in A. TIZZANO (a cura di), *Trattati dell'Unione europea*, Milano, 2014, 1019; M.T. D'ALESSIO, *Art. 101 TFUE*, in POCAR F., BARUFFI M.C. (a cura di), *Commentario breve ai Trattati dell'Unione europea*, Milano, 2014, 748; J. FAULL, L. KJØLBYE, H. LEUPOLD, A. NIKPAY, *Article 101*, in J. FAULL, A. NIKPAY (eds.), *The EU Law of Competition*, cit., 183; M. BENNET, F.E. GONZALEZ DIAZ, H. LEUPOLD, A. VERNET, D. WOODS, *Horizontal Cooperation Agreements*, in J. FAULL, A. NIKPAY (eds.), *The EU Law of Competition*, cit., 883; A. COLOMBANI, J. KLOUB, E. SAKKERS, *Cartels*, in J. FAULL, A. NIKPAY (eds.), *The EU Law of Competition*, cit., 1023; A. GURIN, L. PEEPERKORN, *Vertical Agreements*, in J. FAULL, A. NIKPAY (eds.), *The EU Law of Competition*, cit., 1363; M. D'OSTUNI, *Il concetto d'intesa*, in L.F. PACE (a cura di), *Dizionario sistematico del diritto della concorrenza*, Napoli, 2013, 69; D. BAILEY, *Restrictions of Competition by Object under Article 101 TFEU*, in *Common Market Law Review*, 2012, 559; D. GULLO, *Art. 101 TFUE*, in C. CURTI GIALDINO (diretto da), *Codice dell'Unione europea*, 2012, Napoli, 990; B. VAN ROMPUY, *Economic efficiency: the sole concern of modern antitrust policy? Non-efficiency considerations under article 101 TFEU*, *Alphen aan den Rijn*, 2012; A. JONES, *Left Behind by Modernization? Restrictions by Object under Article 101(1)*, in *Antitrust Bulletin*, 2010, 55; P. SABA, M. BOCCACCIO, G. MANGIONE, *Art. 101 TFUE*, in A. CATRICALÀ (a cura di), *Codice commentato della concorrenza e del mercato*, Torino, 2010, 5; A. JONES, *Resale Price Maintenance: A Debate About Competition Policy in Europe*, in *European Competition Journal*, 2009, 425; P. MANZINI, *La collusione tra imprese nella disciplina antitrust comunitaria*, in *Diritto del Commercio internazionale*, 2009, 821; C. TOWNLEY, *Article 81 EC and Public Policy*, Oxford, 2009; M. SIRAGUSA, C. RIZZA (eds.), *EU Competition Law: Cartel Law*, Leuven, 2007; F. MUNARI, *Le intese restrittive della concorrenza*, in TIZZANO A. (a cura di), *Il diritto privato dell'Unione europea*, cit., 1469; O. ODUDU, *The Boundaries of EC Competition Law: The Scope of Article 81*, Oxford,

funzione trovano invece espressione nei regolamenti di applicazione degli articoli citati²⁷, così come nella recente direttiva in materia di danni da illecito antitrust²⁸. Ciascuno degli aspetti menzionati è inoltre “regolato” da diversi provvedimenti di c.d. diritto soffice²⁹.

2006; O. BLACK, *What is an Agreement?*, in *European Law Review*, 2003, 504; G. MONTI, *Article 81 EC and public policy*, in *Common Market Law Review*, 2002, 1057. Con specifico riferimento all'art. 102 TFUE, v. infine R. NAZZINI, *Google and the (Ever-stretching) Boundaries of Article 102 TFUE*, in *Journal of European Competition Law & Practice*, 2015, 301; R. SUBIOTTO QC, D.R. LITTLE, R. LEPETSKA, *The Application of Article 102 TFEU by the European Commission and the European Courts*, in *Journal of European Competition Law & Practice*, 2015, 27; F. AMATO, *Art. 102 TFUE*, in A. TIZZANO (a cura di), *Trattati dell'Unione europea*, cit., 1050; M.T. D'ALESSIO, *Art. 102 TUE*, in POCAR F., BARUFFI M.C. (a cura di), *Commentario breve ai Trattati dell'Unione europea*, cit., 792; M. DE LA MANO, R. NAZZINI, H. ZENGER, *Article 102*, in J. FAULL, A. NIKPAY (eds.), *The EU Law of Competition*, cit., 329; G. BRUZZONE, *L'abuso di posizione dominante*, in L.F. PACE (a cura di), *Dizionario sistematico*, cit., 95; P. AKMAN, *The Concept of Abuse in EU Competition Law*, Oxford, 2012; V. CAPUANO, *Abuso di posizione dominante e proprietà intellettuale nel diritto dell'Unione Europea*, Napoli, 2012; B. GENCARELLI, *Art. 102 TFUE*, in C. CURTI GIALDINO (diretto da), *Codice dell'Unione europea*, 2012, Napoli, 1011; L. ORTIZ BLANCO, *Market Power in EU Antitrust Law*, Oxford, 2012; R. NAZZINI, *The Foundations of European Union Competition Law. The Objectives and principles of Article 102*, Oxford, 2011; L.F. PACE (ed.), *European competition law: the impact of the Commission's guidance on Article 102*, Cheltenham, 2011; F. ETRO, I. KOKKORIS (eds.), *Competition law and the enforcement of Article 102*, Oxford, 2010; A. HEIMLER, G. BRUZZONE, *Art. 102 TFUE*, in A. CATRICALÀ (a cura di), *Codice commentato della concorrenza e del mercato*, cit., 78; L. LOVDHAL GORMSEN, *A Principled Approach to Abuse of Dominance in European Competition Law*, Cambridge, 2010; E. ROUSSEVA, *Rethinking Exclusionary Abuses in EU Competition Law*, Oxford, 2010; A. EZRAHI (ed.), *Article 82 EC: Reflections on its Recent Evolution*, Oxford, 2009; P. AKMAN, *Searching for the Long-Lost Soul of Article 82*, in *Oxford Journal of Legal Studies*, 2009, 267; C.D. EHLERMANN; A.I. ATANASIU (eds.), *European Competition Law Annual 2003: What is Abuse of a Dominant Position?*, Oxford-Portland, 2006; G. MONTI, *The Concept of Dominance in Article 82*, in *European Competition Journal*, 2006, 31; F. MUNARI, *Lo sfruttamento abusivo di posizione dominante detenuta sul mercato*, in TIZZANO A. (a cura di), *Il diritto privato dell'Unione europea*, cit., 1506; R. O'DONOGHUE, J. PADILLA, *The Law and Economics of Article 82*, New York, 2006; R. EILMASBERGER, *How to distinguish good from bad competition under article 82 EC: in search of clearer and more coherent standards for anti-competitive abuses*, in *Common Market Law Review*, 2005, 129; F. MARABINI, *L'abuso di posizione dominante nella giurisprudenza comunitaria*, Torino, 2004; J.P. AZEVEDO, M. WALKER, *Dominance: meaning and measurement*, in *European Competition Law Review*, 2002, 363; S. BASTIANON, *L'abuso di posizione dominante*, Milano, 2001; C. RIZZA, *La posizione dominante collettiva nella giurisprudenza comunitaria*, in *Concorrenza e Mercato*, 2000, 509; V. MELI, *Lo sfruttamento abusivo di posizione dominante mediante imposizione di prezzi non equi*, Milano 1989; C.W. BADEN FULLER, *Article 86 EEC: Economic Analysis of the Existence of a Dominant Position*, in *European Law Review*, 1979, 481; J. TEMPLE LANG, *Monopolisation and the Definition of "Abuse" of a Dominant Position under Article 86*, in *Common Market Law Review*, 1979, 345.

²⁷ Ossia, il reg. (CE) n. 1/2003, cit., il reg. (CE) n. 773/2004, cit., il reg. (CE) n. 622/2008, cit., oltre a un numero piuttosto elevato di strumenti di c.d. *soft law*.

²⁸ Cfr. dir. n. 2014/104/UE, cit.

²⁹ Con riferimento alla prospettiva del risarcimento del danno, v. ad esempio la Comunicazione sulla quantificazione del danno rivolta ai giudici nazionali (cfr. la Comunicazione della Commissione dell'11 giugno 2013, *relativa alla quantificazione del danno nelle azioni di risarcimento fondate sulla violazione dell'articolo 101 o 102 del trattato sul funzionamento dell'Unione europea*, COM(2013) 3440 def., in GU C, n. 167, del 13 giugno 2013, a sua volta accompagnata da una *Guida pratica*, SWD(2013) 203 def.), e la Raccomandazione in tema di azioni collettive non solo in ambito antitrust (cfr. Raccomandazione della Commissione dell'11 giugno 2013, *relativa a principi comuni per i meccanismi di ricorso collettivo di natura inibitoria e risarcitoria negli Stati membri che riguardano violazioni di diritti conferiti dalle norme dell'Unione*, 2013/396/UE, in GU L, n. 201, del 26 luglio 2013, 60) Su quest'ultimo argomento, senza pretesa di esaustività, v. S. KESKE, *Collective Redress – (Too) Great Expectations?*, in F. CISOTTA, M. MARQUIS (eds.) *Litigation and Arbitration in EU Competition Law*, Cheltenham, 2015, 47; J. ZYGIMANTAS, *The future of collective antitrust redress: is something new under the sun?*, in *Global competition litigation review*, 2015, 14; A. ANDREANGELI, *Private enforcement of antitrust: regulating corporate behaviour through collective claims in the EU and US*, Cheltenham, 2014; B. SCHARAW, *Commission proposal for a directive on antitrust damages and recommendation on principles for collective redress: the road towards "private antitrust enforcement" in the European Union?*, in *European Competition Law Review*, 2014, 352; P. BUCCIROSSI, *Is it time for the European Union to legislate in the field of collective redress in antitrust (and how)?*, in *Journal of European Competition Law & Practice*, 2013, 3; V. MARZUILLO, *Azione risarcitoria di classe italiana ed effettività della tutela del consumatore contro le violazioni del diritto antitrust nazionale e dell'Unione europea*, in G.

Si tratta ovviamente di una prima approssimazione e su tali argomenti si tornerà in seguito. In via preliminare si deve tuttavia evidenziare la stretta correlazione che, in materia antitrust, intercorre fra le prime due funzioni. Gli obiettivi della politica di concorrenza sono infatti connessi alle regole che ne guidano l'applicazione pratica, e in particolare a quelle che disciplinano l'accertamento delle infrazioni, da un legame indissolubile³⁰.

La questione è rilevante proprio perché non vi è accordo in merito alle finalità economiche e sociali della politica antitrust. Il disaccordo si riflette sull'interpretazione delle regole giuridiche in cui tale politica viene esplicitata, e in particolare sull'individuazione degli interessi e dei beni giuridici che queste devono proteggere. Le strategie di *enforcement* (pubblico e privato) risentono a loro volta di tali indecisioni. Da un punto di vista pratico, la questione riguarda ad esempio le modalità di identificazione e accertamento delle violazioni³¹, così come il regime dell'onere della prova³². In prospettiva più teorica, ne derivano approcci differenti circa il livello di *enforcement* ritenuto ottimale e il valore attribuito alle funzioni deterrente e compensativa.

Le cause dell'incertezza vanno ricercate nella natura politico-economica della teoria antitrust³³. Ciò determina la formulazione vaga e indeterminata³⁴ delle regole giuridiche mediante cui quest'ultima è introdotta negli ordinamenti. La disciplina della concorrenza è infatti costruita attorno a concetti giuridici indeterminati, mutuati per

TESAURO (a cura di), *Concorrenza ed effettività della tutela giurisdizionale tra ordinamento dell'Unione europea e ordinamento italiano*, Napoli, 2013, 283; B. NASCIBENE, *Interaction between leniency programmes and damages actions in antitrust law: perspectives for collective redress*, in *World competition*, 2013, 269; B. NASCIBENE, *L'interazione tra programmi di clemenza e azione di risarcimento nel diritto antitrust comunitario: prospettive in tema di "collective redress"*, in *Diritto dell'Unione europea*, 2012, 731; G. AFFERNI, *Azione di classe e danno antitrust*, in *Mercato concorrenza regole*, 2010, 491; G. FIENGO, *Tutela antitrust del consumatore: il Libro bianco della Commissione europea e l'azione di classe italiana a confronto*, in *Diritto dell'Unione Europea*, 2010, 357; A. SANTA MARIA, *L'azione collettiva risarcitoria conseguente a comportamenti anticoncorrenziali fra libro bianco e legge italiana*, in B. NASCIBENE, F. ROSSI DAL POZZO (a cura di), *Il private enforcement*, cit., 75; M. SCUFFI, *Tutela antitrust del consumatore e azione di classe*, in *Diritto industriale*, 2009, 341.

³⁰ Si afferma infatti che «[l]a questione dell'accertamento collassa [...] nella questione della ratio delle norme» (cfr. F. DENOZZA, A. TOFFOLETTO, *Contro l'utilizzazione dell'«approccio economico»*, cit., 568). In altri termini, si osserva che «*competition law deserves a debate, not only at the academic level, on what the objectives are that the system of European competition law strives to achieve. It shall be argued that the discussion is not merely a theoretical one. Policy objectives have a real impact in the design of competition policy and in the daily application and enforcement of competition provisions*» (cfr. L. PARRET, *Do we (still) know what we are protecting?*, TILEC Discussion Paper 2009-010, spec. 3).

³¹ Cfr. G. BRUZZONE, M. BOCCACCIO, *Identifying Infringements of Competition Rules: The Role of Economic and Legal Thinking*, in E.A. RAFFAELLI (a cura di), *Antitrust tra diritto nazionale e diritto dei consumatori*, Milano, 2009.

³² Cfr. A. PERA, V. AURICCHIO, *Consumer Welfare, Standard of Proof and the Objectives of Competition Policy*, in *European Competition Journal*, 2005, 153.

³³ Da un lato, «*competition rules concern a subject which has profound social and political implications: the functioning of the market, the institution which allows voluntary exchange among equals pursuant to the law*»; dall'altro lato, «*[a]nother peculiar characteristic of antitrust laws is that they directly concern an economic concept: competition in the markets*» (cfr. A. PERA, *Changing Views of Competition, Economic Analysis and EC Antitrust Law*, in *European Competition Journal*, 2008, 127, spec. 129 e 131). Sul punto v. anche G. MONTI, *EC Competition law*, Cambridge, 2007, spec. 4.

³⁴ O «*impalpabile*», per riprendere un'espressione utilizzata da R. PARDOLESI, *Analisi economica e diritto antitrust*, in P. BARUCCI, C. RABITTI BEDOGNI (a cura di), *Vent'anni di antitrust. L'evoluzione dell'autorità garante della concorrenza e del mercato*, Torino, 2010, 124). In argomento, fra i molti, v. I. EHRLICH, R.A. POSNER, *An Economic Analysis of Legal Rulemaking*, in *Journal of Legal Studies*, 1974, 257; L. KAPLOW, *Rules versus Standards*, in *Duke Law Journal*, 1992, 557.

l'appunto dalle scienze politico-economiche. Gli artt. 101 e 102 TFUE non fanno eccezione a tale regola³⁵. Da un lato, si complica così l'esercizio del sindacato giurisdizionale sulle decisioni emesse dalle autorità pubbliche³⁶. Dall'altro lato, e soprattutto, ciò aumenta le incertezze circa le finalità stesse della disciplina in discussione. L'indeterminatezza delle regole ne permette infatti svariate interpretazioni³⁷. Le soluzioni offerte dalle scuole di pensiero economico sono dunque piuttosto eterogenee e variabili nel tempo³⁸.

³⁵ In effetti, tali disposizioni, «like sections 1 and 2 of the Sherman Act, contain only generally worded standards» (cfr. W.P.J. WILS, *Efficiency and Justice in European Antitrust Enforcement*, Oxford/Portland, 2008, spec. 50). Con particolare riferimento all'art. 101(3) TFUE, si ritiene che questo «does not only require careful determination of often highly complex economic facts, but this paragraph also demands the delicate balancing and weighting of different, possibly, elements of arguments for and against a restrictive agreement», così lasciando «a relatively large amount of room for discretionary decision making» (cfr. C.D. EHLERMANN, *The modernization of EC Antitrust Policy: a Legal and Cultural Revolution*, in *Common Market Law Review*, 2000, 537, spec. 537-538).

³⁶ Sui limiti del sindacato giurisdizionale in materia antitrust, v., fra i molti, e senza alcuna pretesa di esaustività, A. GEULETTE, *Evaluation of Evidence by the European Courts in Competition Cases*, in F. CISOTTA, M. MARQUIS (eds.) *Litigation and Arbitration*, cit., 105; F. MUNARI, *Judicial assessment of anticompetitive behaviour in Italy*, in F. CISOTTA, M. MARQUIS (eds.) *Litigation and Arbitration*, cit., 159; R. NAZZINI, *The Evolution of the 'Full Jurisdiction' of the Union Courts in Article 101 and 102 Matters*, in F. CISOTTA, M. MARQUIS (eds.) *Litigation and Arbitration*, cit., 123; M. SOUSA FERRO, *Judicial Review: Do European Courts Care about Market Definition?*, in *Journal of European Competition Law & Practice*, 2015, 400; P.I. COLOMO, *The Law on Abuses of Dominance and the System of Judicial Remedies*, in *Yearbook of European Law*, 2013, 389; G. GATTINARA, *La tutela giurisdizionale contro gli atti della Commissione in materia antitrust*, in L.F. PACE (a cura di), *Dizionario sistematico*, cit., 429; A. LEONI, *La tutela giurisdizionale contro gli atti dell'AGCM in materia antitrust*, in L.F. PACE (a cura di), *Dizionario sistematico*, cit., 419; R. MASTROIANNI, *Poteri e competenze del giudice amministrativo in materia di concorrenza alla luce dei principi dell'Unione europea*, in G. TESAURO (a cura di), *Concorrenza ed effettività della tutela giurisdizionale*, cit., 291; M. SIRAGUSA, C. RIZZA, *Violazione delle norme antitrust, sindacato giurisdizionale sull'esercizio del potere sanzionatorio da parte dell'autorità di concorrenza e diritto fondamentale a un equo processo: lo "stato dell'arte" dopo le sentenze Menarini, KME e Posten Norge*, in *Giurisprudenza commerciale*, 2013, 408; M. SIRAGUSA, C. RIZZA, *Decisioni sanzionatorie adottate dalla Commissione europea in caso di violazione delle regole di concorrenza ed effettività della tutela giurisdizionale dinanzi al giudice UE*, in G. TESAURO (a cura di), *Concorrenza ed effettività della tutela giurisdizionale*, cit., 79; D. GERARDIN, N. PETIT, *Judicial Review in European Union Competition Law: A Quantitative and Qualitative Assessment*, in J. DERENNE, M. MEROLA (eds.), *The Role of the Court of Justice of the European Union in Competition Law Cases*, Bruxelles, 2012, 21; C.D. EHLERMANN, M. MARQUIS (eds.), *European Competition Law Annual 2009: The Evaluation of Evidence and its Judicial Review in Competition Cases*, Oxford-Portland, 2011; M. JAEGER, *The standard of review in competition cases involving complex economic assessments: towards the marginalisation of the marginal review?*, in *Journal of European Competition Law & Practice*, 2011, 295; R. NAZZINI, *Administrative Enforcement, Judicial Review and Fundamental Rights in EU Competition Law: A Comparative Contextual-Functionalist Perspective*, in *Common Market Law Review*, 2012, 971; G. BRUZZONE, A. SAIJA, *Non varcare quella soglia? Limiti al controllo del giudice sulle decisioni antitrust nell'era della modernizzazione e dell'approccio economico*, in *Mercato Concorrenza Regole*, 2010, 7; P.I. COLOMO, J.Y. ART, *Judicial review in Article 102*, in F. ETRO, I. KOKKORIS (eds.), *Competition Law and the Enforcement of Article 102*, Oxford, 2010, 99; E. GIPPINI FOURNIER, *The elusive standard of proof in EU competition cases*, in *World Competition*, 2010, 187; R. CARANTA, *Il sindacato giurisdizionale sugli atti dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato*, in E. FERRARI, M. RAMAJOLI, M. SICA (a cura di), *Il ruolo del giudice di fronte alle decisioni amministrative per il funzionamento dei mercati*, Torino, 2006, 245; D. GERARDIN, N. PETIT, *Diritto della concorrenza e ricorsi per annullamento nell'era della post-modernizzazione*, in E. FERRARI, M. RAMAJOLI, M. SICA (a cura di), *Il ruolo del giudice*, cit., 31; D. BAILEY, *Scope of judicial review under Article 81 EC*, in *Common Market Law Review*, 2004, 1327.

³⁷ Con riferimento all'ordinamento dell'Unione, si precisa infatti che «[i]l Trattato non specifica [...] cosa si intenda per concorrenza non falsata. Per questo motivo, la determinazione del concetto di "concorrenza non falsata", quindi la determinazione della finalità del diritto antitrust CE, è rimessa alla discrezionalità della Commissione [...] salvo il successivo controllo giurisdizionale comunitario» (cfr. L.F. PACE, *Diritto europeo della concorrenza*, Padova, 2007, spec. 40).

³⁸ L'uso di termini vaghi e indeterminati infatti «allows the content of the prohibitions to evolve over time, following the development of economic opinion, and the fluctuations of political or societal preferences as to the bounds of legitimate private and public powers» (cfr. P.J. WILS, *The relationship*, cit., 3). Sul punto v. anche G. MONTI, *EC Competition law*, cit., 3).

Si può innanzitutto ritenere che il diritto antitrust protegga il processo concorrenziale. Tale impostazione è seguita dalla c.d. scuola di Friburgo (o scuola Ordoliberal). Il presupposto è che il diritto della concorrenza fornisce le regole del gioco per la corretta competizione delle imprese che operano in un dato mercato. La normativa antitrust deve dunque essere rispettata, e fatta rispettare, a prescindere da ogni valutazione circa gli effetti economici che derivano dalla sua applicazione. La libera concorrenza non rappresenta infatti l'obiettivo finale della politica antitrust ma è piuttosto uno strumento necessario a garantire la tutela di altri valori. La protezione del processo concorrenziale permette ad esempio di salvaguardare (i) l'esercizio delle libertà economiche fondamentali degli operatori economici, e (ii) la libertà di scelta dei consumatori³⁹.

La tutela di detti valori fondamentali giustifica dunque l'applicazione (pubblica e privata) delle regole antitrust anche laddove ne derivino effetti economici negativi⁴⁰. Le regole di concorrenza sono in altri termini applicate secondo un approccio formale. L'idea alla base di tale prospettiva è piuttosto semplice. L'esperienza suggerisce che determinate fattispecie possono distorcere il processo concorrenziale e così pregiudicare i valori sopra menzionati. L'ipotesi principale è quella dell'eccessiva concentrazione del potere di mercato. Tale condizione ha infatti effetti negativi sulla libertà economica dei consumatori e delle imprese concorrenti. La legislazione codifica tale esperienza e detta le regole per impedire che la distorsione si verifichi. Ne consegue che le fattispecie che rientrano nel dettato formale delle regole antitrust sono illegittime senza che occorra valutarne gli effetti economici⁴¹.

Quest'ultima considerazione permette di passare all'esame delle altre principali linee di pensiero circa le finalità del diritto della concorrenza. La differenza più significativa è infatti rappresentata dalla diversa importanza attribuita alla prospettiva economica. Secondo tale impostazione il diritto della concorrenza non intende proteggere le libertà economiche degli individui ma piuttosto garantire l'efficienza del mercato. Di tale concetto si possono peraltro dare varie interpretazioni. Non esiste infatti un'unica nozione di efficienza. Nella scienza economica se ne individuano piuttosto almeno tre categorie: la c.d. efficienza allocativa, produttiva e

³⁹ In altri termini, per la scuola Ordoliberal il fine della politica di concorrenza «lies in the protection of individual economic freedom of action as a value itself, or vice versa, in the restraint of undue economic powers» (cfr. W. MÖSCHEL, *Competition Policy from an Ordo Point of View*, in A. PEACOCK, H. WILLGERODT (eds.), *German Neo-liberals and the Social Market Economy*, Londra, 1989, 142, spec. 147).

⁴⁰ Anche per tale ragione «[o]ne of the critical remarks on the Freiburg School is that it represents only a model of thought and does not dispose of an analytical model» che permetta «proper economic analyses in order to achieve for the consumers the maximum benefit out of the competition rules» (cfr. D. HILDEBRAND, *The European School in EC Competition Law*, in *World Competition*, 2002, 3, spec. 3-4). Ciò è del resto in linea con il fatto che «[o]rdoliberalism is not a just school of competition or economic theory but an entire political and economic philosophy» (cfr. A. JONES, B. SUFRIN, *EU Competition Law*, cit., 33).

⁴¹ Anche perché «[e]conomic efficiency as a generic term for growth, for the encouragement and development of technical progress and for allocative efficiency, is but an indirect and derived goal» rispetto alla protezione delle libertà fondamentali e del processo competitivo, tanto che «[i]t results generally from the realisation of individual freedom of action in a market system» (cfr. W. MÖSCHEL, *Competition Policy*, cit., 147).

dinamica⁴². Tutte e tre le nozioni sono rilevanti dal punto di vista del diritto della concorrenza. Ciascuna di esse può portare a interpretazioni configgenti delle regole antitrust⁴³.

A prescindere da tale considerazione, un primo approccio “economico” si concentra sulla struttura dei mercati quale presupposto per migliorarne l’efficienza. L’assunto è che l’organizzazione del mercato influenza il comportamento delle imprese che vi operano. Le condotte degli operatori economici determinano a loro volta la performance economica del mercato stesso. Vi è quindi un nesso diretto fra struttura ed efficienza⁴⁴. A tale conclusione arriva la c.d. scuola di Harvard prendendo a riferimento della propria indagine le due ipotesi estreme di organizzazione dei mercati (il monopolio e la c.d. concorrenza perfetta) nella loro versione più realistica (concorrenza monopolistica e oligopolio)⁴⁵. Le imprese che hanno potere di mercato (unilaterale o collettivo⁴⁶) sono incentivate ad adottare comportamenti inefficienti per trarre vantaggio dalla posizione dominante⁴⁷. Le condotte delle imprese sono invece più efficienti nei mercati concorrenziali. L’obiettivo principale della politica antitrust diviene quindi quello di evitare l’eccessiva concentrazione dei mercati.

La finalità proposta dalla scuola di Harvard è pertanto simile a quella immaginata dalla scuola Ordoliberal. La tutela della struttura del mercato e quella del processo competitivo si basano infatti su un obiettivo comune. Entrambe vogliono

⁴² In estrema sintesi, l’efficienza allocativa affronta la questione del trasferimento delle risorse dai soggetti in surplus a quelli in deficit. Tale efficienza si raggiunge pertanto quando il meccanismo dei prezzi fa sì che le risorse siano nella disponibilità dei soggetti capaci di darne la massima valorizzazione. L’efficienza produttiva si interroga invece sul rapporto fra input e output utilizzati da una determinata impresa, e cioè sul rapporto fra le risorse utilizzate e i beni prodotti. La nozione si pone dunque in una prospettiva più ristretta rispetto a quella dell’efficienza allocativa e si raggiunge quando determinate economie di scala permettono di produrre una data quantità di output impiegando la minor quantità possibile di input. È quindi efficiente l’impresa che utilizza risorse il cui prezzo è inferiore a quello utilizzato da altre imprese per la produzione della stessa quantità di beni. Sia l’efficienza allocativa che quella produttiva sono nozioni statiche. Fotografano cioè la situazione di una data impresa o di un determinato mercato in un singolo momento storico. A tale staticità si contrappone la visione immaginata dalla c.d. efficienza dinamica. Quest’ultima concerne infatti la capacità di innovare e sviluppare nuove tecnologie sia dal punto di vista della singola impresa che da quello di interi settori produttivi.

⁴³ Cfr. ad esempio R.J. VAN DEN BERGH, P.D. CAMESASCA, *European Competition Law and Economics: A Comparative Perspective*, Londra, 2006, spec. 29.

⁴⁴ La scuola di Harvard è quindi basata su un approccio economico al diritto antitrust: «*col suo paradigma da struttura cogente nei riguardi della condotta e, a spiovere, della prestazione e con la sua inclinazione ad invocare processi di deconcentrazione, [essa] esprimeva un’impostazione di chiara impronta economica, con evidenti ricadute sul piano pratico dell’enforcement*» (cfr. R. PARDOLESI, *Analisi economica e diritto antitrust*, cit., 123).

⁴⁵ Il riferimento è alla nozione della c.d. *workable competition*, intesa come «*the most desirable form of competition, selected from those that are practically possible, within the limits set by conditions which we cannot escape*» (cfr. J.M. CLARKE, *Toward a concept of workable competition*, in *American Economic Review*, 1940, 241, spec. 242).

⁴⁶ Va ricordato che «*le imprese partecipanti ad un’intesa cercano di comportarsi come un monopolista collettivo, massimizzando il loro prodotto congiunto*» (cfr. L. PROSPERETTI, *Prova e valutazione del danno antitrust. Una prospettiva economica*, in *Mercato Concorrenza Regole*, 2008, 527, spec. 531).

⁴⁷ In sintesi, le situazioni di monopolio (individuale o collettivo) determinano fra l’altro (i) lo sfruttamento dei consumatori, mediante la restrizione della produzione e l’aumento dei prezzi, (ii) il verificarsi di un danno sociale irrecuperabile, mediante la mancata realizzazione di determinate transazioni (c.d. *deadweight loss*), (iii) un pregiudizio alla c.d. efficienza dinamica, poiché le imprese monopoliste hanno meno incentivi all’innovazione tecnologica (in argomento, anche per ulteriori riferimenti, cfr. H.R. VARIAN, *Intermediate Microeconomic. A Modern Approach*, New York-Londra, 2003, spec. 425).

un mercato popolato dal maggior numero possibile di operatori economici. L'obiettivo comune si traduce in un approccio favorevole alle piccole e medie imprese e a un mercato strutturato in modo aperto⁴⁸. La *ratio* è però completamente differente: la prima avversa il potere di mercato perché lo considera inefficiente dal punto di vista economico⁴⁹; la seconda perché lo ritiene una minaccia alle libertà economiche individuali⁵⁰.

L'efficienza economica ha un ruolo ancora più determinate nell'impostazione microeconomica seguita dalla c.d. scuola di Chicago⁵¹. Da un lato, tale linea di pensiero minimizza la rilevanza del nesso tra efficienza e struttura dei mercati proposto dalla scuola di Harvard. Dall'altro lato, essa critica l'approccio formalistico della scuola Ordoliberal. Ne deriva una teoria della concorrenza che si fonda esclusivamente sul c.d. approccio economico⁵², il cui pilastro è rappresentato dall'analisi degli effetti delle condotte delle imprese sul grado di efficienza dei mercati e sul livello di benessere. Efficienza e benessere sono infatti gli unici obiettivi cui deve essere finalizzata la politica antitrust⁵³. Nessuna condotta può essere censurata se non pregiudica tali parametri. Ciò è vero anche con riguardo alle operazioni che comportano la concentrazione del potere di mercato⁵⁴. In tal modo si possono infatti

⁴⁸ Anche per tale ragione, l'espressione approccio strutturale è utilizzata nel prosieguo del presente lavoro con riferimento a entrambe le scuole di pensiero.

⁴⁹ La scuola di Harvard persegue infatti «*economic aims like distribution equity, consumer sovereignty, optimal factor allocation, adaptation flexibility, technological progress, decentralisation of power as well as meta-economics aims*» (cfr. D. HILDEBRAND, *The European School*, cit., 3). Tanto che «*[e]conomic arguments were considered familiar by antitrust scholarship even before the Chicago school revolution, which did not introduce them, but simply increased their pre-existing stances*» (cfr. F. CINTIOLI, *The interpretation of competition law between the legal method and the economic approach*, in *Diritto dell'Unione europea*, 2007, 873, spec. 877).

⁵⁰ Cfr. W. MÖSCHEL, *The Proper Scope of Government Viewed from an Ordoliberal Perspective: The Example of Competition Policy*, in *Journal of Institutional and Theoretical Economics*, 2001, 4.

⁵¹ Si afferma infatti che «*[e]conomic efficiency, the pursuit of which should be the exclusive goal of the antitrust law*» (cfr. H. HOVENKAMP, *Antitrust Policy After Chicago*, in *University of Michigan Law Review*, 1985, 213, spec. 226; fra i contributi più influenti, v. anche G.J. STIGLER, *The Organization of Industry*, Chicago, 1968; W.M. LANDES, R.A. POSNER, *Market Power in Antitrust Cases*, in *Harvard Law Review*, 1981, 937; R.A. POSNER, *Antitrust Law*, Chicago, 1976. R.A. POSNER, *The Social Cost of Monopoly*, in *Journal of Political Economy*, 1975, 807).

⁵² In effetti, tale concezione della politica della concorrenza «*has come to be referred in Europe as the "more economic approach"*» (cfr. D.J. GERBER, *Two Forms of Modernization in European Competition Law*, in *Fordham International Law Journal*, 2008, 1235, spec. 1247).

⁵³ Infatti, per la scuola di Chicago, «*efficiency and consumer welfare are not the criteria on the basis of which the conformity of the behaviour of the parties to the pursued aim of competition law, ie the preservation of a competitive market should be evaluate. They are instead the very same final objectives of the law*» (cfr. A. PERA, *Changing Views of Competition*, cit., 141). A determinate condizioni, i due termini si possono peraltro considerare sinonimi. Ciò è particolarmente vero con riguardo al binomio efficienza allocativa e consumer welfare (inteso come benessere totale): infatti, «*[c]ompetition must be understood as the maximization of consumer welfare or, if you prefer, economic efficiency*» (cfr. R.H. BORK, *The Antitrust Paradox: A Policy at War with Itself*, Oxford, 1993, spec. 427).

⁵⁴ Il punto è particolarmente chiaro in alcune sentenze della Corte Suprema degli Stati Uniti. Fra le altre, cfr. *Credit Suisse USA LLC v. Billing*, 127 S. Ct. 2383 (2007) e *Verizon Comm., Inc. v. Law Offices of Curtis, LLP*, 540 US 398 (2004). Pertanto, «*quelli che prima erano considerati possibili obiettivi fondamentali del diritto antitrust, divengono oggetto di dileggio*» e in particolare lo diviene «*l'insieme delle tesi che assumono come obiettivo il contenimento del potere delle grandi imprese private, in tutte le diverse varianti che fanno riferimento a ragioni politiche (il potere privato come pericolo per la democrazia) a ragioni economiche (il monopolio privato come male in sé) o a esigenze di difesa di certi equilibri e stili di vita (come la protezione della piccola impresa)*» (cfr. F. DENOZZA, *Il progetto teorico dell'analisi economica del diritto antitrust e il suo fallimento*, in P. BARUCCI, C. RABITTI BEDOGNI (a cura di), *Vent'anni di antitrust*, cit., 137, spec. 140).

garantire economie di scala che possono a loro volta aumentare l'efficienza (quantomeno produttiva) delle imprese. E quindi il livello di benessere.

Un'ultima considerazione appare necessaria. Al pari della nozione di efficienza, anche quella di benessere può essere variamente declinata. Con ulteriori incertezze circa le finalità della politica di concorrenza. Al c.d. benessere collettivo (o totale) si può infatti contrapporre il c.d. benessere dei consumatori. La prima nozione si basa sulla somma del c.d. surplus dei produttori e del c.d. surplus dei consumatori⁵⁵. La seconda nozione è invece parametrata sul solo surplus dei consumatori. Se la politica antitrust viene finalizzata al primo parametro il suo scopo è quello di massimizzare l'efficienza (*in primis* allocativa) dei mercati senza alcuna preoccupazione per la distribuzione del surplus⁵⁶. Nel secondo caso l'obiettivo diviene invece quello di garantire che una parte del surplus complessivo ottenuto grazie al perseguimento del benessere totale (e quindi dell'efficienza allocativa) sia riservata ai consumatori⁵⁷.

Nonostante le differenze, entrambe le prospettive vengono sovente ricomprese sotto l'etichetta del c.d. *consumer welfare*⁵⁸. Nel secondo caso la ragione è piuttosto intuitiva. Per il primo occorre invece un chiarimento. Tale approccio qualifica infatti come consumatori tutti gli attori economici attivi sul mercato. Non vi è quindi distinzione fra produttori e consumatori in senso stretto⁵⁹. La distribuzione di ricchezza da produttori a consumatori viene anzi considerata un'istanza populista: si basa infatti su scelte arbitrarie e non in linea con il rationale dell'efficienza allocativa⁶⁰. Secondo tale impostazione (che è poi quella della scuola di Chicago)

⁵⁵ Il primo corrisponde al profitto ottenuto dai produttori grazie alla differenza fra (i) il prezzo di vendita dei beni prodotti e (ii) il più basso costo di produzione dei medesimi. Il secondo corrisponde alla differenza fra (i) il prezzo di vendita dei beni e (ii) il più alto prezzo che i consumatori sarebbero disposti a pagare per i medesimi.

⁵⁶ Tanto che, «[c]onsumer welfare, in this sense, is merely another term for the wealth of the nation» (cfr. R.H. BORK, *The Antitrust Paradox*, cit., 90).

⁵⁷ L'obiettivo finale della politica antitrust è «*the enhancement of aggregate social wealth (economic efficiency) subject to the constraint that consumers shall receive an appropriate share of such wealth*», ossia «*a blending of efficiency and consumer welfare*» (cfr. J.F. BRODLEY, *The Economic Goals of Antitrust: Efficiency, Consumer Welfare, and Technological Progress*, in *New York University Law Review*, 1987, 1020, spec. 1023; fra i molti, v. anche R.H. LANDE, *Wealth Transfers as the Original and Primary Concern of Antitrust: the efficiency Interpretation Challenged*, in *Hastings Law Journal*, 1982, 873; S.C. SALOP, *Question: What is the Real and Proper Antitrust Welfare Standard? Answer: the True Consumer Welfare Standard*, in *Loyola Consumer Law Review*, 2010, 336).

⁵⁸ L'uso e «[i]l successo del concetto di benessere del consumatore come fine esclusivo della normativa antitrust [sono quindi] un buon esempio di eterogenesi dei fini» (cfr. A. PERA, *Le relazioni pericolose: antitrust e interesse dei consumatori*, in P. BARUCCI, C. RABITTI BEDOGNI (a cura di), *Vent'anni di antitrust*, cit., 1165, spec. 1172). Il termine *consumer welfare* ha infatti «*several interpretations and it has often been misinterpreted or even misunderstood in competition law analysis*» (cfr. K.J. CSERES, *The Controversies of the Consumer Welfare Standard*, in *Competition Law Review*, 2007, 121, spec. 122). Tanto da farne «*the most abused term in modern antitrust analysis*» (cfr. J.F. BROADLEY, *The economic goals of antitrust: efficiency, consumer welfare and technological progress*, in *New York University Law Review*, 1987, 1020, spec. 1032).

⁵⁹ Ne deriva che i «*producers (limited group) are perceived to be equal to the "true consumers" (vast group)*» (cfr. D. DE SMET, *The diametrically opposed principles of US and EU antitrust policy*, in *European Competition Law Review*, 2008, 356, spec. 358).

⁶⁰ Premesso infatti che la salvaguardia del benessere dei consumatori «*has no basis in welfare economics and can be justified on equity grounds only*» (cfr. R.J. VAN DEN BERGH, P. CAMESASCA, *European Competition Law*, cit., 37), si osserva che «[p]opulist complain that monopolization transfers wealth from consumers to the stockholders of monopolistic firms, a redistribution that goes from the less to the more wealthy. The transfer, unlike the restriction in output that monopoly

garantire il benessere complessivo equivale dunque a perseguire il *consumer welfare*. E ciò sebbene i consumatori (in senso stretto) ne possano uscire danneggiati⁶¹.

3.1 (segue): le finalità del diritto europeo della concorrenza. L'approccio delle istituzioni agli artt. 101 e 102 TFUE.

Quanto sopra è di fondamentale rilevanza nella prospettiva dell'*enforcement* (pubblico e privato) delle regole antitrust⁶². La scelta delle finalità cui deve essere orientata la politica di concorrenza si riflette infatti sulle modalità con cui alla relativa normativa viene data concreta applicazione. Vi è quindi uno stretto legame fra le tre funzioni del sistema repressivo degli illeciti antitrust⁶³. Le cui conseguenze si riflettono (anche) sulla dialettica fra tutela pubblica e privata⁶⁴.

Prima di approfondire tale tema è allora necessario determinare gli obiettivi sostanziali del diritto europeo della concorrenza. L'approccio di Commissione e Corte di giustizia agli artt. 101 e 102 TFUE subisce peraltro diverse evoluzioni. Ciò si deve essenzialmente alla variabile influenza esercitata dalle teorie economiche sopra menzionate⁶⁵. Una precisazione appare tuttavia necessaria. Come si vedrà meglio in seguito⁶⁶, la politica europea della concorrenza si caratterizza infatti per una finalità

pricing entails, has no direct effect on efficiency) (cfr. R.A. POSNER, *Antitrust Law*, Chicago, 2001, spec. 24).

⁶¹ Si osserva quindi che «[p]ersino il conflitto tra imprese e consumatori, la cui regolazione potrebbe intuitivamente apparire come l'oggetto più immediato del diritto antitrust [...] sparisce del tutto nelle tesi che attribuiscono al diritto antitrust il compito di massimizzare il benessere sociale complessivo, e quindi il benessere congiunto di produttori e consumatori» (cfr. F. DENOZZA, *Il progetto teorico dell'analisi economica*, cit., 140).

⁶² È chiaro infatti che «[t]he debate about the proper welfare standard for competition policy implies that the chosen standard makes a significant difference when it comes to enforcement of competition rules» (cfr. K.J. CSERES, *The Controversies of the Consumer Welfare*, cit., 126). E lo stesso vale, a maggior ragione, se al dibattito si aggiunge anche l'approccio formale. In altre parole, «la contrapposizione fra scuole di pensiero, ciascuna delle quali portatrice di una particolare visione economica, si traduce in ricette applicative assai divergenti» che sono «suscettibili di conformare in modi assai diversi l'*enforcement* antimonopolistico» (cfr. R. PARDOLESI, *Analisi economica e diritto antitrust*, cit., 126). Quindi, «[n]on si tratta di uno spensierato dibattito da salotto, bensì di una riflessione che ha a oggetto l'anima dell'antitrust, i principi ispiratori ai quali le norme a tutela della concorrenza devono rispondere e gli obiettivi ultimi ai quali le stesse devono essere indirizzate» (cfr. G. COLANGELO, *T-Mobile Netherlands e GlaxoSmithKline. La giurisprudenza comunitaria torna indietro*, in *Mercato Concorrenza Regole*, 2010, 527).

⁶³ Nella materia in discussione, si osserva infatti che «[e]conomics contributes to the interpretation of the law at different levels: first, it provides a framework of analysis of competition and of its essential features; and secondly, it plays an important role in the development of rules of decision from which it is possible to evaluate whether the conducts under examination must be considered illegal» (cfr. A. PERA, *Changing Views of Competition*, cit., 129 e 131).

⁶⁴ La rilevanza delle finalità sostanziali del diritto della concorrenza nell'ottica dei rapporti fra *public* e *private enforcement* è ben evidenziata dalla dottrina specialistica: «[t]he question of the relationship and balance between public and private antitrust enforcement in Europe must also be seen in the context of the more substantive question of the goal of EC competition law: is it the public interest in safeguarding effective competition in the common market or the private interest in protecting one's economic freedom?» (cfr. A.P. KOMNINOS, *Public and Private Antitrust Enforcement in Europe: Complement? Overlap?*, in *Competition Law Review*, 2006, 5, spec. 12). Sul punto v. anche B.L. BOSCHETTI, *Enforcement del diritto antitrust e risarcimento del danno*, in *Concorrenza e Mercato*, 2013, 27, spec. 40, dove si osserva che «sono le stesse finalità del diritto antitrust a suscitare dubbi sulla coerenza e univocità delle scelte normative che incidono sull'*enforcement* del diritto della concorrenza e sul ruolo che in esso rivestono le azioni private».

⁶⁵ Cfr. A. PERA, *Changing Views of Competition*, cit., 144.

⁶⁶ Cfr. *infra* il capitolo 2, § 2.1.

del tutto peculiare⁶⁷. La ragione principale per cui gli Stati membri adottano gli artt. 101 e 102 TFUE è in effetti l'imperativo dell'integrazione dei mercati nazionali⁶⁸.

Ciò è del resto in linea con le radici ideologiche di tale normativa. La tutela della concorrenza è infatti inserita nel Trattato di Roma sulla scorta del pensiero Ordoliberal⁶⁹. La politica antitrust assume quindi valore (quasi) costituzionale nell'ordinamento dell'Unione. Per la scuola di Friburgo la concorrenza è infatti il cuore del sistema liberale: (i) le regole di concorrenza proteggono il processo competitivo; (ii) il processo competitivo è presupposto del libero mercato; (iii) il libero mercato tutela le libertà economiche fondamentali degli individui; (iv) le libertà economiche garantiscono la libertà politica. E con il Trattato CEE s'intende appunto tutelare la concorrenza al fine di proteggere il mercato comune e garantire il rispetto delle libertà economiche individuali⁷⁰.

Per lungo tempo le principali finalità cui s'ispira l'applicazione pratica degli artt. 101 e 102 TFUE sono dunque (i) l'integrazione dei mercati degli Stati membri, e (ii) la difesa della libertà degli operatori economici⁷¹. Entrambi gli obiettivi impongono un'interpretazione formalistica delle regole antitrust. Ogni condotta delle imprese che ne integri una violazione può infatti pregiudicarne la realizzazione. E ciò a prescindere dalle conseguenze economiche delle condotte delle imprese⁷².

⁶⁷ Peculiare, «in quanto non condivisa con altri sistemi di diritto della concorrenza» (cfr. F. AMATO, *Art. 101 TFUE*, cit., 1021).

⁶⁸ Infatti, «da sempre, il completamento del mercato interno è stato considerato come l'obiettivo ultimo e principale del diritto della concorrenza sino al punto di qualificare il sistema antitrust europeo come "speciale" rispetto ad ogni altra legislazione antimonopolistica, prima fra tutte quella statunitense» (cfr. S. BASTIANON, *Il carattere speciale (pro-integrazionista) del diritto antitrust alla luce del Protocollo n. 27*, in M. FRIGESSI DI RATTALMA, P. DE CESARI, *Nuove sfide in tema di concorrenza e aiuti di Stato nell'Unione europea*, Napoli, 2013, 23, spec. 23-24). Tanto che l'integrazione dei mercati nazionali è considerata «as the paramount goal» della politica antitrust dell'Unione (cfr. E. BUTTIGIEG, *Competition Law: Safeguarding the Consumer Interest. A comparative Analysis of US Antitrust Law and EC Competition Law*, Alphen aan den Rijn, 2009, spec. 47).

⁶⁹ È quindi la scuola di Friburgo a influenzare la formulazione degli artt. 101 e 102 TFUE (cfr. D. HILDEBRAND, *The Role of Economic Analysis in the EC Competition Rules*, Alphen aan den Rijn, 2009, spec. 159; in argomento, fra i molti, v. anche D.J. GERBER, *Law and competition in twentieth century Europe*, Oxford, 1998).

⁷⁰ Il diritto della concorrenza, e in particolare l'art. 101 TFUE, costituisce infatti «ai sensi dell'art. 3, lett. g), del Trattato CE [divenuto, in seguito a modifica, art. 3, n. 1, lett. g), CE] una disposizione fondamentale per l'adempimento dei compiti affidati alla Comunità e, in particolare, per il funzionamento del mercato interno» (cfr. Corte giust. 1° giugno 1999, in causa C-126/97, *Eco Swiss China Time Ltd c. Benetton International NV*, ECLI:EU:C:1999:269). In effetti, «la principale finalità della normativa antitrust per gli ordoliberali [è] rappresentata dalla protezione del processo concorrenziale, e da questo punto di vista la previsione dell'art. 3 del Trattato è perfettamente congruente con questa visione, oltreché coerente con l'obiettivo del mercato comune» (cfr. A. PERA, *Le relazioni pericolose*, cit., 1170; in argomento, fra i molti, v. anche C.D. EHLERMANN, *The Contribution of EC Competition Policy to the Single Market*, in *Common Market Law Review*, 1992, 257).

⁷¹ In altri termini, «[u]ntil recently market integration and economic freedom seemed to have overshadowed efficiency considerations in the objectives of European competition policy» (cfr. K.J. CSERES, *The Controversies of the Consumer Welfare*, cit., 151).

⁷² In realtà, l'approccio della Commissione alla politica antitrust è considerato meno formalistico e più orientato all'efficienza (grazie alla formulazione dell'art. 101(3) TFUE) rispetto a quello che caratterizza l'esperienza statunitense sotto l'influenza della Scuola di Harvard. Infatti, mentre «the American tradition condemns a priori any combination or agreement increasing market power, regardless of any possible beneficial effects, [...] the Common Market distinguishes between that which is beneficial to the public interest and that which is detrimental» (cfr. A.P. JACQUEMIN, *The Criterion of Economic Performance in the Anti-Trust Policies of the United States and the European Economic Community*, in *Common Market Law Review*, 1970, 205, spec. 206). Il conflitto fra tutela della concorrenza e perseguimento

Tale posizione è a lungo condivisa da Commissione⁷³ e Corte di giustizia⁷⁴. L'imperativo dell'integrazione si manifesta soprattutto nell'interpretazione dell'art. 101 TFUE. Gli accordi fra imprese possano infatti ricreare tra gli Stati membri quelle barriere appena eliminate dalla libera circolazione di merci, servizi e capitali⁷⁵. Ciò è particolarmente vero con riguardo ai c.d. accordi verticali. Ne deriva un approccio piuttosto restrittivo a tali fattispecie. Si sacrifica infatti la libertà delle imprese di organizzare i propri rapporti commerciali con fornitori e distributori secondo criteri di efficienza⁷⁶ a favore del mercato comune⁷⁷.

La tutela della libertà individuale rileva invece con riguardo all'art. 102 TFUE. L'abuso di posizione dominante è infatti lo strumento principale mediante cui il diritto

dell'efficienza economica è quindi proposto in termini diametralmente opposti rispetto a quelli che caratterizzano il dibattito fra approccio europeo e Scuola di Chicago: «[w]hereas a United States court must look solely at the facts in a given case, the E.E.C. Commission must look solely to the effects; and while the former need only determine that a monopoly exists for public policy to be violated, the latter must determine that the public has been harmed by the existence of a monopoly» (cfr. M. RISHE, *Antitrust Philosophy of the Common Market—Restraint on Prohibition*, in *DePaul Law Review*, 1967, 144, spec. 149).

⁷³ Ad esempio, nel 1985 la Commissione definisce il ruolo del diritto della concorrenza dell'Unione affermando che gli Stati membri «si sono impegnati a salvaguardare i diritti individuali, i valori democratici e le libere istituzioni. Tali diritti, valori e istituzioni forniscono i correttivi necessari al buon funzionamento dei sistemi politici a livello sia nazionale che europeo. Il buon funzionamento dell'economia di mercato richiede gli stessi tipi di correttivi, che possono risultare soltanto da un regime di concorrenza effettiva. La concorrenza effettiva salvaguarda la libertà e il diritto di iniziativa del singolo operatore economico e alimenta lo spirito imprenditoriale, creando un contesto entro il quale l'industria europea può crescere e svilupparsi con la massima efficienza senza peraltro trascurare traguardi sociali. La politica di concorrenza, dovrebbe evitare che lo sfruttamento abusivo di una posizione dominante da parte di pochi leda i diritti della maggioranza, o dovrebbe impedire distorsioni artificiali della concorrenza e far sì che sia lo stesso mercato a stimolare l'innovazione e la competitività globale delle imprese europee» (cfr. la XV Relazione sulla politica di concorrenza, Bruxelles, 1985, spec. 11).

⁷⁴ Fra le molte, cfr. Corte giust. 21 febbraio 1973, in causa 6/72, *Europemballage Corporation e Continental Can Company Inc. c. Commissione*, ECLI:EU:C:1973:22 (§ 25: «[g]li artt. [101 e 102 TFUE] mirano allo stesso scopo, cioè a mantenere un'effettiva concorrenza nel mercato comune»); Corte giust. 6 marzo 1974, in cause riunite 6 e 7/73, *Istituto Chemioterapico Italiano S.p.A. e Commercial Solvents Corporation c. Commissione*, ECLI:EU:C:1974:18 (§ 32: «l'art. [102 TFUE] vuole colpire tanto le pratiche atte a danneggiare direttamente i consumatori, quanto quelle che ledono i loro interessi in forma indiretta, falsando le condizioni di effettiva concorrenza, previste dal citato art. 3, lettera f). Le istituzioni comunitarie devono perciò valutare il comportamento criticato in funzione di tutti gli effetti ch'esso può avere sul mantenimento di un'effettiva concorrenza nell'ambito del mercato»); Corte giust. 25 ottobre 1977, in causa 26/76, *Metro SB-Großmärkte GmbH & Co. KG c. Commissione*, ECLI:EU:C:1977:167 (§ 21 «conservazione di una concorrenza efficace»); Corte giust. 14 febbraio 1978, in causa 27/76, *United Brands Company e United Brands Continentaal BV c. Commissione*, ECLI:EU:C:1978:22.

⁷⁵ Di conseguenza, le regole di concorrenza «must prevent that on the one hand the most serious restraints of trade by states within the Common Market are removed, but on the other hand are substituted by fresh state subsidies or private restrictions» (cfr. A. DERINGER, *The Distribution of Powers in the Enforcement of the Rules of Competition Under the Rome Treaty*, in *Common Market Law Review*, 1963, 30, spec. 30-31). Tanto che «[t]he antitrust rules were no more than private counterpart to the rules, enshrined in [artt. 28-30 CEE], which guaranteed freedom to trade across borders without hindrance from the Community's Member States» (cfr. R. WESSELING, *The Modernisation of EC Antitrust Law*, Oxford, 2000, 4). Più in generale, in argomento v. J. BAQUERO CRUZ, *Between Competition and Free Movement: The Economic Constitutional Law of the European Community*, Oxford, 2002.

⁷⁶ Cfr. A. PERA, *Le relazioni pericolose*, cit., 1175.

⁷⁷ La giurisprudenza in tal senso molto è molto ampia. V. ad esempio la celebre Corte giust. 13 luglio 1966, in cause riunite 56 e 58/64, *Établissements Consten S.à.R.L. e Grundig-Verkaufs-GmbH c. Commissione*, ECLI:EU:C:1966:41. Il momento pro-integrazione è così forte che gli importatori paralleli vengono paragonati a degli «eroi» del mercato comune: «in the EEC Commission's eyes, however, the free rider is a hero because his sales foster the free movement of the brand within the common market and thus contribute to market integration. Consequently, restraints which limit his room for manoeuvre are subject to close scrutiny and will often fail to qualify for an exemption under [art. 101(3) TFUE]» (cfr. L. GYSELEN, *Vertical restraints in the distribution process: strength and weakness of the free rider rationale under EEC competition law*, in *Common Market Law Review*, 1984, 647, spec. 649).

della concorrenza può limitare l'attività economica privata⁷⁸ per evitare che le libertà individuali si trasformino in potere⁷⁹. Anche tale norma è quindi interpretata in modo piuttosto rigoroso. L'impresa dominante è infatti assoggettata a una speciale forma di responsabilità⁸⁰.

Entrambe tali posizioni fanno sì che la politica antitrust dell'Unione sia orientata alla tutela del processo concorrenziale e della struttura di mercato⁸¹. Tale opinione rimane a lungo prevalente⁸². Negli anni novanta del secolo scorso detta impostazione diviene però fonte di perplessità⁸³. L'insoddisfazione si deve essenzialmente al confronto con gli Stati Uniti, dove la Scuola di Chicago rappresenta ormai la linea di pensiero dominante⁸⁴. Tanto che efficienza e *consumer welfare* sono riconosciuti come gli obiettivi principali della politica di concorrenza.

⁷⁸ Cfr. W. MÖSCHE, *Competition as a Basic Element of the Social Market Economy*, in *European Business Organization Law Review*, 2001, 713, spec. 715.

⁷⁹ Il diritto della concorrenza infatti «was [...] invented neither by the technicians of commercial law [...] nor by economists themselves [...]. It was instead desired by politicians and (in Europe) by scholars attentive to the pillars of the democratic system, who saw it as an answer (if not indeed "the" answer) to a crucial problem for democracy: the emergence from the company or firm, as an expression of the fundamental freedom of individuals, of the opposite phenomenon of private power; a power devoid of legitimation and dangerously capable of infringing not just the economic freedom of other private individuals, but also the balance of public decisions exposed to its domineering strength» (cfr. G. AMATO, *Antitrust and the Bounds of Power*, Oxford, 1997, 2; v. anche A. PERA, *Le relazioni pericolose*, cit., 1168 dove si osserva che «non sembra esservi dubbio che in quasi tutti gli ordinamenti le norme [antitrust] nascono dalla preoccupazione di salvaguardare il corretto funzionamento del processo concorrenziale di fronte a situazioni di potere di mercato»).

⁸⁰ Cfr., per tutte, Corte giust 9 novembre 1983, in causa 322/81, *N.V. Nederlandsche Banden-Industrie-Michelin c. Commissione*, ECLI:EU:C:1983:313, § 57, dove si afferma che l'impresa in posizione dominante «è tenuta in modo particolare a non compromettere col suo comportamento lo svolgimento di una concorrenza effettiva e non falsata nel mercato comune». Tale nozione trova le proprie radici nel pensiero di F. Böhm secondo cui «the one who has power has no right to be free and the one who wants to be free should have no power» (cfr. W. MÖSCHEL, *Competition Policy*, cit., 147).

⁸¹ Cfr. Corte giust. 13 febbraio 1979, in causa 85/76, *Hoffmann-La Roche & Co. AG c. Commissione*, ECLI:EU:C:1979:36, § 91: «la nozione di sfruttamento abusivo è una nozione oggettiva, che riguarda il comportamento dell'impresa in posizione dominante atto ad influire sulla struttura di un mercato in cui, proprio per il fatto che vi opera detta impresa, il grado di concorrenza è già sminuito e che ha come effetto di ostacolare, ricorrendo a mezzi diversi da quelli su cui si impernia la concorrenza normale tra prodotti o servizi, fondata sulle prestazioni degli operatori economici, la conservazione del grado di concorrenza ancora esistente sul mercato o lo sviluppo di detta concorrenza».

⁸² Si osserva infatti che «[t]here was little questioning of the goals of competition law, and there was frequent praise for the [ECJ] and the Commission for the way in which they developed the role of competition law to support and enhance economic integration in Europe» (cfr. D.J. GERBER, *Two Forms of Modernization*, cit., 1246). Si è detto anzi che in tale periodo l'approccio europeo è ritenuto più appropriato rispetto a quello statunitense, proprio perché l'art. 101(3) TFUE consente in talune ipotesi di prendere in considerazione questioni legate all'efficienza, tanto che «[p]roposals have regularly been made to relax the principles of the American anti-trust policy and to concede that a substantial restraint of competition through mergers and perhaps even through restrictive agreements, could be justified if it is shown that they bring about economic benefits for the public» (cfr. A.P. JACQUEMIN, *The Criterion of Economic Performance*, cit., 206).

⁸³ Fra i primi contributi in tal senso v. V. KORAH, *From Legal Form Toward Economic Efficiency – Art. 85(1) of the EEC Treaty in Contrast to U.S. Antitrust*, in *Antitrust Bulletin*, 1990, 1009; B. HAWK, *System Failure: Vertical Restraints and EC Competition Law*, in *Common Market Law Review*, 1995, 973; B. HAWK, *The American (Anti-Trust) Revolution: Lessons for the EEC?*, in *European Competition Law Review*, 1998, 53.

⁸⁴ La scuola di Chicago occupa una posizione di *leadership* non solo nell'ambito del diritto antitrust. Tanto da far osservare che «è legittimo e potenzialmente forte il sospetto che certe recezioni dell'analisi economica del diritto antitrust possano essere spiegate più che dai meriti intrinseci della teoria, dalla pressione esercitata dal dilagare, a livello anche politico, dell'ideologia neo-liberista di cui l'analisi economica del diritto ha rappresentato il principale referente scientifico» (cfr. F. DENOZZA, *Il progetto teorico dell'analisi economica*, cit., 137).

La critica si concentra quindi sull'eccessivo formalismo che caratterizza la prassi applicativa degli artt. 101 e 102 TFUE⁸⁵. Si ritiene necessaria una maggior attenzione per l'analisi economica da parte di Commissione e Corte di giustizia⁸⁶. Si vuole così evitare che comportamenti efficienti delle imprese siano dichiarati incompatibili con le regole antitrust. I dubbi riguardano in particolare l'approccio agli accordi verticali e alle condotte escludenti nei confronti delle imprese concorrenti.

Il cambiamento a favore di un approccio maggiormente economico è recepito dalla Commissione. Divengono sempre più frequenti i riferimenti al *consumer welfare* quale obiettivo della disciplina in discussione⁸⁷. Ma si arriva soprattutto all'adozione di diversi provvedimenti normativi che riconoscono l'importanza della nuova impostazione. Si possono in tal senso ricordare la nuova disciplina in materia di accordi verticali⁸⁸ e le linee guida in tema di intese orizzontali⁸⁹. La rilevanza

⁸⁵ La prassi applicativa degli artt. 101 e 102 TFUE è infatti criticata «*for not being based on economic analysis. Basically, the criticisms concerned two aspects. First, it seemed that the Commission and the courts evaluated conducts on the basis of their formal characteristic, not on the basis of the actual or potential exclusionary effects that they could be expected to have in the specific context. Secondly, the analysis did not examine whether the exclusion leads to undesirable restrictions of competition or was justified on efficiency grounds*» (cfr. A. PERA, *Changing Views of Competition*, cit., 150).

⁸⁶ Tale necessità è in parte riconosciuta anche dalla Corte di giustizia secondo cui «*nell'applicare l'art. [101 TFUE] a una fattispecie concreta, si devono definire i criteri posti da tale disposizione tenendo conto del contesto economico in cui operano le imprese, dei prodotti o servizi contemplati dagli accordi nonché della struttura e delle effettive condizioni di funzionamento del mercato interessato*» (cfr. Corte giust. 12 dicembre 1995, in causa C-399/93, *H.G. Oude Luttikhuis e altri c. Verenigde Coöperatieve Melkindustrie Coberco BA*, ECLI:EU:C:1995:434, § 10). Sul punto v anche Trib. 15 settembre 1998, in cause riunite T-374/94, T-375/94, T-384/94 e T-388/94, *European Night Services Ltd (ENS), Eurostar (UK) Ltd, già European Passenger Services Ltd (EPS), Union internationale des chemins de fer (UIC), NV Nederlandse Spoorwegen (NS) e Société nationale des chemins de fer français (SNCF) c. Commissione*, ECLI:EU:T:1998:198, § 136; Corte giust. 28 febbraio 1991, in causa C-234/89, *Stergios Delimitis c. Henninger Bräu AG*, ECLI:EU:C:1991:91; Corte giust. 28 gennaio 1986, in causa 161/84, *Pronuptia de Paris GmbH c. Pronuptia de Paris Irmgard Schillgallis*, ECLI:EU:C:1986:41.

⁸⁷ Nel 2000 viene ad esempio sostenuto che «*[s]ince its adoption more than 40 years ago, the Treaty acknowledges the fundamental role of the market and of competition in guaranteeing consumer welfare, in encouraging the optimal allocation of resources, and in granting to economic agents the appropriate incentives to pursue productive efficiency, quality, and innovation*» (cfr. M. Monti, *European Competition Policy for the 21st Century*, SPEECH/00/389, The Fordham Corporate Law Institute – Twenty-eight Annual Conference on International Antitrust Law and Policy, New York, 20 Ottobre 2000, in B. HAWK (ed.), *International Antitrust Law and Policy*, New York, 2001, spec. 257). L'anno seguente viene poi ribadito che «*[t]he goal of competition policy, in all its aspects, is to protect consumer welfare by maintaining a high degree of competition in the common markets*» (cfr. M. Monti, *The Future for Competition Policy in the European Union*, SPEECH/01/340, Merchant Taylor's Hall, Londra, 9 luglio 2001). Anche in seguito si hanno conferme del nuovo approccio. Nel 2005 viene affermato che «*consumer welfare is now well established as the standard the Commission applies when assessing mergers and infringements of [art. 101 e 102 TFUE]*» (cfr. N. Kroes, SPEECH/05/512, *European Consumer and Competition Day*, Londra, 15 settembre 2005). Nel 2006 si conferma infine che «*[t]he consumer is at the heart of competition enforcement. We want markets to work better, not for an abstract notion of "free competition" but because better functioning markets provide consumers with better goods and better services, at better prices*» (cfr. N. Kroes, *Consumer Welfare is the standard of anti-trust enforcement*, SPEECH/06/691, General Assembly of Bureau Européen des Unions de Consommateurs (BEUC), Brussels, 16 novembre 2006).

⁸⁸ Cfr. la Comunicazione della Commissione, *Linee direttrici sull'applicabilità dell'articolo 81 del trattato CE agli accordi di cooperazione orizzontale*, in GU C, n. 3, del 6 gennaio 2001, 2 (oggi sostituita dalla Comunicazione della Commissione, *Linee direttrici sull'applicabilità dell'articolo 101 del trattato sul funzionamento dell'Unione europea agli accordi di cooperazione orizzontale*, in GU C, n. 11, del 14 gennaio 2011, 1).

⁸⁹ Cfr. regolamento (CE) n. 2790/1999 della Commissione, del 22 dicembre 1999, *relativo all'applicazione dell'articolo 81, paragrafo 3, del trattato CE a categorie di accordi verticali e pratiche concordate*, in GU L, n. 336, del 29 dicembre 1999, 21 e la Comunicazione della Commissione, *Linee direttrici sulle restrizioni verticali*, in GU C, n. 291, del 13 ottobre 2000, 1 (oggi sostituiti, rispettivamente, dal regolamento (UE) n. 330/2010 della Commissione, del 20 aprile 2010, *relativo all'applicazione dell'articolo 101, paragrafo 3, del trattato sul funzionamento*

dell'approccio economico si rafforza poi con la riforma della disciplina delle concentrazioni. Ciò si deve all'attenzione ivi riservata agli effetti di tali operazioni in termini di efficienza⁹⁰. Ancora più chiare sono infine le linee guida in merito all'applicazione dell'art. 101(3) TFUE. Si afferma infatti che l'obiettivo di detta disposizione «è tutelare la concorrenza sul mercato come strumento per incrementare il benessere dei consumatori e per assicurare un'allocazione efficiente delle risorse»⁹¹.

La nuova impostazione inizia a condizionare anche la giurisprudenza⁹². Il momento di maggior successo⁹³ coincide con la decisione del Tribunale nel caso *GlaxoSmithKline*⁹⁴. La questione riguarda l'imposizione di un divieto all'importazione parallela di farmaci. La Commissione condanna le imprese coinvolte. La decisione viene però annullata perché non è provato che il divieto riduca il «benessere dei consumatori finali»⁹⁵. Ciò che interessa rilevare è che la concorrenzialità e l'integrazione dei mercati non sono prese in considerazione⁹⁶.

dell'Unione europea a categorie di accordi verticali e pratiche concordate, in GU L., n. 102, del 23 aprile 2010, 1 e dalla Comunicazione della Commissione, *Orientamenti sulle restrizioni verticali*, in GU C, n. 130, del 19 maggio 2010, 1).

⁹⁰ Cfr. regolamento (CE) n. 139/2004 del Consiglio, del 20 gennaio 2004, *relativo al controllo delle concentrazioni tra imprese*, in GU L., n. 24, del 29 gennaio 2004, 1. In tal senso cfr. L. ARNAUDO, *L'efficienza nel nuovo controllo comunitario delle concentrazioni*, in *Mercato Concorrenza Regole*, 2003, 309.

⁹¹ Cfr. Comunicazione della Commissione, *Linee direttrici sull'applicazione dell'articolo 81, paragrafo 3, del trattato*, in GU C, n. 101, del 27 aprile 2004, 97, § 13. In argomento v. L. KJØLBYE, *The New Commission Guidelines on the application of article 81(3): an economic approach to article 81*, in *European Competition Law Review*, 2004, 566.

⁹² Il processo è certamente fonte di contrasti. In tal senso è emblematica la fase sommaria del procedimento ex art. 263 TFUE definito da Trib. (ord.) 10 marzo 2005, in causa T-184/01, *IMS Health, Inc. c. Commissione*, ECLI:EU:T:2005:95. In sede cautelare, il Tribunale afferma infatti che «[i]t cannot therefore, at least at first impression, be excluded that the balance of interests effected in the contested decision by the Commission, which seems to equate the interests of [the competitors] with the interests of competition [...], ignores the primary purpose of [art. 102 TFUE], which is to prevent the distortion of competition, and especially to safeguard the interests of consumers, rather than to protect the position of particular competitors» (cfr. ordinanza del Presidente del Tribunale 26 ottobre 2001, in causa T-184/01 (R), *IMS Health Inc. c. Commissione*, ECLI:EU:T:2001:259, § 145). In sede di appello, la Corte di Giustizia sostiene invece che tale interpretazione si può accettare solo con riserve «in quanto ess[a] potrebb[er] essere intes[a] come att[a] ad escludere la tutela degli interessi delle imprese concorrenti dal fine perseguito dall'art. [102 TFUE], anche quando interessi del genere non possano essere separati dal mantenimento di una struttura di concorrenza effettiva» (cfr. ordinanza del Presidente della Corte dell'11 aprile 2002, in causa C-481/01 P(R), *NDC Health GmbH & Co. KG e NDC Health Corporation c. Commissione e IMS Health Inc.*, ECLI:EU:C:2002:223, § 84).

⁹³ Per riprendere un'espressione utilizzata da G. COLANGELO, *T-Mobile Netherlands*, cit., dove si osserva inoltre che «[n]on sorprende che la decisione sia stata letta come un momento di svolta per l'affermazione di un paradigma applicativo economic-based, specie se si considera che ciò è avvenuto su un terreno, quello del commercio parallelo, sul quale i retaggi culturali hanno portato l'antitrust comunitario a mostrarsi ostinatamente impermeabile e sordo ad ogni obiezione di carattere economico».

⁹⁴ Cfr. Trib. 27 settembre 2006, in causa T-168/01, *GlaxoSmithKline Services Unlimited c. Commissione*, ECLI:EU:T:2006:265.

⁹⁵ E ciò perché «[d]al momento che i prezzi dei medicinali di cui trattasi sono sottratti in ampia misura al libero gioco dell'offerta e della domanda a motivo della normativa applicabile e sono fissati o controllati dalle pubbliche autorità, non può essere dato automaticamente per scontato che il commercio parallelo mira a farli diminuire e ad accrescere così il benessere dei consumatori finali. L'analisi del testo [contrattuale] non consente quindi di presumere che tale pattuizione, volta a limitare il commercio parallelo, miri così a ridurre il benessere dei consumatori finali. In una tale situazione per lo più inedita, il carattere restrittivo, riguardo alla concorrenza, di tale accordo non può essere pertanto desunto dalla mera lettura del relativo testo, effettuata nel suo specifico ambito, e i suoi effetti devono essere necessariamente previsti, non foss'altro che per verificare cosa l'autorità regolamentatrice abbia potuto intravedere da tale lettura» (cfr. causa T-168/01, *GlaxoSmithKline*, cit., § 147).

⁹⁶ Cfr. M.C. CORRADI, *GlaxoSmithKline: il diritto antitrust comunitario alla deriva e la necessità di un "salvagente della forma"*, in *Giurisprudenza Commerciale*, 2008, 87, spec. 97.

Quella che appare come una netta⁹⁷ rilettura in chiave economica degli artt. 101 e 102 TFUE viene però frenata dalla Corte di giustizia. La controriforma è immediata e si realizza ancora prima dell'appello del caso *GlaxoSmithKline*⁹⁸. Già nel (precedente) caso *T-Mobile Netherlands* si afferma infatti che le regole antitrust non proteggono i consumatori ma la struttura del mercato e dunque la concorrenza in quanto tale⁹⁹. Il ritorno all'approccio strutturale agli artt. 101 e 102 TFUE trova in seguito conferma nella giurisprudenza del Tribunale¹⁰⁰ e della Corte di giustizia¹⁰¹. Tanto che si arriva a considerare illecito anche il cartello volto a escludere dal mercato

⁹⁷ Sulla scorta degli sviluppi normativi e giurisprudenziali appena menzionati si afferma infatti che la circostanza che «il benessere dei consumatori costituisca l'obiettivo delle norme antitrust» è «ormai una conclusione consolidata» (cfr. A. FRIGNANI, *Diritto della concorrenza. L'insufficienza dei modelli sanzionatori classici e obiettivi dei nuovi modelli. Public and private enforcement*, in *Diritto del Commercio Internazionale*, 2008, 111, spec. 121). Ovvero che ormai «si conv[iene], dall'una e dall'altra parte dell'Atlantico (e, quindi, nell'intero universo antitrust), che l'obiettivo ultimo, se non il solo, della disciplina della concorrenza è il benessere dei consumatori» (cfr. R. PARDOLESI, *Analisi economica e diritto antitrust*, cit., 133). Ancora, si osserva che «[t]he debate in the late 1980s among enforcers and academics has finally led to the view that competition law should primarily aim at an efficient working of the market, in order to maximise consumer benefit» (cfr. A. PERA, V. AURICCHIO, *Consumer Welfare, Standard of Proof*, cit., 153).

⁹⁸ Dove si conferma in ogni caso che «[d]all'art. [101(1) TFUE] non emerge minimamente che unicamente gli accordi che privino i consumatori di taluni benefici possano presentare un oggetto anticoncorrenziale. L'art. 101 TFUE, al pari delle altre regole enunciate dal Trattato, non è destinato a tutelare soltanto gli interessi dei concorrenti o consumatori, bensì la struttura del mercato, e in tal modo, la concorrenza in quanto tale. Pertanto l'accertamento della sussistenza dell'oggetto anticoncorrenziale di un accordo non può essere subordinato alla circostanza che i consumatori finali siano privati dei benefici di un'effettiva concorrenza in termini di prezzi o approvvigionamento» (cfr. Corte giust. 6 ottobre 2009, in cause riunite C-501, C-513, C-515 e C-519/06 P, *GlaxoSmithKline Services Unlimited c. Commissione*, ECLI:EU:C:2008:738, § 63).

⁹⁹ Cfr. Corte giust. 4 giugno 2009, in causa C-8/08, *T-Mobile Netherlands BV, KPN Mobile NV, Orange Nederland NV e Vodafone Libertel NV c. Raad van bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit*, ECLI:EU:C:2009:343, spec. §§ 36-38. Ancora prima, l'approccio tradizionale – e marcatamente ordoliberalo (cfr. A. PERA, *Changing Views of Competition*, cit., 148) – è seguito dall'avvocato generale Kokot secondo la quale «l'art. [102 TFUE] non è destinato soltanto e prioritariamente a tutelare gli interessi immediati di singoli concorrenti o consumatori, bensì la struttura del mercato e pertanto la concorrenza in quanto tale (come istituto), che è indebolita comunque dalla semplice presenza dell'impresa in posizione dominante sul mercato. Ne consegue che l'art. [102 TFUE] trova applicazione non soltanto a quei comportamenti dai quali può sorgere un danno immediato per il consumatore, ma anche a quelli che lo danneggiano indirettamente per il fatto che compromettono un effettivo regime concorrenziale ai sensi dell'art. 3, n. 1, lett. g), CE» (cfr. Conclusioni dell'avvocato generale Kokot, 23 febbraio 2006, in causa C-95/04 P, *British Airways plc c. Commissione*, ECLI:EU:C:2006:133, § 86).

¹⁰⁰ Fra le molte, cfr. Trib. 27 febbraio 2014, in causa T-91/11, *InnoLux Corp. c. Commissione*, ECLI:EU:T:2014:92, § 84; Trib. 16 settembre 2013, in causa T-386/10, *Aloys F. Dornbracht GmbH & Co. KG c. Commissione*, ECLI:EU:T:2013:450, § 176; Trib. 14 marzo 2013, in causa T-588/08, *Dole Food Company, Inc. e Dole Germany OHG c. Commissione*, ECLI:EU:T:2013:130, § 65; Trib. 27 settembre 2012, in causa T-362/06, *Ballast Nedam Infra BV c. Commissione*, ECLI:EU:T:2012:492, § 88; Trib. 14 aprile 2011, in causa T-461/07, *Visa Europe Ltd e Visa International Service c. Commissione*, ECLI:EU:T:2011:181, § 69.

¹⁰¹ Per tutte, cfr. Corte giust., 17 febbraio 2011, in causa C-52/09, *Konkurrensverket c. TeliaSonera Sverige AB*, ECLI:EU:C:2011:83, §§ 22 e 24 dove si osserva che le regole di concorrenza «hanno per l'esattezza la funzione di evitare che la concorrenza sia alterata a danno dell'interesse pubblico, delle singole imprese e dei consumatori, contribuendo in tal modo a garantire il benessere economico all'interno dell'Unione», e in particolare «l'art. 102 TFUE deve essere interpretato nel senso che riguarda non solo le pratiche che possono provocare un danno immediato ai consumatori [...], ma anche quelle che li danneggiano pregiudicando la sussistenza di una concorrenza effettiva. Se, infatti, l'art. 102 TFUE non vieta ad un'impresa di conquistare grazie ai suoi meriti una posizione dominante su un dato mercato e se, a maggior ragione, la constatazione dell'esistenza di tale posizione non comporta di per sé alcuna censura nei confronti dell'impresa interessata [...], ciò non toglie che, secondo una giurisprudenza costante, è all'impresa che detiene una posizione dominante che incombe la responsabilità particolare di non pregiudicare, con il suo comportamento, una concorrenza effettiva e leale nel mercato interno». Per un commento, v. M. RAUBER, *Confirming an inappropriate assessment framework for margin squeeze*, in *European Competition Law Review*, 2013, 490; G. COLANGELO, *Il margin squeeze in Europa dopo Deutsche Telekom e TeliaSonera*, in *Mercato Concorrenza Regole*, 2011, 367.

un'impresa che vi opera illegalmente¹⁰². Pur con qualche esitazione¹⁰³, anche le linee guida sull'applicazione dell'art. 102 TFUE agli illeciti escludenti sembrano recepire tale impostazione¹⁰⁴. E ancor di più sembra farlo la giurisprudenza che tali linee guida è chiamata ad applicare¹⁰⁵.

La protezione della fisionomia concorrenziale del mercato (unico¹⁰⁶) sembra quindi rimanere il valore cui deve essere teleologicamente orientato l'*enforcement* degli artt. 101 e 102 TFUE (anche nell'ipotesi di lettura congiunta con l'art. 106 TFUE¹⁰⁷). La tutela del processo concorrenziale è in altri termini obiettivo (che quantomeno appare) prioritario rispetto al perseguimento dell'efficienza e del *consumer welfare* in sé e per sé considerati¹⁰⁸.

Il carattere istituzionale della politica di concorrenza appare del resto rafforzato dal Trattato di Lisbona¹⁰⁹. Nel delineare le competenze esclusive

¹⁰² Si afferma infatti che «[l]’articolo 101 TFUE, non è destinato a tutelare soltanto gli interessi di concorrenti o consumatori, ma anche la struttura del mercato e, in tal modo, la concorrenza in quanto tale [tanto che] l’articolo 101 TFUE deve essere interpretato nel senso che il fatto che un’impresa lesa da un accordo avente ad oggetto una restrizione del gioco della concorrenza operasse sul mercato pertinente in modo asseritamente illegale al momento della conclusione di tale accordo non incide sulla questione se detto accordo integri una violazione di tale disposizione» (cfr. Corte giust. 7 febbraio 2013, in causa C-68/12, *Protimonopolný úrad Slovenskej republiky c. Slovenská sporiteľňa a.s.*, ECLI:EU:C:2013:71, §§ 18 e 21).

¹⁰³ Esitazioni dovute soprattutto all’opposta prospettiva che caratterizza il precedente *Discussion Paper on the Application of Article 82 of the Treaty to Exclusionary Abuses*, Bruxelles, 2005.

¹⁰⁴ In tale documento, pur affermando di volersi concentrare «sui tipi di comportamento maggiormente dannosi per i consumatori», la Commissione riconosce che «l’attuazione coercitiva delle norme svolte dalla Commissione mira in particolare a salvaguardare il processo concorrenziale del mercato interno e a garantire che le imprese che detengono una posizione dominante non escludano dal mercato i propri concorrenti tramite mezzi diversi dalla concorrenza basata sui meriti dei prodotti o dei servizi che forniscono» (cfr. la Comunicazione della Commissione, *Orientamenti sulle priorità della Commissione nell’applicazione dell’articolo 82 del trattato CE al comportamento abusivo delle imprese dominanti volto all’esclusione dei concorrenti*, in GU C, n. 45, del 24 febbraio 2009, 7, spec. §§ 5-6).

¹⁰⁵ Cfr. ad esempio Trib. 12 giugno 2014, in causa T-286/09, *Intel Corp. c. Commissione*, ECLI:EU:T:2014:547.

¹⁰⁶ Rimane infatti fermo l’ulteriore obiettivo di «realizzare l’integrazione dei mercati nazionali tramite la creazione di un mercato unico» (cfr. Corte giust. 16 settembre 2008, in cause riunite C-468 e C-478/06, *Sot. Lélós kai Sia EE e altri c. GlaxoSmithKline AEEVE Farmakeftikon Proionton*, ECLI:EU:C:2007:68, § 65).

¹⁰⁷ Sull’applicazione congiunta degli artt. 106(1) e 102 TFUE v. Corte giust. 17 luglio 2014, in causa C-553/12 P, *Commissione c. Dimosia Epicheirisi Ilektrismou AE (DEI)*, ECLI:EU:C:2014:2083, che annulla Trib. 20 settembre 2012, in causa T-169/08, *Dimosia Epicheirisi Ilektrismou AE (DEI) c. Commissione*, ECLI:EU:T:2012:448 La Corte afferma che «può esservi violazione del combinato disposto degli [106(1) e 102 TFUE] a prescindere da qualsiasi abuso reale. Occorre solo che la Commissione identifichi una conseguenza anticoncorrenziale, potenziale o reale, che possa derivare dal provvedimento statale di cui trattasi. Una tale violazione può così essere constatata quando i provvedimenti statali di cui trattasi pregiudichino la struttura del mercato creando condizioni di concorrenza ineguali tra le imprese, permettendo all’impresa pubblica o all’impresa cui sono stati concessi diritti speciali o esclusivi di mantenere, ad esempio ostacolando l’ingresso di nuovi concorrenti su quest’ultimo, rafforzare ed estendere la sua posizione dominante su un altro mercato limitando così la concorrenza, senza che sia richiesta la prova dell’esistenza di una pratica abusiva reale». Anche per ulteriori riferimenti, v. L. CALZOLARI, *Pari opportunità tra operatori economici e tutela della struttura del mercato: la creazione di mercati concorrenziali come vincolo all’intervento pubblico nella regolazione imposto dagli artt. 106, comma 1, e 102 TFUE*, in *Diritto dell’Unione europea*, 2015, 637; L. CALZOLARI, *The «clear obscurity» strikes back: the application of Articles 102 and 106(1) TFEU according to the opinion of Advocate General Wahl in the Gullotta case*, *Eurojus.it*, n. 2/2015.

¹⁰⁸ Cfr. G. GHIDINI, E. AREZZO, *L’assalto fallito? Riflessioni sulla proposta rivisitazione in chiave «più economica» dell’abuso di dominanza?*, in *Mercato Concorrenza Regole*, 2010, 115, spec. 136.

¹⁰⁹ In tal senso, fra gli altri, cfr. A. PERA, *Le relazioni pericolose*, cit., 1170. Più in generale, sul valore delle modifiche apportate dal Trattato di Lisbona alla disciplina della concorrenza, e in particolare sulla portata giuridica del Protocollo n. 27, la giurisprudenza afferma che «va anzitutto osservato che l’art. 3, n. 3, TUE precisa che l’Unione europea instaura un mercato interno, il quale, in conformità al protocollo n. 27, sul mercato interno e sulla concorrenza, allegato al Trattato di Lisbona [...], contempla un sistema atto a garantire che la concorrenza non sia falsata. Orbene,

dell'Unione si chiarisce infatti che le regole di concorrenza sono «*necessary al funzionamento del mercato interno*»¹¹⁰.

3.2 (segue): la rilevanza degli obiettivi sostanziali della politica di concorrenza ai fini della complementarità fra applicazione pubblica e privata delle regole di concorrenza. Primi cenni.

Si è detto che la scelta fra le finalità cui può essere orientata la politica di concorrenza incide sull'applicazione pratica della relativa normativa con conseguenze che si riflettono (anche) sulla dialettica fra *private* e *public enforcement*¹¹¹.

Alcuni aspetti di tale rapporto presuppongono ulteriori chiarimenti circa gli obiettivi del sistema di *enforcement*¹¹². Saranno dunque esaminati nel prosieguo del presente lavoro. Di altre questioni si può invece dare brevemente conto fin da ora.

Il *favor* verso la tutela della concorrenza come istituzione rende innanzitutto indispensabile la presenza di un versante pubblico nel sistema di *enforcement* delle regole antitrust. La protezione del processo competitivo e della struttura di mercato implica infatti che talune condotte sono vietate a prescindere dalle loro effettive conseguenze nei confronti di soggetti terzi¹¹³. Vi sono in altri termini illeciti anticoncorrenziali che non cagionano alcun danno (privato) e che non si possono quindi perseguire mediante gli strumenti del solo *private enforcement*¹¹⁴. Se non vi è danno (privato) non vi è

l'art. 102 TFUE rientra nel novero delle regole di concorrenza le quali, come quelle di cui all'art. 3, n. 1, lett. b), TFUE, sono necessarie al funzionamento del detto mercato interno» (cfr. causa C-52/09, *TeliaSonera*, cit., §§ 20-21).

¹¹⁰ Cfr. art. 3(b) TFUE. Sulle ripercussioni di tale formula con riguardo all'obiettivo dell'integrazione dei mercati degli Stati membri, si osserva che è «*interessante evidenziare che l'art. 3 TFUE fa espressamente riferimento al diritto antitrust quale strumento necessario al "funzionamento" del mercato interno, e non già alla sua "creazione"*» (cfr. S. BASTIANON, *Il carattere speciale (pro-integrazionista)*, cit., 35).

¹¹¹ E ciò perché «*[t]he assumption embodied in the "more economic approach movement" is, however, that neo-classical economics itself provides the norms and goals for European competition law and that it also furnishes the principal methods for applying those norms. It is this more fundamental and far-reaching aspect of the use of economics that represents the core of the "more economic approach"*» (cfr. D.J. GERBER, *Two Forms of Modernization*, cit., 1247).

¹¹² *In primis*, in merito alla funzione deterrente e a quella compensativa (sul punto v. *infra* il capitolo 1, §§ 4 e 5).

¹¹³ Ogni violazione offende infatti il gioco della concorrenza e deve essere perseguita per tutelare la libertà degli operatori economici e dei consumatori. O viceversa, «*[o]gni limitazione della libertà commerciale [viene] così a rappresentare una virtuale limitazione della concorrenza»* (cfr. R. PARDOLESI, *Analisi economica e diritto antitrust*, cit., 129). La prospettiva non cambia se l'obiettivo è la protezione della struttura del mercato, neppure se tale nozione viene interpretata come riferimento al pensiero della scuola di Harvard. Anche secondo tale impostazione, infatti, «*decisions rules [are] focused not on actual or potential effects of practices on competition, but rather on their characteristic: as long as they [lead] to a reduction in the autonomy of the agents there [is] a risk that competition would be restricted»* (cfr. A. PERA, *Changing Views of Competition*, cit., 136).

¹¹⁴ È vero che, in linea di principio, «*la stessa violazione turba l'ordine economico, ma danneggia altresì uno o più soggetti privati»* (cfr. A. FRIGNANI, *Diritto della concorrenza. L'insufficienza dei modelli sanzionatori*, cit., 117). Tuttavia, si osserva che «*[a]lcune infrazioni antitrust [...] producono rilevanti danni sociali ma non altrettanto chiari danni ai privati. Intese aventi oggetto ma non effetti anticoncorrenziali, ad esempio, non danno di solito luogo a danni risarcibili. Addirittura, anche intese sui prezzi aventi effetti anticoncorrenziali possono non dar luogo a danni [...]. Analoghe considerazioni valgono per alcune infrazioni riconducibili all'abuso di posizione dominante»* (cfr. F. TIRIO, *Le autorità indipendenti*, cit., 25-26, spec. nota 44). In altri termini, «*[c]ompetition law, while ultimately concerned with the interests of consumers and with consumer welfare in general, does not require proof of direct harm to consumers in order for its prohibitions to bite. In fact it is arguably enough to state that competition law is concerned with the protection of the "competitive process"*» (cfr. P. MARSDEN, P. WHELAN, «*Consumer Detriment*» and its Application in EC and UK Competition Law, in *European Competition Law Review*, 2006, 569, ivi).

risarcimento e quindi interesse ad agire in giudizio¹¹⁵. Anche in tale ottica si spiega la tradizionale preferenza dell'ordinamento dell'Unione per un sistema di controllo a matrice amministrativa.

Individuare la protezione della concorrenza come istituzione quale paradigma teleologico delle regole antitrust ha però ulteriori conseguenze. Una delle più rilevanti riguarda la presunta divergenza di obiettivi fra *public* e *private enforcement*. L'azione pubblica perseguirebbe infatti l'interesse generale. L'azione privata sarebbe invece finalizzata al diverso obiettivo di vendicare i diritti delle imprese concorrenti e dei consumatori lesi dall'illecito antitrust. Le due finalità sarebbero fra loro inconciliabili¹¹⁶. Il *private enforcement* finirebbe quindi per danneggiare il corretto funzionamento della politica di concorrenza, potendo dissuadere le imprese dal compimento di condotte potenzialmente efficienti¹¹⁷.

La critica non coglie nel segno e la ragione sta proprio nel carattere dirimente del pregiudizio alla concorrenza come istituzione¹¹⁸. Nel corso delle azioni civili, per i privati non è infatti sufficiente allegare che la condotta di un'impresa ha cagionato loro un danno. Piuttosto, si deve (anche) dimostrare che la condotta in discussione pregiudica il processo concorrenziale o la struttura del mercato¹¹⁹. Il diritto antitrust rimane infatti indifferente ai danni – pur causati da un'impresa a consumatori e

¹¹⁵ Con riguardo all'ordinamento dell'Unione, si osserva infatti che l'*enforcement* degli artt. 101 e 102 TFUE «*should not be made conditional upon the proof of any (consumer) harm. As not every infringement of EU competition law causes harm, one needs an enforcement system that is not conditional on the existence of any harm. [...] a claim for damages is generally conditional on the establishment of harm [...] Therefore, public enforcement cannot be exchanged for private enforcement without fundamental changes. It follows from the above that the accumulation of liability in parallel public and private enforcement proceedings is an inherent feature of EU competition law*» (cfr. M.J. FRESE, *Fines and Damages under EU Competition Law: Implications of the Accumulation of Liability*, in *World Competition*, 2011, 397, spec. 412)

¹¹⁶ Nel senso che «*[l]itigants in antitrust cases, like other economic actors, seek to benefit themselves, not to promote social welfare [thus] [n]o litigant's personal agenda will correspond fully with the social agenda*» (cfr. J.F. BRODLEY, *Antitrust Standing in Private Merger Cases: Reconciling Private Interest and Public Enforcement Goals*, in *Michigan Law Review*, 1995, 1, spec. 45).

¹¹⁷ E *in primis*, le condotte che danno luogo a una c.d. violazione efficiente dove il danno cagionato, se esiste, è inferiore ai benefici per il benessere sociale (sul punto v. *infra* il testo relativo alle note 152-156 e 194, nel capitolo 1, §§ 4 e 4.1).

¹¹⁸ La critica è infatti di regola strutturata come segue. Premesso che, (i) mentre i «*public enforcers are portrayed as maximizers of social welfare*», (ii) «*private plaintiff is typically motivated by the potential monetary awards*», si osserva che i «*private parties' incentives to sue for compensatory awards and the resulting deterrence diverge from social optimality*». Infatti, (i) mentre «*[a] damaged party will not sue following socially inefficient actions (i.e. actions whose benefits fall short of the harm) if the damages fall short of litigation costs*», (ii) essa invece «*may want to litigate even for actions that are socially efficient (e.g. their benefits to the "violators" exceed the harm)*». Ciò determina l'esistenza di un ingente contenzioso antitrust «*for actions that actually have a net external benefit*» (cfr. I. SEGAL, M. WHINSTON, *Public vs. Private Enforcement* cit., 308). Quanto sopra può essere vero se si assume che il diritto antitrust sia finalizzato all'efficienza e al *consumer welfare* (quale somma del surplus di consumatori e produttori). Perde invece di significato, almeno in parte, se l'obiettivo della politica antitrust è identificato con la tutela della concorrenza in quanto istituzione. Infatti, non ci può essere alcun «*net external benefit*» tale da giustificare una restrizione alla struttura del mercato o al processo competitivo, atteso che il benessere della parte danneggiata e del trasgressore non sono parametri rilevanti. Non vi sono in altri termini violazioni efficienti.

¹¹⁹ Al contrario, se l'obiettivo della politica di concorrenza è la promozione del *consumer welfare*, il pregiudizio al processo concorrenziale perde la propria efficacia dirimente. Secondo tale impostazione, infatti, «*d'apparato concorrenziale dovrebbe intervenire, almeno teoricamente, solo laddove sia possibile individuare con sufficiente certezza una relazione causale con un prevedibile danno ai consumatori*» (cfr. H. SCHWEITZER, *Tutela della concorrenza e tutela dei consumatori. Due fini confliggenti?*, in *Mercato Concorrenza Regole*, 2009, 384, spec. 387).

concorrenti – che non sono diretta conseguenza di una restrizione concorrenziale¹²⁰. Anche se strumentali alla distribuzione di interessi privati, i giudizi civili sono dunque funzionali alla tutela della concorrenza come istituzione. E sono quindi compatibili con l'interesse pubblico sotteso a tale risultato. Ciò non equivale a dire che il *private enforcement* si possa sviluppare senza alcuna limitazione. Significa piuttosto che non vi è incompatibilità fra azione pubblica e privata¹²¹. Il ruolo da assegnare ai due versanti dipende quindi da valutazioni di opportunità da effettuare a livello degli altri piani funzionali, e in particolare con riguardo alla funzione deterrente e a quella compensativa.

La necessaria dimostrazione di un pregiudizio al processo competitivo o alla struttura del mercato consente di passare all'ultima questione. Una delle principali differenze fra approccio economico e strutturale riguarda infatti le modalità di redazione delle regole di responsabilità¹²² e di accertamento delle violazioni¹²³, e in particolare il regime dell'onere della prova¹²⁴. Il tema meriterebbe ben altra trattazione, ma in questa sede si può solo accennare a due fra le questioni principali.

La prima riguarda la nota distinzione fra *per se rules* e *rules of reason*¹²⁵. L'approccio strutturale fa largo affidamento sulla prima categoria¹²⁶. Ogni condotta che integra gli estremi previsti dalle regole antitrust è considerata così dannosa per la concorrenza da non poter avere giustificazione e comporta l'immediata attivazione

¹²⁰ In altri termini, «[p]rotection of private rights cannot by itself set in motion the protection of free competition, since the law as it stands is indifferent to harm caused to a specific person, unless that harm is the consequences of a certain practice whose object or effect is the distortion-prevention-restriction of effective competition in the market» (cfr. A.P. KOMNINOS, *EC Private Antitrust Enforcement*, cit., 13-14).

¹²¹ Tale osservazione non sembra condivisa da J. SHAW, *Decentralization and Law Enforcement in EC Competition Law*, in *Legal Studies*, 1995, 128, spec. 158-159) secondo cui l'approccio strutturale scoraggia il ricorso alle azioni civili di risarcimento: «[p]rivate actions will generally be favoured where competition is seen primarily as a private, market-based matter, with competition policy being correspondingly limited in scope. They will tend to be discouraged where competition policy implies the existence of some element of public interest in the maintenance of a particular type of trading structure (here the integration of national markets)».

¹²² Si osserva infatti che il «[c]onsumer welfare' also can play the role of a guide in the development of legal rules. Considerations of 'consumer welfare' could be important in the formulation of liability rules which themselves might not consider effects on 'consumer welfare'. Practices that almost surely lessen 'consumer welfare' could be declared illegal; practices reasonably likely to lessen 'consumer welfare' could be subjected to a presumption of illegality; and practices likely to enhance 'consumer welfare' could be placed in a safe harbor» (cfr. G.J. WERDEN, *Essays on Consumer Welfare and Competition Policy*, Working Paper, 2009, 7, disponibile all'indirizzo <http://ssrn.com/abstract=1352032>).

¹²³ Infatti, la teorica del consumer welfare designa «non soltanto un contenuto, ma una modalità di perseguimento di un dato obiettivo, una procedura la cui conformità a quella voluta dal Trattato deve essere oggetto di severo scrutinio» (cfr. M.C. CORRADI, *GlaxoSmithKline*, 97).

¹²⁴ Si osserva infatti che la funzione principale del *consumer welfare* «in competition law is to form the framework of reference where liability under competition rules is determined. On the one hand, it provides the standard of proof required from competition agencies and from private individuals in order to prove the negative effects of companies' conduct and thus a violation of the competition rules. On the other, it determines what companies need to bring as evidence to demonstrate positive effects in order to justify their otherwise restrictive conduct on the markets» (cfr. K.J. CSERES, *The Controversies of the Consumer Welfare*, cit., 136). Lo stesso vale per gli altri standard applicativi delle regole di concorrenza, quale ad esempio il parametro del pregiudizio al processo competitivo.

¹²⁵ In argomento, v. già R.H. BORK, *The Rule of Reason and the Per Se Concept: Price Fixing and Market Division I*, in *Yale Law Journal*, 1965, 775 e II, in *Yale Law Journal*, 1966, 373.

¹²⁶ Si osserva infatti che il risultato operativo della scuola di Harvard (ma anche della scuola di Friburgo) è in sostanza «l'infittirsi di divieti per se» (cfr. R. PARDOLESI, *Analisi economica e diritto antitrust*, cit. 126).

dei divieti. L'approccio economico favorisce invece la seconda categoria¹²⁷. Solo per un numero esiguo di fattispecie rimane la proibizione basata sull'analisi astratta delle caratteristiche formali. Per la maggioranza delle ipotesi è invece necessario condurre un giudizio di ragionevolezza¹²⁸. Si deve cioè dimostrare (nel corso del procedimento pubblico o privato) che la condotta che si ritiene anticoncorrenziale produce concreti effetti negativi.

La seconda questione riguarda proprio l'elemento da prendere a parametro per provare l'esistenza di tali effetti negativi. Anche nell'approccio strutturale (*i*) si conosce infatti la distinzione fra restrizioni per oggetto e restrizioni per effetto, e (*ii*) si riconosce quindi l'esistenza di condotte la cui anti-giuridicità non è assoluta ma richiede un'analisi concreta. La differenza con l'approccio economico rimane però piuttosto marcata¹²⁹. Nel primo caso, si richiede infatti di provare l'esistenza di un pregiudizio per la concorrenza, intesa come processo competitivo aperto o struttura di mercato¹³⁰. Nel secondo caso, è invece necessario dimostrare che la condotta produce una riduzione del consumer welfare. In assenza di tale prova la condotta è certamente lecita, anche se le sue caratteristiche strutturali la fanno ricadere nel dettato di una regola antitrust¹³¹. Si parla in questo senso di *c.d. free-law*¹³². Anche se la condotta in discussione ha effetti *prima facie* negativi per il consumer welfare può essere peraltro necessario valutare le sue eventuali esternalità positive in termini di

¹²⁷ Infatti, premesso «*that antitrust policy should be directed toward promoting efficiency, or as some prefer to call it, consumer welfare*» si afferma che «[t]he “rule of reason” narrows the class of illegal restraints from all those that limit any individual’s commercial freedom to those that limit the efficient operation of markets generally» (cfr. W.H. PAGE, *Antitrust Damages and Economic Efficiency: An Approach to Antitrust Injury*, in *University of Chicago Law Review*, 1980, 467, spec. 471). Con riguardo all'esperienza nordamericana, si osserva inoltre che «*the substantive law of antitrust has changed over the past thirty years with virtually no per se rules prohibiting anticompetitive conduct outside the area of hard-core price fixing and related conduct*» (cfr. S.W. WALLER, *Towards a Constructive Public-Private Partnership to Enforce Competition Law*, in *World Competition*, 2006, 367, spec. 372, anche per ulteriori riferimenti).

¹²⁸ In sintesi, la *rule of reason* è infatti una «*clausola generale di derivazione giurisprudenziale in forza della quale il rigore dei divieti dettati in materia di intese anticoncorrenziali subisce l'attenuazione della ragionevolezza*» (cfr. L. DI VIA, *Alcune riflessioni sulla rule of reason ed il concetto di consistenza di una restrizione della concorrenza*, in *Diritto del Commercio Internazionale*, 1996, 289, spec. 289-290).

¹²⁹ Sulla differenza fra *rule of reason* e *per se rule* nella prospettiva europea e statunitense, fra i molti, v. G. D'ATTORRE, *Una ragionevole concorrenza: il ruolo della “rule of reason” dopo la riforma del diritto antitrust comunitario*, in *Giurisprudenza Commerciale*, 2004, 82.

¹³⁰ Si osserva infatti che «[c]hi concepisce la concorrenza come rivalità, e quelle antitrust come norme per la protezione di processi e non a garanzia di risultati [...] non è che prescindendo dagli effetti, solo riscontra l'esistenza o l'inesistenza di restrizioni della concorrenza in situazioni in cui i sostenitori della teoria della protezione del consumer welfare giungono a conclusioni diametralmente opposte» (cfr. F. DENOZZA, A. TOFFOLETTO, *Contro l'utilizzazione dell'«approccio economico»*, cit., 568).

¹³¹ In estrema sintesi, mentre l'approccio tradizionale al diritto della concorrenza «*aims at, and is based on, the analysis of the interaction among competitors, in order to insure that it is not distorted by the abuse of market power*», nell'ambito del *c.d. approccio economico* «*the interaction among competitors is no longer important, as long as a certain practice leads to improvements and consumer welfare*» (cfr. A. PERA, *Changing Views of Competition*, cit., 141).

¹³² Si osserva infatti che «[s]uch an argument paves the way to so-called “free law” – a system based on the personal convictions of the interpreters and not tied to the rules laid down by legal democratic institutions. History teaches us, more generally, about the dangers to which such a perspective could give rise, by opening the door to an ethical, rather than a legal, system of rules. Only linking anti-competitive infringements to the substantial ascertaining of an interest, would entail giving up the proper method that every lawyer has to apply in the name of the Rule of Law» (cfr. F. CINTIOLI, *The interpretation of competition law*, cit., 875).

efficienza¹³³. Il giudizio di ragionevolezza si basa infatti sul bilanciamento complessivo fra effetti positivi e negativi. Occorre quindi confrontare gli eventuali pregiudizi al benessere dei consumatori (in senso stretto) con gli eventuali benefici per il benessere dei consumatori (intesi quale società¹³⁴).

In definitiva, l'approccio economico complica le attività di *enforcement*¹³⁵. In tale prospettiva sia l'individuazione che la valutazione delle condotte potenzialmente illecite non si basano sull'analisi delle norme, ma richiedono invece complessi esami del loro rapporto costi e benefici in termini di efficienza¹³⁶. Il livello di conoscenze tecnico-economiche richieste può quindi (ulteriormente) scoraggiare lo sviluppo delle azioni private¹³⁷.

4 Il secondo piano funzionale. L'osservanza delle regole quale obiettivo principale dei sistemi di *enforcement* (pubblici e privati). La teoria economica della deterrenza nel settore antitrust.

L'obiettivo principale di ogni sistema di *enforcement* (pubblico o privato) è garantire l'osservanza delle regole sostanziali¹³⁸. Ciò presuppone che l'ordinamento fornisca agli individui incentivi sufficienti a rispettare le disposizioni vigenti¹³⁹. L'ottemperanza si stimola principalmente mediante due funzioni fra loro interconnesse. Da un lato, il sistema deve disporre degli strumenti necessari a rilevare e portare a cessazione le infrazioni in corso. Dall'altro lato, si deve riuscire a prevenire

¹³³ Tanto che «[n]on ogni forma di cooperazione pregiudica il gioco della concorrenza, ma solo quelle che mettono capo ad aumenti di prezzo in assenza di giustificazioni efficientistiche» (cfr. R. PARDOLESI, *Analisi economica e diritto antitrust*, cit., 125). È quindi ben possibile che «[t]he merger to monopoly would pass muster under the aggregate economic welfare standard if costs were reduced sufficiently to raise the selling firm's profits by more than the total aggregate harm to consumers» (cfr. S.C. SALOP, *Question: What is the Real and Proper Antitrust Welfare Standard?*, cit., 337).

¹³⁴ In argomento, fra i molti, v. E. ELHAUGE, *The failed Resurrection of the Single Monopoly Profit Theory*, in *Competition Policy International*, 2010, 167; M. MOTTA, M. POLO, *Antitrust. Economia e politica della concorrenza*, Bologna, 2005, spec. 31.

¹³⁵ In effetti, «*by abandoning the legal methods we produce uncertainty. For it is a very difficult task to prevent and predict the infringement. If it depended on the various and changing conditions of the market and on the personal convictions of the Competition Authority inspired by one economic theory or another, it would be too difficult to do. Certainty needs either precise rules or precise principles; it needs stability in the rulings of the Institutions and of the Courts*» (cfr. F. CINTIOLI, *The interpretation of competition law*, cit., 875-876).

¹³⁶ Nel senso che «[w]hether a given competition action is a violation of antitrust law is often determined by the "rule of reason", which compares the likely social costs and benefits of the action. This is a complicated calculation that requires substantial knowledge of economics and market conditions, and on which even economic and industry experts often disagree. Private parties may be less likely to have such knowledge than a dedicated public agency staffed by experts» (cfr. I. SEGAL, M. WHINSTON, *Public vs. Private Enforcement*, cit., 306).

¹³⁷ E in effetti, dal punto di vista empirico, pur con riguardo all'esperienza americana, si osserva che le azioni private sono di regola destinate al fallimento nei casi in cui non invocano la violazione di una delle (rare) *per se rules* (cfr. M. CARRIER, *The Rule of Reason: An Empirical Update for the 21st Century*, in *George Mason Law Review*, 2009, 827).

¹³⁸ Con riguardo alla materia in discussione, si osserva ad esempio che «[t]he most obvious goal of antitrust enforcement is to ensure that the antitrust prohibitions are not violated and that the anticompetitive effects which the antitrust prohibitions aim to avoid are indeed avoided» (cfr. W.P.J. WILS, *Should Private Enforcement Be Encouraged in Europe?*, in *World Competition*, 2003, 473, spec. 478).

¹³⁹ Cfr. I. SEGAL, M. WHINSTON, *Public vs. Private Enforcement*, cit., 306.

la futura commissione dei comportamenti indesiderati e quindi il ripetersi delle infrazioni¹⁴⁰.

È opportuno soffermarsi su quest'ultima funzione. La prevenzione degli illeciti si può ottenere mediante diverse strategie. Si può ad esempio immaginare che ogni condotta potenzialmente indesiderata sia sottoposta allo scrutinio preventivo delle autorità¹⁴¹. Anche nel settore in discussione, un siffatto sistema di autorizzazione *ex ante* ha del resto rappresentato il modello applicativo dell'art. 101 TFUE per circa mezzo secolo. E ancora oggi costituisce la regola nel settore delle concentrazioni. Un sistema di controllo preventivo è però di difficile realizzazione pratica. L'analisi amministrativa dei rischi di ogni condotta potenzialmente indesiderata richiede infatti risorse tali da essere difficilmente sostenibile sul piano pratico e finanziario. Ed è proprio questa una delle principali giustificazioni del processo di modernizzazione.

E allora necessario immaginare soluzioni alternative. La risposta più convincente è data dalla teoria economica della deterrenza. Secondo tale approccio per evitare la commissione di condotte indesiderate è sufficiente alterare il rapporto dei costi e benefici in capo al potenziale trasgressore. L'idea riposa su uno dei fondamenti del pensiero economico moderno e cioè che ogni individuo agisce in modo razionale¹⁴². La razionalità fa sì che (anche) il potenziale trasgressore non compia scientemente azioni che lo danneggiano. Un aumento dei costi attesi dall'infrazione può quindi scoraggiare la violazione di una norma se questi finiscono per superare i benefici. Ciò è particolarmente vero con riguardo agli illeciti antitrust. I potenziali trasgressori delle regole di concorrenza sono infatti imprese che, per definizione, adottano le proprie strategie operative sulla base di analisi economiche¹⁴³.

La prevenzione degli illeciti finisce quindi per coincidere con la questione dell'ottimale fissazione dei costi attesi per le infrazioni. Nella nozione di costi attesi rientra peraltro ogni conseguenza negativa per l'autore della violazione. La distinzione fra sanzioni pubbliche (penali o amministrative) e rimedi privati (*in primis*, il risarcimento dei danni) è dunque a tale fine poco significativa¹⁴⁴. O meglio non rileva

¹⁴⁰ Sul punto, con riguardo alla disciplina antitrust, v. ad esempio E. HJELMENG, *Competition law remedies: striving for coherence or finding new ways?*, in *Common Market Law Review*, 2013, 1007, spec. 1008.

¹⁴¹ Sul punto, cfr. W.P.J. WILS, *The relationship*, cit., 3).

¹⁴² La c.d. *rational choice theory* è alla base delle teorie fondate sull'analisi economica del diritto. Recentemente ha avuto particolare diffusione una diversa scuola di pensiero basata sulla psicologia cognitiva applicata all'analisi del diritto. Secondo tale impostazione gli individui violano in modo sistematico e prevedibile il canone della razionalità. Le ragioni di tale violazione sistematica sarebbero causate da tre principali categorie di decisioni, ossia (i) quelle basate su scelte euristiche ed errori, (ii) quelle basate su scelte condizionate dal contesto in cui si collocano, e infine (iii) quelle basate su scelte in contrasto con l'interesse personale del soggetto agente (in argomento, anche per ulteriori riferimenti, cfr. F. TIRIO, *Le autorità indipendenti*, cit., 9-10, spec. note 9 e 10).

¹⁴³ In effetti, i potenziali trasgressori «si comportano da razionali massimizzatori dei profitti, il che significa che i dirigenti delle imprese coinvolte conducono *ex ante* un'analisi costi-benefici per determinare se i vantaggi derivanti dall'illecito valgono i rischi dell'essere scoperti e sanzionati» (cfr. R. PARDOLESI, *Complementarietà irrisolte*, cit., 467). Da ciò consegue che «[d]eterrence is probably particularly effective in the area of antitrust, since antitrust violations generally result from business decisions» (cfr. W.P.J. WILS, *Should Private Enforcement Be Encouraged*, cit., 478).

¹⁴⁴ La teoria della deterrenza ha infatti il pregio di «concentrare in un'unica teoria [...] discipline

come questione di principio ma piuttosto per stabilire se l'effetto deterrente è meglio perseguibile mediante l'azione pubblica o privata¹⁴⁵. Per il momento, i termini «sanzione» e costi attesi si possono quindi considerare come – atecnici – sinonimi¹⁴⁶.

Ciò posto, esistono due principali linee di pensiero con riguardo all'individuazione del livello ottimale cui fissare i costi attesi: la teoria della c.d. internalizzazione e quella della deterrenza in senso stretto. Con specifico riferimento al diritto antitrust, la distinzione riflette quella sulle finalità sostanziali della politica di concorrenza¹⁴⁷. Come si vedrà, l'internalizzazione è infatti corollario delle teorie economiche secondo cui il diritto della concorrenza persegue la sola efficienza economica. La deterrenza in senso stretto è invece espressione di chi associa alle regole antitrust obiettivi di più largo respiro. Ecco allora un'altra rilevante conseguenza della scelta sostanziale fra perseguimento dell'efficienza e tutela della concorrenza come istituzione che si riflette sulle modalità e sugli obiettivi di *enforcement* (pubblico e privato).

La prima (e più risalente) impostazione prende a parametro il costo sociale causato dalla violazione di una norma¹⁴⁸. La teoria si fonda su tre principali assunti. Da un lato, si osserva che ogni illecito comporta delle esternalità negative: alcuni costi sono infatti sopportati dalla società e non dall'autore dell'infrazione. Dall'altro lato, si rileva che non tutti gli illeciti sono scoperti e perseguiti: né dalla pubblica autorità né dai privati. Dall'altro lato ancora, si afferma che la repressione della totalità degli illeciti è circostanza comunque indesiderabile: i costi di *enforcement* sono infatti superiori ai benefici con conseguenze negative sul benessere sociale.

I costi attesi sono dunque ottimali se (i) quantificano le conseguenze negative dell'illecito per la società, e (ii) le pongono a carico del trasgressore, ma ciò (iii) tenendo conto delle probabilità che l'infrazione sia individuata e perseguita. La relazione tra tali elementi è espressa mediante una nota formula matematica secondo cui i costi attesi (la c.d. «sanzione» ottimale) devono essere pari al danno sociale cagionato dall'infrazione moltiplicato per l'inverso della probabilità della scoperta della stessa¹⁴⁹. Si ottiene così l'internalizzazione (in capo al trasgressore) delle esternalità negative (cagionate alla società).

apparentemente tanto diverse come il diritto penale, amministrativo e civile» (cfr. P. GIUDICI, *La responsabilità civile*, cit., 38-39).

¹⁴⁵ Sul punto v. quindi *infra* il capitolo 1, §§ 4.1 e 6.

¹⁴⁶ Del resto, «[t]he damages payment basically acts as an additional fine in the sense that it takes away additional gain from the infringement» (cfr., fra i più recenti, K. HUSCHELRATH, S. PEYER, *Public and Private Enforcement of Competition Law: A Different Approach*, in *World Competition*, 2013, 585, spec. 594).

¹⁴⁷ Nel senso che «[t]he difference between the deterrence approach and the internalisation approach to antitrust fines mainly reflects [...] a difference in views about the primary goal of the antitrust prohibitions» (cfr. W.P.J. WILS, *Efficiency and Justice*, cit., 57).

¹⁴⁸ Il riferimento, com'è ovvio, va a G.S. BECKER, *Crime and Punishment: An Economic Approach*, in *Journal of Political Economy*, 1968, 169. Si veda altresì G.J. STIGLER, *The Optimum Enforcement of Laws*, in *Journal of Political Economy*, 1970, 526.

¹⁴⁹ Indicando (i) con “S” la sanzione ottimale (ii) con “C” il costo sociale, e (iii) con “P” la probabilità di scoperta dell'infrazione, la formula si esprime come segue: $S = (C/P)$.

La teoria è inizialmente sviluppata nell'ambito del diritto penale¹⁵⁰ ma è presto recepita negli studi sulla responsabilità civile¹⁵¹, e in particolare nel settore del diritto antitrust. Si è detto infatti che tale approccio rappresenta un vero e proprio corollario del pensiero della scuola di Chicago.

La questione può essere riassunta come segue. Il diritto antitrust persegue l'efficienza dei mercati. L'efficienza dei mercati implica la massimizzazione del benessere sociale. Il benessere sociale non distingue fra consumatori e produttori. Una violazione delle regole antitrust ha quindi effetti positivi sul benessere sociale se favorisce i produttori più di quanto danneggia i consumatori. La teoria dell'internalizzazione delle esternalità è perfettamente in linea con tale impostazione¹⁵². Il potenziale trasgressore valuta infatti costi e benefici attesi dalla violazione delle regole di concorrenza. I costi attesi sono calcolati sulla base delle esternalità negative dell'infrazione, ossia dei costi sociali. Se le esternalità sono inferiori ai benefici è razionale per il trasgressore violare il precetto antitrust e internalizzare i costi sociali. L'infrazione genera un profitto superiore alla «sanzione» e si versa dunque in un'ipotesi di c.d. violazione efficiente. Il livello di benessere sociale è infatti superiore a quello pre-infrazione. Se le esternalità sono invece superiori ai benefici, l'internalizzazione dei costi dissuade il potenziale trasgressore dal compiere una condotta inefficiente.

In definitiva, secondo la teoria dell'internalizzazione (e in linea con la scuola di Chicago), le «sanzioni» (private e pubbliche) che accompagnano le regole di concorrenza non esprimono un disvalore assoluto per la loro violazione ma si limitano piuttosto a fissarne il prezzo¹⁵³. In tal modo l'effetto dissuasivo riguarda le sole violazioni inefficienti¹⁵⁴.

La teoria della deterrenza in senso stretto censura tale conclusione, sia in prospettiva generale che con specifico riferimento alla disciplina antitrust. L'idea di base è piuttosto semplice: vi sono casi in cui l'ordinamento non permette che la posizione giuridica delle vittime sia sacrificata sull'altare del guadagno dei trasgressori. Taluni illeciti sono infatti vietati dall'ordinamento a prescindere dagli eventuali effetti positivi in termini di efficienza complessiva. In certi casi ai potenziali trasgressori non è dunque consentito "l'acquisto" del diritto a trasgredire mediante la mera

¹⁵⁰ È anche per tale ragione che si discute di «sanzioni» ottimali.

¹⁵¹ Fra i molti, cfr. R.A. POSNER, *A Theory of Negligence*, in *Journal of Legal Studies*, 1972, 29.

¹⁵² In effetti, «[t]he internalisation approach to antitrust fines fits the Chicago School view that the primary goal of the antitrust prohibitions is to maximise total economic welfare or total efficiency, it the sum of the economic welfare of both buyers and sellers (consumers and producers). If one adheres to this view about the primary purpose of antitrust, one would logically also embrace the internalisation approach to antitrust fines, as it ensures that the welfare of antitrust violators and that of their victims are given equal weights»(cfr. W.P.J. WILS, *Efficiency and Justice*, cit., 57).

¹⁵³ Per l'uso di tali termini, fra i molti, cfr. P. GIUDICI, *La responsabilità civile*, cit., 67; R. COOTER, *Prices and Sanctions*, in *Columbia Law Review*, 1984, 1523; J.C. COFFEE, *Paradigms Lost: The Blurring of the Criminal and Civil Law Models – And What Can Be Done About It*, in *Yale Law Journal*, 1992, 1875.

¹⁵⁴ Con riguardo alle ipotesi di concentrazioni, v. ad esempio O.E. WILLIAMSON, *Economies as an Antitrust Defense: The Welfare Tradeoffs*, in *American Economic Review*, 1968, 18.

internalizzazione dei costi sociali. Ciò è evidente nei casi in cui alla responsabilità civile si accompagna una sanzione penale o amministrativa. E ancora di più quando la risposta pubblica non ha natura meramente pecuniaria. In questi casi, in cui rientra il diritto della concorrenza, non esiste infatti un prezzo da pagare per la violazione delle regole vigenti¹⁵⁵.

Quanto sopra si riflette sulla scelta del parametro cui orientare la fissazione dei costi attesi dalle infrazioni. La *ratio* del cambiamento è che il potenziale trasgressore non deve (più) essere dissuaso dalle sole violazioni inefficienti; l'effetto deterrente della «sanzione» si deve piuttosto estendere fino a coprire ogni possibile infrazione. Ciò è in linea con il fatto che l'approccio in discussione è espressione di quelle scuole di pensiero che riconoscono al diritto antitrust finalità sostanziali più ampie rispetto al perseguimento della mera efficienza economica¹⁵⁶.

Per raggiungere tale livello di deterrenza la «sanzione» attesa non può basarsi sui costi sociali cagionati dall'infrazione, ma deve piuttosto prendere a riferimento il beneficio del potenziale trasgressore. Se il guadagno atteso è superiore ai costi attesi della violazione – sempre moltiplicati per l'inverso della probabilità che la stessa sia individuata¹⁵⁷ – è infatti razionale per il potenziale trasgressore commettere l'infrazione¹⁵⁸.

¹⁵⁵ Nel pensiero economico tale impostazione si traduce nella nota distinzione fra c.d. *property* e *liability rules* (cfr., *in primis*, G. CALABRESI, A.D. MELAMED, *Property Rules, Liability Rules and Inalienability: One view of the Cathedral*, in *Harvard Law Review*, 1972, 1089). La questione può essere riassunta (e approssimata) come segue. Gli interessi giuridici protetti dalla prima categoria di regole sono assoluti e non possono subire variazioni senza l'accordo del titolare. I rimedi concessi hanno dunque natura reale e le violazioni sono sovente accompagnate da sanzioni amministrative o penali. La concessione di tali rimedi è tipica dei casi in cui i costi di transazione sono bassi e il costo di tali tipologie di rimedi sono dunque sostenibili in caso di conflittualità. Gli interessi protetti dalla seconda categoria si possono invece sacrificare purché al titolare danneggiato sia garantito il risarcimento. Ciò per facilitare l'effettività delle transazioni economiche e degli scambi commerciali nel caso in cui i costi di transazione siano particolarmente elevati. Le due categorie non sono però fra loro contrapposte. Ciò significa che di regola non vi sono fattispecie protette mediante *property rules* e fattispecie protette mediante *liability rules*. Piuttosto, il sistema di tutela è così strutturato. Da un lato, vi sono alcuni interessi giuridici assistiti da entrambe le categorie di rimedi: le *liability rules* offrono in questo caso una tutela (di natura risarcitoria) accessoria a quella garantita dalle *property rules*. Dall'altro lato, vi sono invece casi in cui gli interessi in gioco sono tutelati dalle sole *liability rules*. È solo con riguardo a tali fattispecie che il sistema opera effettivamente come un meccanismo di prezzo dell'infrazione, consentendo l'internalizzazione delle esternalità negative (cfr., anche per ulteriori riferimenti, P. GIUDICI, *La responsabilità civile*, 66-76).

¹⁵⁶ E in particolare la tutela del processo competitivo e della struttura dei mercati: «[t]he internalisation approach to antitrust fines appears however unsuitable if one has a different or broader view about the primary purpose of antitrust as [...] most people do. If one takes the view that the primary goal of the antitrust prohibitions is to prevent wealth transfers from consumers to producers, one would naturally opt for the deterrence approach to antitrust fines, as it aims at deterring all antitrust violations, irrespective of whether the offender's gain exceeds the harm caused to consumers. If one considers that the primary goal of the antitrust prohibitions is more broadly to protect consumer choice or consumer sovereignty or to preserve competitive structure and open market values, the deterrence approach to fines would similarly be indicated» (cfr. W.P.J. WILS, *Efficiency and Justice*, cit., 57-58).

¹⁵⁷ Anche la teoria della deterrenza in senso stretto ritiene infatti che il livello ottimale di *enforcement* sia inferiore alla repressione della totalità degli illeciti, a causa dei costi a ciò collegati. Pertanto, indicando (i) la sanzione ottimale con "S", (ii) il beneficio del trasgressore con "B", e (iii) la probabilità di scoperta dell'infrazione con "P", la formula si esprime come $S = (G/P)$.

¹⁵⁸ Infatti, un agente economico razionale si astiene «dal violare la disciplina qualora il guadagno atteso dalla violazione risulti inferiore alla sanzione, moltiplicata per la probabilità del disvelamento della condotta da parte dell'autorità di controllo» (cfr., da ultimo, A. GIANNACCARI, *Storie minime di sanzioni: delitto e (quale castigo)?*, in *Mercato Concorrenza*

Con specifico riguardo alla disciplina della concorrenza, la questione ha diverse conseguenze. La più rilevante è che la calibrazione dell'efficacia deterrente in base ai benefici del trasgressore rende necessaria la presenza di un versante pubblico nel sistema di *enforcement* delle regole antitrust. L'azione privata è infatti finalizzata al risarcimento del danno subito e non considera l'arricchimento dell'autore dell'illecito. In astratto, il *private enforcement* è quindi sufficiente solo se l'obiettivo è quello di applicare «sanzioni» pari ai danni cagionati dall'infrazione¹⁵⁹. Il profitto del trasgressore può invece entrare in gioco solo se la condotta illecita è perseguita anche dall'azione pubblica. Il c.d. *disgorgement* è infatti uno strumento tipico di *public enforcement*¹⁶⁰.

Anche in tale prospettiva, la questione non è quindi se *public* e *private enforcement* del diritto antitrust siano meccanismi fra loro alternativi. Si deve piuttosto valutare in che modo i due strumenti possano interagire per favorire il raggiungimento del livello ottimale di deterrenza degli illeciti anticoncorrenziali¹⁶¹.

4.1 (segue): il rapporto fra applicazione pubblica e privata delle regole antitrust ai fini della deterrenza degli illeciti anticoncorrenziali.

Si è detto che nella nozione di costi attesi rientrano sia le sanzioni pubbliche che i rimedi privatistici. Ciò equivale ad affermare che tanto l'azione pubblica quanto quella privata sono idonee a disincentivare l'adozione di condotte illecite, e in particolare di quelle anticoncorrenziali.

Il rapporto fra costi e benefici attesi dal potenziale trasgressore può infatti essere alterato sia mediante il contenzioso interprivato che per mezzo dell'attività pubblica di controllo e vigilanza¹⁶². Negli ordinamenti che tutelano la libera

Regole, 2013, 473, spec. 476).

¹⁵⁹ Si tratta chiaramente di una semplificazione che sconta diverse imperfezioni. Da un lato, si deve prendere in considerazione la non perfetta sovrapposibilità fra danni sociali e danni privati cagionati dagli illeciti anticoncorrenziali. Vi sono infatti alcuni danni (c.d. *deadweight loss*) il cui costo è difficilmente imputato ai trasgressori nel corso delle azioni civili. Dall'altro lato, si può invece sostenere che alcuni correttivi alla disciplina della responsabilità civile potrebbero sopperire alla distinzione fra costi sociali e profitti dell'autore dell'illecito. Il riferimento è *in primis* ai c.d. danni punitivi che consentono agli attori civili di ottenere un risarcimento superiore ai danni effettivamente subiti. Anche negli ordinamenti dove tale categoria di danni è di regola riconosciuta (*i.e.*, gli Stati Uniti) la loro efficacia deterrente è tuttavia fortemente ridotta dalla mancata risarcibilità degli interessi precedenti alla domanda giudiziale.

¹⁶⁰ Con specifico riferimento alla disciplina della concorrenza, si osserva infatti che il «[d]isgorgement will normally automatically result from the imposition of deterrent penalties through public enforcement» (cfr. W.J.P. WILS, *The relationship*, cit., 6; sul punto v. anche S.W. WALLER, *The Incoherence of Punishment in Antitrust*, in *Chicago-Kent Law Review*, 2003, 207).

¹⁶¹ Anche di recente si afferma infatti che «non si tratta tanto di interrogarsi sulla necessità, o no, di un versante privatistico dell'applicazione del diritto antitrust in aggiunta a quello pubblico, dal momento che la risposta in tal senso non può che essere positiva. La questione sta, piuttosto, nel ruolo da assegnare al versante privatistico» (cfr. R. PARDOLESI, *Complementarietà irrisolte*, cit., 466).

¹⁶² Si osserva infatti che «[t]here are two basic approaches to deterring socially harmful behaviour: with the threat of litigation by private parties or with enforcement by public agencies» (cfr. I. SEGAL, M. WHINSTON, *Public vs. Private Enforcement*, cit., 306; in senso analogo v. anche cfr. R. PARDOLESI, *Complementarietà irrisolte*, cit., 466).

concorrenza, la regola è anzi che i sistemi di *enforcement* siano basati (almeno formalmente) su entrambi i pilastri¹⁶³.

Nonostante le diverse finalità, la teoria dell'internalizzazione e quella della deterrenza in senso stretto confermano tale impostazione. Entrambe suggeriscono infatti che l'effetto deterrente del sistema è direttamente proporzionale (*i*) al livello della «sanzione» attesa per l'infrazione, e (*ii*) alla probabilità di scoperta della stessa. Ciò significa che l'effetto deterrente delle regole antitrust aumenta sia (*i*) a fronte di un innalzamento dei costi attesi per il compimento di un'infrazione, sia (*ii*) in caso di maggiore efficienza nell'individuazione degli illeciti.

L'azione pubblica e quella privata possono influire su entrambi i parametri. E ancor di più può farlo l'operatività congiunta dei due meccanismi in discussione. Da un lato, gli illeciti antitrust possono essere scoperti sia nel corso di un procedimento amministrativo che innanzi ai giudici civili (nelle c.d. azioni *stand-alone*). *Public* e *private enforcement* sono infatti strumenti fra loro indipendenti¹⁶⁴, e il doppio binario di controllo determina l'aumento delle probabilità di individuazione delle violazioni.

Dall'altro lato, anche nei casi in cui l'azione civile prende di mira un'infrazione già individuata in sede amministrativa (c.d. azioni *follow-on*), il doppio presidio aumenta la sanzione complessiva che il soggetto trasgressore deve sopportare. Ciò è vero anche nell'ipotesi inversa, e meno frequente¹⁶⁵, in cui è l'azione pubblica a seguire il procedimento civile.

¹⁶³ In effetti, «[m]ost competition law enforcement systems are based on two enforcement pillars: public and private enforcements» (cfr. K. HUSCHELRATH, S. PEYER, *Public and Private enforcement*, cit., 585). Ma non solo: «la tendenza concreta degli ordinamenti è verso l'affermazione di sistemi misti e (almeno nell'ambito europeo) verso il loro parallelo potenziamento» (cfr. F. TIRIO, *Le autorità indipendenti*, cit., 29). L'uso della «strategia mista, fatta di azione pubblica e privata» sarebbe peraltro una tendenza tipica degli «ordinamenti più evoluti» (cfr. P. GIUDICI, *La responsabilità civile*, cit., 21).

¹⁶⁴ Infatti, «[n]otwithstanding their substantive complementary, private and public enforcement remain institutionally independent of each other. The independence of the two models means that in principle there is no hierarchical relationship as between the former and the latter, or between the public authority and the "private attorney-general". Introducing a rule of primacy would be problematic because of the principle of separation of powers» (cfr. A.P. KOMNINOS, *EC Private Antitrust Enforcement*, cit., 15). Anche tale osservazione sconta però un certo grado di semplificazione. Basti pensare all'effetto vincolante delle decisioni della Commissione nel corso dei giudizi nazionali (cfr. art. 16 reg. (CE) n. 1/2003, cit.), recentemente esteso anche alle decisioni delle ANC (cfr. art. 9 dir. n. 2014/104/UE, cit.). Su entrambi i temi cfr. *infra* il testo relativo alle note 619-628, nel capitolo 2, § 3.7).

¹⁶⁵ Con riguardo all'ordinamento dell'Unione, l'ipotesi che l'azione di Commissione e ANC segua l'iniziativa privata è certamente marginale se riferita ai casi di risarcimento del danno. Infatti, in linea di principio «i ricorrenti privati non hanno alcun incentivo ad instaurare motu proprio una controversia antitrust dinanzi a un giudice nazionale avendo la possibilità – in genere più semplice, meno costosa e più efficace – di chiedere a un soggetto assai meglio equipaggiato, e cioè una ANC, di avviare una procedura di infrazione, salvo poi chiedere eventualmente in sede civile i danni da illecito antitrust». E ciò perché «l'applicazione del diritto antitrust per il tramite delle ANC consente ai denunciati di assumere un ruolo di mero supporto all'attività delle ANC medesime, la quale ultima finisce per svolgere in realtà quel ruolo che, dinanzi a un giudice, i denunciati dovrebbero assumere quali attori nella controversia» (cfr. F. MUNARI, *L'applicazione del diritto antitrust dopo l'entrata in vigore del Regolamento (CE) n. 1/2003: l'interazione fra Commissione e Autorità nazionali e il necessario rafforzamento del ruolo dei giudici nazionali*, in G. TESAURO (a cura di), *Concorrenza ed effettività della tutela giurisdizionale*, cit., 189, spec. 204. Le azioni per il risarcimento del danno non esauriscono tuttavia gli strumenti di tutela che possono essere esperiti dai privati innanzi ai giudici nazionali. Se si allarga il campo d'indagine alle azioni di nullità e, soprattutto, alle richieste di misure cautelari è allora evidente che, anche in prospettiva storica, l'azione privata spesso precede l'intervento pubblico.

L'efficacia deterrente del sistema esce in tali casi rafforzata con effetti *prima facie* positivi per l'operatività delle regole di concorrenza. La questione è tuttavia meno lineare di quel che può apparire. Il punto di partenza è rappresentato da una semplice constatazione: l'*enforcement* delle regole è un "bene" essenzialmente costoso¹⁶⁶. Le risorse (pubbliche o private) impiegate per individuare e perseguire gli illeciti vanno infatti a confluire nei costi sociali delle violazioni al pari dei danni da queste cagionati¹⁶⁷. Di ciò si deve tenere conto nel determinare il livello desiderato di repressione per evitare che i costi di *enforcement* siano superiori ai relativi benefici.

L'ordinamento si deve dunque porre un duplice obiettivo: alla riduzione del numero di infrazioni deve corrispondere il contestuale abbassamento dei costi necessari per ottenere tale risultato¹⁶⁸. Solo così si evitano riflessi negativi sul benessere sociale. Sia la teoria dell'internalizzazione che quella della deterrenza in senso stretto confermano del resto che il livello ottimale di repressione si assesta su una percentuale (di molto) inferiore alla totalità delle violazioni.

L'aumento del livello di deterrenza causato dalle azioni private non è quindi risultato di per sé certamente positivo. Se ci si pone in tale prospettiva, si può contestare – non solo uno specifico modello di applicazione congiunta pubblica e privata ma soprattutto – l'idea stessa della necessaria complementarità fra i due versanti applicativi. Un sistema puro di *public* o *private enforcement* evita infatti la duplicazione dei costi di controllo e delle spese di difesa e si potrebbe quindi considerare più efficiente¹⁶⁹.

¹⁶⁶ Nel senso che «[e]nforcement measures to prevent violations are normally not without cost. The detection, prosecution and punishment of violations has a significant administrative cost, which includes both the cost borne by the public sector (cost of competition authorities, prosecutors and courts) and the cost borne by the business and individuals concerned (cost of lawyers and experts, management time)» (cfr. W.J.P. WILS, *The relationship*, cit., 5; in argomento, da ultimo, v. anche K. HUSCHELRATH, *The Costs and Benefits of Antitrust Enforcement: Identification and Measurement*, in *World Competition*, 2012, 121).

¹⁶⁷ Infatti, «[w]hen antitrust statute is infringed, society typically deals with two types of costs: [t]here are losses caused by the actual breach of law (conduct cost) and expenses for pursuing the violation (enforcement cost)» (cfr. K. HUSCHELRATH, S. PEYER, *Public and Private enforcement*, cit., 597). La seconda categoria, peraltro, «also includes the legal expenses incurred by the violator in defending its actions» (cfr. I. SEGAL, M. WHINSTON, *Public vs. Private Enforcement*, cit., 307).

¹⁶⁸ In altri termini, «in an ideal world public and private resources would be invested in enforcement activity up to the point where the marginal cost of enforcement is equated with the marginal benefits of enforcement – not less and not more» (cfr. K. ROACH, M.J. TREBILCOCK, *Private Enforcement of Competition Laws*, in *Osgoode Hall Law Journal*, 1996, 461, spec. 490).

¹⁶⁹ Una delle voci più autorevoli che si esprime a favore di un sistema di *enforcement* basato quanto più possibile sulla sola azione privata viene da G.S. BECKER, G.J. STIGLER, *Law Enforcement, Malfeasance, and Compensation of Enforcement*, in *Journal of Legal Studies*, 1974, 1. Una replica di poco successiva, ma particolarmente significativa, viene da W.M. LANDES, R.A. POSNER, *The Private Enforcement of Law*, in *Journal of Legal Studies*, 1975, 1. Più di recente, l'opinione più diffusa è quella a favore della necessaria complementarità fra *public* e *private enforcement*. Una delle poche voci dissonanti è quella di W.P.J. WILS, *Should Private Antitrust Enforcement Be Encouraged*, cit., 488, che osteggia lo sviluppo delle azioni per il risarcimento del danno affermando che il «*public antitrust enforcement is inherently superior to private enforcement*». In senso opposto, cfr. ad esempio M.J. FRESE, *Fines and Damages under EU Competition Law*, cit., 408-409, dove si osserva che «[c]ompared to private enforcement, any system of public enforcement has some inherent inefficiencies», tanto che «*public enforcement should always be considered as a means of last resort*». Lo stesso autore afferma tuttavia che «[w]hen concentrating enforcement competences in a single public authority, the following efficiencies may be achieved: no duplication of legal proceedings, the possibility to limit liability to a level that is socially desirable, economies of scale, economic of scope, learning effects» (cfr. M.J. FRESE, *Fines and Damages under EU Competition Law*, cit., 409-410).

Anche a prescindere dalle visioni più estreme, l'azione pubblica sembra in effetti presentare alcuni vantaggi rispetto al "concorrente" privato. In linea teorica, il più rilevante è che i costi attesi di un'infrazione possono essere fissati in accordo al livello ottimale di sanzione¹⁷⁰, sia questo parametrato ai costi sociali cagionati o al beneficio ottenuto dal trasgressore. Se l'azione privata si accompagna a quella pubblica tale operazione risulta invece impraticabile, anche sulla carta¹⁷¹. Non possono che verificarsi fenomeni di sovra o sottodeterrenza¹⁷².

Ciò permette una prima precisazione con riguardo alle azioni c.d. *follow on*. Nei loro confronti il giudizio è piuttosto tassativo. L'idea che un livello sufficiente di deterrenza delle regole antitrust richieda che le imprese sanzionate in sede amministrativa siano soggette anche alle azioni di risarcimento è infatti semplicemente erronea¹⁷³. Se la sanzione pubblica è inferiore al livello ottimale dei costi attesi¹⁷⁴, la soluzione più efficiente è quella di aumentarne l'intensità e non di aggiungere un nuovo e separato livello di contenzioso¹⁷⁵. Se le azioni di risarcimento del danno seguono la chiusura del procedimento pubblico, si registra poi un'ulteriore dilatazione dei tempi fra commissione dell'illecito e risarcimento. Il che riduce l'efficacia dissuasiva della «sanzione»: il soggetto che decide di violare la regola antitrust sarà difficilmente ancora in carica nel momento in cui l'impresa sarà effettivamente chiamata al risarcimento¹⁷⁶. Dal punto di vista della funzione deterrente, le azioni c.d. *follow-on* rappresentano quindi un inefficiente meccanismo di duplicazione dei costi di

¹⁷⁰ O meglio, consente quantomeno di provare a raggiungere tale risultato: «[c]alculating the optimal amount of the sanction is always difficult in practice, but with public enforcement at least one can attempt to target the optimal amounts» (cfr. W.P.J. WILS, *The relationship*, cit., 4).

¹⁷¹ In effetti, «[w]hen the sanctions consists of damages awarded as a result of private litigation, it becomes virtually impossible to target the optimal amounts» (cfr. W.P.J. WILS, *The relationship*, cit., 4). E ciò perché «damages awarded in private litigation are unrelated both to the social cost and the ex-ante probability of detection of the violation, and when used together with administrative or criminal fines will usually alter the optimal level of deterrence» (cfr. P. GIUDICI, *Private Antitrust Enforcement in Italy*, in *Competition Law Review*, 2004, 61, spec. 65). Quanto sopra resta valido anche se si assume come parametro il beneficio del trasgressore in luogo del costo sociale dell'illecito

¹⁷² Nelle prima prospettiva, atteso che la questione diviene dunque quella di «come ponderare la optimal fine in presenza del canale del private enforcement», si osserva che è in tal caso ragionevole «ipotizzare una diminuzione delle ammende pecuniarie da infliggere, posto che la traiettoria compensativa presso le corti deve necessariamente entrare nel novero, sommandosi all'eventuale sanzione amministrativa» (cfr. A. GIANNACCARI, *Storie minime di sanzioni*, cit., 477).

¹⁷³ Ma, in senso contrario, fra i molti, v. P. SABBATINI, *Interesse privato e interesse pubblico al risarcimento del danno antitrust*, in *Mercato Concorrenza Regole*, 2010, 335, spec. 337 secondo cui, appunto, «[s]olo un attivo sistema di risarcimento del danno può conferire all'intero sistema di enforcement antitrust il sufficiente grado di deterrenza».

¹⁷⁴ E, come nel caso delle azioni c.d. *follow-on*, non s'interviene sulla percentuale di disvelamento delle infrazioni.

¹⁷⁵ Si osserva infatti che «[t]he fatal problem with this argument is that, if additional monetary sanctions were indeed required, these could be provided for in a much cheaper and more reliable way by increasing the fines imposed in the public enforcement proceedings» (cfr. W.P.J. WILS, *Should Private Enforcement Be Encouraged*, cit., 484). In altri termini, «[i]t is not clear [...] what goal [...] follow-on suits would serve: [...] [i]f the role of private proceedings is to increase penalties for convicted violators, the higher penalties could be assigned at the end of public investigation, sparing the additional expense of private proceedings» (cfr. I. SEGAL, M. WHINSTON, *Public vs. Private Enforcement*, cit., 309; sul punto v. anche K. ROACH, M.J. TREBILCOCK, *Private Enforcement*, cit., 498).

¹⁷⁶ Con riguardo all'ordinamento nordamericano, si afferma infatti che «[t]wo converging trends – the increasing length of antitrust proceedings and the increasing shortness of managerial tenure – make it likely that corporate managers severely discount the threat of future litigation damages» (cfr. D.A. CRANE, *Optimizing Private Antitrust Enforcement*, in *Vanderbilt Law Review*, 2010, 675, spec. 691).

enforcement e delle spese di difesa¹⁷⁷. A fronte di un ruolo passivo e che non contribuisce alla scoperta di nuove violazioni¹⁷⁸, i privati ottengono un vantaggio ingiustificato (c.d. *free-rider problem*) che deprime il benessere sociale e riduce l'efficienza complessiva¹⁷⁹. Diverso è il caso in cui è l'azione pubblica a seguire l'iniziativa privata. Si è detto infatti che le azioni civili sono limitate al risarcimento dell'effettivo pregiudizio subito dagli attori. La sanzione pubblica rimane quindi necessaria per orientare la risposta complessiva al beneficio ottenuto dal trasgressore.

Nelle c.d. azioni *stand alone* il ruolo dei privati è invece attivo. Il loro contributo aumenta infatti l'efficacia deterrente agendo sulla probabilità di scoperta delle condotte anticoncorrenziali. In tale forma il *private enforcement* contribuisce all'efficacia del sistema disvelando illeciti altrimenti destinati a rimanere impuniti¹⁸⁰. L'aggiunta di un livello di contenzioso è quindi funzionale a sopperire alle carenze dell'azione pubblica. I costi di *enforcement* complessivi aumentano, ma non vi è alcuna duplicazione. Il giudizio nei confronti delle azioni c.d. *stand alone* è dunque, necessariamente, meno *tranchant* rispetto a quello espresso con riguardo alle azioni c.d. *follow-on*. Vi sono infatti argomenti sia a favore che contro la loro diffusione. I temi principali riguardano l'ottenimento e la gestione delle informazioni e gli incentivi ad agire. Ciascuno di essi si può leggere sia in un senso che nell'altro, e cioè sia a sostegno delle azioni c.d. *stand alone* che a difesa dell'azione pubblica.

Quanto al primo punto, da un lato, i privati hanno un vantaggio “naturale” nei confronti delle autorità pubbliche¹⁸¹. Consumatori e imprese dispongono infatti,

¹⁷⁷ In effetti, «[t]he downside of private enforcement system is that it can create extra cost, especially when private actions follow public investigation of anticompetitive conduct and thus, duplicate enforcement efforts» (cfr. K. HUSCHELRATH, S. PEYER, *Public and Private enforcement*, cit., 592).

¹⁷⁸ Un ruolo (parzialmente) attivo dei privati e quindi una (limitata) utilità delle azioni c.d. *follow-on* anche nella prospettiva delle funzione deterrente si può invero individuare nei casi in cui «they reveal additional private information of the parties about the violation's costs and benefits that is used in the determination of the damages» (cfr. I. SEGAL, M. WHINSTON, *Public vs. Private Enforcement*, cit., 309).

¹⁷⁹ Se il *private enforcement* si limita alle azioni c.d. *follow-on* il risultato è infatti «a system-wide misallocation of effort under which the private attorney general restricts his role to that of a vulture feeding on the carrion left by public enforcers and seldom stalks his own prey», a meno che l'autorità pubblica si limiti alla scoperta dell'illecito ma non instauri alcun procedimento contenzioso – in tal caso infatti «it [...] may be more efficient for public agencies to concentrate on detection (an area where they have comparative advantage because of their superior investigative resources) and leave the actual litigation of the case to private enforcers, who are frequently more experienced in litigation tactics» (cfr. J.C. COFFEE, *Rescuing the Private Attorney General*, cit., 224-225; in tal senso v. anche D. ROSENBERG, J.P. SULLIVAN, *Coordinating private class action and public agency enforcement of antitrust law*, in *Journal of Competition Law & Economics*, 2006, 159; M. HARKER, M. HVIID, *Competition law enforcement and incentives for revelation of private information*, in *World Competition*, 2008, 279. In senso contrario, si osserva invece che «dall'angolo visuale dell'efficienza, le azioni follow on sono preferibili alle azioni stand alone, sia per i motivi di specializzazione sopra accennati, sia soprattutto per il fatto che le Autorità sono dotate di poteri inquisitori che nei modelli di procedura civile dei Paesi di civil law i giudici non hanno» (A. FRIGNANI, *Diritto della concorrenza. L'insufficienza dei modelli sanzionatori*, cit., 121).

¹⁸⁰ Le azioni c.d. *stand alone* sono infatti «quelle che maggiormente contribuiscono alla complessiva efficienza del sistema. Facendo emergere violazioni che l'Autorità amministrativa non ha saputo individuare e comunque non ha reputato necessario perseguire» (cfr. M. NEGRI, *Giurisdizione e amministrazione nella tutela della concorrenza. La tutela della concorrenza innanzi al giudice civile*, Torino, 2012, 255). L'azione privata può dunque «colmare (almeno parzialmente) tali lacune creando deterrenza supplementare nelle aree meno battute dalle autorità o in quelle in cui le autorità acquisiscono informazioni preziose ma ritengono di non dover proseguire oltre» (cfr. F. TIRIO, *Le autorità indipendenti*, cit., 22).

¹⁸¹ Per tutti, I. SEGAL, M. WHINSTON, *Public vs. Private Enforcement*, cit., 308.

a costo zero, di specifiche conoscenze con riguardo al settore in cui acquistano beni o servizi, ovvero si trovano a operare¹⁸². Conoscenze che sono invece estranee alla sfera di cognizione delle autorità di *enforcement* centralizzate¹⁸³. Ciò significa che l'iniziale dotazione di elementi informativi e probatori si forma in modo più efficiente in capo alle vittime degli illeciti anticoncorrenziali¹⁸⁴. Consumatori e – soprattutto – imprese concorrenti possono quindi percepire la commissione di una violazione a costi inferiori rispetto all'autorità pubblica¹⁸⁵.

Dall'altro lato, quest'ultima può però colmare l'iniziale *deficit* informativo grazie ai pervasivi poteri di indagine che le sono (di regola) attribuiti¹⁸⁶. L'acquisizione di elementi informativi e probatori che non rientra nell'iniziale disponibilità delle vittime di un'infrazione (e in particolare di quelli che ricadono nella disponibilità delle imprese che hanno commesso l'illecito) è dunque svolta in modo più efficiente nell'ambito del *public enforcement*¹⁸⁷. Si è detto che le autorità pubbliche sono poi meglio attrezzate per la gestione e l'elaborazione delle informazioni raccolte¹⁸⁸.

Anche il tema degli incentivi ad agire può essere letto a favore tanto dell'azione privata quanto di quella pubblica. Da un lato, le vittime di un illecito hanno una maggiore propensione ad attivarsi in quanto direttamente afflitte dal comportamento illecito. La volontà di interrompere l'illecito e recuperare le perdite subite fa sì che l'azione privata rappresenti una risposta ai comportamenti indesiderati più tenace rispetto a quella svolta da agenti pubblici¹⁸⁹. La consapevolezza di poter

¹⁸² E ciò perché le vittime di un illecito antitrust «are likely to have first hand information that may trigger suspicion and lead them to collect evidence» (cfr. J. RÜGGERBERG M.P. SCHINKEL, *Consolidating Antitrust Damages in Europe: A proposal for Standing in Line with Efficient Private Enforcement*, in *World Competition*, 2006, 395, spec. 396).

¹⁸³ Fra gli altri, cfr. S. SHAVELL, *Liability for Harm versus Regulation of Safety*, in *Journal of Legal Studies*, 1984, 357 e S. SHAVELL, *Foundations of Economic Analysis of Law*, Cambridge-Londra, 2004, spec. 578-579.

¹⁸⁴ In altri termini, «[c]loser proximity to the violation may also mean that the costs of detecting possible violations and gathering evidence may be less for them than they would be for a public enforcer. For example, a firm or customer may be able to detect anti-competitive practices that they experience on a daily basis easily than a public official who must regulate large sector of the economy» (cfr. K. ROACH, M.J. TREBILCOCK, *Private Enforcement*, cit., 480).

¹⁸⁵ E ciò perché «private parties will not have to spend resources to monitor infringements but can simply wait until they suffer harm»; con l'ulteriore vantaggio che nelle azioni private i costi di *enforcement* «will be incurred for the largest part if harm indeed occurs» (cfr. M.J. FRESE, *Fines and Damages under EU Competition Law*, cit., 409).

¹⁸⁶ In argomento, per tutti, v. F. TIRIO, *Le autorità indipendenti*, cit., 40-104.

¹⁸⁷ Infatti, «[a] public enforcer has a lower cost of information discovery since it can use the power of the state, e.g. the threat of jail, the power of the police to conduct searches and seizures of evidence, clandestine electronic surveillance and under-cover agents [...]» (cfr. I. SEGAL, M. WHINSTON, *Public vs. Private Enforcement*, cit., 309). Ne deriva che «[c]ompetition authorities are generally better at discovering and proving antitrust infringements than private parties, because the authorities have wider investigative powers, allowing them to collect not only the information detained by the victims of the infringements, but also by the infringers and any other source» (cfr. W.P.J. WILS, *The relationship*, cit., 4). In altri termini, «public enforcers have stronger investigative powers and are equipped to discover information that private parties cannot usually disclose» (cfr. P. GIUDICI, *Private Antitrust Enforcement*, cit., 65).

¹⁸⁸ Infatti, «[è] molto probabile che le autorità, repeat players specializzate in materia e in grado di ottenere rapidamente informazioni anche da altre autorità, siano più attrezzate per accertare infrazioni che presuppongono informazioni e valutazioni tecnico-discrezionali complesse e/o l'utilizzo di adeguate teorie economico-finanziarie» (cfr. F. TIRIO, *Le autorità indipendenti*, cit., 24).

¹⁸⁹ In effetti, «[a] private plaintiff [...] may, because of its own self-interest, have a stronger incentive to enforce a public law than a public agency concerned with its own interests» (cfr. K. ROACH, M.J. TREBILCOCK, *Private Enforcement*, cit., 475). In altri termini, «[c]ompetitors [...] are ideal litigants in terms of litigation capability because they are likely to have the skill, knowledge of the industry, financial resources, legal sophistication and motivation» (cfr. J.F. BRODLEY, *Antitrust*

ottenere il risarcimento del danno riduce inoltre l'incentivo di consumatori e imprese a rinunciare a determinate transazioni, così riducendo la forma più grave di danno sociale causata dagli illeciti antitrust (c.d. *deadweight loss*)¹⁹⁰.

Dall'altro lato, il fatto che l'azione privata sia motivata esclusivamente da ragioni personali (e in primo luogo economiche)¹⁹¹ ne può determinare il non perfetto allineamento rispetto all'interesse generale¹⁹². I privati possono infatti avere incentivi ad agire superiori o inferiori all'ottimo sociale. Si è detto che tale critica è tipica della scuola di pensiero che individua nella ricerca dell'efficienza e del benessere sociale le (uniche) finalità della politica di concorrenza¹⁹³. Se gli incentivi dei privati sono superiori all'ottimo sociale vi è infatti il rischio che il *private enforcement* dissuada le imprese dal compimento di condotte potenzialmente efficienti (*in primis*, di quelle condotte che danno luogo a una c.d. violazione efficiente dove il danno cagionato, se esiste, è inferiore ai benefici per il benessere sociale)¹⁹⁴. Si può quindi sviluppare un uso anticoncorrenziale delle azioni private¹⁹⁵. Ciò è particolarmente vero con riferimento a determinate categorie di illeciti anticoncorrenziali (*i.e.*, le condotte

Standing in Private Merger Cases, cit., 35).

¹⁹⁰ Almeno sul piano teorico, infatti, «*the power to sue granted to purchaser would also induce them to reduce switching to substitutes when facing higher prices due to cartels or abusive monopolization, thereby lowering the deadweight loss*» (cfr. P. GIUDICI, *Private Antitrust Enforcement*, cit., 65). Tale osservazione può essere in parte estesa anche alle azioni c.d. *follow-on* che recuperano quindi una qualche utilità, quantomeno teorica, anche nell'ottica della sola funzione deterrente.

¹⁹¹ Infatti, «*[u]nlike public enforcers, private litigants typically do not take the deterrence effect of their decisions into accounts*» (cfr. I. SEGAL, M. WHINSTON, *Public vs. Private Enforcement*, cit., 308). Ed in effetti, «*there is no reason whatsoever why they would care about optimal enforcement. The only consideration which drives private enforcement is the private gains and expenses of the different plaintiffs*» (cfr. W.P.J. WILS, *The relationship*, 4). Sul punto v. anche P. GIUDICI, *La responsabilità civile*, cit., 105.

¹⁹² Per tutti, cfr. S. SHAVELL, *Foundations of Economic Analysis of Law*, cit., 411-415; F.H. EASTERBROOK, *Deterring antitrust damages*, in *Journal of Law & Economics*, 1985, 445, spec. 458-461.

¹⁹³ Per i riferimenti, cfr. *supra* capitolo 1, § 3.1. E in effetti chi sostiene tale ipotesi sottolinea la rilevanza del c.d. «*consumer welfare test*» per il risarcimento dei danni antitrust (cfr. I. SEGAL, M. WHINSTON, *Public vs. Private Enforcement*, cit., 311, spec. nota 14).

¹⁹⁴ Tanto che «*[s]uch antitrust enforcement harmed consumers by encouraging inefficient business relationship and inhibiting aggressive competition*» (cfr. W.H. PAGE, *Antitrust Damages and Economic Efficiency*, cit., 468). Vale la pena riportare il celebre esempio secondo cui proposto «*[j]ust as protected speech lies next to that which may be outlawed, so does vigorous price competition adjoin that which goes too far and is predatory. It is not socially desirable that conduct in either the two adjacent areas be detected*» (cfr. R.H. BORK, *The Antitrust Paradox: A Policy at War with Itself*, New York, 1978, spec. 78).

¹⁹⁵ Sull'uso delle azioni civili da parte di imprese concorrenti per reagire a ipotesi di competizione vigorosa ma lecita, più che a condotte anticoncorrenziali, cfr. fra i molti W.H. PAGE, J. LOPATKA, *Antitrust Injury, the Competitor Plaintiff, and Merger Policy*, in *Iowa Law Review*, 1996, 127; T.E. KAUPER, E.A. SNYDER, *Misuse of the Antitrust Laws: The Competitor Plaintiff*, in *Michigan Law Review*, 1991, 551; W.J. BAUMOL, J.A. ORDOVER, *The Use of Antitrust to Subvert Competition*, in *Journal of Law & Economics*, 1985, 247; F.H. EASTERBROOK, *The Limits of Antitrust*, in *Texas Law Review*, 1984, 1; R.A. POSNER, *Antitrust Law: An Economic Perspective*, Chicago, 1976, spec. 228. Più di recente v. P. GIUDICI, *I prezzi predatori*, Milano, 2000, spec. 285 e R.P. MCAFEE, H. MIALON, S. MIALON, *Private Antitrust Litigation: Procompetitive or Anticompetitive?*, in V. GHOSHAL, J. STENNEK (eds), *The Political Economy of Antitrust. Contributions to Economic Analysis Series*, Amsterdam, 2007 secondo cui «*smaller firms in more fragmented industries are more likely to use the antitrust laws strategically than larger firms in concentrated industries*», e in particolare «*to prevent procompetitive efficiency-improvement by rival firms*». Sulla possibilità di usare la minaccia del contenzioso interprivato per ottenere un accordo anticoncorrenziale cfr. W.P.J. WILS, *Should Private Enforcement Be Encouraged*, cit., 483, spec. nota 60, dove si ricorda l'aneddoto secondo cui «*[a] Brussels based private antitrust lawyer once told me the story of one of his clients who, upon having received legal advice that its dominant competitor was acting in violation of [art. 102 TFUE], had used this legal opinion to negotiate a market-sharing agreement with the dominant competitor*».

esclusive unilaterali o collusive) e soprattutto con riguardo alle azioni instaurate dalle imprese concorrenti di quelle coinvolte nell'asserita violazione (le c.d. *business to business actions*)¹⁹⁶. È inoltre facilitato dal fatto che le corti nazionali, al contrario delle ANC, non hanno conoscenze specifiche né poteri di indagine con riguardo alla struttura dei mercati e decidono sulla base delle informazioni offerte dalle parti¹⁹⁷.

Si è detto altresì che la rilevanza di tale osservazione diminuisce nella prospettiva della tutela della concorrenza come istituzione¹⁹⁸. In questo caso il parametro del pregiudizio al processo competitivo o alla struttura del mercato assume infatti carattere dirimente¹⁹⁹. Se una condotta restringe la concorrenza, gli eventuali effetti positivi per il benessere sociale sono trascurabili²⁰⁰. Non è prevista la possibilità di violazioni efficienti.

Anche a prescindere da ciò, i privati sono scoraggiati dall'instaurare procedimenti manifestamente non fondati in virtù della possibile rifusione dei costi processuali e delle spese legali sostenute dalle imprese convenute²⁰¹. In ogni caso, non

¹⁹⁶ Il contenzioso civile in materia *antitrust* si articola infatti in due principali categorie di azioni, e cioè (i) «*litigation brought by competitors of the defendants alleging that they have been excluded or injured by reason of anticompetitive actions by the defendant or defendants*», e (ii) «*cases brought by direct purchasers of products or services where producers of these items have violated the antitrust laws*» (cfr. S.W. WALLER, *Towards a Constructive Public-Private Partnership*, cit. 369). La distinzione riflette (almeno in parte) lo schema delle due principali tipologie di illecito anticoncorrenziale esplicitata, per quanto riguarda l'ordinamento dell'Unione, dagli artt. 101 e 102 TFUE (la questione è ben evidenziata in P. GIUDICI, *Private Antitrust Law Enforcement* cit., 63, dove si individuano tre forme di contenzioso *antitrust*, di cui (i) una rientrante nell'ambito di applicazione dell'art. 101 TFUE (le «*purchasers' actions against hard-core price fixing, market allocation and market division cartels*»), (ii) una rientrante nell'ambito di applicazione dell'art. 102 TFUE («*business rivals' actions concerning alleged predatory conducts*»), e (iii) una rientrante in entrambe le fattispecie di illecito («*distributors' actions against boycotts*»). Le c.d. *business to business actions* riguardano di regola illeciti esclusivi sia unilaterali che collusivi rientrando quindi nel campo di applicazione di entrambe tali disposizioni. Nella prima categoria rientrano ad esempio le ipotesi di condotte escludenti adottate di concerto da una serie di imprese produttrici a danno di un'impresa distributrice o venditrice. Nella seconda categoria rientrano invece le ipotesi dei prezzi predatori applicati dalle imprese che godano di una posizione dominante in un determinato mercato.

¹⁹⁷ Infatti, «*vista l'assenza di adeguati meccanismi di discovery, i giudici nazionali non hanno a disposizione strumenti idonei a gestire la fase istruttoria, in coerenza peraltro col principio di disponibilità delle prove tipico del [...] processo civile*» (cfr. F. MUNARI, *L'applicazione del diritto antitrust dopo l'entrata in vigore del Regolamento (CE) n. 1/2003*, cit., 204. Ne deriva che «*if you have a very strong case it seems to be advisable to complain before the antitrust authority and wait for positive conclusion of the public enforcement mechanism, and after that start legal proceeding to recover damages, whereas if you have a weak case and you want to utilise competition law to your advantage as a law that protects competitors from fierce forms of market rivalry, it is probably more convenient to raise your action immediately before a court*» (cfr. P. GIUDICI, *Private Antitrust Law Enforcement*, cit., 70).

¹⁹⁸ Come ovvio, ciò non si verifica perché assumere uno o l'altro parametro determini un cambiamento di strategia da parte dei potenziali attori, ma solo perché l'approccio strutturale consente una più facile distinzione fra comportamenti permessi e vietati. Sul punto v. *supra* il testo relativo alle note 122-137, nel capitolo 1, § 3.2.

¹⁹⁹ Sul punto, vale la pena ribadire che «*[e]ven if we suppose that in a given case a civil litigant's private interest may not be compatible with the public interest, as may be the case, for example, if inefficient competitors allege the "anti-competitive nature" of certain practices that in reality enhance effective competition, such a private action would fail, because the alleged harm would not have been caused by conduct prohibited or illegal under [artt. 101 or 102 TFUE]. Consequently the private interest can never contradict the public interests*» (cfr. A.P. KOMNINOS, *EC Private Antitrust Enforcement*, cit., 14).

²⁰⁰ Possono invece rilevare gli eventuali effetti positivi che la pratica *prima facie* restrittiva spieghi sul processo competitivo o sulla struttura di mercato.

²⁰¹ Ciò non toglie che (i) «*[l] 'attore di una causa civile non paga i costi della macchina della giustizia e non paga neppure tutti i costi affrontati dalla controparte, anche qualora sia condannato alle spese, atteso che una parte di quei costi sono difficilmente valutabili e non vengono, perciò, liquidati*», e che pertanto (ii) «*il suo incentivo a far causa può essere superiore*

è necessario che l'azione privata si concentri (esclusivamente) sui casi più meritevoli dal punto di vista dell'interesse generale o del benessere sociale. Tale obiettivo vincola infatti la sola azione pubblica. I privati devono invece poter svolgere la loro azione sussidiaria volta appunto a disvelare condotte la cui repressione non è ritenuta prioritaria dalle autorità pubbliche. Se, oltre a non essere prioritaria, l'azione è anche infondata, la sua dismissione è compito delle corti nazionali, come avviene in ogni altro tipo di contenzioso²⁰².

Ma soprattutto, anche l'attività delle autorità pubbliche può in concreto risultare orientata a finalità che non coincidono con l'interesse generale o il benessere sociale²⁰³. Le cause di tale distorsione degli incentivi pubblici sono note e riguardano, fra l'altro²⁰⁴, la scarsità di risorse pubbliche e i problemi di bilancio²⁰⁵, nonché il c.d. *agency problem* fra autorità e società²⁰⁶, con il conseguente rischio di cattura delle prime²⁰⁷.

all'ottimo sociale» (cfr. P. GIUDICI, *La responsabilità civile*, cit., 104-105).

²⁰² Cfr. C.A. JONES, *Private Antitrust Enforcement in Europe: A Policy Analysis and Reality Check*, in *World Competition*, 2004, 13, spec. 19.

²⁰³ Con riferimento alla disciplina della concorrenza, tale possibilità è peraltro riconosciuta anche da chi appare più scettico nei confronti dello sviluppo del *private enforcement*: «[c]ompetition authorities [...] can and occasionally do mistake [b]ut at least try, or can be led (by the public scrutiny their behaviour is subject to and by the finite budgets they are allocated), to decide on case selection and priority setting with a view to maximizing the costs of antitrust enforcement» (cfr. W.P.J. WILS, *The relationship*, cit., spec. 4).

²⁰⁴ In sintesi, fra le cause si possono individuare: «ristrettezza del bilancio; eccessivo timore di perdere i casi; scarsa conoscenza delle condizioni dell'industria; eccessivo ed erroneo sospetto che molti denunciati siano solo degli sconfitti della gara concorrenziale e non soggetti effettivamente danneggiati da condotte anticoncorrenziali; maggiore instabilità dello staff delle autorità; rischio che l'attività o l'inerzia delle autorità sia politicamente motivata; presenza di euristiche e distorsioni di tipo cognitivo» (cfr., anche per ulteriori riferimenti, F. TIRIO, *Le autorità indipendenti*, cit., 26, spec. nota 46).

²⁰⁵ Infatti, «l'azione pubblica, anche per note ragioni di scarsità di risorse, diventa inesorabilmente selettiva e proiettata sulle infrazioni più gravi in termini di danni sociali e/o quelle meglio gestibili dalle autorità» (cfr. F. TIRIO, *Le autorità indipendenti*, cit., 22).

²⁰⁶ L'origine della teoria in discussione è nota e riguarda il problema della dissociazione fra proprietà e gestione delle moderne società ad azionariato diffuso (cfr., per tutti, M.C. JENSEN, W.H. MECKLING, *Theory of the Firm: Managerial Behavior, Agency Costs and Ownership Structure*, in *Journal of Financial Economics*, 1976, 305). Con riguardo al *public enforcement* delle regole antitrust, la relazione tra agente e principale (i.e., tra pubbliche autorità e società) può rilevare perché il primo «[u]nable to capture the benefits of his work, [...] would tend to shirk. He might seek to maximize something other than allocative efficiency. He also would be amenable to payoffs, perhaps in the indirect form of future employment (the "revolving door" between public and private jobs) or support for future political campaign» (cfr. F.H. EASTERBROOK, *Detrebling antitrust damages*, cit., 454). Più di recente, si osserva che «[e]ven in a public agency that is designed by a benevolent designer, employees may have personal objectives that differ from that of the designer, e.g. they may be trying to economize on their private effort, further some political objectives, or their own careers or reputations, either within the agency or outside it (so-called "revolving doors" incentives)» (cfr. I. SEGAL, M. WHINSTON, *Public vs. Private Enforcement*, cit., 310); infatti, «[u]n impiegato pubblico che miri a ricevere proposte di lavoro da un'impresa privata o dai suoi avvocati o commercialisti rischia di avere un atteggiamento eccessivamente amichevole e disponibile; mentre con i soggetti nei confronti dei quali non ha interessi in termini di future prospettive di impiego, può assumere un atteggiamento rigido e inavvicinabile e una certa propensione a creare ostacoli, per rendere più importante la propria figura e il valore del suo avvicinamento da parte dei potenziali interessati» (cfr. P. GIUDICI, *La responsabilità civile*, cit., 103); in altri termini, «semberebbe che, per ragioni legate alle prospettive di carriera e ad imperfetti meccanismi di accountability le Autorità della concorrenza abbiano pochi incentivi a mostrare una sufficiente severità in campo sanzionatorio» (cfr. P. SABBATINI, *Interesse privato e interesse pubblico*, cit., 341).

²⁰⁷ E ciò perché «[a] private target of public enforcement may be in the position to obtain favours from public officials that are not in the public interest because they impose diffuse but significant costs on the public. Private enforcement can be a check on the capture of public enforcement officials» (cfr. K. ROACH, M.J. TREBILCOCK, *Private Enforcement*, cit., 475). In effetti, «[i]n order to exclude competition or restrict the commercial freedom of competitors, undertakings may solicit governmental action. Apart from efforts to convince or influence European Community authorities and their own national authorities to enact favourable legislation, undertakings might also address the judicial or administrative branches of government to restrict competition. Sometimes

Per quanto imperfetto, il *private enforcement* (nella forma delle azioni c.d. *stand-alone*) può ridurre entrambe tali problematiche liberando risorse²⁰⁸, aumentando il livello di *accountability* delle pubbliche autorità²⁰⁹, e garantendo quindi la continuità applicativa delle regole in discussione²¹⁰. Con effetti nel complesso positivi anche nell'ottica della funzione deterrente²¹¹, che rimane comunque l'obiettivo principale dell'azione pubblica²¹².

undertakings merely advance their views, on other occasions they bribe officials or make donations to political parties» (cfr. A. VOSSESTEIN, *Corporate efforts to influence public authorities, and the EC rules on competition*, in *Common Market Law Review*, 2000, 1383, ivi).

²⁰⁸ Si osserva infatti che «[l]'azione privata può allora fornire allo Stato il supporto di soggetti più efficienti rispetto ai propri apparati, liberando le risorse delle autorità di vigilanza [...] per l'indagine di violazioni che richiedono tecniche investigative non accessibili ai privati» (cfr. P. GIUDICI, *La responsabilità civile*, cit., 101).

²⁰⁹ Da questo punto di vista, il «[p]rivate enforcement [...] serves as an important means of ensuring that public enforcers are accountable for decisions not to prosecute» (cfr. K. ROACH, M.J. TREBILCOCK, *Private Enforcement*, cit., 482). Infatti, il «[p]rivate enforcement [...] performs an important failsafe [...] function by [...] ensuring that legal norms are not wholly dependent on the current attitudes of public enforcers or the vagaries of the budgetary process and that the legal system emits clear and consistent signals to those who might be tempted to offend. Absent private enforcement, potential defendants would have a considerably stronger incentive to lobby against public enforcement efforts or to seek to curtail funds to public enforcement agencies. Ultimately, private enforcement helps ensure the stability of legal norms by preventing abrupt transitions in enforcement policy that have not been sanctioned by the legislature» (cfr. J.C. COFFEE, *Rescuing the Private Attorney General*, cit., 227). In altri termini, «[l]'azione dei privati tempera anche l'interesse a spendere risorse nell'attività di lobbying volta a ridurre i fondi a disposizione dell'autorità pubblica o comunque a limitarne i poteri». Infatti, «[s]e un'autorità di vigilanza lascia sistematicamente correre certe condotte, le imprese possono assumere che le stesse siano prive di sanzione e organizzare di conseguenza la propria attività, cosa che non potrebbero fare in presenza di un'azione privata concorrente» (cfr. P. GIUDICI, *La responsabilità civile*, cit., 102).

²¹⁰ L'iniziativa privata è infatti indipendente dai condizionamenti politici o ideologici cui possono invece essere soggette le autorità pubbliche. In quest'ottica, viene quindi «in rilievo non solo il ruolo complementare dei privati, in grado di coprire quelle aree che inevitabilmente sfuggono all'intervento pubblico ed alla selezione che questo deve necessariamente operare al fine di garantire il più efficiente utilizzo delle risorse disponibili; più ancora, il private attorney general assicura la continuità dell'azione antitrust e la sua neutralità rispetto alla variabilità delle politiche governative che possono influenzare l'azione delle agenzie» (cfr. Cfr. M. NEGRI, *Giurisdizione e amministrazione nella tutela della concorrenza*, cit., 250). La stessa Autrice ritiene peraltro che la questione sia più rilevante nella prospettiva statunitense rispetto a quella europea, specialmente se considerata a livello dei singoli Stati membri. Infatti, mentre nell'ordinamento nordamericano i due soggetti pubblici cui è demandata la vigilanza sul rispetto delle regole antitrust – e cioè la *Antitrust Division* del *Department of Justice* (DOJ) e la *Federal Trade Commission* (FTC) – «sono "agenzie" direttamente dipendenti dall'esecutivo, la cui attività certamente risente degli indirizzi politici del governo in carica», negli Stati membri «la neutralità e la continuità dell'azione antitrust dovrebbero, almeno sulla carta, essere garantite direttamente dalla marcata indipendenza, rispetto all'esecutivo, delle ANC [...] (un discorso a parte invece dovrebbe farsi per la Commissione, la cui posizione istituzionale è alquanto più complessa)». Tuttavia, la autorità incaricate dell'enforcement delle regole antitrust possono essere soggette non solo a condizionamenti politici ma anche di natura ideologia. In questo senso, anzi, e sempre con riferimento all'esperienza statunitense, si osserva che determinati illeciti antitrust (ad esempio, i casi di *vertical price fixing*) non sono perseguiti in sede pubblica a prescindere dall'amministrazione in carica, e si afferma quindi che «[a]ntitrust ideology sometimes is far more important than party politics» (cfr. S.W. WALLER, *The Incoherence of Punishment in Antitrust*, cit., 231).

²¹¹ Cfr. P. GIUDICI, *Private Antitrust Enforcement*, cit., 65.

²¹² Ciò è vero anche nell'ordinamento dell'Unione: infatti, «il potere della Commissione d'infliggere ammende alle imprese le quali, intenzionalmente o per negligenza, trasgrediscono [gli artt. 101 o 102 TFUE] costituisce uno dei mezzi di cui dispone la Commissione per poter svolgere il compito di sorveglianza assegnatole dal diritto comunitario. Questo compito comprende indubbiamente quello di indagare e reprimere le singole infrazioni, ma implica pure il dovere di seguire una politica generale mirante ad applicare, in fatto di concorrenza, i principi fissati dal Trattato e ad orientare in questo senso il comportamento delle imprese» (cfr. Corte giust. 7 giugno 1983, in cause riunite da 100/80 a 103/80, *SA Musique Diffusion française e altri c. Commissione*, ECLI:EU:C:1983:158 § 105; sul punto v. anche Trib. 9 luglio 2003, in causa T-224/00, *Archer Daniels Midland e Archer Daniels Midland Ingredients c. Commissione*, ECLI:EU:T:2003:195, § 105; nonché da ultimo le conclusioni dell'avvocato generale Mengozzi, 30 gennaio 2014, in causa C-382/12 P, *MasterCard e altri c. Commissione*, ECLI:EU:C:2014:2201). Da ciò «consegue che la Commissione deve provvedere affinché le ammende abbiano carattere dissuasivo» (cfr. Trib. 29 giugno 2012, in causa T-370/09, *GDF Suez SA c. Commissione*,

5 Il terzo piano funzionale: la gestione delle conseguenze di una violazione. La compensazione delle vittime degli illeciti.

È irrealistico pensare che l'ordinamento garantisca la piena osservanza delle regole. La repressione delle attività illecite è infatti attività intrinsecamente costosa, specialmente se effettuata dal potere pubblico. Ciò è ancor più vero nel settore della concorrenza, dove – non solo la condanna ma – anche la mera individuazione delle condotte potenzialmente illecite richiede complesse attività di monitoraggio dei mercati e quindi ingenti investimenti di risorse. Di regola, l'efficacia deterrente del sistema non raggiunge i livelli ottimali suggeriti dalle teorie economiche. Non tutti gli individui ricevono incentivi sufficienti a rispettare le disposizioni vigenti²¹³.

Il compimento di condotte anticoncorrenziali rimane quindi circostanza fisiologica²¹⁴. L'ordinamento può dunque guardare all'*enforcement* in un'ottica più ampia rispetto alla sola funzione deterrente e prevedere ulteriori meccanismi per gestire le conseguenze delle (inevitabili) violazioni delle regole di concorrenza. Ciò può avvenire in diverse prospettive. Da un lato, si può ad esempio considerare prioritario l'obiettivo di punire il trasgressore mediante l'inflizione di un "male" slegato dal (e in ipotesi di molto superiore al) beneficio da questo ottenuto con la violazione. La sanzione ha in questo caso natura afflittiva e si parla di giustizia retributiva²¹⁵. Dall'altro lato, si può invece prendere a riferimento la posizione delle

ECLI:EU:T:2012:333, § 382; sul punto, fra le molte, v. anche Trib. 12 dicembre 2012, in causa T-332/09, *Electrabel c. Commissione*, ECLI:EU:T:2012:672; § 282; Trib. 28 aprile 2010, in cause T-456/05 e T-457/05, *Gütermann e Zwicky c. Commissione*, ECLI:EU:T:2010:168, § 79; Trib. 29 novembre 2005, in causa T-33/02, *Britannia Alloys & Chemicals Ltd c. Commissione*, ECLI:EU:T:2005:428, § 36).

²¹³ Alla luce del livello sub-ottimale di deterrenza, anzi, «viene a volta da chiedersi perché le imprese non colludano sistematicamente» (cfr. P. SABBATINI, *Interesse privato e interesse pubblico*, cit., 338).

²¹⁴ Del resto, anche le teorie economiche della deterrenza (sia nell'ipotesi orientata all'internalizzazione delle esternalità che in quella della deterrenza in senso stretto) si basano sull'assunto che non tutte le violazioni vadano effettivamente perseguite. Con ciò confermando che, normalmente, delle violazioni si verificano e non vengono (né devono essere, per motivi di efficienza) scoperte.

²¹⁵ Ciò è vero anche nel settore in discussione: «[a]n important goal of competition law at both the national and international level should be the deterrence, detection, and punishment of hard-core cartels, as well as the compensation of their victims» (cfr. S.W. WALLER, *Towards a Constructive Public-Private Partnership*, cit., 375; in argomento v. anche A. TORRE, *Evaluating Punishment Regimes for Competition Law Offences*, in *European Competition Law Review*, 2013, 309; S.W. WALLER, *The Incoherence of Punishment in Antitrust*, cit., 207). Tuttavia, si osserva che «[m]odern law and economics scholar are redressing the way we look at private law and public enforcement. Under welfare economics, compensation is not as effective as deterrence. Private law is seen as another weapon to deter inefficient conduct ex ante. As always in law and economics, antitrust is the cradle of the modern concept of private remedies as punitive instead of purely compensatory. Treble damages are standardized punitive damages. Punishment is no longer associated with vengeance. It is a way to deter, i.e. to influence social behaviour» (cfr. P. GIUDICI, *Private Antitrust Enforcement*, cit., 83-84). L'abbandono della funzione meramente punitiva della responsabilità civile, e quindi il «distacco della nozione di risarcimento da quella di "pena privata" (i.e. di quella versione ritualizzata della vendetta privata, che costituisce, sul piano dell'antropologia giuridica, l'archetipo del "delitto civile")», è in effetti piuttosto risalente: premesso che «in numerose esperienze storiche (Editto di Rotari, etc.), la commissione di un illecito era sanzionata con la condanna al pagamento di una somma, fissa e predeterminata per legge (oltre che differenziata per i diversi tipi di illeciti previsti dalla norma), a favore della parte lesa», si osserva infatti che «[i]n questo senso la lex Aquilia segna, sin dall'origine, un salto verso un sistema sanzionatorio più duttile, fondato sul criterio dell'aestimatio rei», e successivamente di «quello dell'id quod interest [secondo cui] il risarcimento non è più mera sostituzione del bene lesa con una somma di denaro (come era, pur sempre, anche nel sistema delle pene private), ma piuttosto rimedio idoneo a permettere alla parte lesa di ripristinare i propri programmi di vita e di attività. Con questa nuova concezione entra in gioco anche la nozione di "luogo cessante", intesa non solo come perdita di una concreta occasione di reddito, ma anche come valutazione del danno con

vittime della condotta illecita. La finalità diviene in questo caso la compensazione dei pregiudizi patiti. Si parla quindi di funzione compensativa o correttiva.

L'approccio a quest'ultima funzione dipende ancora una volta dalle finalità sostanziali cui si assume sia orientata la politica di concorrenza. La scelta fra perseguimento dell'efficienza economica e tutela della concorrenza come istituzione influenza quindi il sistema di *enforcement*, e in particolare il ruolo attribuito all'azione privata, anche in quest'ultima prospettiva.

Se si identifica l'obiettivo della politica antitrust con il *consumer welfare*, la compensazione delle vittime di un illecito anticoncorrenziale diviene infatti uno spreco di risorse²¹⁶ nel tentativo di perseguire immeritevoli finalità distributive²¹⁷. I costi sociali per ottenere la compensazione sono infatti superiori ai benefici, anche considerato che l'entità del danno da illecito antitrust è spesso minima e non preoccupa le vittime²¹⁸. La scelta di limitare la compensazione a chi ha subito direttamente le conseguenze dell'illecito appare poi arbitraria, atteso che anche altri soggetti possono a loro volta aver subito un pregiudizio²¹⁹. Nell'ottica della Scuola di

criteri che oggi diremmo di going concern» (cfr. M. LIBERTINI, *La determinazione del danno risarcibile nella proposta di Direttiva comunitaria sul risarcimento del danno antitrust. Alcune osservazioni preliminari*, in *Concorrenza e Mercato*, 2014, 265, spec. 266).

²¹⁶ Infatti, «[i]f one takes the view that the sole goal of antitrust is to enhance total economic efficiency, the pursuit of corrective justice is by assumption a waste of resource» (cfr. P.J. WILS, *The relationship*, cit., 2). Lo stesso Autore afferma in precedenza che «the costs of pursuing corrective justice through compensation are so high compared to the benefits that it would be optimal not to pursue this goal at all» (cfr. W.P.J. WILS, *Should Private Enforcement Be Encouraged*, cit., 480, spec. nota. 38).

²¹⁷ Nel senso che «[t]his is the “pure” theory approach identified with the “Chicago school” economics which dismisses the compensation of injured consumer and other victims as unimportant “distributive concern” [and] regard[s] the fact that individuals are injured by antitrust violations as unfortunate but unworthy of attention» (cfr. C.A. JONES, *Private Antitrust Enforcement in Europe*, cit., 16-17). Si è detto infatti che per la scuola di Chicago la distribuzione di ricchezza da produttori a consumatori rappresenta un'istanza populista, giacché basata su scelte arbitrarie e non in linea con il razionale dell'efficienza allocativa (cfr. *supra* il testo relativo alla nota 60, nel capitolo 1, § 3).

²¹⁸ In linea con tale posizione della scuola di Chicago si arriva ad affermare che «I know of no widely espoused ground for redistributing wealth that is effectively served by providing compensation to persons injured by antitrust violations. One must begin with the realization that disparities in outcome among individuals will inevitably occur. People are born more or less wealthy, with more or less intelligence, and prove to be more or less lucky. Which of the many causes of the disparity in outcome justify compensation? When is the outcome unfortunate, whatever its cause, that compensation should be paid? From neither of these perspective do antitrust violations seem to provide a good case for compensation. The losses from antitrust violations are widely dispersed, do not represent the disappointment of strongly held expectations, and can in many cases be adapted to without severe dislocation in the lives of the persons affected. Moreover, existing welfare laws, unemployment compensation, bankruptcy laws, and a number of provisions in the tax provide relief from any catastrophic losses, including those that might result from an antitrust violation» (cfr. W. SCHWARTZ, *Private Enforcement of the Antitrust Laws: An Economic Critique*, Washington, 1981, spec. 31-32). In realtà, si osserva tuttavia che l'idea «that nobody is hurt much, and violators of the antitrust laws have a lot of expenses so they don't keep much of their plunder, if accepted, would lead to the conclusion that public enforcement should be abolished as well. Such are the perils of economic theory which has lost any connection with reality» (cfr. C.A. JONES, *Private Antitrust Enforcement in Europe*, cit., 23). Tanto più che «[t]he case for compensation in other private law contexts does not rest on any notion of distributive justice [...], but a notion of corrective justice, whereby, irrespective of the wealth of the respective parties, where one party engages in a form of wrongdoing which violates the equal autonomy of another party, a legal obligation is recognized to correct for the consequences of that wrongdoing» (cfr. K. ROACH, M.J. TREBILCOCK, *Private Enforcement*, cit., 496).

²¹⁹ Infatti, «[e]verybody's economic welfare is bound up with everybody else's. Why stop with the ultimate consumer? If he is forced to pay a higher price for a product, his demand for other products will fall and this may hurt the suppliers of those products, and the suppliers' suppliers, and so on ad infinitum» (cfr. R.A. POSNER, *Antitrust: Cases, Economic Notes and Other Materials*, Saint Paul, 1974, spec. 149).

Chicago la funzione compensativa è quindi inesistente e il sistema di *enforcement* rimane strumentale alla sola funzione deterrente. Se vi è contrasto fra le due funzioni la seconda deve prevalere anche se ciò pregiudica la possibilità per i privati di agire in giudizio²²⁰.

Il discorso cambia se si riconoscono alla politica di concorrenza finalità ulteriori rispetto alla difesa del *consumer welfare*. In questo caso la giustizia correttiva assume un ruolo primario all'interno del sistema di *enforcement* per garantire il rispetto di diritti individuali²²¹. Si registra dunque un radicale cambio di prospettiva rispetto a quanto osservato nell'ottica della funzione deterrente. Il *private enforcement* delle regole di concorrenza diviene infatti lo strumento prevalente e indispensabile per garantire il diritto delle vittime alla compensazione del danno subito. Il ruolo dell'azione pubblica è invece marginale ed è circoscritto a un'influenza indiretta a favore delle vittime²²². Il contributo del *public enforcement* si limita infatti all'attività di indagine e scoperta degli illeciti così condizionando il numero di azioni c.d. *follow-on*.

Sul piano pratico, tale compito assume un ruolo certamente rilevante: le azioni c.d. *follow-on* sono infatti più diffuse rispetto a quelle *stand-alone* e, per le ragioni che si evidenzieranno, sono quelle che più facilmente si concludono con il riconoscimento del risarcimento²²³. Ed è in tale prospettiva che detta tipologia di contenzioso recupera la propria ragione d'essere, assente nell'ottica della funzione deterrente²²⁴.

Sul piano funzionale, il *public enforcement* è però strutturalmente inadeguato a perseguire la finalità compensativa, atteso che, di regola, le autorità pubbliche non possono imporre alle imprese convenute in un procedimento amministrativo l'obbligo di risarcire il danno causato alle vittime dell'illecito²²⁵.

²²⁰ Si osserva infatti che, se il *consumer welfare* (inteso come efficienza allocativa) «è concepito come obiettivo slegato dalla concorrenza, tanto da divenire obiettivo predefinito o predefinibile [...] il *private enforcement* ne esce depotenziato» (cfr. B.L. BOSCHETTI, *Enforcement del diritto antitrust*, cit., 41).

²²¹ Tali diritti si possono identificare «nella lesione dell'interesse collettivo alla fruizione del bene pubblico concorrenza e rispettivamente nell'interesse individuale alla propria posizione concorrenziale ovvero, nel caso del consumatore, alla preservazione di una situazione concorrenziale, interessi tutti che trovano protezione direttamente nella legge e nel dettato costituzionale» (cfr. C. OSTI, *Abuso di posizione dominante e danno risarcibile*, in *Danno e responsabilità*, 1996, 105, spec. 115).

²²² Infatti, «[t]he victims of anti-competitive practices can make up for their losses only before a civil court and public enforcement cannot have any direct bearing there» (cfr. A.P. KOMNINOS, *EC Private Antitrust Enforcement*, cit., 9).

²²³ Ciò si deve a una serie di ostacoli (aventi in *primis* natura processuale) che limitano l'efficacia delle azioni indipendenti ma che nulla hanno a che fare con la distinzione funzionale fra azione pubblica e privata. La compensazione delle vittime si può quindi ottenere anche per mezzo delle sole azioni c.d. *stand-alone*. Le due tipologie di azioni sono in definitiva equivalenti nell'ottica della funzione compensativa.

²²⁴ Infatti, «[t]he *follow-on* or *piggy back* features [...] are also more consistent with a compensation rather than deterrence rationale for private enforcements» (cfr. K. ROACH, M.J. TREBILCOCK, *Private Enforcement*, cit., 497). Tanto che si afferma che «questo appare l'ambito più proprio di applicazione del *private enforcement*, quale mezzo complementare al *public enforcement*» (cfr. F. MUNARI, *L'applicazione del diritto antitrust dopo l'entrata in vigore del Regolamento (CE) n. 1/2003*, cit., 204).

²²⁵ In argomento, anche per ulteriori riferimenti, cfr. A.P. KOMNINOS, *Public and Private Antitrust Enforcement in Europe*, cit., 9, spec. nota 23). Ma, sulla diversa prospettiva che potrebbe caratterizzare in materia l'attività di Commissione e ANC nel contesto delle decisioni con impegni e delle procedure transattive, nella prospettiva dei meccanismi di c.d. *public compensation*, v. *infra* il capitolo 4, § 3.3.5).

Sia le azioni c.d. *follow-on* che quelle c.d. *stand-alone* acquisiscono dunque autonomia funzionale rispetto all'azione pubblica, che deriva dalla loro finalizzazione alla tutela di interessi individuali e giuridicamente protetti, piuttosto che al rationale della deterrenza²²⁶. Il bilanciamento fra *public* e *private enforcement* deve tenere conto di tale peculiarità²²⁷. La disciplina delle azioni per il risarcimento deve inoltre venire elaborata in modo tale da garantire che l'azione privata sia finalizzata all'effettivo ristoro delle vittime che hanno subito un danno, e non alla deterrenza dei trasgressori²²⁸. Come si vedrà, ciò riguarda diversi e fondamentali aspetti del sistema di *private enforcement*, come ad esempio le tematiche della traslazione del danno e dei danni tripli o punitivi²²⁹.

6 Brevi riflessioni conclusive.

Il ruolo dell'applicazione privatistica delle regole di concorrenza può essere delineato solo dopo aver individuato (i) gli obiettivi di natura sostanziali cui è finalizzata tale normativa, e (ii) le funzioni perseguibili mediante la repressione

²²⁶ Si osserva infatti che «[i]n linea di principio, l'azione privata per i danni cammina sulle sue gambe: la possibilità che, nel mentre coltiva il suo interesse, l'attore contribuisca all'applicazione del diritto della concorrenza è un effetto collaterale, non correlato alle ragioni per cui viene concesso il ristoro» (cfr. R. PARDOLESI, *Complementarietà irrisolte*, cit., 465).

²²⁷ Infatti, «nel *private enforcement* non è in gioco il solo interesse pubblico alla tutela della concorrenzialità del mercato, ma la tutela di un interesse individuale giuridicamente protetto, che ne condiziona la struttura e che impedisce disequilibri che giochino troppo a favore del *public enforcement*» (cfr. B.L. BOSCHETTI, *Enforcement del diritto antitrust*, cit., 53).

²²⁸ In senso critico, premesso che «*compensation is a poor choice*», si osserva tuttavia che «[t]he choice of compensation as an objective often interacts with procedural and administrative rules that render private antitrust litigation ineffective at achieving any rational goals» (cfr. D.A. CRANE, *Optimizing Private Antitrust Enforcement*, cit., 699).

²²⁹ Le due questioni possono essere riassunte come segue. Quanto alla traslazione del danno, negare la legittimazione ad agire ai consumatori finali e attribuirla invece agli acquirenti diretti nonostante l'avvenuta traslazione del pregiudizio aumenta l'efficacia deterrente del sistema di *private enforcement* ma pregiudica la sua funzione compensativa. Infatti, tale regola semplifica il contenzioso «assicurando che il diritto al risarcimento, e così l'incentivo ad agire, sia riservato ai soggetti che detengono le migliori informazioni sulla violazione perpetrata, essendo ad essa più "vicini": infatti, gli acquirenti indiretti, dettaglianti o consumatori finali, incontrano maggiori difficoltà nella prova del nesso causale [nel senso che «*indirect purchasers may know very little about the defendant's business and need generous amount of discovery to make their case*» (cfr. D.A. CRANE, *Optimizing Private Antitrust Enforcement*, cit., 702)] ed hanno d'altra parte un minor incentivo ad agire, a causa dell'ammontare minimo del danno individualmente subito. Ovviamente, questo presunto guadagno in termini di efficienza [*i.e.*, di efficacia deterrente], che sconta il possibile arricchimento del contraente diretto, è ottenuto scaricando il danno sul patrimonio degli acquirenti a valle, il cui pregiudizio è escluso da qualsiasi ristoro» (cfr. Cfr. M. NEGRI, *Giurisdizione e amministrazione nella tutela della concorrenza*, cit., 277, spec. nota 71). In effetti, «[o]ne of its consequences is the awarding of monetary compensation to parties that are not in fact injured» (cfr. J. RÜGGERBERG M.P. SCHINKEL, *Consolidating Antitrust Damages in Europe*, cit., 400). E quindi «[a] direct injury test is underinclusive in achieving corrective justice because it prevents ultimate consumer from seeking compensation for antitrust injuries they have suffered» (cfr. K. ROACH, M.J. TREBILCOCK, *Private Enforcement*, 502). Tanto che è invece necessario «to allow suits for damages by indirect purchaser otherwise consumers, the intended beneficiaries of the antitrust laws, will receive little if any compensation for most price fixing violations» (cfr. S.W. WALLER, *Towards a Constructive Public-Private Partnership*, cit., 379). Quanto ai danni tripli o punitivi, la loro concessione tende – prevalentemente – a incoraggiare le azioni di risarcimento fornendo ai soggetti danneggiati un incentivo per affrontare le difficoltà processuali tipiche del contenzioso antitrust. In questo modo si aumenta l'operatività delle regole di concorrenza, amplificandone l'effetto deterrente: «*the primary function of the treble-damage action is deterrence of [anticompetitive conduct] rather than compensation of victims, subsidization of small business, or similar goals directed to the private rather than the social cost of violations*» (cfr. W.H. PAGE, *Antitrust Damages and Economic Efficiency*, cit., 472). E in effetti, «[f]rom the perspective of corrective justice, treble or double damages are an unjustified windfall to the plaintiff», considerato che «[s]ingle damages can both compensate private applicants for harms caused by reviewable practices and give them an incentive to bring an action» (cfr. K. ROACH, M.J. TREBILCOCK, *Private Enforcement*, cit., 506).

(pubblica e privata) delle condotte anticoncorrenziali. I due aspetti sono fra loro interconnessi.

Dal primo punto di vista, e approssimando per difetto, si può considerare il diritto antitrust (*i*) come uno strumento volto a perseguire l'efficienza allocativa dei mercati e a incrementare il benessere sociale, ovvero (*ii*) come un insieme di precetti atti a tutelare la concorrenza in quanto istituzione, nella doppia prospettiva della struttura di mercato aperta e del processo competitivo.

La scelta fra le finalità di carattere sostanziale influenza gli obiettivi del sistema di *enforcement*, con particolare riferimento alla dialettica fra funzione deterrente e funzione compensativa²³⁰.

Nella prospettiva (più) economica, il sistema di applicazione pubblica e privata tende alla sola deterrenza. In particolare, si devono dissuadere le violazioni inefficienti ossia le condotte illecite cui corrispondono costi sociali superiori ai benefici²³¹. Tale obiettivo si ottiene mediante l'internalizzazione in capo al trasgressore delle esternalità negative cagionate alla società. I costi attesi dall'infrazione (sanzione pubblica e eventuali danni) devono essere pari al danno sociale provocato moltiplicato per l'inverso della probabilità che l'infrazione sia scoperta²³². L'ordinamento non esprime quindi un disvalore assoluto per la violazione delle regole antitrust ma si limita a fissarne il prezzo. Anche per tale ragione, viene attribuita scarsa rilevanza alla compensazione dei soggetti eventualmente danneggiati. Il diritto al risarcimento non è assoluto, ed è invece considerato inefficiente e basato su trascurabili obiettivi di giustizia distributiva. Si predilige quindi l'applicazione pubblica delle regole antitrust²³³. Concentrare il potere nelle mani di un'autorità centralizzata permette infatti di calibrare l'*enforcement* verso il livello ottimale di deterrenza, evitando che i costi superino i benefici. Ma soprattutto, impedisce che le

²³⁰ Peraltro, vi è chi sostiene che «[c]ompensation and deterrence largely fail as goals of private antitrust litigation», tanto che il «private enforcement should be reoriented toward achieving an attainable objective – that is, using the power of private litigation to frame private bargaining over problems of market power» (cfr. D.A. CRANE, *Optimizing Private Antitrust Enforcement*, cit., 703).

²³¹ Infatti, in tale prospettiva il diritto antitrust persegue l'efficienza dei mercati. L'efficienza dei mercati implica la massimizzazione del benessere sociale. Il benessere sociale non distingue fra consumatori e produttori. Una violazione delle regole antitrust ha quindi effetti positivi sul benessere sociale se favorisce i produttori più di quanto danneggia i consumatori (c.d. violazione efficiente).

²³² Il potenziale trasgressore valuta infatti costi e benefici attesi dalla violazione delle regole di concorrenza. Se le esternalità sono inferiori ai benefici è razionale per il trasgressore violare il precetto antitrust e internalizzare i costi sociali. L'infrazione genera un profitto superiore alla «sanzione» e si versa dunque in un'ipotesi di c.d. violazione efficiente. Se le esternalità sono invece superiori ai benefici, l'internalizzazione dei costi dissuade il potenziale trasgressore dal compiere una condotta inefficiente.

²³³ In tale prospettiva, il sistema di *enforcement* previsto nell'ordinamento dell'Unione appare quindi più saggiamente strutturato rispetto a quello statunitense: «[m]uch of the improvement in antitrust policy over the past decade and a half has come not from the courts but from the enforcement agencies. If the courts abandon economic rigor, only those agencies can preserve the rationality of the law, and then only partially. Private plaintiffs and their lawyers have rather less interest in rational rules than they do in triple damages and contingency fees. Expert economic witnesses can be found to support any theory. Without firm judicial control, private actions make antitrust "policy" ad hoc, as trials become ad hominem. Much more could be said about the devastating unfairness and anticompetitive consequences of much private antitrust litigation, but that is outside the scope of this book. In antitrust, it is possible to think the European Community has wisely not followed the American example but has instead centralized all enforcement in a single government agency» (cfr. R.H. BORK, *The Antitrust Paradox*, cit., 439).

azioni di risarcimento siano usate in modo inefficiente o a fini anticoncorrenziali. Vi è infatti una divergenza di obiettivi fra azione pubblica e privata: la prima persegue l'interesse generale; la seconda è invece motivata da ragioni personali ed economiche. I privati hanno dunque incentivi disallineati dall'ottimo sociale. Se gli incentivi sono superiori, il *private enforcement* può dissuadere le imprese dal compimento di condotte potenzialmente efficienti (*in primis*, le condotte che danno luogo a una c.d. violazione efficiente dove il danno cagionato, se esiste, è inferiore ai benefici per il benessere sociale). L'azione privata può quindi danneggiare il corretto funzionamento della politica di concorrenza. Il bilanciamento fra tutela pubblica e privata delle regole antitrust è quindi sbilanciato a favore del *public enforcement*, sotto ogni punto di vista. Il *private enforcement*, se presente, deve inoltre essere strutturato e finalizzato alla deterrenza degli illeciti e non alla tutela delle vittime.

La prospettiva cambia se si riconoscono alla politica di concorrenza finalità ulteriori rispetto alla difesa del *consumer welfare*. Mutano innanzitutto gli obiettivi della funzione deterrente. L'efficienza non è più il parametro di riferimento. Si deve quindi dissuadere ogni possibile infrazione, e non solo quelle inefficienti. La violazione dei precetti antitrust è infatti vietata a prescindere dagli eventuali effetti positivi per il benessere sociale. Ciò ha diverse conseguenze. Da un lato, i costi attesi dall'infrazione (sanzione pubblica e eventuali danni) si devono parametrare al beneficio del trasgressore e non ai costi sociali²³⁴. Dall'altro lato, si ridimensiona la pretesa divergenza fra *public* e *private enforcement*. Il pregiudizio al processo competitivo o alla struttura del mercato assume infatti carattere dirimente. Se una condotta restringe la concorrenza, gli eventuali effetti positivi per il benessere sociale sono trascurabili²³⁵. Non è prevista in altri termini la possibilità di violazioni efficienti. Le azioni di risarcimento hanno fra i loro presupposti la prova da parte degli attori del pregiudizio alla concorrenza. Sono dunque funzionali alla tutela della concorrenza e quindi compatibili con l'interesse pubblico. Ma soprattutto, il ruolo dell'azione privata esce potenziato dal fatto che il sistema repressivo è in quest'ottica finalizzato – non solo alla deterrenza dei trasgressori ma anche – alla compensazione delle vittime. Il *private enforcement* diviene quindi uno strumento indispensabile per garantire il diritto delle vittime alla compensazione del danno subito per la violazione di diritti individuali giuridicamente garantiti. Le azioni di risarcimento acquisiscono dunque autonomia funzionale rispetto all'azione pubblica, essendo finalizzate a (meritevoli) finalità di

²³⁴ Se il guadagno è inferiore ai costi attesi (moltiplicati per l'inverso della probabilità di disvelamento), l'effetto dissuasivo copre ogni possibile infrazione e non solo quelle i cui costi sociali superino i benefici

²³⁵ Possono invece rilevare gli eventuali effetti positivi che la pratica *prima facie* restrittiva spieghi sul processo competitivo o sulla struttura di mercato. Nella prospettiva europea, possono inoltre essere permesse le intese «che contribuiscano a migliorare la produzione o la distribuzione dei prodotti o la distribuzione dei prodotti o a promuovere il progresso tecnico o economico, pur riservando agli utilizzatori una congrua parte dell'utile che ne deriva», purché si eviti di «imporre alle imprese interessate restrizioni che non siano indispensabili per raggiungere tali obiettivi», e di «dare a tali imprese la possibilità di eliminare la concorrenza per una parte sostanziale del mercato» (cfr. art 101(3) TFUE).

giustizia correttiva, piuttosto che al razionale della deterrenza²³⁶. Il bilanciamento fra *public* e *private enforcement* deve tenere conto di tale peculiarità. La cornice normativa in cui si sviluppano le azioni per il risarcimento deve inoltre essere elaborata perché queste possano garantire il ristoro delle vittime, piuttosto che la deterrenza delle violazioni.

Ne deriva che né l'azione pubblica né quella privata possono avere il “monopolio” dell'*enforcement* delle regole di concorrenza²³⁷. I due versanti applicativi rispondono infatti a diverse esigenze. Da un lato, si deve allora evitare che il *public enforcement* abusi della propria “posizione dominante” ed “escluda” le azioni civili dal “mercato” dei rimedi nei confronti delle condotte anticoncorrenziali, così frustrando la funzione compensativa. Dall'altro lato, si deve però garantire che le azioni per il risarcimento del danno non pregiudichino l'efficienza in senso deterrente dell'azione pubblica²³⁸. D'altro canto, continuando a parafrasare la materia in discussione, *private* e *public enforcement* non sono fra loro “concorrenti” ma operano piuttosto su “mercati” differenti, sebbene contigui²³⁹.

²³⁶ Infatti, «*at the level of principle, the case form compensation of parties injured by reviewable practices found to violate [antitrust rules] is compelling, while the case for structuring private enforcement remedies in this context to serve deterrence ends is much less persuasive [...] if policymakers were concerned to assign a priority to deterrence with respect reviewable practices, [...] an appropriately structured fines regime is likely to be a much more efficient form of deterrence than any other form of sanction, public or private*» (cfr. K. ROACH, M.J. TREBILCOCK, *Private Enforcement*, cit., 498).

²³⁷ Nel senso che «*[n]either public nor private enforcement should “monopolise” competition law, but must work together to deter, detect, punish and compensate victims of unlawful anticompetitive conduct*» (cfr. S.W. WALLER, *Towards a Constructive Public-Private Partnership*, cit., 368). In altri termini, «*[n]on esiste, come si vede, una formula magica: vi è sempre un bilanciamento da fare tra i benefici e costi dell'enforcement pubblico e di quello privato*» (cfr. P. GIUDICI, *La responsabilità civile*, cit., 102).

²³⁸ Nell'ordinamento dell'Unione, dove il *private enforcement* deve ancora svilupparsi, ciò concerne in primo luogo la fisionomia degli strumenti normativi a tale fine immaginati. Fra le questioni più significative vi è certamente quella dell'accesso ai documenti contenuti nel fascicolo delle autorità pubbliche, e in particolare a quelli raccolti per mezzo dei programmi di clemenza. Sono proprio i programmi di clemenza ad aver messo in evidenza le possibili interferenze fra azione pubblica e privata: «*[i]t was largely an unexpected consequence of the success of the leniency and amnesty programme of the Antitrust Division of the US Department of Justice that brought the principal US government competition agency (at least in the cartel area) in direct conflict with private plaintiffs*». Infatti, «*[t]he amnesty programme has been tremendously successful and similar versions have been adopted by many other jurisdictions as well [b]ut it has thrust the US government into direct conflict with private plaintiffs*» (cfr. S.W. WALLER, *Towards a Constructive Public-Private Partnership*, cit., 376; sul punto v. comunque *infra* il capitolo 2, § 3.5).

²³⁹ Cfr. F. MUNARI, *L'applicazione del diritto antitrust dopo l'entrata in vigore del Regolamento (CE) n. 1/2003* cit., 204).

Capitolo II

L'applicazione pubblica e privata delle regole di concorrenza nell'ordinamento dell'Unione.

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. L'applicazione pubblicistica delle regole di concorrenza in ambito europeo: dal Trattato di Roma alla c.d. «modernizzazione». – 2.1. Le origini della politica della concorrenza europea. Le disposizioni del Trattato CEE ed il regime di applicazione transitoria. – 2.2. Il reg. (CEE) n. 17/62. Il sistema accentrato di applicazione e il regime autorizzatorio. – 2.3. Le principali questioni relative all'applicazione del reg. (CEE) n. 17/62 e le prime spinte verso un sistema decentrato. – 2.4. Il reg. (CE) n. 1/2003. La c.d. «modernizzazione» del diritto antitrust. – 3. L'applicazione privatistica delle regole di concorrenza in ambito europeo: dal Trattato di Roma alla direttiva n. 2014/104/UE. – 3.1. Premessa. – 3.2. Le origini del private enforcement europeo: dal Trattato di Roma alle sentenze *Courage e Manfredi*. – 3.3. I primi interventi della Commissione. Il Libro verde del 2005. – 3.4. (*segue*): il Libro bianco del 2008. – 3.5. I rapporti fra applicazione pubblica e *private enforcement* del diritto antitrust: la recente giurisprudenza della Corte di giustizia. – 3.6. Le azioni di risarcimento del danno antitrust nell'ordinamento italiano (brevi cenni). – 3.7. La dir. n. 2014/104/UE.

1 Premessa.

Nel primo capitolo si è cercato di fornire le basi teoriche per una migliore comprensione delle problematiche sottese all'applicazione privatistica delle regole di concorrenza, e in particolare alla questione del necessario coordinamento di tale fenomeno con l'attuazione delle medesime norme da parte delle autorità pubbliche.

Passando dalla teoria alla pratica, si vuole ora ricostruire lo stato dell'arte circa lo sviluppo del *public* e del *private enforcement* nell'ordinamento dell'Unione nel quadro dell'applicazione decentrata delineata dal reg. (CE) n. 1/2003. A tal fine, la prima parte del presente capitolo fornisce una breve analisi dell'evoluzione del regime di applicazione pubblica degli artt. 101 e 102 TFUE, a partire dal Trattato di Roma e fino ai più recenti sviluppi della c.d. «modernizzazione». Nella seconda parte, si volge invece lo sguardo al versante privatistico dell'applicazione delle regole di concorrenza, ripercorrendo in chiave storica il processo che ha portato all'adozione della dir. n. 2014/104/UE.

Ciò senza alcuna pretesa di esaustività e al solo fine di ricostruire il quadro complessivo nel quale si inseriscono gli istituti il cui studio rappresenta l'oggetto principale del presente lavoro, e che saranno approfonditi nei capitoli successivi.

2 L'applicazione pubblicistica delle regole di concorrenza in ambito europeo: dal Trattato di Roma alla c.d. «modernizzazione».

2.1 Le origini della politica della concorrenza europea. Le disposizioni del Trattato CEE ed il regime di applicazione transitoria.

Fino al Trattato di Roma, la tutela della concorrenza è politica sostanzialmente estranea alle tradizioni economiche e giuridiche dei futuri Stati

membri della Comunità Economica Europea (in seguito, la “CEE”)²⁴⁰. Solo la Germania è in procinto di adottare una specifica normativa in materia²⁴¹. Gli altri Stati tollerano invece i comportamenti anticoncorrenziali delle imprese e spesso ne favoriscono l'adozione²⁴². Al contrario di quanto accaduto in altri ordinamenti, la politica antitrust non trova dunque spazio nelle agende degli Stati membri. Tanto che i cartelli costituiscono la regola nell'organizzazione di molti settori produttivi²⁴³ e uno strumento largamente utilizzato nelle scelte di politica economica²⁴⁴.

Se questo è l'approccio a livello nazionale, «*la creazione di un regime inteso a consentire che la concorrenza non sia falsata nel mercato comune*» diviene invece, fin dalle origini, una priorità dell'azione comunitaria²⁴⁵. Tale mutamento non è giustificato da un improvviso ripensamento circa il ruolo delle regole antitrust, né tantomeno dalla convinzione degli Stati membri che i benefici che il pensiero economico associa a tale disciplina possano essere meglio perseguiti a livello europeo. Si è visto piuttosto che le regole di concorrenza sono state inserite nel Trattato poiché indispensabili al raggiungimento di altri obiettivi fondamentali della Comunità, e in particolare per la creazione del mercato comune²⁴⁶. L'abolizione delle restrizioni di matrice pubblica alla circolazione dei fattori produttivi, promossa dalle libertà economiche

²⁴⁰ Se si considera l'attuale importanza riconosciuta al diritto antitrust, «*[i]t is easy to forget that, in the period immediately after the second world war, antitrust or competition law was virtually non-existent in Europe. Of the original six Member States, only Germany had, at the insistence of the occupying forces – most notably the USA, enacted a statute on this matter. Other Member States were agnostic on the virtue of competition policy*» (cfr. P.J. SLOT, *A View From the Mountain: 40 Years of Developments in EC Competition Law*, in *Common Market Law Review*, 2004, 443, ivi). Sulla prospettiva storica, da ultimo, v. anche K.K. PATEL, H. SCHWEITZER (eds.), *The Historical Foundations of EU Competition Law*, Oxford, 2013.

²⁴¹ Cfr. Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB), Bundesgesetzblatt [BGB] I 1081, 27 luglio 1957. Per alcuni riferimenti a legislazioni di altri Stati europei in settori attigui alla concorrenza cfr. H. THORELLI, *Antitrust in Europe: National Policies after 1945*, in *University of Chicago Law Review*, 1959, 222.

²⁴² Per quanto riguarda l'esperienza italiana (anche alla luce della legge 16 giugno 1932, n. 834, recante disposizioni riguardanti la costituzione ed il funzionamento di consorzi fra esercenti uno stesso ramo di attività economica, in G.U. n. 170, del 25 luglio 1932), la dottrina dell'epoca rileva che «*la tutela della libertà di concorrenza è non solo nuova, per il nostro Paese, ma addirittura in contrasto con quanto stabilito dal Codice Civile, che agli articoli 2602 e seguenti disciplina i consorzi, sanzionandone la liceità anche quando loro oggetto sia “il contingentamento della produzione o degli scambi”, ed all'art. 2616 prevede addirittura l'obbligatorietà dei consorzi, quando ciò “risponda alle esigenze dell'organizzazione della produzione”*» (cfr. G. ROSAUER, *Le regole di concorrenza nel sistema giuridico delle Comunità Europee. Raffronto tra le norme stabilite al riguardo dal trattato C.E.C.A. e dal trattato C.E.E.*, in *Rivista di diritto europeo*, 1964, 30). In argomento v. anche T. ASCARELLI, *Teoria della concorrenza e dei beni immateriali*, Milano, 1960. Più in generale v. H.G. SCHROTER, *Cartelization and Decartelization in Europe, 1870-1995: Rise and Decline of an Economic Institution*, in *Journal of European Economic History*, 1996, 129.

²⁴³ All'epoca i cartelli sono infatti considerati «*come moderni strumenti di autoregolazione dei mercati, atti a garantire stabilità ed efficienza ad interi settori economici*» (cfr. M. LIBERTINI, *La concorrenza degli antichi e la concorrenza dei moderni*, in P. BARUCCI, C. RABITTI BEDOGNI (a cura di), *Vent'anni di antitrust*, 97, spec. 103).

²⁴⁴ Cfr. I.S. FORRESTER, C. NORALL, *The Laicization of Community Law: Self-help and the rule of reason: how competition law is and could be applied*, in *Common Market Law Review*, 1984, 11, spec. 19.

²⁴⁵ Cfr. art. 3, lett. f), CEE.

²⁴⁶ Infatti, assieme al «*graduale ravvicinamento delle politiche economiche degli Stati membri*», il mercato comune rappresenta lo strumento principale mediante cui la CEE è chiamata a promuovere «*uno sviluppo armonioso delle attività economiche nell'insieme della Comunità, un'espansione continua ed equilibrata, una stabilità accresciuta, un miglioramento sempre più rapido del tenore di vita e più strette relazioni fra gli Stati che ad essa partecipano*» (cfr. art. 2 CEE). Sull'imperativo della creazione del mercato comune quale peculiare finalità della politica di concorrenza che caratterizza l'ordinamento antitrust dell'Unione v. anche *supra* il testo relativo alle note 66-68, nel capitolo 1, § 3.1.

fondamentali, appare infatti destinata a scarsa fortuna se non accompagnata da un sistema di regole volto ad impedire che analoghe barriere venissero ricreate per mano dei privati²⁴⁷.

È quindi l'imperativo dell'integrazione la ragione principale che convince gli Stati membri a delinearne una politica comune in materia di concorrenza. La tutela della competitività dei mercati o il perseguimento della loro efficienza, finalità che di regola accompagnano l'adozione di tali discipline, gioca invece un ruolo secondario nell'adozione degli artt. 85 e 86 CEE²⁴⁸. Viste in tale prospettiva, dette disposizioni non recepiscono infatti valori condivisi negli Stati membri, ma rappresentano piuttosto delle regole «tanto innovativ[e] da essere portatric[i] ess[e] stess[e] di una cultura che [avrebbe dovuto] radicarsi attraverso la [loro] applicazione»²⁴⁹. A causa di tale natura “rivoluzionaria”, le norme del Trattato in materia di concorrenza sono caratterizzate dalla “monumentale brevità” tipica delle disposizioni di rango costituzionale²⁵⁰. Il Trattato si limita cioè a disegnare i principi fondamentali della nuova disciplina. La costruzione del sistema normativo di supporto è invece affidata all'opera delle istituzioni²⁵¹.

Dal punto di vista sostanziale, gli artt. 85 e 86 CEE enunciano le regole di condotta che le imprese sono chiamate a rispettare. Vengono dichiarate incompatibili con il mercato comune le intese restrittive della concorrenza e lo sfruttamento abusivo di posizioni dominanti che abbiano l'effetto di pregiudicare il commercio fra gli Stati membri. Se l'art. 86 CEE si limita a enunciare tale incompatibilità (e a fornire alcuni esempi di abuso), l'art. 85 CEE contiene una disciplina più elaborata. Infatti, mentre l'art. 85(1) CEE proibisce le intese «che abbiano per oggetto o per effetto di impedire, restringere o falsare il gioco della concorrenza», e l'art. 85(2) CEE ne dichiara la nullità «di pieno diritto», l'art. 85(3) CEE prevede che tale divieto possa essere dichiarato inapplicabile alle

²⁴⁷ Tale prospettiva è confermata anche dalla giurisprudenza più risalente (cfr., ad esempio, Corte giust. 13 febbraio 1969, *Walt Wilhem c. Bundeskartellamt*, in causa 14/68, ECLI:EU:C:1969:4).

²⁴⁸ In tal senso, «[i]t is important to remember that socialist thought was still highly influential in many parts of Europe at this time, and thus there were political disincentives to associating competition law too closely with the protection of the competitive process as such» (cfr. D.J. GERBER, *The Transformation of European Community Competition Law?*, in *Harvard International Law Journal*, 1994, 97, spec. 102).

²⁴⁹ Cfr. G. AMATO, *Gli anni del radicamento e i problemi di oggi*, in P. BARUCCI, C. RABITTI BEDOGNI (a cura di), *Vent'anni di antitrust*, cit., 3, pur con riferimento all'esperienza italiana e, quindi, all'entrata in vigore della legge 10 ottobre 1990, n. 287, *Norme per la tutela della concorrenza e del mercato*, in GU n. 240, del 13 ottobre 1990. Per quanto qui interessa, sul rapporto che intercorre tra tale atto normativo e il diritto dell'Unione, v. F. MUNARI, *La legge 10 ottobre 1990, n. 287 e il diritto comunitario della concorrenza*, in *Rivista italiana di diritto internazionale privato e processuale*, 1992, 255; M. ORLANDI, *La Legge per la tutela della concorrenza e del mercato*, in *Giurisprudenza di merito*, 1992, 495; F. MUNARI, *La legge n. 287/1990 ed i suoi rapporti col diritto comunitario*, in *Diritto del Commercio internazionale*, 1991, 173;

²⁵⁰ Per riprendere un'espressione utilizzata da I.S. FORRESTER, C. NORALL, *The Laicization of Community Law*, cit., 19.

²⁵¹ Infatti, «il trattato di Roma si limita, segnatamente per quanto concerne le regole di concorrenza, a enunciare dei principi generali che, per essere applicati, hanno bisogno di un complesso di norme, espressamente previste dall'art. 87 [CEE]» (fra i molti, cfr. già N. CATALANO, *Manuale di diritto delle Comunità europee*, Milano, 1965, spec. 464). Peraltro, «there is little evidence that the framers had any well-developed conceptions of how such system might look» (cfr. D.J. GERBER, *The Transformation*, cit., 101).

intese che, rispettando determinate condizioni²⁵², siano positive per l'interesse pubblico²⁵³.

Il Trattato non prevede invece le modalità di attuazione delle nuove disposizioni, o almeno non le disciplina compiutamente. Viene quindi affidato al Consiglio, con il concorso di Commissione e Parlamento, il compito di adottare, entro tre anni dall'entrata in vigore del Trattato di Roma, «*tutti i regolamenti o le direttive utili ai fini dell'applicazione dei principi contemplati dagli articoli 85 e 86 [CEE]*»²⁵⁴. Anche in attesa di tali misure d'attuazione, l'obiettivo è che le regole antitrust trovino immediata applicazione²⁵⁵. Da un lato, si prevede quindi che le autorità degli Stati membri siano provvisoriamente competenti a valutare l'ammissibilità di intese e posizioni dominanti alla luce del diritto nazionale e delle «*disposizioni dell'articolo 85 [CEE], in particolare del paragrafo 3, e dell'articolo 86 [CEE]*»²⁵⁶. Dall'altro lato, a fare da contraltare a tale possibilità, viene attribuito alla Commissione il compito di vigilare sul rispetto dei principi fissati dagli articoli in questione²⁵⁷.

Il regime transitorio evidenzia alcune delle più importanti questioni che hanno in seguito accompagnato lo sviluppo del diritto della concorrenza in ambito europeo²⁵⁸. Sebbene con un orizzonte temporale limitato²⁵⁹, viene infatti istituito un

²⁵² Si è già visto che ciò avviene se le intese «*contribuiscono a migliorare la produzione o la distribuzione dei prodotti o a promuovere il progresso tecnico o economico, pur riservando agli utilizzatori una congrua parte dell'utile che ne deriva, ed evitando di a) imporre alle imprese interessate restrizioni che non siano indispensabili per raggiungere tali obiettivi; b) dare a tali imprese la possibilità di eliminare la concorrenza per una parte sostanziale dei prodotti di cui trattasi*» (cfr. art. 85(3) CEE).

²⁵³ L'art. 85(3) CEE riguarda infatti i casi «*where it is in the public interest or in the interest of an industry to permit restraints on competition*» (cfr. E. STEINDORFF, *Article 85 and the Rule of Reason*, in *Common Market Law Review*, 1984, 639, spec. 641-642). In altri termini, tale norma «*allows reconciliation of several EC Treaty objectives by providing a wide margin of discretion*» (cfr. C.D. EHLERMANN, *Implementation of EC Competition Law by National Anti-Trust Authorities*, in *European Competition Law Review*, 1996, 88, spec. 94).

²⁵⁴ Cfr. art. 87 CEE.

²⁵⁵ All'indomani dell'entrata in vigore del Trattato CEE si è peraltro dubitato che le regole di concorrenza, e in particolare l'art. 85 CEE, potessero avere immediata applicabilità (cfr. L. MARMO, *Intese consortili e C.E.E.*, in *Foro italiano*, 1958, 170; E. CARBONE, *Le regole di concorrenza nel mercato comune*, in Unioncamere (a cura di), *Comunità economica europea*, Milano, 1958, 109, spec. 112). L'opinione prevalente chiarisce però fin da subito che «*fondamentale, al riguardo, è l'art. [89(2) CEE], secondo il quale "la Commissione, fin dall'entrata in funzione, vigila perché siano applicati i principi fissati dagli [artt. 85 e 86 CEE]"*» che «*basterebbe a stabilire che il Trattato ha voluto rendere operanti i divieti in discorso, quanto meno dalla data di entrata in funzione della Commissione*» (cfr. F. CAPOTORTI, *Sulla efficacia delle «regole di concorrenza applicabili alle imprese» della Comunità economica europea*, in *Rivista di diritto internazionale*, 1959, 3, spec. 15; a favore dell'immediata applicabilità di tali norme v. anche G. BERNINI, *La tutela della libertà di concorrenza*, Milano, 1960, 197). Tale posizione viene poi confermata dalla giurisprudenza secondo cui gli artt. 88 e 89 CEE, «*in quanto attribuiscono alle autorità nazionali e, rispettivamente, alla Commissione, dei poteri in materia d'applicazione dell'[art. 85 CEE], presuppongono che questo sia applicabile fin dall'entrata in vigore del trattato*» (cfr. Corte giust. 6 aprile 1962, in causa 13/61, *Kledingverkoopbedrijf de Geus en Uildenbogerd c. Robert Bosch GmbH e Maatschappij tot voortzetting van de zaken der Firma Willem van Rijn*, ECLI:EU:C:1962:11).

²⁵⁶ Cfr. art. 88 CEE. Il riferimento al diritto nazionale è in sostanza limitato alle regole procedurali. Infatti, «*the provisions of the individual member states are to be applied in so far as no provisions are contained in [artt. 85 e 86 CEE]*» (cfr. A. DERINGER, *The Distribution of Powers in the Enforcement*, cit., 33).

²⁵⁷ Cfr. art. 89(1) CEE.

²⁵⁸ Sull'applicazione delle regole di concorrenza durante il periodo transitorio, fra i molti, v. G.W. KELLEHER, *The Common Market Antitrust Laws: The First Ten Years*, in *Antitrust Bulletin*, 1967, 1219; F. CAPOTORTI, *Sulla efficacia delle «regole di concorrenza applicabili alle imprese»*, cit., 3; U. DRAETTA, *Le regole di concorrenza applicabili alle imprese della Comunità economica europea*, in *Diritto internazionale*, 1961, 48.

²⁵⁹ In effetti, «*the drafters of the Treaty seemingly contemplated that this authorization would be a transitional measure only*» (cfr. I.S. FORRESTER, *Complement or Overlap? Jurisdiction of National and Community Bodies in Competition*

sistema in cui l'applicazione pubblica delle regole antitrust è condivisa dalla Commissione con le autorità degli Stati membri²⁶⁰. A queste ultime, infatti, non solo è affidato il compito di vigilare sul rispetto dei divieti previsti dagli artt. 85(1) e 86 CEE ma è altresì concesso il potere di esentare, ai sensi dell'art. 85(3) CEE, le intese restrittive che appaiano positive per l'interesse pubblico²⁶¹.

In definitiva, e forse anche inconsapevolmente rispetto al ben più profondo dibattito che, al riguardo, si sarebbe sviluppato alcuni decenni dopo, il Trattato di Roma sceglie un modello di applicazione "decentrata" della disciplina di cui si discute²⁶². Non solo la Commissione²⁶³, ma anche i giudici e le «*autorità degli Stati membri*» ai sensi dell'art. 88 CEE (che oggi chiameremmo ANC), sono considerati soggetti idonei ad applicare l'intero sistema delle regole antitrust, ivi incluso l'art. 85(3) CEE. Ciò è del resto compatibile con la lettera di quest'ultima disposizione, la quale non precisa i soggetti competenti ad adottare la dichiarazione di inapplicabilità²⁶⁴.

2.2 Il reg. (CEE) n. 17/62. Il sistema accentrato di applicazione e il regime autorizzatorio.

Il regime transitorio viene superato con l'entrata in vigore del reg. (CEE) n. 17/62. Per garantire un'applicazione equilibrata e uniforme delle regole di concorrenza negli Stati membri²⁶⁵, viene rivoluzionata la ripartizione delle competenze fra autorità nazionali e Commissione, mediante il ridimensionamento del ruolo delle prime a favore di un accentramento dei poteri nelle mani della seconda²⁶⁶.

Matters After SABAM, in *Common Market Law Review*, 1974, 171, spec. 172-173.

²⁶⁰ Durante il regime transitorio, la Commissione deve anzi fare affidamento sugli Stati membri per porre fine alle infrazioni degli artt. 85 e 86 CEE potendo solo suggerire i rimedi opportuni (cfr. A. DERINGER, *The Distribution of Powers in the Enforcement*, cit., 32).

²⁶¹ Alcune ANC fanno peraltro uso di tale potere prima dell'entrata in vigore del reg. (CE) n. 17/62, cit. (per alcuni riferimenti relativi all'attività del *Bundeskartellamt*, v. A. DERINGER, *The Distribution of Powers in the Enforcement*, cit., 33).

²⁶² Cfr. D.J. GERBER, *The Transformation*, cit., 106.

²⁶³ Tale aspetto è particolarmente significativo se si considera che il Trattato CECA disciplina invece le modalità di applicazione delle regole di concorrenza ivi contenute investendo l'Alta Autorità di tutti i poteri necessari (cfr. F. CAPOTORTI, *Sulla efficacia delle «regole di concorrenza applicabili alle imprese»*, cit., 4).

²⁶⁴ Il Trattato CEE, infatti, «*does not provide for the transfer of the exclusive right to grant exemption to the Commission*» (cfr. A. KLIMISCH, B. KRUEGER, *Decentralised application of E.C. competition law: current practice and future prospects*, in *European Law Review*, 1999, 463, spec. 472). Ed invero, «*[i]t is remarkable that [art. 85(3) CEE] does not mention who may declare the provisions of [art. 85(1) CEE] to be inapplicable*» (cfr. C.D. EHLERMANN, *The Modernization*, cit., 539; sul punto v. anche I.S. FORRESTER, C. NORALL, *The Laicization of Community Law*, cit., 20; N. CATALANO, *Manuale*, cit., 506).

²⁶⁵ Cfr. considerando n. 1 reg. (CEE) n. 17/62, cit. Su tale atto normativo, fra la dottrina dell'epoca, e senza alcuna pretesa di esaustività, v. R. FRANCESCHELLI, *Il primo regolamento di applicazione degli articoli 85 e 86 del Trattato di Roma, in particolare la parte concernente l'applicazione dell'art. 85-3*, in *Rivista di Diritto Commerciale*, 1962, 429; U. DRAETTA, *Il regolamento di applicazione degli articoli 85 e 86 del Trattato istitutivo della C.E.E.*, in *Diritto Internazionale*, 1961, 339; U. DRAETTA, *Il progetto di regolamento di applicazione degli articoli 85 e 86 del Trattato di Roma*, in *Diritto Internazionale*, 1961, 144.

²⁶⁶ Il reg. (CEE) n. 17/62, infatti, «*firmly roots the Commission as the principal administrative seat of competition law enforcement*» (cfr. S. O'KEEFFE, *First among equals: the Commission and the national courts as enforcers of E.C. competition law*, in *European Law Review*, 2001, 301, ivi).

Tale risultato è ottenuto mediante due principali meccanismi. In primo luogo, viene privilegiato il ruolo della Commissione rispetto a quello delle autorità amministrative degli Stati membri, e quindi anche delle ANC. È previsto infatti che l'avvio di una procedura formale²⁶⁷ a livello europeo privi dette autorità²⁶⁸ dei poteri loro attribuiti dall'art. 88 CEE²⁶⁹. Mentre la Commissione è sempre competente ad applicare gli artt. 85(1) e 86 CEE, e mantiene tale potere anche in caso di precedente azione a livello nazionale, le ANC vedono ridotti i loro poteri al solo caso di inerzia a livello europeo²⁷⁰.

Ma soprattutto viene attribuito alla Commissione un vero e proprio monopolio nella concessione delle esenzioni. Superando la neutralità di cui all'art. 85(3) CEE, e in senso opposto a quanto previsto nel regime transitorio, a detta istituzione viene riconosciuta «*la competenza esclusiva per dichiarare inapplicabili in virtù dell'[art. 85(3) CEE] le disposizioni dell'[art. 85(1) CEE]*»²⁷¹. Tale regime esclude che ANC e giudici nazionali possano accordare esenzioni e viene esercitato secondo due modalità. Da un lato, le intese possono essere esentate dalla Commissione su base individuale. A tal fine, è istituito un meccanismo di notifica preventiva delle intese per le quali le imprese intendano avvalersi dell'art. 85(3) CEE²⁷². In assenza di tale notifica, la Commissione non può dichiarare l'inapplicabilità²⁷³ e il divieto rimane efficace anche nei confronti delle intese che presentino i fattori positivi di cui all'art. 85(3) CEE. Il meccanismo di esenzione è dunque costruito sul modello dei c.d. regimi

²⁶⁷ Tale procedura può essere volta ad (a) emanare ex art. 2 reg. (CEE) n. 17/62, cit., un'attestazione negativa, oppure ad (b) accertare ex art. 3 reg. (CEE) n. 17/62, cit., un'infrazione, ovvero ancora a (c) concedere ex art. 6 reg. (CEE) n. 17/62, cit., un'esenzione ai sensi dell'art. 85(3) CEE. Al contrario, l'avvio di una procedura ex artt. 11, 12 e 15(1)(b) reg. (CEE) n. 17/62, cit., non interferisce con la competenza delle ANC (cfr. A DERINGER, *The Distribution of Powers in the Enforcement*, cit., 37).

²⁶⁸ Al contrario di quanto avveniva nel regime transitorio: anche la giurisprudenza riconosce infatti che, poiché l'art. 88 CEE «*fa rinvio alle norme interne sulla competenza e sulla procedura, la nozione di "autorità degli Stati membri" comprende gli organi giurisdizionali nazionali*», i giudici nazionali a cui è affidata l'applicazione privatistica delle regole di concorrenza non rientrano nella nozione di «*autorità degli Stati membri*» di cui all'art. 9(3) reg. (CEE) n. 17/62, cit. (cfr. Corte giust. 18 marzo 1970, in causa 43/69, *Brauerei A. Bilger Söhne GmbH c. Heinrich Jehle e Marta Jehle*, ECLI:EU:C:1970:20, § 9). Infatti, è autorità nazionale solo il giudice cui sia «*affidato il particolare compito di applicare le leggi nazionali sulla concorrenza o di controllare la legittimità dell'applicazione fattane da parte degli organi amministrativi*» (cfr., per tutte, Corte giust. 30 gennaio 1974, in causa 127/73, *Belgische Radio en Televisie e société belge des auteurs, compositeurs et éditeurs c. SV SABAM e NV Fonior*, ECLI:EU:C:1974:6). In dottrina, fra i molti, cfr. F. MUNARI, *L'applicazione dell'articolo 85 del Trattato di Roma nei procedimenti davanti ai giudici nazionali*, in *Diritto del Commercio Internazionale*, 1990, 629, spec. 635; A. LANG, *Giudice nazionale e Commissione delle Comunità europee: Coesistenza di competenze in materia di concorrenza e strumenti di coordinamento*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 1996, 239, spec. 242; K. MARKERT, *Some Legal and Administrative Problems of the Co-Existence of Community and National Competition Law in the EEC*, in *Common Market Law Review*, 1974, 92, spec. 101; I.S. FORRESTER, *Complement or Overlap*, cit., 174-176; A. DERINGER, *The Distribution of Powers in the Enforcement*, cit., 38.

²⁶⁹ Cfr. art. 9(3) reg. (CEE) n. 17/62, cit.

²⁷⁰ Cfr. A. DERINGER, *The Distribution of Powers in the Enforcement*, cit., 34.

²⁷¹ Cfr. art. 9(1) reg. (CEE) n. 17/62, cit.

²⁷² Cfr. art. 4(1) reg. (CEE) n. 17/62, cit. L'obbligo viene meno nel caso in cui l'intesa rientri nelle categorie di cui all'art. 4(2) reg. (CEE) n. 17/62, cit., ovvero sia già stata oggetto di un'esenzione di gruppo.

²⁷³ Infatti, «*the application of [art. 85(3) CEE] was possible only if the agreement had been formally notified to the Commission in a request for exemption*» (cfr. J.S. VENIT, *Brave New World: The Modernization and Decentralization of Enforcement under Article 81 and 82 of the EC Treaty*, in *Common Market Law Review*, 2003, 545, spec. 549-550).

autorizzatori in cui è vietato tutto ciò che non è espressamente permesso. La decisione esentativa della Commissione assume pertanto il valore di un atto derogatorio²⁷⁴. Dall'altro lato, alla luce dell'elevato numero di notifiche originato dal sistema di esenzione individuale, alla Commissione viene presto attribuito il potere di accordare delle esenzioni di gruppo, mediante l'emanazione di regolamenti applicabili a determinati settori commerciali²⁷⁵.

Per garantire l'assolvimento di tali doveri, il reg. (CEE) n. 17/62 riconosce alla Commissione poteri piuttosto rilevanti. Sotto il profilo delle indagini, essa può ad esempio indirizzare alle imprese e alle loro associazioni richieste di informazioni, accompagnate da specifiche sanzioni in caso di inosservanza²⁷⁶. Con l'ausilio delle autorità nazionali, può inoltre procedere a una serie di accertamenti presso i locali di tali soggetti, dove è fra l'altro autorizzata a prendere visione dei documenti aziendali, estrarne copia e richiedere spiegazioni al personale²⁷⁷. Ma soprattutto, tale istituzione può infliggere ammende alle imprese, non solo in caso di infrazione degli artt. 85 e 86 CEE, ma anche per il caso di condotte inappropriate nel corso delle indagini²⁷⁸.

Il modello accentrato creato dal reg. (CEE) n. 17/62 rende marginale il ruolo delle ANC e dei giudici degli Stati membri nell'applicazione del diritto antitrust di origine europea²⁷⁹. In primo luogo, la sospensione obbligatoria dei procedimenti nazionali in caso di successiva azione da parte della Commissione frena l'attitudine

²⁷⁴ In altre parole, la decisione resa dalla Commissione ai sensi dell'art. 85(3) CEE «*is an administrative act which removes the prohibition under [art. 85(1) CEE] for a definite period*» (cfr. A DERINGER, *The Distribution of Powers in the Enforcement*, cit., 34). Fra gli altri, v. anche F. CAPOTORTI, *Sulla efficacia delle «regole di concorrenza applicabili alle imprese»*, cit., 20; R. RINALDI, *Il regolamento del consiglio n. 1/2003: un primo esame delle principali novità e dei punti aperti della riforma sull'applicazione delle regole comunitarie in tema di concorrenza*, in *Diritto del Commercio Internazionale*, 2003, 143, spec. 147; N. CATALANO, *Manuale*, cit., 506.

²⁷⁵ Con riguardo agli accordi verticali, tale potere è attribuito alla Commissione dal Consiglio mediante il regolamento (CEE) n. 19/65 del Consiglio, del 2 marzo 1965, *relativo all'applicazione dell'articolo 85, paragrafo 3, del Trattato a categorie di accordi e pratiche concordate*, in GU, n. 36, del 6 marzo 1965, 533. Con riguardo alle intese orizzontali, tale potere è attribuito alla Commissione dal Consiglio mediante il regolamento (CEE) n. 2821/71 del Consiglio, del 20 dicembre 1971, *relativo all'applicazione dell'articolo 85, paragrafo 3, del trattato a categorie di accordi, di decisioni e di pratiche concordate*, in GU L, n. 285, del 29 dicembre 1971, 46. I regolamenti di esenzione non eliminano peraltro l'obbligo di notifica. Tale adempimento è infatti richiesto dall'art. 4(1) reg. (CEE) n. 17/62, cit. (cfr. A DERINGER, *The Distributions of Powers in the Enforcement*, cit., 35). Molti di essi sono tuttavia basati sulla c.d. procedura di opposizione: se la Commissione non si oppone all'attuazione dell'intesa entro un dato termine dalla notifica l'esenzione si considera automaticamente concessa. Sulla procedura di opposizione, per tutti, cfr. J.S. VENIT, *The Commission's Opposition Procedure – Between The Scylla of Ultra Vires and the Charybdis of Perfume: Legal Consequences and Tactical Considerations*, in *Common Market Law Review*, 1985, 167, spec. 171-201.

²⁷⁶ Cfr. art. 11 reg. (CEE) n. 17/62, cit. Le informazioni possono invero essere richieste anche ai governi e alle autorità degli Stati membri.

²⁷⁷ Cfr. artt. 13 e 14 reg. (CEE) n. 17/62, cit.

²⁷⁸ Cfr. art. 15 reg. (CEE) n. 17/62, cit.

²⁷⁹ Cfr. D.J. GERBER, *The Transformation*, cit., 107. Il ruolo marginale dei giudici nazionali ha l'ulteriore conseguenza che, anche nelle rare occasioni in cui vengano coinvolti nell'applicazione degli artt. 85(1) e 86 CEE, questi ultimi mostrano una certa riluttanza a prendere decisioni autonome in materia, in favore di una generale propensione ad «*adeguarsi alle decisioni interpretative della Corte di giustizia, dopo averne provocato l'intervento mediante l'introduzione di procedimenti pregiudiziali*» (cfr. F. CAPPELLI, *La riforma della disciplina comunitaria della concorrenza e i nuovi compiti affidati ai giudici nazionali*, in *Diritto comunitario e degli scambi internazionali*, 2000, 395, spec. 398-399).

delle ANC ad applicare gli artt. 85(1) e 86 CEE. Queste ultime mostrano quindi una maggiore propensione all'utilizzo delle legislazioni nazionali in materia²⁸⁰, laddove esistenti. Ciò porta a un'interpretazione restrittiva del requisito del pregiudizio al commercio fra gli Stati membri da parte delle ANC²⁸¹. La diffidenza circa le norme europee è inoltre rafforzata dal fatto che anche l'eventuale richiesta di esenzione presentata dalle imprese coinvolte in un procedimento nazionale priva le ANC procedenti dei propri poteri a beneficio della competenza della Commissione²⁸².

Quest'ultimo aspetto riduce anche l'attrattiva delle corti degli Stati membri quale luogo di applicazione delle regole antitrust, e in particolare dell'art. 85 CEE²⁸³. Il regime autorizzatorio disincentiva infatti il ricorso ai giudici nazionali da parte dei soggetti che cercano tutela nei confronti di un'intesa restrittiva. La difesa delle imprese convenute è di regola basata sull'art. 85(3) CEE. Ai potenziali attori conviene quindi rivolgersi direttamente alla Commissione piuttosto che sopportare i costi del contenzioso nazionale per poi assistere alla probabile, sebbene non obbligatoria²⁸⁴, sospensione del giudizio in attesa di una decisione della medesima autorità²⁸⁵. Tanto

²⁸⁰ Cfr. D.J. GERBER, *The Transformation*, cit., 106; H. NYSENS, N. PECCHIOLI, *Il regolamento n. 1/2003 CE: verso una decentralizzazione ed una privatizzazione del diritto della concorrenza*, in *Diritto dell'Unione europea*, 2003, 357, spec. 359; I.S. FORRESTER, *Complement or Overlap*, cit., 173.

²⁸¹ Gli artt. 85 e 86 CEE trovano infatti applicazione solo in caso di pregiudizio al commercio fra gli Stati membri. Più in generale, durante la vigenza del reg. (CEE) n. 17/1962, cit., il rapporto fra le regole di concorrenza europee e quelle nazionali è basato sulla c.d. teoria della doppia barriera che non impedisce il concorso applicativo fra dette normative. Infatti, «*the exclusion of the competence of the national authorities once the Commission has initiated proceedings, does not apply when these authorities are acting in pursuit of their national laws*» (cfr. J. STUYCK, H. GILLIAMS (eds.), *Modernisation of European Competition Law*, Antwerp, 2002, spec. 8). Anche la giurisprudenza riconosce che in base al diritto nazionale possono essere proibite intese compatibili con l'art. 85(1) CEE in quanto non idonee a pregiudicare il commercio fra gli Stati membri (per tutte, cfr. causa 14/68, *Walt Wilhem*, cit. In dottrina, v. K. MARKERT, *Some Legal and Administrative Problems*, cit., 93-97).

²⁸² Le ANC preferiscono infatti applicare il diritto nazionale non solo per il rischio «*of losing competence when the Commission initiates proceedings*» ma anche per «*the exemption monopoly of the Commission*» (cfr. A. KLIMISCH, B. KRUEGER, *Decentralised application*, cit., 466). Invero, «*[o]biettivamente il [reg. (CEE) n. 17/1962, cit.] frenava l'applicazione delle regole europee di concorrenza da parte delle [ANC], e ciò in ragione del monopolio del potere di esenzione detenuto dalla Commissione*» (cfr. H. NYSENS, N. PECCHIOLI, *Il regolamento n. 1/2003 CE*, cit., 359).

²⁸³ Inoltre, «*[a] complaint to the Commission can be very cheap. A complaint can be anonymous. Anonymity is of great importance when the complainant is one of a number of small business who are threatened by the practices of much larger competitors. In addition, the Commission has considerable fact-finding powers culminating in its power to carry out on-the-spot inspections under [art. 14 reg. (CEE) n. 17/62]*»; tanto che «*a resolution satisfactory to the complainant can be found quickly as a result of intervention by the Commission, either by making an inquiry or taking interim measures*» (cfr. A.J. RILEY, *More Radicalism, Please: The Notice on Co-operation between National Courts and the Commission in Applying Articles 85 and 86 of the EEC Treaty*, in *European Competition Law Review*, 1993, 91, spec. 93).

²⁸⁴ Cfr., in particolare, Trib. 18 settembre 1992, in causa T-24/90, *Automec Srl c. Commissione*, ECLI:EU:T:1992:97 e causa C-234/89, *Stergios Delimitis*, cit., dove i giudici nazionali vengono invitati (ma non obbligati) a sospendere i giudizi nel caso in cui sia pendente un procedimento innanzi alla Commissione, ovvero a rivolgersi a quest'ultima per ottenere informazioni sull'esito dello stesso. Su tale questione, fra i molti, v. K. MARKERT, *Some Legal and Administrative Problems*, cit., 98; A. LANG, *Giudice nazionale e Commissione*, cit., 252-255.

²⁸⁵ Atteso che «*the defendant undertakings usually invoke some justification for their anticompetitive behaviours, complaints lodged with a national competition authority or litigation started in a national court for violation of [art. 81 CEE] were rather useless. Those who suffered from anticompetitive behaviour preferred to directly address the European Commission*» (cfr. J. BASEDOW, *The Modernization of European Competition Law: A Story of Unfinished Concepts*, in *Texas International Law Journal*, 2007, 429, spec. 430; sul punto, fra i molti, v. anche D.J. GERBER, *Two Forms of Modernization*, cit., 1238; C. GAUER, D. DALHEIMER, L. KJOLBYE, E. DE SMITJER, *Regulation 1/2003: a modernised application of EC competition rules*, in *Competition policy newsletter*, 2003, 3, spec. 7; I.S. FORRESTER, C. NORALL, *The Laicization of Community Law*, cit. 30; M.R. MOK, *The Procedure of the E.E.C.—Commission in antitrust cases*, in *Common Market Law*

che l'applicazione dell'art. 85 CEE da parte dei giudici nazionali è in sostanza trascurabile²⁸⁶. Le poche controversie sono inoltre limitate all'ipotesi della c.d. «*euro-defence*», ossia all'invocazione della norma in questione quale eccezione per giustificare l'inadempimento di un contratto di cui si lamenta l'anticompetitività²⁸⁷. In altri termini, il diritto antitrust²⁸⁸ viene utilizzato in sede civile solo come «scudo» e mai come «spada»²⁸⁹.

La «vocazione centralizzatrice»²⁹⁰ del reg. (CEE) n. 17/62 appare tuttavia giustificata. La cultura della concorrenza deve ancora radicarsi negli ordinamenti degli Stati membri, molti dei quali privi di una tradizione in materia²⁹¹. Gli artt. 85 e 86 CEE sono inoltre formulati in maniera vaga e generale²⁹². Un sistema di gestione accentrata rappresenta dunque la soluzione più efficace per garantire la coerente applicazione della disciplina²⁹³, in un periodo in cui devono ancora essere definiti i principi fondamentali della nuova politica comunitaria²⁹⁴. Il ruolo attribuito alla Commissione

Review, 1963, 327).

²⁸⁶ Infatti, «*the protection of the articles in question to litigants in national courts was rarely raised in the years following the adoption of [reg. (CEE) n. 17/62, cit.], as few litigants before national courts claimed that their rights were affected by [artt. 85 and 86 CEE]*» (cfr. I.S. FORRESTER, *Complement or Overlap*, cit., 173). Tanto che «*litigation under [art. 85 CEE] before national courts may be evaluated as being insignificant: it is neither a noteworthy contribution to the implementation of [art. 85 CEE], nor on the whole can it be a great burden to enterprises*» (cfr. E. STEINDORFF, *Article 85, para. 3: No Case for Application by National Courts*, in *Common Market Law Review*, 1983, 125, spec. 127).

²⁸⁷ Sul punto, cfr. K. LENAERTS, D. GERARD, *Decentralisation of EC Competition Law Enforcement: Judges in the Frontline*, in *World Competition*, 2004, 313, spec. 315; J.S. VENIT, *Brave New World*, cit., 571.

²⁸⁸ Anche l'art. 86 CEE viene infatti azionato raramente in quanto, da un lato, «*[c]ompanies willing to obtain prohibition of a specific abusive practice of a competitor could – and were confident to – obtain it from their national specialised authority, used to dealing with concepts such as market power and market definitions*», e dall'altro lato, «*[t]he obstacles to the obtaining of damages in a tort action for abuse of dominant position are [...] the same as under [art. 85 CEE] or a similar national provision, i.e. problem of proof of the extent of the losses suffered and of the causal link between the abuse and those losses*» (cfr. K. LENAERTS, D. GERARD, *Decentralisation*, cit., 313, spec. nota 4).

²⁸⁹ Per l'utilizzo di tale metafora cfr. J. BASEDOW, *The Modernization*, cit., 436; J.S. VENIT, *Brave New World*, cit., 570-571; A. LANG, *Giudice nazionale e Commissione*, cit., 240, spec. note 5 e 6.

²⁹⁰ Per riprendere un'espressione utilizzata da A. TIZZANO, *L'applicazione «decentrata» degli art. 85 e 86 Ce in Italia*, in *Foro italiano*, 1997, 33, spec. 35, dove peraltro tale tendenza accentratrice viene valutata positivamente sulla base di una serie di «*forti e serie motivazioni, in particolare per l'esigenza di assicurare l'uniformità di applicazione del diritto comunitario in una situazione che presentava seri rischi per tale uniformità a causa delle diversità delle norme, delle strutture organizzative e delle prassi nazionali*». Pertanto, in un primo momento, appariva, «*more effective to place the preponderance for their enforcement on the Community, so as to avoid differences in their application in the various member states which might prevent the merging of the Common Market*» (cfr. A. DERINGER, *The Distribution of Powers in the Enforcement*, cit., 31).

²⁹¹ In effetti, «*[t]he principles embodied in the competition rules were novel and almost revolutionary. They required fundamental changes in deeply ingrained habits of thought and patterns of economic conducts. The officials of the new competition Directorate-General did not trust businessmen, lawyers and judges to apply the rules correctly (or even, as the case might be, in good faith); they sought to keep a maximum of surveillance and control in their own hands*» (cfr. I.S. FORRESTER, C. NORRAL, *The Laicization of Community Law*, cit., 13).

²⁹² Con particolare riferimento all'art. 85(3) CEE, si ritiene che questo «*does not only require careful determination of often highly complex economic facts, but this paragraph also demands the delicate balancing and weighting of different, possibly, elements of, arguments for and against a restrictive agreement*», così lasciando «*a relatively large amount of room for discretionary decision making*» (cfr. C.D. EHLERMANN, *The Modernization*, cit., 537-538).

²⁹³ È opinione condivisa, infatti, che «*[t]ale sistema autorizzativo centralizzato [consenta] la creazione di un corpo coerente di decisioni tali da assicurare l'effettiva instaurazione e lo sviluppo armonizzato della cultura della concorrenza in Europa*» (cfr., per tutti, R. RINALDI, *Il regolamento del consiglio n. 1/2003*, cit., 144).

²⁹⁴ All'indomani dell'entrata in vigore del Trattato, infatti, l'attività della Commissione «*had been to participate with the Court “in making the law” (i.e., establishing competition law principles)*» (cfr. D.J. GERBER, *The Transformation*, cit., 120).

evita la diffusione a livello nazionale di interpretazioni errate o difformi dell'art. 85 CEE. Vengono inoltre limitate le possibili resistenze²⁹⁵ o «spinte centrifughe» nell'attuazione di tale disposizione da parte delle autorità degli Stati membri, potenzialmente portatrici di interessi nazionali piuttosto che comunitari²⁹⁶.

Il modello accentrato non si limita peraltro ad assicurare l'uniforme applicazione delle regole di concorrenza ma appare invece funzionale allo stesso esercizio dei poteri attribuiti alla Commissione. All'indomani dell'entrata in vigore del Trattato, detta istituzione ha infatti bisogno di ottenere informazioni sulle molteplici pratiche commerciali diffuse fra gli operatori economici dei diversi Stati membri. Ciò per prendere coscienza del funzionamento dei mercati nei diversi settori economici sottoposti al suo controllo. Il meccanismo di notifica preventiva di cui all'art. 4 reg. (CEE) n. 17/62 risponde (anche) a tale esigenza esplorativa²⁹⁷. Gli effetti positivi sono peraltro condivisi dalla Commissione con le ANC²⁹⁸.

Nelle intenzioni del Consiglio e della Commissione, tale sistema deve inoltre garantire un elevato grado di certezza agli operatori economici. Il regime autorizzatorio (scelto al posto del modello di eccezione legale) consente infatti alle imprese di sapere *ex ante* se una determinata pratica commerciale sia o meno compatibile con le regole europee. Ciò avrebbe dovuto ridurre l'incertezza nell'applicazione di una disciplina fortemente innovativa.

2.3 Le principali questioni relative all'applicazione del reg. (CEE) n. 17/62 e le prime spinte verso un sistema decentrato.

Le soluzioni individuate dal reg. (CEE) n. 17/62 mostrano tuttavia ben presto alcuni limiti. In primo luogo, si verificano diverse problematiche di ordine pratico e organizzativo relative al meccanismo di notifica ed esenzione. La certezza

²⁹⁵ Peraltro, tali resistenze «to a rigorous competition policy [are] no more than a natural expression of the desire to protect their economic activities and this is particularly true in relation to countries which have traditionally afforded a high degree of protection to their industries and economies» (cfr. J. GOH, *Enforcing EC Competition Law in Member States*, in *European Competition Law Review*, 1993, 114, ivi).

²⁹⁶ Per riprendere un'espressione utilizzata da F. MUNARI, *L'applicazione dell'articolo 85*, cit., 637. Più in generale, si osserva che «it had been a fundamental of competition law thinking that this exclusivity was necessary to provide coherence in the application of the law in this area. Given that these exemptions are very broadly worded, there was fear that if exemptions could be granted by other institutions, they might be granted inconsistently and perhaps in ways that favoured domestic interests» (cfr. D.J. GERBER, *Two Forms of Modernization*, cit., 1239). Ciò anche perché «in competition law national interest and political involvement are much stronger than in traditional private law [and] differ widely among the [...] Member States. Economic policy in some of the old Member States, such as France, has always focused on the support of large national corporations whereas the economic policy of other countries, in particular Great Britain and Germany, has traditionally stressed the need for a competitive environment for the sake of consumer welfare» (cfr. J. BASEDOW, *The Modernization*, cit., 431).

²⁹⁷ Infatti, «[w]hen [reg. (CEE) n. 17/62, cit.] was proposed and enacted, the Commission had almost no information on the competitive situation in different markets in different Member States. One of the reasons for the notification system which [reg. (CEE) n. 17/62, cit.] established was to provide such informations» (cfr. C.D. EHLERMANN, *The Modernization*, cit., 561; sul punto v. anche R. RINALDI, *Il regolamento del consiglio n. 1/2003*, cit., 143).

²⁹⁸ Cfr. art. 10(1) reg. (CEE) n. 17/1962, cit., ai sensi del quale «[l]a Commissione trasmette immediatamente alle autorità competenti degli Stati membri copia delle domande, delle notificazioni e dei documenti più importanti che le sono presentati ai fini della constatazione delle infrazioni [agli artt. 85 e 86 CEE], del rilascio di un'attestazione negativa o di una dichiarazione ai sensi dell'art. 85(3) CEE».

giuridica che consegue (*rectius*, dovrebbe conseguire) a tale adempimento²⁹⁹ spinge le imprese a notificare un elevato numero di accordi, anche in casi di limitata rilevanza ai fini dell'art. 85 CEE³⁰⁰. Giacché opponibili ai terzi, le decisioni di esenzione garantiscono infatti la validità dell'accordo anche in caso di successiva contestazione innanzi ai giudici nazionali da parte di uno dei soggetti contraenti³⁰¹. Oltre a limitare il rischio delle c.d. «euro-defence», la notifica favorisce l'immunità sanzionatoria se l'intesa è in seguito ritenuta incompatibile con l'art. 85 CEE³⁰². Il flusso di notifiche paralizza l'attività della Commissione che non è in grado di esaminare in tempi ragionevoli le questioni che le sono sottoposte, anche a causa delle scarse risorse di cui dispone³⁰³.

Ma soprattutto, tale istituzione non riesce a garantire un adeguato livello di vigilanza sui comportamenti delle imprese. La gestione del monopolio esentativo assorbe infatti la maggior parte delle risorse pubbliche, pregiudicando l'efficacia dei controlli sull'osservanza delle regole antitrust. Ciò determina la paradossale conseguenza per cui la principale attività della Commissione diviene l'esame di pratiche largamente compatibili con l'art. 85 CEE (quelle oggetto di notifica) mentre le più gravi violazioni della medesima disposizione, come i cartelli segreti, o dell'art. 86 CEE, rimangono in massima parte impunte³⁰⁴.

Vengono quindi elaborati alcuni correttivi per ridurre il carico di lavoro della Commissione. Ad esempio, sono introdotte le esenzioni a portata generale, cui si è

²⁹⁹ Ciò perché «[a] formal exemption under [art. 85(3) CEE] following a notification pursuant to [reg. (CEE) n. 17/62, cit.] provides the greatest degree of legal certainty as to the legality and enforceability of an agreement inasmuch as it forecloses national antitrust authorities and courts from applying [art. 85(1) CEE] and in the case of national courts, [art. 85(2) CEE] to the exempted agreement and may also prevent application of national antitrust laws if such application would deprive the parties of the benefits of the exemption» (cfr. J.S. VENIT, *The Commission's opposition procedure*, cit., 169).

³⁰⁰ Cfr. R. RINALDI, *Il regolamento del consiglio n. 1/2003*, cit., 144. Più in generale, in merito ai vantaggi e agli svantaggi che conseguono alla notificazione, v. A. BROWN, *Notification of Agreements to the EC Commission: Whether to Submit to a Flawed System*, in *European Competition Law Review*, 1992, 323.

³⁰¹ I destinatari di una decisione di esenzione individuale, infatti, «acquistano così il diritto di porre in atto, alle condizioni eventualmente stabilite dalla Commissione, un accordo, un'intesa o una pratica concordata e possono opporre tale diritto a qualsiasi terzo che, dinanzi al giudice nazionale, eccepisca l'incompatibilità di detto accordo, intesa o pratica concordata con l'art. [85(1) CEE]» (per tutte, cfr. Corte giust. 11 dicembre 1980, in causa 31/80, NV L'Oréal e SA L'Oréal c. PVBA "De Nieuwe AMCK", ECLI:EU:C:1980:289, § 8).

³⁰² Si è quindi osservato che «[t]he reason for such notifications is usually that a truthful notification confers immunity from fines, and that if a contractual provision is ever challenged in a litigation, by way of either a claim of unenforceability or a claim for damages, it is thought that a party to such agreement is in a stronger position if the agreement has been notified» (cfr. I.S. FORRESTER, C. NORALL, *The Laicization of Community Law*, cit., 29; sul punto, fra i molti, v. anche J.S. VENIT, *Brave New World*, cit., 550; A. LANG, *Giudice nazionale e Commissione*, cit., 249).

³⁰³ Cfr. Libro bianco *sulla modernizzazione*, cit., § 24. Sul punto v. anche A. KLIMISCH, B. KRUEGER, *Decentralised application*, cit., 465.

³⁰⁴ In effetti, è opinione condivisa che «il sistema di notificazione impegnava la Commissione nella valutazione di comportamenti e accordi di portata spesso ridotta, assorbendo energie che era invece opportuno dedicare alle infrazioni più gravi» (cfr. S. BARIATTI, *Commissione europea e autorità nazionale: l'applicazione decentrata del diritto comunitario*, in P. BARUCCI, C. RABITTI BEDOGNI (a cura di), *Vent'anni di antitrust*, cit. 349, ivi). Tanto che «[w]holesale disregard for the rules – including simple and clear rules like the prohibitions on price fixing and export bans – is not uncommon in the Community in a way that would be unthinkable in the United States. Not only does much business planning pay no heed to EEC ramifications, but some business conduct is pursued in the knowledge that it violates EEC rules and in the hope that it will not be caught» (cfr. I.S. FORRESTER, C. NORALL, *The Laicization of Community Law*, cit., 31). Sul punto v. anche H. NYSENS, N. PECCHIOLO, *Il regolamento n. 1/2003 CE*, cit., 359.

accennato poc'anzi. Il (parziale) superamento del meccanismo dell'esenzione individuale è raggiunto altresì mediante la pubblicazione di comunicazioni e linee guida. Pur volte a rendere nota la posizione della Commissione su determinate questioni, tali documenti finiscono di fatto per autorizzare le tipologie di accordi che ne sono oggetto³⁰⁵. Infine, la Commissione inizia a esaminare le notifiche ricevute mediante procedure semplificate. L'adozione di decisioni formali di esenzione viene infatti riservata ai casi di maggiore rilevanza sistematica. Le questioni ordinarie vengono invece concluse mediante decisioni informali di archiviazione (le c.d. *comfort letters*), il cui contenuto si limita a dichiarare che, allo stato dei fatti, non è ravvisata alcuna violazione delle regole antitrust³⁰⁶.

Tali modifiche non sopiscono però le critiche. Così rimodellato, il sistema previsto dal reg. (CEE) n. 17/62 diviene infatti fonte di gravi incertezze³⁰⁷. Da un lato, i tempi in cui le imprese riescono ad ottenere le decisioni di esenzione non diminuiscono. Diminuisce invece il numero dei casi in cui la Commissione è disponibile ad adottare tale categoria di decisioni. Ciò significa che l'originale meccanismo d'attuazione continua a non funzionare³⁰⁸, e che ai costi sostenuti dalle imprese per adempiere all'obbligo di notifica non corrispondono i relativi benefici. Dall'altro lato, le soluzioni elaborate appaiono o troppo formalistiche o non adatte a garantire un adeguato grado di certezza del diritto. Le esenzioni di gruppo escludono infatti l'anticoncorrenzialità di un determinato accordo³⁰⁹, ma finiscono per irrigidire

³⁰⁵ Le comunicazioni della Commissione comportano infatti «*a de facto green light for certain types of agreements, such as the successive "de minimis" notices*» (cfr. C.D. EHLERMANN, *The modernization*, cit., 541). Esse hanno quindi l'obiettivo di scoraggiare le imprese dalla futura notifica di accordi (sul punto cfr. anche J.S. VENIT, *Brave New World*, cit., 550).

³⁰⁶ Tale comunicazione informale «*non costituisce né una decisione di attestazione negativa, né una decisione di applicazione dell'art. [85(3) CEE], ai sensi degli art. 2 e 6 [reg. (CEE) n. 17/62, cit.]*» ma piuttosto «*una lettera amministrativa che comunica alla impresa interessata l'opinione della commissione, secondo cui essa non ha motivo di intervenire, in base all'art. [85(1) CEE], riguardo ai contratti in questione e che la pratica può quindi essere archiviata*» (cfr. Corte giust. 10 luglio 1980, in causa 37/79, *Anne Marty SA c. Estée Lauder SA*, ECLI:EU:C:1980:190, § 9; sul punto v. anche causa 31/80, *NV L'Oréal*, cit., §§ 10-12).

³⁰⁷ Cfr. F. MUNARI, *L'applicazione dell'articolo 85*, cit., 639; I.S. FORRESTER, C. NORALL, *The Laicization of Community Law*, cit., 11 e 16.

³⁰⁸ Nel senso che, «*[c] learly, notification does not work as a mechanism by which any party to an agreement caught by [art. 85(1) CEE] can obtain an exemption under [art. 85(3) CEE]*» (cfr. I.S. FORRESTER, C. NORALL, *The Laicization of Community Law*, cit., 14).

³⁰⁹ Anzi, come è stato correttamente osservato, «*group exemption are the only way of being secure if individual exemptions are in practice unavailable*» (cfr. I.S. FORRESTER, C. NORALL, *The Laicization of Community Law*, cit., 25). Tuttavia, le esenzioni di gruppo non garantiscono alle imprese lo stesso grado di certezza che contraddistingue una decisione di esenzione: infatti, «*the applicability of the exemption to the agreement may be disputed and national courts have the power to determine whether an agreement is in fact covered by a block exemption*» (cfr. J.S. VENIT, *The Commission's Opposition Procedure*, cit., 169).

le forme contrattuali scelte dalle imprese³¹⁰. Le *comfort letters*, invece, non sono opponibili ai terzi³¹¹.

La questione è rilevante perché il diritto della concorrenza non viene applicato solo dalla Commissione ma, nei limiti sopra evidenziati, anche dalle autorità amministrative e dai giudici nazionali. Se l'attività di matrice pubblicistica svolta dalle prime è subordinata all'azione della Commissione³¹², i giudici nazionali sono invece tenuti a garantire la piena applicazione degli artt. 85 e 86 CEE nelle controversie fra privati. Tali norme godono infatti di diretta applicabilità negli ordinamenti nazionali attribuendo ai singoli «*diritti che i giudici nazionali devono tutelare*»³¹³. Ciò è vero non solo con riguardo all'art. 86 CEE, per il quale non è prevista alcuna possibilità di esenzione, ma anche con riferimento all'art. 85(1) CEE. Nonostante il monopolio della Commissione nell'esercizio di tale facoltà, i giudici hanno infatti «*l'obbligo di pronunziarsi sulle domande degli amministrati che denuncino la nullità ipso iure*» di un'intesa anticoncorrenziale³¹⁴. In virtù della diretta applicabilità, i giudici non sono peraltro obbligati a sospendere i procedimenti in attesa dell'eventuale decisione della Commissione³¹⁵. Il diritto dei singoli a sentire dichiarare la nullità degli accordi anticoncorrenziali ha infatti fonte direttamente nel Trattato CEE e non può essere limitato da un meccanismo istituito da una fonte secondaria, quale il reg. (CEE) n. 17/62.

Alla luce di ciò, il precario funzionamento del meccanismo di esenzione finisce per pregiudicare la corretta applicazione dell'art. 85 CEE anche nelle controversie fra privati. L'impossibilità di ottenere una decisione di esenzione in tempi ragionevoli aumenta il rischio che Commissione e giudici valutino in modo difforme le medesime fattispecie. Può accadere infatti che una determinata intesa sia dichiarata nulla *ex art. 85(2) CEE* dal giudice civile innanzi al quale ne sia contestata la validità, ma venga poi «salvata» dalla Commissione *ex art. 85(3) CEE*, o viceversa³¹⁶. La

³¹⁰ E ciò perché «*Member states and their business communities tend to regard them not as waivers of the law but as compulsory codes of conduct*», con la conseguenza che «*compliance with the terms of a group exemption frequently entails a substantial loss of flexibility which may be regarded as undesirable*» (cfr. I.S. FORRESTER, C. NORALL, *The Laicization of Community Law*, cit., 15). Si osserva quindi che «*il rigido meccanismo dei regolamenti di esenzione di gruppo [...] certamente costitutiva soluzione tanto originale quanto anomala*» (cfr. F. MUNARI, *L'applicazione decentrata delle norme antitrust UE. Primi bilanci, problemi irrisolti e parziali soluzioni*, in *Mercato Concorrenza Regole*, 2010, 147, spec. 148).

³¹¹ In giurisprudenza, chiarito che «*una lettera del genere, che, fondata sui soli elementi di cui la Commissione è a conoscenza [...] non ha l'effetto di impedire ai giudici nazionali, dinanzi ai quali si faccia valere l'incompatibilità degli accordi con l'art. 85 [CEE], di valutare diversamente, in funzione degli elementi di cui essi dispongono, gli accordi in questione*», si precisa ulteriormente che, «*[p]ur non vincolando i giudici nazionali, l'opinione comunicata con tali lettere costituisce nondimeno un elemento di fatto di cui i giudici nazionali possono tener conto nel loro sindacato della conformità all'art. 85 [CEE] degli accordi o dei comportamenti di cui trattasi*» (cfr. causa 37/79, *Anne Marty SA*, cit., § 10).

³¹² Cfr. art. 9(3) reg. (CEE) n. 17/62, cit.

³¹³ Cfr. causa 127/73, *SABAM*, cit., § 16.

³¹⁴ Cfr. Corte giust. 6 febbraio 1973, in causa 48/72, *SA Brasserie de Haecht c. Wilkin-Janssen*. Haect IIECLI:EU:C:1973:11, §§ 10-12.

³¹⁵ Sul punto v. *supra* la nota 284, nel capitolo 2, § 2.3.

³¹⁶ Sul rischio di decisioni divergenti, fra i molti, cfr. A. LANG, *Giudice nazionale e Commissione*, cit., 243; S. KON, *Article 85, para. 3: A Case for Application by National Courts*, in *Common Market Law Review*, 1982, 541, spec. 561.

notifica non ha infatti efficacia sospensiva e le imprese possono porre in essere l'intesa sotto la loro responsabilità³¹⁷. Il tutto con evidenti effetti negativi sulla certezza del diritto e il legittimo affidamento delle imprese³¹⁸, di cui si è occupata anche la Corte di Giustizia, fornendo una serie di criteri per cercare di evitare l'insorgenza di tali tipi di contrasto³¹⁹.

In realtà, la questione è solo aggravata dal ritardo con cui la Commissione riesce a svolgere il compito assegnatole³²⁰. Di fatto essa è però implicita nel sistema disegnato dal reg. (CEE) n. 17/62. La «biforcazione» che caratterizza l'applicazione dell'art. 85 CEE preclude infatti ai giudici la valutazione degli elementi positivi di cui all'art. 85(3) CEE³²¹. Il giudice cui sia chiesto di accertare la nullità di un contratto *ex art. 85(2) CEE* è dunque costretto ad accogliere tale domanda anche nel caso in cui ritenga l'intesa legittima ai sensi dell'art. 85(3) CEE. Neanche il ricorso al rinvio pregiudiziale è pienamente idoneo a correggere tale distorsione³²². Che condotte compatibili con la politica antitrust europea siano dichiarate nulle a livello nazionale appare irrazionale e comunque poco sostenibile alla luce del primato di cui gode il diritto dell'Unione³²³. Anche a prescindere dall'esame dei possibili rimedi, basati essenzialmente sull'introduzione della c.d. *rule of reason* nell'interpretazione dell'art. 85(1) CEE³²⁴, quanto sopra conferma l'inadeguatezza del reg. (CEE) n. 17/62 a garantire un adeguato sistema di *enforcement* delle regole di concorrenza.

³¹⁷ Cfr. A. LANG, *Giudice nazionale e Commissione*, cit., 249.

³¹⁸ Invero, un medesimo contrasto potrebbe verificarsi anche con riguardo ad una attestazione negativa *ex art. 2 reg. (CEE) n. 17/62*, cit. Anche tali decisioni non sono peraltro vincolanti (cfr., anche per ulteriori riferimenti, A. LANG, *Giudice nazionale e Commissione*, cit., 251).

³¹⁹ Sul punto v. *supra* la nota 284.

³²⁰ Peraltro, la diffusione delle c.d. *comfort letters* fa sì che, anche nel caso in cui la Commissione esprima la propria posizione tempestivamente, i giudici non siano comunque tenuti ad uniformarsi. Può quindi accadere che accordi che non abbiano suscitato alcuna preoccupazione anticoncorrenziale in sede pubblica siano dichiarati nulli durante un contenzioso fra privati.

³²¹ Anche se la ricostruzione appare invero poco convincente, si osserva (cfr. S. KON, *Article 85, Para. 3: A Case*, cit., 541) peraltro che tale biforcazione appare in qualche modo indebolita dalla giurisprudenza che fa talvolta riferimento all'«*indivisibilità del divieto di cui [all'art. 85(1) CEE] dalla possibilità di esenzione di cui [all'art. 85(3) CEE], come messo in atto dal regolamento n. 17*» (cfr. Corte giust. 14 dicembre 1977, in causa 59/77, *Établissements A. De Bloos SPRL c. Société en commandite par actions "Bouyer"*, ECLI:EU:C:1977:207, § 11).

³²² Infatti, la Corte di giustizia non può concedere l'esenzione. Ciò significa che «*l'interpretazione della Corte si rileva utile quando essa neghi tale possibilità, consentendo al giudice di applicare l'art. [85(1) CEE]; qualora invece la Corte concluda che l'accordo sembrerebbe presentare le condizioni per beneficiarne, il giudice nazionale si troverebbe nell'impossibilità di decidere la controversia*» (cfr. A. LANG, *Giudice nazionale e Commissione*, cit., 256; in argomento, v. anche S. KON, *Article 85, para. 3: A Case*, cit., 552-553).

³²³ Nell'ipotesi opposta, del resto, i giudici nazionali che «*si pronun[no] su un accordo o su una pratica la cui compatibilità con gli artt. [85 e 86 CEE] costituisce già oggetto di decisione da parte della Commissione, non [possono] adottare una decisione contrastante con quella della Commissione, anche se quest'ultima è in contrasto con la decisione pronunciata da un giudice nazionale di primo grado*» (cfr. Corte giust. 14 dicembre 2000, in causa C-344/98, *Masterfoods Ltd c. HB Ice Cream Ltd*, ECLI:EU:C:2000:689, § 60).

³²⁴ Sulla scorta dell'esperienza americana, la dottrina maggioritaria ritiene infatti necessario che nell'ambito dell'art. 85(1) CEE venga effettuato un bilanciamento fra effetti restrittivi e pro-competitivi delle intese. Se gli effetti negativi sono (almeno) compensati da quelli positivi le intese sono di per sé compatibili con la disciplina antitrust. Basandosi sul solo art. 85(1) CEE, tale bilanciamento è affidato tanto ai giudici nazionali quanto alle ANC. Il monopolio della Commissione *ex art. 85(3) CEE* concerne invece l'esenzione delle intese sulla base di scelte estranee al diritto della concorrenza in senso stretto, quali il perseguimento di finalità di politica economica o industriale. A favore di tale approccio, anche per ulteriori riferimenti, cfr. F. MUNARI,

Anche la Commissione inizia a riconoscere la necessità di un cambiamento e in particolare l'opportunità di assicurare un maggior coinvolgimento dei giudici e delle autorità nazionali nell'applicazione delle regole antitrust³²⁵. Ciò è del resto compatibile con il cambio di prospettiva determinato dalla crescente integrazione raggiunta fra gli Stati membri e dall'evoluzione della politica di concorrenza³²⁶. Se all'indomani dell'entrata in vigore del Trattato CEE la priorità è rappresentata dalla definizione dei principi fondamentali della nuova disciplina, l'attenzione si sposta in seguito sugli aspetti procedurali e sulla maggior efficacia del sistema³²⁷. Queste ultime finalità non impediscono una maggiore condivisione di poteri e anzi richiedono un ridimensionamento del ruolo della Commissione a favore di un'applicazione periferica della disciplina in discussione³²⁸. Il coinvolgimento dei giudici e delle autorità nazionali si pone inoltre in linea con il nuovo assetto istituzionale che, con il Trattato di Maastricht, riconosce nella sussidiarietà uno dei principi fondamentali del

L'applicazione decentrata, cit., 148; F. MUNARI, *L'applicazione dell'articolo 85*, cit., 631 e 661; S. KON, *Article 85, para. 3: A Case*, cit., 555 (sebbene tale autore suggerisca quale miglior soluzione l'applicazione decentrata dell'art. 85(3) CEE); R. JOLIET, *The Rule of Reason in Anti-Trust Law*, The Hague, 1967. Viene peraltro osservato che la regola di ragionevolezza è stata effettivamente adottata dalla giurisprudenza e, talvolta, seguita da alcune ANC. Per quanto riguarda la giurisprudenza, fra le altre, vengono sovente in tal senso richiamate Corte giust. 30 giugno 1966, in causa 56/65, *Technique Minière c. Maschinenbau Ulm*, ECLI:EU:C:1966:38; Corte giust. 12 dicembre 1967, in causa 23/67, *S.A. Brasserie de Haecht c. i soci di fatto Wilkin-Janssen*, in ECLI:EU:C:1967:54; Corte giust. 25 novembre 1971, in causa 22/71, *Béguelin Import c. G.L. Import Export*, ECLI:EU:C:1971:113; causa 26/76, *Metro SB*, cit.; Corte giust. 8 giugno 1982, in causa 258/78, *L.C. Nungesser KG e Kurt Eisele c. Commissione*, ECLI:EU:C:1982:211; Corte giust. 11 luglio 1985, in causa 42/84, *Remia and Verenigde Bedrijven Nutricia c. Commissione*, ECLI:EU:C:1985:327. Per quanto riguarda l'opera delle ANC, e in particolare dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (in seguito, l'"AGCM"), si osserva invece che «la competenza esclusiva della Commissione ad applicare l'art. [85(3) CEE] ha inciso in maniera marginale sull'attività dell'AGCM; essa, infatti, ha cercato di effettuare il "bilancio competitivo" delle intese sottoposte al suo esame [...] nell'ambito della disposizione (art. 2, legge n. 287/90, corrispondente all'art. [85(1) CEE]) che prevede il divieto delle intese restrittive della concorrenza [...], piuttosto che svolgere tale analisi solo per valutare la possibilità di esentare le stesse (ex art. 4, legge n. 287/90, corrispondente all'art. [85(3) CEE])» (cfr. A. PERA, P. CASSINIS, *Applicazione decentrata del diritto comunitario della concorrenza: la recente esperienza italiana e le prospettive della modernizzazione*, in *Diritto del Commercio Internazionale*, 1999, 701, spec. 712). In senso contrario all'introduzione della *rule of reason* nel diritto antitrust dell'Unione, si è sostenuto, dal punto di vista operativo, che «[t]hose who refer national courts in European countries to a rule of reason, must take into consideration [...] that with a few exceptions they make them sail in unknown waters, contrary to what the rule of reason does in relation to the Sherman Act» e, dal punto di vista sostanziale, che «[t]he rule of reason works to the detriment of such enterprise and parties and favors large enterprises» (cfr. E. STEINDORFF, *Article 85*, cit., 640 e 643).

³²⁵ Già nel 1984, infatti, la Commissione afferma che «[a]ttualmente la Commissione studia i vari mezzi in grado di incoraggiare il ricorso ai giudici nazionali per l'applicazione dei divieti sanciti dagli [artt. 85 e 86 CEE]» (cfr. COMMISSIONE EUROPEA, *XIII Relazione sulla politica di concorrenza*, Bruxelles, 1984, spec. 135-136).

³²⁶ Cfr. A. KLIMISCH, B. KRUEGER, *Decentralised application*, cit., 464; A. PERA, P. CASSINIS, *Applicazione decentrata*, cit., 702.

³²⁷ Come efficacemente osservato, infatti, «[t]here was little point in having a sophisticated competition law if its dictates could be ignored with impunity» (cfr. D.J. GERBER, *The Transformation*, cit., 120; sul punto v. anche A. TIZZANO, *L'applicazione «decentrata»*, cit., 35).

³²⁸ Rendere l'applicazione delle regole di concorrenza più vicina ai cittadini ha anche l'effetto di aumentare il livello di comprensione e accettazione delle stesse (cfr. relazione del Commissario alla Concorrenza Mario Monti al Parlamento europeo, *Modernizzare la politica di concorrenza comunitaria: aiuti di stato e antitrust*, Bruxelles, 11 gennaio 2000). Sul punto v. anche AGCM, *Relazione sull'attività svolta nel 1997*, 30 aprile 1998, spec. 12, dove si osserva che «[i]l decentramento nell'applicazione delle norme a tutela della concorrenza [...] risponde a un'esigenza di democrazia e di efficienza, nella convinzione che, nel rispetto del principio di sussidiarietà, qualsiasi decisione è più efficacemente adottata dalla istituzione più prossima ai destinatari della stessa».

diritto dell'Unione³²⁹. La crescente fiducia nei giudici nazionali è peraltro confermata da altre importanti riforme – su tutte l'adozione del reg. (CE) n. 44/2001³³⁰ – che evidenziano una tendenza all'ampliamento del ruolo a questi riconosciuto³³¹.

³²⁹ Nel senso che «[t]he fact that the Maastricht Treaty accorded constitutional status to the subsidiarity principle reduced the importance of the centralisation» (cfr. A. KLIMISCH, B. KRUEGER, *Decentralised application*, cit., 469; in senso conforme, v. anche A. PERA, P. CASSINIS, *Applicazione decentrata*, cit., 702). Sul principio di sussidiarietà la letteratura è invece sterminata. Senza alcuna pretesa di esaustività, v. allora O. BARTON, *An analysis of the Principle of Subsidiarity in European Union Law*, in *North East Law Review*, 2014, 83; M.C. BARUFFI, *Art. 5 TUE*, in F. POCAR, M.C. BARUFFI (a cura di), *Commentario breve ai Trattati dell'Unione europea*, cit., 24; P. DE PASQUALE, *Art. 5 TUE*, in A. TIZZANO (a cura di), *Trattati dell'Unione europea*, cit., 44; M. CARTABIA, N. LUPO, A. SIMONCINI, *Democracy and subsidiarity in the EU: national parliaments, regions and civil society in the decision-making process*, Bologna, 2013; F. FABBRINI, K. GRANAT, "Yellow card, but no foul": the role of the national parliaments under the subsidiarity protocol and the Commission proposal for an EU regulation on the right to strike, in *Common Market Law Review*, 2013, 115; B. BERTRAND, *Un principe politique saisi par le droit. La justiciabilité du principe de subsidiarité en droit de l'Union européenne*, in *Revue trimestrielle de droit européen*, 2012, 329; A. BIONDI, *Subsidiarity in the courtroom*, in A. BIONDI, P. EECKHOUT, S. RIPLEY (eds.) *EU Law After Lisbon*, Oxford, 2012, spec. 213; P. CRAIG, *Subsidiarity: A Political and Legal Analysis*, in *Journal of Common Market Studies*, 2012, 72; T. HORSLEY, *Subsidiarity and the European Court of Justice: Missing Pieces in the Subsidiarity Jigsaw?*, in *Journal of Common Market Studies*, 2012, 267; P. KIIVER, *The early warning system for the principle of subsidiarity: constitutional theory and empirical reality*, Abingdon, 2012; G. MARTINICO, *Dating Cinderella: On Subsidiarity as a Political Safeguard of Federalism in the European Union*, in *European Public Law*, 2011, 649; L. CARPANETO, *Il diritto comunitario dei trasporti tra sussidiarietà e mercato. Il caso del trasporto ferroviario*, Torino, 2009; P. KIIVER, *The Treaty of Lisbon, the National Parliaments and the Principle of Subsidiarity*, in *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 2008, 77; F. IPPOLITO, *Fondamento, attuazione e controllo del principio di sussidiarietà nel diritto della Comunità e dell'Unione europea*, Milano, 2007; R. CAFARI PANICO, *Principio di sussidiarietà e clausola di flessibilità*, in G. ADINOLFI, A. LANG (a cura di), *Il trattato che adotta un Costituzione per l'Europa: quali limitazioni all'esercizio dei poteri sovrani degli Stati?*, Milano, 2006, 99; G. DAVIES, *Subsidiary: The Wrong Idea, in the Wrong Place, at the Wrong Time*, in *Common Market Law Review*, 2006, 63; C. RITZER, M. RUTTLOFF, K. LINHART, *How to sharpen a dull sword: The principle of subsidiarity and its control*, in *German Law Journal*, 2006, 737; J. ZILLER, *La sussidiarietà come principio del diritto amministrativo europeo*, in *Rivista Italiana di diritto pubblico comunitario*, 2006, 285; N.W. BARBER, *The Limited Modesty of Subsidiarity*, in *European Law Journal*, 2005, 308; A. D'ATENA, *Modelli federali e sussidiarietà nel riparto delle competenze normative tra l'Unione europea e gli Stati membri*, in *Diritto dell'Unione europea*, 2005, 59; S.M. CARBONE, F. MUNARI, *Principio di sussidiarietà e disciplina comunitaria di porti, aeroporti ed infrastrutture del trasporto*, in *Diritto dell'Unione europea*, 2002, 425; A. ESTELLA, *The EU Principle of Subsidiarity and its Critique*, Oxford, 2002; M.C. BARUFFI, *Art. 5*, in F. POCAR (a cura di), *Commentario breve ai trattati della Comunità e dell'Unione Europea*, Padova, 2001, 100; P. DE PASQUALE, *Il principio di sussidiarietà nella Comunità Europea*, Napoli, 2000; C. PINELLI, *Gerarchia delle fonti comunitarie e principi di sussidiarietà e proporzionalità*, in *Diritto dell'Unione europea*, 1999, 725; C. CATTABRIGA, *Il Protocollo sull'applicazione dei principi di sussidiarietà e di proporzionalità*, in *Diritto dell'Unione europea*, 1998, 361; G. D'AGNOLO, *La sussidiarietà nell'Unione Europea*, Padova, 1998; J.L. CLERGERIE, *Le principe de subsidiarité*, Parigi, 1997; A. TIZZANO, *Le competenze dell'Unione e il principio di sussidiarietà*, in *Diritto dell'Unione europea*, 1997, 229; N. BERNARD, *The Future of European Economic Law in the Light of the Principle of Subsidiarity*, in *Common Market Law Review*, 1996, 633; P. AMADEI, *Il principio di sussidiarietà nel processo di integrazione comunitaria*, in R. SAULLE (a cura di), *Il Trattato di Maastricht*, Napoli, 1995; J.P. GONZALEZ, *The Principle of Subsidiarity*, in *European Law Review*, 1995, 355; G. BERTI, *Considerazioni sul principio di sussidiarietà*, in *Jus*, 1994, 381; R. CAFARI PANICO, *Il principio di sussidiarietà e il ravvicinamento delle legislazioni nazionali*, in *Jus*, 1994, 381; U. DRAETTA, *Brevi note sul principio di sussidiarietà*, in *Jus*, 1994, 415; R. HOFMANN, R. MASTROIANNI, *Principio di sussidiarietà, politiche culturali e libera circolazione dei servizi*, in *Jus*, 1994, 423; A.G. TOTH, *Is subsidiarity justiciable?*, in *European Law Review*, 1994, 268; U. VILLANI, *Portata politica e rilevanza giuridica del principio di sussidiarietà*, in *Jus*, 1994, 353; G.P. ORSELLO, *Il principio di sussidiarietà nella prospettiva del Trattato sull'Unione europea*, Roma, 1993; G. STROZZI, *Il ruolo del principio di sussidiarietà nel sistema dell'Unione europea*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 1993, 59; D.Z. CASS, *The word that saves Maastricht? The principle of subsidiarity and the division of powers within the European Community*, in *Common Market Law Review*, 1992, 1107; G. STROZZI, *Il principio di sussidiarietà nel Trattato di Maastricht*, in *Rivista di diritto internazionale*, 1992, 376; A.G. TOTH, *The Principle of Subsidiarity in the Maastricht Treaty*, in *Common Market Law Review*, 1992, 1079; V. CONSTANTINESCO, *Who's afraid of Subsidiarity?*, in *Yearbook of European Law*, 1991, 33.

³³⁰ Cfr. regolamento (CE) n. 44/2001, del Consiglio, del 22 dicembre 2000, *concernente la competenza giurisdizionale, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale*, in GU L, n. 12, 16 gennaio 2001, 1, oggi refuso nel Regolamento (UE) n. 1215/2012 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 12 dicembre 2012, *concernente la competenza giurisdizionale, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in*

Vengono così pubblicate due Comunicazioni relative alla cooperazione fra Commissione, giudici nazionali e ANC³³². Pur contenendo rilevanti disposizioni di principio³³³, tali documenti si limitano in realtà a codificare la giurisprudenza della Corte di giustizia e risultano, nel complesso, poco innovativi³³⁴. In particolare,

materia civile e commerciale, in GU L, n. 351, del 20 dicembre 2012, 1. Anche su tali atti normativi la letteratura è sterminata. Sul reg. (CE) n. 44/2001, cit., per tutti, v. S.M. CARBONE, *Lo spazio giudiziario europeo in materia civile e commerciale. Da Bruxelles I al regolamento CE n. 805/2004*, Torino, 2009; F. SALERNO, *Giurisdizione ed efficacia delle decisioni straniere nel regolamento (CE) n. 44/2001: la revisione della Convenzione di Bruxelles del 1968*, Padova, 2006. Sulle principali novità introdotte dal reg. (UE) n. 1215/2012, cit., oltre a F. SALERNO, *Giurisdizione ed efficacia delle decisioni straniere nel regolamento (UE) n.1215/2012 (rifusione)*, Padova, 2015, e F. POCAR, I. VIARENGO, F.C. VILLATA (eds.), *Recasting Brussels I*, Padova, 2012, v. invece S. BARIATTI, *I nuovi criteri di competenza per le società estere e la loro incidenza sull'applicazione dei Regolamenti europei n. 44/2001 e n. 1215/2012*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2015, 31; M.E. DE MAESTRI, *La proroga di giurisdizione nel nuovo regolamento Ue n. 1215/2012 (Bruxelles I bis)*, in *Diritto del Commercio Internazionale*, 2014, 607; P. FRANZINA, *Litispendenza e connessione tra Stati membri e Stati terzi nel regolamento Bruxelles I bis*, in *Diritto del Commercio Internazionale*, 2014, 621; P. FRANZINA, "Lis pendens" involving a third country under the Brussels I-bis regulation: an overview, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2014, 23; E. GUALCO, G. RISSO, *Il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni nel regolamento Bruxelles I bis*, in *Diritto del Commercio Internazionale*, 2014, 637; A. LA MATTINA, C. CELLERINO, *L'arbitrato e il nuovo regolamento (Ue) 1215/2012: vecchie questioni e nuovi problemi aperti*, in *Diritto del Commercio Internazionale*, 2014, 551; R. MARUFFI, *Il Regolamento (UE) n. 1215/2012 e l'arbitrato*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2014, 1416; F. PESCE, *La tutela dei cd. contraenti deboli nel nuovo regolamento Ue n. 1215/2012 (Bruxelles i bis)*, in *Diritto del Commercio Internazionale*, 2014, 579; S.M. CARBONE, *Gli accordi di proroga della giurisdizione e le convenzioni arbitrali nella nuova disciplina del regolamento (UE) 1215/2012*, in *Diritto del Commercio Internazionale*, 2013, 651; M. DE SANTIS, *Il nuovo regolamento Bruxelles I-bis e l'arbitrato: alcune riflessioni*, in *Diritto del Commercio Internazionale*, 2013, 383; F. SALERNO, *Il coordinamento tra arbitrato e giustizia civile nel regolamento (UE) n. 1215/2012*, in *Rivista di Diritto Internazionale*, 2013, 1146; O. LOPES PEGNA, *Il regime di circolazione delle decisioni nel regolamento (UE) n. 1215/2012 («Bruxelles I-bis»)*, in *Rivista di Diritto Internazionale*, 2013, 1206; R. CAFARI PANICO, *International Arbitration and Reform of the Brussels I Regulation: the Italian Perspective*, in N. PARISI, M. FUMAGALLI MERAVIGLIA, A. SANTINI, D. RINOLDI (a cura di), *Scritti in onore di Ugo Draetta*, Napoli, 2011, 63; R. CAFARI PANICO, *Jurisdiction and applicable law in the case of so-called pathological arbitration clauses in view of the proposed reform of the Brussels I Regulation*, in F. FERRARI, S. KRÖLL (eds), *Conflict of Laws in International Arbitration*, Munich, 2011, 81.

³³¹ Sia il reg. (CE) n. 1/2003, cit., che il reg. (CE) n. 44/2001, cit., si fondano infatti «sui medesimi principi ispiratori [...] che possono essere così sintetizzati: decentralizzazione, reciproca fiducia, cooperazione» (cfr. 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 *Diritto comunitario e degli scambi internazionali*, 2004, 315, spec. 329 e 351). Il reg. (CE) n. 44/2001, cit., ha inoltre l'effetto di aumentare la "libera circolazione" delle sentenze (anche) in materia di concorrenza così favorendo la reciproca influenza fra i giudici nazionali (cfr. A. LANG, *Giudice nazionale e Commissione*, cit., 262). Da ultimo, sulla circolazione, il riconoscimento e l'attuazione delle sentenze straniere in materia di concorrenza v. S. BARIATTI, *The Recognition and Enforcement in the EU of Foreign Judgments in Antitrust Matters: The Case of US and Dutch Judgments and Settlements rendered upon Class Actions*, in M. DANOV, F. BECKER, P. BEAUMONT (eds.), *Cross-Border EU Competition Law Actions*, Oxford-Portland, 2013, 385; P. BEAUMONT, *Abolition of Exequatur under the Brussels I Regulation as it Affects EU Competition Law*, in M. DANOV, F. BECKER, P. BEAUMONT (eds.), *Cross-Border EU Competition Law Actions*, cit., 371; M. DANOV, F. BECKER, *Introduction: Preclusive Effects of Foreign Judgments/Settlements across Europe*, in M. DANOV, F. BECKER, P. BEAUMONT (eds.), *Cross-Border EU Competition Law Actions*, cit., 365. Più in generale, e cioè al di fuori della politica di concorrenza, v. per tutti C.E. TUO, *La rivalutazione della sentenza straniera nel regolamento Bruxelles I: tra divieti e reciproca fiducia*, Padova, 2012.

³³² Cfr., rispettivamente, la Comunicazione della Commissione, *relativa alla cooperazione tra i giudici nazionali e la Commissione nell'applicazione degli articoli 85 e 86 del trattato CEE*, (93/C 39/05), in GU C, n. 39, del 13 febbraio 1993, 6, e la Comunicazione della Commissione, *concernente la cooperazione tra la Commissione e le autorità garanti della concorrenza degli Stati membri per l'esame dei casi disciplinati dagli articoli 85 e 86 del Trattato CE*, (97/C 313/03), in GU C, n. 313, del 15 ottobre 1997, 3.

³³³ Ad esempio, viene riconosciuto che «[p]er garantire il buon funzionamento del libero gioco della concorrenza nel mercato interno è necessario assicurare un'efficace cooperazione tra» la Commissione e i giudici nazionali (cfr. com. n. 93/C 39/05, cit., § 3), o ancora che «[l]'implicazione degli Stati membri nella politica di concorrenza comunitaria dà modo di adottare le decisioni a un livello quanto più vicino possibile ai cittadini» (cfr. com. n. 97/C 313/03, cit., § 2).

³³⁴ Con riguardo alla com. n. 93/C 39/05, cit., v. ad esempio, le critiche di A.J. RILEY, *More Radicalism*,

entrambe le Comunicazioni non mettono in discussione il monopolio della Commissione nella gestione delle esenzioni³³⁵. L'eventuale diretta applicabilità dell'art. 85(3) CEE non è presa in considerazione, infatti, neanche in prospettiva *de iure condendo*³³⁶. Focalizzando l'attenzione sulla cooperazione nella trattazione dei casi, e non delle notifiche³³⁷, tali documenti migliorano in modo solo marginale l'effettività dell'applicazione delle regole antitrust.

Il sistema rimane dunque fortemente accentrato³³⁸. Nonostante l'effetto diretto degli artt. 85(1) e 86 CEE³³⁹, la cui applicazione compete non solo ai giudici³⁴⁰

Please, cit., 91. Tali documenti forniscano comunque alcuni spunti meritevoli di attenzione. Ad esempio, con riguardo alla cooperazione fra Commissione e giudici nazionali, viene ipotizzato che questi ultimi possano sospendere il giudizio per consultare la prima su questioni giuridiche attinenti all'applicazione delle regole di concorrenza, anche se «*i dubbi sull'operatività in concreto del rimedio ne suggeriscono un utilizzo estremamente cauto*» (cfr. A. LANG, *Giudice nazionale e Commissione*, cit., 256-257; in senso critico v. anche M. TAVASSI, *Il regolamento CE n. 1/2003*, cit., 335). Tale meccanismo è poi ripreso nel reg. (CE) n. 1/2003, cit. Con riguardo alla cooperazione fra Commissione e ANC, viene invece evidenziata l'importanza del principio del controllo unico secondo cui una determinata fattispecie deve essere oggetto di intervento da parte di una sola autorità. In tal modo, «*si riducono i costi per le imprese le cui attività ricadano, al contempo, nel campo di applicazione del diritto comunitario e in quello delle legislazioni nazionali, si permette una mobilitazione più razionale delle risorse da parte delle autorità interessate e si attenua il rischio di decisioni divergenti*» (cfr. M.E. PIZZICAROLI, *L'applicazione della disciplina comunitaria della concorrenza da parte dell'Autorità garante del mercato in Italia*, in *Diritto comunitario e degli scambi internazionali*, 2001, 601, spec. 604). Infatti, «*it would be an unnecessary waste if in any case of an agreement or practice that falls equally under Community and national competition law both the EC Commission and the respective [ANC] would each independently conduct a full investigation*» (cfr. K. MARKERT, *Some Legal and Administrative Problems*, cit., 99). Anche tale principio è confermato dal reg. (CE) n. 1/2003, cit.

³³⁵ Cfr., rispettivamente, com. n. 97/C 313/03, cit., § 5 («[p]er quanto riguarda invece l'applicazione dell'art. 85(3) CEE le ANC] non sono competenti a concedere esenzioni in casi individuali, ma devono rispettare le decisioni ed i regolamenti adottati dalla Commissione a norma di detto paragrafo. Esse possono inoltre prendere in considerazione, come elementi di fatto, gli altri provvedimenti adottati dalla Commissione in tali casi, ad esempio le lettere amministrative»), e com. n. 93/C 39/05, cit., §§ 7-8 («[i]n virtù dell'art. 9 reg. (CEE) n. 17/62], la Commissione ha competenza esclusiva per dichiarare il suddetto divieto inapplicabile a taluni tipi di accordi, decisioni o pratiche concordate [...] i giudici nazionali non sono competenti ad applicare l'art. 85(3) CEE»). La concessione di esenzioni da parte delle autorità nazionali appariva peraltro particolarmente rischiosa sotto il profilo della certezza del diritto. Infatti, «[t]he absence of a conflict of interest between the National authority and the notifying enterprise would mean that cases of national exemption decisions would not as a rule be subject to review by the Court of Justice» (cfr. A. KLIMISCH, B. KRUEGER, *Decentralised application*, cit., 477).

³³⁶ E' chiaro infatti che un'innovazione tanto radicale – come l'abbandono della competenza esclusiva della Commissione a rilasciare esenzioni ex art. 85(3) CEE – non avrebbe potuto avvenire mediante un atto atipico come una Comunicazione, richiedendo invece la modifica del reg. (CEE) n. 17/62. Occorre quindi «*notare che la Comunicazione sulla Cooperazione, per sua stessa natura, si inserisce nel contesto normativo tradizionale tracciato dal [reg. (CEE) n. 17/62] e, conseguentemente, che il decentramento da esso prospettato non può prescindere dai limiti imposti alla competenza concorrente delle [ANC] per effetto del monopolio della Commissione a concedere, su richiesta delle imprese, esenzioni ex art. [85(3) CEE]*» (cfr. A. PERA, P. CASSINIS, *Applicazione decentrata*, cit., 705). Parte della dottrina si era invece già espressa a favore dell'applicazione decentrata dell'art. 85(3) CEE, almeno da parte dei giudici nazionali: «*it is neither desirable nor necessary for the Commission to enjoy exclusive competence in the application of [art. 85(3) CEE]. This argument is both logical and consistent, partly as a result of the experience of the Commission and the Court of Justice in interpreting [art. 85(3) CEE], and partly on a general recognition that national courts are appropriate for a to balance favourable and unfavourable economic factors as regards an agreement on a rule of reason basis*» (cfr., per tutti, S. KON, *Article 85, para. 3: A Case*, cit., 561). In senso contrario, si affermava però che «[a]dministration of [art. 85(3) CEE] by National courts could [...] provoke further disintegration of antitrust practice under Community rules» (cfr. E. STEINDORFF, *Article 85, para. 3: No Case*, cit., 127).

³³⁷ Cfr. C.D. EHLERMANN, *The modernization*, cit., 541.

³³⁸ O meglio, rimane caratterizzato da quello che è stato definito «*the unusual degree of centralization [of] the competition sector compared with other areas of Community law*» (cfr. C.D. EHLERMANN, *The modernization*, cit., 540).

³³⁹ Cfr. causa 127/73, *SABAM*, cit.

³⁴⁰ Sul ruolo dei giudici nazionali prima dell'entrata in vigore del reg. (CE) n. 1/2003, cit., v. anche M. MEROLA, *Norme comunitarie sulla concorrenza e poteri dei giudici nazionali*, in *Foro Italiano*, 1993, 30; M. MEROLA,

ma anche alle autorità amministrative degli Stati membri (e, quindi, anche alle ANC)³⁴¹, il potenziale in termini di risorse offerto a livello nazionale resta in larga misura inutilizzato. E ciò sebbene la Commissione non riesca a vigilare sulle più gravi violazioni delle regole antitrust a causa della dispendiosa gestione del meccanismo di notifica³⁴². Le imprese sono quindi gravate dai costi di notifica senza trarne i relativi benefici e senza potere dare esecuzione a pratiche compatibili con le regole di concorrenza, giacché rispettose dei criteri stabiliti dall'art. 85(3) CEE³⁴³.

2.4 Il reg. (CE) n. 1/2003. La c.d. «modernizzazione» del diritto antitrust.

La prospettiva cambia in modo radicale con il reg. (CE) n. 1/2003. Al fine di favorire l'esercizio di «una sorveglianza efficace e, nel contempo, di semplificare, per quanto possibile, il controllo amministrativo»³⁴⁴, viene infatti rivoluzionato il sistema applicativo degli artt. 85 e 86 CEE (divenuti nel frattempo 81 e 82 CE e poi 101 e 102 TFUE; così citati in seguito) rimasto in vigore per circa quarant'anni³⁴⁵.

Il tratto distintivo della nuova disciplina è l'applicazione decentrata del diritto della concorrenza³⁴⁶. L'obiettivo principale è quello di consentire alla Commissione di concentrare la propria attività sulle infrazioni più gravi delle regole di

La cooperazione tra giudici nazionali e Commissione nell'applicazione delle norme comunitarie antitrust, in *Foro Italiano*, 1993, 418.

³⁴¹ Sul ruolo delle ANC nell'applicazione delle regole di concorrenza prima dell'entrata in vigore del reg. (CE) n. 1/2003, cit., cfr., fra le altre, Corte giust. 9 settembre 2003, in causa C-198/01, *Consorzio Industrie Fiammiferi c. Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*, ECLI:EU:C:2003:430, dove si chiarisce che l'obbligo di disapplicare le normative nazionali in contrasto con il diritto dell'Unione incombe anche sulle ANC (per un commento v. P. CASSINIS, *La sentenza della Corte nel caso del "Consorzio industrie fiammiferi" (CIF): la prevalenza del diritto comunitario e tutela della concorrenza in contesti regolamentati*, in *Il Foro amministrativo*, 2004, 291; P. DE PASQUALE, *CIF: l'applicazione al caso di specie di principi consolidati potenzia il ruolo dell'AGCM*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2004, 449; B. NASCIBENE, *The European Court of Justice and the Powers of the Italian Antitrust Authority: the CIF Case*, in *European Public Law*, 2004, 623; C. RIZZA, *The Duty of National Competition Authorities to Disapply Anti-Competitive Domestic Legislation and the Resulting Limitations on the Availability of the State Action Defence (Case C-198/01 CIF)*, in *European Competition Law Review*, 2004, 126; J. TEMPLE LANG, *National measures restricting competition, and national authorities under Article 10 EC*, in *European Law Review*, 2004, 397; B. NASCIBENE, S. BASTIANON, *La Corte di giustizia e i poteri dell'Autorità garante della concorrenza*, in *Il Corriere giuridico*, 2003, 1421). Più in generale, sul ruolo di ogni autorità nazionale (e quindi anche delle ANC) nell'applicazione delle norme dotate di effetto diretto (e quindi anche delle regole di concorrenza) cfr. Corte giust. 22 giugno 1989, in causa 103/88, *F.lli Costanzo c. Comune di Milano*, ECLI:EU:C:1989:256 (per tutti, v. F. MUNARI, *L'applicazione decentrata*, cit., 148-149; A. BARONE, *L'efficacia diretta delle direttive CEE nella giurisprudenza della Corte di giustizia e della Corte Costituzionale*, in *Il Foro italiano*, 1991, 130; R. CARANTA, *Sull'obbligo dell'amministrazione di disapplicare gli atti di diritto interno in contrasto con disposizioni comunitarie*, in *Il Foro amministrativo*, 1990, 1372).

³⁴² Cfr. I.S. FORRESTER, C. NORALI, *The Laicization of Community Law*, cit., 32.

³⁴³ Sul punto cfr. S. BARIATTI, *Commissione europea e autorità nazionale*, cit., 349. Pertanto, il reg. (CEE) n. 17/62, cit., «*failed to achieve one of its primary underlying goals, i.e. providing legal certainty to firms*» (cfr. J.S. VENIT, *Brave New World*, cit., 550).

³⁴⁴ Cfr. considerando n. 3 reg. (CE) n. 1/2003, cit. Sul punto v. H. NYSENS, N. PECCHIOLI, *Il regolamento n. 1/2003 CE*, cit., 359.

³⁴⁵ Il reg. (CE) n. 1/2003, cit., suggerisce infatti «*a legal and cultural revolution in proposing the fundamental reorganization of the existing responsibilities between the Commission, national anti-trust authorities and national courts*» (cfr. C.D. EHLERMANN, *The modernization*, cit., 537; si tratta di una vera e propria rivoluzione anche secondo R. RINALDI, *Il regolamento del consiglio n. 1/2003*, cit., 146).

³⁴⁶ In tal senso, *ex plurimis*, cfr. C. PESCE, *I nuovi strumenti di public enforcement. Commissione europea e «antitrust» nazionale a confronto*, Napoli, 2012, spec. 15; C. GAUER, D. DALHEIMER, L. KJOLBYE, E. DE SMITJER, *Regulation 1/2003*, cit., 3; A. PERA, P. CASSINIS, *Applicazione decentrata*, cit., 706.

concorrenza³⁴⁷. Tale obiettivo è perseguito mediante la massima espansione della diretta applicabilità degli artt. 101 e 102 TFUE ed ispira i principali cambiamenti normativi immaginati: l'abolizione del monopolio della Commissione con riguardo all'operatività dell'art. 101(3) TFUE, da un lato, e la creazione della Rete europea della concorrenza (in seguito, la "REC" o la "Rete") fra Commissione e ANC, dall'altro lato³⁴⁸.

Sotto il primo profilo, si registra l'abbandono del modello autorizzatorio a favore di un regime di eccezione legale³⁴⁹. Si passa dunque da un sistema in cui ogni intesa è vietata, se non preventivamente autorizzata dalla Commissione, a uno in cui la liceità di dette condotte è controllata solo a posteriori³⁵⁰. Tale risultato è raggiunto mediante il riconoscimento della diretta applicabilità dell'intera normativa antitrust³⁵¹, e quindi anche dell'art. 101(3) TFUE. Ciò determina il superamento della biforcazione applicativa creata dall'art. 9(1) reg. (CEE) n. 17/62 e l'abolizione del meccanismo di notifica³⁵². Venuta meno la possibilità di ottenere esenzioni o attestazioni negative dalla Commissione, la competenza ad "applicare" l'art. 101(3) TFUE è affidata, in prima battuta, alle imprese che sono chiamate ad autovalutare la liceità dei propri comportamenti³⁵³. Un'intesa restrittiva è infatti di per sé permessa (vietata) se soddisfa (non soddisfa) le condizioni di cui all'art. 101(3) TFUE «senza che occorra una previa

³⁴⁷ La modernizzazione consente infatti «alla Commissione di spostare il baricentro delle sue attività sulle violazioni più gravi del diritto [dell'Unione], in relazione ai casi che presentano un interesse comunitario» (cfr. Libro bianco sulla modernizzazione, cit., § 13). Come correttamente osservato, quindi, «[d]ecentralization is a tool, not an objective» (cfr. C.D. EHLERMANN, *The Modernization*, cit., 544).

³⁴⁸ In altre parole, «la vera innovazione apportata [dal reg. (CE) n. 1/2003, cit.] è stata infatti proprio la codificazione non solo del potere delle [ANC] di applicare gli [artt. 101 e 102 TFUE], con conseguente rimozione anche del monopolio nell'applicazione dell'art. 101(3) TFUE, ma anche la creazione della rete delle [ANC]» (cfr. F. MUNARI, *L'applicazione decentrata*, cit., 149:). O, in sintesi, «[the replacement of] previous monopoly of the European Commission to grant exemptions under [art. 85(3) CEE] with a network of national competition authorities which would be entitled to the direct application of [art. 101(3) TFUE]» (cfr. J. BASEDOW, *The Modernization*, cit., 429).

³⁴⁹ Cfr. considerando n. 4 reg. (CE) n. 1/2003, cit., nonché la Dichiarazione comune del Consiglio e della Commissione *sul funzionamento della rete delle autorità garanti della concorrenza*, disponibile all'indirizzo http://ec.europa.eu/competition/ecn/joint_statement_it.pdf, § 1.

³⁵⁰ In altri termini, «[a]greements [are] presumed to be legal, until proven otherwise» (cfr. S. O'KEEFFE, *First among equals*, cit., 309). Ciò rappresenta una vera e propria «rivoluzione copernicana» (cfr. A. PERA, P. CASSINIS, *Applicazione decentrata*, cit., 706; sul punto v. anche J.S. VENIT, *Brave New World*, cit., 546; R. RINALDI, *Il regolamento del consiglio n. 1/2003*, cit., 147).

³⁵¹ Viene infatti confermata anche la diretta applicabilità dell'art. 102 TFUE: ai sensi dell'art. 1(3) reg. (CE) n. 1/2003, cit., infatti, «[l]o sfruttamento abusivo di una posizione dominante ai sensi dell'art. 102 TFUE è vietato senza che occorra una previa decisione in tal senso».

³⁵² Viene quindi meno «the highly unsatisfactory regime under which firms had to consider (and often engage in) the costly option of notifying in order to enhance the procedural enforceability of relatively harmless agreements and protect themselves against themselves against the development of the so-called Euro-defences» (cfr. J.S. VENIT, *Brave New World*, cit., 553).

³⁵³ Infatti, «parking agreements with the Commission in a safe harbour notification [are] no longer possible. Rather, until such time as a court or regulator becomes involved, firms [...] have the sole responsibility for assessing the legal status of their agreements under [artt. 101 e 102 TFUE]» (cfr. J.S. VENIT, *Brave New World*, cit., 554). Quindi «undertakings lose the legal security flowing from formal exemption decisions [...] and comfort letters» (cfr. C.D. EHLERMANN, *The Modernization*, cit., 563). Ne deriva che il nuovo regime «crucially involves undertakings and their legal advisors» (cfr. C. GAUER, D. DALHEIMER, L. KJOLBYE, E. DE SMITJER, *Regulation 1/2003*, cit., 4; fra i molti autori che sottolineano tale aspetto v. anche M. TAVASSI, *Il Regolamento CE n. 1/2003*, cit., spec. 329).

*decisione in tal senso*³⁵⁴. Ciò determina, come è stato efficacemente osservato, una sorta di «privatizzazione» del diritto della concorrenza³⁵⁵.

Se la valutazione delle imprese circa l'irrilevanza di un'intesa ai fini dell'art. 101(1) TFUE ovvero alla sussistenza delle condizioni di cui all'art. 101(3) TFUE risulta errata, tale pratica è illecita fin dall'adozione e potrà essere perseguita e sanzionata. Il reg. (CE) n. 1/2003 interviene anche, e soprattutto, sul novero dei soggetti cui compete tale controllo a posteriori. Detta funzione è ora espressamente condivisa dalla Commissione con i giudici nazionali e le ANC, cui è affidata l'applicazione degli artt. 101 e 102 TFUE³⁵⁶. Che tali soggetti siano tenuti a vigilare sul rispetto delle regole in questione – e, nel caso delle ANC, a sanzionarne l'infrazione – non rappresenta peraltro una novità ma piuttosto la codificazione di un potere già esistente³⁵⁷. Il nuovo regime supera però tale impostazione. Ai giudici nazionali e alle ANC viene infatti proibita la trattazione degli illeciti che abbiano effetti sul commercio tra gli Stati membri alla luce delle sole normative nazionali³⁵⁸. L'obbligo di utilizzare congiuntamente le regole nazionali e gli artt. 101 e 102 TFUE ne favorisce l'applicazione uniforme, garantendo altresì il primato dei secondi e in particolare dell'art. 101 TFUE³⁵⁹. Tale norma attribuisce al tempo stesso un diritto alle imprese che possono domandare l'annullamento delle decisioni basate sul solo diritto nazionale in caso di condotta che pregiudichi il commercio fra gli Stati membri³⁶⁰.

L'aspetto più rilevante non riguarda però l'attività di vigilanza in senso stretto ma piuttosto l'allargamento della competenza a verificare la sussistenza delle condizioni esentative. La diretta applicabilità dell'art. 101(3) TFUE fa sì che ai giudici nazionali e alle ANC sia ora attribuito il compito di valutare gli eventuali effetti positivi delle intese *prima facie* restrittive³⁶¹. Ne risulta un sistema in cui la tutela della

³⁵⁴ Cfr. art.1(1) e (2) reg. (CE) n. 1/2003, cit.

³⁵⁵ Per riprendere un'espressione usata da H. NYSENS, N. PECCHIOLI, *Il regolamento n. 1/2003 CE*, cit., 362.

³⁵⁶ Cfr. artt. 5 e 6 reg. (CE) n. 1/2003, cit.

³⁵⁷ Ciò non toglie che la nuova disciplina intensifichi la portata dei poteri attribuiti alle ANC equiparandoli, in sostanza, a quelli riconosciuti alla Commissione. Ai sensi dell'art. 5(2) reg. (CE) n. 1/2003, cit., infatti, al fine di applicare gli artt. 101 e 102 TFUE, le ANC possono adottare le medesime decisioni (*i.e.*, «ordinare la cessazione di un'infrazione», «disporre misure cautelari», «accettare impegni» e «comminare ammende [e] penalità di mora») che gli artt. 7-9 e 23-24 attribuiscono alla Commissione.

³⁵⁸ Ai sensi dell'art. 3(1) reg. (CE) n. 1/2003, cit., quindi, le ANC «*have not only been empowered to apply [art. 101 e 102 TFUE] in full – they have been obliged to do so as soon as there is an effect on trade between Member States*» (cfr. K. DEKEYSER, M. JASPER, *A New Era of ECN Cooperation. Achievements and Challenges with Special Focus on Work in the Leniency Field*, in *World competition*, 2007, 3; sul punto v. anche S. BARIATTI, *Commissione europea e autorità nazionale*, cit., 353).

³⁵⁹ L'art. 3(2) reg. (CE) n. 1/2003, cit., prosegue infatti chiarendo che «[d]all'applicazione della legislazione nazionale in materia di concorrenza non può scaturire il divieto di [intese] che possano pregiudicare il commercio tra Stati membri che non impongano restrizioni alla concorrenza ai sensi dell'[art. 101(1) TFUE], che soddisfano le condizioni dell'[art. 101(3) TFUE] o che sono disciplinati da un regolamento per l'applicazione» di quest'ultima disposizione. Pertanto, tale disposizione «*achieve[s] an important harmonizing effect by establishing the supremacy of Community law over National law*» (cfr. J.S. VENIT, *Brave New World*, cit., 557).

³⁶⁰ In tal senso, cfr. H. NYSENS, N. PECCHIOLI, *Il regolamento n. 1/2003 CE*, cit., 363.

³⁶¹ Ciò determina, fra l'altro, la fine delle c.d. *euro-defence*: infatti, se nel vecchio regime «*it was sufficient*

concorrenza corre su binari paralleli grazie all'applicazione concorrente dell'intera disciplina antitrust di origine europea, in forza dell'efficacia diretta riconosciuta agli artt. 101 e 102 TFUE e nel rispetto del principio di sussidiarietà³⁶².

Il nuovo quadro di applicazione diretta e decentrata del diritto della concorrenza richiede una più intensa cooperazione fra Commissione, ANC e giudici degli Stati membri³⁶³.

L'attività delle giurisdizioni nazionali viene quindi raccordata con quella della Commissione. In tale prospettiva è favorita la reciproca consultazione fra i soggetti interessati. Oltre a poter chiedere la condivisione di determinate informazioni, i giudici possono domandare l'assistenza di tale istituzione nell'applicazione degli artt. 101 e 102 TFUE³⁶⁴. In modo speculare, agli Stati membri è imposto l'onere di inviare alla Commissione copia delle pronunce giurisdizionali che abbiano applicato tali disposizioni a livello nazionale. È previsto poi che la Commissione (ma, invero, anche le ANC³⁶⁵) possa intervenire quale *amicus curiae* nei procedimenti innanzi ai giudici nazionali³⁶⁶. A tal fine essa può depositare osservazioni scritte, anche d'ufficio, e presentare osservazioni orali, se autorizzata³⁶⁷. Tali meccanismi sono finalizzati a favorire l'applicazione uniforme degli artt. 101 e 102 TFUE e rappresentano il

*to convince a national judge that Article 81(1) applied, in order to jeopardize enforceability of an un-notified agreement», con l'entrata in vigore del reg. (CE) n. 1/2003, cit., «the judge will now also have to be convinced that the agreement does not merit exemption» (cfr. J.S. VENIT, *Brave New World*, cit., 554).*

³⁶² Cfr. R. RINALDI, *Il regolamento del consiglio n. 1/2003*, cit., 149. Invero, si è affermato che il principio di sussidiarietà (su cui v. *supra* la nota 329, nel capitolo 2, § 2.3) non può assumere particolare rilevanza in ambito antitrust atteso che gli artt. 101 e 102 TFUE si applicano alle sole restrizioni capaci di pregiudicare il commercio fra gli Stati membri (cfr. A. FRIGNANI, M. WAELBROECK, *Disciplina della concorrenza nella CE*, Torino, 1996, spec. 23; più in generale, v. anche L. DI VIA, *L'applicazione del principio di sussidiarietà nel diritto della concorrenza italiano e comunitario*, in *Contratto e impresa Europa*, 1996, 71).

³⁶³ Per tutti, cfr. C.D. EHLERMANN, *The Modernization*, cit., 573. Sui meccanismi mediante i quali la cooperazione si esplicita nella pratica, da ultimo v. R. CHIEPPA, *La cooperazione tra il giudice italiano, l'Autorità garante e la Commissione*, in G. TESAURO (a cura di), *Concorrenza ed effettività della tutela giurisdizionale*, cit., 311.

³⁶⁴ Ciò appare particolarmente rilevante se si considera che, in molti Stati membri, l'applicazione privatistica delle regole di concorrenza è affidata a giudici privi di specializzazione, la cui attività include ogni ramo del diritto civile.

³⁶⁵ In particolare, mentre l'azione delle ANC non è soggetta ad alcuna condizione, se non quella che le osservazioni presentate riguardino «questioni relative all'applicazione dell'[art. 101 TFUE] o dell'[art. 102 TFUE]», l'intervento quale *amicus curiae* della Commissione è invece limitato dall'art. 15(3) reg. (CE) n. 1/2003, cit., alle sole ipotesi in cui ciò «sia necessario ai fini dell'applicazione uniforme» di dette disposizioni. La giurisprudenza fornisce peraltro un'interpretazione estensiva del requisito della necessità, chiarendo che l'art. 15(3) reg. (CE) n. 1/2003, cit., deve «essere interpretato nel senso che esso autorizza la Commissione a presentare d'ufficio osservazioni scritte all'organo giurisdizionale di uno Stato membro nell'ambito di una controversia relativa alla possibilità di dedurre dagli utili imponibili l'importo di un'ammenda, o parte di essa, inflitta dalla Commissione per violazione» degli artt. 101 e 102 TFUE, in quanto «[d]isgiungere il divieto generale di pratiche anticoncorrenziali dalle sanzioni previste per l'inosservanza dello stesso equivarrebbe [...] a privare di efficacia l'azione delle autorità incaricate di vigilare sul rispetto del divieto in parola e di sanzionare siffatte pratiche», cosicché gli artt. 101 e 102 TFUE rimarrebbero in sostanza inoperanti (cfr. Corte giust. 11 giugno 2009, causa C-429/07, *Inspecteur van de Belastingdienst c. X BV*, ECLI:EU:C:2009:359, §§ 36 e 40; su tale sentenza, per tutti, cfr. L. IDOT, *Coopération entre la Commission et les juridictions nationales*, in *Europe*, 2009, 33). Il principio di sussidiarietà, infine, suggerisce che siano le ANC ad intervenire nella maggior parte dei casi: tali autorità sono infatti «generalmente più prossime ai fatti oggetto della controversia nazionale ed hanno più familiarità con i tribunali e i procedimenti locali» (cfr. H. NYSENS, N. PECCHIOLI, *Il regolamento n. 1/2003 CE*, cit., 368).

³⁶⁶ Sul punto, fra i molti, v. M. TAVASSI, *Il regolamento CE n. 1/2003*, cit., 353; R. RINALDI, *Il regolamento del consiglio n. 1/2003*, cit., 152.

³⁶⁷ Cfr. art. 15(3) reg. (CE) n. 1/2003, cit.

naturale complemento della vincolatività per i giudici nazionali delle decisioni rese, o contemplate, dalla Commissione³⁶⁸, codificata dall'art. 16 reg. (CE) n. 1/2003³⁶⁹.

Tuttavia, è con riferimento all'applicazione delle regole antitrust da parte delle ANC (c.d. *public antitrust enforcement*) che viene in rilievo la seconda principale novità introdotta dalla riforma, ossia l'istituzione della Rete fra Commissione e ANC medesime. Questa trova la propria disciplina nel reg. (CE) n. 1/2003 e in una successiva Comunicazione³⁷⁰ ed è strettamente collegata al tema della cooperazione e del riparto di competenze fra dette autorità³⁷¹. La Rete non rappresenta infatti una nuova istituzione, né tantomeno una nuova organizzazione internazionale³⁷², ma piuttosto una struttura di tipo orizzontale, semplice e informale, volta a migliorare l'applicazione decentrata del diritto antitrust dell'Unione. A tal fine, essa assicura «sia l'efficiente divisione del lavoro sia l'applicazione efficace ed uniforme delle regole di concorrenza»³⁷³. Per apprezzarne il ruolo e l'importanza occorre dunque soffermarsi sulle soluzioni normative elaborate dalla nuova disciplina per facilitare il coordinamento delle attività fra Commissione e ANC. Gli strumenti a tal fine immaginati dal reg. (CE) n. 1/2003 trovano infatti nella Rete il luogo naturale per la loro applicazione³⁷⁴.

In primo luogo, viene agevolato lo scambio di informazioni fra i membri della REC. Tale attività è infatti strumentale e necessaria per raggiungere gli ulteriori obiettivi della stessa³⁷⁵. Per favorire la corretta allocazione dei casi a livello verticale e

³⁶⁸ Cfr. art. 16(1) reg. (CE), cit.: «[q]uando le giurisdizioni nazionali si pronunciano su [intese] ai sensi dell'[art. 101 o 102 TFUE] che sono già oggetto di una decisione della Commissione, non possono prendere decisioni che siano in contrasto con la decisione adottata dalla Commissione. Esse devono inoltre evitare decisioni in contrasto con una decisione contemplata dalla Commissione in procedimenti da essa avviati. A tal fine le giurisdizioni nazionali possono valutare se sia necessario o meno sospendere i procedimenti da esse avviate. Tale obbligo lascia impregiudicati i diritti e gli obblighi di cui all'[art. 267 TFUE]». A differenza di quanto accade con riguardo alla recente dir. n. 2014/104/UE, cit., nel caso si tratti di un'azione di risarcimento del danno da illecito concorrenziale (su cui v. *infra* il testo relativo alle note 619-628, nel capitolo 2, § 3.7), nulla è invece previsto con riguardo all'efficacia nei confronti dei giudici nazionali delle decisioni rese dalle ANC (sul punto v. C.D. EHLERMANN, *The Modernization*, cit., 571-572; S. BARIATTI, *Commissione europea e autorità nazionale*, cit., 356).

³⁶⁹ Come è noto, la vincolatività delle decisioni della Commissione era infatti stata già sancita dalla giurisprudenza (cfr. causa C-344/98, *Masterfood*, cit.).

³⁷⁰ Cfr. Comunicazione della Commissione *sulla cooperazione nell'ambito della rete delle autorità garanti della concorrenza*, (2004/C 101/03), in GU C, n. 101, del 27 aprile 2004, 43.

³⁷¹ Commissione e ANC «dovrebbero formare insieme una rete di pubbliche autorità che applicano le regole di concorrenza comunitarie in stretta cooperazione. A tal fine è necessario istituire dei meccanismi di informazione e di consultazione. La Commissione, in stretta collaborazione con gli Stati membri, stabilirà e sottoporrà a revisione altre modalità di cooperazione all'interno della rete» (cfr. considerando n. 15 reg. (CE) n. 1/2003, cit.).

³⁷² Cfr. K. DEKEYSER, M. JASPER, *A New Era of ECN Cooperation*, cit., 4.

³⁷³ Cfr. com. n. 2004/C 101/03, cit., § 3. Sul punto v. anche *Dichiarazione comune del Consiglio e della Commissione*, cit., § 5.

³⁷⁴ La REC costituisce infatti «il quadro nel quale si realizza la cooperazione tra le autorità europee garanti della concorrenza sui casi ai quali si applicano gli [art. 101 e 102 TFUE] e rappresenta la base per instaurare e preservare una cultura comune in materia di concorrenza» (cfr. com. n. 2004/C 101/03, cit., § 1; sul punto v. anche F. MUNARI, *L'applicazione decentrata*, cit., 157).

³⁷⁵ Infatti, «the level of co-operation concerning the transfer of information between the authorities of Member States within the EU Network [is c]entral to the legal certainty and overall effectiveness of the EU Network» (cfr. B. PERRIN, *Challenges facing the EU Network of Competition Authorities: insights from a comparative criminal law perspective*, in *European Law Review*, 2006, 540, spec. 544). In prospettiva *de iure condendo*, si era peraltro già evidenziato che il coordinamento fra le ANC e la Commissione «presuppone[s] that the authorities are not impeded by their laws to pass information to other authorities» (cfr. K. MARKERT, *Some Legal and Administrative Problems*, cit., 99). Nello stesso senso

orizzontale, le ANC devono comunicare alla Commissione l'avvio di ogni procedimento in cui sia prevista l'applicazione degli artt. 101 e 102 TFUE³⁷⁶. Tale informazione può essere condivisa con le altre ANC³⁷⁷. Ad analogo regime è sottoposta la fase decisoria. Per garantire la coerente applicazione delle regole antitrust³⁷⁸, le ANC devono fornire alla Commissione, prima della chiusura di ogni procedimento, «una presentazione del caso in questione, la decisione prevista o, in sua mancanza, qualsiasi altro documento che esponga la linea d'azione proposta»³⁷⁹. Anche tale comunicazione può essere trasmessa alle altre ANC. Dal canto suo, la Commissione è tenuta a condividere con i membri della REC i principali documenti raccolti durante i procedimenti da essa condotti³⁸⁰. Inoltre, deve prestare assistenza con riguardo all'applicazione del diritto dell'Unione alle ANC che ne facciano richiesta³⁸¹.

Lo scambio d'informazioni all'interno della Rete assume particolare rilevanza in virtù del loro possibile utilizzo a scopo probatorio³⁸². Ai fini dell'applicazione degli artt. 101 e 102 TFUE o delle legislazioni nazionali in materia di concorrenza, Commissione e ANC possano infatti scambiarsi e «utilizzare come mezzo di prova qualsiasi elemento di fatto o di diritto, comprese informazioni riservate»³⁸³. La libera circolazione delle

si è osservato che «[u]n ruolo fondamentale per un'applicazione decentrata delle regole di concorrenza del Trattato che sia efficace e non pregiudichi l'uniforme applicazione del diritto in un sistema a "rete" di autorità di concorrenza, potrà essere svolta dall'introduzione di meccanismi flessibili e rapidi di informazione e cooperazione anche tra le autorità nazionali [...], oltreché con la Commissione» (cfr. A. PERA, P. CASSINIS, *Applicazione decentrata*, cit., 722).

³⁷⁶ Infatti, «[p]er rilevare l'esistenza di procedimenti multipli e per assicurare che i casi siano trattati dall'[ANC] che sia nella posizione più idonea per farlo, i membri della rete devono essere informati, sin dalle prime fasi, dei casi trattati dalle varie [ANC]» (cfr. com. n. 2004/C 101/03, cit., § 16). Tale meccanismo informativo era stato peraltro già adottato a livello bilaterale fra alcune ANC e la Commissione (con riguardo all'esperienza del *Bundeskartellamt*, v. ad esempio K. MARKERT, *Some Legal and Administrative Problems*, cit., 100).

³⁷⁷ Cfr. art. 11(3) reg. (CE) n. 1/2003, cit. L'innovazione rispetto al regime previsto dall'art. 20(2) reg. (CEE) n. 17/62 è eclatante. Quest'ultimo infatti «even prohibits a national authority from passing information to another national authority» (cfr. M. VAN DER WOUDE, *Exchange of information within the European Competition Network*, in C.D. EHLERMANN, A.I. ATANASIU (eds.), *European Competition Law Annual 2002: Constructing the EU Network of Competition Authorities*, Oxford, 2002, 369, spec. 376). Tanto che la collaborazione fra gli Stati membri avveniva sulla base di accordi bilaterali, del tutto simili a quelli conclusi con Stati terzi (cfr. ad esempio il recente *Accordo tra l'Unione europea e la Confederazione Svizzera concernente la cooperazione in merito all'applicazione dei rispettivi diritti della concorrenza*, in GU L, n. 347, del 3 dicembre 2014, 3, sul quale v. S. BASTIANON, *L'accordo di cooperazione tra l'Unione europea e la Svizzera in materia di concorrenza*, in *Eurojus.it*, n. 1/2015; S. BASTIANON, P.M. FERRARI, *Gli strumenti di cooperazione internazionale in materia antitrust e i rapporti intercorrenti tra l'unione europea e la svizzera*, in M. CONDINANZI (a cura di), *Unione europea e svizzera tra cooperazione e integrazione*, Milano, 2012, spec. 308). Il regime istituito dal reg. (CE) n. 1/2003, cit., rappresenta quindi «a bold shift away from the traditional inter-governmental approach to cooperation between Member States in competition law enforcements» (cfr. B. PERRIN, *Challenges facing the EU Network*, cit., 561).

³⁷⁸ Cfr. com. n. 2004/C 101/03, cit., § 43.

³⁷⁹ Cfr. art. 11(4) reg. (CE) n. 1/2003, cit.

³⁸⁰ Su richiesta delle ANC interessate, lo scambio di informazioni può essere esteso anche alla «copia di altri documenti esistenti necessari alla valutazione della pratica trattata» (cfr. art. 11(2) reg. (CE) n. 1/2003, cit.).

³⁸¹ Cfr. art. 11(5) reg. (CE) n. 1/2003, cit.

³⁸² Viene quindi superata la giurisprudenza secondo cui gli elementi raccolti dalla Commissione per mezzo dei poteri istruttori ad essa riconosciuti potevano essere utilizzati dalle ANC solo come indizi ma non come mezzi di prova (cfr., per tutte, Corte giust. 16 luglio 1992, causa C-67/91, *Dirección General de Defensa de la Competencia c. Asociación Española de Banca Privada (AEB) e altri*, ECLI:EU:C:1992:330, § 42; sul punto v. anche H. NYSENS, N. PECCHIOLI, *Il regolamento n. 1/2003 CE*, cit., 367).

³⁸³ Cfr. art. 12(1) reg. (CE) n. 1/2003, cit. Secondo l'opinione prevalente, tale disposizione ha peraltro efficacia diretta e impone la disapplicazione delle norme nazionali incompatibili (cfr. B. PERRIN, *Challenges facing*

prove – «*ivi compresi documenti, dichiarazioni e informazioni in formato elettronico*»³⁸⁴ – rappresenta una delle più rilevanti innovazioni introdotte dalla nuova disciplina³⁸⁵. L'uso di elementi probatori raccolti da altre autorità determina «*una sorta di amplificazione "geografica" dei poteri di indagine*» delle ANC e della Commissione³⁸⁶. Ciò accresce enormemente l'efficacia dell'azione pubblica, in particolare con riguardo alla repressione dei cartelli transnazionali³⁸⁷. Tanto più che tale facoltà è assoggettata a condizioni piuttosto permissive³⁸⁸. Da un lato, le informazioni possono essere adoperate solo con «*riguardo all'oggetto dell'indagine per il quale sono state raccolte dall'autorità che le trasmette*»³⁸⁹. Dall'altro lato, sono previste alcune limitazioni al loro utilizzo per sanzionare le persone fisiche³⁹⁰.

Per riassumere, lo scambio di informazioni è funzionale alla ripartizione delle competenze e alla tutela dell'uniforme applicazione degli artt. 101 e 102 TFUE³⁹¹. E a ben vedere sono queste le principali finalità sottese alla creazione della REC, nella prospettiva del miglioramento dell'efficacia dell'azione pubblica³⁹².

Sotto il primo profilo, si vogliono evitare sovrapposizioni e conflitti fra le attività dei membri della Rete. Almeno in linea di principio, ogni illecito deve quindi essere trattato da una sola autorità, sia questa la Commissione ovvero una ANC³⁹³. Nella maggior parte dei casi, l'autorità che per prima avvia il procedimento rimane competente a portarlo a conclusione³⁹⁴. Solo in via d'eccezione è possibile la riallocazione di detta competenza ad altra autorità che si trovi in posizione idonea per

the EU Network, cit., 545; M. VAN DER WOUDE, *Exchange of information*, cit., 378).

³⁸⁴ Cfr. Comunicazione n. 2004/C 101/03 § 26.

³⁸⁵ Invero, «*[o]ne of the revolutionary elements introduced by Regulation 1/2003*» (cfr. K. DEKEYSER, M. JASPER, *A New Era of ECN Cooperation*, cit., spec. 6).

³⁸⁶ Cfr. F. MUNARI, *L'applicazione decentrata*, cit., spec. 158-159.

³⁸⁷ In senso contrario, viene evidenziato che la riforma si limita in realtà a consentire lo scambio di informazioni nell'ambito della REC senza renderlo obbligatorio (cfr. A.W. KIST, *Exchange of information: Scope and Limits Seen From the Perspective of the National Competition Authorities*, in C.D. EHLERMANN, A.I. ATANASIU (eds.), *Constructing the EU Network of Competition authorities*, cit., 355, spec. 356). Gli effetti sarebbero quindi limitati. Tuttavia, «*this criticism may be too sharp. It is a mayor step that co-operation is now enabled on a formally harmonized basis throughout the EU*» (cfr. B. PERRIN, *Challenges facing the EU Network*, cit., 548-549; in argomento, v. ANCHE J. BASEDOW, *The Modernization*, cit., 432).

³⁸⁸ Così, fra i molti, R. RINALDI, *Il regolamento del consiglio n. 1/2003*, cit., 151.

³⁸⁹ Cfr. art. 12(2) reg. (CE) n. 1/2003, cit.

³⁹⁰ Cfr. art. 12(3) reg. (CE) n. 1/2003, cit. In argomento, per tutti, cfr. F. MUNARI, *L'applicazione decentrata*, cit., 159; B. PERRIN, *Challenges facing the EU Network*, cit., 551-556.

³⁹¹ La «*facoltà di tutte le autorità garanti della concorrenza di scambiare e utilizzare informazioni [...] da esse raccolto ai fini dell'applicazione*» degli artt. 101 e 102 TFUE rappresenta infatti «*[u]n elemento fondamentale per il funzionamento della rete*» e «*una condizione indispensabile affinché l'attribuzione e il trattamento dei casi avvenga in maniera efficiente ed efficace*» (cfr. com. n. 2004/C 101/03, cit., § 26).

³⁹² La «*substantive consistency*» e la «*parallel application*» rappresentano infatti le due principali questioni su cui si è focalizzato il dibattito dopo la pubblicazione del Libro bianco *sulla modernizzazione* e del reg. (CE) n. 1/2003, cit. (cfr. J.S. VENIT, *Brave New World*, cit., 559; sul punto v. anche S. BARIATTI, *Commissione europea*, cit., 355; più in generale, v. anche J.H.J. BOURGEOIS, C. HUMPE, *The Commission's draft new regulation 17*, in *European Competition Law Review*, 2002, 43; A. FRIGNANI, E. GENTILE, G. ROSSI, *La devolution dell'antitrust: prime riflessioni intorno al libro bianco sulla modernizzazione*, in *Mercato Concorrenza Regole*, 2000, 171).

³⁹³ Cfr. considerando n. 18 reg. (CE) n. 1/2003, cit.

³⁹⁴ Cfr. com. n. 2004/C 101/03, cit., §§ 6 e 19.

trattare il caso³⁹⁵. Ipotesi ancor più residuale è che la trattazione sia devoluta a due o più autorità idonee, eventualmente coordinate da una capofila³⁹⁶. La nozione di «posizione idonea» non è peraltro definita in modo chiaro e vincolante³⁹⁷. Tale lacuna è intenzionale e contribuisce alla complessiva flessibilità del sistema³⁹⁸. In assenza di regole formali³⁹⁹, la distribuzione dei casi avviene su base essenzialmente volontaria. Né la Commissione né la Rete possono infatti stabilire che un caso sia attribuito ad una determinata ANC⁴⁰⁰. Manca inoltre uno specifico strumento per far fronte a eventuali conflitti di competenza. Nell'ipotesi di conflitto positivo, l'unica soluzione è quindi rappresentata dal potere di avocazione attribuito alla Commissione⁴⁰¹. La riforma ha mantenuto tale facoltà pressoché invariata rispetto al regime previgente⁴⁰², ribadendo l'importanza della regola secondo cui le ANC sono «*automaticamente private della loro competenza qualora la Commissione avvii un procedimento*»⁴⁰³.

Il potere di avocazione non rileva ai soli fini degli eventuali conflitti di attribuzione ma anche, e soprattutto, per garantire l'uniforme applicazione delle regole di concorrenza. In tale prospettiva, è determinante il ruolo complessivo che la riforma attribuisce alla Commissione. Se è vero che le ANC non sono formalmente subordinate a tale istituzione⁴⁰⁴, è altrettanto vero che quest'ultima mantiene una spiccata centralità anche nel nuovo quadro normativo⁴⁰⁵. Del resto, «*in quanto custode*

³⁹⁵ Cfr. com. n. 2004/C 101/03, cit., § 7.

³⁹⁶ Cfr. com. n. 2004/C 101/03, cit., § 13.

³⁹⁷ Tale nozione rappresenta un «*concetto vago e di difficile definizione*» (cfr. M. TAVASSI, *Il regolamento CE n. 1/2003*, cit., 337). Alcune indicazioni sono ad ogni modo fornite dalla com. n. 2004/C 101/03, cit., §§ 8-13. Per quanto riguarda la Commissione (che è sempre competente ai sensi dell'art. 11(6) reg. (CE) n. 1/2003, cit., su cui v. *infra*), viene precisato che questa dovrebbe trattare i casi «*che presentano una stretta relazione con altre disposizioni [dell'Unione] per la cui applicazione la Commissione ha competenza esclusiva o che possono essere meglio applicate dalla Commissione, come pure i casi nei quali la tutela dell'interesse [dell'Unione] richiede l'adozione di una decisione della Commissione per adeguare la politica di concorrenza [dell'Unione] a problemi di concorrenza nuovi o per assicurare il rispetto effettivo delle regole di concorrenza*» (cfr. com. n. 2004/C 101/03, cit., § 15).

³⁹⁸ Si osserva in tal senso che la flessibilità sarebbe necessaria «*in order to ensure that competition infringements are prosecuted efficiently*» (cfr. C. GAUER, D. DALHEIMER, L. KJOLBYE, E. DE SMITJER, *Regulation 1/2003*, cit., 7).

³⁹⁹ Infatti, «*the notice establishing the ECN did not introduce any formal rule to assign jurisdiction to specific NCAs*» (cfr. M. BOTTA, *Testing the Decentralisation of Competition Law Enforcement: Comment on Toshiba*, in *European Law Review*, 2013, 107, spec. 109).

⁴⁰⁰ Cfr. C. PESCE, *I nuovi strumenti di public enforcement*, cit., 30.

⁴⁰¹ Cfr. C. PESCE, *I nuovi strumenti di public enforcement*, cit., 30.

⁴⁰² Cfr. art. 9(3) reg. (CEE) n. 17/62, cit.

⁴⁰³ Cfr. considerando n. 17 reg. (CE) n. 1/2003, cit.

⁴⁰⁴ Almeno formalmente, infatti, «*[t]utte le autorità garanti della concorrenza nell'ambito della rete sono indipendenti l'una dall'altra*» (cfr. *Dichiarazione comune del Consiglio e della Commissione*, cit., § 7).

⁴⁰⁵ In effetti, si è chiarito che «*[c]on notevole slancio, il sistema composto da Commissione e [ANC] tende a realizzare appunto una "rete" di istituzioni, gerarchicamente organizzate e coordinate dalla Commissione*» (cfr. F. MUNARI, *L'applicazione decentrata*, cit., 151). Infatti, «*[d]al combinato disposto dell'art. 3, dell'art. 11, par. 6, dell'art. 16 il ruolo primario e centrale della Commissione in tema di politica e applicazione delle norme sulla concorrenza comunitarie resta infatti indiscutibile*» (cfr. R. RINALDI, *Il regolamento del consiglio n. 1/2003*, cit., 162:). A dire il vero «*l'attribuzione di competenze alle ANC non ha ridotto le competenze della Commissione che, anzi, di fatto ha rafforzato la propria posizione*» (cfr. C. PESCE, *I nuovi strumenti di public enforcement*, cit., 19). Del resto, anche la giurisprudenza riconosce che, anche dopo l'entrata in vigore del reg. (CE) n. 1/2003, cit., la Commissione «*conserva un ruolo predominante nell'accertamento delle infrazioni*» (v. ad esempio Trib. 8 marzo 2007, in causa T-339/04, *France Télécom SA c. Commissione*, ECLI:EU:T:2007:80, § 79).

del trattato», la Commissione «*ha la responsabilità ultima, sebbene non unica, di sviluppare la politica e assicurare la coerenza dell'applicazione delle regole di concorrenza*» dell'Unione⁴⁰⁶. Per consentire la corretta espletazione di tali compiti, sono attribuite a detta istituzione alcune «*competenze addizionali*» rispetto a quelle riconosciute in capo alle ANC⁴⁰⁷. Oltre al potere di avocazione, ne viene ad esempio confermata l'esclusiva competenza a emanare esenzioni di categoria, su delega del Consiglio⁴⁰⁸. L'esercizio di tale delicata potestà "legislativa" consente alla Commissione di contribuire all'applicazione uniforme delle regole antitrust⁴⁰⁹ e non subisce quindi alcun processo di decentralizzazione⁴¹⁰. La Commissione può peraltro esercitare una sorta di potestà "legislativa" anche mediante l'adozione di comunicazioni e linee guida⁴¹¹. Tale istituzione⁴¹² può inoltre dichiarare inapplicabili a una determinata fattispecie gli artt. 101 e 102 TFUE. Adottabili per ragioni d'interesse pubblico⁴¹³, le decisioni di inapplicabilità sono vincolanti per le ANC⁴¹⁴ e non pregiudicano il modello di eccezione legale. Emanabili solo *motu proprio*, tali decisioni non replicano infatti il meccanismo di notifica preventiva⁴¹⁵. Ma soprattutto è fatto divieto alle ANC – così

⁴⁰⁶ Cfr. com. n. 2004/C 101/03, cit., § 43.

⁴⁰⁷ Cfr. *Dichiarazione comune del Consiglio e della Commissione*, cit., § 9.

⁴⁰⁸ Ai sensi dell'art. 5 reg. (CE) n. 1/2003, cit., infatti, le ANC «*sono competenti ad applicare gli [artt. 101 e 102 TFUE] in casi individuali*» (in tal senso cfr. H. NYSSSENS, N. PECCHIOLO, *Il regolamento n. 1/2003 CE*, cit., 359). Più in generale, sulla compatibilità dei regolamenti di esenzione con la lettera dell'art. 1 reg. (CE) n. 1/2003, cit., cfr. T. WISSMANN, *Decentralised Enforcement of the EC Competition Law and the New Policy on Cartels*, in *World Competition*, 2000, 123, spec. 142.

⁴⁰⁹ In tal senso, fra i molti, cfr. M. TAVASSI, *Il regolamento CE n. 1/2003*, cit., 338.

⁴¹⁰ Invero, «*con una soluzione sicuramente interessante, ma di non facile coordinamento generale*» (cfr. M. TAVASSI, *Il regolamento CE n. 1/2003*, cit., 339), l'art. 29 reg. (CE) n. 1/2003, cit., attribuisce (anche) alle ANC il potere di revocare il beneficio dell'esenzione per categoria qualora constatati che «*in uno specifico caso, talun[te] intese che rientrano nel campo di applicazione di un regolamento della Commissione di [esenzione] producano effetti incompatibili con l'art. 101(3) TFUE sul territorio di uno Stato membro o in una parte di esso avente tutte le caratteristiche di un mercato geografico distinto*».

⁴¹¹ Cfr. R. RINALDI, *Il regolamento del consiglio n. 1/2003*, cit., 151.

⁴¹² E solo questa: «*[i]l fatto di autorizzare le [ANC] a prendere decisioni [ex art. 10 reg. (CE) n. 1/2003, cit.] rimetterebbe in questione il sistema di cooperazione istituito dal regolamento e lederebbe la competenza della Commissione. Infatti una simile decisione «negativa» sul merito rischierebbe di ledere l'applicazione uniforme degli artt. 101 TFUE e 102 TFUE, che è uno degli obiettivi del regolamento, messo in risalto dal suo primo «considerando», dal momento che essa potrebbe impedire alla Commissione di constatare successivamente che la prassi di cui trattasi costituisce un'infrazione alle disposizioni in parola del diritto dell'Unione. Risulta quindi tanto dalla lettera e dall'economia del regolamento che dall'obiettivo perseguito da quest'ultimo che le constatazioni dell'assenza di violazione [degli artt. 101 e 102 TFUE] sono riservate alla Commissione, anche se tale articolo è applicato in un procedimento condotto da [una ANC]*» (cfr. Corte giust. 3 maggio 2011, in causa C-375/09, *Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów c. Tele2 Polska sp. z o.o., devenue Netia SA*, ECLI:EU:C:2011:270, §§ 27-29).

⁴¹³ E in particolare «*al fine di rendere chiara la legislazione e di garantirne un'applicazione coerente nell'Unione, in particolare per quanto riguarda nuovi tipi di accordi o di pratiche non consolidati nella giurisprudenza e prassi amministrativa esistenti*» (cfr. considerando n. 14 reg. (CE) n. 1/2003, cit.).

⁴¹⁴ Cfr. F. MUNARI, *L'applicazione decentrata*, cit., spec. 150.

⁴¹⁵ Infatti, il reg. (CE) n. 1/2003, cit., «*intends to exclude that a "private interest" could trigger the adoption of an [art. 10 reg. (CE) n. 1/2003, cit.]. Such decisions are thus not intended to be a replacement for the exemption decisions of the old system or to function as an instrument to "bless" individual agreements absent any issue of coherent application or policy*» (cfr. C. GAUER, D. DALHEIMER, L. KJOLBYE, E. DE SMITJER, *Regulation 1/2003*, cit., 5). Più nel dettaglio, «*il fatto che il [reg. (CE) n. 1/2003, cit.] sottolinei come la Commissione possa adottare "d'ufficio" questo tipo di decisioni quando sia in causa un interesse pubblico, permette di comprendere che le imprese non detengono alcun diritto di richiedere tale dichiarazione. In altri termini, questo meccanismo non mira a reintrodurre surrettiziamente un sistema di notificazione. La disposizione, in realtà, intende coprire le ipotesi dello sviluppo, su grande scala, di nuovi tipi di accordi in settori particolari dell'economia, aventi un impatto*

come ai giudici nazionali – di adottare provvedimenti che contrastino con una precedente decisione della Commissione⁴¹⁶. Per quanto qui interessa, spetta infine alla sola Commissione la gestione delle procedure transattive introdotte dal reg. (CE) n. 622/2008 che, in uno al reg. (CE) n. 772/2004, completa il processo di modernizzazione.

Non è questa la sede per approfondire ulteriormente il regime applicativo che si è sommariamente descritto. Né, in particolare, per dare conto delle critiche che hanno accompagnato, da un lato, i primi dieci anni di applicazione del reg. (CE) n. 1/2003⁴¹⁷ e, dall'altro lato, la struttura e il funzionamento della REC⁴¹⁸. Si è già chiarito, infatti, che l'obiettivo del presente capitolo è solo quello di fornire una premessa per lo sviluppo del lavoro, mediante una breve descrizione del quadro storico e normativo in cui si sono sviluppate e trovano applicazione le decisioni con impegni, le procedure transattive e le azioni di risarcimento del danno da illecito anticoncorrenziale. Talune questioni controverse saranno peraltro approfondite in seguito, venendo in rilievo anche con riguardo alle fattispecie appena richiamate⁴¹⁹.

sull'insieme» dell'Unione (cfr. H. NYSENS, N. PECCHIOLI, *Il regolamento n. 1/2003 CE*, cit., 362; in argomento, v. anche C. PESCE, *I nuovi strumenti di public enforcement*, cit., 21-22).

⁴¹⁶ Le ANC che si pronuncino su un'intesa che sia «già oggetto di una decisione della Commissione, non possono prendere decisioni che siano in contrasto con la decisione adottata dalla Commissione» (cfr. art. 16(2) reg. (CE) n. 1/2003, cit.).

⁴¹⁷ Le critiche hanno interessato molteplici aspetti del nuovo regime (in generale, cfr. A. RILEY, *EC Antitrust Modernisation: The Commission Does Very Nicely – Thank You! Part one: Regulation 1 and the Notification Burden*, in *European Competition Law Review*, 2003, 604; e A. RILEY, *EC Antitrust Modernisation: The Commission Does Very Nicely – Thank You! Part two: Between the Idea and the Reality: Decentralisation under Regulation 1*, in *European Competition Law Review*, 2003, 657). Il “peccato originale” è stato tuttavia condivisibilmente individuato nell'assenza di un disegno sistematico di riforma. L'applicazione decentralizzata è stata cioè basata sulla sola applicabilità diretta degli artt. 101 e 102 TFUE e non sullo sviluppo di un sistema applicativo autenticamente federale (cfr., da ultimo, F. MUNARI, *Antitrust Enforcement After the Entry into Force of Regulation no. 1/2003: The Interplay among the Commission and the NCAs and the Need for an Enhanced Role of National Courts*, in B. CORTESE (a cura di), *EU Competition Law: Between Public and Private Enforcement*, Alphen aan den Rijn, 2013, 111). Ciò significa, fra l'altro, che le regole di concorrenza vengono applicate mediante regole e procedure eterogenee, che variano a seconda che l'autorità agente sia la Commissione, una determinata ANC o un giudice nazionale (sul punto, per tutti, cfr. F. MUNARI, *L'applicazione decentrata*, cit., 151; S. BARIATTI, *Commissione europea*, cit., 358; A. PERA, P. CASSINIS, *Applicazione decentrata*, cit., 723).

⁴¹⁸ Le principali perplessità espresse in merito all'attività della Rete riguardano l'informalità e la mancanza di trasparenza che caratterizzano le modalità di collaborazione fra Commissione e ANC. Se ciò determina una certa flessibilità nel funzionamento della struttura, si verificano però evidenti tensioni con il diritto di difesa delle imprese. Anche alla luce delle diverse regole procedurali che guidano l'attività delle singole ANC, sono state da più parte criticate (i) l'assenza di criteri formali per l'allocazione dei casi alle singole ANC, (ii) la circolazione delle prove in assenza di un controllo giurisdizionale, nonché (iii) l'inutilizzo dei meccanismi di collaborazione e coordinamento previsti dagli artt. 11 e ss. reg. (CE) n. 1/2003, cit., a favore della pubblicazione da parte della Commissione di comunicazioni e altri strumenti atipici (cfr., anche per ulteriori riferimenti, F. MUNARI, *Antitrust Enforcement*, cit., 111; F. MUNARI, *L'applicazione decentrata*, cit., 157-164; A. RILEY, *EC Antitrust Modernisation: The Commission Does Very Nicely – Thank You! Part one*, cit., 611; J. BASEDOW, *The Modernization*, cit., 432-433; S. BARIATTI, *Commissione europea*, cit., 359; R. RINALDI, *Il regolamento del consiglio n. 1/2003*, cit., 151-152; B. PERRIN, *Challenges facing the EU Network*, cit., 556).

⁴¹⁹ Ad esempio, il riferimento è all'effetto vincolante delle decisioni della Commissione sancito dall'art. 16 reg. (CE) n. 1/2003, cit. Come anticipato, e come si vedrà meglio in seguito (cfr. *infra* il testo relativo alle note 619-628, nel capitolo 2, § 3.7), la recente direttiva sul danno antitrust estende infatti tale caratteristica anche alle decisioni delle ANC (cfr. art. 9 dir. n. 2014/104/UE, cit.).

Tuttavia, è opportuno rilevare che le critiche cui si accennava non riguardano l'efficacia della riforma. È infatti condivisa l'opinione secondo cui il reg. (CE) n. 1/2003 abbia raggiunto i propri obiettivi, almeno nel complesso⁴²⁰. L'abolizione del meccanismo di notifica ha consentito alla Commissione di concentrare le proprie risorse nella lotta alle infrazioni più gravi delle regole di concorrenza e, in particolare, ai cartelli segreti⁴²¹. L'applicazione decentrata ha inoltre accentuato il grado di efficacia e operatività dei precetti in questione⁴²². L'allargamento del novero dei soggetti competenti ad applicare l'intera disciplina antitrust ha infatti determinato un aumento dei casi decisi, senza però inficiare l'uniformità e la coerenza applicativa del sistema. Ciò è avvenuto grazie alle specifiche competenze attribuite alla Commissione che hanno salvaguardato la centralità di tale istituzione anche nel nuovo sistema⁴²³. Altrettanto fondamentale è il ruolo della REC⁴²⁴. Infatti, l'efficacia dei precetti antitrust non è stata pregiudicata dal passaggio dal monopolio esentativo al modello di controllo diffuso e a posteriori anche perché quest'ultima funzione si è sviluppata nell'ambito della Rete, piuttosto che a livello delle singole ANC⁴²⁵.

3 L'applicazione privatistica delle regole di concorrenza in ambito europeo: dal Trattato di Roma alla direttiva n. 2014/104/UE.

3.1 Premessa

Nell'ottica di ricostruire in chiave storica il processo che ha portato all'adozione della dir. n. 2014/104/UE, il punto di partenza è rappresentato dalla presa di coscienza circa l'origine marcatamente giurisprudenziale della tutela privata

⁴²⁰ Infatti, «a distanza di alcuni anni dall'entrata in vigore del [reg. (CE) n. 1/2003, cit.], la scelta del modello delocalizzato non ha affatto deluso le aspettative in quanto il quanto il conferimento di poteri alle autorità degli Stati membri ha permesso un'attuazione omogenea del diritto dell'Unione relativamente ad operazioni anticoncorrenziali di rilevanza europea» (cfr. C. PESCE, *I nuovi strumenti di public enforcement*, cit., 16).

⁴²¹ In tal senso cfr. J.S. VENIT, *Brave New World*, cit., 556

⁴²² Infatti, sebbene si potesse «immaginare che la Commissione avrebbe gestito meno casi rispetto al passato, la modernizzazione dell'art. [101(3) TFUE] e il decentramento hanno determinato una soluzione win-win anche dal punto di vista del complessivo public enforcement» (cfr. F. MUNARI, *L'applicazione decentrata*, cit., 155).

⁴²³ Si è osservato che il reg. (CE) n. 1/2003, cit., «pone quasi sullo stesso piano le [ANC] e la Commissione quali autorità tenute a far rispettare i precetti antitrust dell'Unione europea [...] nel senso che alla Commissione vengono attribuiti una potestà in qualche modo di coordinamento e di indirizzo delle diverse [ANC]» (cfr. F. MUNARI, *L'applicazione decentrata*, cit., 150). In altri termini, il nuovo regime si fonda «sulla stretta collaborazione tra l'istituzione dell'UE e le [ANC], ma ha riservato alla prima il compito di stabilire le modalità specifiche di questa cooperazione. Come a dire che spetta sempre alla Commissione tessere le fila dell'uniforme attuazione del diritto UE» (cfr. C. PESCE, *I nuovi strumenti di public enforcement*, cit., 18). Infatti, il reg. (CE) n. 1/2003, cit., «leaves much intact and more than compensates the Commission for the loss of its Article 81(3) monopoly by giving it the power of pre-emption and establishing the supremacy of Community law over national law» (cfr. J.S. VENIT, *Brave New World*, cit., 556). Ne consegue che «nell'ottica del "decentramento decisionale", viene definito un nuovo modello partecipato di gestione della politica della concorrenza, in cui, pur non venendo meno una struttura di ripartizione dei poteri tendenzialmente piramidale, è la "base" (autorità e giurisdizioni nazionali) che si allarga e interagisce al suo stesso livello (coordinamento "orizzontale") e col vertice (coordinamento "verticale", su cui la Commissione e il giudice comunitario mantengono saldo il loro ruolo di garanti dell'architettura e di garanti delle regole)» (cfr. H. NYSENS, N. PECCHIOLI, *Il regolamento n. 1/2003 CE*, cit., 392). Tanto che «[i]ts central role in determining EC competition policy will not be touched, but might even be strengthened» (cfr. C.D. EHLERMANN, *The Modernization*, cit., 576).

⁴²⁴ La rete rappresenta infatti «a major step in the right direction» (cfr. J.S. VENIT, *Brave New World*, cit., 566).

⁴²⁵ Cfr. J. BASEDOW, *The Modernization*, cit., 431.

nel settore della concorrenza. Il Trattato di Roma non contiene infatti alcuna disposizione in merito al risarcimento dei danni causati da una violazione delle regole antitrust. E nessuna misura in tal senso viene inserita nel reg. (CEE) n. 17/62. L'attenzione per tale scenario si deve quindi inizialmente al riconoscimento da parte della Corte di giustizia dell'effetto diretto degli artt. 101 e 102 TFUE, e quindi di un diritto dei singoli azionabile in giudizio, in seguito consacrato nelle note sentenze *Courage* e *Manfredi*⁴²⁶.

L'affermazione giudiziale di tale diritto conduce il *private enforcement* al centro del dibattito e dell'agenda politica. Ciò porta alla pubblicazione di un Libro verde e di un Libro bianco che, a fini propositivi, individuano – e sottopongono all'attenzione degli operatori – alcune possibili linee di intervento volte a facilitare la diffusione delle azioni di risarcimento del danno.

In questa prima fase, l'approccio al *private enforcement* è caratterizzato da grande entusiasmo. Tale strumento sembra infatti capace di risolvere molti dei problemi legati all'osservanza delle regole di concorrenza, che la sola azione pubblica non riesce invece a garantire⁴²⁷. L'attenzione si concentra quindi sull'agevolazione e sull'incentivo dei potenziali attori, senza troppa preoccupazione per le interazioni fra versante pubblico e privato. Si registra in conseguenza una certa predilezione per l'elaborazione di una cornice normativa in cui l'iniziativa privata riesca a garantire la deterrenza degli illeciti, piuttosto che la mera compensazione delle vittime.

Di lì a poco la prospettiva cambia in modo radicale. Le ragioni sono essenzialmente due. Viene innanzitutto criticata l'eccessiva enfasi sulla funzione deterrente del contenzioso interprivato in quanto non in linea con le tradizioni giuridiche degli Stati membri. Ma soprattutto, alcuni interventi della Corte di giustizia riposizionano il *focus* della discussione sul delicato rapporto fra l'auspicato sviluppo delle azioni risarcitorie e il mantenimento di un efficiente sistema di applicazione pubblica del diritto antitrust⁴²⁸. Il riferimento è in particolare alle possibili interferenze fra *private enforcement* e programmi di clemenza, ben evidenziato nelle note sentenze *Pfleiderer*, *Donau Chemie* e *EnBW*⁴²⁹.

⁴²⁶ Cfr., rispettivamente, causa C-453/99, *Courage*, cit. e cause da C-295/04 a C-298/04, *Manfredi*, cit.

⁴²⁷ Si afferma infatti che «[c]ome spesso accade alle novità, il *private enforcement* ha creato un grande entusiasmo. In un primo momento sembrava addirittura che esso potesse finalmente fornire la chiave che mancava per affrontare se non tutti, buona parte di quei problemi legati al rispetto della legislazione a protezione della concorrenza che il solo intervento delle pubbliche autorità non era in grado di risolvere» (cfr. P. IANNUCELLI, *Il rinvio pregiudiziale e il private enforcement del diritto antitrust dell'UE*, in *Diritto dell'Unione europea*, 2012, 709, spec. 710).

⁴²⁸ In sintesi, si osserva infatti che «[w]hilst the earlier debate focused in the most part on measures to encourage *private enforcement*, in recent years the issue of the appropriate relationship between public and private enforcement has come to the fore, largely in respect of the issue of whether private claimants can obtain access to materials created by whistle-blowers for the purposes of an immunity or leniency application (whether from the Commission or a national competition authority, or inter partes) through the disclosure of leniency documents, and the fear that this will undermine leniency incentives» (cfr. S. WISKING, K. DIETZEL, M. HERRON, *European Commission finally publishes measures to facilitate competition law private actions in the European Union*, in *European Competition Law Review*, 2014, 185, spec. 186).

⁴²⁹ Cfr., rispettivamente, causa C-360/09, *Pfleiderer*, cit.; causa C-536/11, *Donau Chemie*, cit.; Corte giust. 27 febbraio 2014, in causa C-365/12 P, *Commissione europea c. EnBW Energie Baden-Württemberg AG*, ECLI:EU:C:2014:112.

Pur in vena descrittiva, nel presente paragrafo si vogliono quindi ripercorrere tali problematiche ed evidenziare le differenze di approccio che si sono susseguite nel tempo. L'analisi proposta si rende necessaria per poter affrontare in modo ragionato l'esame delle principali disposizioni della dir. n. 2014/104/UE. È quindi a tale sede che si riserva la parte critica e di approfondimento.

Per meglio delineare il quadro empirico di riferimento, il presente paragrafo si conclude con una breve panoramica sulla giurisprudenza italiana sul risarcimento del danno.

3.2 Le origini del private enforcement europeo: dal Trattato di Roma alle sentenze *Courage* e *Manfredi*.

Prima di ripercorrere la storia della materia in discussione nell'ambito dell'ordinamento dell'Unione, è opportuno un (breve) passo indietro. Il *private enforcement* del diritto "antitrust", latamente inteso, ha infatti origini davvero risalenti. Le prime forme di tutela privata nei confronti di condotte anti competitive si possono in effetti individuare (i) nell'istituto di *common law* del c.d. *restraint of trade*⁴³⁰, e soprattutto (ii) nello *Statute of Monopolies* britannico del 1623⁴³¹. In tale atto si afferma infatti che i singoli hanno diritto di ottenere il risarcimento dei danni subiti (nella forma dei c.d. *treble damages*) a causa di una restrizione della "concorrenza"⁴³².

Tale prospettiva viene in seguito recepita nell'ordinamento statunitense. Sia lo *Sherman Act* del 1890 che il *Clayton Act* del 1914⁴³³ confermano che la violazione dei precetti concorrenziali comporta l'obbligo di risarcire le eventuali vittime con un importo pari al triplo del danno loro cagionato. Alle vittime si riconosce inoltre il diritto alla rifusione dei costi processuali e delle spese legali⁴³⁴, circostanze entrambe eccezionali per il sistema processuale statunitense⁴³⁵.

⁴³⁰ Si afferma infatti che «[a]ntitrust began with the common law tort of restraint of trade» (cfr. S.W. WALLER, *The Incoherence of Punishment in Antitrust*, cit., 207). Tale istituto offre alle parti di un accordo una qualche forma di tutela nei confronti degli *unreasonable restraints* alla propria libertà contrattuale (cfr. K. ROACH, M.J. TREBILCOCK, *Private Enforcement*, cit., 464; in argomento, per tutti, v. M.J. TREBILCOCK, *The Common Law of Restraint of Trade: A Legal and Economic Analysis*, Toronto, 1986).

⁴³¹ Cfr. *An Act concerning monopolies and dispensations with Penal Laws and forfeitures thereof*, 21 Jac. I. c. 3 (1623).

⁴³² In altri termini, the Statute of Monopolies «*provided that an individual, financially injured in his business or property by a restraint of trade, could bring suit and, if successful, collect treble the amount of his damages from the perpetrator of the anti-competitive activity*» (cfr. K. ROACH, M.J. TREBILCOCK, *Private Enforcement*, cit., 464).

⁴³³ Cfr., rispettivamente, (i) *An Act to Protect trade and commerce against unlawful restraints and monopolies*, del 2 luglio 1890, ch. 647, 26 Stat. 209 (1890), e (ii) *An Act to Supplement existing laws against unlawful Restraints and Monopolies, and for other purposes*, del 15 ottobre 1914, ch. 323, 38 Stat. 730 (1914).

⁴³⁴ Più nel dettaglio, «[a]ny person who shall be injured in his business or property by any other person or corporation by reason of anything forbidden or declared to be unlawful by this act, may sue therefore in any circuit court of the United States in the district in which the defendant resides or is found, without respect to the amount in controversy, and shall recover three fold the damages by him sustained, and the costs of suit, including a reasonable attorney's fee» (cfr., in particolare, la sezione n. 7 dello Sherman Act e la sezione n. 4 del Clayton Act).

⁴³⁵ Cfr. M. NEGRI, *Giurisdizione e amministrazione nella tutela della concorrenza*, cit., 248.

La tutela privata rappresenta anzi la principale modalità di *enforcement* delle norme antimonopolistiche nell'ordinamento nordamericano⁴³⁶. Tanto che si stima che circa il 90% del contenzioso antitrust abbia natura interprivata⁴³⁷. Ciò è favorito dall'iniziale mancanza di risorse a favore dell'applicazione pubblica dello *Sherman Act*: circostanza che fa inoltre ritenere che il principale compito affidato alle azioni civili sia quello di dissuadere le infrazioni, piuttosto che risarcire le eventuali vittime⁴³⁸. Tale ipotesi è poi confermata dalla diversa fisionomia dei soggetti pubblici cui è in seguito demandata la vigilanza sul rispetto delle regole antitrust, e cioè la *Antitrust Division del Department of Justice* (DOJ) e la *Federal Trade Commission* (FTC)⁴³⁹. Vi è quindi una netta prevalenza della funzione deterrente del *private enforcement* rispetto a quella compensativa⁴⁴⁰.

A differenza dello *Sherman* e del *Clayton Act*⁴⁴¹, il Trattato di Roma non contiene alcuna disposizione in merito al ristoro dei pregiudizi patiti in seguito alla violazione delle regole di concorrenza. L'idea che il diritto al risarcimento del danno da illecito antitrust possa essere riconosciuto è tuttavia piuttosto risalente anche nell'ordinamento dell'Unione. Una prima e significativa presa di posizione in tal senso si registra già durante il periodo transitorio⁴⁴². Nel corso dei lavori preparatori relativi al reg. (CEE) n. 17/62, il Parlamento afferma infatti di ritenere indispensabile – non solo che in tale atto «*si prevedano sanzioni per le infrazioni agli* [allora artt. 85 e 86 CEE]» ma anche – «*che si regoli il più presto possibile [...] la questione del risarcimento dei danni nell'eventualità di simili infrazioni*»⁴⁴³.

⁴³⁶ In effetti, «[w]hile private enforcement is often treated as something new or at least marginally important in Europe, it has been the driving force of US antitrust enforcement since the middle of the twentieth century» (cfr., da ultimo, K. HUSCHELRATH, S. PEYER, *Public and Private enforcement*, cit., 585; sul punto, fra i molti, v. anche A. JONES, *A New Dawn for Private Competition Law Remedies in Europe? Reflections from the US*, in C.D. ELHERMANN, A.I. ATANASIU (eds.), *Effective Private Enforcement of EC Antitrust Law*, cit., 95, spec. 99).

⁴³⁷ Per tale stima cfr. S.W. WALLER, *Towards a Constructive Public-Private Partnership*, cit., 369).

⁴³⁸ Infatti, «[l]ack of any initial budgetary appropriation by Congress for Sherman Act enforcement provides some support for the [deterrence] view, although during the first fifty years of Sherman Act enforcement only 175 private suits were filed and, of these, the plaintiffs were successful in only thirteen» (cfr. K. ROACH, M.J. TREBILCOCK, *Private Enforcement*, cit., 465).

⁴³⁹ Atteso che «[t]here is no American analogue to the EU remedy of a civil action [sic] seeking a fine of up to 10 percent of the annual turnover of the offending enterprise» (cfr. S.W. WALLER, *Towards a Constructive Public-Private Partnership*, cit., 369), si ritiene che «private enforcement of laws in general is a particular characteristic of US law, because in the US there are no specialised agencies to the same extent as in Europe, and thus private enforcement tends to compensate for this lack of statutory controls» (cfr. A.P. KOMNINOS, *EC Private Antitrust Enforcement*, cit., 9).

⁴⁴⁰ Il punto è particolarmente chiaro in alcune celebri sentenze della Corte Suprema degli Stati Uniti, dove si afferma ad esempio che «the legislative purpose in creating a group of "private attorney general" to enforce the antitrust laws [...] is better served by holding direct purchasers to be injured to the full extent of the overcharge among all that may have absorbed part of it» (cfr. *Illinois Brick Co. v. Illinois*, 431 U.S. 720 (1977) § 746), così riconoscendo «that is more important that the penalty be imposed than that the damages be divided fairly» (cfr. W.H. PAGE, *Antitrust Damages and Economic Efficiency*, cit., 474). In definitiva, negli Stati Uniti il *private enforcement* non mira «tanto e solo a garantire la piena compensazione dei torti subiti, quanto a fare delle stesse vittime i protagonisti principali del controllo sulla correttezza delle condotte di mercato» (cfr. M. NEGRI, *Giurisdizione e amministrazione nella tutela della concorrenza*, cit., 246).

⁴⁴¹ E di talune normative antitrust degli Stati membri; per i riferimenti cfr. A.P. KOMNINOS, *EC Private Antitrust Enforcement*, cit., 162, spec. nota 128.

⁴⁴² Su cui v. *supra* il capitolo 1, § 2.1.

⁴⁴³ Cfr. *Risoluzione sulla consultazione richiesta all'Assemblea Parlamentare Europea dal Consiglio dei Ministri della C.E.E. in merito alla proposta di un primo regolamento di applicazione degli articoli 85 e 86 del Trattato C.E.E.*, in GU

Tale prospettiva non viene però accolta nel testo del reg. (CEE) n. 17/62. La scelta del Consiglio è comprensibile. L'elaborazione di una disciplina comune per il risarcimento dei danni da illecito antitrust comporta infatti la necessaria armonizzazione di talune regole procedurali previste dagli ordinamenti processuali degli Stati membri. Potere che, all'indomani dell'entrata in vigore del Trattato di Roma, non rientra certamente tra le competenze della Comunità.

Si è visto che la (di poco) successiva giurisprudenza della Corte di giustizia riconosce tuttavia l'effetto diretto del diritto dell'Unione⁴⁴⁴ e il suo primato rispetto alle legislazioni nazionali⁴⁴⁵. Fra le altre cose, ciò significa che le disposizioni dei Trattati (ma anche di diritto derivato) creano diritti e obblighi in capo ai singoli che devono essere protetti dalle giurisdizioni nazionali⁴⁴⁶. Il livello di tutela garantito a livello degli Stati membri deve ricomprendere il risarcimento dei danni patiti per la violazione della normativa dell'Unione⁴⁴⁷.

n. 1410, del 15 novembre 1961, § 11. Sul punto v. anche il c.d. Rapporto Deringer del 1961 (cfr. ASSEMBLEE PARLEMENTAIRE EUROPEENNE, Rapport Deringer, Documents de Séance, 1961-1962, del 7 settembre 1961, n. 57, spec. § 123.

⁴⁴⁴ Cfr. Corte giust. 5 febbraio 1963, in causa 26/62, *NV Algemene Transport- en Expeditie Onderneming van Gend & Loos c. Amministrazione olandese delle imposte* ECLI:EU:C:1963:1).

⁴⁴⁵ Cfr. Corte giust. 15 luglio 1964, in causa 6/64, *Flaminio Costa c. ENEL*, in ECLI:EU:C:1964:66. In caso di contrasto, giudici e amministrazioni nazionali devono quindi dare esecuzione al diritto dell'Unione e disapplicare la legislazione nazionale. Anche sul tema del primato la letteratura è davvero copiosa: senza alcuna pretesa di esaustività, v. allora O. PORCHIA, *La dinamica dei rapporti tra norme interne e dell'Unione nel dialogo tra giudici nazionali e Corte di giustizia*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2013, 71; F. AMTENBRINK, *European Court of Justice's Approach to Primacy and European Constitutionalism*, in B. DE WITTE AND H.W. MICKLITZ (eds.), *The European Court of Justice and the Autonomy of the Member States*, Cambridge, 2012, 35; C. ECKES, *Protecting Supremacy from External Influences: A Precondition for a European Constitutional Legal Order?*, in *Yearbook of European Law*, 2012, 230; M. ORLANDI, *L'evoluzione del primato del diritto dell'Unione europea: dalla contrapposizione tra sistemi giuridici al dialogo multilaterale*, Torino, 2012; M. AVBELJ, *Supremacy or Primacy of EU Law – (Why) Does it Matter?*, in *European Law Journal*, 2011, 744; C. FONTANA, *Certezza del diritto ed effettività del primato del diritto europeo nelle procedure di recupero degli aiuti fiscali incompatibili: il ruolo del giudice nazionale*, in *Rivista di diritto tributario*, 2011, 118; E. PISTOIA, *Una nuova pronuncia della Corte costituzionale sui rapporti tra diritto nazionale e diritto europeo*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2011, 79; A. VON BOGDANDY, S.W. SCHILL, *Overcoming absolute primacy: respect for national identity under the Lisbon Treaty*, in *Common Market Law Review*, 2011, 1417; C. DRIGO, *La Corte di giustizia riafferma il proprio primato: la questione prioritaria di costituzionalità al vaglio dei giudici di Lussemburgo*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2010, 1484; G. STROZZI, *Limiti e controlimiti nell'applicazione del diritto comunitario*, in *Diritto dell'Unione europea*, 2009, 23; G. TESAURO, *Costituzione e norme esterne*, in *Diritto dell'Unione europea*, 2009, 195; A. TIZZANO, *Ancora sui rapporti tra Corti europee: principi comunitari e controlimiti costituzionali*, in *Diritto dell'Unione europea*, 2007, 734; K. LENAERTS AND T. CORTHAUT, *Of birds and hedges: the role of primacy in invoking norms of EU law*, in *European Law Review*, 2006, 287; S.M. CARBONE, *Corte costituzionale, pregiudiziale comunitaria e uniforme applicazione del diritto comunitario*, in *Diritto dell'Unione europea*, 2007, 707; M. CONDINANZI, *Fonti del terzo pilastro dell'Unione europea e ruolo della Corte costituzionale*, in *Diritto dell'Unione europea*, 2007, 513; C. DE BÜRCA, *The EU's Supremacy doctrine: Sovereignty by any other Name?*, in N. WALKER (eds.), *Sovereignty in Transition*, Oxford, 2003; K. ALTER, *Establishing the Supremacy of European Law*, Oxford, 2002.

⁴⁴⁶ Si è detto che ciò accade in particolare nel caso in cui le disposizioni di diritto dell'Unione siano chiare, precise e incondizionate. In argomento, da ultimo, cfr. F. MUNARI, *Gli effetti del diritto dell'Unione europea sul sistema delle fonti*, in AA.VV., *Scritti in onore di Giuseppe Tesaurò*, Napoli, 2014, 2121.

⁴⁴⁷ Tale principio è riconosciuto anche nel caso in cui la violazione è commessa dal legislatore nazionale (cfr., per tutte, Corte giust. 19 novembre 1991, in cause riunite C-6/90 e C-9/90, *Andrea Francovich e altri c. Repubblica italiana*, ECLI:EU:C:1991:428, 5357; Corte giust. 5 marzo 1996, in cause riunite C-46/93 e C-48/93, *Brasserie du Pêcheur SA c. Bundesrepublik Deutschland e The Queen c. Secretary of State for Transport, ex parte: Factortame Ltd e altri*, ECLI:EU:C:1996:79). Sulla responsabilità degli Stati membri, da ultimo, cfr. C. AMALFITANO, F. PERSANO, *Responsabilità dello Stato per violazione del diritto dell'Unione europea e decorrenza del termine di prescrizione dell'azione risarcitoria*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2012, 111; M. CONDINANZI,

È vero che in un primo momento tali principi non sono espressi con riguardo al diritto della concorrenza⁴⁴⁸. Le disposizioni di cui si discute appaiono però capaci di avere effetto diretto negli ordinamenti nazionali. La loro formulazione è infatti chiara, precisa e incondizionata e quindi idonea ad attribuire ai singoli specifici diritti. Già all'indomani del Trattato di Roma, si discute quindi circa la possibilità che la loro violazione da parte delle imprese attribuisca ai soggetti eventualmente danneggiati il diritto al risarcimento⁴⁴⁹.

La Commissione è peraltro pienamente consapevole di tale possibile scenario. Già nel 1966 viene ad esempio elaborato per suo conto uno studio sul risarcimento del danno da illecito antitrust⁴⁵⁰. Negli anni settanta e ottanta del secolo scorso, essa riconosce l'importanza delle azioni di risarcimento ai fini dell'*enforcement* delle regole di concorrenza, nel rispondere ad alcune interrogazioni parlamentari sull'argomento⁴⁵¹. Nello stesso periodo, si inizia a menzionare il ruolo del *private enforcement* nelle relazioni annuali sulla politica di concorrenza dove si evidenzia la necessità di un maggior coinvolgimento delle corti nazionali nell'applicazione delle regole antitrust⁴⁵². Tanto che, di lì a poco, la Comunicazione sulla cooperazione con i giudici nazionali arriva ad affermare – pur con il valore di un atto di c.d. diritto soffice

La responsabilità dello Stato per violazione del diritto dell'Unione europea: prime applicazioni dei recenti orientamenti della Corte di Cassazione, in *Giurisprudenza di merito*, 2010, 3063.

⁴⁴⁸ Si è già rilevato che la diretta applicabilità degli artt. 85(1) e 86 CEE è infatti riconosciuta dalla Corte solo nel 1974 (cfr. causa 127/73, *SABAM*, cit.).

⁴⁴⁹ La questione se «[l]’acte constituant une méconnaissance par une entreprise de règles communautaires qui lui sont directement applicables ouvre-t-il une action en cessation ou en réparation en droit national» viene ad esempio dibattuta già nel corso dei lavori del *Deuxième colloque international de droit européen*, tenutosi a L’Aia, dal 24 al 26 ottobre 1963 (su cui v. *Le deuxième colloque international de droit européen (La Haye, 24-26 octobre 1963)*, in *Revue internationale de droit comparé*, 1964, 797 e W. ALEXANDER, *The domestic courts and article 85 of the Rome Treaty*, in *Common Market Law Review*, 1964, 431 spec. nota 3, dove peraltro si osserva che l’esecuzione dei contratti che violano le norme antitrust «is illegal and persons aggrieved may, under certain circumstances, recover damages».

⁴⁵⁰ Cfr. Commissione Europea, *Il risarcimento dei danni derivanti da una violazione degli articoli 85 e 86 del trattato che istituisce la CEE*, Bruxelles, 1966. Nelle conclusioni di tale studio si riconosce in sostanza che i soggetti lesi da una violazione delle regole di concorrenza possono agire innanzi ai giudici degli Stati membri per ottenere le forme di tutela previste nei rispettivi ordinamenti nazionali ivi incluso, appunto, il risarcimento dei danni patiti. Fra gli altri rimedi menzionati vi sono inoltre le azioni inibitorie, le penalità di mora, e la pubblicazione delle sentenze.

⁴⁵¹ Più nel dettaglio, la Commissione riconosce che (i) «i ricorsi per risarcimento di danni intentati dai consumatori lesi contro ditte che hanno violato gli articoli 85 e 86 del trattato della CEE possono utilmente completare la sua azione intesa a por fine a tali infrazioni» (cfr. risposta della Commissione, del 10 aprile 1973, all’interrogazione scritta n. 519/72, dell’On. Vredeling, del 22 dicembre 1972, *risarcimento di danni derivanti da un’infrazione agli articoli 85 e 86 del Trattato CEE*, in GU C, n. 67, del 17 agosto 1973), e che (ii) «l’applicazione da parte delle giurisdizioni nazionali è di notevole importanza per il corretto funzionamento delle norme in un sistema che impedisca le distorsioni della concorrenza nel mercato comune» (cfr. risposta della Commissione, del 7 febbraio 1984, all’interrogazione scritta n. 1935/83, dell’On. Moreland, del 7 febbraio 1984, *compensazioni previste dalla legislazione comunitaria sulla concorrenza*, in GU C, n. 144, del 30 maggio 1984). In quest’ultima risposta, si osserva altresì che, «[p]er vari motivi [il private enforcement degli artt. 101 e 102 TFUE] non ha ancora assunto l’importanza delle azioni per danni previste dalla legge antitrust statunitense». Nonostante che «[l]a possibilità di ottenere il risarcimento dei danni costituirebbe un incentivo ad adire le giurisdizioni nazionali e la Commissione sta quindi esaminando specificamente la possibilità di un’ulteriore iniziativa per rafforzare l’attuazione delle citate norme con azioni per danni da parte dei privati», «[l]’esame della materia non ha ancora raggiunto uno stadio sufficientemente approfondito da consentire previsioni sulla forma specifica e sulla portata delle iniziative che saranno prese», e quindi «[p]er il momento, non si ravvisa la necessità di armonizzare le procedure nazionali per le azioni di risarcimento dei danni e la Commissione non prevede proposte di questo tipo».

⁴⁵² Cfr. Commissione europea, *XIII Relazione sulla politica di concorrenza*, cit., spec. 135-136.

– che tali soggetti devono garantire il risarcimento dei danni causati da una violazione degli artt. 101 e 102 TFUE⁴⁵³.

Ma soprattutto, la questione viene per la prima volta portata all'attenzione della Corte di giustizia. Facendo leva sull'efficacia diretta orizzontale delle norme in discussione, l'Avvocato Generale Van Gerven suggerisce infatti che l'unico rimedio per tutelare i diritti delle parti lese è la concessione del risarcimento dei danni⁴⁵⁴. In tale occasione, la Corte non coglie l'opportunità⁴⁵⁵. L'appuntamento è però soltanto rinviato. Infatti, è grazie all'intervento della Corte di giustizia che l'ordinamento dell'Unione sancisce in modo inequivocabile il diritto dei singoli ad ottenere il risarcimento del danno sofferto a causa di un illecito anticoncorrenziale. Il riferimento è alle note pronunce rese nei casi *Courage* e *Manfredi*⁴⁵⁶.

Nella prima sentenza⁴⁵⁷, si riconosce che «qualsiasi singolo è legittimato a far valere in giudizio la violazione dell'art. [101(1) TFUE], anche qualora sia parte di un contratto che può

⁴⁵³ Più nel dettaglio, si afferma che «i giudici nazionali devono garantire ai soggetti giuridici comunitari il diritto a misure provvisorie, alla cessazione, tramite ingiunzioni, della violazione del diritto comunitario della concorrenza di cui sono vittime ed al risarcimento dei danni subiti a causa di tale violazione, qualora siffatti rimedi giuridici siano esperibili in procedure analoghe di diritto nazionale» (cfr. la com. n. 93/C 39/05, cit., § 11).

⁴⁵⁴ Viene infatti suggerito alla Corte di giustizia che «[i]n un campo quale il diritto della concorrenza vi sono, inoltre, forti argomenti che militano a favore della possibilità, prevista dal diritto comunitario, che le imprese ottengano il risarcimento dei danni loro causati dall'inadempimento da parte di altre imprese degli obblighi ad esse derivanti dal diritto comunitario. Mi limiterò a due di questi argomenti. Per cominciare, il riconoscimento di un tale diritto ad ottenere il risarcimento dei danni costituisce la logica conclusione dell'efficacia diretta orizzontale delle norme di cui trattasi: le sentenze *Simmmenthal* e *Factortame I* [...] non offrono alcuna soluzione quando un giudice nazionale è confrontato non con una disposizione legislativa o regolamentare nazionale che egli può disapplicare, ma con una situazione disciplinata dal diritto privato in cui una o più imprese violano una norma di concorrenza e causano in tal modo un danno ad un terzo. Il solo metodo efficace con cui il giudice nazionale può in questa circostanza salvaguardare pienamente le disposizioni del diritto comunitario dotate di efficacia diretta che sono state violate consiste nel soddisfare i diritti della parte lesa mediante la concessione del risarcimento danni. Nemmeno la dichiarazione secondo cui il rapporto giuridico tra le parti è nullo – dichiarazione che trova nel diritto comunitario un esplicito fondamento [art. 101(2) TFUE; art. 65(4) CECA] può riparare il danno (già) subito da un terzo. Inoltre una tale regola sul risarcimento svolge una funzione rilevante nell'ambito del rafforzamento del carattere operativo delle norme comunitarie di concorrenza, in particolar modo poiché la Commissione, come garante di queste regole, riconosce essa stessa di dover collaborare con i giudici nazionali ai fini della loro osservanza. Azioni individuali per il risarcimento dei danni si sono del resto, da lungo tempo, rivelate utili per l'attuazione di norme federali antitrust negli Stati Uniti» (cfr. conclusioni dell'avvocato generale Van Gerven, 27 ottobre 1993, in causa C-128/92, *H.J. Banks & Co. Ltd c. British Coal Corporation*, ECLI:EU:C:1993:860).

⁴⁵⁵ Nel senso che «the Court declined to address all these fundamental issues, because it reached the conclusion that the only set of rules applicable to the facts, Article 65 and 66 ECSC, did not have direct effects» (cfr. A.P. KOMNINOS, *EC Private Antitrust Enforcement*, cit., 166).

⁴⁵⁶ Cfr. causa C-453/99, *Courage*, cit. e cause da C-295/04 a C-298/04, *Manfredi*, cit.

⁴⁵⁷ Su cui, senza alcuna pretesa di esclusività, v. W. VAN GERVEN, *Creban and the Way Ahead*, in *European Business Law Review*, 2006, 269; A. ANDREANGELI, *Courage Ltd v Creban and the Enforcement of Art. 81 EC before National Courts*, in *European Competition Law Review*, 2004, 758; G. COLANGELO, *Intesa "obtorto collo" e risarcimento del danno: le improbabili acrobazie dell'antitrust comunitario*, in *Corriere giuridico*, 2002, 454; G.A., CUMMING, *Courage Ltd v. Creban*, in *European Competition Law Review*, 2002, 199; A. DI MAJO, *Il risarcimento da adempimento del contratto*, in *Europa e diritto privato*, 2002, 791; G. MONTI, *Anticompetitive agreements: the innocent party's right to damages*, in *European Law Review*, 2002, 282; A.P. KOMNINOS, *New prospect for private enforcement of EC competition law: "Courage v. Creban" and the Community right to damages*, in *Common Market Law Rev.*, 2002, 447; A. PALMIERI, 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 italiano*, 2002, 76; B.J. RODGER, *The Interface Between Competition Law and Private Law: Article 81, Illegality and Unjustified Enrichment*, in *Edinburgh Law Review*, 2002, 217; G. ROSSI, *"Take Courage"! La Corte di giustizia apre nuove frontiere per la risarcibilità del danno da illeciti antitrust*, in *Foro italiano*, 2002, 90; E. SCODITTI, *Danni da intesa anticoncorrenziale per una delle parti dell'accordo: il punto di vista del giudice italiano*, in *Foro italiano*, 2002, 84; L. TONELLI, *Intesa antitrust e risarcimento dei danni*, in *La responsabilità civile*, 2002, 668; L. VALENTINO, *Violazione di situazioni giuridiche soggettive di matrice comunitaria: decentrati solo gli obblighi o anche le garanzie?*, in *Rivista di diritto pubblico comparato ed europeo*, 2002, 192; S.

restringere o falsare il gioco della concorrenza ai sensi di tale disposizione». Infatti, «[l]a piena efficacia dell'art. [101 TFUE] e, in particolare, l'effetto utile del divieto sancito al n. 1 di detto articolo sarebbero messi in discussione se fosse impossibile per chiunque chiedere il risarcimento del danno causatogli da un contratto o da un comportamento idoneo a restringere o falsare il gioco della concorrenza». Al contrario, il diritto di proporre un'azione di risarcimento del danno dinanzi ai giudici nazionali «rafforza [...] il carattere operativo delle regole di concorrenza [dell'Unione] ed è tale da scoraggiare gli accordi o le pratiche, spesso dissimulate, idonei a restringere o falsare il gioco della concorrenza», così contribuendo «sostanzialmente al mantenimento di un'effettiva concorrenza» all'interno dell'Unione.

Nella seconda⁴⁵⁸, in risposta ad un rinvio pregiudiziale effettuato dal Giudice di Pace di Bitonto, si ribadisce che «chiunque ha il diritto di far valere la nullità di un'intesa o di una pratica vietata [dall'art. 101 TFUE] e, quando esiste un nesso di causalità tra essa e il danno subito, di chiedere il risarcimento di tale danno»⁴⁵⁹.

A valle di tali sentenze, l'applicazione privatistica del diritto antitrust viene per la prima volta menzionata in alcuni atti di diritto dell'Unione. Da un lato, nel reg. (CE) n. 1/2003 si afferma che i giudici nazionali «tutelano i diritti soggettivi garantiti dal diritto comunitario nelle controversie fra privati, in particolare accordando risarcimenti alle parti danneggiate dalle infrazioni», così svolgendo «un ruolo complementare rispetto a quello delle autorità garanti della concorrenza»⁴⁶⁰. Dall'altro lato, nel reg. (CE) n. 864/2007, si individua uno speciale criterio di collegamento per determinare la legge applicabile alle obbligazioni extracontrattuali che derivano «da una restrizione della concorrenza»⁴⁶¹.

BASTIANON, *Intesa illecita e risarcimento del danno a favore della parte debole*, in *Danno e responsabilità*, 2001, 1151.

⁴⁵⁸ Su cui, fra gli altri, v. S. MONTEMAGGI, *Dalla Corte di Giustizia nuovi spunti di riflessione per una tutela effettiva del consumatore vittima di pratiche anticoncorrenziali*, in *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 2007, 634; O. PALLOTTA, *Consumatori e concorrenza: le questioni irrisolte nella causa Manfredi*, in *Diritto dell'Unione europea*, 2007, 305; E. ADOBATI, *La Corte di giustizia riconosce il diritto dei singoli di far valere il diritto comunitario in un'azione volta ad ottenere il risarcimento dei danni nell'ambito della RC auto*, in *Diritto comunitario e degli scambi internazionali*, 2006, 534; M. CARPAGNANO, *Private Enforcement of Competition Law Arrives in Italy: Analysis of the Judgment of the European Court of Justice in Joined Cases C-295-289/04 Manfredi*, in *Competition Law Review*, 2006, 47.

⁴⁵⁹ Cfr. cause da C-295/04 a C-298/04, *Manfredi*, cit., § 63.

⁴⁶⁰ Cfr. considerando n. 7 al reg. (CE) n. 1/2003, cit. Del resto, si osserva che «[l]'enfasi sul ruolo essenziale, ai fini della più efficace salvaguardia della struttura concorrenziale del mercato, dell'azione giurisdizionale dei privati, quale strumento complementare rispetto all'intervento pubblico per il tramite delle agenzie indipendenti, ed in primo luogo della Commissione, [è] già evidente nella vigorosa spinta all'attuazione decentrata degli artt. 101-102 TFUE, che costituisce il leitmotiv ed il movente primario» del reg. (CE) n. 1/2003, cit. (cfr. M. NEGRI, *Giurisprudenza e amministrazione nella tutela della concorrenza*, cit., 251). Si osserva infatti che è proprio «[c]on l'attribuzione ai giudici di tutti gli Stati membri del potere di applicare direttamente gli articoli 101 e 102 TFUE nella loro totalità» che si è aperta «la strada all'avvio di procedimenti giudiziari relativi a controversie [...] sul risarcimento del danno da illecito anticoncorrenziale tra concorrenti o tra imprese e consumatori, fino ad allora piuttosto rare» (cfr. S. BARIATTI, *Problemi di giurisprudenza e di diritto internazionale privato nell'azione antitrust*, in L.F. PACE (a cura di), *Dizionario sistematico del diritto della concorrenza*, Napoli, 2013, 267, ivi).

⁴⁶¹ Più nel dettaglio, sono previste due possibilità. In linea di principio, la legge applicabile «è quella del paese sul cui mercato la restrizione ha o potrebbe avere effetto». Tuttavia, «[q]ualora la restrizione abbia o possa avere effetto sul mercato di più di un paese, chi promuove un'azione di risarcimento danni dinanzi al giudice del domicilio del convenuto può invece scegliere di fondare le sue pretese sulla legge del giudice adito, purché il mercato in tale Stato membro sia tra quelli direttamente e sostanzialmente interessati dalla restrizione della concorrenza da cui deriva l'obbligazione extracontrattuale su cui si basa la pretesa; se l'attore agisce nei confronti di più di un convenuto dinanzi a detto giudice conformemente alle norme applicabili in materia di competenza giurisdizionale, può scegliere di fondare la sua pretesa esclusivamente sulla legge di tale giudice qualora la restrizione della concorrenza su cui si basa la pretesa contro ciascuno di detti convenuti interessi direttamente e sostanzialmente anche il mercato dello Stato membro di tale giudice» (cfr. art. 6(3) regolamento (CE) n. 864/2007 del Parlamento europeo e del

Pur ribadite in molteplici occasioni⁴⁶², tali dichiarazioni di principio sembrano però scontrarsi con la realtà delle aule giudiziarie. Le azioni di risarcimento del danno rappresentano infatti ancora oggi un'eccezione a fronte della commissione di un illecito anticoncorrenziale. Non esistono dati o statistiche ufficiali che permettano di apprezzare la reale consistenza del fenomeno⁴⁶³. Secondo recenti stime della Commissione, tuttavia, solo il 25% delle decisioni di accertamento è stato seguito da azioni di risarcimento nelle giurisdizioni nazionali nel periodo compreso fra il 2006 ed il 2012. Il 90% di tale contenzioso si è inoltre concentrato avanti ai giudici di tre Stati membri, Regno Unito, Germania e Olanda⁴⁶⁴.

3.3 I primi interventi della Commissione. Il Libro verde del 2005.

La Commissione è consapevole del «*sottosviluppo totale*»⁴⁶⁵ che caratterizza il settore in discussione e prova dunque a evidenziarne le ragioni con la pubblicazione

Consiglio, dell' 11 luglio 2007, *sulla legge applicabile alle obbligazioni extracontrattuali (Roma II)*, in GU L, n. 199, del 31 luglio 2007, 40). Il considerando n. 22 al reg. (CE) n. 864/2007, cit., precisa poi che tali criteri «*dovrebbero riguardare le violazioni della legislazione sulla concorrenza a livello sia nazionale che comunitario*». In argomento, fra i tanti, cfr. S. BARIATTI, *Problemi di giurisdizione e di diritto internazionale privato nell'azione antitrust*, cit., 270; F. MUNARI, *L'entrata in vigore del regolamento "Roma II" e i suoi effetti sul private antitrust enforcement*, in *Diritto del Commercio Internazionale*, 2008, 281; J. FITCHEN, *Choice of Law in International Claims Based on Restrictions of Competition: Article 6(3) of the Rome II Regulation*, in *Journal of private international law*, 2009, 337.

⁴⁶² Fra le altre, è sufficiente ricordare i casi in cui la Corte di giustizia ha (i) considerato legittima (ma a posteriori non vincente – cfr. J.M. RAMOS, D. MUHEME, *The Brussels Court judgment in Commission v Elevators manufactures, or the story of how the Commission lost an action for damages based on its infringement decision*, in *European Competition Law Review*, 2015, 384) la circostanza che la Commissione, quale rappresentante processuale dell'Unione, possa azionare dinnanzi ai giudici nazionali le proprie decisioni di accertamento di una violazione delle regole di concorrenza, nel caso in cui dall'infrazione sia derivato un danno per una delle istituzioni dell'Unione (cfr. causa C-199/11, *Otis*, cit.), ovvero (ii) ha aperto al risarcimento da parte delle imprese cartelliste dei c.d. *umbrella damages*, e cioè dei pregiudizi subiti dai soggetti che abbiano acquistato i beni oggetti del cartello da imprese che non ne fanno parte, ma il cui operato e in specie la politica dei prezzi sono influenzati dall'esistenza dell'illecito e dai suoi effetti negativi sulla struttura di mercato (cfr. causa C-557/12, *Kone*, cit.; per un commento v. S. BASTIANON, *La Corte di giustizia si pronuncia sul c.d. umbrella effect*, in *Eurojus.it*, n. 2/2014; D. HANSBERRY, C. HUMMER, M. LE BERRE, M. LECLERC, *Umbrella effect: damages claimed by customers of non-cartelist competitors*, in *Journal of European Competition Law & Practice*, 2014, 196; N. DUNNE, *It never rains but it pours' Liability for "umbrella effects" under EU competition law in Kone: Case C-557/12, Kone AG and Others v. ÖBB-Infrastruktur AG, Judgment of the Court of Justice (Fifth Chamber) of 5 June 2014*, in *Common Market Law Review*, 2014, 1813.

⁴⁶³ Tuttavia, si osserva ad esempio che «*in Europa, le azioni di public enforcement costituiscono oltre il 90% delle azioni a difesa della concorrenza*», precisando al tempo stesso che «*nel sistema statunitense, al contrario il 95% di tali azioni è costituito dal private enforcement*» (cfr. R. CHIEPPA, *L'impatto delle nuove regole sull'accesso al fascicolo dell'autorità*, in *Concorrenza e Mercato*, 2014, 279).

⁴⁶⁴ Sul punto cfr. A. HOWARD, *The Draft Directive on Competition Law Damages – What does it mean for infringers and victims?*, in *European Competition Law Review*, 2014, 51, spec. 52. In tal senso, è poi appena il caso di richiamare le – forse troppo pessimiste – conclusioni di un noto studio realizzato nel 2004 per la Commissione, nel quale si individuano, per il periodo compreso fra il 1957 e il 2004, appena sessanta azioni risarcitorie avviate da privati davanti alle Corti degli Stati membri (cfr. E. CLARK, M. HUGHES, D. WIRTH, *Study on the conditions of claims for damages in case of infringement of EC competition rules*, 31 agosto, 2004). O ancora, è sufficiente riportare i dati raccolti dalla Commissione stessa nell'*Impact Study* del 2008, allegato al già citato Libro bianco, nel quale si censiscono solamente novantasei casi di contenzioso interprivato nel periodo ricompreso fra il maggio del 2004 e l'agosto del 2007 (cfr. *Impact Assessment Report*, SEC(2008) 405, del 2 aprile 2008).

⁴⁶⁵ Cfr. Libro verde, COM(2005) 672, cit., § 1.2. Da ultimo v. anche E. CAMILLERI, *A decade of EU antitrust private enforcement: chronicle of a failure foretold?*, in *European Competition Law Review*, 2013, 531.

del Libro verde sulle azioni di risarcimento del danno derivante dalla violazione delle norme antitrust comunitarie⁴⁶⁶.

In tale documento, si riconosce che l'azione privata è orientata tanto alla funzione compensativa quanto a quella deterrente⁴⁶⁷, ma non si effettua – almeno in modo esplicito – alcuna scelta di valore fra le due finalità⁴⁶⁸. Si vogliono anzi individuare soluzioni normative che possano servire entrambi gli obiettivi⁴⁶⁹. Si cerca quindi di determinare i principali ostacoli allo sviluppo di un efficace sistema di *private enforcement*. L'attenzione si concentra sulle più rilevanti criticità di carattere processuale riscontrabili negli ordinamenti degli Stati membri. Le azioni per il risarcimento del danno da illecito anticoncorrenziale sono infatti governate dalle regole ordinarie in materia di responsabilità e procedura civile. È quindi a tali normative nazionali che l'indagine deve essere rivolta⁴⁷⁰.

L'idea di base è che le difficoltà che caratterizzano ogni azione civile aumentano se riferite a una materia complessa come il diritto della concorrenza. Ciò è particolarmente vero con riguardo alla questione probatoria. Si osserva infatti che

⁴⁶⁶ In argomento, oltre ai contributi di volta in volta citati nel testo, ma senza alcuna pretesa di esaustività, v. anche in E. DE SMITJTER, D. WOODS, *The Commission Green Paper on Damages Actions for Breach of the EC Antitrust Rules*, C.D. EHLERMANN, A.I. ATANASIU (eds.), *European Competition Law Annual 2006: Enforcement of Prohibition of Cartels*, Oxford-Portland, 2007, 447; J. LAWRENCE, *Seeking the Perfect Balance: Some Reflections on the Commission's Green Paper on Damages Actions for Breach of EC Antitrust Rules*, in C.D. EHLERMANN, A.I. ATANASIU (eds.), *Enforcement of Prohibition of Cartels*, cit., 457; M. SIRAGUSA, M. D'OSTUNI, *A reflection on Some Private Antitrust Law Issues*, in C.D. EHLERMANN, A.I. ATANASIU (eds.), *Enforcement of Prohibition of Cartels*, cit., 477; T. EILMANSBERGER, *The Green Paper on Damages Actions for the Breach of the EC Antitrust Rules and Beyond: Reflections on the Utility and Feasibility of Stimulating Private Enforcement Through Legislative Action*, in *Common Market Law Review*, 2007, 431; A.C. JONES, *After the Green Paper: The Third Devolution in European Competition Law and Private Enforcement*, in *Competition Law Review*, 2006, 1; J. PHEASANT, *Damages for Breach of the EC Antitrust Rules: the European Commission's Green Paper*, in *European Competition Law Review*, 2006, 365.

⁴⁶⁷ Si afferma infatti che «[l]e azioni di risarcimento del danno per violazione della normativa antitrust rispondono ad un duplice obiettivo: in primis, risarcire coloro che hanno subito un danno a causa di un comportamento anticoncorrenziale e, in secondo luogo, assicurare, attraverso la disincentivazione delle condotte anticoncorrenziali, la piena efficacia delle norme antitrust previste dal trattato, contribuendo così in modo significativo al mantenimento di una concorrenza effettiva nella Comunità (deterrenza)» (cfr. Libro verde, COM(2005) 672, cit., § 1.1). Si sottolinea inoltre che «l'applicazione della normativa antitrust, sia da parte dei privati che delle autorità pubbliche, costituisce uno strumento importante per creare e mantenere un'economia competitiva» (cfr. Libro verde, COM(2005) 672, cit., § 1.1).

⁴⁶⁸ Nella Comunicazione della Commissione del 20 aprile 2004, *relativa a una politica di concorrenza pro-attiva per un'Europa competitiva*, COM(2004)293 def., si afferma però che «[l]e imprese e i consumatori finali dovrebbero sentirsi incoraggiati a far valere i loro diritti dinanzi ai tribunali nazionali, dato che ciò può contribuire ad intensificare la concorrenza sul mercato interno».

⁴⁶⁹ Nel libro verde, la Commissione «aim[s] to find solutions that would best accommodate both aims» (cfr. P. NEBBIA, *Damages actions for the infringement of EC competition law: compensation or deterrence?*, in *European Law Review*, 2008, 23). Coerentemente (cfr. *supra* il capitolo 1, §§ 4-6), si propongono allora alcune possibili linee di intervento volte a facilitare sia le c.d. azioni *follow on* sia quelle c.d. azioni *stand alone* (cfr. Libro verde, COM(2005) 672, cit., § 1.3, 4).

⁴⁷⁰ Un'azione armonizzatrice a livello dell'Unione appariva dunque necessaria atteso che «[i]l sistema risarcitorio conosciuto nei nostri diritti civili è sviluppato quando la categoria dei "consumatori" non aveva ancora avuto un riconoscimento ed una disciplina, era stato pensato per i danni individuali e non per i danni di massa. Le norme dettate (di carattere sia sostanziale che procedurale) sono quelle di diritto comune, dove si assume la "parità" delle armi tra danneggiante e danneggiato, la simmetria delle informazioni e così via. La realtà ha smentito questo assunto tanto è vero che sono state emanate norme particolari a difesa del contraente "consumatore". La "disuguaglianza" sopra indicata si manifesta anche nel momento in cui si deve dare attuazione ai diritti sostanziale (e cioè nel processo)» (cfr. A. FRIGNANI, *Diritto della concorrenza. L'insufficienza dei modelli sanzionatori*, cit., 122).

per fare valere la responsabilità delle imprese coinvolte in un illecito anticoncorrenziale i potenziali attori sono tenuti a fronteggiare un onere che risulta spesso insostenibile⁴⁷¹. E ciò perché, innanzi al giudice civile, si deve fornire non solo la – già «diabolica» – prova dell'illecito *antitrust* ma anche la dimostrazione del danno subito, del rapporto di causalità fra illecito e danno, nonché dell'ammontare di quest'ultimo.

Uno degli aspetti più significativi trattati dal Libro verde concerne allora l'accesso alle prove quale correttivo per tale situazione. Si valuta in particolare l'opportunità di (i) introdurre speciali meccanismi di c.d. *discovery* e *disclosure* interprivata delle prove documentali⁴⁷², di (ii) garantire il diritto dei terzi di accedere ai documenti raccolti dalla Commissione e dalle Autorità nazionali durante la fase istruttoria dei relativi procedimenti pubblici⁴⁷³, nonché di (iii) affermare la vincolatività per i giudici nazionali delle decisioni rese dalle ANC, sulla scorta di quanto già previsto dall'art. 16 del reg. (CE) n. 1/2003 con riguardo alle decisioni della Commissione⁴⁷⁴.

Si affrontano poi una serie di questioni altrettanto rilevanti. Si valuta ad esempio l'opportunità di subordinare il positivo esperimento dell'azione alla prova da parte dei soggetti danneggiati del requisito soggettivo della colpevolezza in capo al soggetto danneggiante⁴⁷⁵. Si affronta inoltre la questione relativa alla quantificazione

⁴⁷¹ Ciò non contraddice quanto sopra rilevato con riguardo al vantaggio “naturale” dei privati nei confronti delle autorità pubbliche con riguardo alle informazioni. Si è detto infatti che i consumatori e – soprattutto – le imprese concorrenti hanno conoscenze del settore in cui si trovano a operare tali da percepire le violazioni prima e a costi inferiori rispetto alle autorità pubblica. Come è ovvio, la percezione dell'illecito non è però sufficiente per agire con successo in sede civile. La soddisfazione dell'onere della prova richiede invece l'utilizzo di elementi informativi e probatori che non rientrano nell'iniziale disponibilità delle vittime delle infrazioni, e in particolare di quelli che ricadono nella disponibilità delle imprese che hanno commesso l'illecito. Il rapporto fra danneggiante e danneggiato in materia di illecito anticoncorrenziale si caratterizza allora per una forte asimmetria informativa, riconosciuta anche dal Libro verde secondo cui «[l]a specifica difficoltà di questo tipo di controversie è che le prove rilevanti spesso sono difficilmente accessibili e si trovano in possesso della parte che posto in essere il comportamento anticoncorrenziale» cfr. Libro verde, COM(2005) 672, cit., § 2.1, 5.

⁴⁷² Meccanismi peraltro assenti nella maggioranza degli ordinamenti degli Stati membri: in merito al rapporto fra tale strumento e l'ordinamento italiano, v. ad esempio B. CAVALLONE, *Azioni di risarcimento del danno per violazione delle norme antitrust comunitarie: problemi dell'istruzione probatoria*, in B. NASCIBENE, F. ROSSI DAL POZZO (a cura di), *Il private enforcement*, cit., 31, spec. 36. Più in generale, v. anche A. SÀNCHEZ-GRAELS, *Discovery, Confidentiality and Disclosure of Evidence Under the Private Enforcement of EU Antitrust Rules*, IE Working Paper Derecho, 2006, spec. 11.

⁴⁷³ Con la sola esclusione della divulgazione delle domande di clemenza eventualmente presentate. E ciò in un'ottica di miglior coordinamento tra *private* e *public enforcement* del diritto antitrust che, secondo la Commissione, potrebbe altresì giustificare la riduzione del risarcimento posto a carico dell'impresa che abbia chiesto di beneficiare del programma di clemenza, nonché la soppressione della responsabilità solidale di questa nei confronti delle altre imprese parti del cartello (cfr. Libro verde, COM(2005) 672, cit., § 2.7, pag. 10).

⁴⁷⁴ Come già rilevato (e come si vedrà meglio in seguito – cfr. *infra* il testo relativo alle note 619-628, nel capitolo 2, § 3.7), l'art. 16 reg. (CE) n. 1/2003, cit., sancisce infatti l'obbligo per il giudice nazionale di attenersi a quanto stabilito dalla Commissione nella decisione da questa resa ai sensi dell'art. 7 del medesimo atto normativo.

⁴⁷⁵ Sul punto, la Commissione propone tre possibili alternative, ossia (i) che la colpevolezza del danneggiante sia sempre presunta, ovvero (ii) che essa sia presunta solo per le violazioni più gravi della normativa antitrust, ovvero (iii) che al danneggiante sia sempre concesso di dimostrare di essere incorso in un errore di fatto o di diritto scusabile (cfr. Libro Verde, COM(2005) 672, cit., § 2.2, 7). In dottrina, si ritiene che «la violazione degli artt. [101 e 102 TFUE] dà luogo a responsabilità a prescindere dall'esistenza dell'elemento psicologico della

del risarcimento dovuto. Si considera in particolare se questo vada rapportato (i) al danno subito dall'attore, ovvero (ii) al profitto conseguito dal soggetto danneggiante⁴⁷⁶. È chiara l'influenza delle teorie economiche della internalizzazione e della deterrenza in senso stretto.

Si provano poi a definire i confini della legittimazione ad agire innanzi ai giudici nazionali. Il riferimento è alle questioni (i) del c.d. *passing on* da parte delle imprese dei pregiudizi economici subiti ai livelli successivi della catena produttiva o ai consumatori⁴⁷⁷, e (ii) dell'eventuale introduzione di speciali meccanismi di azione collettiva in materia antitrust⁴⁷⁸. Per incentivare la diffusione delle azioni di risarcimento, si propone inoltre l'adozione di speciali regole in materia di prescrizione⁴⁷⁹ e in tema di allocazione delle spese processuali al fine di ridurre i rischi finanziari a cui potrebbero essere esposti i potenziali attori⁴⁸⁰. Si affrontano infine una serie di questioni relative alla giurisdizione e alla legge applicabile alle azioni di risarcimento del danno antitrust, anche alla luce degli interventi normativi in materia⁴⁸¹.

La pubblicazione del Libro verde suscita ampie e contrastanti reazioni, non solo da parte degli operatori giuridici ma anche da parte di molti Stati membri. Una delle critiche più diffuse è quella secondo cui la Commissione avrebbe dato luogo a una sorta di "americanizzazione" del – costituendo – sistema europeo di *private enforcement* delle regole di concorrenza⁴⁸². Nonostante le dichiarazioni di principio, vi

colpa: da una parte, infatti, «né la lettera dell'art. [101 TFUE] né la lettera dell'art. [102 TFUE] fanno riferimento alla colpa mentre, dall'altra parte, più volte la giurisprudenza della Corte di giustizia ha sottolineato la natura oggettiva del concetto di abuso (si posizione dominante)» (cfr. S. BASTIANON, *Il risarcimento del danno antitrust tra esigenze di giustizia e problemi di efficienza. Prime riflessioni sul Libro verde della Commissione*, in *Mercato Concorrenza Regole*, 2006, 321, spec. 336).

⁴⁷⁶ Ovvero ancora si propone l'automatico raddoppio del risarcimento in caso di cartelli orizzontali cfr. Libro verde, COM(2005) 672, cit., § 2.3, 7-8.

⁴⁷⁷ Cfr. Libro verde, COM(2005) 672, cit., § 2.4, 8-9. In argomento, fra i molti, e anche per ulteriori riferimenti, v. M. CARPAGNANO, *Le difese dell'impresa convenuta ed il passing-on*, in L.F. PACE (a cura di), *Dizionario sistematico*, cit., 299; G. AFFERNI, *La traslazione del danno nel diritto antitrust nazionale e comunitario*, in *Concorrenza e Mercato*, 2008, 494; F. HOSSEINIAN, *Passing on Damages and Community Antitrust Policy: an Economic Background*, in *World Competition*, 2005, 3.

⁴⁷⁸ Cfr. Libro verde, COM(2005) 672, cit., § 2.5, pag. 9. Per alcuni riferimenti in materia, cfr. *supra* la nota 29, nel capitolo 1, § 1).

⁴⁷⁹ Cfr. Libro verde, COM(2005) 672, cit., § 2.9, 12-13.

⁴⁸⁰ Cfr. Libro verde, COM(2005) 672, cit., § 2.6, 9-10. In argomento, v. E.D. CAVANAGH, *Attorney Fees in Antitrust Litigation: Making the System Fairer*, in *Fordham Law Review*, 1988, 51.

⁴⁸¹ Cfr. Libro verde, COM(2005) 672, cit., § 2.8, 11-12.

⁴⁸² Si rileva che «[t]he Commission drew inspiration from the United States, which has a long history of enforcement of public standards through tort law» (cfr. J.S. KORTMANN, C.R.A. SWAAK, *The EC White Paper on antitrust damage actions: why Member States are (right to be) less than enthusiastic*, in *European Competition Law Review*, 2009, 340, spec. 341; in argomento, v. anche D. WAELBROECK D. SLATER, *The Commission's Green Paper on Private Enforcement: "Americanization" of EC Competition Law Enforcement?*, in C.D. EHLERMANN, I. ATANASIU (eds.), *Enforcement of Prohibition of Cartels*, cit., 425). Invero, anche la proposta di rendere vincolanti per i giudici civili le decisioni emesse dalle ANC è sovente criticata, sia per gli effetti negativi che tale ipotesi sembra avere sul sistema decentrato di applicazione del diritto antitrust, sia per la sua incompatibilità con le tradizioni costituzionali degli Stati membri: per brevità, tuttavia, tali questioni saranno trattate con riguardo alle analoghe disposizioni del Libro bianco, COM(2008) 165, cit., e, soprattutto, della dir. n. 2014/104/UE, cit. Ad ogni modo, sulle principali – e persistenti – differenze fra il sistema statunitense e quello dell'Unione v., da ultimo, G. TADDEI ELMI, *Risarcimento dei danni antitrust tra compensazione e deterrenza. Il modello americano e la proposta di Direttiva UE del 2013*,

sarebbe infatti un'eccessiva enfasi sulla finalità deterrente che si otterrebbe grazie all'incremento del contenzioso interprivato. Vi sarebbe quindi una visione troppo strumentale della responsabilità civile, ben evidenziata dalla proposta in merito ai c.d. danni punitivi⁴⁸³. Tale prospettiva non è però in linea con le tradizioni giuridiche di gran parte degli Stati membri nei cui ordinamenti il risarcimento del danno ha invece funzione strettamente compensativa.

3.4 (segue): il Libro bianco del 2008.

Nonostante le critiche ricevute dal Libro verde, il Parlamento europeo condivide l'idea di base, e cioè la necessità di garantire un più adeguato livello di tutela alle vittime delle infrazioni delle regole antitrust⁴⁸⁴. La Commissione viene quindi incentivata a elaborare ulteriori e più approfondite proposte e, nell'aprile del 2008, è pubblicato il Libro bianco in materia di azioni di risarcimento del danno per violazione delle norme antitrust comunitarie.

Tale documento evidenzia fin da subito il cambiamento di *policy* nell'intervento prospettato, in ossequio ai rilievi ricevuti nella fase di consultazione relativa al Libro verde. Si chiarisce infatti che il sistema di *private enforcement* europeo si basa su tre fondamentali criteri guida, ossia i principi (i) del risarcimento completo delle vittime di illecito antitrust⁴⁸⁵, (ii) del rispetto della cultura e delle tradizioni giuridiche degli Stati membri e quindi della natura autenticamente europea delle misure da adottare, nonché infine (iii) della sostanziale subordinazione dell'iniziativa privata rispetto all'applicazione pubblica delle regole di concorrenza⁴⁸⁶.

Pur insistendo sulle medesime questioni, le proposte del Libro bianco assumono dunque una diversa sfumatura rispetto al Libro verde, oltre ad essere caratterizzate da un più elevato grado di dettaglio. Si affronta *in primis* la questione della legittimazione ad agire. Da un lato, si evidenzia la necessità di elaborare efficaci soluzioni procedurali per la tutela dei consumatori. Si suggerisce in particolare l'adozione di strumenti basati sul modello delle azioni rappresentative e delle azioni collettive⁴⁸⁷. Dall'altro lato, si chiarisce la proposta riguardante la c.d. traslazione a

in *Concorrenza e Mercato*, 2014, 183; D. KILLEEN, *Following in "Uncle Sam's" Footsteps? The Evolution of Private Antitrust Enforcement in the European Union*, in *European Competition Law Review*, 2013, 480.

⁴⁸³ Se i danni punitivi sono l'elemento più criticato, la predilezione per la funzione deterrente è ben evidenziata anche da alcune delle proposte in materia di *passing on*, azione collettiva, accesso alle prove e spese processuali.

⁴⁸⁴ Cfr. Risoluzione del Parlamento europeo del 25 aprile 2007, *sul Libro verde: "Azioni di risarcimento del danno per violazione delle norme antitrust comunitarie"*, in GU C, n. 74, del 20 marzo 2008.

⁴⁸⁵ Il principale obiettivo del Libro bianco è infatti quello di garantire «*più di quanto accade attualmente, che tutte le vittime di violazioni nelle norme comunitarie sulla concorrenza abbiano accesso a meccanismi di tutela efficaci in modo da poter essere interamente compensate*» (cfr. Libro bianco, COM(2008) 165, cit., § 1.2, 3).

⁴⁸⁶ Cfr. Libro bianco, COM(2008) 165, cit., § 1.2, pag. 3.

⁴⁸⁷ Cfr. Libro bianco, COM(2008) 165, cit., § 2.1, pag. 4. La scelta della Commissione, infatti, «*va analizzata alla luce dei rischi connessi all'attivazione di forme troppo estreme di tutela collettiva, come quelle opt-out, che sarebbe soluzione «impraticabile perché difficile da metabolizzare giuridicamente in molti ordinamenti nazionali»*» (cfr. E.L. CAMILLI, P. CAPRILE, R. PARDOLESI, A. RENDA, *Il libro bianco sul danno antitrust: l'anno che verrà*, in *Mercato Concorrenza Regole*, 2008, 229, spec. 238-239).

valle da parte degli acquirenti diretti dei pregiudizi subiti a causa di un illecito anticoncorrenziale (c.d. *passing on*). Si afferma che l'impresa convenuta può invocare a propria difesa l'avvenuto trasferimento agli acquirenti indiretti (imprese o consumatori finali). Per favorire le azioni risarcitorie, si precisa tuttavia che la materia è governata da una duplice presunzione semplice sia a favore degli acquirenti diretti (per il caso di *passing on* c.d. difensivo), sia a favore di quelli indiretti (per il caso di *passing on* c.d. offensivo⁴⁸⁸). Se il risarcimento è chiesto da un acquirente diretto, l'impresa convenuta ha quindi l'onere di provare che il trasferimento è avvenuto. Se il risarcimento è chiesto da un acquirente indiretto, l'impresa convenuta deve invece dimostrare che ciò non si è verificato. Il meccanismo suscita qualche perplessità: ad esempio, la presunzione a favore degli acquirenti indiretti appare difficilmente superabile dalle imprese convenute; gli elementi probatori a tal fine necessari non rientrano nella loro disponibilità, ma piuttosto in quella delle parti che fruiscono della presunzione stessa.

Vengono poi ridimensionate le precedenti proposte concernenti l'accesso alle prove da parte dei potenziali attori. Si abbandona ogni suggestione in merito alla creazione di forme di c.d. *disclosure* predibattimentale fra le parti⁴⁸⁹. Sulla falsariga di quanto previsto dalla direttiva sulla proprietà intellettuale⁴⁹⁰, si suggerisce invece di attribuire ai giudici nazionali il potere di «ordinare alle parti in causa o a terzi di divulgare categorie precise di prove rilevanti». Ciò a patto che la parte interessata dimostri di aver subito un danno e di non poter altrimenti presentare le prove richieste, e purché la divulgazione sia rilevante, necessaria e proporzionata al caso di specie⁴⁹¹. Si ribadisce tuttavia il divieto di divulgazione delle dichiarazioni rilasciate dalle imprese nell'ambito di una richiesta di trattamento favorevole, anche in caso di mancata accettazione⁴⁹². Con ovvie implicazioni sulla parità di trattamento dei danneggiati, sulla “parità delle armi” nel processo civile, e in generale sull'alterazione di principi di uguaglianza in ambito processuale, ma anche sostanziale, che hanno implicazioni più che rilevanti sul piano delle stesse tradizioni costituzionali degli Stati membri.

⁴⁸⁸ E ciò perché «l'enfasi europea sulla natura compensativa del risarcimento, teso ad evitare un ingiustificato arricchimento dell'attore, imponeva di ammettere sia la *passing-on defense*, sia la *passing-on offense*, esercitata dagli acquirenti indiretti» (cfr. E.L. CAMILLI, P. CAPRILE, R. PARDOLESI, A. RENDA, *Il libro bianco sul danno antitrust*, cit., 268). D'altro canto, «*the passing-on defence does not become a powerful shield for defendants to escape liability*»: infatti, se tale meccanismo «*resulted in a disincentive for direct and indirect purchasers to bring an action, it would certainly run counter to the principle of effectiveness*» (cfr. P. NEBBIA, *Damages actions for the infringements of EC competition law*, cit., 43).

⁴⁸⁹ Infatti, «la scelta del Libro bianco si allontana da quella della introduzione di una vera *discovery*, soprattutto perché non si prevede qui che il materiale istruttorio sia raccolto prima del processo, o fuori del processo, o in una fase comunque preliminare del procedimento, senza la partecipazione del giudice della decisione [...] bensì si pensa a strumenti istruttori attivabili nel corso del processo, da parte del giudice o sotto il suo controllo, addirittura dopo che la parte interessata all'acquisizione delle informazioni, abbia prodotto o offerto tutto il materiale a cui ha avuto bisogno senza bisogno di ordini di disclosure» (cfr. B. CAVALLONE, *Azioni di risarcimento del danno*, cit., 34).

⁴⁹⁰ Cfr. Direttiva n. 2004/48/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 29 aprile 2004, *sul rispetto dei diritti di proprietà intellettuale*, in GU L, n. 157, del 30 aprile 2004.

⁴⁹¹ Cfr. Libro bianco, COM(2008) 165, cit., § 2.2, 5-6.

⁴⁹² Cfr. Libro bianco, COM(2008) 165, cit., § 2.9, 11-12.

Ancora in tema di onere probatorio, ci si sofferma sulle modalità di prova dell'illecito. L'idea è quella di facilitare i potenziali attori. Si propone allora di estendere alle decisioni delle ANC il valore vincolante già previsto per le decisioni della Commissione dal combinato disposto degli artt. 7 e 16 del reg. (CE) n. 1/2003⁴⁹³. Per garantire la più coerente applicazione delle regole di concorrenza e una maggiore certezza del diritto, si suggerisce in altri termini che ai giudici nazionali chiamati a decidere in merito a un'azione di risarcimento del danno dovrebbe essere preclusa la possibilità di disattendere l'eventuale accertamento dell'illecito già compiuto in sede di applicazione pubblica del diritto della concorrenza⁴⁹⁴.

Si prende infine⁴⁹⁵ posizione in merito alle tipologie di danno risarcibili a seguito della violazione della normativa antitrust. Conformandosi – almeno nella forma – alle critiche ricevute con riguardo alla proposta relativa ai c.d. danni punitivi, si chiarisce che le vittime di un illecito anticoncorrenziale «*devono come minimo ricevere un risarcimento completo del valore reale della perdita subita*», comprensivo del danno emergente, del lucro cessante e degli interessi maturati⁴⁹⁶.

Anche la pubblicazione del Libro bianco è seguita da un'ampia fase di confronto e consultazione a vari livelli. Le perplessità espresse da più parti – non ultimo, il Parlamento europeo⁴⁹⁷ – in merito ad alcune delle proposte contenute in tale documento⁴⁹⁸ inducono la Commissione a ritirare una prima proposta di direttiva che, sebbene mai ufficialmente presentata, è fatta circolare in seguito alla pubblicazione del Libro bianco⁴⁹⁹. Lo sviluppo di un efficace sistema di risarcimento dei danni antitrust rimane, anche negli anni successivi al ritiro della prima proposta di

⁴⁹³ La Commissione afferma infatti di «*non vede[re] alcuna ragione per cui una decisione definitiva adottata ai sensi [degli artt. 101 o 102 TFUE] da un'autorità nazionale della rete europea della concorrenza (ECN) e una sentenza definitiva emessa da una corte d'appello, che conferma la decisione dell'autorità nazionale o che constata essa stessa un'infrazione, non debbano essere accettate in ogni Stato membro come prova inconfutabile dell'infrazione in successive cause civili per il risarcimento dei danni antitrust*» (cfr. Libro bianco, COM(2008) 165, cit., § 2.3).

⁴⁹⁴ Cfr. Libro bianco, COM(2008) 165, cit., § 2.3, pag. 6-7.

⁴⁹⁵ Ma tralasciando, per brevità, l'esame delle proposte relative al criterio soggettivo della colpevolezza, al regime della prescrizione e all'allocatione delle spese di giudizio (cfr., rispettivamente, Libro bianco, COM(2008) 165, cit., § 2.4, 7; § 2.7, 9-10; e § 2.8, 10-11). Sul regime della prescrizione v. comunque M. MELPIGNANO, *La prescrizione del diritto al risarcimento danni*, in L.F. PACE (a cura di), *Dizionario sistematico*, cit., 307 e B. NASCIBENE, F. ROSSI DAL POZZO, *L'azione di risarcimento antitrust e la "prescrizione" nel diritto comunitario e nazionale*, in B. NASCIBENE, F. ROSSI DAL POZZO (a cura di), *Il private enforcement*, cit., 123.

⁴⁹⁶ Tale scelta lessicale (ed in particolare l'uso della locuzione «*come minimo*») sembra far intendere che il passo indietro della Commissione rispetto ai c.d. danni punitivi non fosse poi così definitivo. Al contrario, «*a more carefully study of the White Paper and the accompanying documents suggests that, notwithstanding the change of emphasis towards the compensatory function of tort law, the Commission remains determined to employ tort law as an enforcement tool*» (cfr. J.S. KORTMANN, C.R.A. SWAAK, *The EC White Paper on antitrust damage actions*, cit., 342).

⁴⁹⁷ Cfr. Risoluzione del Parlamento europeo del 26 marzo 2009, *sul Libro bianco in materia di azioni di risarcimento del danno per violazione delle norme antitrust comunitarie*, in GU C, n. 117, del 6 maggio 2010.

⁴⁹⁸ Per tutte, si pensi alle proposte in merito all'introduzione delle azioni collettive e rappresentative o al valore vincolante delle decisioni delle Autorità nazionali.

⁴⁹⁹ Sul punto v. J. ALFARO, T. REHER, *Towards the directive on private enforcement of EC competition law: is the time ripe?*, in *European Antitrust Review*, 2010, 2701.

direttiva, uno degli argomenti che più caratterizza il dibattito – non solo accademico⁵⁰⁰ – in materia.

Anche sull'onda di alcuni interventi della Corte di Giustizia, uno dei temi più discussi è rappresentato dal delicato rapporto fra l'auspicato sviluppo delle azioni risarcitorie e il mantenimento di un efficiente sistema di applicazione pubblica del diritto antitrust, con particolare riferimento alle interferenze fra il *private enforcement* e i programmi di clemenza, da ultimo disciplinati dalla Comunicazione della Commissione del 2006⁵⁰¹.

È infatti in tale ambito che azione pubblica e privata smettono di essere “alleate” nel dissuadere i potenziali trasgressori e compensare le vittime, e si vengono invece a trovare in posizione di conflitto l'una con l'altra⁵⁰².

⁵⁰⁰ In tal senso, v. ad esempio il discorso del vice presidente del Parlamento Europeo Almunia del 22 novembre 2011 («[t]he other major initiative is about the right of individuals and firms to seek compensation for the damage caused by breaches of EU antitrust law. I will propose to the Commission an initiative designed to remove the major obstacles for damages actions before national courts. I will also seek to clarify the relations between private and public enforcement. In particular, following last June's Pfleiderer ruling of the European Court of Justice, there is a need for European legislation to protect its leniency programmes while at the same time ensuring an effective right to damages – and I have no doubt that we will find a good balance between these two interests. As regards collective redress, the Commission will in parallel decide on the follow up to be given to the public consultation launched last year. It goes without saying that – should there be any specific provision on collective actions in antitrust – they would be fully consistent with the principles that will be established»), nonché la Resolution of the Meeting of Heads of the European Competition Authorities, del 23 maggio 2012, sulla protection of leniency material in the context of civil damages actions.

⁵⁰¹ Cfr. Comunicazione della Commissione, *relativa all'immunità dalle ammende o alla riduzione del loro importo nei casi di cartelli tra imprese*, in GU C, n. 298, dell'8 dicembre 2006, 17. Sui programmi di clemenza (che, come è noto, non costituiscono una tecnica alternativa di chiusura dei procedimenti, quanto piuttosto un mezzo di indagine a disposizione della Commissione), senza alcuna pretesa di esaustività, e oltre ai contributi di volta in volta citati nel testo, v. anche C. BEATON-WELLS, C. TRAN (eds.), *Anti-cartel enforcement in a contemporary age: leniency religion*, Oxford, 2015; J.R. BORRELL, J.L. JIMÉNEZ, J.M. ORDÓÑEZ-DE-HARO, *The leniency programme: obstacles on the way to collusion*, in *Journal of Antitrust Enforcement*, 2015, 149; C.R.A. SWAAK, R. WESSELING, *Reconsidering the leniency option: if not first in, good reasons to stay out*, in *European Competition Law Review*, 2015, 346; S. BREATHNACH, *Sweetening the carrot: the role of leniency programmes in the fight against cartels*, in *European Competition Law Review*, 2013, 12; C. PESCE, *Il programma di clemenza europeo e la tutela dei singoli*, in *Diritto dell'Unione europea*, 2011, 145; D. WALSH, *Carrots and sticks: leniency and fines in EC cartel cases*, in *European Competition Law Review*, 2009, 30; U. BLUM, N. STEINAT AND M. VELTINS, *On the Rationale of Leniency Programs: A Game-theoretical Analysis*, in *European Journal of Law & Economics*, 2008, 209; V. D'ANTONIO, *I programmi di clemenza nel diritto antitrust: modelli teorici ed esperienze concrete*, in *Rivista critica di diritto privato*, 2008, 677; F. DENOZZA, *I programmi di clemenza nel diritto antitrust europeo*, in *Giurisprudenza commerciale*, 2008, 1141; J. BERTONE, M. MAGGIOLINO, *L'introduzione dei programmi di clemenza nel diritto antitrust italiano: ragioni e prospettive*, in *Rivista delle società*, 2007, 1370; M. CLARICH, *I programmi di clemenza nel diritto antitrust*, in *Diritto amministrativo*, 2007, 265; V. MELI, *I programmi di clemenza nel diritto antitrust italiano*, in *Mercato Concorrenza Regole*, 2007, 201; C. AUBERT, P. REY AND W. E. KOVACIC, *The Impact of Leniency and Whistle-Blowing Programs on Cartels*, in *International Journal of Industrial Organizations*, 2006, 1241; M.J. REYNOLDS, D.G. ANDERSON, *Immunity and Leniency in EU Cartel Cases: Current Issues*, in *European Competition Law Review*, 2006, 82; M. MOTTA, M. POLO, *Leniency Programs and Cartel Prosecution*, in *International Journal of Industrial Organizations*, 2003, 347; F. GHEZZI, *Clemenza e deterrenza nel diritto antitrust: l'utilizzo dei leniency programs nella lotta contro cartelli e intese hard core*, in *Concorrenza e mercato*, 2002, 229.

⁵⁰² Si osserva infatti che «[i]t was largely an unexpected consequence of the success of the leniency and amnesty programme of the Antitrust Division of the US Department of Justice that brought the principal US government competition agency (at least in the cartel area) in direct conflict with private plaintiffs». E ciò perché «[t]he amnesty programme has been tremendously successful and similar versions have been adopted by many other jurisdictions as well [b]ut it has thrust the US government into direct conflict with private plaintiffs» (cfr. S.W. WALLER, *Towards a Constructive Public-Private Partnership*, cit. 376). In altri termini, si osserva che «[s]i tratta di due temi che sollevano problematiche, giuridiche e di politica del diritto, diverse, ma accomunati dal fatto che alla base di entrambi si pone il quesito di fondo relativo a se, e fino a che punto, l'effettiva complementarità del public enforcement e del private enforcement richiede un rafforzamento di quest'ultimo» (cfr. S.

3.5 I rapporti fra applicazione pubblica e *private enforcement* del diritto antitrust: la recente giurisprudenza della Corte di giustizia.

La questione riguarda essenzialmente il diritto di accesso dei terzi ai documenti raccolti da Commissione e ANC durante la fase istruttoria di un procedimento pubblico, e in particolare al materiale ottenuto tramite la collaborazione delle imprese.

L'accesso dei potenziali attori al fascicolo istruttoria ha due principali conseguenze aventi segno opposto. Da un lato, si incoraggia lo sviluppo del *private enforcement*. Si contribuisce infatti alla riduzione dell'asimmetria informativa fra danneggiato e danneggiante che caratterizza il contenzioso antitrust interprivato, specie nella forma delle azioni fra consumatori e imprese in seguito a un cartello di prezzi orizzontale. Si aumenta (o si crede di aumentare⁵⁰³) l'efficacia deterrente del sistema repressivo, aiutando altresì le vittime in ottica compensativa. Dall'altro lato, si rischia di pregiudicare interessi altrettanto importanti e tutelati dall'ordinamento dell'Unione. Il riferimento è ad esempio all'interesse delle imprese coinvolte a (i) difendersi nel procedimento amministrativo⁵⁰⁴, e a (ii) non vedere divulgati i propri segreti commerciali⁵⁰⁵. Tali preoccupazioni riguardano in particolare il contenzioso c.d. *business to business* sviluppato in seguito a condotte escludenti fra imprese concorrenti. Ma soprattutto, e specie se il diritto di accesso riguarda materiale ottenuto tramite la collaborazione delle imprese, si rischia di compromettere l'efficacia dell'azione pubblica di *enforcement*⁵⁰⁶. La divulgazione può infatti alterare l'analisi dei costi e benefici attesi dalle imprese per la partecipazione a un programma di clemenza. La scelta di partecipare è infatti meno conveniente se le informazioni volontariamente rivelate dalle imprese interessate possono essere poi utilizzate a fini risarcitori. E' vero che resta ferma l'immunità (totale o parziale) dalla sanzione pubblica. Va però

BASTIANON, *La tutela dei privati e l'accesso alle informazioni riservate: recenti sviluppi*, in G. TESAURO (a cura di), *Concorrenza ed effettività della tutela giurisdizionale*, cit., 111, ivi).

⁵⁰³ Sul punto v. immediatamente *infra* nel testo.

⁵⁰⁴ In tal senso, cfr. F. TIRIO, *Le autorità indipendenti*, cit., 228.

⁵⁰⁵ Cfr. G. DEMARTINI, *La definizione del procedimento antitrust tra esigenze di efficienza e tutela degli interessi coinvolti*, in *Diritto del Commercio Internazionale*, 2009, 917, spec. 927

⁵⁰⁶ In argomento, e in aggiunta ai contributi di volta in volta citati nel testo, v. anche P. CASSINIS, *I programmi di leniency e il rilievo per l'antitrust private enforcement*, in L.F. PACE (a cura di), *Dizionario sistematico*, cit., 397; A. SCHETTINO, *Il difficile rapporto tra "public" e "private enforcement": il caso dell'accesso agli atti nei programmi di clemenza*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2013, 153; R. HEMPEL, *Access to DG Competition's files: an analysis of recent EU court case law*, in *European Competition Law Review*, 2012, 195;; B. NASCIBENE, *L'interazione tra programmi di clemenza e azione di risarcimento*, cit., 731; C. PESCE, *L'indebolimento della posizione procedimentale dei leniency applicants ad opera del giudice dell'Unione: autoincriminazione, divieto di divulgazione volontaria ed accesso al fascicolo istruttoria*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2012, 221; C. CAUFFMAN, *The Interaction of Leniency Programmes and Actions for Damages*, in *Competition Law Review*, 2011, 181, spec. 206-208; A. CARUSO, *Leniency Programmes and Protection of Confidentiality: The Experience of the European Commission*, in *Journal of European Competition Law & Practice*, 2010, 453; V. MELI, *L'autorità garante della concorrenza e del mercato e i programmi di clemenza*, in P. BARUCCI C. RABITTI BEDOGNI (a cura di), *Vent'anni di antitrust*, cit., 419, spec. 436; U. BOGE, *Leniency programs and the private enforcement of European Competition law*, in J. BASEDOW (eds.) *Private enforcement of EC competition law*, Alphen aan den Rijn, 2007, spec. 217; R. CELLI, C. RIIS MADSEN, *Strengthened Cartel Enforcement in the European Union: Balancing an Effective Leniency Programme with the Desire for Private Enforcement Action*, in *Competition Law International*, 2006, 23.

considerato che la percentuale di disvelamento dei cartelli segreti orizzontali senza l'ausilio dei programmi di clemenza è davvero molto bassa. L'alternativa per le imprese parti di un cartello è quindi di regola fra confessare e non essere scoperte, e quindi continuare nell'illecito. L'incentivo non è fornito dal timore dell'azione pubblica ma piuttosto dalla paura che una delle imprese parti del cartello confessi per prima, fornendo magari alle autorità una lettura del cartello orientata in danno agli altri partecipanti⁵⁰⁷. La possibile divulgabilità ai terzi dei documenti volontariamente forniti riduce però l'incentivo a disvelare l'esistenza del cartello, aumentando il rischio di un contenzioso interpretato – magari esteso a ordinamenti che conoscono l'istituto dei danni punitivi – anche per l'impresa che per prima ha collaborato.

Con evidenti conseguenze negative sul più efficace strumento di indagine che Commissione e ANC hanno a disposizione nella lotta ai cartelli segreti, di cui si aumenta dunque il livello di stabilità. L'accesso dei terzi ai documenti di clemenza può quindi avere effetti negativi sia dal punto di vista dell'efficacia deterrente del sistema repressivo che da quello della giustizia correttiva. Riducendo il numero di illeciti scoperti si riduce altresì il numero di azioni *follow-on*, che sono poi le uniche possibili (o probabili) nel caso di cartelli orizzontali.

Tali interessi divergenti devono dunque essere attentamente bilanciati. Nel silenzio del legislatore dell'Unione, durato fino alla recente dir. n. 2014/104/UE, alcune indicazioni vengono fornite dalla Corte di giustizia⁵⁰⁸. Ad esempio, nel noto caso *Pfleiderer*⁵⁰⁹, si afferma che il diritto dell'Unione permette che le informazioni trasmesse dalle imprese coinvolte in una procedura di clemenza siano divulgate dalle ANC che le hanno ricevute ai soggetti terzi affinché questi le utilizzino in un giudizio

⁵⁰⁷ Si osserva in tal senso che «per quanto si evidenzia dalla prassi, è ragionevole supporre che i programmi di clemenza possano essere usati dalle imprese a fini strategici: un'impresa, cioè, ben potrebbe adoperarsi attivamente per creare o consolidare un cartello, salvo poi riservarsi di ottenere la propria immunità, per mezzo di una domanda di clemenza. Così facendo, oltre a non subire alcun pregiudizio economico, l'impresa può danneggiare i propri concorrenti, sanzionati in quanto membri del medesimo cartello. Non solo: al fine di minimizzare le proprie responsabilità, ovvero di massimizzare quelle altrui, non si può escludere che, almeno in qualche caso, le imprese beneficiarie di un programma di clemenza siano indotte a fornire una lettura del cartello...orientata in danno dei concorrenti» (cfr. F. MUNARI, *L'applicazione del diritto antitrust dopo l'entrata in vigore del Regolamento (CE) n. 1/2003*, cit., 199).

⁵⁰⁸ Da intendersi, ai sensi della nota quanto infelice espressione contenuta nel TFUE, quale l'insieme della giurisdizione europea, cfr. F. MUNARI, *Il ruolo della Corte di Giustizia dell'Unione europea e il suo rapporto con gli altri organi dell'Unione*, in *Diritto dell'Unione europea*, 2012, 189, spec. 190.

⁵⁰⁹ Cfr. causa C-360/09, *Pfleiderer*, cit. Per un commento, v. M. SANDERS, E. JORDAN, C. DIMOULIS, K. SCHWEDT, B. DI LUIGI, M. VAN WISSEN, *Disclosure of leniency materials in follow-on damages actions: striking "the right balance" between the interests of leniency applicants and private claimants?*, in *European Competition Law Review*, 2013, 174; C. PESCE, *Obbligo di collaborazione e trasparenza amministrativa nei procedimenti antitrust di clemenza dell'Unione*, in G. TESAURO (a cura di), *Concorrenza ed effettività della tutela giurisdizionale*, cit., 169, spec. 175; P.J. SLOT, *Does the Pfleiderer judgment make the fight against international cartels more difficult?*, in *European Competition Law Review*, 2013, 197; S.B. VÖLCKER, *Case C-360/09, Pfleiderer AG v. Bundeskartellamt, Judgment of the Court of Justice (Grand Chamber) of 14 June 2011*, in *Common Market Law Review*, 2012, 695; L. CARBONARA, *Accesso alle informazioni e tutela della concorrenza*, in *Giurisprudenza italiana*, 2011, 1504; C. LACCHI, *L'accesso dei soggetti lesi ai documenti acquisiti nei programmi antitrust di clemenza: la sentenza Pfleiderer*, in *Giustizia Civile*, 2011, 2528; U. MÜLLER, *Access to the file of a national competition authority*, in *European Law Reporter*, 2011, 56; M. SÁNCHEZ RYDELSKI, *Antitrust Enforcement: Tensions between Leniency Programmes and Civil Damage Actions - How Immune is a Leniency Applicant?*, in *European Law Reporter*, 2011, 178; I. VANDENBORRE, S.B. THOMAS, *European Court of Justice provides limited guidance on the disclosure of leniency documents*, in *European Competition Law Review*, 2011, 488.

di risarcimento del danno⁵¹⁰. La Corte si mostra però consapevole che la divulgazione può pregiudicare l'azione pubblica e aggiunge che, in mancanza di una comune disciplina in materia, è compito degli Stati membri, e in particolare delle loro giurisdizioni, effettuare un prudente bilanciamento tra l'interesse alla riservatezza dei documenti forniti nell'ambito di tale particolare forma di *public enforcement* e il diritto degli individui al risarcimento del danno⁵¹¹. La sentenza si caratterizza quindi per un certo grado di *self-restraint*: non vengono chiariti i limiti del diritto di accesso con l'effetto di aumentare le già significative incertezze in materia⁵¹². A diverse conclusioni giunge peraltro l'Avvocato Generale Mazak. Per non compromettere l'effettività dei programmi di clemenza⁵¹³, nelle sue conclusioni si suggerisce infatti che il diritto di accesso dovrebbe limitarsi ai soli documenti che «*esistono indipendentemente dalla [procedura di clemenza] e possono, almeno in teoria, essere divulgati in altra sede*». Si esclude invece che tale diritto vada concesso con riguardo «*alle dichiarazioni autoincriminanti rese volontariamente da un soggetto che ha richiesto il trattamento favorevole*»⁵¹⁴.

Altrettanto significativa appare una sentenza di annullamento⁵¹⁵ di una decisione della Commissione con cui si nega l'accesso all'indice del fascicolo relativo a un procedimento concluso con la condanna ai sensi dell'art. 101 TFUE di nove imprese per aver partecipato ad un cartello volto alla fissazione dei prezzi e alla diminuzione delle capacità produttive nel mercato del perossido d'idrogeno⁵¹⁶. La richiesta è formulata dall'impresa interessata sulla base dell'art. 2(1) e dell'art. 11(1) e (2) del reg. (CE) n. 1049/2001 relativo all'accesso del pubblico ai documenti delle istituzioni⁵¹⁷, e viene respinta dalla Commissione sul presupposto che la divulgazione

⁵¹⁰ Cfr. causa C-360/09, *Pfleiderer*, cit., § 32.

⁵¹¹ Cfr. causa C-360/09, *Pfleiderer*, cit., § 23.

⁵¹² Infatti, «*every European court from Palermo to Hamburg can [now] decide differently on whether your secret is safe or not*» (cfr. A. GEIGER, *The end of the EU cartel leniency programme*, in *European Competition Law Review*, 2011, 535, spec. 535; sul punto v. anche S. BASTIANON, *La tutela dei privati e l'accesso alle informazioni riservate*, cit., 111). Per un breve – ma significativo – excursus in merito ai diversi orientamenti di alcune Autorità nazionali, v. invece A. PERA, G. CODACCI PISANELLI, *Decisioni con impegni e private enforcement nel diritto antitrust*, in *Mercato Concorrenza Regole*, 2012, 69, spec. 92-94.

⁵¹³ Cfr. A. GEIGER, *The end of the EU cartel leniency programme*, cit., 535.

⁵¹⁴ Cfr. conclusioni dell'Avvocato generale Mazak, 16 dicembre 2010, in causa C-360/09, *Pfleiderer AG c. Bundeskartellamt*, ECLI:EU:C:2010:782, § 46-47; sul punto, I. VANDENBORRE, S.B. THOMAS, *European Court of Justice*, cit., 489.

⁵¹⁵ Cfr. Trib. 15 dicembre 2011, in causa T-437/08, *CDC Hydrogen Peroxide c. Commissione*, ECLI:EU:T:2011:752. Per un commento, v. C. MATHONNIERE, *Droit d'accès aux documents de la Commission*, in *Revue Lamy droit des affaires*, 2012, 43; P. CARDONNEL, *Cartel - Accès aux documents : Le Tribunal de l'UE annule le refus de la Commission de donner accès à la table des matières du dossier «peroxyde d'hydrogène» (CDC Hydrogen Peroxide c/ Commission)*, in *Revue des droits de la concurrence*, 2012, 184; T. SCHREIBER, *A Short Analysis of the Judgment of the General Court in the Case CDC HP v Commission*, in *Journal of European Competition Law & Practice*, 2012, 268; R. VAN DER HOUT, M. FIRMINICH, *Access to documents containing confidential business information: the application of Regulation (EC) 1049/2001 in cartel cases and the need for reform*, in *Zeitschrift für europarechtliche Studien*, 2011, 647.

⁵¹⁶ Cfr. Commissione 3 maggio 2006, C(2006) 1766, COMP/F/C.38.620 – *Perossido di idrogeno e perborato*.

⁵¹⁷ Cfr. regolamento (CE) n. 1049/2001 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 30 maggio 2001, *relativo all'accesso del pubblico ai documenti del Parlamento europeo, del Consiglio e della Commissione*, in GU L, n. 145, del 31 maggio 2001, 43; Su tale atto normativo, senza alcuna pretesa di esaustività, v. J. SCHWARZE, *Access to documents under European Union law*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2015, 335; G. CONTE, *Portata e*

avrebbe pregiudicato, tra l'altro, proprio l'efficacia dei programmi di clemenza⁵¹⁸. Preciso che nel reg. (CE) n. 1049/2001 «non vi sono elementi che consentano di ritenere che la politica dell'Unione in materia di concorrenza debba beneficiare, nell'ambito di applicazione di tale regolamento, di un trattamento diverso rispetto ad altre politiche dell'Unione»⁵¹⁹, si chiarisce che «i programmi di clemenza e di cooperazione, la cui efficacia la Commissione tenta di preservare, non sono i soli strumenti per garantire il rispetto delle norme in materia di concorrenza dell'Unione [atteso che anche] le azioni per risarcimento danni, dinanzi ai giudici nazionali, sono atte a contribuire in modo sostanziale al mantenimento di una concorrenza effettiva nell'Unione»⁵²⁰. Si afferma poi che il bilanciamento degli interessi coinvolti non può che favorire i terzi danneggiati: infatti, «l'interesse di una società che ha partecipato ad un cartello di evitare [le eventuali azioni di risarcimento] non può essere qualificato quale interesse commerciale e, in ogni caso, non costituisce un interesse degno di tutela, segnatamente alla luce del diritto che spetta a chiunque di chiedere la riparazione del pregiudizio cagionatogli da un comportamento atto a restringere o falsare il gioco della concorrenza»⁵²¹.

Il tema viene in seguito affrontato nel caso *Donau Chemie*⁵²², dove si deve valutare la compatibilità con il diritto dell'Unione (e in particolare con la sentenza *Pfleiderer*) di una normativa nazionale che nega l'accesso dei terzi al fascicolo istruttorio senza il consenso di tutte le parti coinvolte nel relativo procedimento⁵²³. Si ribadisce in primo luogo la necessità del bilanciamento degli interessi a opera dei giudici nazionali⁵²⁴. In materia di concorrenza si deve quindi evitare «qualsiasi regola rigida, nei

limiti del diritto di accesso ai documenti nell'Unione europea, in *Diritto dell'Unione europea*, 2013, 293; I. HARDEN, *The Revision of Regulation 1049/2001 on Public Access to Documents*, in *European Public Law*, 2009, 239; V. TINTO, *Il diritto di accesso del pubblico agli atti dell'Unione europea*, in *Diritto del Commercio Internazionale*, 2009, 747; M. MAES, *La refonte du règlement (CE) n° 1049/2001 relatif à l'accès du public aux documents du Parlement européen, du Conseil et de la Commission*, in *Revue du droit de l'Union européenne*, 2008, 577; L. BARONI, *Le eccezioni al diritto di accesso nell'ordinamento comunitario*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2007, 312; M. MAES, *L'accès du public aux documents des institutions de la Communauté européenne: vers une révision du règlement (CE) 1049/2001*, in *Revue du droit de l'Union européenne*, 2007, 411; J. HELIKOSKI, P. LEINO, *Darkness at the break of noon: the case law on regulation no. 1049/2001 on access to documents*, in *Common Market Law Review* 2006, 735; C. ALBERTI, *La disciplina del diritto di accesso nel post Amsterdam tra consacrazione e limitazione*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2003, 55; R. CARANTA, *Il diritto di accesso alle informazioni nel diritto europeo*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2003, 870; A. RIZZO, *Il Regolamento (CE) n. 1049/2001 e la 'nuova' politica comunitaria della trasparenza*, in *La Comunità Internazionale*, 2002, 87; A. SANTINI, *Il nuovo regime giuridico dell'accesso del pubblico ai documenti: la disciplina di attuazione dell'articolo 255 del Trattato CE*, in *Diritto dell'Unione europea*, 2002, 443.

⁵¹⁸ Sull'accesso ai fascicoli della Commissione v. anche gli artt. 15 e 16 del reg. (CE) n. 773/2004, cit., nonché la Comunicazione della Commissione riguardante le regole per l'accesso al fascicolo istruttorio della Commissione nei casi relativi all'applicazione degli articoli 81 e 82 del trattato CE, degli articoli 53, 54 e 57 dell'accordo SEE e del regolamento (CE) n. 139/2004 del Consiglio, 2005/C 325/07, in GUCE C 325/7 del 22 dicembre 2005.

⁵¹⁹ Cfr. T-437/08, *CDC Hydrogen Peroxide*, cit., § 72.

⁵²⁰ Cfr. T-437/08, *CDC Hydrogen Peroxide*, cit., § 77.

⁵²¹ Cfr. T-437/08, *CDC Hydrogen Peroxide*, cit., § 49.

⁵²² Cfr. causa C-536/11, *Donau Chemie*, cit.

⁵²³ Quale l'art. 39 § 2 del Kartellgesetz austriaco del 2005 che, più nel dettaglio, «subordina senza eccezioni al consenso di tutte le parti del procedimento l'autorizzazione di accesso al fascicolo processuale a terzi che non siano parti del procedimento, affinché questi ultimi possano intentare azioni di risarcimento danni nei confronti delle imprese partecipanti alle intese, e che non consente al giudice un bilanciamento caso per caso degli interessi tutelati dal diritto dell'Unione ai fini della determinazione delle condizioni alle quali l'accesso al fascicolo è autorizzato oppure negato» (cfr. causa C-536/11, *Donau Chemie*, cit., § 13).

⁵²⁴ Si afferma infatti che «nell'ambito dell'esercizio della loro competenza al fine di applicare le norme nazionali

sensu sia di un diniego assoluto di accesso ai documenti in questione sia di un accesso generalizzato a tali documenti»: entrambi tali soluzioni non possono infatti che «pregiudicare l'effettiva applicazione, segnatamente, dell'articolo 101 TFUE e dei diritti che tale disposizione attribuisce ai singoli»⁵²⁵.

Da un lato, il divieto assoluto di accesso appare capace di «rendere impossibile, o per lo meno eccessivamente difficile, la tutela del diritto al risarcimento di cui godono i soggetti danneggiati da una violazione dell'articolo 101 TFUE [...] in particolare quando solo l'accesso ai documenti contenuti nel fascicolo relativo al procedimento svoltosi dinanzi all'autorità nazionale garante della concorrenza competente consente a tali soggetti di disporre degli elementi di prova necessari per fondare la loro domanda di risarcimento [così rendendo] privo di qualsiasi effetto utile il diritto al risarcimento loro riconosciuto direttamente dal diritto dell'Unione»⁵²⁶. Dall'altro lato, un accesso generalizzato, oltre a non apparire necessario «al fine di garantire una tutela effettiva del diritto al risarcimento»⁵²⁷, ben «potrebbe comportare la violazione di altri diritti che il diritto dell'Unione conferisce, segnatamente, alle imprese interessate, come il diritto alla tutela del segreto professionale o del segreto commerciale, o ai singoli interessati, come il diritto alla protezione dei dati personali [oltre] a recare pregiudizio a interessi pubblici quali l'efficacia della politica di repressione delle violazioni del diritto della concorrenza, in quanto potrebbe dissuadere i soggetti che hanno partecipato a una violazione degli articoli 101 TFUE e 102 TFUE dal collaborare con le autorità garanti della concorrenza»⁵²⁸.

Si afferma quindi che le normative nazionali in materia di accesso ai documenti contenuti nei fascicoli relativi ad un procedimento antitrust non possono «essere strutturat[e] in maniera tale da escludere del tutto la possibilità, per i giudici nazionali, di effettuare detto bilanciamento»⁵²⁹. Ne deriva che il diritto dell'Unione, e in particolare il principio di effettività, «osta a una disposizione di diritto nazionale in forza della quale l'accesso ai documenti contenuti nel fascicolo relativo a un procedimento nazionale concernente l'applicazione dell'articolo 101 TFUE, compresi i documenti comunicati nell'ambito di un programma di clemenza, da parte di terzi che non siano parti di tale procedimento e che intendano proporre ricorsi per risarcimento danni contro i partecipanti a un'intesa, è subordinato soltanto al consenso di tutte le parti di detto procedimento, senza che ai giudici nazionali sia lasciata la possibilità di effettuare un bilanciamento degli interessi in gioco»⁵³⁰.

La questione subisce una (almeno in parte) inaspettata evoluzione nel caso *EnBW*⁵³¹, con posizioni divergenti assunte da Commissione, Tribunale e Corte di

relative al diritto di coloro che si ritengono danneggiati da un'intesa di accedere ai documenti concernenti i procedimenti nazionali aventi ad oggetto tale intesa, [...] effettuino un bilanciamento degli interessi che giustificano la comunicazione delle informazioni e la protezione delle stesse» (cfr. causa C-536/11, *Donau Chemie*, cit., § 30).

⁵²⁵ Cfr. causa C-536/11, *Donau Chemie*, cit., § 31.

⁵²⁶ Cfr. causa C-536/11, *Donau Chemie*, cit., § 32.

⁵²⁷ Giacché è «poco probabile che l'azione di risarcimento debba fondarsi su tutti gli elementi contenuti nel fascicolo relativo a detto procedimento» (cfr. causa C-536/11, *Donau Chemie*, cit., § 33).

⁵²⁸ Cfr. causa C-536/11, *Donau Chemie*, cit., § 33.

⁵²⁹ Cfr. causa C-536/11, *Donau Chemie*, cit., § 35.

⁵³⁰ Cfr. causa C-536/11, *Donau Chemie*, cit., § 49.

⁵³¹ Cfr. causa C-365/12 P, *EnBW*, cit. Per un commento v. D. MANDRESCU, *Access to Leniency*

giustizia. Come in *CDC Hydrogen Peroxide*⁵³², la domanda di accesso riguarda il fascicolo della Commissione⁵³³, ed è pertanto formulata dall'impresa interessata sulla base del reg. (CE) n. 1049/2001⁵³⁴. Classificato il materiale presente nel fascicolo in cinque categorie di portata piuttosto generale (la prima delle quali relativa a quanto ottenuto nell'ambito del programma di clemenza), e non ravvisando alcun interesse pubblico prevalente capace di giustificare la divulgazione, la Commissione respinge la richiesta in virtù delle eccezioni previste dall'art. 4 reg. (CE) n. 1049/2001⁵³⁵: in particolare, per quanto riguarda (indistintamente tutti) i documenti forniti dalle imprese cartelliste nell'ambito del programma di clemenza, la Commissione si riferisce alla necessità di tutelare tanto «*gli interessi commerciali di una persona fisica o giuridica, ivi compresa la proprietà intellettuale*», quanto «*gli obiettivi delle attività ispettive, di indagine e di revisione contabile*»⁵³⁶.

La decisione viene annullata dal Tribunale⁵³⁷, che sembra quindi confermare il *favor* verso i potenziali attori in sede civile, rispetto alla sola salvaguardia dei programmi di clemenza. Le ragioni dell'annullamento sono essenzialmente due ma fra loro collegate, e si fondano sull'obbligo della Commissione di procedere a una valutazione circa la concreta divulgabilità di ciascun documento presente nel fascicolo. Pur riconoscendo che una presunzione generale di non divulgabilità potrebbe essere ammissibile nel contesto della protezione delle indagini⁵³⁸, il Tribunale osserva che tale possibilità è in ogni caso limitata all'ipotesi in cui il procedimento è ancora pendente: nel caso di specie, l'eccezione non è quindi pertinente, e la Commissione non può farvi affidamento per esimersi dal «*valutare specificamente e concretamente*» la divulgabilità di ciascun documento richiesto⁵³⁹. Le categorie di documenti individuate dalla Commissione non permettono di superare tale critica. La loro portata è infatti troppo generale, e (soprattutto) la suddivisione è effettuata per tipi di documenti,

Programme Documents Based on the Transparency Regulation: The European Commission v. EnBW Energie Baden-Württemberg AG, in *Legal Issues of Economic Integration*, 2015, 301; R. CISOTTA, *The evolving framework for antitrust damages actions and collective redress in the European Union: a first assessment*, in *Diritto del Commercio Internazionale*, 2014, 709, spec. 729).

⁵³² Cfr. causa T-437/08, *CDC Hydrogen Peroxide*, cit.

⁵³³ In un primo momento, la domanda riguarda «*tutti i documenti compresi nel fascicolo*» (cfr. causa C-365/12 P, *EnBW*, cit., § 13), categoria in seguito ridotta da *EnBW* con l'eliminazione di «*tutti i documenti riferentisi esclusivamente alla struttura delle imprese coinvolte, tutti i documenti vertenti esclusivamente sull'identificazione del destinatario della decisione AIG e tutti i documenti integralmente redatti in lingua giapponese*» (cfr. causa C-365/12 P, *EnBW*, cit., § 14).

⁵³⁴ Si tratta in particolare di un'impresa distributrice di energia, l'*EnBW*, che si ritiene danneggiata dal cartello posto in essere fra i produttori di commutatori a isolamento gassoso, sanzionato dalla Commissione nel 2007 (cfr. Commissione 24 gennaio 2007, C(2006) 6762, COMP/38.899 – *Apparecchiature di comando con isolamento in gas*).

⁵³⁵ Cfr. causa C-365/12 P, *EnBW*, cit., §§ 15-20.

⁵³⁶ Cfr., rispettivamente, art. 4(2), primo e terzo trattino, reg. (CE) n. 1049/2001, cit.

⁵³⁷ Cfr. Trib. 22 maggio 2012, in causa T-344/08, *EnBW Energie Baden-Württemberg AG c. Commissione europea*, ECLI:EU:T:2012:242.

⁵³⁸ E quindi dell'eccezione di cui all'art. 4(2), terzo trattino, reg. (CE) n. 1049/2001, cit.

⁵³⁹ Cfr. causa T-344/08, *EnBW*, cit., §§ 62 e 63.

piuttosto che in base alle informazioni ivi contenute⁵⁴⁰: il materiale rientrante nelle singole categorie non presenta pertanto caratteristiche omogenee con riferimento alla decisione circa la divulgabilità. In definitiva, il Tribunale conferma che il reg. (CE) n. 1049/2001 non esclude di per sé la divulgazione del materiale che la Commissione ottiene dalle imprese nel contesto di un programma di clemenza, chiarendo al tempo stesso che, a fronte di una richiesta di accesso al fascicolo, spetta alla Commissione dimostrare quali singoli documenti appartenenti a tale categoria siano coperti da una delle eccezioni previste dall'art. 4 reg. (CE) n. 1049/2001⁵⁴¹.

In linea con le conclusioni dell'Avvocato generale⁵⁴², la Corte di giustizia ribalta tale impostazione. Sulla scorta di un'interpretazione combinata del reg. (CE) n. 1/2003 e del reg. (CE) n. 1049/2001⁵⁴³, si afferma innanzitutto che il fascicolo istruttorio relativo a un procedimento di applicazione pubblica delle regole di concorrenza è di per sé coperto dalle eccezioni di cui all'art. 4 reg. (CE) n. 1049/2001. Come avviene nel contesto degli aiuti di Stato e delle concentrazioni⁵⁴⁴, si applica

⁵⁴⁰ Premesso che «le categorie di documenti formate dall'istituzione interessata debbono essere definite in funzione delle informazioni contenute nei documenti», e che tale definizione «non corrisponde necessariamente ai tipi di documenti», giacché, «[p]er esempio, è possibile che la risposta di un'impresa alla comunicazione degli addebiti contenga informazioni la cui divulgazione deve essere rifiutata a titolo di una delle eccezioni di cui all'articolo 4, paragrafo 2, del regolamento n. 1049/2001, mentre la risposta di un'altra impresa, per quanto rientrante nella medesima tipologia di documenti, contiene informazioni che non necessitano di una siffatta tutela», il Tribunale riconosce che «è proprio nell'ipotesi in cui i documenti rientranti in una categoria contengano il medesimo tipo di informazioni che il rifiuto di divulgare un intero gruppo di documenti può costituire l'oggetto di un'unica e medesima giustificazione», in quanto, «in siffatte circostanze, una giustificazione per gruppi di documenti facilita o semplifica il compito della Commissione nella valutazione della domanda e nella giustificazione della sua decisione» (cfr. causa T-344/08, *EnBW*, cit., §§ 66-68).

⁵⁴¹ In altri termini, da un lato, «[b]y dismissing the Commission's use of document groups, including leniency documents, for the purpose of refusing disclosure, the GC decision implied that Regulation 1049/2001 could be used to request access to the leniency files held by the Commission» e, dall'altro lato, «by obliging the Commission to make an individual assessment of the documents provided within the immunity or leniency application procedure, the GC's judgment implied that selected documents found in this category could be disclosed under certain circumstances» (cfr. D. MANDRESCU, *Access to Leniency Programme Documents Based on the Transparency Regulation*, cit., 305).

⁵⁴² Cfr. Conclusioni dell'avvocato generale Pedro Cruz Villalón, 3 ottobre 2013, in causa C-365/12 P, *Commissione c. EnBW Energie Baden-Württemberg*, ECLI:EU:C:2013:643.

⁵⁴³ Interpretazione che avviene in base al generale criterio ermeneutico secondo cui *lex specialis derogat lex generali*, atteso che la Corte afferma espressamente che «le eccezioni al diritto di accesso ai documenti, che figurano segnatamente all'art. 4 reg. (CE) n. 1049/2001, cit., non possono, quando come nella presente causa i documenti presi in considerazione dalla domanda di accesso rientrano in un settore particolare del diritto dell'Unione, nel caso di specie un procedimento di applicazione dell'art. 101 TFUE], essere interpretati senza tener conto delle regole specifiche che disciplinano l'accesso ai documenti in parola le quali sono previste, nel caso *sub iudice*, dai [reg. (CE) n. 1/2003, cit. e reg. (CE) n. 773/2004, cit.]. Infatti questi due ultimi regolamenti perseguono in materia obiettivi diversi da quelli perseguiti dal [reg. (CE) n. 1049/2001, dal momento che sono diretti a garantire l'osservanza dei diritti della difesa di cui fruiscono le parti interessate e l'esame diligente delle denunce, pur garantendo il rispetto del segreto d'ufficio nei procedimenti di applicazione dell'art. 101 TFUE], e non a rendere agevole quanto più possibile l'esercizio del diritto di accesso ai documenti, nonché a promuovere le corrette prassi amministrative garantendo la maggior trasparenza possibile del processo decisionale delle pubbliche autorità nonché delle informazioni sulle quali si basano le loro decisioni» (cfr. causa C-365/12 P, *EnBW*, cit., § 83). Sul punto v. anche (cfr. R. CISOTTA, *The evolving framework for antitrust damages actions*, cit., 730 e D. MANDRESCU, *Access to Leniency Programme Documents Based on the Transparency Regulation*, cit., 308).

⁵⁴⁴ Cfr., rispettivamente, Corte giust. 29 giugno 2010, in causa C-139/07 P, *Commissione europea c. Technische Glaswerke Ilmenau GmbH*, ECLI:EU:C:2010:376 e Corte giust. 28 giugno 2012, in causa C-477/10 P, *Commissione europea c. Agrofert Holding a.s.*, ECLI:EU:C:2012:394 (sulle quali v. L. IDOT, *Le règlement n° 1049/2001 doit-il s'appliquer aux "procédures concurrence"? A propos des affaires Technische Glaswerke Ilmenau, Odile Jacob et Agrofert*, in *Europe*, 2010, 5). Come correttamente osservato, vi è tuttavia una differenza sostanziale fra i settori dove la Corte ha già sancito l'applicabilità della presunzione generale di non divulgabilità ai sensi dell'art. 4 reg. (CE) n.

pertanto una sorta di presunzione generale di non divulgabilità del materiale ivi contenuto: l'esame concreto e specifico di ciascuno dei documenti diviene quindi attività superflua⁵⁴⁵, e la Commissione ha il diritto di presumere che l'accesso dei terzi pregiudichi, fra l'altro, la tutela degli interessi commerciali delle imprese coinvolte e l'effettività dell'attività istruttoria⁵⁴⁶.

La presunzione di non divulgabilità è comunque relativa: l'accesso al fascicolo rimane quindi possibile, almeno in linea di principio. La prospettiva è tuttavia diametralmente opposta a quella che deriva dall'impostazione immaginata dal Tribunale, e certamente meno favorevole ai potenziali attori⁵⁴⁷: sono infatti i richiedenti che devono dimostrare la necessità di accedere ai singoli documenti compresi nel fascicolo, e non la Commissione che deve giustificare, caso per caso, l'applicabilità dell'art. 4 reg. (CE) n. 1049/2001. Il ruolo della Commissione riflette quello che i casi *Pfleiderer* e *Donau Chemie* affidano ai giudici nazionali: tale istituzione deve infatti, «*caso per caso, soppesare gli interessi che giustificano la comunicazione [dei singoli documenti richiesti] e la loro protezione, tenendo conto di tutti gli elementi rilevanti nella fattispecie*»⁵⁴⁸.

Fino a che la dir. n. 2014/104/UE non sarà effettivamente recepita⁵⁴⁹, il complesso quadro giuridico che si è sommariamente delineato rappresenta lo stato dell'arte della disciplina in materia di accesso ai documenti contenuti nel fascicolo istruttorio di Commissione o ANC. Con gli effetti sulla certezza del diritto che si possono ben immaginare⁵⁵⁰.

3.6 Le azioni di risarcimento del danno antitrust nell'ordinamento italiano (brevi cenni).

1049/2001, cit., e quello dell'applicazione delle regole antitrust: nel contesto degli aiuti di Stato e delle concentrazioni, infatti, «*the parties were under an obligation to lodge certain documents*», mentre «*in leniency proceedings the documents are provided voluntarily*» (cfr. R. CISOTTA, *The evolving framework for antitrust damages actions*, cit., 731).

⁵⁴⁵ Infatti, «*l'esigenza di verificare se la presunzione generale in questione si applichi concretamente non può essere interpretata nel senso che la Commissione dovrebbe esaminare singolarmente tutti i documenti chiesti nel caso di specie*», atteso che «*[u]na simile esigenza priverebbe detta presunzione generale del suo effetto utile, ovvero consentire alla Commissione di rispondere ad una domanda di accesso globale in modo altrettanto globale*» (cfr. causa C-365/12 P, *EnBW*, cit., § 101).

⁵⁴⁶ Quest'ultima ipotesi anche perché «*contrariamente a quanto dichiarato dal Tribunale [...], un procedimento di applicazione dell'[art. 101 TFUE] non può considerarsi concluso con l'adozione della decisione finale della Commissione, senza che si sia tenuto conto di un eventuale annullamento ulteriore di quest'ultima da parte dei giudici dell'Unione*» (cfr. causa C-365/12 P, *EnBW*, cit., § 99).

⁵⁴⁷ È paradigmatica in tal senso l'affermazione della Corte di giustizia secondo cui «*l'interesse esistente ad ottenere il risarcimento del danno subito in ragione di una violazione dell'[art. 101 TFUE] non può costituire un interesse pubblico prevalente ai sensi dell'articolo 4, paragrafo 2, del regolamento*» (cfr. causa C-365/12 P, *EnBW*, cit., § 108).

⁵⁴⁸ Cfr. causa C-365/12 P, *EnBW*, cit., § 107.

⁵⁴⁹ Sulla dir. n. 2014/104/UE, cit., v. *infra* il capitolo 2, § 3.7.

⁵⁵⁰ Ad esempio, pur premesso che «*[i]f the Donau Chemie judgment [...] does not exclude that it is for the claimant to demonstrate that there is no other way to obtain a certain evidence*», si osserva che «*it also stated that justification for denial of access should exist with regard to each document to which access is finally refused*», mentre «*in EnBW the CJEU applied general presumptions regarding entire categories of documents*» (cfr. R. CISOTTA, *The evolving framework for antitrust damages actions*, cit., 733).

Compatibilmente con le finalità del presente lavoro, si può procedere ad una breve analisi della giurisprudenza italiana sul c.d. *private enforcement* del diritto antitrust⁵⁵¹. Non vi sono dati o statistiche ufficiali che permettano di apprezzare la reale consistenza del fenomeno in discussione. Stime attendibili parlano di un numero di pronunce emesse da giudici italiani nel periodo che va dal 1990 al 2010 compreso fra un minimo di novanta ed un massimo di oltre centocinquanta decisioni. Ciò tenendo da parte l'ingente contenzioso che ha fatto seguito alla nota decisione del 2000 con cui l'AGCM ha sanzionato il cartello delle imprese assicuratrici per la responsabilità civile⁵⁵², provvedimento che – secondo le medesime stime – ha da solo originato oltre centomila azioni individuali c.d. *follow on*⁵⁵³.

Il punto di partenza è il noto caso Telesystem deciso dalla Corte di Appello di Milano⁵⁵⁴. Riconosciuta l'esistenza di un abuso di posizione dominante nella forma di una pratica escludente⁵⁵⁵ si accorda per la prima volta⁵⁵⁶ all'impresa ricorrente il risarcimento del danno subito, di cui si rimette la quantificazione – nella forma del lucro cessante e del danno emergente causati dalla perdita di opportunità dell'impresa attrice di presentarsi quale primo operatore sul mercato in discussione – ad un collegio di consulenti d'ufficio⁵⁵⁷. Si chiarisce altresì che «[i]l giudice ordinario è competente a conoscere di una violazione della legge n. 287/1990 ai fini di concedere il risarcimento dei danni, anche

⁵⁵¹ In argomento, oltre ai contributi di volta in volta citati nel testo, v. anche L. VASQUES, *Private enforcement della disciplina antitrust in Italia: si può fare?*, in *Danno e responsabilità*, 2012, 824; M. TAVASSI, *Il risarcimento del danno in materia antitrust nella esperienza dei giudici italiani*, in B. NASCIBENE, F. ROSSI DAL POZZO (a cura di), *Il private enforcement*, cit., 41; P. GIUDICI, *Private Antitrust Law Enforcement*, cit., 61.

⁵⁵² Cfr. AGCM 28 luglio 2000, n. 8546, I377 – *RC Auto*, in *Boll.* n. 30/2000.

⁵⁵³ Cfr. M. CARPAGNANO, *Vent'anni di applicazione giudiziale delle regole di concorrenza in Italia*, in *Concorrenza e Mercato*, 2011, 283, spec. 285, anche per ulteriori riferimenti. In effetti, si osserva che nell'ordinamento italiano, il *private enforcement* «in misura consistente si manifesta in termini di contenzioso business-to-business e soprattutto di controversie tra imprese concorrenti: prima dell'esplosione del caso RC Auto, infatti, le Corti d'appello erano state investite soprattutto di controversie risarcitorie o ricorsi cautelari incentrati su fenomeni di abuso di posizione dominante, nelle sue molteplici manifestazioni, ovvero su condotte collusive con effetti escludenti a danno di concorrenti» (cfr. M. NEGRI, *Giurisdizione e amministrazione nella tutela della concorrenza*, cit., 255).

⁵⁵⁴ Cfr. App. Milano 18 luglio 1995, *Telesystem c. Sip*, in *Danno e resp.*, 1996, 105, con nota di C. OSTI, *Abuso di posizione dominante e danno risarcibile*, cit., e in *Foro italiano*, 1996, 276, con nota di A. BARONE, *Danni da abuso di posizione dominante*.

⁵⁵⁵ Più nel dettaglio, si riconosce che «[i]l concessionario che impedisce o ritarda l'allacciamento delle linee necessarie ad un'impresa privata per offrire il servizio di telefonia per gruppi chiusi di utenti e esercita pressioni sui clienti di questa per dissuaderli dall'acquistare il servizio, abusa della propria posizione dominante ai sensi dell'art. 3 della legge n. 287/1990», e che «il diritto (di concorrenza) fatto valere dalla ricorrente [...] ha necessariamente natura di diritto soggettivo perfetto». Diritto di concorrenza che si può identificare «nella lesione dell'interesse collettivo alla fruizione del bene pubblico concorrenza e rispettivamente nell'interesse individuale alla propria posizione concorrenziale ovvero, nel caso del consumatore, alla preservazione di una situazione concorrenziale, interessi tutti che trovano protezione direttamente nella legge e nel dettato costituzionale» (cfr. C. OSTI, *Abuso di posizione dominante e danno risarcibile*, cit., 115).

⁵⁵⁶ Come sottolineato, fra gli altri, da M. MELI, *Risarcimento del danno e inibitoria per violazione di norme antitrust*, in *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 1996, 752.

⁵⁵⁷ In merito alla quantificazione, v. quindi App. Milano 24 dicembre 1996, *Telesystem c. Sip*, in *Danno e responsabilità*, 1997, 602, con nota di S. BASTIANON, *Antitrust e risarcimento del danno: atto secondo*, dove si precisa che «il ritardato ingresso sul mercato di un concorrente in grado di offrire un servizio nuovo a causa dell'altrui condotta illecita si configura come danno da lucro cessante [che] deve essere risarcito anche nel caso in cui il concorrente, non essendo potuto entrare sul mercato nel momento prescelto, abbia successivamente deliberato la messa in liquidazione della propria impresa, rinunciando definitivamente ad operare sul mercato».

anteriormente alla determinazione dell'[AGCM]», così riconoscendo l'ammissibilità delle azioni c.d. *stand alone*.

A tale pronuncia positiva, seguono una serie di sentenze di segno opposto che, per varie ragioni, escludono il diritto al risarcimento. Ad esempio, pur riconoscendo che «[g]li accordi e le pratiche concordate, di cui all'art. 2 l. 10 ottobre 1990 n. 287, sono sanzionate come illecite e a prescindere dal loro effetto anticoncorrenziale e quindi anche laddove comportino il solo pericolo di determinare un simile effetto»⁵⁵⁸, la stessa Corte di Appello di Milano nega⁵⁵⁹ il risarcimento considerando non raggiunta da parte dell'impresa ricorrente la prova dell'effettiva esistenza di un danno e del nesso di causalità fra questo e l'accertata condotta illecita⁵⁶⁰. Oppure, in un caso concernente l'applicazione dell'art. 3 della legge n. 287/1990 al settore dei servizi di *handling* aeroportuali e alla fissazione delle relative tariffe, la Cassazione esclude il diritto al risarcimento, giacché non viene dimostrato che la condotta contestata integra gli estremi di un illecito antitrust⁵⁶¹. Ancora, in un caso deciso dalla Corte di Appello di Torino e concernente la vendita di biglietti e servizi turistici relativi a eventi sportivi, si afferma la natura compensativa della responsabilità civile e si respinge quindi la richiesta risarcitoria a causa della carenza di legittimazione dell'impresa ricorrente che, nella prospettiva di traslare il danno subito ai consumatori, aveva partecipato alla fattispecie illecita⁵⁶².

Già da questa brevissima analisi risulta che molti degli aspetti che il Libro verde e il Libro bianco (e come si vedrà la dir. n. 2014/104/UE) individuano quali principali ostacoli al successo delle azioni di risarcimento del danno antitrust caratterizzano anche il panorama giurisprudenziale sviluppatosi innanzi ai giudici italiani. Ciò non significa che le azioni risarcitorie qui in esame siano sempre destinate all'insuccesso. Si segnalano, ad esempio, gli importanti casi *Albacom* e *Bluvacanze*⁵⁶³,

⁵⁵⁸ E, invero, dopo aver altresì riconosciuto la manifesta infondatezza dell'art. 33(2) l. n. 287/1990, cit., «in relazione agli art. 2 e 3 Cost., laddove prevede che lo stesso illecito possa essere fatto valere avanti sia alla Corte d'appello, che all'autorità Garante della concorrenza e del mercato» (cfr. App. Milano 16 giugno 2000, *Tramaplast c. Agriplast e altro*, in *Gius*, 2000, 2258).

⁵⁵⁹ Cfr. App. Milano 16 giugno 2000, cit.

⁵⁶⁰ Pur ammettendo a tal fine il ricorso allo strumento presuntivo, si precisa però che «[i]n tema di prova presuntiva, il fatto ignoto deve essere dedotto secondo un procedimento logico basato sull'id quod plerumque accidit, sicché gli elementi sui quali la presunzione si fonda devono presentare i caratteri della gravità, univocità e concordanza» (cfr. App. Milano 16 giugno 2000, cit.)

⁵⁶¹ Cfr. Cass. 17 maggio 2000, n. 6368, *Unimare c. GE.A.S.A.R. e altro*, in *Foro italiano*, 2000, 2802, con note di G. COLANGELO, *La concorrenza difficile: i servizi di "handling" nel settore aeroportuale*, e di M. GIORDANO, *Aeroporti e antitrust al vaglio della Cassazione: un decollo mancato*, dove la Suprema Corte non ha pertanto esaminato nel merito la richiesta risarcitoria limitandosi a constatare che non potesse «ravvisarsi un abuso nell'aumento delle tariffe dei servizi di handling da parte della società che gestiva in concessione uno scalo aeroportuale, in quanto, pur trovandosi quest'ultima in posizione dominante, l'applicazione delle tariffe non era stata discriminatoria, l'incremento non era mirato all'espulsione dal mercato dell'impresa concorrente e il livello delle tariffe dipendeva dalla decisione della pubblica amministrazione».

⁵⁶² Cfr. App. Torino 6 luglio 2000, *Indaba Incentive Company c. Juventus F.C.*, in *Danno e responsabilità*, 2001, 44, con nota di S. BASTIANON, *Antitrust e risarcimento del danno tra Cassazione e giurisprudenza di merito*. Tale sentenza rappresenta quindi il primo caso in cui un giudice italiano ha affrontato la questione del c.d. *passing on* del pregiudizio da illecito anticoncorrenziale.

⁵⁶³ Cfr., rispettivamente, App. Roma 20 gennaio 2003, *Albacom c. Telecom Italia*, in *Foro italiano*, 2003, 2474, con nota di S. BASTIANON, *Circa il danno da abuso di posizione dominante*, e App. Milano 11 luglio 2003, *Bluvacanze c. I viaggi del Ventaglio e altro*, in *Danno e responsabilità*, 2004, 646, con nota di S. BASTIANON, *Boicottaggio e diritto antitrust*.

entrambi particolarmente significativi (anche) dal punto di vista della quantificazione del danno antitrust. Nel primo, la Corte di Appello di Roma riconosce che «[i]n caso di sfruttamento abusivo di posizione dominante sub specie di esclusione di un concorrente dal mercato, il danno c.d. antitrust conseguente a detta esclusione, e come tale risarcibile, può essere quantificato mercé applicazione della quota di mercato, detenuta dal concorrente escluso prima del comportamento abusivo, al fatturato realizzato dal responsabile del comportamento illecito durante l'infrazione accertata».

Nel secondo, chiamata a pronunciarsi in merito alla legittimità dell'interruzione da parte di alcuni *tour operators* della fornitura dei propri pacchetti turistici ad un'agenzia di viaggi, quale reazione "organizzata" alla concessione di sconti rispetto ai prezzi di catalogo che caratterizza la strategia commerciale di quest'ultima, la Corte di Appello di Milano riconosce che «[i]l rifiuto concertato di effettuare forniture, volto a porre fine alla politica di sconti adottata da un distributore ed a mantenere il controllo sui prezzi di mercati, costituisce una forma di boicottaggio collettivo vietata dall'art. 2, comma 2, lett. b), della legge n. 287/90» perpetuata nei confronti di tale distributore, il quale ha dunque «diritto al risarcimento del danno subito, sotto forma di lucro cessante, che può essere quantificato, sulla base di criteri presuntivi, stimando il guadagno che l'agente avrebbe potuto realizzare ove quel comportamento illegittimo non vi fosse stato, mediante la proiezione dei dati registrati in passato e che verosimilmente si sarebbero ripetuti durante il periodo successivo». Tale posizione è peraltro confermata dalla giurisprudenza successiva: in un analogo caso di boicottaggio collettivo, questa volta posto in essere dall'Associazione, dal Consiglio e dall'Ordine nazionale dei consulenti del lavoro (oltreché da alcuni Ordini provinciali) a danno di un'impresa fornitrice di strumenti informatici per la gestione del personale, la Corte di Appello di Milano conferma infatti il diritto dell'impresa «al risarcimento del danno subito sotto forma di lucro cessante, quantificabile nella perdita dell'utile correlato a quei contratti che, a seguito dell'iniziativa del boicottaggio, il fornitore ha visto svanire attraverso la loro disdetta o mancato rinnovo»⁵⁶⁴.

Tralasciando ora la questione della quantificazione del danno, si segnala la pronuncia resa dalle Sezioni Unite nell'ambito dell'ampio (e già menzionato) contenzioso originato dalla condanna del cartello delle assicurazioni RC auto da parte dell'AGCM⁵⁶⁵. Risolvendo sul nascere contrasti già manifestatisi nella giurisprudenza

⁵⁶⁴ Cfr. App. Milano 10 dicembre 2004, *Inaz Paghe c. Associazione nazionale consulenti del lavoro e altro*, in *Giurisprudenza italiana*, 2006, 320, con nota di P. NEBBIA, *Antitrust e risarcimento del danno: fra diritto nazionale ed esperienze europee*.

⁵⁶⁵ Cfr. AGCM n. 8546/2000, I377 RC Auto, cit.

di merito⁵⁶⁶, e *in nuce* anche nella Suprema Corte⁵⁶⁷, si chiarisce che «[l]a legge antitrust non è la legge degli imprenditori soltanto, ma è la legge dei soggetti di mercato, ovvero di chiunque abbia un interesse, processualmente rilevante, alla conservazione del suo carattere competitivo»; con conseguente affermazione della legittimazione attiva a proporre un'azione di risarcimento ai sensi dell'art. 33 della l. n. 287/1990 non solo in capo alle imprese concorrenti di quelle che commettono un'infrazione ma anche ai consumatori finali che ne sono danneggiati⁵⁶⁸. Si precisa quindi che per esperire con successo tale azione i ricorrenti devono allegare sia la polizza che il provvedimento amministrativo di accertamento dell'intesa (al fine di provare la condotta illecita), elementi dai quali «il giudice potrà desumere l'esistenza del nesso causale tra quest'ultima ed il danno lamentato anche attraverso criteri di alta probabilità logica o per il tramite di presunzioni, senza però omettere di valutare gli elementi di prova offerti» dal convenuto, purché basati su elementi diversi da

⁵⁶⁶ Cfr., a favore della speciale competenza delle Corti di Appello a decidere sulle azioni promosse dagli assicurati, Trib. Torre Annunziata 26 luglio 2004, *Fondiarria Sai c. Vigna*, in *Foro italiano*, 2005, 259; Giud. Pace Cosenza 31 ottobre 2003, *G. c. S. G. I.*, in *Foro italiano*, 2005, 259; Giud. pace Albano Laziale 10 settembre 2003, *D'Eramo c. Gan Italia*, in *Foro italiano*, 2004, 466, con note di R. PARDOLESI, *Cartello e contratti dei consumatori: da Leibniz a Sansone?*, F. FERRO LUZZI, *Prolegomeni in tema di mercato concorrenziale e aurea aequitas (ovvero delle convergenze parallele)*, nonché di G. GUIZZI, *Struttura concorrenziale del mercato e tutela dei consumatori. Una relazione ancora da esplorare*. A favore della competenza per valore dei Giudici di pace, invece, v. fra le molteplici Giud. Pace Milano 2 gennaio 2004, *M.S. c. Helvetia assicurazioni*, in *Giudice di pace*, 2004, 310.

⁵⁶⁷ Nella prima sentenza sul punto, infatti, la Cassazione aveva ritenuto che «[l]o strumento risarcitorio – connesso alla violazione dei divieti di intese restrittive della libertà della concorrenza, e di abuso di posizione dominante, in essa normativa fissati rispettivamente agli artt. 2 e 3 della legge 10 ottobre 1990, n. 287 – contemplato dall'art. 33 e rimesso alla competenza esclusiva della Corte di Appello in un unico grado di giudizio di merito, non è aperto – in quanto tale – alla legittimazione attiva dei singoli c.d. consumatori finali» (cfr. Cass. 9 dicembre 2002, n. 17475, *De Gaetanis c. Sara*, in *Foro italiano*, 2003, 1121, con note di A. PALMIERI, *Intese restrittive della concorrenza e azione risarcitoria del consumatore finale: argomentazioni "extravagantes" per un illecito inconsistente*, e di E. SCODITTI, *Il consumatore e l'antitrust*; nonché in *Danno e responsabilità*, 2003, 390, con nota di S. BASTIANON, *Antitrust e tutela civilistica: anno zero*. A fronte di tale prima pronuncia, la terza sezione civile (cfr. Cass. 17 ottobre 2003, n. 15538, *Unipol assicurazioni c. Ricciardelli*, in *Danno e responsabilità*, 2003, 1181, con nota di G. COLANGELO, *Intese restrittive della concorrenza e legittimazione ad agire del consumatore*) ha quindi ritenuto opportuno rimettere la decisione alle Sezioni Unite.

⁵⁶⁸ E cioè, nel caso di specie, gli assicurati (cfr., da ultimo, Cass. 21 gennaio 2010, n. 993, *Vittoria assicurazioni c. De Rosa*, in *Rivista di diritto industriale*, 2010, 481, ma soprattutto Cass. Sez. Unite 4 febbraio 2005, n. 2207, *Unipol assicurazioni c. Ricciardelli*, in *Corriere Giuridico*, 2005, 333, con note di I. PAGNI, *La tutela civile antitrust dopo la sentenza n. 2207/05: la Cassazione alla ricerca di una difficile armonia nell'assetto dei rimedi del diritto della concorrenza*, e M. NEGRI, *Il lento cammino della tutela civile antitrust: luci ed ombre di un atteso grand arrêt*; in *Danno e responsabilità*, 2005, 495, con note di B. INZITARI, *Abuso da intesa anticoncorrenziale e legittimazione aquiliana del consumatore per lesione alla libertà negoziale*, e B. LIBONATI, *Responsabilità extracontrattuale per violazione di norme antitrust*; nonché in *Foro italiano*, 2005, 1015, con note di A. PALMIERI, R. PARDOLESI, *L'antitrust per il benessere (e il risarcimento del danno) dei consumatori*, e E. SCODITTI, *L'antitrust dalla parte del consumatore*). L'azione risarcitoria da illecito anticoncorrenziale, infatti, «tende alla tutela dell'interesse giuridicamente protetto [...] a godere dei benefici della libera competizione commerciale (interesse che può essere direttamente leso da comportamenti anticompetitivi posti in essere a monte dalle imprese), nonché alla riparazione del danno ingiusto» che, nel caso di specie, consisteva «nell'aver pagato un premio di polizza superiore a quello che l'assicurato stesso avrebbe pagato in condizioni di libero mercato» (cfr. Cass. 2 febbraio 2007, n. 2305, *La Fondiarria Sai assicurazioni c. N.*, in *Danno e responsabilità*, 2007, 755, con note di G. AFFERNI, *Il risarcimento del danno per violazione del diritto antitrust italiano: nesso di causalità e prova del danno*, e M. CARPAGNANO, *Una pietra sopra. Commento alla sentenza della Corte di Cassazione n. 2305/07 in tema di private enforcement*).

quelli già proposti innanzi all'AGCM⁵⁶⁹. Sembra pertanto superato l'orientamento più restrittivo talvolta seguito dalle corti di merito⁵⁷⁰.

Ancora in riferimento al cartello delle assicurazioni, si segnala la celebre (ma isolata) decisione del Giudice di Pace di Bitonto nel caso *Manfredi*⁵⁷¹, emessa in seguito al rinvio pregiudiziale effettuato dal medesimo organo giudicante alla Corte di giustizia. Si stabilisce che «[i]n caso di azioni di danni per violazione della disciplina antitrust, il giudice deve liquidare il danno con criteri idonei a garantire un effetto deterrente nei confronti della parte convenuta». In altre parole⁵⁷², si condanna l'impresa responsabile di un illecito antitrust al pagamento di danni punitivi, nonostante il regime della responsabilità civile nell'ordinamento italiano abbia funzione solo compensativa, ai sensi dell'art. 1223 cod. civ. Contro il costante orientamento giurisprudenziale secondo cui «l'istituto dei danni punitivi è incompatibile con l'ordinamento italiano, dove, infatti, la responsabilità civile ha il compito precipuo di eliminare le conseguenze di un danno e non già quello di punire il responsabile civile»⁵⁷³, si pone il principio di effettività del diritto dell'Unione⁵⁷⁴.

⁵⁶⁹ Cfr. Cass. 2 febbraio 2007, n. 2305, cit. Sul punto v. anche Cass. 10 maggio 2011, n. 10211, *Allianz assicurazioni c. D.C.M* e Cass. 20 giugno 2011, n. 13486, *Allianz assicurazioni c. Palladino*, entrambe in *Foro italiano*, 2011, 2674, con nota di A. PALMIERI, *L'illecito antitrust e l'aggravamento della prova del nesso causale: ovvero come si rischia di trasformare l'Autorità Garante della concorrenza e del mercato in giudice della responsabilità civile*, nonché Cass. 18 dicembre 2009, n. 26748, P.V. c. *Axa assicurazioni spa*, in *Danno e responsabilità*, 2010, 815, con nota di A. MASTRORILLI, *Illecito antitrust e tutela civilistica*.

⁵⁷⁰ Si è talvolta sostenuto, infatti, che «[i]l comportamento anticoncorrenziale accertato e sanzionato dall'[AGCM] con il provvedimento n. 8546 del 2000 non comporta ex se l'affermazione di responsabilità delle compagnie di assicurazione in ordine al lamentato incremento dei premi di polizza, dovendosi accertare l'incidenza causale del comportamento medesimo nella produzione del danno» (cfr., ad esempio, App. Napoli 9 febbraio 2006, N.B. c. *Compagnia Assicuratrice Unipol S.p.a.*, in *Danno e resp.*, 2006, 1133, con nota di S. BASTIANON, *Tutela antitrust del consumatore finale*).

⁵⁷¹ Cfr. Giud. Pace Bitonto 21 maggio 2007, *Manfredi c. Lloyd Adriatico Assicurazioni SpA*, in *Danno e responsabilità*, 2007, 1278, con nota di M. CARPAGANO, *Il danno doppio: breve commento alla sentenza del Giudice di Pace di Bitonto nel caso Manfredi*, nonché in *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 2008, 166, con nota di M.R. MAUGERI, *Violazione della disciplina antitrust e tutela dei privati: competenza, prescrizione, duplicazione dei danni e deterrenza*.

⁵⁷² Per mezzo di quello che è stato definito «un mix di ragionamento giuridico, equità e antitrust policy» (cfr. M. CARPAGANO, *Il danno doppio*, cit., 1280).

⁵⁷³ Cfr. Trib. Varese 7 maggio 2010, F. c. C., in *www.dejure.it*. Sul punto, tuttavia, v. soprattutto il costante orientamento della Cassazione in merito alla delibazione e al riconoscimento in Italia di sentenze straniere – in particolare statunitensi – che abbiano condannato una delle parti al pagamento dei c.d. danni punitivi, ben riassunto da Cass. 8 febbraio 2012, n. 1781, *Ruffinatti c. Oyola Rosado*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2013, 134, nonché da Cass. 19 gennaio 2007, n. 1183, P. c. F., in *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 2007, 981, con nota di S. OLIARI, *I danni punitivi bussano alla porta: la Cassazione non apre*, e in *Corriere Giuridico*, 2007, 497, con nota di P. FAVA, *Punitive damages e ordine pubblico: la Cassazione blocca lo sbarco*, nonché in *Giurisprudenza italiana*, 2007, 395, con nota di A. GIUSSANI, *Resistenze al riconoscimento delle condanne al pagamento dei punitive damages: antichi dogmi e nuove realtà*.

⁵⁷⁴ Infatti, «se il risarcimento dei danni [antitrust] fosse ancorato ai canoni generali sanciti negli artt. 1223 e 1224 [infatti], il principio di effettività del diritto [dell'Unione europea] ne risulterebbe gravemente compromesso, in quanto l'autore dell'illecito, con altissimo grado di probabilità, continuerebbe a trarne profitto» (cfr. Giud. Pace Bitonto 21 maggio 2007, cit.). Più in generale, sui vincoli che il diritto dell'Unione impone – più o meno implicitamente – agli ordinamenti processuali degli Stati membri, e sulla “europeizzazione” di tale settore del diritto, v., fra i molti, C. CONSOLO, *I diritti processuali nazionali a vent'anni da Maastricht: introduzione*, in S.M. CARBONE (a cura di), *L'Unione europea a vent'anni da Maastricht. Verso nuove regole*, Napoli, 2013, 369; E. CANNIZZARO, *Diritto dell'Unione europea e processo civile*, in S.M. CARBONE (a cura di), *L'Unione europea a vent'anni da Maastricht*, cit., 385; R. MASTROIANNI, *Diritto dell'Unione europea e processo penale*, in S.M. CARBONE (a cura di), *L'Unione europea a vent'anni da Maastricht*, cit., 405; P. DE PASQUALE, *Diritto dell'Unione europea e procedimenti davanti alle autorità indipendenti*, in S.M. CARBONE (a cura di), *L'Unione europea a vent'anni da Maastricht*, cit., 433; P. IVALDI, *Diritto dell'Unione europea e processo costituzionale*, in S.M. CARBONE (a cura di), *L'Unione europea a vent'anni da Maastricht*, cit., 461; S. CIVITARESE

Dell'ampio contenzioso antitrust relativo al settore delle comunicazioni elettroniche, sviluppatosi prevalentemente dinnanzi al Tribunale di Milano, si dirà più avanti. In tale contesto si registra infatti il primo caso relativo a un'azione *follow-on* instaurata in seguito a una decisione con impegni, di cui si darà quindi conto nel capitolo a ciò dedicato⁵⁷⁵. Per concludere, è invece sufficiente ricordare una recente sentenza resa dalla Corte di Cassazione, la cui breve analisi permette di anticipare alcuni dei temi che si affronteranno nel prossimo paragrafo relativo alla dir. n. 2014/104/UE⁵⁷⁶. Il riferimento è al caso *Cargest*, in cui la Corte sembra infatti riconoscere a tale direttiva una sorta di effetto indiretto nell'ordinamento italiano, sebbene il termine per la sua trasposizione non sia ancora trascorso⁵⁷⁷.

Si tratta di una c.d. azione *stand alone*, instaurata ai sensi dell'art. 3 l. n. 287/1990 da alcuni grossisti nei confronti dell'impresa che gestisce il Centro Agroalimentare di Roma-Guidonia. La Corte di appello di Roma ritiene che gli attori non abbiano dimostrato in modo sufficiente – ma solo sulla base di «*generici riferimenti*»⁵⁷⁸ – il mercato geografico di riferimento: la mancata definizione del mercato rilevante non permette di stabilire l'asserita posizione dominante, e quindi di valutare l'eventuale abuso dell'impresa convenuta, e porta alla dismissione dell'azione. Ritenendo che la Corte di appello non abbia saputo «*cogliere la specifica peculiarità della controversia*», la Cassazione annulla tale decisione⁵⁷⁹. In virtù delle difficoltà che caratterizzano il contenzioso antitrust nella forma delle azioni c.d. *stand alone*⁵⁸⁰, la Cassazione ritiene infatti che la sentenza impugnata sia incorsa in un errore di diritto nel dare «*meccanica applicazione [a] principio generale onus probandi incumbit ei qui*

MATTEUCCI, G. GARDINI, *Il primato del diritto comunitario e l'autonomia processuale degli Stati membri: alla ricerca di un equilibrio sostenibile*, in *Diritto pubblico*, 2013, 1; M. TULIBACKA, *Europeanization of Civil Procedures: in Search of a Coherent Approach*, in *Common Market Law Review*, 2009, 1527; P. GIRERD, *Les principes d'équivalence et d'effectivité: encadrement ou désencadrement de l'autonomie procédurale des Etats membres?*, in *Revue trimestrielle de droit européen*, 2002, 75; M. GNES, *Verso la "comunitarizzazione" del diritto processuale nazionale*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2001, 524; G.C. RODRIGUEZ IGLESIAS, *Sui limiti dell'autonomia procedimentale e processuale degli Stati membri nell'applicazione del diritto comunitario*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2001, 5; A. BIONDI, *The European Court of Justice and certain National Procedural Limitations: not such a tough Relationship*, in *Common Market Law Review*, 1999, 1271; C. KAKOURIS, *Do Member States possess judicial procedural "autonomy?"*, in *Common Market Law Review*, 1997, 1389.

⁵⁷⁵ Sulla dir. n. 2014/104/UE, cit., v. *infra* il capitolo 2, § 3.7.

⁵⁷⁶ Cfr. Cass. 4 giugno 2015, n. 11564, *Comi Srl e altre c. Cargest Srl*, in *Foro Italiano*, 2015, 2752, con nota di M. CASORIA, R. PARDOLESI, *Disciplina della concorrenza, «private enforcement» e attivismo giudiziale: dopo la dottrina, il diritto delle corti?*. Per un commento v. anche M. CASORIA, *Private enforcement: il cuore (del giudice) oltre l'ostacolo?*, in *Mercato Concorrenza Regole*, 2015, 337.

⁵⁷⁷ Ai sensi dell'art. 21 dir. n. 2014/104/UE, cit., il termine di recepimento è infatti fissato al 27 dicembre 2016.

⁵⁷⁸ Cfr. Cass. 4 giugno 2015, n. 11564, cit., §3.3.

⁵⁷⁹ Cfr. Cass. 4 giugno 2015, n. 11564, cit., §3.3.1.

⁵⁸⁰ A «*differenza di quelli introdotti a seguito di un accertamento o di una decisione della medesima Autorità o della Commissione*», si osserva infatti che nei giudizi c.d. *stand alone* «*sono particolarmente evidenti le difficoltà di allegazione e probatorie in cui versano i privati che agiscono in giudizio, a fronte di fatti complessi di natura economica (com'è quello del "mercato rilevante") che spesso si trovano nella sfera del soggetto che ha posto in essere il presunto illecito*», difficoltà persino accentuate «*sia dagli alti costi necessari per l'acquisizione degli elementi indispensabili per il compimento di indagini tecnico-economiche che difficilmente sono alla portata dei singoli, sia dalla necessità di confrontarsi con elementi controfattuali da comparare con ciò che è avvenuto nella realtà*» (cfr. Cass. 4 giugno 2015, n. 11564, cit., § 3.3).

dicit»⁵⁸¹. La Corte di appello avrebbe invece dovuto interpretare in via teleologica le regole procedurali interne⁵⁸², al fine di assicurare il risarcimento dell'illecito, e quindi la corretta applicazione del diritto della concorrenza. In particolare, l'interpretazione funzionale avrebbe dovuto riguardare le regole in tema di poteri istruttori del giudice, e in specie la nomina di consulenti tecnici⁵⁸³: anche se l'art. 61 c.p.c. dispone che «[q]uando è necessario, il giudice può farsi assistere, per il compimento di singoli atti o per tutto il processo, da uno o più consulenti», in caso di illecito antitrust la Cassazione sembra suggerire che, da un lato, tale facoltà diviene un obbligo e, dall'altro lato, l'assistenza richiesta deve comprendere «l'esercizio, anche d'ufficio, dei poteri di indagine, acquisizione e valutazione di dati e informazioni utili per ricostruire la fattispecie anticoncorrenziale denunciata»⁵⁸⁴.

Secondo la Corte di Cassazione, l'obbligo di interpretazione funzionale del diritto processuale interno ha fonte direttamente nella dir. n. 2014/104/UE⁵⁸⁵, cui viene in questo senso riconosciuta una sorta di effetto indiretto⁵⁸⁶. Ciò che interessa

⁵⁸¹ Cfr. Cass. 4 giugno 2015, n. 11564, cit., § 3.3.

⁵⁸² Premesso che «il giudice è chiamato a rendere effettiva la tutela dei privati che agiscono in sede giurisdizionale in presenza di paventate violazioni del diritto della concorrenza», e «stenuto conto dell'asimmetria informativa esistente tra le parti nell'accesso alla prova», si ritiene infatti necessaria «un'interpretazione delle norme processuali in senso funzionale all'obiettivo di una corretta attuazione del diritto della concorrenza» (cfr. Cass. 4 giugno 2015, n. 11564, cit., § 3.3.1).

⁵⁸³ Si precisa infatti che l'obiettivo di garantire la corretta applicazione delle regole di concorrenza «può essere perseguito valorizzando, in modo opportuno, gli strumenti di indagine e di conoscenza che le norme processuali già prevedono, mediante un'interpretazione estensiva delle condizioni stabilite dal codice di rito in tema di esibizione di documenti, richiesta di informazioni [...] e, soprattutto, di consulenza tecnica d'ufficio» (cfr. Cass. 4 giugno 2015, n. 11564, cit., § 3.3.1).

⁵⁸⁴ Pur precisando che ciò deve avvenire «nel rispetto del principio del contraddittorio e fermo restando l'onere della parte che agisce in giudizio [...] di indicare in modo sufficientemente "plausibile" seri indizi dimostrativi della fattispecie denunciata come idonea ad alterare la libertà di concorrenza e a ledere il suo diritto di godere del beneficio della competizione commerciale» (cfr. Cass. 4 giugno 2015, n. 11564, cit., § 3.3.1).

⁵⁸⁵ In effetti, tale conclusione è rafforzata dalla constatazione che nella decisione in discussione vengono richiamate molteplici disposizioni della dir. n. 2014/104/UE, cit., e in particolare quelle in tema di accesso ai documenti (su cui cfr. *infra* il testo relativo alle note 604-618, nel capitolo 2, § 3.7). Certamente, la Cassazione si riferisce al tempo stesso anche all'effetto diretto degli artt. 101 e 102 TFUE e al principio dell'accesso alla giustizia di cui all'art. 19 TUE e 47 CDFUE. Tuttavia, anche tali richiami sembrano in realtà mere ripetizioni di alcuni considerando della direttiva stessa.

⁵⁸⁶ In effetti, la Corte di giustizia ha più volte precisato che l'effetto indiretto delle direttive consiste per l'appunto nell'obbligo di interpretazione conforme che incombe sui giudici nazionali, e cioè sul fatto che «[i]l giudice nazionale deve interpretare il proprio diritto nazionale alla luce della lettera e dello scopo della direttiva onde conseguire il risultato contemplato dall'art. [288(3) TFUE]» (cfr. Corte giust. 10 aprile 1984, in causa 14/83, *Sabine von Colson e Elisabeth Kamann c. Land Nordrhein-Westfalen*, ECLI:EU:C:1984:153, § 26). Sull'obbligo di interpretazione conforme, senza pretesa di esaustività, v. C. AMALFITANO, M. CONDINANZI, *Unione europea: fonti, adattamento e rapporti tra ordinamenti*, Torino, 2015; R. BARATTA, *Il "telos" dell'interpretazione conforme all'"acquis" dell'Unione*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2015, 28; F. ROSSI DAL POZZO, *Obbligo di interpretazione conforme al diritto dell'Unione europea e principi generali a tutela del contribuente: alla ricerca di un difficile equilibrio fra interessi (talora) contrapposti*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2013, 847; D. SIMON, *La panacée de l'interprétation conforme: injection homéopathique ou thérapie palliative?*, in V. KRONENBERGER, M.T. D'ALESSIO, V. PLACCO (eds.), *De Rome à Lisbonne: les juridictions de l'Union européenne a la croisée des chemins. Mélanges en l'Honneur de Paolo Mengozzi*, Bruxelles, 2013, 279; D.U. GALETTA, *Rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia UE ed obbligo di interpretazione conforme del diritto nazionale: una rilettura nell'ottica del rapporto di cooperazione (leale) fra giudici*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2012, 431; G. PISTORIO, *Interpretazione e giudici: il caso dell'interpretazione conforme al diritto dell'Unione europea*, Napoli, 2012; M. GUIDI, *Sulla questione dell'obbligo di interpretazione conforme di una direttiva rispetto al termine della sua entrata in vigore*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2008, 409; P. PIVA, *Giudice nazionale e diritto dell'Unione europea*, Napoli, 2008; R. LOOF, *Temporal aspects of the duty of consistent interpretation in the First and Third Pillars*, in *European Law Review*, 2007, 888; M. MARCHEGANI, *L'obbligo di interpretazione conforme alle decisioni quadro: considerazioni in margine alla sentenza Pupino*, in *Diritto dell'Unione europea*, 2006, 563; F. MUNARI, *Direttive comunitarie non correttamente trasposte e loro effetti nei confronti degli individui: a proposito della sentenza della Corte comunitaria nel caso Berlusconi e altri*, in *Diritto dell'Unione*

è che tale obbligo di interpretazione funzionale (*rectius* conforme) è imposto dal diritto dell'Unione solo quando è scaduto il termine per la trasposizione della direttiva⁵⁸⁷. Fino ad allora, il vincolo per i giudici nazionali è meno inteso: in linea con il generale obbligo degli Stati membri di non pregiudicare la futura realizzazione degli obiettivi della direttiva⁵⁸⁸, i giudici nazionali devono infatti interpretare il diritto interno in modo non difforme dal testo della direttiva⁵⁸⁹.

Come è ovvio, il diritto dell'Unione non impedisce agli Stati membri di anticipare la portata temporale dell'obbligo di interpretazione conforme. Tale scelta solleva tuttavia diverse questioni di carattere sistematico, che non è possibile approfondire in questa sede, ma che riguardano ad esempio la riduzione delle differenze fra regolamenti e direttive (e i relativi oneri per lo Stato membro⁵⁹⁰), nonché il potenziale pregiudizio per la parte che “subisce” l'interpretazione conforme “anticipata” nell'ambito di una controversia orizzontale⁵⁹¹. Ma l'esistenza di tali aspetti problematici è sufficiente a dimostrare l'importanza che (anche) la Corte di Cassazione ormai attribuisce al private enforcement delle regole antitrust: nel corso del processo decisionale sotteso alla sentenza in discussione, è infatti ragionevole

europa, 2006, 211; O. PALLOTTA, *Interpretazione conforme ed inadempimento dello Stato*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2005, 262; O. PALLOTTA, *Effetto orizzontale delle direttive? Solo se indiretto*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2005, 505; G. BETLEM, *The doctrine of consistent interpretation: managing legal uncertainty*, in *Oxford Journal of Legal Studies*, 2002, 397; G. GAJA, *L'esigenza di interpretare le norme nazionali in conformità con il diritto comunitario*, in S.P. PANUNZIO, E. SCISO (a cura di), *Le riforme istituzionali e la partecipazione dell'Italia all'Unione Europea*, Milano, 2002, 133; R. CAFARI PANICO, *Per un'interpretazione conforme*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 1999, 383; R. BARATTA, *Quali prospettive in tema di effetti c.d. orizzontali di norme di direttive inattuate?*, in *Rivista di diritto internazionale*, 1994, 487; F.M. DI MAJO, *Efficacia diretta delle direttive inattuate: dall'interpretazione conforme del diritto interno alla responsabilità dello Stato per la mancata attuazione delle direttive*, in *Rivista di diritto europeo*, 1994, 501.

⁵⁸⁷ Infatti, «nel caso di tardiva attuazione di una direttiva, l'obbligo generale che incombe ai giudici nazionali di interpretare il diritto interno in modo conforme alla direttiva esiste solamente a partire dalla scadenza del termine di attuazione di quest'ultima» (cfr. Corte giust. 4 luglio 2006, in causa C-212/04, *Konstantinos Adeneler e altri c. Ellinikos Organismos Galaktos* (ELOG), ECLI:EU:C:2006:443, § 115).

⁵⁸⁸ Nel senso che, prima della scadenza del termine per la trasposizione di una direttiva, gli Stati membri «devono astenersi dall'adottare disposizioni che possano compromettere gravemente il risultato prescritto dalla direttiva stessa» (cfr. Corte giust. 18 dicembre 1997, in causa C-129/96, *Inter-Environnement Wallonie ASBL c. Région wallonne*, ECLI:EU:C:1997:628, § 45).

⁵⁸⁹ Più nel dettaglio, «i giudici degli Stati membri devono astenersi per quanto possibile dall'interpretare il diritto interno in un modo che rischierebbe di compromettere gravemente, dopo la scadenza del termine di attuazione, la realizzazione del risultato perseguito da questa direttiva» (cfr. causa C-212/04, *Adeneler*, cit., § 123).

⁵⁹⁰ Nel senso che «this solution seems to reduce (even more) the difference between regulations and directives. If national courts consider themselves (and other national bodies) bounded by the duty of consistent application before the lapse of the transposition period, Member States shall essentially comply with directives since the date of their entrance into force. Inter alia, this means that Member States shall bear the financial burden of compliance, in a period when this is not required by EU law» (cfr. L. CALZOLARI, *The role of national judges in antitrust litigation in the light of the antitrust damages' directive (or the “indirect effects” of directives before the lapse of the implementation period, according to the Corte di Cassazione)*, in *Eurojus.it*, n. 3/2015). In una prospettiva ben più generale, v. C. AMALFITANO, M. CONDINANZI, *Unione europea: fonti, adattamento e rapporti tra ordinamenti*, cit.

⁵⁹¹ Premesso che «[t]he bottom line is that the duty of consistent interpretation (mainly) aims at ensuring that rights stemming from directives are not prejudiced only because Member States do not (timely) comply with their obligation to transpose», in effetti «[i]n horizontal relationships, preserving the rights of a party essentially means imposing obligations on the other, making its position worse. This is what happened in the annotated judgement. The teleological interpretation according to which the Court of Appeal was wrong in “mechanically applying” the burden of proof standard may favour the plaintiffs but clearly jeopardizes the defendant. If this seems fair once that the implementation period expired, one can doubt that the same holds true before that date» (cfr. L. CALZOLARI, *The role of national judges*, cit.).

supporre che le conseguenze negative cui si è accennato siano state oggetto di “bilanciamento” con l’interesse all’effettività del versante privatistico di applicazione delle regole di concorrenza, e che quest’ultimo obiettivo sia stato considerato prevalente⁵⁹², anche (e soprattutto) alla luce della dir. n. 2014/104/UE, alla cui analisi è dedicato il prossimo paragrafo.

3.7 La dir. n. 2014/104/UE.

Nel quadro di riferimento che si è delineato, interviene la più volte menzionata direttiva⁵⁹³, portando a conclusione il processo di riforma iniziato quasi

⁵⁹² In realtà, anche tale prospettiva non convince fino in fondo: infatti, la decisione della Cassazione «seems also to anticipate a more fundamental and systematic question that Member States should consider while dealing with the damages directive’s transposition. The judgement essentially says that the “specific nature” of antitrust litigation requires national judges to use procedural rules in a “special manner”. The directive follows the same rationale. It gives “special powers” to national courts in order to overcome the “specific obstacles” that have so far jeopardized the development of private enforcement. The question is then why only competition law should benefit from the enactment of these “special powers”. On the one hand, one can of course rely on the quasi-constitutional role played by competition policy within the EU legal order, since the very adoption of the Treaty of Rome. On the other, one can however doubt that protecting the victims of antitrust violations more effectively than all the other victims of all the other tortious acts (including situations characterized by information asymmetry quite similar to antitrust litigation [v. ad esempio S. WISKING, K. DIETZEL, M. HERRON, *European Commission finally publishes*, cit., 189, dove si legge con riguardo alla quantificazione del danno che «this is equally true for other types of claim (for example, contractual and intellectual property claims), where parties and courts can and do assess damages, including through the engagement of experts]) is fully consistent with the principle of equality and the right to justice, enshrined in the constitutions of several Member States (not to mention the CFREU). Member States should therefore consider the systematic impact of the damages directive, while implementing it within national legal orders» (cfr. L. CALZOLARI, *The role of national judges*, cit.; sul punto, più in generale, v. anche F. MUNARI, *Judicial assessment*, cit., 159).

⁵⁹³ Cfr. dir. n. 2014/104/UE, cit. In argomento, v. anche la proposta di direttiva (cfr. COM(2013) 404 cit.), la Comunicazione e la Guida pratica sulla quantificazione del danno (rispettivamente, COM(2013) 3440 cit., e SWD(2013) 203 cit.) nonché la Raccomandazione in tema di azioni collettive (cfr. 2013/396/UE, cit.) In sintesi, la Comunicazione sulla quantificazione del danno precisa che tale operazione si basa essenzialmente «su un raffronto fra la posizione reale degli attori con quella in cui si sarebbero trovati se non si fosse verificata alcuna violazione» (cfr. COM(2013) 3440 def., cit., § 3), e quindi sulla creazione dei c.d. scenari di non infrazione. La Guida pratica individua le due metodologie principali da seguire per la quantificazione del danno antitrust, basate rispettivamente sul metodo comparativo e su quello di simulazione. Con riguardo al primo modello, ad esempio, si chiarisce che il metodo comparativo può essere fondato sul (i) confronto temporale dei dati relativi allo stesso mercato prima e dopo l’infrazione, sul (ii) confronto con dati provenienti da altri mercati (geografici o del prodotto), nonché sulla (iii) combinazione del confronto temporale e dei mercati (in argomento, da ultimo, v. P. BUCCIROSSI, *Riflessioni intorno alla guida pratica per la quantificazione del danno*, in *Concorrenza e Mercato*, 2014, 323; L. BIAMONTI, *Considerazioni sulla quantificazione del risarcimento del danno nel processo antitrust*, in G. TESAURO (a cura di), *Concorrenza ed effettività della tutela giurisdizionale*, cit., 215). Il fatto che nell’emanazione di regole (in prospettiva) vincolanti si sia deciso di tralasciare (per motivi di opportunità) la disciplina della quantificazione, si può considerare espressione di quella cultura giuridica e processuale più attenta all’an debeatur che al quantum debeatur. In effetti (in linea con tale «atteggiamento» che si qualifica come «sbagliato», si osserva che i numerosissimi «contributi dottrinali dedicati, nell’ultimo mezzo secolo (in Italia e altrove), alla materia della responsabilità civile, sono [...] in larga parte dedicati ai temi dell’ingiustizia del danno (i.e. della individuazione dei danni risarcibili, in linea generale ed astratta), della risarcibilità dei danni non patrimoniali, dei criteri di imputazione del danno», mentre «[b]en poca attenzione è stata invece dedicata ai criteri di determinazione e quantificazione del danno risarcibile (una volta ammessane la possibilità, in via astratta): questo aspetto della disciplina è implicitamente considerato dai giuristi come una technicality, da lasciare alle cure professionali di economisti e di consulenti tecnici di varia competenza, ma come tale non meritevole di approfondita attenzione dottrinale da parte dei giuristi» (cfr. M. LIBERTINI, *La determinazione del danno risarcibile nella proposta di Direttiva*, cit., 265). Con specifico riferimento all’ordinamento italiano, si rileva che «ci sono sempre stati tanti settori del diritto civile nei quali la fase processuale che impegnava maggiori energie era quello dell’accertamento della violazione [...] o dell’an debeatur, relegando in posizione subalterna quella relativa alla quantificazione del ristoro, risarcimento o indennizzo o del quantum debeatur [...]. Forse tutto ciò è stato incentivato dalla norma del c.p.c. che prevede per le due fasi la possibilità di un separato giudizio (art. 278), ma è una constatazione di fatto che raramente l’azione risarcitoria copre tutto il pregiudizio che il soggetto danneggiato dall’illecito antitrust abbia patito» (cfr. A. FRIGNANI, *Diritto della concorrenza. L’insufficienza dei modelli sanzionatori*, cit., 120). Sulla

dieci anni orsono con la pubblicazione del Libro verde⁵⁹⁴. La direttiva conferma la volontà di rafforzare il livello di tutela garantito alle vittime di un'infrangimento delle regole antitrust, mediante un'armonizzazione delle normative nazionali⁵⁹⁵. L'obiettivo principale è infatti quello di garantire che chiunque subisca un danno a causa di una violazione degli artt. 101 e 102 TFUE, ovvero delle norme nazionali in materia di concorrenza⁵⁹⁶, possa esercitare in maniera efficace il proprio diritto ad ottenere il pieno risarcimento di tale danno⁵⁹⁷.

dir. n. 2014/104/UE, cit., oltre ai contributi di volta in volta citati nel testo, v. anche A. DAVOLA, *Oltre il private enforcement: l'ipotesi di un mercato delle azioni di risarcimento del danno antitrust*, in *Danno e responsabilità*, 2015, 677; K.A. DIEHL, *Europe's New Directive on Antitrust Damages*, in *Global Competition Litigation Review*, 2015, 34; S. PEYER, *The Antitrust Damages Directive – Much Ado About Nothing?*, in F. CISOTTA, M. MARQUIS (eds.) *Litigation and Arbitration*, cit., 33; M. SANSOM, A.M. MORFEY, P. TEAGUE, *Recent Developments in Private Antitrust Litigation in Europe*, in *Antitrust*, 2015, 33; G. VILLA, *La Direttiva europea sul risarcimento del danno antitrust: riflessioni in vista dell'attuazione*, in *Corriere giuridico*, 2015, 301; C. KERSTING, *Removing the Tension Between Public and Private Enforcement: Disclosure and Privileges for Successful Leniency Applicants*, in *Journal of European Competition Law & Practice*, 2014, 1; A. MONTANARI, *Programmi di clemenza e azione risarcitoria nella direttiva europea sul risarcimento del danno: convivenza possibile*, in *Concorrenza e Mercato*, 2014, 115; A. HOWARD, *Too little, too late? The European Commission's Legislative Proposals on Anti-Trust damages actions*, in *Journal of European Competition Law & Practice*, 2013, 455.

⁵⁹⁴ Sul quale v. *supra* il capitolo 2, § 3.3.

⁵⁹⁵ Premesso che «*the Commission intends to harmonise national laws to avoid having different national provisions become an obstacle for claimants*» (cfr. B. SCHARAW, *Commission proposal for a directive on antitrust damages*, cit., 352), si osserva che «*[t]his is a welcomed development which will simplify the process and effectively create a “one-stop-shop”*» (cfr. A. HOWARD, *The Draft Directive on Competition Law Damages*, cit., 52). Inoltre, la circostanza che la dir. n. 2014/104/UE, cit., «*persegua* due scopi parimenti importanti e indissolubilmente legati fra loro», e cioè non solo «*l'attuazione dei principi di cui agli articoli 101 e 102 del TFUE*», ma anche «*l'adozione di condizioni più uniformi per le imprese che operano nel mercato interno, evitando che un approccio eccessivamente disomogeneo da parte degli Stati membri a questi temi finisca per tradursi in discriminazioni a danno di alcuni cittadini e imprese per i quali l'esercizio dei diritti che discendono dai Trattati potrebbe risultare meno favorevole*» rende necessaria la previsione di una doppia base giuridica, che è infatti individuata negli artt. 103 e 114 TFUE (cfr. F. ROSSI DAL POZZO, *La direttiva sul risarcimento del danno da illecito antitrust. Armonizzazione delle regole nazionali in tema di private enforcement o occasione mancata?*, in *Eurojus.it*, n. 3/2014). Premesso che «*a differenza dell'articolo 103 [TFUE], l'articolo 114 [TFUE] prevede la co-decisione*» e che «*le due procedure legislative non sono tra loro incompatibili*», atteso che «*seguendo gli orientamenti della Corte di giustizia, l'atto legislativo può essere adottato con la doppia base giuridica seguendo la procedura caratterizzata dalle maggiori garanzie partecipative a favore del Parlamento europeo*», si osserva che «*[l]a conseguenza della doppia base giuridica della direttiva, quindi, è il coinvolgimento del Parlamento europeo insieme al Consiglio in ruolo di co-legislatoro*», circostanza che rappresenta «*un passo importante verso il rafforzamento della legittimazione del diritto della concorrenza*» (cfr. G. BRUZZONE, A. SAIJA, *Verso il recepimento della Direttiva sul private enforcement del diritto antitrust*, in *Concorrenza e Mercato*, 2014, 258).

⁵⁹⁶ Come osservato dalla Relazione, infatti, l'applicazione di norme divergenti in materia di responsabilità civile a seconda che la violazione riguardi il diritto della concorrenza nazionale ovvero europeo, «*renderebbe impossibile ai giudici nazionali trattare il caso, causerebbe incertezza del diritto per tutte le parti coinvolte, e potrebbe portare a risultati confliggenti a seconda che la giurisdizione nazionale consideri il caso come un'infrangimento al diritto della concorrenza UE o nazionale*» (cfr. Relazione, cit., § 4.1). A dire il vero, anche tale circostanza incide sull'individuazione della doppia base giuridica: infatti, «*[i]l ricorso all'art. 114 del TFUE si è [...] reso necessario proprio perché l'atto UE non si limita a dare attuazione agli artt. 101 e 102 del TFUE (in questo caso sarebbe stato sufficiente prevedere l'art. 103 del TFUE quale base giuridica), ma incide anche sulle norme nazionali applicabili in caso venga richiesto un risarcimento a seguito di una violazione del diritto nazionale della concorrenza, ovvero di quei comportamenti che incidono sugli scambi fra Stati membri, cui si applicano, quindi, parimenti le norme UE della concorrenza*» (cfr. F. ROSSI DAL POZZO, *La direttiva sul risarcimento del danno da illecito antitrust*, cit.). In senso analogo, premesso che «*as approximation of national substantial and procedural rules is to be carried out in order to obtain a more level playing field in the internal market, the additional legal basis of Article 114 has been deemed necessary*», si osserva che «*one has to bear in mind that the rules contained in the Directive will be applicable to actions brought (always under national law) for compensation of damages caused by infringements of both national and European competition law, and Article 103 only takes into account secondary law implementing Articles 101 and 102 (not national competition law)*» (cfr. R. CISOTTA, *The evolving framework for antitrust damages actions*, cit., 734-735).

⁵⁹⁷ Cfr. art. 1(1) dir. n. 2014/104/UE. Pertanto, tale disposizione «*codifies the Manfredi [cfr. cause da C-295/04 a C-298/04, Manfredi, cit.] case law so that anyone can bring an action for competition law damages, even if they*

Una prima e significativa presa di posizione concerne, appunto, la misura del risarcimento. Si precisa infatti che è «*pieno risarcimento*» quello idoneo a ripristinare le condizioni anteriori all'infrazione, e cioè capace di porre la persona fisica o giuridica⁵⁹⁸ che subisce un danno «*nella situazione in cui si sarebbe trovata se la violazione del diritto della concorrenza non fosse stata commessa*»⁵⁹⁹. In linea con quanto già previsto nel Libro bianco⁶⁰⁰, si conferma quindi l'esclusione dei c.d. danni punitivi, a favore di un approccio strettamente compensativo al versante privatistico di applicazione delle regole di concorrenza⁶⁰¹: il danno risarcibile viene infatti espressamente limitato al danno realmente subito dall'attore, nelle voci del danno emergente, del lucro cessante, e degli interessi maturati⁶⁰². La volontà di finalizzare il *private enforcement* alla sola funzione compensativa caratterizza l'intero atto normativo di cui si discute, e fa sì che si registrino significative differenze non solo rispetto al testo del Libro verde e del Libro bianco, ma anche rispetto alla Proposta della Commissione: ad esempio, viene introdotto *ex novo* l'art. 12 dir. n. 2014/104/UE, dove la nozione di pieno risarcimento è usata quale parametro per affermare che le regole in materia di c.d. *passing on* devono evitare non solo «*l'assenza di responsabilità in capo all'autore della violazione del diritto della concorrenza*», ma anche che vi sia «*un risarcimento del danno superiore al danno causato all'attore*» da tale violazione⁶⁰³.

*do not have a direct contractual relationship with the infringer. So the potential range of claimants may include upstream suppliers of the infringer or downstream purchasers, whether at the intermediary wholesale, the retail level or the end-consumers. It is now clear that indirect purchasers as well as direct purchasers have a cause of action. What is more, third parties that have no involvement in the supply chain affected by the anti-competitive practice, may also claim for damage to their competitive position or for higher prices paid as a result of structural damage to effective competition [v. ad esempio causa C-557/12, Kone, cit.]» (cfr. A. HOWARD, *The Draft Directive on Competition Law Damages*, cit., 52). In effetti, si osserva che «*the open wording of [art. 2(1) dir. n. 2014/104/UE, cit.] could pave the way for umbrella pricing claims. Umbrella pricing means that an undertaking which is not part of the cartel can raise his prices for his own products benefiting from the protection of the increased price of the cartelists*» (cfr. C.F. WEIDT, *The Directive on actions for antitrust damages after passing the European Parliament*, in *European Competition Law Review*, 2014, 438, spec. 443).*

⁵⁹⁸ Cfr. art. 3(1) dir. n. 2014/104/UE, cit.

⁵⁹⁹ Cfr. art. 3(2) dir. n. 2014/104/UE, cit. Da ultimo, e in una prospettiva di portata generale, tale impostazione viene criticata in quanto «*l'indicazione di principio rimane quella della "riparazione integrale del danno", cioè la stessa formula che è storicamente sorta in funzione della quantificazione del danno derivante dalla perdita o dal danneggiamento di beni materiali, in un mondo formato da individui proprietari, autori di scambi occasionali, e non da imprese impegnate in mercati dinamici, e da consumatori*»; più nel dettaglio, si è «*dunque in piena tradizione romanistica, con la ripetizione di regole "classiche", pensate per un mondo fatto di individui proprietari e per un'economia statica. Il problema del risarcimento per perdita di chance non è neanche accennato e permane l'illusione che la determinazione del quantum del risarcimento sia una questione puramente tecnica, non bisognosa di approfondimenti giuridici e di norme più dettagliate*» (cfr. M. LIBERTINI, *La determinazione del danno risarcibile nella proposta di Direttiva*, cit., rispettivamente, 266 e 271).

⁶⁰⁰ Ma v. *supra* la nota 496, nel capitolo 2, § 3.4.

⁶⁰¹ In effetti, il fatto che l'art. 3(3) dir. n. 2014/104/UE, cit., precisi che il pieno risarcimento «*non conduce a una sovra-compensazione del danno subito, sia sotto forma di risarcimento punitivo che di risarcimento multiplo o di altra natura*» viene interpretato quale segnale della volontà del legislatore di evidenziare «*the mere compensatory nature of the damages which can be obtained and, one may argue, the rejection of the idea that a sanction can be provided therewith*», e quindi che «*[i]mposing sanctions still rests within the powers of public enforcers*» (cfr. R. CISOTTA, *The evolving framework for antitrust damages actions*, cit., 735).

⁶⁰² Cfr. ancora art. 3(2) dir. n. 2014/104/UE, cit.

⁶⁰³ Più nel dettaglio, «*[a]l fine di evitare una sovra-compensazione*», si dispone che «*il danno emergente versato a un dato livello della catena di approvvigionamento non superi il danno da sovrapprezzo subito a tale livello*» (cfr. art. 12(2) dir. n. 2014/104/UE. Anche se «*[t]his provision has been implemented without materially affecting the content but for the interest of legal clarity*» (cfr. C.F. WEIDT, *The Directive on actions for antitrust damages*, cit., 441), si osserva che in realtà

Si affrontano poi le questioni concernenti l'accesso, la divulgazione e l'utilizzo di prove e documenti, inclusi gli elementi che si trovano nella disponibilità di Commissione e ANC. Sulla falsariga di quanto già previsto nel Libro bianco, si abbandona ogni forma di c.d. *discovery* interpretata⁶⁰⁴. La gestione di tali fattispecie viene infatti affidata ai giudici nazionali che, su richiesta degli attori o delle imprese convenute, possono ordinare la divulgazione delle prove rilevanti⁶⁰⁵ che rientrino nella disponibilità dell'attore, del convenuto o di un terzo, purché la parte che ne fa richiesta dimostri la «*plausibilità della sua domanda di risarcimento*»⁶⁰⁶. Per garantirne l'efficacia, gli ordini di esibizione sono accompagnati da specifiche sanzioni per la loro inosservanza, che possono essere irrogate anche nei confronti dei soggetti terzi rispetto al contenzioso: i giudici nazionali possono infatti punire sia il mancato adempimento, sia l'eventuale distruzione delle prove pertinenti, con «*sanzioni effettive, proporzionate e dissuasive*», che devono necessariamente comprendere la possibilità per i

nel cercare di contemperare le diverse esigenze di acquirenti diretti e indiretti (su cui v. anche *infra*) «*le istituzioni EU si stanno muovendo verso il varo di una soluzione normativa tra le più difficili da gestire in giudizio sia in termini probatori (ad es. per la stima delle porzioni di sovrapprezzo nei vari stadi della filiera) che con riferimento alla gestione del contenzioso proprio nello scenario maggiormente sperato dalle Istituzioni dell'Unione (ed in primis della Commissione)*», e cioè «*quello in cui più cause siano proposte da attori situati in diversi stadi della filiera in relazione alla medesima violazione antitrust*» (cfr. M. CARPAGNANO, *Regole (proposte) sul passing-on e azione degli acquirenti indiretti*, in *Concorrenza e Mercato*, 2014, 273, spec. 275).

⁶⁰⁴ Nel senso che «*nella proposta di direttiva il modello di private enforcement è quello della maggioranza degli Stati membri, di diritto continentale, ed è un modello Court centered: perciò il ruolo del giudice nella private litigation è cruciale*» (cfr. G. MUSCOLO, *il ruolo del giudice nel governare l'acquisizione delle prove*, in *Concorrenza e Mercato*, 2014, 287), con l'ulteriore precisazione secondo cui «*il ruolo del giudice della concorrenza è in larga parte quello di giudice del caso, finder of the fact, della cui professionalità è profilo indispensabile la perizia nella gestione della fase istruttoria e la capacità di correlazione di questa con quella decisoria*», cosicché «*unicamente un modello di giudice della concorrenza europeo, di elevata professionalità, di rigorosa specializzazione, di spiccata capacità di cooperazione con gli altri attori dell'enforcement antitrust e di networking con i colleghi di diversi Paesi è in grado di stare al centro del sistema così ricostruito*» (cfr. G. MUSCOLO, *Alcune questioni in tema di accesso alla prova nel processo antitrust*, in G. TESAURO (a cura di), *Concorrenza ed effettività della tutela giurisdizionale*, cit., 209, spec. 213). Infatti, «*i soggetti assertivamente danneggiati non hanno un diritto d'accesso diretto al fascicolo, poiché solo il giudice adito di una domanda risarcitoria può, constatato il fumus boni iuris alla base della domanda, ordinare la divulgazione delle prove al convenuto o a terzi (o all'attore se la domanda proviene dal convenuto)*» (cfr. P. IANNUCELLI, *Torniamo al Trattato! Per il superamento della distinzione tra public e private enforcement del diritto della concorrenza*, in *Concorrenza e Mercato*, 2014, 77, spec. 97). Si osserva allora che, richiedendo che «*any discovery should be court-ordered, rather than party-initiated as in the United States*», la dir. n. 2014/104/UE, cit., «*implies a disadvantage for plaintiffs, as court orders are only available if plaintiffs are able to show facts that can establish a possible antitrust violation*» (cfr. B. SCHARAW, *Commission proposal for a directive on antitrust damages*, cit., 359).

⁶⁰⁵ *Rectius*, «*di specifici elementi di prova o rilevanti categorie di prove definiti nel modo più preciso e circoscritto possibile*» (cfr. art. 5(2) dir. n. 2014/104/UE, cit.; per tale ragione, un'interpretazione piuttosto estrema ipotizza che «*national courts in light of the formulation "as possible" probably will not demand detailed description of the evidences*», e che pertanto l'unico limite davvero esistente potrebbe essere rappresentato dal fatto che «*a basic minimum is required: at the very least the category has to be circumscribed, e.g. "sales documents"*» (cfr. C.F. WEIDT, *The Directive on actions for antitrust damages*, cit., 439; ma v. anche *infra* la nota 608, nel capitolo 2, § 3.7).

⁶⁰⁶ E ciò mediante la presentazione di fatti e prove che ragionevolmente rientrino nella sua disponibilità (cfr. art. 5(1) e (2) dir. n. 2014/104/UE, cit.). Si afferma che il requisito della plausibilità della domanda «*is likely to be the most complex*», anche atteso che «*[t]he Directive does neither mention specifications nor examples for plausibility facts*» (cfr. C.F. WEIDT, *The Directive on actions for antitrust damages*, cit., 438). In effetti, si osserva che la direttiva pone a carico dell'attore un «*onere probatorio estremamente arduo [...] già nella fase della richiesta di misure probatorie, e un non meno arduo onere posto ad ingombro del giudice, ad assicurare il rispetto delle numerose esigenze dichiaratamente riconosciute a tutela delle ragioni del convenuto, ed una assai difficile e generica valutazione della «proporzionalità» delle misure richieste. Tanto più, occorre aggiungere, in una fase nella quale, per definizione, prove provate potrebbero non esistere o non in misura sufficiente, che altrimenti non si vede perché l'attore le vada ricercando*» (cfr. C. OSTI, *Un approccio pragmatico all'attuazione giudiziale delle regole di concorrenza nell'ordinamento italiano*, in *Concorrenza e Mercato*, 2014, 291, spec. 293).

giudici «di trarre conclusioni negative quali presupporre che la questione sia stata comprovata o respingere in tutto o in parte domande e eccezioni, [così come] la possibilità di ordinare il pagamento delle spese»⁶⁰⁷.

L'accesso alle prove non rappresenta tuttavia un diritto assoluto e illimitato dei potenziali attori di un procedimento volto ad ottenere il risarcimento del danno da illecito antitrust. È invece attività soggetta a un ben delineato scrutinio di proporzionalità che i giudici nazionali sono tenuti ad effettuare sulla base di un bilanciamento fra gli interessi dei soggetti richiedenti e quelli di tutte le altre parti coinvolte nel procedimento e dei terzi interessati. Viene fornito un elenco (non esaustivo) di criteri guida alla luce dei quali i giudici nazionali devono svolgere lo scrutinio di proporzionalità, fra i quali rientrano l'esame della plausibilità della domanda, dei costi di divulgazione e della natura riservata delle informazioni che ne sono oggetto⁶⁰⁸. La tensione fra gli opposti interessi sottesi alla divulgazione ovvero alla riservatezza delle prove⁶⁰⁹ è confermata da ulteriori disposizioni della direttiva, fra cui quelle che offrono una specifica e dettagliata disciplina per gli elementi probatori provenienti dai fascicoli di Commissione e ANC. Si creano infatti tre macro-categorie di documenti, a ognuna delle quali si riserva un diverso regime di divulgazione e di successiva ammissibilità nel corso di un'azione volta ad ottenere il risarcimento del danno da illecito antitrust.

Da un lato, si sancisce un divieto assoluto e inderogabile di divulgazione sia (i) delle dichiarazioni legate a un programma di clemenza⁶¹⁰, sia (ii) delle proposte di

⁶⁰⁷ Cfr. art. 8(3) dir. n. 2014/104/UE, cit.

⁶⁰⁸ Più nel dettaglio, oltre a esaminare «in quale misura la domanda di risarcimento o gli argomenti di difesa siano corroborati da fatti e prove disponibili che giustificano la domanda di divulgazione delle prove», i giudici nazionali sono tenuti a considerare «la portata e i costi della divulgazione, in particolare per i terzi interessati, anche al fine di prevenire la ricerca generica di informazioni verosimilmente non rilevanti per le parti nel procedimento», oltreché a valutare «se le prove di cui è richiesta la divulgazione contengano informazioni riservate, in particolare riguardanti parti terze, e le modalità atte a proteggere tali informazioni riservate» (cfr. art. 5(3) dir. n. 2014/104, cit.). Tali criteri vengono definite con un grado maggiore di dettaglio con riguardo agli elementi probatori contenuti nel fascicolo della Commissione o di un'ANC (su cui v. immediatamente *infra* nel testo). In questo caso, si precisa infatti che la valutazione del giudice nazionale circa la proporzionalità di un ordine di divulgazione presuppone l'esame di diverse ulteriori circostanze, fra le quali la questione (i) «se la richiesta sia stata formulata in modo specifico quanto alla natura, all'oggetto o al contenuto dei documenti presentati a un'autorità garante della concorrenza o contenuti nel fascicolo di tale autorità, piuttosto che con una domanda generica attinente a documenti presentati a un'autorità garante della concorrenza», (ii) «se la parte stia richiedendo la divulgazione in relazione a un'azione per il risarcimento del danno intentata dinanzi a un giudice nazionale», ovvero «se sia necessario salvaguardare l'efficacia dell'applicazione a livello pubblicistico del diritto della concorrenza» (cfr. art. 6(4) dir. n. 2014/104). Pertanto, se i potenziali attori «seek[...] disclosure of the authority's entire file», si ritiene che i giudici nazionali «would normally deem such global disclosure requests for documents as disproportionate and not complying with the requesting party's duty to specify categories of evidence as precisely and narrowly as possible» (cfr. R. GAMBLE, *The European embrace of private enforcement: this time with feeling*, in *European Competition Law Review*, 2014, 469, spec. 476; ma v. anche *supra* la nota 605, nel capitolo 2, § 3.7).

⁶⁰⁹ Circostanza che riflette la più generale tensione relativa alla possibile «interaction between the public and private enforcement regimes», e quindi alla volontà del legislatore dell'Unione di evitare che «increased private enforcement does not undermine public enforcement, in particular the detection of cartel infringement through leniency programmes» (cfr. S. WISKING, K. DIETZEL, M. HERRON, *European Commission finally publishes*, cit., 185).

⁶¹⁰ Tale nozione è meglio precisata all'art. 2(16) dir. n. 2014/104/UE, cit., dove si chiarisce che vi rientrano le «dichiarazion[i] oral[i] o scritt[e] presentat[e] volontariamente da parte o per conto di un'impresa o di una persona fisica a un'autorità garante della concorrenza, o una registrazione di [...] tal[i] dichiarazion[i], che descriv[ono] la conoscenza dell'impresa o della persona fisica in merito a un cartello e descriv[ono] il ruolo da essa svolto al suo interno, predispost[i]»

transazione⁶¹¹. Dall'altro lato, si immagina invece un divieto solo temporaneo con riguardo alle (i) informazioni specificamente preparate da imprese, Commissione o ANC ai fini di un procedimento antitrust, ovvero alle (ii) proposte transattive che siano state ritirate dalle imprese: tali documenti si possono infatti divulgare solo dopo che il procedimento pubblico sia stato concluso⁶¹². Dall'altro lato ancora, si prevede infine che prove e documenti che non rientrano nelle categorie appena menzionate possono essere oggetto di un ordine di esibizione in qualsiasi momento⁶¹³. Oltre a quanto appena rilevato con riguardo allo specifico contenuto dello scrutinio di proporzionalità in caso di informazioni contenute nel fascicolo di Commissione e ANC⁶¹⁴, la protezione delle prime due categorie di documenti è rafforzata dall'art. 7 dir. n. 2014/104/UE, dove vengono disciplinati in modo analogo i limiti concernenti l'ammissibilità e l'utilizzo ai fini del risarcimento del danno delle prove che siano state ottenute grazie all'accesso al fascicolo di Commissione e ANC nell'esercizio dei propri diritti di difesa, ai sensi dell'art. 27 reg. (CE) n. 1/2003 o delle corrispondenti disposizioni di diritto interno.

Anche se non mancano opinioni divergenti⁶¹⁵, tale dettagliata disciplina non sembra perfettamente in linea con i principi formulati in *Donau Chemie*, e in particolare

specificamente per essere presentat[e] all'autorità garante della concorrenza allo scopo di ottenere l'immunità o una riduzione delle ammende ai sensi di un programma di clemenza e che non comprend[ono] le informazioni preesistenti. Si osserva che tale definizione presenta «un'ambiguità pericolosa, perché ancora una volta lascia ai giudici la responsabilità di determinare se un'informazione è pre-esistente o meno, con pregiudizio dell'uniformità di applicazione del divieto»: da un lato, infatti l'art. 2(16) dir. n. 2014/104/UE, cit., «sembra restringere notevolmente la portata del divieto di divulgazione», atteso che «se la dichiarazione ufficiale dovesse consistere semplicemente in una lettera in cui l'impresa si dichiara colpevole e allega come prove una serie di documenti da cui si deduce l'esistenza del cartello e la partecipazione dell'impresa in parola (come, ad esempio, uno scambio di corrispondenza con i concorrenti), questi elementi dovrebbero essere considerati pre-esistenti e quindi sfuggire alla protezione»; dall'altro lato, tuttavia, è vero anche il contrario, giacché sembra «sufficiente che l'impresa integri nella richiesta di trattamento favorevole tutti gli elementi necessari alla prova del cartello per fare rientrare tali informazioni nell'ambito del divieto di divulgazione» (cfr. P. IANNUCELLI, *Torniamo al Trattato!*, cit., 98).

⁶¹¹ Cfr. art. 6(6) dir. n. 2014/104/UE, cit., che individua pertanto la c.d. «*black list*» of documents, which are always protected from disclosure [and] includes corporate leniency or immunity statements (where an undertaking discloses evidence of an infringement to the Commission or a [NCA] in order to benefit from reduction of the fine) and settlement submission (where an undertaking admits participating in an infringement in order to benefit from an expedited procedure/settlement discount)» (cfr. T. JENKIS, *Competition Law in Europe: What to Expect in 2014*, in *European Competition Law Review*, 2014, 274, spec. 277).

⁶¹² Cfr. art. 6(5) dir. n. 2014/104/UE, cit., che individua pertanto la c.d. «*grey list*» of documents, which may be disclosed following the conclusion of the administrative procedure [and include] other documents prepared by or for a competition authority (such as a statement of objections, requests for information and responses to such requests)» (cfr. T. JENKIS, *Competition Law in Europe*, cit., 277). Si osserva peraltro che «[i]t is not clear from the Directive whether the Commission envisages that, following expiry of the period of temporary protection, the case by case balancing exercise required by the CJEU in the *Pfleiderer* case would need to be carried out by the national court in determining whether to order disclosure of such documents» (cfr. S. WISKING, K. DIETZEL, M. HERRON, *European Commission finally publishes*, cit., 188).

⁶¹³ Cfr. art. 6(9) dir. n. 2014/104/UE, cit., che individua pertanto la c.d. «*white list*» ([including] all other types of documents, e.g. pre-existing documents evidencing an infringement, even though these may have been submitted as part of a leniency application), which are afforded no protection against discovery» (cfr. T. JENKIS, *Competition Law in Europe*, cit., 277).

⁶¹⁴ Cfr. *supra* la nota 608, nel capitolo 2, § 3.7.

⁶¹⁵ A favore della piena compatibilità della dir. n. 2014/104/UE, cit., con la giurisprudenza della Corte, v. ad esempio F. ROSSI DAL POZZO, *La direttiva sul risarcimento del danno da illecito antitrust*, cit., («[n]on si condivide (lo si vuole ribadire) l'affermazione di taluni secondo cui questo limite oggettivo alle informazioni rientranti nei programmi di leniency sarebbe in contrasto con la giurisprudenza della Corte di giustizia [...]. In quei casi il giudice UE, rilevando l'assenza di disposizioni "comunitarie" al riguardo, non ha, infatti, potuto che investire il giudice nazionale della decisione sull'ammissibilità

con la tendenziale contrarietà espressa dalla Corte nei confronti di normative rigide e tali da impedire ai giudici nazionali di effettuare, caso per caso, il bilanciamento degli interessi in gioco⁶¹⁶: in assenza di una normativa di diritto derivato, la Corte deve aver tratto tale principio direttamente dall'art. 101 TFUE o averlo considerato un principio generale di diritto dell'Unione⁶¹⁷; in ogni caso, norme gerarchicamente sovraordinate alla direttiva⁶¹⁸.

*di tali prove sulla base di un approccio caso per caso. Non tragga in inganno l'affermazione della Corte nel caso Donau Chemie secondo cui "in particolare in materia di concorrenza qualsiasi regola rigida, nel senso sia di un diniego assoluto di accesso ai documenti in questione sia di un accesso generalizzato a tali documenti, può pregiudicare l'effettiva applicazione, segnatamente, dell'articolo 101 TFUE e dei diritti che tale disposizione attribuisce ai singoli" (punto 31), poiché la premessa non può essere che la stessa: l'assenza di una disciplina vincolante di diritto dell'Unione in materia (punto 9). Oggi è il legislatore UE ad avere deciso», e C.F. WEIDT, *The Directive on actions for antitrust damages*, cit., 444 («[t]he black list-protection is considered to violate the Donau Chemie judgment of the ECJ. This is not the case regarding the fact that a disclosure obligation did not exist yet. When creating such an obligation the European Legislator is certainly free to make restrictions»). Sul punto v. anche l'intervento di A. ITALIANER, *Competition Law within a framework of rights and the Commission's proposal for a Directive on antitrust damage actions*, 12th Annual conference of the Association of European Competition Judges, Lussemburgo, 14 giugno 2013. In una diversa prospettiva, già prima dell'entrata in vigore della dir. n. 2014/104/UE, cit., si osservava che, di regola, l'esito del bilanciamento non sembrava richiedere la divulgazione del materiale fornito nel contesto di un programma di clemenza, anche in virtù del «carattere vincolante della decisione antitrust nell'ambito di una follow-on action»: infatti, si rileva che «sembra possibile affermare che, una volta affermata la natura vincolante per il giudice della decisione della Commissione [...] o di un[ANC] [...], un ordine di divulgazione di quei soli passaggi della versione confidenziale della decisione ritenuti rilevanti dal giudice nazionale dovrebbe essere di per sé sufficiente a bilanciare l'interesse del richiedente il trattamento favorevole alla riservatezza delle informazioni fornite nell'ambito di un programma di clemenza e l'interesse della vittima dell'illecito ad ottenere tutte le informazioni rilevanti ai fini dell'azione risarcitoria che intende esperire, di fatto realizzando quel balancing exercise indicato dalla Corte di giustizia nella sentenza Pfeleiderer» (cfr. S. BASTIANON, *La tutela dei privati e l'accesso alle informazioni riservate*, cit., 127).*

⁶¹⁶ Cfr. causa C-536/11, *Donau Chemie*, cit., §§ 31 e 49. In tale prospettiva, v. ad esempio S. WISKING, K. DIETZEL, M. HERRON, *European Commission finally publishes*, cit., 188 («it is not clear whether this proposal is consistent with the recent judgment of the CJEU in the Donau Chemie case, which ruled that EU Member States cannot adopt national laws that "systematically" refuse access to documents in the file of national competition authorities») e F. MURPHY, *EU Commission proposes new measures re private actions for damages and collective actions*, in *European Competition Law Review*, 2014, 223, spec. 224 («[i]t is open to debate [...] whether the exclusion of immunity documents from court-ordered disclosure is consistent with the recent judgment of the ECJ in Donau Chemie»). Per ulteriori riferimenti, specie alla dottrina tedesca, v. anche C.F. WEIDT, *The Directive on actions for antitrust damages*, cit., 440, spec. nota 26).

⁶¹⁷ Ed è per tale ragione che, già prima dell'entrata in vigore della dir. n. 2014/104/UE, cit., si afferma che i principi desumibili dalla giurisprudenza della Corte relativa ai casi *Pfeleiderer* e *Donau Chemie* (causa C-360/09, *Pfeleiderer*, cit. e causa C-536/11, *Donau Chemie*, cit.), sebbene riferiti ai procedimenti delle ANC, si possono (e devono) applicare anche a quelli avviati dalla Commissione. Infatti, premesso che i giudici nazionali devono garantire l'effettività del diritto al risarcimento «a prescindere dal fatto che la condotta lesiva da cui esso trae origine sia stata esaminata da una ANC o dalla Commissione», si osserva che «[l]a tutela dei programmi di clemenza di quest'ultima, analogamente a quanto accade per i programmi di diritto nazionale, non può prevalere strutturalmente sul diritto al risarcimento del danno in ogni caso, ma a seconda delle circostanze del caso stesso»; e ciò proprio perché, nel disciplinare i programmi di clemenza, la Commissione «non può determinare ulteriori condizioni, anche procedurali, di esercizio del diritto al risarcimento del danno, in quanto quest'ultimo discende direttamente dal Trattato in conseguenza di una violazione, e rileva ai fini della piena efficacia degli artt. 101 e 102 TFUE» (cfr. D. CALISTI, *Accesso alle prove nel processo civile tra private enforcement e tutela dei programmi di clemenza dopo il caso Pfeleiderer*, in G. TESAURO (a cura di), *Concorrenza ed effettività della tutela giurisdizionale*, cit., 225, spec. 235).

⁶¹⁸ In effetti, atteso che «[i]n [Donau Chemie – causa C-536/11, *Donau Chemie*, cit.] the Court was actually interpreting EU primary law, [...] the question arises as to whether these provisions of the directive could run the risk of being struck down»: infatti, «the solutions adopted by the Court of justice were to be derived, as just said, from primary law, thus constituting not only decisions for the cases brought before the EU Judges in Luxembourg, but also orienting parameters for the future choices of the legislators»; pertanto, «in so far as it has to be considered as setting rules which are per se needed to implement primary law, the directive cannot of course provide different solutions» (cfr. R. CISOTTA, *The evolving framework for antitrust damages actions*, cit., 738-739). In altri termini, «[i]t is [...] difficult to see how the rights guaranteed by arts 101 and 102 are less compromised simply because the source of the ban [on the disclosure of leniency material] is EU law, rather than national law» (cfr. R. GAMBLE, *The European embrace of private enforcement*, cit., 479). Più in generale, premesso che

Come già immaginato dal Libro bianco, la direttiva interviene anche sulle modalità di prova della condotta illecita nelle azioni c.d. *follow on*. In linea con quanto previsto dall'art. 16 reg. (CE) n. 1 /2003 in merito alle decisioni della Commissione⁶¹⁹, l'art. 9(1) dir. n. 2014/104/UE proibisce infatti ai giudici nazionali di prendere decisioni in contrasto con – l'accertamento di un'infrazione già oggetto di – una decisione definitiva dell'ANC operante nello stesso ordinamento⁶²⁰. Per tale ragione, l'art. 9 dir. n. 2014/104/UE suscita le medesime perplessità già piovute sull'art. 16 reg. (CE) n. 1/2003⁶²¹, con particolare riferimento al *vulnus* che tali norme recano sia alla tenuta del sistema di applicazione decentrata delle regole antitrust, sia ai principi del contraddittorio e dell'indipendenza dei giudici civili, valori entrambi protetti dalle Costituzioni di molti Stati membri⁶²². E ciò – anche – perché Commissione e ANC non sono istituzioni del tutto imparziali nell'applicazione delle regole di concorrenza,

«la giurisprudenza più recente della Corte ha considerato il carattere strumentale del diritto al risarcimento come accessorio rispetto alla sua funzione principale di ristorare il danno illegittimamente subito dal danneggiato» (e ricollegandosi quindi al tema della scelta fra funzione deterrente e compensativa, e alla superiorità del *private enforcement* per raggiungere la seconda finalità – cfr. *supra* il capitolo 1, §§ 5 e 6), si osserva che «il diritto al risarcimento è stato così nobilitato e non può più essere bilanciato con uno strumento pensato per un altro fine, ovvero il controllo pubblico, ma deve essere direttamente bilanciato con questo», con risultati allora «molto meno scontat[i]» (cfr. P. IANNUCELLI, *Torniamo al Trattato!*, cit., 108).

⁶¹⁹ Le due disposizioni hanno però campi di applicazione lievemente differenti: mentre l'art. 16 reg. (CE) n. 1/2003, cit., prevede la vincolatività delle decisioni della Commissione per il caso in cui «le giurisdizioni nazionali si pronunciano su accordi, decisioni e pratiche ai sensi dell'articolo [101] o [102] del trattato», l'art. 9 dir. n. 2014/104/UE, cit., si riferisce alle sole pronunce rese «ai fini dell'azione per il risarcimento del danno [...] ai sensi dell'articolo 101 o 102 TFUE o ai sensi del diritto nazionale della concorrenza».

⁶²⁰ Più nel dettaglio, si prevede che «una violazione del diritto della concorrenza constatata da una decisione definitiva di un [ANC] o di un giudice del ricorso sia ritenuta definitivamente accertata ai fini dell'azione per il risarcimento del danno proposta dinanzi ai loro giudici nazionali ai sensi dell'articolo 101 o 102 TFUE o ai sensi del diritto nazionale della concorrenza» (cfr. art. 9(1) dir. n. 2014/104/UE, cit.). In sostanza, ciò significa che tali decisioni «non costituiscono solo una prova privilegiata per cui non è consentito fornire la prova contraria dei fatti accertati (senza che sia possibile nel giudizio civile rimettere in discussione i fatti costitutivi dell'affermazione di sussistenza del comportamento anticoncorrenziale in base allo stesso materiale probatorio o alle stesse argomentazioni già presi in considerazione) ma non possono essere in alcun modo rimesse in discussione, avendo un'efficacia in tutto e per tutto vincolante» (cfr. F. ROSSI DAL POZZO, *La direttiva sul risarcimento del danno da illecito antitrust*, cit.).

⁶²¹ In senso contrario, si osserva che il fatto che «final decisions of NCAs and courts are prima facie evidence in all Member States [...] is welcomed, as it will reduce the phenomenon of so-called “forum shopping” within the European Union» (cfr. B. SCHARAW, *Commission proposal for a directive on antitrust damages*, cit., 359).

⁶²² Si pensi, ad esempio, all'art. 24 Cost. secondo cui «[l]a difesa è diritto inviolabile in ogni stato e grado del procedimento», nonché all'art. 101 comma 2 Cost. secondo cui «[i] giudici sono soggetti soltanto alla legge», e non certo alle decisioni di un'autorità amministrativa. Ed infatti, si ritiene che «l'“effetto vincolante” per il giudice che [essa] vorrebbe conferire alle decisioni dell'autorità antitrust [sembra] ben difficilmente compatibile con il nucleo essenziale delle libertà e dei diritti fondamentali garantiti in sede costituzionale nazionale e contrastante sia con il Trattato UE [...], sia con il Trattato CE», posto che «il cittadino che agisca in giudizio per chiedere di essere risarcito da condotte anticoncorrenziali vedrà (i) la sua azione dispiegarsi avanti un giudice che non potrà conoscere interamente della causa proposta – perché la qualificazione giuridica del comportamento dannoso gli è sottratta –, (ii) il giudizio vincolato alle risultanze di un procedimento del quale egli non è stato parte – e, quand'anche casualmente lo fosse stato, non vi avrà goduto le stesse garanzie di cui gode in giudizio – e, comunque (iii) posto in essere per la tutela di interessi differenti da quello che fa valere in giudizio», con una chiara «violazione del principio del contraddittorio, assicurato invece dalla nostra costituzione come garanzia essenziale delle posizioni soggettive del cittadino e parte costitutiva della nozione di Stato di diritto» (cfr. S. BARIATTI, L. PERFETTI, *Prime osservazioni sulle previsioni del “Libro bianco in materia di azioni per il risarcimento del danno per violazione delle norme antitrust” della Commissione e del Codice del consumo*», in B. NASCIMBENE, F. ROSSI DAL POZZO (a cura di), *Il private enforcement*, cit., 3, spec. 27; sul punto, v. anche P. BIAVATI, *Il diritto processuale e la tutela dei diritti in materia di concorrenza*, in *Rivista trimestrale di diritto processuale civile*, 2007, 97).

circostanza che, al contrario, rappresenta la loro missione istituzionale⁶²³. La misura in discussione non pare quindi perfettamente allineata alle tradizioni giuridiche degli Stati membri⁶²⁴, obiettivo per il quale sarebbe stato forse più opportuno prevedere un meccanismo, altrettanto efficace, simile a quello adottato dalla giurisprudenza italiana che attribuisce alle decisioni dell'AGCM il valore di prova privilegiata⁶²⁵. Non sorprende che la questione sia stata oggetto di un (parziale) *revirement* rispetto a quanto inizialmente immaginato dalla Proposta della Commissione: come anticipato, l'effetto vincolante è infatti limitato ai casi in cui ANC e giudizi nazionali appartengano al medesimo ordinamento; viceversa, quando la decisione di un'ANC è azionata in un diverso Stato membro, la direttiva prevede ora che l'accertamento della violazione ivi contenuto vada considerato «a titolo di prova prima facie». La proposta non conteneva invece tale divisione⁶²⁶. La nuova soluzione appare più idonea a proteggere il ruolo di garanzia dei giudici nazionali⁶²⁷, almeno con riguardo ai provvedimenti (di regola) amministrativi adottati in altri Stati membri, senza compromettere la “libera circolazione” delle decisioni delle ANC⁶²⁸.

La questione è peraltro ancor più significativa alla luce della presunzione (relativa) circa la dannosità dei cartelli e alla possibilità di stimare l'ammontare del

⁶²³ In tal senso, v. F. MUNARI, *L'applicazione del diritto antitrust dopo l'entrata in vigore del Regolamento (CE) n. 1/2003*, cit., 199.

⁶²⁴ In senso contrario, v. però «l'esempio della legge tedesca sulla concorrenza [cfr. art. 33(4) *Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen*] che, a partire dalla sua riforma nel 2005, impone alle corti nazionali il rispetto non solo delle decisioni adottate dal Bundeskartellamt, ma anche di quelle pronunciate dalle [ANC] degli altri Stati membri» (cfr. M. SIRAGUSA, *L'effetto delle decisioni delle autorità nazionali della concorrenza nei giudizi per il risarcimento del danno: la proposta della Commissione e il suo impatto nell'ordinamento italiano*, in *Concorrenza e Mercato*, 2014, 297, spec. 299).

⁶²⁵ Nel «senso che al professionista è consentito fornire la prova contraria dei fatti accertati senza che sia possibile nel giudizio civile rimettere in discussione i fatti costitutivi dell'affermazione di sussistenza della violazione della normativa in tema di concorrenza in base allo stesso materiale probatorio od alle stesse argomentazioni già disattese in quella sede» (cfr. Cass. 20 giugno 2011, n. 13486, cit., e Cass. 10 maggio 2011, n. 10211, cit. A favore di un sistema applicativo in cui non si attribuisca valore vincolante alle decisioni della Commissione e delle Autorità nazionali, fra i molti, v. F. TIRIO, *Le autorità indipendenti*, cit., 224. Più in generale, v. A. TROTTA, *Il rapporto tra il giudizio civile e gli atti dell'AGCM e della Commissione*, in L.F. PACE (a cura di), *Dizionario sistematico*, cit., 361; M. NEGRI, *Procedimenti paralleli in materia antitrust: (ir)ragionevoli corollari processuali del vincolo dei giudici nazionali alle decisioni della Commissione CE*, in *Rivista di diritto processuale internazionale e arbitrato internazionale*, 2009, 133.

⁶²⁶ Infatti, l'art. 9 della Proposta di direttiva, COM(2013) 404, cit. prevedeva che «[q]uando i giudici nazionali si pronunciano, nel contesto di azioni per il risarcimento del danno [...], su accordi, decisioni e pratiche che sono già oggetto di una decisione definitiva relativa ad un'infrazione adottata da un'autorità nazionale garante della concorrenza o da un'istanza di ricorso, gli Stati membri provvedono affinché tali giurisdizioni non possano prendere decisioni che siano in contrasto con tale constatazione di un'infrazione». Tanto che si osservava che l'estensione del regime giuridico di cui all'art. 16 reg. (CE) n. 1/2003, cit., «ad ogni [ANC] dell'Unione sembra rappresentare una riforma senz'altro radicale, capace di sollevare criticità in almeno due direzioni: in primo luogo rispetto all'autonomia degli ordini giudiziari dei diversi Stati membri, autonomia che finirebbe per essere vincolata da determinazioni assunte da organi amministrativi stranieri; in secondo luogo con riferimento alla protezione dei diritti della difesa delle imprese convenute, che verrebbero private della possibilità di veder riesaminati in sede civile i fatti e le valutazioni giuridiche alla base della domanda di risarcimento a loro avversa» (cfr. M. SIRAGUSA, *L'effetto delle decisioni delle autorità nazionali della concorrenza nei giudizi per il risarcimento del danno*, cit., 297-298).

⁶²⁷ E in effetti si osserva che «[t]he provision of art. 9(2) has been introduced because the former one endangered the independence of judges» (cfr. C.F. WEIDT, *The Directive on actions for antitrust damages*, cit., 440).

⁶²⁸ Infatti, «[t]his compromise dilutes, from a formal point of view, the freedom of circulation of decisions on antitrust breaches, but does not exclude that it will be achieved as a practical result by national courts» (cfr. R. CISOTTA, *The evolving framework for antitrust damages actions*, cit., 740).

danno introdotte dalla direttiva⁶²⁹. Fatta salva la possibilità per le imprese convenute di confutare tali aspetti nel corso del giudizio civile, dal combinato disposto degli 9 e 17 dir. n. 2014/104/UE risulta che, in caso di accertamento di un cartello da parte di una ANC, i giudici civili di tale Stato membro (i) non possono contraddire tale accertamento, (ii) devono presumere che il cartello accertato abbia causato un danno ai potenziali attori⁶³⁰, e (iii) possono stimarne l'ammontare se è «*eccessivamente difficile*» quantificarlo con esattezza. Ai sensi dell'art. 16 reg. (CE) n. 1/2003 e dell'art. 17 dir. n. 2014/104/UE, lo stesso vale anche per il caso di accertamento ad opera della Commissione. Con buona pace dei principi costituzionali sopra menzionati e in apparente contrasto con la più recente giurisprudenza della Corte di giustizia la quale, pur ribadendo che i giudici nazionali sono vincolati alla decisione di accertamento di un illecito antitrust da parte della Commissione, ritiene che «*resta tuttavia di competenza del giudice nazionale stabilire la sussistenza di un pregiudizio e di un nesso di causalità diretta tra lo stesso e l'intesa o la pratica in discussione*»⁶³¹.

Tralasciando le pur significative disposizioni in tema di prescrizione e composizione consensuale delle controversie⁶³², e anticipando che alla responsabilità solidale delle imprese coinvolte in un illecito si accennerà in seguito con riguardo al rapporto fra tale disposizione e le procedure transattive⁶³³, vanno ora segnalate alcune novità con riguardo all'eccezione del c.d. *passing on*. La direttiva modifica infatti il sistema di doppia presunzione semplice a favore dei potenziali attori immaginato nel Libro bianco: sotto tale profilo, le novità riguardano sia il c.d. *passing on* difensivo, sia il c.d. *passing on* offensivo. Con riguardo al c.d. *passing on* difensivo, si è visto che vi sono importanti novità anche con riguardo al regime inizialmente ipotizzato dalla

⁶²⁹ Cfr. art. 17(1)(2) dir. n. 2014/104/UE, cit. I due aspetti devono essere valutati assieme atteso che la presunzione circa la dannosità dei cartelli appare, da sola, di limitata utilità, giacché «*does not (as is the case in some Member States) provide for a presumption of a specific level of overcharges*» (cfr. R. GAMBLE, *The European embrace of private enforcement*, cit., 478). Si osserva pertanto che «*[i]t is not clear whether the presumption would lead to any change in practice, given that claimants would have to adduce evidences as to the quantum of the loss suffered, and defendants would in any case advance evidence to the effect that no loss has been caused, or that any loss is less than has been claimed*» (cfr. S. WISKING, K. DIETZEL, M. HERRON, *European Commission finally publishes measures*, cit., 189). In realtà, l'utilità della presunzione di cui all'art. 17(2) dir. n. 2014/104/UE, cit., è sicuramente limitata ma non del tutto assente: non va dimenticato che la liquidazione equitativa (prevista dall'art. 17(1) dir. n. 2014/104/UE, cit.) richiede in ogni caso la prova dell'esistenza del danno: i giudici nazionali, infatti, possono «*procedere alla liquidazione globale del pregiudizio, sempre che sia difficile la prova della sua effettiva consistenza, solo ove sia stata previamente conseguita la prova dell'esistenza del danno stesso*», e – in assenza del meccanismo presuntivo di cui si discute – l'accertamento di un cartello da parte della Commissione o di un ANC «*non implica che un danno si sia effettivamente prodotto*» (cfr. R. PARDOLESI, *Note minime in tema di nesso di causalità*, in *Concorrenza e Mercato*, 2014, 317, spec. 318-319). Pertanto, si osserva che «*[t]he presumption will alleviate the burden of proof for claimants so that they do not have to adduce evidence to show that the cartel resulted in them paying more than the hypothetical competitive prices*» (cfr. A. HOWARD, *The Draft Directive on Competition Law Damages*, cit., 52).

⁶³⁰ Si osserva allora che la dir. n. 2014/104/UE, cit., richiede che «*alla mostrata esistenza di un'intesa collusiva venga collegato il superamento della resistenza a riconoscere un danno in re ipsa*» (cfr. R. PARDOLESI, *Note minime in tema di nesso di causalità*, cit., 318).

⁶³¹ Cfr. causa C-199/11, *Otis*, cit., § 65.

⁶³² Cfr., rispettivamente, artt. 10 e 18 e 19 dir. n. 2014/104/UE, cit. Sul tema della composizione consensuale delle controversie, v. da ultimo S. BASTIANON, *Proposta di direttiva sulle azioni risarcitorie antitrust e le prospettive di ricorso ai consensual settlements*, in *Concorrenza e Mercato*, 2014, 331).

⁶³³ Cfr. *infra* il testo relativo alle note 1552-1555, nel capitolo 4, § 3.3.1.

Proposta di direttiva. E si è visto altresì che la ragione è ancora una volta dovuta all'approccio compensativo al *private enforcement* su cui si basa la versione finale della dir. n. 2014/104/UE.

Quanto alla prima fattispecie, si riconosce il diritto delle imprese convenute di invocare nei confronti degli acquirenti diretti il trasferimento totale o parziale del sovrapprezzo derivante dalla violazione degli artt. 101 o 102 TFUE, purché queste ne sopportino il relativo onere della prova⁶³⁴. Rispetto alla Proposta di direttiva viene invece meno la clausola secondo cui tale strategia difensiva è preclusa se il sovrapprezzo è stato trasferito a soggetti «*che si trovano nell'impossibilità giuridica di chiedere un risarcimento per il danno subito*»⁶³⁵. La nuova soluzione appare convincente. La nozione di «*impossibilità giuridica*» è infatti incerta, tanto che nella Proposta di direttiva mancava una definizione: l'estensione di tale eccezione al generale divieto di risarcimento in favore degli acquirenti diretti dei danni da questi ultimi traslati rimaneva quindi poco chiara⁶³⁶. Circostanza che faceva apparire la norma non perfettamente coordinata con la natura compensativa delle azioni di risarcimento del danno da illecito antitrust, e certamente foriera di incertezza giuridica⁶³⁷.

Quanto alla seconda fattispecie, viene modificato in senso restrittivo il meccanismo di presunzione semplice di trasferimento prevista dal Libro bianco a favore degli acquirenti indiretti. La direttiva prevede infatti che l'onere di dimostrare l'avvenuto trasferimento del sovrapprezzo ricada su tale categoria di soggetti; tuttavia, la prova si ritiene raggiunta in via presuntiva se gli acquirenti indiretti riescono a dimostrare (semplicemente⁶³⁸) che (i) «*il convenuto ha commesso una violazione del diritto della concorrenza*», (ii) che «*la violazione del diritto della concorrenza ha determinato un sovrapprezzo per l'acquirente diretto del convenuto*», e che (iii) «*l'acquirente indiretto ha acquistato beni o servizi oggetto della violazione del diritto della concorrenza o ha acquistato beni o servizi che derivano dagli stessi o che li incorporano*»⁶³⁹.

⁶³⁴ Cfr. art. 13 dir. n. 2014/104/UE, cit.

⁶³⁵ V. art. 12(2) della Proposta di direttiva (cfr. COM(2013) 404, cit.).

⁶³⁶ L'interpretazione più restrittiva sottolineava comunque che «*[t]his exception appears to relate to situations where national rules prevent de jure indirect purchasers from making a claim, for example due to rules on foreseeability and remoteness, not merely where it is practically difficult to do so (for example, due to the low value of individual claims)*» (cfr. S. WISKING, K. DIETZEL, M. HERRON, *European Commission finally publishes measures*, cit., 190).

⁶³⁷ Infatti, atteso che in realtà «*[i]t is not clear whether practical situations which preclude indirect purchasers from bringing claims will also count*», si osservava che «*the defendant(s) faces the uncertainty of prospective litigation in 28 Member States, where the availability and merits of the passing-on defence will vary according to the idiosyncrasies of each particular legal regime*» (cfr. A. HOWARD, *The Draft Directive on Competition Law Damages*, cit., 54).

⁶³⁸ Tanto che si parafrasa tale disposizione affermando che, dopo la futura trasposizione della dir. n. 2014/104/UE, cit., «*if following a competition authority's prohibition decision on a given cartel, the indirect purchaser was to open a new proceeding in front of national judiciary, it would not need to prove that there was indeed some level of pass-on [...] but it would actually be for the infringer to prove that there was not any*» (cfr. J. DE SOLÀ-MORALES, J.P. VAN DER VEER, *Cartel Damages and More than Full "Pass-On": Who Pays What?*, in *European Competition Law Review*, 2014, 179, spec. 181).

⁶³⁹ Resta ferma per le imprese convenute la possibilità di «*dimostrare in modo verosimile e ritenuto adeguato dal giudice che il sovrapprezzo non è stato trasferito, o non è stato trasferito interamente, sull'acquirente indiretto*» (cfr. art. 14 dir. n. 2014/104/UE, cit.).

Nel suo complesso, la direttiva conferma la subordinazione del sistema di *private enforcement* europeo rispetto all'applicazione pubblica delle regole di concorrenza, come già immaginato dal Libro bianco⁶⁴⁰. Oltretutto nelle disposizioni relative ai limiti all'accesso ai documenti in possesso della Commissione e delle ANC, tale aspetto si riflette anche nella (tendenziale) assenza di misure volte a facilitare la proposizione di azioni c.d. *stand alone*⁶⁴¹, anche nella forme delle azioni collettive o rappresentative, circostanza che appare sintomatica di una rinuncia della Commissione allo sviluppo di una cultura europea di *antitrust litigation*⁶⁴², come invece a suo tempo dalla stessa prospettato nel Libro verde⁶⁴³.

⁶⁴⁰ Cfr. Libro bianco, COM(2008) 165, cit., § 1.2, pag. 3.

⁶⁴¹ È infatti chiaro che «la Direttiva è stata immaginata sulla scorta dell'idea che le azioni consecutive rappresentino lo strumento primario nell'applicazione privata della disciplina concorrenziale» (cfr. C. OSTI, *Un approccio pragmatico all'attuazione giudiziale*, cit., 294).

⁶⁴² Nel senso che la dir. n. 2014/104/UE, cit., «is a cautious step towards more effective private enforcement, which reflects concerns in many Member States about the perceived over-development of private enforcement in the United States in particular, and also safeguards as a priority the public enforcement regime of EU and national competition authorities» (cfr. R. GAMBLE, *The European embrace of private enforcement*, cit., 479). In altri termini, «[t]he Commission wishes to strike a balance between encouraging victims to bring competition law actions and securing effective redress yet, at the same time, preventing the “abusive” litigation procedures which it perceives exist in the US system where defendants can be exposed to onerous legal costs and vexatious litigation» (cfr. A. HOWARD, *The Draft Directive on Competition Law Damages*, cit., 51). Tanto che, all'indomani dell'adozione della Proposta di direttiva (cfr. COM(2013) 404, cit.), si osservava che «[f]or the moment, the Commission and NCAs will continue to be the relevant institutions for the enforcement of competition law within the European Union», atteso che «[a]t this stage, it appears, therefore, unlikely that private antitrust litigation is poised to assume a significant role in the enforcement of antitrust law in the European Union» (cfr. B. SCHARAW, *Commission proposal for a directive on antitrust damages*, cit., 360).

⁶⁴³ Cfr. Libro verde, COM(2005) 672, cit., § 1.3, pag. 4, dove si indicava quale obiettivo principale di tale atto quello di «agevolare la proposizione di azioni di risarcimento del danno, siano esse azioni di seguito (ad esempio azioni civili proposte dopo che un'autorità garante della concorrenza ha accertato una violazione) o azioni indipendenti (ossia azioni che non fanno seguito a un precedente accertamento da parte di un'autorità garante della concorrenza di una violazione della normativa sulla concorrenza)»

Capitolo III

Le tecniche alternative di applicazione pubblica della normativa antitrust: decisioni con impegni e accordi transattivi

SOMMARIO: 1. Premessa: le procedure negoziate di *public enforcement* e il rapporto fra autorità e consenso nell'applicazione delle regole antitrust. – 1.1. L'applicazione del diritto della concorrenza come esercizio di un potere pubblico mediante atti autoritativi. – 1.2. Il ruolo delle imprese (e del consenso) nel contesto della procedura ordinaria. – 1.3. Le soluzioni negoziate: impegni e accordi transattivi fra discrezionalità della Commissione e consenso delle imprese. – 1.4. (*segue*): il “patteggiamento” fra Commissione e imprese. – 1.5. Le procedure negoziate come sintomo di una linea evolutiva dell'ordinamento. Prime (brevi) considerazioni sui loro effetti sistematici. – 2. Le origini dell'applicazione negoziale delle regole di concorrenza. – 2.1. L'esperienza nordamericana: i *consent orders* e i *consent decrees*. – 2.2. L'esperienza «comunitaria» anteriore alla c.d. «modernizzazione». – 3. Le soluzioni negoziali: decisioni con impegni e accordi di transazione dei cartelli. – 3.1. Aspetti procedurali e principali caratteristiche delle normative oggetto di indagine. – 3.1.1. Le decisioni con impegni. – 3.1.1.1. Premessa. – 3.1.1.2. La riserva di iniziativa a favore delle imprese e la fase della valutazione preliminare. – 3.1.1.3. La fase di accettazione degli impegni e il loro contenuto. – 3.1.1.4. (*segue*): il requisito della proporzionalità degli impegni secondo (il Tribunale e) la Corte di giustizia. – 3.1.1.5. (*segue*): la fase del c.d. *market test* e l'adozione della decisione. 3.1.1.6. – I meccanismi di autotutela a disposizione della Commissione. – 3.1.2. Gli accordi di transazione dei cartelli. – 3.1.2.1. Premessa. – 3.1.2.2. – La fase esplorativa: la riserva di iniziativa a favore della Commissione, la scelta dei casi e la disponibilità delle parti. – 3.1.2.3. La fase negoziale: gli incontri bilaterali e la ricerca del consenso. La proposta transattiva. – 3.1.2.4. La fase decisoria: la comunicazione degli addebiti e la decisione finale in forma semplificata. – 3.1.2.5. I rapporti fra transazioni e programmi di clemenza, le c.d. procedure ibride e l'impugnazione delle decisioni che recepiscono un accordo transattivo (brevi cenni, anche alla luce dei casi *Timab* e *Société Générale*). – 3.2. Vantaggi (e svantaggi) delle soluzioni negoziali. Le ragioni che incentivano imprese e Commissione all'utilizzo degli impegni e degli accordi transattivi. – 3.2.1. Premessa. – 3.2.2. Il punto di vista della Commissione. – 3.2.3. Il punto di vista delle imprese. – 3.3. La prassi applicativa da parte della Commissione. Impegni e accordi transattivi nell'azione di *enforcement* della Commissione. – 3.3.1. Premessa. L'incidenza di impegni e accordi transattivi nella prassi decisionale della Commissione. – 3.3.2. Le decisioni con impegni. – 3.3.2.1. Le principali categorie funzionali: gli impegni quali strumenti di “replica” del meccanismo di esenzione. – 3.3.2.2. (*segue*): gli impegni quali strumenti di supporto alla riforma di determinati mercati. – 3.3.2.3. (*segue*): gli impegni quale strumento di regolazione dei mercati. La liberalizzazione del settore dell'energia (e brevi cenni al settore del trasporto aereo). – 3.3.2.4. (*segue*): la regolazione dei prezzi nel settore dei pagamenti e dei servizi finanziari (e non solo). – 3.3.2.5. (*segue*): gli impegni quale strumento flessibile per i c.d. nuovi mercati. – 3.3.3. Gli accordi di transazione dei cartelli. – 3.3.3.1. Il numero delle imprese coinvolte. – 3.3.3.2. I rapporti con il programma di clemenza. – 3.3.3.3. Procedure c.d. piene e procedure c.d. ibride. – 3.3.3.4. Dati di sintesi e osservazioni conclusive.

- 1 Premessa: le procedure negoziate di *public enforcement* e il rapporto fra autorità e consenso nell'applicazione delle regole antitrust.**
- 1.1 L'applicazione del diritto della concorrenza come esercizio di un potere pubblico mediante atti autoritativi.**

Nell'ordinamento dell'Unione, l'applicazione delle regole antitrust si è sviluppata in prevalenza secondo i modelli tipici del diritto pubblico⁶⁴⁴, e in particolare del diritto amministrativo⁶⁴⁵. Tale circostanza rappresenta una delle principali differenze rispetto all'esperienza nordamericana, ed è evidente già dallo scarto temporale che si registra fra il primo regolamento sull'applicazione pubblica degli (allora) artt. 85 e 86 CEE e la prima direttiva sul *private enforcement*. Per circa mezzo secolo la tutela della concorrenza è infatti affidata (quasi) in esclusiva all'azione di autorità pubbliche, e in particolare della Commissione⁶⁴⁶. Fin dall'entrata in vigore del reg. (CEE) n. 17/1962, tale istituzione dispone infatti di poteri di indagine e sanzionatori piuttosto significativi, resi ancora più incisivi dal reg. (CE) n. 1/2003⁶⁴⁷. Il versante privatistico è invece sostanzialmente assente. Nonostante gli interventi della Corte di giustizia, il numero delle azioni civili di risarcimento del danno antitrust è ancora piuttosto limitato. Si è visto che il primo (e unico) intervento normativo volto a facilitare il *private enforcement* è rappresentato dalla dir. n. 2014/104/UE⁶⁴⁸.

La prevalenza di un modello di stampo pubblicistico ha diverse conseguenze. Una delle più significative è che gli artt. 101 e 102 TFUE sono di regola applicati nel corso di procedimenti in cui non vi è parità fra le parti. La Commissione si pone infatti in una posizione di potere rispetto alle imprese coinvolte nelle indagini⁶⁴⁹. Lo stesso

⁶⁴⁴ In effetti, «[c]ompetition law enforcement is usually a classic application of public law, epitomized by an authoritative, unilateral top-down hierarchical command by the “State”, addressed to one of its subjects and constrained by the rule of law (the public-law paradigm)» (cfr. F. WAGNER-VON PAPP, *Best and even better practices in commitment procedures after Abrosa: the dangers of abandoning the “struggle for competition law”*, in *Common Market Law Review*, 2012, 929, spec. 933).

⁶⁴⁵ In questa sede, non si intende peraltro approfondire la questione circa la natura puramente amministrativa o para-penale del diritto (e delle sanzioni) antitrust. Il dubbio è comunque dovuto essenzialmente alla giurisprudenza della Corte EDU (per tutte cfr. *A. Menarini Diagnostics S.r.l. c. Italia*, del 27 settembre 2011; per un commento v. M. BUQUICCHIO, *Il sindacato del giudice amministrativo sulle sanzioni antitrust: brevi note a margine della sentenza Menarini*, in G. TESAURO (a cura di), *Concorrenza ed effettività della tutela giurisdizionale tra ordinamento dell'Unione europea e ordinamento italiano*, Napoli, 2013, 359; M. SIRAGUSA, C. RIZZA, *Violazione delle norme antitrust, sindacato giurisdizionale*, cit., 408; P.G. MUGUET POULLENNEC, D.P. DOMENICUCCI, *Amende infligée par une autorité de concurrence et droit à une protection juridictionnelle effective: les enseignements de l'arrêt Menarini de la CEDH*, in *Revue Lamy de la Concurrence*, 2012, 49). Sul punto v. tuttavia le recenti Conclusioni dell'avvocato generale Wahl, 21 maggio 2015, in causa C-194/14 P, *AC-Treuband AG*, ECLI:EU:C:2015:350, spec. § 82, dove viene esclusa la possibilità di estendere la nozione penalistica di complicità in un reato alle imprese che abbiano facilitato la commissione di un illecito antitrust perché, sebbene negli ordinamenti penali degli Stati membri «vi sia accettazione quasi unanime della distinzione tra «autore» e «complice» di un'infrazione in materia di repressione penale, una tale distinzione appare, a mio giudizio, per lo più sconosciuta in ambito amministrativo [mentre], come la Corte ha confermato in numerose occasioni e benché ciò abbia potuto essere oggetto di dibattito, il diritto dell'Unione in materia di concorrenza è di natura amministrativa».

⁶⁴⁶ In altri termini, è noto che «[t]he primary method of enforcement of the EU antitrust rules is by way of public enforcement by the Commission and the competition authorities of the member States» (cfr. A. JONES, B. SUFRIN, *EU Competition Law*, cit., 923).

⁶⁴⁷ Si è visto inoltre che, in seguito alla modernizzazione, il sistema di applicazione pubblica viene decentralizzato, coinvolgendo a pieno titolo le autorità degli Stati membri (sul punto cfr. *supra* il capitolo 1, § 2.4).

⁶⁴⁸ Su cui v. *supra* il capitolo 2, § 3.7. In ogni caso, anche alla luce delle sua recente adozione, e al fatto che – come già rilevato – il termine per il recepimento scade il 27 dicembre 2016 (cfr. art. 21 dir. n. 2014/104/UE, cit.), tale atto normativo non ha ancora potuto incidere su tale situazione.

⁶⁴⁹ Ciò è particolarmente vero con riguardo alla Commissione che nel settore della concorrenza «plays the parts of law-maker, policeman, investigator, prosecutor, judge and jury, subject only to review by the EU Courts» (cfr. A. JONES, B. SUFRIN, *EU Competition Law*, cit., 933; in argomento, v. anche causa C-199/11, *Otis*, cit., dove si è

vale anche per le ANC. Una sorta di sovraordinazione che invece (ovviamente) non sussiste nelle controversie giudiziali e stragiudiziali fra privati, neppure se la materia del contendere è rappresentata da una violazione delle regole di concorrenza. La disparità non riguarda solamente i poteri istruttori attribuiti alla Commissione (e alle ANC) e che invece di regola non rientrano nella disponibilità delle parti nell'ambito dei processi civili. Il riferimento è infatti alla stessa natura e funzione del modello di azione pubblica, e in specie di quella amministrativa.

Approfondire tali considerazioni esula dallo scopo del presente lavoro. È però sufficiente rilevare che l'azione amministrativa è esercizio di un potere. In quanto tale, si esprime mediante atti unilaterali a carattere autoritativo e coercitivo, finalizzati alla tutela di interessi pubblici. Da un lato, i provvedimenti amministrativi sono quindi in grado di produrre effetti (anche) negativi nella sfera giuridica dei terzi a prescindere dal consenso dei destinatari⁶⁵⁰. Dall'altro lato, gli interessi generali sottesi all'adozione di un provvedimento appartengono alla collettività e non rientrano nella disponibilità dell'autorità agente⁶⁵¹.

Tali qualità caratterizzano anche il sistema di applicazione pubblica del diritto della concorrenza nell'ordinamento dell'Unione⁶⁵², la cui forma "ordinaria"⁶⁵³ di

visto che la Commissione assume anche il ruolo di attore in una controversia per il risarcimento del danno.

⁶⁵⁰ Di regola, il provvedimento amministrativo ha infatti «un carattere propriamente autoritativo, nel senso che è in grado di produrre effetti nella sfera giuridica di soggetti terzi a prescindere dal loro consenso» (cfr. V. CERULLI IRELLI, "Consenso" e "autorità" negli atti delle autorità preposte alla tutela della concorrenza, in P. BARUCCI, C. RABITTI BEDOGNI (a cura di), *Vent'anni di antitrust*, cit., 325, ivi).

⁶⁵¹ Infatti, «[l]'azione amministrativa, e segnatamente quella che si esprime attraverso il modulo tipico dell'esercizio del potere, è concepita, negli ordinamenti moderni, come azione servente interessi della collettività (e perciò non del soggetto agente), funzionalizzata alla cura di essi, e perciò giuridicamente rilevante in ogni suo aspetto tale da giustificare e sorreggerne le scelte». Pertanto, «gli interessi di cui si dispone attraverso il provvedimento sulla scelta del procedimento, non sono nella disponibilità del soggetto agente, ma sono interessi della collettività, alla cui cura il provvedimento è finalizzato» (cfr. V. CERULLI IRELLI, "Consenso" e "autorità", cit., 326).

⁶⁵² In effetti, «[c]ompetition law enforcement is usually a classic application of public law, epitomized by an authoritative, unilateral top-down hierarchical command by the "State", addressed to one of its subjects and constrained by the rule of law» (cfr. F. WAGNER-VON PAPP, *Best and even better practices in commitment procedures after Alrosa*, cit., 933).

⁶⁵³ Procedura "ordinaria" nel senso che questa si contrappone alle c.d. procedure negoziate e consensuali (e cioè impegni e accordi transattivi) e si applica a meno che una o più delle parti coinvolte (e cioè le imprese o la Commissione) prendano espressamente iniziative in senso contrario. Le procedure negoziate e consensuali possono pertanto essere definite come "procedure alternative". In tal senso, si osserva in effetti che «[t]hese proceedings are alternatives to prohibition decisions following a fully-fledged procedure of a completely adversarial nature, adopted pursuant to Article 7 of Regulation 1/2003» (cfr. M. SIRAGUSA, E. GUERRI, *Antitrust Settlements under EC Competition Law: The Point of View of the Defendants*, in C.D. EHLERMANN, M. MARQUIS (eds.), *European Competition Law Annual 2008: Antitrust settlements under EC Competition Law*, Oxford-Portland, 2010, 185, ivi). O ancora, pur premesso che «the objective assigned to settlements and to commitments are different and they may not always be easily reconciled», si conferma che «[t]hey are both intended, first, as an alternative to the standard infringement route, and second, as an alternative that will hopefully enable the agency to achieve efficiency gains» (cfr. ad esempio B. LASSERRE, F. ZIVY, *A Principled Approach to Settlements: a Few Open Issues*, in C.D. EHLERMANN, M. MARQUIS (eds.), *Antitrust settlements under EC Competition Law*, cit., 143, spec. 145). Sul punto v. anche W.P.J. WILS, *The Use of Settlements in Public Antitrust Enforcement: Objectives and Principles*, in *World competition*, 2008, 335, spec. 336 che proprio con riguardo alla dicotomia fra procedura ordinaria e meccanismi di *settlement* (nozione atecnica in cui tale Autore include sia le decisioni con impegni ex art. 9 reg. (CE) n. 1/2003, cit., sia le procedure di transazione dei cartelli ex reg. (CE) n. 622/2008, cit.) osserva che «[t]he notion of "settlement" can best be understood in contrast with the normal, fully adversarial disposal of cases under the antitrust of the European [Union]», e che «[t]he fully adversarial disposal can be said to be "normal" at least in the sense that it applies by default and by right, being substituted by settlement only with the consent of both the competition authority and the defendants».

attuazione prevede infatti l'adozione di decisioni volte all'accertamento dell'illecito e alla eventuale sanzione delle imprese coinvolte⁶⁵⁴. Da un lato, si è visto che l'interesse pubblico è rappresentato dalla tutela della struttura concorrenziale dei mercati e (in subordine) del benessere dei consumatori⁶⁵⁵. Tali obiettivi vincolano l'azione di vigilanza della Commissione e la sua funzione di repressione degli illeciti antitrust, mediante l'imposizione di rimedi e l'irrogazione di sanzioni alle imprese⁶⁵⁶. Dall'altro lato, è proprio con riguardo alla potestà sanzionatoria che il carattere autoritativo delle decisioni della Commissione⁶⁵⁷ diviene più evidente. La natura afflittiva e coercitiva dei provvedimenti con cui si impone di porre fine all'infrazione e si applicano sanzioni esclude infatti che la loro adozione possa richiedere il consenso delle imprese coinvolte, o anche solo una qualche forma di negoziazione fra queste e la Commissione.

1.2 Il ruolo delle imprese (e del consenso) nel contesto della procedura ordinaria.

Quanto sopra non significa che le imprese non abbiano alcun ruolo nell'ambito dei procedimenti di applicazione degli artt. 101 e 102 TFUE. Al contrario, la partecipazione dei privati al procedimento rappresenta un aspetto fondamentale del principio del contraddittorio e del diritto di difesa, cui l'azione pubblica si deve uniformare anche nell'ordinamento dell'Unione. Né potrebbe essere altrimenti alla luce dell'art. 6 CEDU e dell'art. 47 CDFUE⁶⁵⁸. L'adozione di una decisione da parte della Commissione presuppone quindi che i privati che ne sono riguardati siano coinvolti nel procedimento, e posti in condizione di difendere i propri interessi. Anche nel settore della concorrenza, le imprese hanno quindi il diritto di poter controbattere alle contestazioni mosse nei loro confronti prima che sia adottata una decisione⁶⁵⁹.

Nel corso di tali contatti può accadere (e anzi accade, altrimenti il diritto di difesa rimarrebbe sulla carta) che le osservazioni presentate dalle imprese convincano la Commissione a modificare la posizione espressa nel provvedimento di avvio delle indagini o nella comunicazione degli addebiti. La partecipazione delle imprese può ad esempio portare a una riduzione delle sanzioni ipotizzate dalla Commissione, ma

⁶⁵⁴ Ai sensi degli artt. 7 e 23 reg. (CE) n. 1/2003, cit., e in precedenza dell'art. 15 reg. (CEE) n. 17/62, cit.)

⁶⁵⁵ Cfr. *supra* il capitolo 1, § 3 e spec. § 3.1

⁶⁵⁶ Ancora una volta, lo stesso vale anche per le ANC.

⁶⁵⁷ E degli analoghi provvedimenti delle ANC.

⁶⁵⁸ In argomento, anche in senso critico, v. fra i molti cfr. B. NASCIMBENE, *Equo processo e diritti della difesa nel procedimento antitrust avanti alla Commissione: necessità di una riforma*, in G. TESAURO (a cura di), *Concorrenza ed effettività della tutela giurisdizionale*, cit., 63, spec. 68; T. BOMBOIS, *La protection des droit fondamentaux des entreprises en droit européen répressif de la concurrence*, Bruxelles, 2012; G. DI FEDERICO, *La riforma del procedimento antitrust e diritti della difesa*, Napoli, 2008.

⁶⁵⁹ Le imprese devono infatti essere messe in condizione «di far conoscere in modo efficace il proprio punto di vista sulla realtà e sulla rilevanza dei fatti e delle circostanze allegate, nonché sui documenti di cui la commissione ha tenuto conto per suffragare l'asserita trasgressione del trattato» (cfr. cause da 100/83 a 103/83, *Musique diffusion Française*, cit., § 10). Si parla in tal senso di un vero e proprio «[d]iritto a manifestare il proprio punto di vista» (cfr. F. MUNARI, C. CELLERINO, Art. 103 TFUE, in A. TIZZANO (a cura di), *Trattati dell'Unione europea*, cit., 1073, spec. 1088).

anche alla chiusura del procedimento nel caso in cui si riesca a dimostrare l'insussistenza di uno dei requisiti applicativi degli artt. 101 e 102 TFUE⁶⁶⁰.

Il rispetto del principio del contraddittorio e del diritto di difesa non altera però la natura autoritativa del procedimento né il carattere unilaterale e coercitivo della decisione con cui questo si conclude⁶⁶¹. Il coinvolgimento delle imprese ha infatti natura endoprocedimentale. La prospettiva rimane quella dei modelli tipicamente pubblicistici di esercizio di un potere di imperio. Non sembra quindi esservi spazio (né necessità) per lo svolgimento di trattative fra imprese e Commissione⁶⁶². Il consenso dell'impresa è infatti irrilevante, se non nell'ottica di una potenziale riduzione della successiva fase contenziosa. Ma soprattutto, la Commissione rimane vincolata all'indisponibilità dell'interesse pubblico sotteso alla sua missione di tutela della concorrenza prevista dai Trattati. Se è convinta che la condotta di un'impresa sia

⁶⁶⁰ Infatti, «[i]n the optimal world, the Commission seeks to remedy all harm that constitutes an established infringement as a matter of law, and does not seek to remedy other cases. Those other cases are normally closed by the Commission. For example, in the *Velux* case [cfr. COMP/39.451 — *Velux*, su cui v. S. ALBAEK, A. CLAICI, *The Velux case – an in-depth look at rebates and more*, in *Competition Policy Newsletter*, 2009, 44], the Commission concluded that the rebates offered by the suspected dominant company were not anti-competitive [...] *Qualcomm* [cfr. Commissione 24 novembre 2009 di chiusura del procedimento COMP/39.247 – *Texas Instruments/Qualcomm*, aperto dalla Commissione il 1° ottobre 2007], *Apple iTunes* [cfr. Commissione 18 marzo 2008 di chiusura dei procedimenti COMP/C-2/39154 – *PO/iTunes* e COMP/C-2/39174 – *Which/iTunes*, aperti dalla Commissione il 30 marzo 2007] and *MathWorks* [cfr. Commissione 2 settembre 2014 di chiusura del procedimento COMP/C-3/39.840 – *The MathWork* aperto dalla Commissione il 29 febbraio 2012] are other examples of cases that the Commission closed without finding an unlawful anticompetitive practice, sometimes after long investigations» (cfr. A. GAUTIER, N. PETIT, *Optimal Enforcement of Competition Policy: The Commitments Procedure under Uncertainty*, Université catholique de Louvain, Center for Operations Research and Econometrics (CORE), Discussion Papers n. 63/2014, spec. 9). Come si evince dai pochi precedenti appena citati, quest'ultima circostanza è piuttosto rara nella prassi. Un recente studio conferma ad esempio che «[t]his has only happened in four Article 101 cases: *SkyTeam* [cfr. Commissione 23 gennaio 2012 di chiusura del procedimento COMP/37.984 – *SkyTeam*], *UK Roaming* [cfr. Commissione 18 luglio 2007 di chiusura del procedimento COMP/38.097 – *Follow-up UK International Roaming*], *Germany Roaming* [cfr. Commissione 18 luglio 2007 di chiusura del procedimento COMP/38.098 – *Follow-up Germany International Roaming*], and *iTunes*» (cfr. M. MARINIELLO, *Commitments or prohibition? The EU antitrust dilemma*, in *Bruegel Policy Brief*, 2014, 1, spec. 4, nota 11).

⁶⁶¹ In effetti si evidenzia che i procedimenti “ordinari” davanti alla Commissione (e all'AGCM) «si chiudono per regola con atti amministrativi a carattere unilaterale. Atti i quali in molteplici casi [...], e in questo settore ancor più incisivamente che altrove, sono anche il frutto dell'apporto dei soggetti interessati, anche perché questi provvedimenti sono più partecipati rispetto agli altri e quindi in molti casi si concludono avendo di fatto acquisito in qualche modo il “consenso” [...] delle parti interessate. Consenso tuttavia [...] che non modifica il carattere unilaterale dei provvedimenti di cui si tratta» (cfr. V. CERULLI IRELLI, “Consenso” e “autorità”, cit., 333).

⁶⁶² In realtà, si osserva che talvolta «the defendant in public antitrust enforcement proceedings abstains from using all possibilities of contesting the competition authority's analysis, decision or action, or waives some of its procedural rights», e che «it may do so, at least in part, in the hope of receiving some benefits, such as a faster end to the procedure, less adverse publicity, milder penalties, less burdensome remedies, or a narrower finding of infringement, or even no finding at all if the case is dropped by the competition authority», e quindi in definitiva in un'ottica di negoziazione con la Commissione (cfr. W.P.J. WILS, *The Use of Settlements in Public Antitrust Enforcement*, cit., 337). Tuttavia, le differenze fra tali forme di partecipazione dei privati all'azione amministrativa nel corso delle procedure “ordinarie” e le procedure negoziate e consensuali (su cui v. *infra* il capitolo 3, § 3) sono evidenti: infatti, anche se «informal settlement constitutes an essential part of administrative life [...], informal discussions need not be provided by specific legislation in order to be performed. In that context, it is true that negotiations may not be illegal and they do not necessarily have to remain hidden from the public. Nevertheless, it will not be possible for an enforcement authority to make an undertaking legally accountable for what it promised during informal discussion in the idea to obtain a more favourable decision»; per tali ragioni se ne evidenzia quindi la differenza, ad esempio, con le decisioni con impegni (cfr. P. MOULLET, *How should Undertakings Approach Commitment Proposal in Antitrust Proceedings*, in *European Competition Law Review*, 2013, 86, *ivi*).

incompatibile con le regole antitrust, non dovrebbe quindi rinunciare a perseguire e (eventualmente) sanzionare l'infrazione rilevata.

1.3 Le soluzioni negoziate: impegni e accordi transattivi fra discrezionalità della Commissione e consenso delle imprese.

Lo spazio per immaginare soluzioni consensuali in tale settore sembra quindi piuttosto limitato. Vi è però una divergenza fra sostanza e forma. Infatti, l'ordinamento dell'Unione conosce già da tempo varie eccezioni ai principi appena esaminati. Ad esempio, si è visto che durante la vigenza del reg. (CEE) n. 17/62 (*rectius*, nonostante il suo silenzio) si diffonde la prassi di chiudere i procedimenti antitrust mediante decisioni informali di archiviazione (le c.d. *comfort letter*), per ragioni di economia procedurale. Sul punto si tornerà in seguito⁶⁶³. Va però osservato fin d'ora che il carattere informale di un procedimento è direttamente proporzionale al grado di discrezionalità concesso all'autorità che lo gestisce. La discrezionalità è a sua volta condizione necessaria per svolgere trattative con le parti private. Le trattative sono finalizzate alla ricerca del consenso delle parti coinvolte. Pertanto, più il procedimento è informale, più l'esercizio del potere cui questo è funzionale può essere "negoziato". Con vantaggi, come si vedrà, anche per l'interesse pubblico sotteso all'applicazione delle norme antitrust, e in coerenza anche con un generale principio di "contrattualizzazione" dell'attività amministrativa, in molti casi più flessibile e più efficace rispetto all'impostazione in modo rigido dei rapporti tra autorità e individuo.

La modernizzazione dedica maggiore attenzione alle modalità attuative delle regole di concorrenza⁶⁶⁴, e in particolare alla creazione di rimedi alternativi alle sanzioni⁶⁶⁵. L'entrata in vigore del reg. (CE) n. 1/2003 determina quindi il passaggio del sistema applicativo delle regole antitrust dal modello tradizionale di stampo pubblicista, a uno che si fonda sull'utilizzo di soluzioni consensuali fra Commissione e imprese⁶⁶⁶. Ciò è dovuto, appunto, alla codificazione di alcune di quelle forme di

⁶⁶³ Cfr. *infra* il capitolo 3, § 3.2.

⁶⁶⁴ Del resto, «[the] process known as the modernization of EU competition law [...] consists in a comprehensive attempt to experiment with a utility-maximizing approach in the regulation of economic competition» (cfr. D.M.B. GERARD, *Negotiated remedies in the modernization era: the limits of effectiveness*, disponibile su <http://papers.ssrn.com>, 1, spec. 2, anche in P. LOWE, M. MARQUIS, G. MONTI (eds.), *European Competition Law Annual 2013: Effective and Legitimate Enforcement*, Oxford-Portland, 2014). In una prospettiva di portata più generale, si osserva infatti che già il passaggio dal sistema di controllo *ex ante* sulle intese di cui al reg. (CEE) n. 17/62, cit., a quello solo a posteriori di cui al reg. (CE) n. 1/2003, cit. si accompagna (e in un certo senso presuppone) a una maggiore fiducia su meccanismi di *enforcement* negoziati, in cui il ruolo del consenso delle parti assume un'importanza maggiore; più nel dettaglio, si afferma che «[i]n addition to the transition from a prior notification to an exception system or the review of coordinated practices, "procedural modernization" was marked by the emergence of and increasing reliance on negotiated procedures in the enforcement of EU competition law, i.e. leniency, settlement and commitments proceedings, against the background of significant increase in the amount of fines» (cfr. ancora D.M.B. GERARD, *Negotiated remedies in the modernization era*, cit., 3).

⁶⁶⁵ Si osserva infatti che «l'irrogazione di una sanzione in senso stretto (penale o amministrativa che sia) scoraggia il ripetersi del comportamento riprovato (per la generalità dei consociati e per il singolo contravventore che viene punito), ma normalmente non pone pieno ed effettivo rimedio alle conseguenze pregiudizievoli prodotte dall'illecito» (cfr. V. MINERVINI, *Nuove prospettive della funzione sanzionatoria delle autorità indipendenti*, in *Concorrenza e Mercato*, 2013, 163, spec. 166).

⁶⁶⁶ Si afferma infatti che «[t]he post-modernisation enforcement of Articles 101 and 102 by the Commission has

chiusura informale (e quindi discrezionale⁶⁶⁷) dei procedimenti antitrust sviluppatasi nella prassi, e in particolare alla formale introduzione nell'ordinamento dell'Unione delle decisioni con impegni (*ex art. 9 (CE) n. 1/2003*) e delle procedure di transazione dei cartelli (*ex reg. (CE) n. 622/2008*)⁶⁶⁸.

Nonostante le (significative) differenze⁶⁶⁹, entrambi gli istituti si basano infatti sulla valorizzazione dell'elemento consensuale⁶⁷⁰. Rispetto alla procedura "ordinaria", le differenze circa il ruolo e l'intensità della partecipazione dei privati all'azione amministrativa sono del resto evidenti. Nelle decisioni con impegni e nelle transazioni dei cartelli, l'intervento delle imprese nel procedimento non si limita a garantire il rispetto del contraddittorio, ma è piuttosto funzionale alla ricerca di un

in practice become notable for a heavy reliance on negotiated procedures. This was not an (express) aim of the modernisation, but Regulation 1/2003 contains a new procedure for "commitments decisions" of which the Commission makes great use in non-cartel cases. In respect of cartels the Commission introduced a "settlement procedure" in 2008. These developments have changed Commission enforcement more radically than might have been anticipated in 2004» (cfr. A. JONES, B. SUFRIN, *EU Competition Law*, cit., 923). L'attribuzione di tali poteri alla Commissione è in effetti considerata prova di un vero e proprio «cambio di paradigma» nell'applicazione del diritto antitrust dell'Unione (cfr. A. PILATI, *Il cambio di paradigma antitrust dopo il 2003: interpretazione, tempo, strategia*, in P. BARUCCI C. RABITTI BEDOGNI (a cura di), *Vent'anni di antitrust*, cit., 63, spec. 65). E ancora, si osserva in tal senso che «*a pronounced shift can be observed since the entry into force of Regulation 1/03, away from "adversarial" competition law enforcement towards "negotiated deals". Due to the settlement procedure introduced into EU law in 2008 this is also true for cartels»* (cfr. H. SCHWEITZER, *Commitment Decisions in the EU and in the Member States: Functions and risks of a new instrument of competition law enforcement within a federal enforcement regime*, disponibile su <http://papers.ssrn.com>, 2012, 1, spec. 2, nota 4).

⁶⁶⁷ Con riguardo alla procedura di cui al reg. (CE) n. 622/2008, cit., si osserva ad esempio che «*[u]na delle peculiarità più significative dell'istituto è l'ampia discrezionalità della Commissione nell'avvio come nella continuazione della transazione»* (cfr. C. PESCE, *I nuovi strumenti di public enforcement*, cit., 188-189). V. però anche K. METHA, M.L. TIerno CENTELLA, *EU Settlement Procedure: Public Enforcement Policy Perspective*, in C.D. EHLERMANN, M. MARQUIS (eds.), *Antitrust settlements under EC Competition Law*, cit., 391, ivi, dove si osserva che «*EU settlements are [...] not conceived as an informal way of closing infringement procedures»*, ma piuttosto «*regular streamlined procedures»*).

⁶⁶⁸ Con riguardo alla prima di tali tecniche alternative di applicazione pubblica delle regole antitrust, si rileva ad esempio che «*[t]he commitment procedure departs from this public-law paradigm by substituting negotiations and agreement between the parties for the unilateral top-down commands»* (cfr. F. WAGNER-VON PAPP, *Best and even better practices in commitment procedures after Alrosa*, cit., 933). In altri termini, «*[c]ommitment decisions in competition law enforcement are a method of formal settlements»* (cfr. A.L. HINDS, S. EATON, *Commitment Issues: New Developments in EU and Irish Competition Law*, in *European Competition Law Review*, 2014, 33, ivi).

⁶⁶⁹ Di cui si darà ovviamente conto nei paragrafi dedicati agli impegni (cfr. *infra* il capitolo 3, §§ 3.1.1 e 3.3.2.) e agli accordi transattivi (cfr. *infra* il capitolo 3, §§ 3.1.2 e 3.3.3). Per il momento, è comunque sufficiente osservare che, da un lato, le decisioni con impegni «*are aimed, first and foremost, at bringing about a swift market solution in cases where the simple termination of behaviour giving rise to antitrust concerns would not suffice»*, così da «*enable the competition agency to dispose of cases on the ground that a fine is not necessarily warranted and that the firm or firms involved have come up with a voluntary, tailor-made, workable and verifiable solution ensuring that competition will be guaranteed or restored in the marketplace»*; dall'altro lato, invece, gli accordi transattivi «*are aimed, first and foremost, at bringing about a swift procedural solution in cases where a fine is warranted, where the termination of the conduct at stake is more decisive in itself, and where the crafting of a procompetitive remedy is consequently less of an issue»* (cfr. B. LASSERRE, F. ZIVY, *A Principled Approach to Settlements*, cit., 146).

⁶⁷⁰ Si osserva in effetti che va delineandosi una tendenza «*verso una risoluzione consensuale delle controversie in materia di concorrenza. Due sono gli strumenti utilizzati a tal fine: il primo, di gran lunga più rilevante, è la soluzione del procedimento mediante impegni, in virtù dell'art. 9 del Reg. n. 1/2003; il secondo, di portata molto più limitata al momento (e probabilmente anche in prospettiva), è la possibilità di transazione (settlement) nell'ambito dei cartelli»* (cfr. M. MEROLA, L. ARMATI, *Brevi riflessioni sui più recenti sviluppi nel diritto della concorrenza dell'Unione europea*, in *Italian Antitrust Review*, 2013, 16, spec. 31). Più nel dettaglio, si chiarisce che «*è possibile individuare analogie tra i due rimedi di public enforcement»*, e in particolare «*una grande affinità tra i due istituti riguardante la marcata componente negoziale che giova alle parti, all'autorità amministrativa e al mercato. La parte interessata assume un comportamento collaborativo che le assicura, in un caso, il mancato accertamento della violazione (art. 9 reg. 1/2003) e, nell'altro, la riduzione percentuale dell'ammenda (direct settlement)»* (cfr. C. PESCE, *I nuovi strumenti di public enforcement*, cit., 200-201).

accordo con la Commissione per arrivare alla chiusura del procedimento in via semplificata.

Alle imprese sono a tal fine attribuiti margini (più o meno ampi) di azione e iniziativa⁶⁷¹. Le proposte frutto di tale impulso privato sono negoziate con la Commissione, e a determinate condizioni possono venire recepite nella decisione finale⁶⁷², con effetti in vario modo vincolanti sia per quest'ultima che per le imprese. Il carattere unilaterale e autoritativo dell'attività amministrativa (e la natura coercitiva del relativo provvedimento⁶⁷³) risulta quindi stemperato⁶⁷⁴. È in tal senso che decisioni con impegni e accordi transattivi possono essere ricompresi nella – atecnica

⁶⁷¹ Come si vedrà, lo spazio riservato alle proposte delle imprese è più ampio con riguardo alle decisioni con impegni *ex art. 9 reg. (CE) n. 1/2003*, cit., e appare invece più limitato con riguardo alle transazioni *ex reg. (CE) n. 622/2008*, cit.

⁶⁷² È in tal senso, ad esempio, che con riguardo alle decisioni con impegni si osserva che questo istituto «[p]rovide[s] the European Commission with a formal mechanism by which to conclude competition investigations on the basis of concessions offered by undertaking under scrutiny» (cfr. N. DUNNE, *Commitment decisions in EU competition law*, in *Journal of Competition Law & Economics*, 2014, 399, *ivi*).

⁶⁷³ Infatti, le differenze fra la procedura “ordinaria” a carattere autoritativo e le procedure alternative a carattere (prevalentemente) negoziale sono ancora più evidenti se si guarda alla qualificazione giuridica dei provvedimenti mediante cui tali procedure vengono concluse. Tradizionalmente, l'ordinamento dell'Unione si caratterizza tuttavia per un approccio più attento agli aspetti sostanziali che formali (come ad esempio dimostrato dalla risarcibilità dei danni subiti dagli individui in seguito alla mancata trasposizione delle direttive, questione risolta dalla giurisprudenza dell'Unione a prescindere dalle categorie giuridiche usate dal diritto nazionale, e in particolare dalla distinzione fra c.d. diritti soggettivi e c.d. interessi legittimi – cfr. cause C-6/90 e C-9/90, *Franovich*, cit.). Non stupisce quindi che il dibattito circa la corretta qualificazione giuridica dei provvedimenti relativi alle transazioni dei cartelli e alle decisioni con impegni si sia sviluppato soprattutto a livello nazionale, anche considerato che strumenti simili a tali istituti giuridici – e in specie alle decisioni con impegni – sono ormai diffusi anche negli ordinamenti degli Stati membri. Proprio con riguardo agli impegni, la dottrina italiana ha ad esempio elaborato differenti interpretazioni. Da un lato, vi è chi tende a sminuire le differenze fra procedura “ordinaria” e negoziata: anche le decisioni con impegni avrebbero quindi carattere autoritativo, limitandosi a recepire un'iniziativa endoprocedimentale delle parti, che non influisce sulla natura unilaterale e coercitiva della decisione (cfr. F. CINTIOLI, *Riflessioni sugli impegni antitrust, sulla funzione amministrativa e sull'art. 11 della legge sul procedimento*, in *Giustizia amministrativa*, 2007, 3). Dall'altro lato, vi è invece chi sottolinea l'importanza dell'elemento consensuale e quindi dell'accordo fra imprese e autorità procedente (Commissione o ANC). Nelle impostazioni più “moderate”, la decisione con impegni rientra quindi nella categoria dei c.d. accordi integrativi (cfr. V. CERULLI IRELLI, “*Consenso*” e “*autorità*”, cit., 325); in quelle più “estreme”, si tratterebbe invece di un provvedimento in cui viene recepito un vero e proprio contratto «*tra una parte pubblica, che negozia per conto delle categorie di controinteressati, ed una o più parti private [che può] essere qualificato come vero e proprio accordo transattivo*» (cfr. G. GITTI, *Gli accordi con le autorità indipendenti*, in *Rivista di diritto civile*, 2011, 173, spec. 185), riconducibile pertanto alla figura del contratto a favore di terzi (cfr. A. SABATTUCI, *Commento al Regolamento (CE) n. 1/2003*, in P. MARCHETTI, L.C. UBERTAZZI (a cura di), *Commentario breve al diritto della concorrenza*, Padova, 2007, 2543). Per una panoramica circa le diverse impostazioni, v. anche A. GIANNACCARI, C. LANDI, *Antitrust? Grazie, abbiamo altri impegni!* in *Mercato Concorrenza Regole*, 2012, 231, spec. 265-266; C. RABITTI BEDOGNI, *L'autorità garante nell'ultimo triennio fra crisi economica e nuovi poteri*, in P. BARUCCI, C. RABITTI BEDOGNI (a cura di), *Vent'anni di antitrust*, cit., 163, spec. 175-176).

⁶⁷⁴ Per riprendere un'espressione utilizzata da A. GIANNACCARI, C. LANDI, *Antitrust? Grazie, abbiamo altri impegni!*, cit., 266.

– nozione di procedure negoziate e consensuali⁶⁷⁵. Tali istituti giuridici si fondano infatti su una sorta di “patteggiamento” fra le parti⁶⁷⁶.

1.4 (segue): il “patteggiamento” fra Commissione e imprese.

Il contenuto del “patteggiamento” varia peraltro a seconda della procedura. Nel caso degli accordi transattivi, l’oggetto riguarda l’esistenza di un cartello e l’ammissione di responsabilità da parte delle imprese. Nel caso degli impegni, si “patteggia” invece l’elaborazione di rimedi che rendano superfluo il proseguimento dell’istruttoria da parte della Commissione, senza alcuna trattativa (né tantomeno ammissione) circa l’avvenuta violazione delle regole antitrust⁶⁷⁷. Il diverso atteggiamento circa l’accertamento di una violazione rappresenta una delle principali differenze fra gli istituti in discussione⁶⁷⁸. Vi sono tuttavia diverse similitudini che ne giustificano la trattazione parallela.

Da un lato, impegni e accordi transattivi sono accomunati dalla concessione di alcuni benefici alle imprese come contropartita per la disponibilità al “patteggiamento”⁶⁷⁹, e dalla parziale compressione delle garanzie procedurali e dei diritti di difesa che tale scelta comporta. Anche la natura (e l’entità) del beneficio varia peraltro a seconda che si tratti di una decisione con impegni ovvero di un accordo

⁶⁷⁵ Tale nozione ha peraltro ampia diffusione nella letteratura specialistica: con riguardo alle decisioni con impegni si osserva ad esempio che «[c]ommitments have come to embody the advent of a “negotiated” form of enforcement and of associated transformations in the EU antitrust enforcement system» (cfr. D.M.B. GERARD, *Negotiated remedies in the modernization era*, cit., 1). Come si vedrà (cfr. *infra* il capitolo 3, § 3.3.2), la prassi conferma tale ipotesi, tanto che si afferma che «[m]ost commitment decisions adopted by the Commission are so complicated and detailed that they are clearly the result of negotiations with the undertakings» (cfr. M. SIRAGUSA, E. GUERRI, *Antitrust Settlements under EC Competition Law*, cit., 191).

⁶⁷⁶ Tale espressione è ampiamente utilizzata in letteratura. Fra gli altri, v. ad esempio M. LIBERTINI, *Le decisioni “patteggiate” nei procedimenti per illeciti antitrust*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2006, 1284, spec. 1285 (dove con riguardo alle decisioni con impegni si parla appunto di «soluzione “patteggiata” dei procedimenti per illeciti antitrust»); C. PESCE, *I nuovi strumenti di public enforcement*, cit., 84 (dove, sempre con riguardo agli impegni, si osserva che «si tratta di una sorta di patteggiamento nel quale, tuttavia, le valutazioni sul merito dell’infrazione mancano del tutto»).

⁶⁷⁷ È in questo senso che le decisioni con impegni rappresentano «un esito alternativo e consensuale del procedimento sanzionatorio, rispetto all’accertamento dell’illecito e all’imposizione di una sanzione» (cfr. V. MINERVINI, *Nuove prospettive della funzione sanzionatoria*, cit., 163).

⁶⁷⁸ Tanto che si osserva che, a seconda che si tratti di una procedura transattiva ovvero *ex art. 9* reg. (CE) n. 1/2003, cit., «negotiations between a firm and an authority are of a different nature» (cfr. P.I. COLOMO, *Three Shifts in EU Competition Policy: Towards Standards, Decentralization, Settlements*, in *Maastricht Journal of European & Competition Law*, 2013, 363, spec. 380).

⁶⁷⁹ In tal senso, si afferma infatti che «impegni e accordi transattivi [...] hanno una marcata componente negoziale. La parte interessata dal procedimento assume un comportamento collaborativo che determina un incremento dell’efficienza procedimentale (i.e., un risparmio di risorse da parte della Commissione) e, in cambio, consegue un beneficio in termini sostanziali o procedurali» (Cfr. F. POLVERINO, *Procedure “negoziata” in materia antitrust: impegni e accordi transattivi*, in *Concorrenza e Mercato*, 2008, 411, spec. 413). Sul punto v. anche W.P.J. WILS, *The Use of Settlements in Public Antitrust Enforcement*, cit., 336, dove, chiarito che «[a]s to the enforcement of Articles [101] and [102 TFUE] by the European Commission, two types of settlement procedures currently exist [...]: – the commitments procedure laid down in Article 9 of Regulation 1/2003, and – the settlement procedure in cartel cases under the new Article 10a of Commission Regulation 773/2004 and Commission Notice on the conduct of settlement procedures in cartel cases», si osserva che «[t]he notion of settlement thus refers to the disposal by a competition authority of a case of suspected antitrust infringement through a specific procedure, or in application of a policy, under which some benefit is granted to the defendant in recognition of the defendant’s admission or non-contestation of the infringement and/or offer or acceptance of remedies and/or penalties».

transattivo⁶⁸⁰. Sulle differenze si tornerà in seguito. Per ora è invece sufficiente soffermarsi sulle analogie. Oltre al risparmio di risorse dovuto a economie procedurali⁶⁸¹, uno dei principali vantaggi comune a entrambi gli istituti è rappresentato dalla maggiore influenza che le imprese possono esercitare sulla Commissione rispetto a quanto accade nell'ambito della procedura "ordinaria"⁶⁸². Ciò si verifica (quantomeno) alla luce della diversa cornice temporale: oltre ad essere più intensi, nell'ambito di impegni e accordi transattivi i contatti fra imprese e Commissione avvengono infatti prima dell'elaborazione della comunicazione degli addebiti, e quindi in una fase in cui l'opinione dell'istituzione non si è ancora consolidata. L'intervento delle imprese si sviluppa pertanto in un momento in cui la Commissione sta ancora esaminando i vari aspetti della fattispecie oggetto di indagine (es. la nozione di mercato rilevante, o l'estensione temporale dell'illecito), e vi sono margini più ampi per orientarne le decisioni.

Dall'altro lato, in entrambe le procedure alternative è necessario l'accordo delle parti perché il procedimento si sviluppi su binari diversi da quelli della procedura "ordinaria"⁶⁸³. La Commissione non ha quindi il potere di imporre alle imprese l'accettazione di impegni o di un accordo transattivo⁶⁸⁴. Le imprese non hanno a loro volta il diritto di ottenere la chiusura del procedimento mediante tali forme.

Le caratteristiche cui si è accennato dimostrano il carattere negoziale di entrambe le procedure. La necessità di raggiungere il consenso fra Commissione e imprese nell'ambito di un "patteggiamento" che si basa su trattative e concessioni reciproche supportano tale conclusione. Pur con qualche eccezione (nei confronti

⁶⁸⁰ In prima approssimazione, nel caso degli impegni si è già ricordato che il principale beneficio è rappresentato dal mancato accertamento dell'avvenuta violazione degli artt. 101 e 102 TFUE. Nel caso degli accordi transattivi è invece rappresentato da una riduzione della sanzione altrimenti applicabile fino al 10%. Sul punto v. comunque meglio *infra* il capitolo 3, § 3.2

⁶⁸¹ In effetti, tanto gli impegni quanto gli accordi transattivi determinano una marcata economia procedurale rispetto alla procedura "ordinaria", consentendo un risparmio e un utilizzo più efficiente delle proprie risorse non solo alla Commissione ma anche alle imprese. Infatti, da un lato, «[i]f a shorter, more streamlined procedure can be followed, and if there are no or fewer appeals, less administrative resources will have to be spent per case, which means, if the competition authority's budget is fixed, that more antitrust infringements can be detected and dealt with», e dall'altro lato, «[l]ike the competition authority, the defendant may benefit from saving some of the costs of fully contesting the case (cost of lawyers, management time, etc.)» (cfr. W.P.J. WILS, *The Use of Settlements in Public Antitrust Enforcement*, cit., 344).

⁶⁸² Sul punto v. *infra* il testo relativo alle note 1017-1024, nel capitolo 3, § 3.2.3.

⁶⁸³ In altri termini, «[i]n both cases, the "standard procedure" would apply by default and would remain the fallback option, i.e. if the Commission does not accept the commitments offered by the defendants or if no settlement is explored or reached» (cfr. M. SIRAGUSA, E. GUERRI, *Antitrust Settlements under EC Competition Law*, cit., 185).

⁶⁸⁴ Con riguardo agli impegni, ad esempio, «[t]he commitments must be offered by the undertaking under investigation—that is, they cannot be devised solely by the Commission and imposed involuntarily on the undertaking» (cfr. N. DUNNE, *Commitment decisions in EU competition law*, cit., 403).

degli accordi transattivi⁶⁸⁵, e che peraltro non convince⁶⁸⁶), questa è del resto l'opinione prevalente in letteratura⁶⁸⁷, e sembra confermata anche dalla Corte di giustizia⁶⁸⁸.

1.5 Le procedure negoziate come sintomo di una linea evolutiva dell'ordinamento. Prime (breve) considerazioni sui loro effetti sistematici.

Quanto sopra consente di effettuare due breve considerazioni per concludere questa prima fase introduttiva. Da un lato, l'introduzione nel diritto derivato di impegni e accordi transattivi si inserisce in una linea di sviluppo dell'ordinamento dell'Unione (ma anche dei singoli Stati membri) di portata ben più ampia e generale. Sulla scorta della teorica neoliberale⁶⁸⁹, e a fronte di alcune insufficienze mostrate dai moduli tipici del diritto pubblico, l'utilizzo di soluzioni consensuali basate sull'accordo

⁶⁸⁵ In effetti, vi è chi riconosce la natura negoziale delle decisioni con impegni (in virtù della «*incisiva efficacia che produce, nell'ambito del relativo procedimento, il "consenso" della parte interessata*») ma non alle transazioni dei cartelli (giacché «[i]n questo caso la decisione della Commissione appare mantenere appieno il carattere unilaterale e si differenzia dalle decisioni consensuali [...] in materia di impegni, le quali appaiono ascrivibili, [...] pur con le dovute cautele, al genus degli accordi» (cfr. V. CERULLI IRELLI, «Consenso» e «autorità», cit., spec. 333 e 347). Analogamente, pur riconoscendo che fra le procedure negoziate vengono sovente ricompresi anche i «*settlements in cartel cases [...] commitments in merger cases, and – if casting the net wide – the leniency procedure in cartel cases*», vi è chi osserva che, sebbene «[t]hese procedures raise some of the same issues as the Art. 9 commitment procedure, [...] there are also some significant differences [...]». In particular, the settlement [...] procedures in cartel cases are much closer to the top-down infringement procedure, and the extent of the Commission's discretion in varying the "regular" sanction is limited, so that many of the concerns raised against the commitment procedure are attenuated» (cfr. F. WAGNER-VON PAPP, *Best and even better practices in commitment procedures after Alrosa*, cit., 929, spec. nota 1).

⁶⁸⁶ Infatti, anche con riguardo agli accordi transattivi valgono sia (i) la necessità dell'accordo fra Commissione e imprese per «abbandonare» la procedura «ordinaria», sia (ii) la possibilità per le imprese di influenzare le scelte della Commissione nel corso del «patteggiamento». Da un lato, si osserva ad esempio che «[l]a natura "contrattuale" della transazione tra la Commissione e la parte, dunque, consiste proprio nel fatto che né la Commissione, né la parte potranno, motu proprio, dare luogo ad una transazione, ma la stessa dovrà risultare dalla reciproca volontà di chiudere il procedimento, proprio come accade con le controversie di diritto civile» (cfr. F. POLVERINO, *Procedure "negoziata" in materia antitrust*, cit., 421). Dall'altro lato, anche se ai sensi del reg. (CE) n. 622/2008, cit., l'unico beneficio che la Commissione concede alle imprese nell'ambito di un accordo transattivo è la riduzione della sanzione per una quota pari al 10%, nella prassi è difficile credere che Commissione e imprese non «negozino» (almeno informalmente) anche altri aspetti. Sul punto v. meglio *infra* il capitolo 3, § 3.2.3.

⁶⁸⁷ In sintesi le due procedure sono infatti accomunate dal fatto che «*la Commissione rileva delle preoccupazioni di natura concorrenziale connesse all'attività della parte e reagisce rendendo vincolanti dei rimedi idonei a risolvere tali preoccupazioni o adottando un accordo transattivo che elimina la violazione in maniera rapida ed efficiente*» (cfr. F. POLVERINO, *Procedure "negoziata" in materia antitrust*, cit., 413). E ad esempio, nell'ambito delle c.d. «*negotiated procedures in the enforcement of EU competition law*», vengono di regola inclusi «*leniency, settlement and commitments proceedings*» (cfr. D.M.B. GERARD, *Negotiated remedies in the modernization era*, cit., 3).

⁶⁸⁸ Almeno con riguardo alle decisioni con impegni, il carattere negoziale della procedura sembra infatti uscire rafforzato dalla responsabilizzazione delle imprese e dal riconoscimento della piena autonomia di queste con riguardo al contenuto e alla proporzionalità degli impegni che deriva dalla giurisprudenza della Corte di giustizia (cfr. Corte giust. 29 giugno 2010, in causa C-441/07 P, *Commissione europea c. Alrosa Company Ltd*, ECLI:EU:C:2010:377). Si osserva infatti che «*il dibattito sulla natura negoziale, o meno, dell'istituto nel diritto europeo*» è stato rafforzato da tale pronuncia, dove in effetti si «*valorizza l'autonomia dell'impresa che diventa pienamente responsabile delle scelte effettuate nel corso del procedimento*», rendendo così «*possibile un effettivo confronto tra la parte pubblica e quella privata*» (cfr. L. DE LUCIA, *Le decisioni con impegni nei procedimenti antitrust tra sussidiarietà e paradigma neoliberale*, in G. FALCONI, B. MARCHETTI, (a cura di), *Pubblico e privato nell'organizzazione e nell'azione amministrativa*, Padova, 2013, 109, spec. 113).

⁶⁸⁹ Secondo cui l'individuo «*non deve essere vincolato, se possibile, da obbligazioni diverse da quelle cui si sottopone egli stesso*» (cfr. A. GARAPON, *Lo Stato minimo*, Milano, 2012, spec. 33).

fra autorità pubbliche e privati viene infatti incoraggiato in molti altri settori del diritto⁶⁹⁰.

Dall'altro lato (e soprattutto), la diffusione nella prassi di impegni e accordi transattivi influisce (con intensità variabile) sui tre piani funzionali in cui si esprime la repressione delle attività socialmente indesiderate, e in particolare delle condotte anticoncorrenziali⁶⁹¹. Sul punto si tornerà in seguito nelle parti dedicate ai rapporti fra procedure negoziate, da un lato, e *public* e *private enforcement*, dall'altro lato⁶⁹². Si può comunque accennare fin da ora ai principali aspetti della questione, tutti peraltro strettamente collegati alla natura negoziale degli istituti in parola.

Con riguardo al primo piano funzionale, impegni e accordi transattivi alterano i soggetti, le modalità e i criteri chiamati a individuare gli interessi meritevoli di tutela e, di conseguenza, le condotte vietate. La natura negoziale di impegni e accordi transattivi riduce innanzitutto la possibilità che le relative decisioni della Commissione siano oggetto di impugnazione. La diminuzione del contenzioso riduce a sua volta i margini per la chiarificazione da parte della Corte di giustizia di norme dal contenuto elastico come gli artt. 101 e 102 TFUE⁶⁹³. L'assenza di un effettivo sindacato giurisdizionale rende quindi meno definita l'individuazione delle condotte illecite, e al tempo stesso aumenta il potere e la discrezionalità della Commissione⁶⁹⁴. Fra le altre cose, ciò determina (o quantomeno facilita⁶⁹⁵) il passaggio da un sistema

⁶⁹⁰ Si osserva in effetti che «*commitment procedure is part of a wider trend that promotes what one could call "consensual competition law enforcement" or "settlement culture"*» (cfr. F. WAGNER-VON PAPP, *Best and even better practices in commitment procedures after Alrosa*, cit., 929, spec. nota 1). In altri termini, decisioni con impegni e, in parte, accordi transattivi si pongono nell'ambito di una «*tendenza evolutiva che vede le Autorità indipendenti considerare gli accordi privatistici non soltanto come oggetto della propria attività regolatoria, calata dall'alto od eventualmente concertata, ma pure come strumenti da utilizzare alla pari nel confronto dialettico con le controparti. In altri termini, dinnanzi agli esiti non sempre soddisfacenti delle tecniche di diritto pubblico, le Autorità indipendenti sono chiamate a valutare se gli strumenti di diritto privato, compresi quelli contrattuali, siano idonei a modificare i comportamenti degli attori economici e ad orientarli e conformarli agli obiettivi della regolazione del mercato*» (cfr. G. GITTI, *Gli accordi e le autorità indipendenti*, cit., 175). A conferma di ciò, si osserva che tali meccanismi alternativi ai procedimenti «ordinari» (ed essenzialmente sanzionatori) trovano ormai applicazione in molti settori del diritto. Con riferimento all'ordinamento italiano, si osserva ad esempio che le «*decisioni con impegni sono oggi contemplate anche nei procedimenti sanzionatori (e di regolazione) dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni (Agcom) e nei procedimenti sanzionatori dell'Autorità per l'energia elettrica e il gas (Aeeg), oltre che in quelli demandati all'Autorità di regolazione dei trasporti*» (cfr. V. MINERVINI, *Nuove prospettive della funzione sanzionatoria*, cit., 169, anche per gli opportuni riferimenti; per simili osservazioni v. anche L. DE LUCIA, *Le decisioni con impegni nei procedimenti antitrust*, cit., 109-110).

⁶⁹¹ Si è visto infatti che tale attività repressiva si caratterizza per tre funzioni principali: individuate le condotte illecite, si deve gestire il rischio della loro potenziale violazione, e infine disciplinarne le eventuali conseguenze.

⁶⁹² Cfr. *infra* il capitolo 4.

⁶⁹³ Intesa in senso ampio, ex art. 19 TUE. Come detto sul punto si tornerà ampiamente *infra*: l'idea di base è comunque che le decisioni con impegni «*non producono certamente un effetto di chiarimento delle regole giuridiche che è al contrario associato alle decisioni di accertamento dell'infrazione in quanto suscettibili di ricorso giurisdizionale*» (v. in tal senso fin da ora A. GIANNACCARI, C. LANDI, *Antitrust? Grazie, abbiamo altri impegni*, cit. 257).

⁶⁹⁴ In effetti, «*[i]t is a widely shared perception that the move toward a negotiated form of antitrust enforcement has led to an increase in the Commission's discretion to the detriment of due process, notably in the absence of a credible alternative thereto*» (cfr. D.M.B. GERARD, *Negotiated remedies in the modernization era*, cit., 5).

⁶⁹⁵ L'idea che antitrust e regolazione non siano fattispecie completamente separate è infatti precedente all'introduzione delle decisioni con impegni nell'ordinamento dell'Unione. Sul punto v. *infra* il capitolo 3, §§ 3.3.2.3 e 3.3.2.4, nonché soprattutto il capitolo 4, § 2.1.3.

in cui tale istituzione svolge una funzione di tipo quasi-giurisdizionale⁶⁹⁶ ad uno in cui la Commissione finisce per esercitare (anche) un potere di regolazione *ex ante* dei mercati⁶⁹⁷, sovrapponendo le proprie competenze a quelle di altri soggetti, o comunque esercitandole in forme diverse da quelle previste dai Trattati⁶⁹⁸.

Con riguardo al secondo piano funzionale, le decisioni con impegni e gli accordi transattivi sembrano (*prima facie*⁶⁹⁹) ridurre l'effetto deterrente delle regole di concorrenza, così pregiudicandone l'osservanza da parte delle imprese. Si è visto che il modo più efficace per prevenire la commissione di illeciti (anche) antitrust si basa sull'alterazione del rapporto costi e benefici in capo al potenziale trasgressore. La razionalità impone infatti a tale soggetto di astenersi dal compiere azioni che lo danneggiano. La violazione degli artt. 101 e 102 TFUE può quindi venire scoraggiata mediante l'aumento dei costi attesi dall'infrazione. Si tratti di sanzioni pubbliche, ovvero di rimedi privati.

⁶⁹⁶ Volta cioè all'accertamento degli illeciti commessi dalle imprese.

⁶⁹⁷ Come si vedrà meglio in seguito, ciò riguarda essenzialmente le decisioni con impegni, e meno gli accordi transattivi. In effetti, è «[t]he qualitative legal differences that exist between infringement decisions under Article 7 of Regulation 1/2003 [...], and commitment decisions taken under Article 9 of Regulation 1/2003» ad aver creato «a potential for the commitment procedure to be used in a manner that is closer to the archetype of economic regulation than antitrust enforcement as such», dando così luogo a uno «shift toward a more bureaucratic or regulatory conception of competition law» (cfr. N. DUNNE, *Commitment decisions in EU competition law*, cit., 400). L'aspetto principale è infatti che «gli impegni non prevedono solo la cessazione del comportamento anticoncorrenziale, ma contengono anche talune indicazioni di comportamento che appaiono “slegate” dalla fattispecie [...] oggetto del procedimento e, dunque, vere e proprie regolazioni» (cfr. F. RISSO, *Gli impegni per contrastare gli effetti distortivi della concorrenza. Qualificazione giuridica e tutela giurisdizionale*, in *Foro amministrativo: Consiglio di Stato*, 2012, 1360, spec. 1365). Del resto, osservazioni analoghe valgono anche nei confronti dell'AGCM, nel momento in cui tale autorità applica l'art. 14-ter l. n. 287/1990, cit. (fra i molti, cfr. in tal senso M. SIRAGUSA, *Le decisioni con impegni*, in P. BARUCCI, C. RABITTI BEDOGNI (a cura di), *Vent'anni di antitrust*, cit., 385, spec. 397; G. MORBIDELLI, *Impegni e principio di tipicità degli atti amministrativi*, in F. CINTIOLI, F. DONATI, *Recenti innovazioni in materia di sanzioni antitrust*, Torino, 2008, 1; C. LACAVA, *Misure cautelari, decisioni con impegni, programmi di clemenza: la prima attuazione nel diritto antitrust italiano*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2007, 673, spec. 674).

⁶⁹⁸ È nota infatti la tendenza della Commissione a utilizzare gli strumenti offerti dalla politica di concorrenza per raggiungere obiettivi regolamentari che tale istituzione non è riuscita a raggiungere mediante le – ordinarie – procedure legislative (cfr. P. MOULLET, *How should Undertakings Approach Commitment*, cit., 87).

⁶⁹⁹ In realtà, si è visto che il grado di deterrenza di una determinata normativa non deriva esclusivamente dall'entità delle ipotetiche sanzioni che si accompagnano alla sua violazione, ma anche dalla probabilità che queste siano effettivamente irrogate dalle autorità competenti. In primo luogo, sia le decisioni con impegni che gli accordi transattivi fanno risparmiare risorse alla Commissione, che può quindi utilizzarle per scoprire e perseguire illeciti che rimarrebbero altrimenti impuniti. Con chiari benefici sull'effetto deterrente degli artt. 101 e 102 TFUE, che in ipotesi potrebbero bilanciare gli effetti negativi cui si è accennato nel testo. Ma in realtà, e per le ragioni che si vedranno meglio in seguito, la diffusione di impegni e accordi transattivi può portare anche ad un aumento dei c.d. falsi positivi, e quindi all'opposto fenomeno della sovra-deterrenza. Il punto è ben riassunto da M. SIRAGUSA, *Le decisioni con impegni*, cit., 394 con riguardo all'attività dell'AGCM («L'Autorità potrebbe essere indotta ad avviare le istruttorie sulla base di una mera denuncia di un'associazione [di] consumatori o di terzi, senza aver condotto una previa adeguata attività conoscitiva e di riscontro, confidando nella iniziativa delle imprese e quindi nella possibilità di chiudere le istruttorie accentando gli impegni qualora gli elementi reperiti nel corso dell'istruttoria – ad esempio nel corso delle ispezioni – non siano sufficienti a provare l'esistenza di un'infrazione»), e in una prospettiva di più ampia portata è in linea con il fatto che la riduzione dei costi e il risparmio di risorse fa sì che «[t]he possibility of settlement thus implies that a suit becomes, in effect, socially cheaper and, consequently, that the socially optimal level of suit rises» (cfr. S. SHAVELL, *The Level of Litigation: Private Versus Social Optimality of Suit and of Settlement*, in *International Review of Law & Economics*, 1999, 99, spec. 100).

Come si vedrà meglio in seguito⁷⁰⁰, l'(ab)uso da parte della Commissione delle soluzioni negoziate in luogo della procedura “ordinaria” interferisce con entrambe le componenti dei costi attesi. In via immediata, l'assenza o la riduzione delle sanzioni che si accompagnano, rispettivamente, a impegni e accordi transattivi ne riduce l'elemento pubblicistico⁷⁰¹. In via mediata, il mancato accertamento dell'illecito che caratterizza le decisioni con impegni, e la forma semplificata in cui vengono redatti gli accordi transattivi⁷⁰², ne compromette la componente privatistica: la differenza fra azioni c.d. *stand alone* e azioni c.d. *follow on* ne esce infatti stemperata⁷⁰³, rendendo più complesso (e quindi meno probabile) l'esperimento di azioni risarcitorie.

Tale osservazione evidenzia anche alcune delle potenziali interferenze fra soluzioni negoziate e terzo piano funzionale. La (possibile) diminuzione delle azioni di risarcimento del danno pregiudica infatti la posizione delle vittime della condotta “illecita”⁷⁰⁴, e quindi la funzione compensativa del sistema di applicazione (pubblica e privata) delle regole antitrust.

Come si diceva, le esternalità negative per i tre piani funzionali del sistema di enforcement sono correlate alla natura negoziale di impegni e accordi transattivi. Anche talune delle possibili soluzioni che possono risolvere o attenuare dette interferenze trovano però il loro fondamento in tale condizione. Con riguardo alla funzione compensativa, l'allontanamento dal modello di stampo pubblicistico fondato sul carattere autoritativo dell'attività amministrativa a favore delle procedure negoziate permette ad esempio di immaginare soluzioni alternative, che alla difesa dell'interesse pubblico alla concorrenzialità dei mercati affianchino strumenti più

⁷⁰⁰ Cfr. *infra* il capitolo 4, § 2.2. Quanto alla componente privatistica, v. anche il capitolo 4, § 3.3.3.

⁷⁰¹ In prima approssimazione, e fra i molti che sottolineano questo aspetto, v. M. SIRAGUSA, *Le decisioni con impegni*, cit., 395, dove si osserva che «[p]er le imprese, infatti, la consapevolezza di una tendenza delle autorità di concorrenza a chiudere istruttorie con l'accettazione di impegni, potrebbe modificare il rapporto costi benefici nella decisione sull'adozione di un comportamento anti-concorrenziale [...] L'eccessivo ampliamento dell'ambito di applicazione delle decisioni con impegni, sia dal punto di vista numerico sia da quello della tipologia di casi oggetto di decisioni con impegni, può dunque minare nel lungo termine l'efficacia della politica di tutela della concorrenza nel suo complesso».

⁷⁰² La decisione adottata a conclusione di una procedura di transazione, infatti, «non solo non contiene alcun riferimento ai possibili effetti del cartello [...] ma è anche significativamente meno dettagliata in punto di fatto rispetto» alle decisioni adottate in esito ad una procedura ordinaria, non facendo «riferimento a circostanze fattuali relative a possibili incontri fra le parti, discussioni in merito a fissazioni di prezzi o a compartimentazione di mercati» (cfr. S. D'ALBERTI, *Le decisioni con settlement e il rilievo per l'antitrust private enforcement*, in L.F. PACE (a cura di), *Dizionario sistematico*, cit., 388, spec. 395).

⁷⁰³ Con ciò si intende che le decisioni con impegni e gli accordi transattivi risultano meno utili ai fini del *private enforcement* rispetto ad un provvedimento di accertamento dell'illecito che segue alla procedura c.d. “ordinaria”, alleviando in modo (più o meno) limitato l'onere della prova che deve essere sostenuto dai potenziali attori.

⁷⁰⁴ O, se non illecita, che quantomeno suscitava *prima facie* preoccupazioni concorrenziali risolte dagli impegni proposti dalle imprese coinvolte e accettati dalla Commissione.

effettivi di tutela dei privati vittime di un illecito concorrenziale⁷⁰⁵, ad esempio secondo il modello dei c.d. *cy pres remedy*⁷⁰⁶.

Sul tema si tornerà ovviamente in seguito. Per ora si ripercorrerà invece il percorso che ha portato all'introduzione nell'ordinamento dell'Unione di impegni e accordi transattivi. Ciò consentirà peraltro di anticipare alcune delle tematiche più controverse che caratterizzano anche i regimi di cui all'art. 9 reg. (CE) n. 1/2003 e al reg. (CEE) n. 622/2008.

2 Le origini dell'applicazione negoziale delle regole di concorrenza.

2.1 L'esperienza nordamericana: i *consent orders* e i *consent decrees*.

L'ordinamento dell'Unione non è il primo a immaginare che i procedimenti antitrust si possano chiudere mediante una qualche forma di trattativa fra autorità e imprese⁷⁰⁷. Tale idea è in effetti mutuata dall'esperienza statunitense, dove viene utilizzata fin dagli inizi del secolo scorso⁷⁰⁸. Si è visto che in tale ordinamento il sistema di *enforcement* si basa sull'attività dei privati davanti alle corti civili⁷⁰⁹. Ciò non toglie che anche le autorità pubbliche⁷¹⁰ possano avviare dei procedimenti dinnanzi alle medesime autorità giurisdizionali per reagire a condotte anticoncorrenziali. Ciascuna di tali fattispecie può concludersi mediante una soluzione “negoziata”. Se la controversia pende fra privati, ciò avviene con un'ordinaria transazione, fattispecie che non rileva ai fini del presente lavoro⁷¹¹. Più interessante è il caso in cui la

⁷⁰⁵ In effetti, «[e]ven if the main purpose of public enforcement is the public interest, this does not exclude that competition authorities simultaneously satisfy more specific private interest. In the same way as an efficient system of private enforcement can contribute to the public policy objective of deterring infringements, a well-designed system of public enforcement can – and should – contribute to compensating victims [...]. This goal could be achieved by accepting compensation as an alternative form of undertaking in the commitment procedure or by taking compensation into account as a mitigating circumstance in the setting of fines» (cfr. J.H.J. BOURGEOIS, S. STRIEVI, *EU competition Remedies in Consumer Cases: Thinking Out of the Shopping Bag*, in *World Competition*, 2010, 241, spec. 242-243).

⁷⁰⁶ Sulla dottrina dei c.d. *cy pres remedy* (o della c.d. *fluid recovery*) si tornerà meglio infra. Vale comunque la pena di sottolineare fin da ora che questa «is used in US class action matters where the provision of individual recovery for all class members is impossible or unfeasible, e.g. class members cannot be identified. In such cases the court may order that the recovery awarded shall be devoted to the “next best use”» (cfr. C.I. NAGY, *Commitments as Surrogates of Civil Redress in Competition Law: the Hungarian Perspective*, in *European Competition Law Review*, 2012, 531, ivi, spec. nota 1, anche per i riferimenti. E in effetti, «[t]here is increasing interest in utilizing the *cy pres* doctrine as part of the remedy because of its potential to enhance competition» (cfr. A.A. FOER, *Enhancing Competition Through The Cy Pres Remedy: Suggested Best Practices*, in *Antitrust*, 2010, 86, ivi).

⁷⁰⁷ Anzi, «it might be considered a rather late bloomer in this regards» (cfr. N. DUNNE, *Commitment decisions in EU competition law*, cit., 404).

⁷⁰⁸ La prima soluzione negoziata di una controversia in materia antitrust mediante l'adozione di un *consent decree* risale infatti al 1906 (cfr. *United States v. Otis Elevator Company*, 1906 Antitrust Cases (CCH) (N.D. Cal 1906). Ciò del resto non sorprende. Gli Stati Uniti sono infatti il primo (e per lungo tempo l'unico) ordinamento in cui è prevista una disciplina a tutela della concorrenza. Tale Paese è stato quindi il primo a doversi confrontare (anche) con la questione dell'eventuale risoluzione negoziata delle controversie, nell'ottica di una maggiore efficienza del sistema di applicazione pubblica e privata dello *Sherman Act*.

⁷⁰⁹ Cfr. *supra* il testo relativo alle note 436-440, nel capitolo 2, § 3.2.

⁷¹⁰ E cioè sia la Federal Trade Commission (“FTC”) che l'Antitrust Division del Department of Justice (“DOJ”).

⁷¹¹ V. però M.D. HAUSFELD, B.A. RATNER, S. CAMPBELL, *Principles and Objectives of Formal and Informal Settlements in EU Competition Cases: The Claimant's Perspective*, in C.D. EHLERMANN, M. MARQUIS (eds.), *Antitrust settlements under EC Competition Law*, cit., 237, spec. 242).

controversia coinvolga un'autorità pubblica. In tale prospettiva, vi sono due strumenti: se il soggetto pubblico è la FTC, si fa in genere ricorso a un c.d. *cease and desist order*; se l'azione è stata instaurata dal DOJ, si fa invece riferimento all'istituto dei c.d. *consent decrees*⁷¹².

La natura negoziale di tali decisioni è incontestata⁷¹³, così come la loro somiglianza agli istituti poi introdotti nell'ordinamento dell'Unione, e in particolare alle decisioni con impegni⁷¹⁴. Ad esempio, il testo finale di un *consent decree* è infatti oggetto di una trattativa fra il DOJ e le imprese coinvolte, che (di regola⁷¹⁵) non devono ammettere la propria colpevolezza⁷¹⁶. Non viene quindi accertata alcuna violazione delle regole antitrust. Il contenuto è invece piuttosto variegato. Si possono prevedere sia rimedi comportamentali che strutturali⁷¹⁷. L'eterogeneità delle soluzioni è aumentata dall'ampia diffusione pratica di tali meccanismi⁷¹⁸.

Se queste sono alcune delle somiglianze con la prospettiva “comunitaria”, vi sono tuttavia diverse differenze, peraltro piuttosto significative. Una delle più importanti è che nell'ordinamento statunitense il carattere negoziale dei *consent decrees* non incide sulla natura giurisdizionale del procedimento. Al contrario della Commissione⁷¹⁹, si è visto infatti che il DOJ non agisce in via “amministrativa”, ma è tenuto ad instaurare un ordinario giudizio dinnanzi a una corte civile. Tale differenza di portata sistematica si riflette anche sulle decisioni negoziate. Nell'ordinamento

⁷¹² In tal senso, v. T.E. KAUPER, *The Use of Consent Decrees in American Antitrust Cases*, in P.J. SLOT, A. MC DONNEL (eds.), *Procedure and Enforcement in E.C. and U.S. Competition Law*, Londra, 1993, 104.

⁷¹³ Nel senso che «[s]uch decrees [...] partake of some of the qualities of a contract, with the defendant agreeing to a future course of conduct on the condition that further litigation on the underlying complaint be terminated» (cfr. T.E. KAUPER, *The Use of Consent Decrees*, cit., 105; sul punto v. anche *United States v. IIT Continental Baking Co.*, 420 U.S. 223, 238 (1975), dove si afferma che «[a] consent decree or order is to be construed for enforcement purposes basically as a contract».

⁷¹⁴ Per quanto riguarda le decisioni con impegni, si osserva infatti che queste «are broadly comparable to consent orders or consent decrees, as used in antitrust enforcement by the Federal Trade Commission and the Department of Justice in the United States. Indeed, the introduction of the commitment procedure in Regulation 1/2003 was inspired by the American example» (cfr. W.P.J. WILS, *The Use of Settlements in Public Antitrust Enforcement*, cit., 339). Analogamente, si rileva che «[t]he so-called “commitment decision” procedure, specified in Article 9 of [reg. (CE) n. 1/2003], was meant to introduce a formal settlement procedure that would be roughly analogous to the US consent decrees» (cfr. H. SCHWEITZER, *Commitment Decisions under Article 9 of Regulation 1/2003: The Developing EC Practice and Case Law*, in C.D. EHLERMANN, M. MARQUIS (eds.), *Antitrust settlements under EC Competition Law*, cit., 547, ivi).

⁷¹⁵ Vi sono tuttavia alcune eccezioni: v. ad esempio *United States v. Allied Chemical Corp.*, 1961 Trade Cas. (CCH) 69,923 (D. Mass. 1960).

⁷¹⁶ Cfr., fra le molte, *United States v. Microsoft*, NO. 98 Civ. 1232 (CKK), 2002, U.S. Dist. (Wash. DC, 12 novembre 2002), dove viene precisato che i *consent decrees* «not constitute any admission by any party regarding any issue of fact or law».

⁷¹⁷ Su tali nozioni v. *infra* il testo relativo alle note 795-802, nel capitolo 3, § 3.1.1.3. Con riguardo alla prima tipologia, v. ad esempio *United States v. Burgstiner*, 1991-1 Trade Cas. (CCH) 69,442 (S.D. GA); con riguardo alla seconda, v. invece *United States v. Fleet/Norstar Group, Inc.*, 1991-2 Trade Cas. (CCH) 68, 481 (W.D. Tex. 1988); *United States v. AT&T*, 1989-1 Trade Cas. (CCH) 68,481 (W.D. Tex. 1988).

⁷¹⁸ Se già nel 1950 circa l'87% delle cause instaurate dal DOJ viene risolto mediante tale strumento, la percentuale si avvicina al 100% nell'attuale prassi applicativa (per i riferimenti, cfr. D.H. GINSBURG, J.D. WRIGHT, *Antitrust Settlement: The Culture of Consent*, George Mason University Law and Economics Research Paper n. 13-18, 2013, 1, ivi).

⁷¹⁹ Ma v. *supra* la nota 645, nel capitolo 3, § 1.1. con riguardo alla questione relativa alla natura puramente amministrativa o para-penale del diritto (e delle sanzioni) antitrust.

dell'Unione, come si è accennato e si vedrà meglio in seguito⁷²⁰, le decisioni con impegni limitano *de facto* il controllo giurisdizionale sull'operato della Commissione⁷²¹, che vede quindi aumentata la propria discrezionalità. L'impugnazione di una decisione con impegni è infatti ipotesi residuale: da un lato, l'impresa è limitata nell'esercizio di tale diritto dal consenso manifestato durante la fase amministrativa; dall'altro lato, i terzi si scontrano con i limiti in tema di legittimazione attiva di cui all'art. 263(4) TFUE.

Nella prospettiva statunitense, la negoziazione di un *consent decree* avviene invece nel corso di un ordinario procedimento giurisdizionale⁷²². Le corti possono quindi verificare che l'accordo sia conforme all'interesse pubblico, e in caso contrario possono opporsi alla conclusione⁷²³. Per lungo tempo tale prerogativa viene in realtà utilizzata solo raramente⁷²⁴. La situazione cambia però in modo radicale con l'adozione del c.d. *Tunney Act*⁷²⁵. Viene infatti aumentata la trasparenza della procedura volta alla conclusione dei *consent decrees*⁷²⁶, e reso più incisivo il ruolo delle corti nella valutazione dell'interesse pubblico.

L'effettività del sindacato giurisdizionale esercitato dalle corti statunitensi sulle decisioni negoziali non impedisce peraltro che l'ampia diffusione di tali meccanismi susciti qualche perplessità anche in tale ordinamento. Come si vedrà in seguito con riguardo alla prospettiva «comunitaria»⁷²⁷, una delle critiche più incisive riguarda il fatto che il loro (ab)uso sembra facilitare l'evoluzione del diritto antitrust da meccanismo di controllo (*ex post*) di specifici comportamenti delle imprese a strumento di regolazione (*ex ante*) del mercato⁷²⁸.

⁷²⁰ Cfr. *infra* il capitolo 4, §§ 2.1.2.4.-2.1.2.6.

⁷²¹ Si osserva infatti che «[c]ommitment decisions *de facto* withdraw a large part of the Commission's competition law practice from judicial review» (cfr. H. SCHWEITZER, *Commitment Decisions in the EU and in the Member States*, cit., 2).

⁷²² Alla luce del diverso grado di controllo giurisdizionale sui rimedi negoziali nel settore della concorrenza che si registra nell'ordinamento statunitense rispetto a quello dell'Unione (cfr. *infra* il capitolo 4, §§ 2.1.2.4.-2.1.2.6.), si osservare che con la codificazione della prassi della Commissione di chiudere informalmente i procedimenti (avvenuta in primo luogo con gli impegni *ex art. 9* reg. (CE) n. 1/2003, cit., e in secondo luogo con gli accordi transattivi *ex reg. (CE) n. 622/2008*, cit.) «non si trattava nemmeno di realizzare, sotto mutate insegne, il transplant del meccanismo dei settlements tradizionalmente utilizzati negli Stati Uniti, che avrebbe quantomeno comportato un qualche presidio giudiziale sullo schema negoziale raggiunto tra le parti o (l'assenza del)la previsione in base alla quale sono le imprese a proporre formalmente gli impegni» (cfr. A. GIANNACCARI, C. LANDI, *Antitrust? Grazie, abbiamo altri impegni*, cit., 255).

⁷²³ La possibilità di opposizione delle Corti statunitensi fa sì che «[t]he government's flexibility in consent decree negotiations is thus significantly curtailed» (cfr. T.E. KAUPER, *The Use of Consent Decrees*, cit., 106).

⁷²⁴ Infatti, «[s]ound policy would strongly lead us to decline to assess the wisdom of the Government's judgment in negotiating and accepting [a] [...] consent decree, at least in the absence of any claim of bad faith or malfeasance on the part of the Government in so acting» (cfr. *Sam Fox Publishing Co. v United States*, 366 U.S. 683, spec. 689 (1961)).

⁷²⁵ Cfr. *The American Antitrust Procedures and Penalties Act*, Pub L No 93 528, § 3, 88 Stat 1706, 1708 (1974).

⁷²⁶ Ad esempio, diviene obbligatoria la compilazione e la pubblicazione da parte del DOJ di un c.d. «competitive impact statements» al fine di permettere ai terzi interessati di presentare eventuali commenti (cfr. T.E. KAUPER, *The Use of Consent Decrees*, cit., 111).

⁷²⁷ Cfr. *infra* il capitolo 4, § 2.1.3.

⁷²⁸ Fra i primi contributi in tal senso v. H. FIRST, *Is Antitrust Law?*, in *Antitrust*, 1995, 9; A.D. MELAMED, *Antitrust: The New Regulation*, in *Antitrust*, 1995, 13.

2.2 L'esperienza «comunitaria» anteriore alla c.d. «modernizzazione».

Si è visto che la necessità di ridurre il carico di lavoro della Commissione dovuto al meccanismo di esenzione porta alla diffusione nella prassi di meccanismi alternativi rispetto all'adozione di decisioni formali⁷²⁹. Molte delle soluzioni immaginate consentono la chiusura informale (e quindi discrezionale, e quindi ancora negoziata) dei procedimenti aperti dalla Commissione. Ben prima dell'adozione del reg. (CE) n. 1/2003, la prassi applicativa delle regole antitrust si caratterizza quindi per la presenza di procedure flessibili⁷³⁰. Nell'ottica della chiusura semplificata dei procedimenti, vi è talvolta spazio per lo svolgimento di vere e proprie trattative fra imprese e Commissione in cui vengono negoziate misure correttive che rendono superflua la prosecuzione del procedimento⁷³¹.

Si possono individuare diverse linee in cui tale tendenza alla semplificazione si è in concreto sviluppata. Peraltro, queste linee di sviluppo si differenziano fra loro proprio in base al livello di negoziazione fra imprese e Commissione. Vanno ad esempio ricordate le decisioni informali di archiviazione (le c.d. *comfort letters*). Si è detto che tali decisioni consistono in una dichiarazione della Commissione secondo cui, allo stato dei fatti, non si ravvisa alcun illecito. Le *comfort letters* coprono dunque quelle condotte che appaiono *prima facie* compatibili con le regole antitrust. L'apparente compatibilità rende superflua l'adozione di una decisione formale di esenzione. Tali provvedimenti vengono infatti riservati ai casi di maggiore rilevanza sistematica. La semplificazione del procedimento è massima. L'elemento consensuale è invece più sfumato. L'apparente liceità della condotta oggetto di scrutinio rende di per sé superflua l'azione della Commissione. Gli aspetti controversi non riguardano pertanto le modalità e i termini delle negoziazioni fra Commissione e imprese, ma piuttosto l'efficacia giuridica di tali decisioni (fra le parti e nei confronti dei terzi)⁷³².

La prospettiva si fa più interessante quando la chiusura informale del procedimento avviene in un momento successivo all'apertura di un'indagine formale, o all'invio di una comunicazione degli addebiti. La natura negoziale è certamente più marcata, tanto che in letteratura si utilizza di regola il termine «*settlements*»⁷³³. La nozione è usata in senso atecnico⁷³⁴. Anche se vi sono analogie più intense con il futuro istituto

⁷²⁹ Sul punto v. *supra* il capitolo 2, § 2.3.

⁷³⁰ C.d. «*flexible*» *procedures* [...] *used by the Commission*» (per riprendere un'espressione di D. WAELBROECK, *New forms of settlements of antitrust cases and procedural safeguards: is Regulation 17 falling into abeyance?*, in *European Law Review*, 1986, 268, ivi).

⁷³¹ Cfr. M. BOCCACCIO, A. SAIJA, *La modernizzazione dell'antitrust. La decisione con impegni*, in *Mercato Concorrenza Regole*, 2002, 285, spec. 289. Un'eccezione è però rappresentata dall'introduzione delle esenzioni a portata generale, nonché dalla pubblicazione di comunicazioni e linee guida.

⁷³² Detti aspetti sono peraltro stati già trattati. Cfr. *supra* il capitolo 2, § 2.3.

⁷³³ Ad esempio, cfr. da ultimo A. JONES, B. SUFRIN, *EU Competition Law*, cit. 993 («*informal settlements*»), e già D. WAELBROECK, *New forms of settlements of antitrust cases*, cit., 268; I. VAN BAELE, *The Antitrust Settlement Practice of the EC Commission*, in *Common Market Law Review*, 1986, 61.

⁷³⁴ È peraltro la medesima dottrina ad avvertire che «*the word "settlement" is relatively ambiguous*» (cfr. D. WAELBROECK, *New forms of settlements of antitrust cases*, cit., 269).

degli impegni, tale definizione è del resto poi ripresa dal reg. (CE) n. 622/2008 con riguardo ai soli accordi transattivi⁷³⁵. La questione può essere riassunta come segue. L'avvio di un'indagine formale, e ancor di più l'invio di una comunicazione degli addebiti, presuppone l'individuazione di una condotta *prima facie* incompatibile con le regole antitrust. La Commissione ritiene quindi necessario intervenire a tutela dei mercati. La prospettiva è opposta rispetto al caso delle decisioni informali di archiviazione⁷³⁶, e solleva l'interrogativo circa le ragioni che portano la Commissione a rinunciare a perseguire le condotte individuate.

Le ragioni sono piuttosto eterogenee, in linea con l'ampia diffusione delle procedure informali nella prassi decisionale della Commissione⁷³⁷. Una delle ipotesi meno controverse è quella in cui il procedimento venga chiuso in modo informale perché un esame più approfondito della condotta ne dimostra la compatibilità con gli artt. 101 e 102 TFUE. In questo caso, le differenze con le *comfort letters* si riducono e l'unico aspetto problematico riguarda ancora una volta il pregiudizio per la certezza del diritto.

Tuttavia, vi sono casi in cui la chiusura informale del procedimento non si basa sull'accertamento della liceità della condotta, ma deriva piuttosto da uno specifico comportamento delle imprese coinvolte. Un contratto può in effetti essere risolto o modificato dalle imprese contraenti prima che la Commissione si pronunci sulla sua compatibilità con l'art. 101 TFUE; analogamente, una condotta unilaterale può essere interrotta su iniziativa dell'impresa dominante prima che ne sia accertata l'incompatibilità con l'art. 102 TFUE. Tali ipotesi non impediscono alla Commissione di aprire o continuare un procedimento e sanzionare l'infrazione passata⁷³⁸. Ne risentirebbe l'efficacia deterrente del diritto della concorrenza⁷³⁹. La discrezionalità della Commissione nell'amministrazione della politica di concorrenza viene tuttavia valorizzata per legittimare l'ipotesi inversa. Pur non garantendo l'immunità alle imprese, la cessazione o la modifica di una condotta *prima facie* illegittima può

⁷³⁵ In effetti, anche se «[i]t might be argued from a linguistic, semantic point of view that companies “settle” a case with the Commission when they offer commitments which become binding on them by a decision adopted pursuant Article 9», si osserva che «since the adoption by the Commission of a “settlement package” [...], the terms “settlement” and “settlement procedure” used in the EU context properly refer only to the instrument and regulated procedure described mainly in new Article 10a inserted in Regulation 773/2004» (cfr. K. METHA, M.L. TIERNO CENTELLA, *EU Settlement Procedure*, cit., 397).

⁷³⁶ Anche se, in realtà, «nel corso degli anni '80 la Commissione ha instaurato la prassi di inviare lettere amministrative anche nei casi in cui le intese notificatele appaiano *prima facie* contrarie all'art. 81 (ex art. 85), § 1, e non esentabili, ma non sussista (per il momento) un interesse comunitario sufficiente per avviare un procedimento» (cfr. G.M. ROBERTI, *Procedure applicative delle regole di concorrenza*, in A. TIZZANO (a cura di), *Il diritto privato dell'Unione europea*, in M. BESSONE (diretto da), *Trattato di diritto privato dell'Unione europea*, Torino, 2000, 1223, spec. 1249).

⁷³⁷ Già negli anni ottanta del secolo scorso si osservava ad esempio che «approximately ninety-six percent of all antitrust cases have been terminated by settlements while only four percent have been terminated by formal decisions» (cfr. I. VAN BAELE, *The Antitrust Settlement Practice*, cit., 61), o ancora che «[t]he “settlement” of an antitrust procedure between the Commission and the undertakings concerned is by far the most common way in which those procedures are closed» (cfr. D. WAELBROECK, *New forms of settlements of antitrust cases*, cit., 269).

⁷³⁸ Oggi nei limiti di cui all'art. 25(1)(b) reg. (CE) n. 1/2003, cit.

⁷³⁹ Le imprese andrebbero infatti esenti da ogni responsabilità a patto di allineare il proprio comportamento al dettato delle regole antitrust appena prima che la Commissione riesca ad adottare una decisione di accertamento di un'infrazione.

giustificare la chiusura informale di un'indagine già avviata. L'elemento consensuale appare in tali ipotesi più marcato. Le misure correttive sono infatti negoziate da imprese e Commissione⁷⁴⁰. Al termine delle trattative, quest'ultima può decidere di chiudere (o sospendere) il procedimento, essendo venuti meno i profili anticoncorrenziali in base ai quali si è avviata l'istruttoria⁷⁴¹.

Nonostante il silenzio del reg. (CEE) n. 17/62, si è detto che tali forme di chiusura informale e consensuale dei procedimenti sono diffuse nella prassi. L'ipotesi tipica è quella in cui il contenuto di un contratto viene modificato dalle parti per renderlo conforme a un regolamento di esenzione. Se le parti intervengono sulle clausole contestate, la Commissione è incentivata a chiudere l'istruttoria senza adottare una decisione formale. Ciò anche al fine di evitare il successivo contenzioso: la maggioranza dei casi riguarda infatti ipotesi contrattuali i cui effetti sulla concorrenza sono minimi o comunque piuttosto controversi, come è il caso degli accordi verticali di distribuzione. Tuttavia, anche fattispecie più gravi (e certamente illecite) subiscono talvolta la stessa sorte, ivi incluse ipotesi di intese orizzontali volte alla fissazione dei prezzi e alla ripartizione dei mercati⁷⁴². Le negoziazioni informali vengono pertanto utilizzate con riguardo a fattispecie che oggi rientrano nel campo di applicazione sia dell'art. 9 reg. (CE) n. 1/2003 sia del reg. (CE) n. 622/2008. La trattazione unitaria dei due rimedi negoziali appare quindi ancora più giustificata.

In realtà, non è possibile ricostruire l'esatta portata e diffusione delle negoziazioni informali nella prassi precedente all'entrata in vigore del reg. (CE) n. 1/2003. Il settore è infatti poco trasparente. Solo i casi più importanti sono resi pubblici. La casistica "ordinaria" rimane invece avvolta da una forte opacità⁷⁴³. Uno dei primi casi ai quali viene data pubblicità è quello che coinvolge IBM. Nel 1980 la Commissione avvia un procedimento *ex art. 86 CEE* nei confronti di tale impresa. Vi sono diverse condotte oggetto di scrutinio: da un lato, alcune pratiche di c.d. *bundling*⁷⁴⁴; dall'altro lato, il rifiuto di tale impresa di comunicare ai concorrenti le informazioni necessarie a realizzare prodotti compatibili con quelli IBM. L'indagine formale dura fino al 1984 quando IBM presenta alla Commissione un documento in cui si dichiara disponibile a intervenire sulle condotte oggetto di contestazione. Una delle proposte più significative riguarda l'accessibilità delle informazioni per la creazione di prodotti compatibili⁷⁴⁵.

⁷⁴⁰ Si osserva ad esempio che «[c]ases have also been terminated informally because the Commission and the parties have come to a settlement, usually because the companies had made enough concessions to satisfy the Commission, and the latter considered that nothing would be gained by pursuing a formal proceeding any further» (cfr. A. JONES, B. SUFRIN, *EU Competition Law*, cit., 993).

⁷⁴¹ Cfr. M. BOCCACCIO, A. SAIJA, *La modernizzazione dell'antitrust*, cit., 289.

⁷⁴² Per i riferimenti v. I. VAN BAEL, *The Antitrust Settlement Practice*, cit., 67).

⁷⁴³ Tanto che si afferma che mediante le procedure di settlement la Commissione «creates an alternative body of *secrete jurisprudence*» (cfr. I. VAN BAEL, *The Antitrust Settlement Practice*, cit., 90).

⁷⁴⁴ Che riguardano la memoria virtuale e il software.

⁷⁴⁵ In sintesi, la proposta di IBM alla Commissione consiste nell'impegno a «(i) to offer its System/370 CPUs in the Community either without main memory or with only such capacity as was strictly required for testing; (ii) to disclose

Convinta che ciò abbia «l'effetto di migliorare sensibilmente la posizione degli utilizzatori e dei concorrenti»⁷⁴⁶, la Commissione accetta di sospendere il procedimento fino a che IBM avesse rispettato le misure proposte. Nella forma, si tratta di un «impegno unilaterale» proposto dall'impresa interessata⁷⁴⁷. Nella sostanza, la tempistica dimostra che il loro contenuto è stato in realtà elaborato in precedenza, nel corso di «discussioni informali» tenutesi «parallelamente alla procedura ufficiale» fra impresa e Commissione⁷⁴⁸. L'accettazione avviene infatti nello stesso giorno in cui la Commissione riceve la proposta di IBM. È chiara la natura (non solo semplificatrice ma anche e soprattutto) negoziale della procedura⁷⁴⁹.

Unilateralità e consensualità non sono le uniche peculiarità delle procedure informali che il caso *IBM* permette di individuare. Ad esempio, le parti si danno atto della natura volontaria e relativa dell'impegno⁷⁵⁰. Da un lato, l'impegno è volontario nel senso che non vincola le parti. Se IBM non rispetta quanto pattuito, la Commissione non può agire in giudizio per chiederne l'ottemperanza, né tantomeno il risarcimento per l'inadempimento. La Commissione deve piuttosto riaprire il procedimento sospeso e dimostrare un'effettiva violazione delle regole antitrust⁷⁵¹. Dall'altro lato, l'impegno è relativo nel senso che il suo contenuto non può essere invocato da soggetti terzi (es. imprese concorrenti o consumatori) davanti ai giudici nazionali o alla stessa Commissione. Volontarietà e relatività sono peraltro corollari della caratteristica principale della soluzione immaginata da IBM e Commissione, e cioè che la chiusura informale del procedimento sulla base degli impegni non implica alcuna ammissione di responsabilità da parte della prima, né equivale a un'attestazione negativa da parte della seconda. Anche prima dell'entrata in vigore del reg. (CE) n. 1/2003, gli impegni sono quindi “indifferenti” rispetto all'accertamento di un illecito.

sufficient interface information to enable competing companies in the Community to attach both hardware and software products of their own design to System/370; and (iii) to disclose adequate and timely information to competitors to enable them to interconnect their systems or networks with IBM's System/370 Network Architecture» (cfr. IBM, in *E.C. Bulletin*, 1984, n. 7/8, § 1.1.5).

⁷⁴⁶ Cfr. COMMISSIONE EUROPEA, *XIV Relazione sulla politica di concorrenza (1984)*, Bruxelles, 1984, § 95.

⁷⁴⁷ Nel senso che «in questo caso non si tratti di un vero e proprio accordo seguito a una trattativa, quanto piuttosto di un'assunzione unilaterale di obblighi da parte dell'impresa interessata» (cfr. ad esempio M. BOCCACCIO, A. SAIJA, *La modernizzazione dell'antitrust*, 291).

⁷⁴⁸ Cfr. COMMISSIONE EUROPEA, *XIV Relazione sulla politica di concorrenza*, cit., § 94. Sul punto v. anche I. VAN BAEL, *The Antitrust Settlement Practice*, 71, dove si osserva che «rather than resting on a single document, the settlement is embodied in two documents: a unilateral offer by IBM followed by a decision to suspend the proceedings».

⁷⁴⁹ Si tratta infatti di vere e proprie trattative fra imprese indagate e Commissione: «[q]ualora la Commissione abbia avviato d'ufficio un procedimento volto ad accertare eventuali violazioni delle regole di concorrenza, essa può in ogni momento ritenere che non sussistano motivi sufficienti per proseguire le procedure ed archiviare la pratica. In alcuni casi l'archiviazione segue a trattative instaurate con l'impresa indagata ed eventualmente ad impegni assunti da questa nei confronti della Commissione» (cfr. G.M. ROBERTI, *Procedure applicative delle regole di concorrenza*, cit., 1249).

⁷⁵⁰ Cfr. il § 19 dell'impegno presentato da IBM.

⁷⁵¹ In effetti, «[i]n the case of an informal settlement, the only response to a breach of the settlement was the reopening of proceedings with a view to adopting a prohibition decision» (cfr. E. DE SMIJTER, A. SINCLAIR, *The Enforcement System under Regulation 1/2003*, in J. FAULL, A. NIKPAY (eds.), *The EU Law of Competition*, cit., 91, spec. 130).

La Corte di giustizia sancisce in più occasioni la legittimità delle trattative fra Commissione e imprese⁷⁵². Le procedure flessibili sollevano comunque diversi interrogativi. Il punto è interessante perché consente di anticipare alcune delle principali questioni controverse che caratterizzano anche il regime attuale, e in particolare quello relativo alle decisioni con impegni *ex art. 9 reg. (CE) n. 1/2003*. Si riduce innanzitutto l'intensità del controllo giurisdizionale⁷⁵³. L'informalità della procedura riduce infatti i margini di impugnazione e quindi il numero dei casi in cui la Corte di giustizia può sindacare il corretto svolgimento delle trattative e la legittimità del contenuto degli accordi. Aumenta quindi la discrezionalità della Commissione, che potrebbe finire per negoziare rimedi non in linea con l'interesse pubblico. Ne possono risentire in modo negativo sia l'interesse generale che specifici soggetti terzi.

È ad esempio il caso dei soggetti che abbiano denunciato alla Commissione la condotta poi risolta in modo informale. Pur avendo diritto di essere informati circa i risultati del negoziato, i denuncianti non possono parteciparvi e solo in circostanze eccezionali possono contestare la scelta di aprire il negoziato o il contenuto dell'accordo davanti alla Corte di giustizia. Del resto, si è visto che di regola non vi è neppure una decisione da impugnare: le imprese modificano le condotte contestate, e la Commissione sospende l'attività di indagine⁷⁵⁴. I soggetti terzi (ad esempio le imprese concorrenti e i consumatori) si trovano in una posizione ancora più delicata: vedono sfumare la possibilità che il procedimento si concluda con una decisione di accertamento e di eliminazione dell'infrazione che li danneggia, e non sono neppure a conoscenza di tale circostanza, poiché, in quanto categoria aperta, non vengono avvisati dell'avvio delle trattative, né del loro esito.

La discrezionalità della Commissione rileva anche in altre prospettive. Una delle più significative riguarda l'eventuale riapertura della procedura. Si è detto che l'accettazione degli impegni non vincola la Commissione. Tale istituzione si limita infatti a sospendere il procedimento a patto che l'impresa rispetti gli impegni assunti. Se l'impresa è inadempiente, la Commissione può (e deve) riprendere le indagini.

⁷⁵² Per tutte, cause 6 e 7/73, *Istituto chemioteraputico italiano*, cit.; sul punto, v. anche G. DEMARTINI, *La definizione del procedimento antitrust*, cit., 917.

⁷⁵³ A favore di tale ruolo limitato per la Corte di giustizia, e quindi in senso sfavorevole all'adozione di un sistema simile a quello immaginato dal Tunney Act nell'ordinamento statunitense, v. J.H.J. BOURGEOIS, *Undertaking in E.C. Competition Law*, in P.J. SLOT, A. MC DONNEL (eds.), *Procedure and Enforcement in E.C. and U.S. Competition Law*, Londra, 1993, 90, spec. 99, dove si osserva che «[a]ssessing the public interest in settling cases via undertaking is essentially a matter for the Commission only. This assessment is, as a rule, not a matter for judicial review. Judicial review does obviously contribute to the protection of the public interest but, except where Member States challenge a Commission decision, under Article 173 such a decision can only be challenged by a private party that is either an addressee of such a decision or a party that is otherwise directly and individually concerned by that decision [...]. Protection of the public interest is thus in the E.C. essentially a matter of political accountability of the Commission and should probably remain so».

⁷⁵⁴ La situazione è quindi differente dal caso in cui la Commissione decida di rigettare una denuncia. In questo caso, infatti, anche se «[n]el reg. n. 17/1962 e nel reg. n. 2842/1998 non è precisato se la Commissione sia tenuta ad adottare una decisione formale [...] una risposta affermativa sul punto è stata data nella giurisprudenza comunitaria [v. ad esempio Corte giust. 11 ottobre 1983, in causa 210/81, *Demo-Studio Schmidt*, ECLI:EU:C:1983:277]. L'adozione di una decisione formale permette quindi al denunciante di impugnare la pronuncia con cui viene respinta la sua istanza» (cfr. G.M. ROBERTI, *Procedure applicative delle regole di concorrenza*, cit., 1249).

Dubbio è invece il caso in cui l'impresa modifichi la propria condotta in linea con i negoziati. La riapertura del procedimento non pare in linea con il principio del legittimo affidamento⁷⁵⁵, a prescindere dalla natura formalmente non vincolante degli impegni.

All'ombra del reg. (CEE) n. 17/62, si viene in definitiva a creare una situazione di forte incertezza giuridica. L'incertezza investe non solo la portata e il valore legale dei rimedi negoziali, ma anche le garanzie procedurali delle imprese e dei terzi, e persino le tipologie di illeciti che possono essere oggetto di soluzioni negoziate⁷⁵⁶. Una certa flessibilità nella chiusura dei procedimenti è però necessaria perché la Commissione riesca a svolgere il ruolo di guardiana della concorrenza che le è attribuito dai Trattati nell'interesse pubblico. È quindi necessario un bilanciamento fra tali esigenze contrapposte, a fini di economia procedurale. La soluzione viene individuata nella codificazione, nell'ambito della c.d. modernizzazione, di alcune delle soluzioni emerse nella prassi. Uno degli obiettivi principali di tale processo è infatti quello di ridurre l'aleatorietà di una disciplina sviluppatasi in assenza di basi normative, cercando tuttavia di non ridurre rapidità e efficacia.

La codificazione si concentra su due tipi di rimedi. Da un lato, il reg. (CE) n. 1/2003 disciplina le decisioni con impegni⁷⁵⁷. Dall'altro lato, il reg. (CE) n. 622/2008 introduce gli accordi transattivi dei cartelli. Se non è necessario applicare una sanzione, il primo istituto consente di chiudere il procedimento senza accertare una violazione, purché le imprese “negoziino” con la Commissione alcuni rimedi (comportamentali o strutturali) capaci di fare venire meno le iniziali preoccupazioni concorrenziali. Il secondo strumento, invece, premia con una riduzione della sanzione altrimenti applicabile quelle imprese che “negoziino” con la Commissione e ammettano di aver partecipato al più grave degli illeciti anticoncorrenziali.

I prossimi paragrafi sono dedicati all'analisi di questi rimedi negoziali. Serve tuttavia un'ultima precisazione preliminare. Si è detto che vi è più di una ragione che giustifica la trattazione unitaria di impegni e accordi transattivi. Gli spunti più interessanti ai fini della presente ricerca riguardano però la prima categoria di decisioni. Tale circostanza si riflette sulla struttura del lavoro. Il tema degli impegni è

⁷⁵⁵ In tal senso, anche per ulteriori riferimenti, v. J.H.J. BOURGEOIS, *Undertaking in E.C. Competition Law*, cit., 95.

⁷⁵⁶ Si osserva infatti che «*neither the termination of a restrictive practice nor the type of offense is necessarily determinative of the outcome of a competition case*» (cfr. I. VAN BAEL, *The Antitrust Settlement Practice*, cit.). Tuttavia, si osserva altresì che le decisioni informali e negoziali «*could attain the status of precedent [and] were valuable guidance to other companies on what was acceptable to the Commission*» (cfr. A. JONES, B. SUFRIN, *EU Competition Law*, cit., 993).

⁷⁵⁷ In effetti, «*[t]he commitment decision procedure formalizes a long-standing practices of informal settlement under Regulation 17/62*» (cfr. H. SCHWEITZER, *Commitment Decisions under Article 9 of Regulation 1/2003*, cit., 548). In altri termini, «*[a]rticle 9 of Regulation 1/2003 formally introduced the possibility of closing proceedings with a commitment decision, codifying the Commission's previous administrative practices*» (cfr. S. MARTINEZ LAGE, R. ALLENDESALAZAR, *Commitment Decisions ex Regulation 1/2003: Procedure and Effects*, in C.D. EHLERMANN, M. MARQUIS (eds.), *Antitrust settlements under EC Competition Law*, cit., 581, ivi).

infatti trattato in modo più approfondito, in specie sotto il profilo della ricostruzione e dell'analisi della prassi applicativa.

3 Le soluzioni negoziali: decisioni con impegni e accordi di transazione dei cartelli.

3.1 Aspetti procedurali e principali caratteristiche delle normative oggetto di indagine.

3.1.1 Le decisioni con impegni.

3.1.1.1 Premessa.

Introdotte nell'ordinamento dell'Unione dall'art. 9 reg. (CE) n. 1/2003⁷⁵⁸, le decisioni con impegni assumono in breve tempo un ruolo centrale nell'ambito del sistema di applicazione pubblica della disciplina della concorrenza. L'importanza di tale rimedio negoziale è confermata sia dal successo pratico⁷⁵⁹, sia dalla successiva introduzione di analoghi istituti nel diritto interno di tutti gli Stati membri⁷⁶⁰. Per quanto riguarda l'ordinamento italiano, il riferimento è ad esempio all'art. 14-ter della legge n. 287/1990⁷⁶¹. L'effetto diretto di cui gode il reg. (CE) n. 1/2003⁷⁶² sembrava peraltro autorizzare le autorità nazionali a utilizzare l'istituto degli impegni anche prima dell'adozione di specifiche normative a livello interno⁷⁶³. Vi erano però

⁷⁵⁸ Ai sensi del quale «[q]ualora intenda adottare una decisione volta a far cessare un'infrazione e le imprese interessate propongano degli impegni tali da rispondere alle preoccupazioni espresse loro dalla Commissione nella sua valutazione preliminare, la Commissione può, mediante decisione, rendere detti impegni obbligatori per le imprese. La decisione può essere adottata per un periodo di tempo determinato e giunge alla conclusione che l'intervento della Commissione non è più giustificato».

⁷⁵⁹ In realtà, l'idea di dare luogo a una sorta di codificazione delle prassi di chiusura informale dei procedimenti in allora seguita dalla Commissione, e quindi di introdurre l'istituto degli impegni nell'ordinamento dell'Unione, viene per la prima volta presa in considerazione nel contesto del Libro bianco sulla modernizzazione, cit., § 90. In tale sede, l'importanza delle decisioni con impegni e le conseguenze che queste ultime avrebbero poi avuto sull'intero sistema di enforcement venivano però largamente sottovalutate dalla Commissione, che le considerava «as a “useful” complement to existing enforcement tools» (cfr. D.M.B. GERARD, *Negotiated remedies in the modernization era*, cit., 3).

⁷⁶⁰ Fra le altre cose, ciò significa che «[t]he transformation induced by an increased reliance on negotiated procedures are therefore not limited to the EU level but have permeated antitrust enforcement throughout Europe» (cfr. D.M.B. GERARD, *Negotiated remedies in the modernization era*, cit., 3).

⁷⁶¹ Secondo cui «[e]ntro tre mesi dalla notifica dell'apertura di un'istruttoria per l'accertamento della violazione degli articoli 2 o 3 della presente legge o degli articoli [101 e 102 TFUE], le imprese possono presentare impegni tali da far venire meno i profili anticoncorrenziali oggetto dell'istruttoria. L'Autorità, valutata l'idoneità di tali impegni, può, nei limiti previsti dall'ordinamento comunitario, renderli obbligatori per le imprese e chiudere il procedimento senza accertare l'infrazione». Come è noto, tale articolo è stato aggiunto dall'art. 14 del decreto legge n. 233/2006, convertito, con modifiche, dalla legge 4 agosto 2006, n. 248, conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 4 luglio 2006, n. 223, recante disposizioni urgenti per il rilancio economico e sociale, per il contenimento e la razionalizzazione della spesa pubblica, nonché interventi in materia di entrate e di contrasto all'evasione fiscale, in GU, n. 186, dell'11 agosto 2006.

⁷⁶² E in particolare l'effetto diretto dell'art. 5 reg. (CE) n. 1/2003, cit., ai sensi del quale, «[l]e autorità garanti della concorrenza degli Stati membri sono competenti ad applicare» gli artt. 101 e 102 TFUE, e quindi non solo a «ordinare la cessazione di un'infrazione», a «disporre misure cautelari», ovvero a «comminare ammende, penalità di mora o qualunque altra sanzione prevista dal diritto nazionale», ma anche a «accettare impegni» proposti dalle imprese.

⁷⁶³ Cfr. ad esempio Autorité belge de la Concurrence 31 agosto 2006, n. I/O-12, CONC-I/O-00/0049, *Banksys S.A.*, 10, nella quale «le Conseil considère que sur la base de l'article 5 du Règlement (CE) n° 1/2003, il a le pouvoir de mettre fin à une procédure en cours, par l'acceptation d'un engagement souscrit par une entreprise dont l'activité a fait l'objet d'une instruction même si la loi sur la protection de la concurrence économique ne le prévoit pas expressément».

incertezze circa i possibili rimedi in caso di mancata ottemperanza da parte delle imprese⁷⁶⁴.

Si è visto che la procedura in discussione risponde a ragioni di efficienza e celerità procedimentale⁷⁶⁵. Gli impegni permettono infatti alla Commissione di chiudere i procedimenti senza esaurire le complesse attività istruttorie che caratterizzano l'applicazione delle regole antitrust nelle forme "ordinarie"⁷⁶⁶, oltre a ridurre la successiva fase contenziosa. In linea di principio, si possono quindi destinare le risorse liberate al perseguimento di ulteriori illeciti⁷⁶⁷.

3.1.1.2 La riserva di iniziativa a favore delle imprese e la fase della valutazione preliminare.

La procedura di presentazione e accettazione degli impegni si caratterizza per una certa "oscurità"⁷⁶⁸. Nella prospettiva europea⁷⁶⁹, la materia è disciplinata agli artt. 9 e 27 reg. (CE) n. 1/2003. Un intero capo della *Comunicazione* sull'applicazione degli artt. 101 e 102 TFUE precisa inoltre le modalità di presentazione e valutazione degli impegni⁷⁷⁰. Si chiarisce innanzitutto che la facoltà di avviare i contatti strumentali alla

⁷⁶⁴ Tale circostanza ne sconsigliava quindi l'adozione: «[I]l ostacolo all'applicazione immediata nello Stato membro, in mancanza di una disciplina nazionale ad hoc, derivava solo dal fatto che il medesimo art. 5 stabilisce che le ammende o sanzioni da comminare in caso di violazione degli impegni devono essere previste dal diritto nazionale. Il principio di legalità, rinvigorito da quest'ultima disposizione, sconsigliava l'accettazione di impegni con la chiusura anticipata del procedimento perché non ne avrebbe consentito la sanzionabilità in caso di inottemperanza» (cfr. F. CINTIOLI, *Le nuove misure riparatorie del danno alla concorrenza: impegni e misure cautelari*, in *Giurisprudenza commerciale*, 2008, 109, spec. 118; sul punto v. anche G. DEMARTINI, *La definizione del procedimento antitrust*, cit., 919).

⁷⁶⁵ Anche se, talvolta, accade che i procedimenti chiusi con impegni abbiano durata paragonabile a quelli in cui si arriva all'adozione di una decisione di accertamento (v. ad esempio Commissione 20 dicembre 2012, C(2012) 9439, COMP/39.230 – *Rio Tinto Alcan*, in cui il procedimento è durato quasi cinque anni).

⁷⁶⁶ Infatti, e come si vedrà meglio in seguito, «[i]ssues such as market definition and dominance, which may be at the centre of dispute in a procedure leading to an infringement decision, are largely set aside, allowing discussion to focus on the specific conduct at issue» (cfr. C.J. COOK, *Commitment Decisions: The Law and Practice under Article 9*, in *World Competition*, 2006, 209, spec. 211).

⁷⁶⁷ Sul punto cfr. *infra* il capitolo 4, § 2.2. V. comunque fin da ora C. RABITTI BEDOGNI, *L'autorità garante nell'ultimo triennio*, cit., 173.

⁷⁶⁸ Si osserva infatti che a «rather obscured path leading to the issuance of a commitment decision by a competition authority» (cfr. P. MOULLET, *How should Undertakings Approach Commitment*, cit., 86).

⁷⁶⁹ In questa sede, l'analisi è limitata alla disciplina applicabile ai procedimenti avviati dalla Commissione. Talvolta vengono comunque fatti dei riferimenti alla normativa italiana e quindi alle procedure seguite e alle regole applicate dall'AGCM. In particolare, anche considerata la tendenziale assenza di precedenti della Corte di giustizia sul tema, si farà altresì riferimento alla giurisprudenza di TAR e Consiglio di Stato italiani. La procedura applicabile da parte della Commissione è peraltro molto simile a quella applicabile dall'AGCM e dalle ANC di molti altri Stati membri.

⁷⁷⁰ Cfr. Comunicazione della Commissione *sulle migliori pratiche relative ai procedimenti previsti dagli articoli 101 e 102 del TFUE*, (2011/C 308/06), in GU C, n. 308/06 del 20 ottobre 2011. Analogamente, nella prospettiva italiana una recente *Comunicazione* dell'AGCM disciplina sia le modalità di presentazione che le procedure di valutazione e di accettazione degli impegni (cfr. Comunicazione dell'AGCM *sulle procedure di applicazione dell'articolo 14-ter della legge 10 ottobre 1990, n. 287*, adottata con delibera del 6 settembre 2012, n. 23863 in sostituzione di una precedente Comunicazione adottata con delibera del 12 ottobre 2006). In realtà, va detto che la com. n. 2011/C 308/06, cit., viene generalmente considerata come un'occasione mancata da parte di detta istituzione, nel senso che tale documento «largely confines itself to restating the statutory provisions in Article 9 Regulation 1/2003 and Recital 13 of this Regulation, a brief allusion to the limited proportionality test after *Alrosa*, and an overview of the sequence of procedural steps in the commitment procedure» (cfr. F. WAGNER-VON PAPP, *Best and even better practices in commitment procedures after Alrosa*, cit., 932).

procedura negoziata è riservata alle imprese⁷⁷¹. Dal punto di vista della Commissione non vi è dunque alcuna differenza circa le modalità di avvio di una procedura “ordinaria” e di una destinata a chiudersi con impegni⁷⁷². Sono le imprese che devono rivolgersi alla Commissione per appurarne l’interesse a chiudere il procedimento con una decisione con impegni. Diversamente da quanto accade in alcuni ordinamenti nazionali⁷⁷³, l’iniziativa delle imprese non è soggetta a limiti temporali⁷⁷⁴. L’assenza di un termine suggerisce che il rimedio possa essere applicato anche a fattispecie di cui non è probabile una rapida soluzione⁷⁷⁵, come del resto confermato dalla prassi.

La riserva di iniziativa a favore delle imprese non esclude che gli impegni vengano in realtà negoziati con la Commissione anche prima della loro offerta formale

⁷⁷¹ Sono infatti le imprese che (se interessate) devono rivolgersi alla Commissione per appurarne l’interesse a chiudere il procedimento con una decisione con impegni (cfr. com. n. 2011/C 308/06, cit., § 118).

⁷⁷² In tal senso, si osserva che «[p]rocedures that are terminated with an Article 9 decision begin like any other prohibition proceeding, with a complaint or an ex officio investigation», e che «[i]nvestigations are conducted in the same way, the objective being to identify possible competition problems» (cfr. E. DE SMIJTER, A. SINCLAIR, *The Enforcement System under Regulation 1/2003*, cit., 131).

⁷⁷³ E in particolare nell’ordinamento italiano, come chiarito anche dalla citata *Comunicazione* dell’AGCM. Da un lato, ai sensi dell’art. 14-ter della legge n. 287/1990, le imprese hanno l’onere di presentare la versione definitiva degli impegni entro tre mesi dall’apertura dell’istruttoria, termine che «*si giustifica alla luce delle finalità della norma, che ha una funzione deflattiva, volta anche a realizzare l’economia procedimentale dell’azione amministrativa*» (cfr. *Comunicazione dell’AGCM sulle procedure di applicazione dell’articolo 14-ter della legge 10 ottobre 1990, n. 287*, cit., § 4). Dall’altro lato, le imprese devono presentare una versione non definitiva degli stessi con congruo anticipo rispetto al termine di tre mesi. Si è peraltro dibattuto circa la natura del termine previsto dall’art. 14-ter della legge n. 287/1990. La dottrina prevalente è a favore della sua natura perentoria (cfr. ad esempio M. LIBERTINI, *Le decisioni “patteggiate”*, cit., 1284; F. CINTIOLI, *Le nuove misure riparatorie del danno alla concorrenza*, cit., 119, dove si sottolinea tuttavia che «[s]i può discutere, de iure condendo, se il termine di tre mesi sia troppo breve e se questo non costringa la parte e l’Autorità ad agire parzialmente “al buio” nella predisposizione e nella deliberazione sull’impegno; così come può dibattersi sul se questo termine non possa influire sul futuro modo di confezionare l’atto di avvio, se del caso spingendo ad una più precisa identificazione della fattispecie sin dall’inizio, ove possibile; nonché, se la brevità dei tre mesi non comporti una certa difficoltà a calibrare gli impegni sull’effettiva fattispecie contestata, assicurandone l’idoneità ad eliminare i profili anticoncorrenziali della condotta (per eliminare l’effetto negativo per la concorrenza è infatti anzitutto indispensabile averlo prima individuato compiutamente)».

⁷⁷⁴ Gli impegni, infatti, «*possono essere accettati anche se è già stata inviata una comunicazione degli addebiti alle parti*» (cfr. com. n. 2011/C 308/06, cit., § 123).

⁷⁷⁵ Nel senso che, *a contrariis*, «*un termine così breve [e cioè i tre mesi previsti dalla disciplina italiana] depone nel senso che la fase degli impegni ben si adatta ai casi nei quali è possibile una soluzione rapida e semplificata*» (cfr. F. CINTIOLI, *Le nuove misure riparatorie del danno alla concorrenza*, cit., 119).

da parte delle imprese⁷⁷⁶. Fra gli altri, i casi *Coca-Cola*, *Repsol*, *E.ON*⁷⁷⁷ e *Google*⁷⁷⁸ confermano tale prassi⁷⁷⁹.

Se convinta della reale intenzione delle imprese, la Commissione può formulare una valutazione preliminare in cui sono sintetizzati «i fatti principali del caso» e vengono espresse «le preoccupazioni preliminari sotto il profilo della concorrenza risultanti dall'indagine»⁷⁸⁰. La valutazione preliminare consente alle imprese di definire il contenuto degli impegni⁷⁸¹, che devono essere presentati entro un mese dalla ricezione di tale documento⁷⁸². Non è invece necessario l'invio di una comunicazione

⁷⁷⁶ Infatti, anche se «[t]he commitments must be offered by the undertaking under investigation—that is, they cannot be devised solely by the Commission and imposed involuntarily on the undertaking [...] in practice there may be considerable negotiation with the Commission regarding the content of draft commitments before they are formally “offered” by the undertaking» (cfr. N. DUNNE, *Commitment decisions in EU competition law*, cit., 403). Anzi, a dire il vero «[i]f there is no statement of objections, the preliminary assessment is issued only when the adoption of an Article 9 decision is envisaged» (cfr. E. DE SMIJTER, A. SINCLAIR, *The Enforcement System under Regulation 1/2003*, cit., 132). Un'analogia fase di negoziazione informale avviene anche nell'ambito dei procedimenti avviati dall'AGCM. Si è visto infatti che, con ampio margine rispetto al termine dei tre mesi previsto dall'art. 14-ter l. n. 287/1990, le imprese devono presentare a tale autorità una versione preliminare degli impegni, sulla scorta della quale l'AGCM è tenuta ad ascoltare le imprese coinvolte che possono fornire chiarimenti circa l'efficacia degli impegni proposti «a risolvere i problemi anticoncorrenziali oggetto dell'istruttoria».

⁷⁷⁷ Cfr., rispettivamente, Commissione 22 giugno 2005, C(2005) 1829, COMP/A.39.116/B2 – *Coca-Cola*; Commissione 12 aprile 2006, C(2006) 1548, COMP/B-1/38.348 – *Repsol CPP*, e Commissione 4 maggio 2010, COMP/39.317 – *E.ON Gas*. In tutti e tre i casi, infatti, passano solo pochi giorni fra l'adozione della valutazione preliminare da parte della Commissione e l'invio della proposta di impegni da parte delle imprese (più nel dettaglio, nel caso *Coca-Cola*, la valutazione preliminare è del 15 ottobre 2004 e la proposta di impegni è del 19 ottobre 2004; nel caso *Repsol*, la valutazione preliminare è del 16 giugno 2004 e la proposta di impegni è del 27 giugno 2004; nel caso *E.ON*, la valutazione preliminare è del 22 dicembre 2009 e la proposta di impegni è del 7 dicembre 2010). Si osserva allora «[t]he chronology of some of the cases decided by the Commission clearly shows that the commitments in these cases were negotiated before the proceedings were formally initiated» (cfr. S. MARTÍNEZ LAGE, R. ALLENDESALAZAR, *Commitment Decisions ex Regulation 1/2003*, cit., 588), e in particolare che «[i]t is thus evident that sometimes the negotiations over the proposed commitments may take place de facto well before the notification of the preliminary assessments» (cfr. P. CAVICCHI, *The European Commission's discretion as to the adoption of Article 9 decisions: lessons from Alrosa*, Discussion Paper No. 3/11, Institute for European integration, Europa Kolleg Hamburg, 2011, spec. 6).

⁷⁷⁸ Nonostante il recente passaggio di quest'ultima alla procedura “ordinaria”. Infatti, premesso che «[w]hilst in theory, the commitments must be offered by the parties, at their initiative, and the Commission has little choice over this, the practice is that the Commission will manifest often that it is ready to receive settlement proposals from the parties», si osserva che «[f]or instance, in the Google case, the Commissioner for competition explicitly asked Google to formulate commitments proposals» (cfr. A. GAUTIER, N. PETIT, *Optimal Enforcement of Competition Policy*, cit., 2).

⁷⁷⁹ Pertanto, sembra «più corretto dire che la procedura degli impegni è proposta dalla parte ma “scelta” dall'istituzione dell'Unione, dal momento che la discrezionalità di quest'ultima in merito al se ed a quale procedura esperire rimane piena durante l'intero svolgimento del procedimento, vale a dire dalla scelta di azionare la procedura ex art. 9 fino alla chiusura del procedimento, quando bisogna decidere sulla proposta di misure correttive, i.e. se accettarle o procedere all'accertamento dell'infrazione» (cfr. C. PESCE, *I nuovi strumenti di public enforcement*, cit., 89).

⁷⁸⁰ Cfr. com. n. 2011/C 308/06, cit., § 121. Anche se la valutazione preliminare deve quindi contenere «some prima facie evidence of breach of Article 101 or 102 TFEU» (cfr. N. DUNNE, *Commitment decisions in EU competition law*, cit., 403), si osserva che tale documento «does not establish an infringement, but merely sketches the reasons why some practices could violate competition law» (cfr. P.I. COLOMO, *Three Shifts in EU Competition Policy*, cit., 378).

⁷⁸¹ Cfr. com. n. 2011/C 308/06, cit., § 122. Anche se, in linea con quanto rilevato immediatamente *supra* alla nota 777 con riguardo alle tempistiche fra invio della valutazione preliminare da parte della Commissione e proposta degli impegni da parte delle imprese, si osserva che «[r]eversing the “natural” procedure, the Commission actually initiated the proceedings and adopted its preliminary assessment only after it had obtained from the accused companies commitments that were sufficient to meet its “unknown” concerns» (cfr. S. MARTÍNEZ LAGE, R. ALLENDESALAZAR, *Commitment Decisions ex Regulation 1/2003*, cit., 588),

⁷⁸² Cfr. com. n. 2011/C 308/06, cit., § 126.

degli addebiti⁷⁸³, che è però ovviamente sufficiente⁷⁸⁴. La Commissione può quindi limitare la sua analisi ai “sintomi” della condotta vietata, senza approfondire l’esame della fattispecie, e cioè della “patologia” anticoncorrenziale⁷⁸⁵.

Tale aspetto rappresenta uno dei maggiori vantaggi per la Commissione dal punto di vista dell’economia procedurale. La valutazione preliminare presuppone comunque un esame non superficiale della fattispecie. Da un lato, la Commissione è obbligata ad accettare solo quegli impegni che eliminino le sue preoccupazioni concorrenziali. Ciò presuppone che tali preoccupazioni siano state compiutamente individuate⁷⁸⁶. Dall’altro lato, gli eventuali difetti della valutazione preliminare costituiscono uno dei (rari) motivi di impugnazione di una decisione con impegni⁷⁸⁷.

3.1.1.3 La fase di accettazione degli impegni e il loro contenuto.

⁷⁸³ Infatti, anche se «[t]he power to take a commitment decision arises only where the Commission otherwise intends to adopt a termination decision under Article 7», si chiarisce che «[t]his does not mean that it has to have sent a statement of objections (SO) before taking an Article 9 decision. The requirement is that the Commission has made a “preliminary assessment”» (cfr. A. JONES, B. SUFRIN, *EU Competition Law*, cit., 983). Viceversa, «if the Commission has issued an SO, it can opt either for an Article 7 or an Article 9 decision. By contrast, if it has only reached a preliminary assessment but, instead of proceeding under Article 9 it intends to adopt an infringement decision, it would first have to prepare and serve to the defendant a formal [Statement of Objections]» (cfr. S. MARTÍNEZ LAGE, R. ALLENDESALAZAR, *Commitment Decisions ex Regulation 1/2003*, cit., 590).

⁷⁸⁴ La comunicazione degli addebiti è infatti un atto molto più dettagliato rispetto a una valutazione preliminare emessa ai sensi dell’art. 9 reg. (CE) n. 1/2003, cit., e può quindi sostituirla, come chiarito dalla Commissione secondo cui «[l]a comunicazione degli addebiti costituisce altresì una valutazione preliminare ai sensi dell’articolo 9 del regolamento (CE) n. 1/2003 del Consiglio» (cfr. Commissione 29 settembre 2010, COMP/39.315 – ENI, § 9). Nella prassi si riscontrano del resto diversi casi in cui la Commissione ha accettato e reso vincolanti gli impegni delle imprese dopo aver inviato una comunicazione degli addebiti, sebbene tale circostanza riduca i benefici in termini di risorse risparmiate dal punto di vista della Commissione. Ciò è avvenuto sia con riguardo a comunicazioni degli addebiti inviate prima dell’entrata in vigore del reg. (CE) n. 1/2003, cit. (cfr. ad esempio Commissione 22 marzo 2006, C(2006) 868, COMP/38.173 – FA Premier League), sia per chiudere procedure avviate dopo l’adozione di tale atto normativo (cfr. ad esempio Commissione 17 marzo 2010, COMP/39.386 – *Contratti a lungo termine Francia*; Commissione 16 dicembre 2009, C(2009) 10033, COMP/39.530 – *Microsoft (vendita abbinata)*). Sul punto v. P. CAVICCHI, *The European Commission's discretion as to the adoption of Article 9 decisions*, cit., 6, spec. nota 12).

⁷⁸⁵ Per riprendere una metafora utilizzata da F. POLVERINO, *Procedure “negoziate” in materia antitrust*, cit., 414 e, analogamente sebbene con riferimento alla decisione finale e non alla valutazione preliminare da M. MARINIELLO, *Commitments or prohibition?*, cit., 2 dove si osserva che «[c]ommitment decisions treat the symptoms but do not cure the illness». In altri termini, collocandosi «nella fase iniziale del procedimento, quando, cioè, la Commissione non ha a disposizione informazioni dettagliate che consentano valutazioni sul merito o sulla probabile ammenda», la valutazione preliminare «è priva dell’analisi integrale del mercato e delle condotte rilevanti o dell’intento di comminare un’ammenda», giungendo piuttosto «alla mera conclusione che esistono quanto meno i presupposti per dare avvio ad un procedimento amministrativo» (cfr. C. PESCE, *I nuovi strumenti di public enforcement*, cit., 89). Tuttavia, si osserva che «a preliminary assessment will generally be preceded by a detailed investigation since, without it, the Commission is not in a position to assess whether the commitments are sufficient to meet its concerns» (cfr. E. DE SMIJTER, A. SINCLAIR, *The Enforcement System under Regulation 1/2003*, cit., 131).

⁷⁸⁶ Infatti, «[a]s an enforcement authority, the Commission must ensure that the commitments that it accepts do address the competition problems effectively. In most cases a detailed investigation is required before it is possible to identify the true nature of the competition problem and the appropriate remedy» (cfr. E. DE SMIJTER, A. SINCLAIR, *The Enforcement System under Regulation 1/2003*, cit., 132). Si osserva allora che «[t]he Commission is thus required to conduct a market analysis which, although less definitive than in Article 7 proceedings, is sufficient to allow a review of the appropriateness» (cfr. M. SIRAGUSA, E. GUERRI, *Antitrust Settlements under EC Competition Law*, cit., 185).

⁷⁸⁷ In tal senso cfr. E. DE SMIJTER, A. SINCLAIR, *The Enforcement System under Regulation 1/2003*, cit., 135. Sul tema dell’impugnazione delle decisioni con impegni v. comunque *infra* il capitolo 4, § 2.1.2.4-2.1.2.5.

L'accettazione degli impegni è espressione di una valutazione discrezionale della Commissione⁷⁸⁸, compiuta «nel corso di una procedura potenzialmente volta a sancire un divieto»⁷⁸⁹. Come già rilevato, le imprese non hanno dunque diritto alla chiusura del procedimento mediante tale soluzione⁷⁹⁰. Essa è formalmente considerata inopportuna nei casi in cui appare giustificato imporre una sanzione⁷⁹¹; tuttavia, tale affermazione sembra avere nella pratica effetti limitati⁷⁹². Come si vedrà, gli impegni sono stati infatti utilizzati persino in casi riguardanti la fissazione dei prezzi⁷⁹³. Analoghi (e forse maggiori) rilievi valgono anche con riferimento alla prassi applicativa dell'AGCM⁷⁹⁴.

⁷⁸⁸ Ma analoghe considerazioni possono essere mosse anche con riguardo all'attività delle ANC. Con riguardo all'Autorità irlandese, v. ad esempio A.L. HINDS, S. EATON, *Commitment Issues*, cit., 38 dove si precisa che «[t]he Authority, like the Commission, has complete discretion as to whether it accepts these commitments, which can be, as in art. 9 commitment decisions, behavioural or structural in nature».

⁷⁸⁹ Cfr. Libro bianco *sulla modernizzazione*, cit., § 90. La discrezionalità della Commissione si estende alla possibilità di non chiudere una determinata istruttoria con l'accettazione degli impegni proposti dalle imprese anche se in situazioni simili ciò è in precedenza avvenuto. In altri termini, le decisioni con impegni non hanno valore di precedenti vincolanti per la Commissione: tale istituzione infatti «is not bound to privilege a commitment over an infringement solution for the technology sector, the energy sector or any other because of any supposed "precedential value" of its Article 9 repertoire in that field. The Commission should be able to assess its enforcement priorities anew in each case and ultimately take a different route despite similarities with earlier cases. This is particularly true should the Commission's competition concerns mirror those of another case resolved by way of an Article 9 decision, and should the undertaking under investigation be willing to offer comparable commitments. Even in such circumstances, the Commission should retain the discretion whether or not to enter into commitment negotiations and should exercise it in accordance with its enforcement objectives» (cfr. ad esempio P. CAVICCHI, *The European Commission's discretion as to the adoption of Article 9 decisions*, cit., 9).

⁷⁹⁰ In altri termini, atteso che «[u]ndertakings are not entitled to a committed decisions» (cfr. E. DE SMIJTER, A. SINCLAIR, *The Enforcement System under Regulation 1/2003*, cit., 128), «[w]hen firms propose changes to their conduct to allay the Commission's concerns, the agency keeps the choice between agreeing on the proposed concessions (and rendering them mandatory); or pursuing with conventional proceedings with a view to adopting an infringement decision» (cfr. A. GAUTIER, N. PETIT, *Optimal Enforcement of Competition Policy*, cit., 2). Sulla possibilità di impugnare il provvedimento di rigetto degli impegni proposti, nella prospettiva italiana, v. M.G. MONTANARI, *Gli atti impugnabili dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato*, in G. TESAURO (a cura di), *Concorrenza ed effettività della tutela giurisdizionale tra ordinamento dell'Unione europea e ordinamento italiano*, Napoli, 2013, 325, spec. 333.

⁷⁹¹ Cfr. com. n. 2011/C 308/06, cit., § 116, nonché il considerando n. 13 reg. (CE) n. 1/2003, cit. Analoghe considerazioni valgono anche nella prospettiva italiana, dove viene confermata l'ampia discrezionalità di cui gode l'AGCM, con l'unico limite rappresentato dall'inopportunità delle decisioni con impegni nei casi in cui la condotta oggetto dell'istruttoria appaia sufficientemente grave da giustificare l'imposizione di una sanzione. Con l'ulteriore precisazione secondo cui «[t]he statement in Article 13 to the effect that commitment decision are not appropriate where the Commission intends to impose a fine does not imply that the adoption of an Article 9 decisions is excluded in all cases where in a statement of objections the Commission has indicated that it may impose a fine»; infatti, «[a]ny such statement in the statement of objections is required from the point of view of rights defence and should not prejudice the final outcome in the cases» (cfr. E. DE SMIJTER, A. SINCLAIR, *The Enforcement System under Regulation 1/2003*, cit., 130).

⁷⁹² In effetti, anche nella letteratura istituzionale si osserva che «Article 9 has been used in respect of what, if proved, would have been serious infringement of Article 102 where heavy fine might have been expected to be imposed» (cfr. A. JONES, B. SUFRIN, *EU Competition Law*, cit., 982), dove i riferimenti Commissione 9 dicembre 2009, C(2009) 7610, COMP/38.636 – RAMBUS; COMP/39.530 – *Microsoft (vendita abbinata)*, cit.; nonché a Commissione 13 dicembre 2011, C(2011) 9245, COMP/39.692 – *IBM servizi di manutenzione*.

⁷⁹³ Cfr. A. JONES, B. SUFRIN, *EU Competition Law*, cit., 982, dove il riferimento a Commissione 12 dicembre 2012, C(2012) 9288, COMP/39.847 – *E-books*. Sul punto v. comunque *infra* il testo relativo alle note 1178-1184, nel capitolo 3, § 3.3.25.

⁷⁹⁴ In specie all'indomani dell'introduzione dell'istituto degli impegni nell'ordinamento italiano (cfr. ad esempio AGCM 18 aprile 2007, n. 16709, I661 – *Accordi interbancari ABI-CO.GE.BAN.*, in *Boll.*, n. 14/2007; AGCM 21 febbraio 2007, n. 16500, I668 – *Ordine dei medici veterinari di Torino*, in *Boll.*, n. 8/2007). Sul punto v. anche G. DEMARTINI, *La definizione del procedimento antitrust*, cit., 923, dove il riferimento a AGCM 21 febbraio 2007, n. 16474, I651 – *A.D.S. Accertamenti diffusione stampa-Audipress*, in *Boll.*, n. 7/2007 e a AGCM 17 maggio

Quanto al contenuto, gli impegni possono avere natura strumentale o comportamentale⁷⁹⁵. La distinzione riprende quella già applicata alla disciplina delle concentrazioni⁷⁹⁶. Nella prassi si registra una certa preferenza per gli impegni comportamentali⁷⁹⁷. Le differenze fra le due categorie sono comunque sfumate dalla durata media dei rimedi comportamentali⁷⁹⁸. Il reg. (CE) n. 1/2003 non prende posizione sul punto. La durata degli impegni è in media pari a cinque anni⁷⁹⁹. In alcuni casi si è arrivato fino a quindici⁸⁰⁰, anche se non mancano ipotesi in cui la durata pattuita è inferiore⁸⁰¹. Più aumenta il periodo di riferimento, più un impegno comportamentale può assumere natura quasi strutturale⁸⁰².

2007, n. 16808, I651 – A.D.S. *Accertamenti diffusione stampa-Audipress*, in *Boll.* n. 19/2007, e) la corretta osservazione che «[l]e fattispecie con due esiti procedurali diversi, la sanzione nei confronti [di A.D.S.] e l'accettazione di impegni proposti da Audipress, dimostrano come, in deroga all'orientamento comunitario, siano stati ritenuti ammissibili impegni per un caso certamente meritevole di censura sanzionatoria».

⁷⁹⁵ Cfr. com n. 2011/C 308/06, cit., § 127. Parte della dottrina sottolinea la tendenziale equivalenza dei due tipi di rimedi, diversamente da quanto accade nell'ambito delle decisioni emesse ai sensi dell'art. 7 reg. (CE) n. 1/2003, cit. (cfr. ad esempio P. CAVICCHI, *The European Commission's discretion as to the adoption of Article 9 decisions*, cit., 7, dove si osserva che «[r]egulation 1/2003 remains silent under Article 9 on the nature of the commitments, whereas it dictates a rule under Article 7 as to the nature of the remedies that the Commission can impose to bring an infringement of the European antitrust to an end»). In realtà, un possibile elemento per cui nella prassi gli impegni strutturali potrebbero risultare i più utilizzati sembra essere quello (della assenza) di oneri di supervisione: la Commissione può in effetti essere tentata «to have a preference for commitments which it does not need to supervise» (cfr. J. TEMPLE LANG, *Commitment decisions under Regulation 1/2003: legal aspects of a new kind of competition decision*, in *European Competition Law Review*, 2003, 347, spec. 349).

⁷⁹⁶ Cfr. art. 8(2) reg. 139/2004, cit. Si osserva tuttavia che «sul piano strettamente normativo vi sono nette differenze fra le due ipotesi; nel caso delle contrazioni gli "impegni" si traducono [...] in modifiche e precisazioni del progetto di concentrazione sul quale i soggetti interessati chiedono un'autorizzazione: la traduzione degli stessi sul contenuto del provvedimento autorizzatorio finale è dunque automatica e, in ogni caso, l'assunzione di impegni non modifica l'iter fondamentale del procedimento, che si conclude pur sempre con un provvedimento finale di autorizzazione o di diniego [...]. Nel caso dei procedimenti sanzionatori per intese o abusi, invece, l'assunzione di impegni può avere l'effetto peculiare di comportare la chiusura anticipata del procedimento, senza completamento dell'istruttoria e senza accertamento formale sulla sussistenza o meno di un illecito antitrust» (cfr. M. LIBERTINI, *Le decisioni "patteggiate"*, cit., 1284, spec. nota 2).

⁷⁹⁷ Rimedi strutturali sono infatti stati accettati quasi esclusivamente nel settore dell'energia, al fine di liberalizzare i relativi mercati nazionali (fra le altre, v. fin da ora Commissione 26 novembre 2008, C(2008) 7367, COMP/39.388 – *Mercato tedesco dell'elettricità all'ingrosso* e COMP/39.389 – *Mercato tedesco di bilanciamento dell'elettricità*; Commissione 3 dicembre 2009, COMP/39.316 – *Gas de France*; COMP/39.315 – *ENI*, cit.; Commissione 10 aprile 2013, C(2013) 1997, COMP/39.727 – *Cez*).

⁷⁹⁸ E cioè per la durata media del periodo di tempo per il quale le imprese si obbligano a tenere un determinato comportamento.

⁷⁹⁹ Cfr. P. MOULLET, *How should Undertakings Approach Commitment*, cit., 92. Ad esempio, la durata degli impegni è pari a cinque anni in *Repsol* (cfr. COMP/B-1/38.348 – *Repsol CPP*, cit., § 47); *Coca-Cola* (cfr. COMP/A.39.116/B2 – *Coca-Cola*, cit., § 52 e sezione G del testo degli impegni); *Standard & Poor's* (cfr. Commissione 15 novembre 2011, C(2011) 8209, COMP/39.592 – *Standard & Poor's*, § 80); *Samsung* (cfr. Commissione 29 aprile 2014, C(2014) 2891, AT.39939 – *Samsung*, § 62).

⁸⁰⁰ Cfr. COMP/39.317 – *E.ON Gas*, cit., § 40.

⁸⁰¹ Ad esempio, tutte le decisioni rese nel settore automobilistico (cfr. Commissione 13 settembre 2007, C(2007) 4273, COMP/E-2/39.142 – *Toyota*; Commissione 13 settembre 2007, C(2007) 4274, COMP/E-2/39.141 – *Fiat*; Commissione 13 settembre 2007, C(2007) 4275, COMP/E-2/39.140 – *DaimlerChrysler*; Commissione 13 settembre 2007, C(2007) 4277, COMP/E-2/39.143 – *Opel*) hanno durata inferiore a tre anni, e cioè fino al 31 maggio 2010.

⁸⁰² Si osserva infatti che «by extending binding periods on the long term, an authority will find a way to yield behavioural elements a quasi-structural dimension», come in effetti è successo nella prassi (cfr. Commissione 14 luglio 2010, C(2010) 4738, COMP/39.596 – *British Airways/American Airlines/Iberia*; COMP/39.386 – *Contratti a lungo termine Francia*, cit.; COMP/39.316 – *Gas de France*, cit.) dove «structural effects proceeded from a long-lasting behavioural commitment to release capacity» (cfr. P. MOULLET, *How should Undertakings Approach Commitment*, cit., 92).

Gli impegni devono inoltre essere «*compresi senza ambiguità ed essere direttamente applicabili*». La loro esecuzione non deve pertanto dipendere dalla volontà di soggetti diversi dal destinatario⁸⁰³. Infine, gli impegni non devono andare oltre quanto necessario per rispondere alle preoccupazioni concorrenziali⁸⁰⁴, ma al tempo stesso non possono limitarsi a inibire il comportamento illecito⁸⁰⁵. La casistica relativa ai requisiti dell'idoneità e della proporzionalità è davvero molto ampia. Ad esempio, in *Microsoft*⁸⁰⁶, si considera sufficiente che al momento dell'installazione di *Windows* sia data agli utenti la possibilità di scegliere un *browser* alternativo a *Internet Explorer*. La richiesta che quest'ultimo venga cancellato dal sistema se il consumatore sceglie effettivamente un *browser* di terze parti, è invece considerata non proporzionale alle preoccupazioni concorrenziali suscitate da tale pratica di c.d. *tying*⁸⁰⁷. In *ENI*, il principio di proporzionalità non impedisce di giustificare impegni strutturali particolarmente gravosi, in quanto parametrati agli interessi contrapposti di un numero elevato di soggetti terzi⁸⁰⁸.

3.1.1.4 (*segue*): il requisito della proporzionalità degli impegni secondo (il Tribunale e) la Corte di giustizia.

Il tema della proporzionalità viene affrontato anche nell'ambito dell'unico procedimento giurisdizionale relativo alle decisioni con impegni. Il riferimento è al noto caso *Alrosa*, dove la questione riceve soluzioni opposte da parte di Tribunale e Corte di giustizia⁸⁰⁹.

⁸⁰³ Cfr. com n. 2011/C 308/06, cit., § 128.

⁸⁰⁴ Cfr. com. n. 2011/C 308/06, cit., § 115.

⁸⁰⁵ Il tema è sensibile anche nella prospettiva dell'ordinamento italiano. Nella più volte citata comunicazione dell'AGCM si afferma ad esempio che gli impegni proposti dalle imprese devono «*rimuovere efficacemente i profili anticoncorrenziali individuati nel provvedimento di avvio di istruttoria*», oltre ad essere attuabili in modo pieno, tempestivo e facilmente verificabile. La loro accettazione deve infatti accertare che «*l'intervento dell'Autorità non è più giustificato, senza giungere alla conclusione dell'eventuale sussistenza dell'infrazione*» inizialmente contestata. Per certi versi, quest'ultima affermazione rappresenta una novità rispetto alla prassi precedente dell'AGCM. In linea con la prassi della Commissione, l'AGCM, anche prima dell'entrata in vigore della legge n. 248/2006, ha talvolta concluso i procedimenti avviati mediante l'informale accettazione di impegni proposti dalle parti. Al contrario di quanto previsto dall'art. 14-ter della legge n. 287/1990, tale possibilità non escludeva però l'accertamento dell'illecito. In tal senso, v. ad esempio AGCM 26 giugno 2006, n. 15632, A362 – *Diritti calcistici*, in *Boll.*, n. 26/2006, dove, da un lato, si è affermato che «*la stipula dei contratti di licenza e delle scritture private, sottoscritti dal Gruppo MEDLASET tramite RTI nell'estate del 2004, configura una violazione del divieto di abuso di posizione dominante, previsto dall'[art. 102 TFUE]*»; dall'altro lato, si è però osservato che, fra le altre cose, «*il pieno e completo rispetto degli impegni assunti, relativi alla cessione di tutti i medesimi diritti al fine della loro trasmissione sulla piattaforma satellitare, e sulle altre piattaforme diverse da quella digitale terrestre, risultano idonei ad impedire il prodursi degli effetti abusivi che si sarebbero altrimenti verificati nel mercato rilevante*», purché «*le società del Gruppo MEDLASET, entro 90 giorni dalla data di assunzione della presente delibera, forniscano all'Autorità la documentazione relativa all'esecuzione degli impegni assunti e, in particolare, alla cessione dei diritti di trasmissione sulla piattaforma satellitare delle rimanenti squadre attualmente interessate dalle pattuizioni sottoscritte dal Gruppo stesso, affinché l'Autorità possa valutare il pieno e completo rispetto degli impegni alla luce del dispositivo assunto*».

⁸⁰⁶ Cfr. COMP/39.530 – *Microsoft (vendita abbinata)*, cit.

⁸⁰⁷ In argomento, cfr. P. MOULLET, *How should Undertakings Approach Commitment*, cit., 99.

⁸⁰⁸ Cfr. P. MOULLET, *How should Undertakings Approach Commitment*, cit. 100.

⁸⁰⁹ Cfr., rispettivamente, Trib. 11 luglio 2007, in causa T-170/06, *Alrosa Company Ltd c. Commissione*, ECLI:EU:T:2007:220 e causa C-441/07 P, *Alrosa*, cit.

La controversia nasce da un accordo di fornitura concluso nel 2001 tra Alrosa e De Beers, ossia i due maggiori produttori di diamanti grezzi a livello mondiale. Il contratto si basa sul principio del c.d. *willing-seller-willing-buyer*: viene cioè individuata la quantità annuale di diamanti che Alrosa si obbliga a vendere e De Beers ad acquistare⁸¹⁰. L'accordo viene notificato alla Commissione, in linea con il reg. (CEE) n. 17/62. La sua efficacia viene peraltro subordinata dalle parti al previo assenso di quest'ultima⁸¹¹. Rilevando dei profili anticoncorrenziali⁸¹², la Commissione non concede né un'attestazione negativa né un'esenzione *ex art.* 101(3) TFUE ma avvia due procedimenti: il primo, nei confronti di entrambe le imprese, qualificando l'accordo come intesa restrittiva ai sensi dell'art. 101 TFUE; il secondo, nei confronti di De Beers, qualificando (l'imposizione de) il contratto come condotta abusiva *ex art.* 102 TFUE.

Nelle more dei procedimenti entra in vigore il reg. (CE) n. 1/2003⁸¹³. Le imprese decidono di sfruttare la nuova procedura negoziata e di presentare degli impegni congiunti nell'ambito del procedimento *ex art.* 101 TFUE. Le misure immaginate prevedono una riduzione graduale della quota di diamanti vincolati alla compravendita⁸¹⁴. Le proposte sono sottoposte alla fase di c.d. *market test*, in linea con l'art. 27 reg. (CE) n. 1/2003⁸¹⁵. L'esito è però negativo e le imprese vengono informate dalla Commissione che solo la cessazione dei loro rapporti commerciali appare misura sufficiente alla chiusura del procedimento *ex art.* 9 reg. (CE) n. 1/2003. Nessuna delle imprese accetta un impegno così strutturato nel termine concesso dalla Commissione.

Una misura in linea con le richieste della Commissione viene tuttavia di lì a poco presentata da De Beers nel contesto della procedura *ex art.* 102 TFUE. Tale impresa si impegna infatti (su base unilaterale) a cessare ogni acquisto di diamanti da Alrosa nel giro di due anni. Anche se una delle contraenti non è parte della procedura, l'impegno risponde alle osservazioni emerse nella fase di c.d. *market test* esperita in precedenza (pur con riguardo all'altro procedimento) e non può che essere accettato.

⁸¹⁰ Più precisamente, l'accordo vincola Alrosa a vendere e De Beers a comprare i diamanti grezzi naturali prodotti dalla prima in Russia. Per i primi tre anni, è previsto un importo annuale pari a 800.000.000,00 USD. Per i due anni successivi, è previsto che Alrosa possa ridurre le vendite a un importo annuale pari a 700.000.000,00 USD (cfr. causa T-170/06, *Alrosa*, § 13).

⁸¹¹ Viene in altri termini prevista una clausola che sospende l'efficacia del contratto fino al momento della conferma da parte della Commissione che quest'ultimo non viola l'art. 101(1) TFUE, ovvero non richiede un'esenzione ai sensi dell'art. 101(3) TFUE, né viola l'art. 102 TFUE (cfr. causa T-170/06, *Alrosa*, § 12).

⁸¹² Il problema principale è che la quota di diamanti riservata a De Beers equivale al totale delle esportazioni di Alrosa. Da un lato, si esclude quindi ogni forma di concorrenza fra le due imprese, che nei fatti non possono trovarsi ad operare su alcun mercato comune. Dall'altro lato, si preclude inoltre l'accesso di altre imprese a una delle principali fonti di approvvigionamento a livello globale, e cioè i diamanti prodotti da Alrosa.

⁸¹³ Si osserva pertanto che «[t]he case was one which arose out of a procedure which straddled the abolition of notification for exemption and the coming into force of Regulation No 1/2003 on the 1 May 2004» (J.D. COOKE, *Negotiated Settlements under EC Competition Law: A judicial Perspective*, in C.D. EHLERMANN, M. MARQUIS (eds.), *Antitrust settlements under EC Competition Law*, cit., 261, spec. 264). Sul rapporto fra la necessità di "smaltire" i procedimenti "arretrati" e lo strumento degli impegni v. *infra* il capitolo 3, § 3.3.2.1.

⁸¹⁴ Più nel dettaglio, gli impegni congiunti prevedevano «la progressiva riduzione delle vendite di diamanti grezzi della Alrosa alla De Beers, il cui valore doveva passare da USD 700 milioni nel 2005 a USD 275 milioni nel 2010, e la successiva fissazione del loro limite massimo a tale livello» (cfr. causa T-170/06, *Alrosa*, § 19).

⁸¹⁵ Su cui v. immediatamente *infra* il capitolo 3, § 3.1.1.5.

Viene quindi meno anche l'oggetto del procedimento avviato ai sensi dell'art. 101 TFUE, che è archiviato in modo informale. Ciò anche perché la clausola sospensiva esclude che condotte illecite si siano già verificate e vadano quindi sanzionate.

Alrosa impugna la decisione dinnanzi al Tribunale *ex art.* 263 TFUE. Il principale motivo di ricorso riguarda, appunto, la violazione del principio di proporzionalità, secondo cui l'azione delle istituzioni non può eccedere quanto necessario a raggiungere gli obiettivi cui è finalizzata. Viene infatti contestata l'eccessività degli impegni proposti da De Beers e resi obbligatori dalla Commissione. Vi sarebbero misure meno restrittive ma comunque idonee e sufficienti a contrastare le preoccupazioni concorrenziali di cui alle comunicazioni degli addebiti. La Commissione sarebbe obbligata a non accettare impegni più onerosi di quanto necessario.

Sia il Tribunale che la Corte di giustizia confermano che il principio di proporzionalità si applica anche alle decisioni con impegni, nonostante la mancanza di riferimenti nel testo dell'art. 9 reg. (CE) n. 1/2003. Tale (ovvia⁸¹⁶) affermazione di principio rappresenta tuttavia l'unico elemento di contatto fra le due giurisdizioni. Secondo il Tribunale, il principio di proporzionalità opera infatti in modo equivalente nell'ambito delle decisioni emesse *ex art.* 7 o art. 9 reg. (CE) n. 1/2003. La ragione è che le decisioni di accertamento e quelle con impegni rispondono al medesimo obiettivo, e cioè quello di garantire l'efficace applicazione delle regole di concorrenza⁸¹⁷. Tale parallelismo funzionale esclude che la discrezionalità attribuita alla Commissione circa la scelta fra le due tipologie di decisioni possa influire sul contenuto del principio di proporzionalità solo perché la preferenza è caduta sulla soluzione negoziata⁸¹⁸. Pertanto, gli impegni non possono comportare restrizioni più intense di quelle che sarebbero legittime se la procedura si concludesse con una decisione di accertamento⁸¹⁹. Anche se l'iniziativa per l'avvio della procedura

⁸¹⁶ L'applicabilità del principio di proporzionalità deriva infatti dalla sua qualificazione come principio generale di diritto dell'Unione. Come si diceva, sia il Tribunale (*«per quanto l'art. 9 del regolamento n. 1/2003 non menzioni, a differenza dell'art. 7, n. 1, il principio di proporzionalità, il rispetto di tale principio si impone alla Commissione quando adotta decisioni su tal fondamento. Il principio di proporzionalità è infatti riconosciuto dalla costante giurisprudenza come costitutivo di un principio generale del diritto comunitario»* cfr. causa T-170/06, *Alrosa*, § 92), che la Corte di giustizia (*«se è vero che nell'art. 9 del regolamento n. 1/2003, diversamente che nell'art. 7 di quest'ultimo, non si fa espressamente riferimento alla nozione di proporzionalità, è pur vero che, quale principio generale del diritto dell'Unione, il principio di proporzionalità costituisce il parametro per valutare la legittimità di qualsiasi atto delle istituzioni dell'Unione, incluse le decisioni della Commissione nella sua qualità di autorità garante della concorrenza»* cfr. causa C-441/07 P, *Alrosa*, § 36) concordano sul punto.

⁸¹⁷ Cfr. causa T-170/06, *Alrosa*, § 95.

⁸¹⁸ Cfr. causa T-170/06, *Alrosa*, §§ 96-97. Sulla scorta di tali affermazioni, si osserva ad esempio che *«[i]l Tribunale ha ricostruito la decisione con impegni come se si trattasse di un'anticipazione, a istruttoria sommaria, di una decisione di accertamento»* (cfr. G. FONDERICO, *Il caso "Alrosa" e la proporzionalità nelle decisioni con impegni*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2011, 250, spec. 254). O ancora, si afferma che alla luce della pronuncia del Tribunale *«it can be argued that defendants should be granted the same rights of defence that they have in the standard procedure, i.e. the right to have access the file and the right to be heard»* (cfr. M. SIRAGUSA, E. GUERRI, *Antitrust Settlements under EC Competition Law*, cit., 187).

⁸¹⁹ Infatti, *«[i]l controllo della proporzionalità di una misura è [...] un controllo oggettivo, poiché l'idoneità e la necessità della Decisione impugnata debbono essere valutate rispetto allo scopo perseguito dall'istituzione. Per le decisioni adottate*

negoziata è riservata alle imprese⁸²⁰, la Commissione non può fermarsi alle proposte delle parti. Se i rimedi presentati sono eccessivi, è infatti necessario che tale istituzione proceda in modo autonomo a individuare soluzioni più in linea con il principio di proporzionalità⁸²¹.

La Corte di giustizia ribalta tale impostazione, seguendo un approccio più permissivo e quindi favorevole alla Commissione. Ridimensionata la portata del parallelismo fra i due tipi di decisioni⁸²², si afferma infatti che le differenze fra l'art. 7 e l'art. 9 reg. (CE) n. 1/2003 giustificano approcci diversi al principio di proporzionalità⁸²³. Nel primo caso, vi è l'accertamento di un illecito anticoncorrenziale. La proporzionalità richiede quindi che i rimedi imposti non vadano oltre quanto necessario a far cessare, appunto, l'infrazione accertata⁸²⁴. Nel secondo caso, viene a mancare il parametro di riferimento: senza la constatazione di una violazione, la proporzionalità non può che operare in modo differente. Gli impegni sono quindi legittimi anche se più restrittivi rispetto ai rimedi che potrebbero venire imposti seguendo la procedura ordinaria. Ciò rappresenta del resto il corrispettivo che le imprese devono accettare per evitare l'adozione di una decisione *ex art. 7* reg. (CE) n. 1/2003 basata, appunto, sull'accertamento dell'infrazione⁸²⁵. La Commissione non deve quindi ricercare la misura meno restrittiva fra quelle in astratto idonee a far venire meno le preoccupazioni evidenziate nella valutazione preliminare.

in applicazione dell'art. 7 del regolamento n. 1/2003, lo scopo è di porre termine all'infrazione accertata; per quelle adottate in applicazione dell'art. 9 del medesimo regolamento, lo scopo è di rispondere alle preoccupazioni espresse dalla Commissione nell'ambito della valutazione preliminare, le quali giustificano che essa preveda l'adozione di una decisione che disponga la cessazione di un'infrazione» (cfr. causa T-170/06, *Alrosa*, § 99). Ne deriva che «[s]arebbe infatti in contrasto con l'economia del regolamento n. 1/2003 che una decisione la quale, ai sensi dell'art. 7, n. 1, del medesimo regolamento, dovrebbe essere considerata non proporzionata all'infrazione accertata possa essere adottata facendo ricorso al procedimento *ex art. 9*, n. 1, sotto forma di un impegno reso obbligatorio, per il motivo che l'infrazione non ha potuto essere formalmente provata in tale contesto» (cfr. causa T-170/06, *Alrosa*, § 101). In altri termini, «[i]t is clear from the CFI's judgment in *Alrosa* that the Commission cannot achieve results via Article 9 that it could not achieve via Article 7» (cfr. M. SIRAGUSA, E. GUERRI, *Antitrust Settlements under EC Competition Law*, cit., 188). Sull'interpretazione (peraltro molto restrittiva) del requisito della proporzionalità nel contesto delle decisioni *ex art. 7* reg. (CE) n. 1/2003, cit., v. immediatamente *infra* la nota 827.

⁸²⁰ Cfr. com. n. 2011/C 308/06, cit., § 118.

⁸²¹ E ciò sebbene «*the Commission had argued that the identification of alternative solutions to the individual commitments would have required a complex economic assessment which Article 9 is intended to avoid*» (cfr. J.D. COOKE, *Negotiated Settlements under EC Competition Law*, cit., 266).

⁸²² Premesso che «*le caratteristiche specifiche dei meccanismi previsti negli artt. 7 e 9 del regolamento n. 1/2003 e i mezzi di azione che offre tale regolamento in virtù di ciascuna di tali disposizioni sono diversi*» (cfr. causa C-441/07 P, *Alrosa*, cit., § 38), si afferma infatti che le due disposizioni perseguono «*due obiettivi diversi che mirano, l'uno, a porre fine all'infrazione constatata e, l'altro, a rispondere alle preoccupazioni della Commissione risultanti dalla sua valutazione preliminare*» (cfr. causa C-441/07 P, *Alrosa*, cit., § 46).

⁸²³ La Corte osserva infatti che «*l'obbligo di garantire il rispetto del principio di proporzionalità, incombente alla Commissione, ha una portata e un contenuto diversi a seconda che esso sia considerato nel contesto dell'uno o dell'altro di tali articoli*» (cfr. causa C-441/07 P, *Alrosa*, cit. § 38).

⁸²⁴ Più precisamente, «*ai sensi dell'art. 7, n. 1, del regolamento n. 1/2003, la Commissione può imporre alle imprese interessate l'adozione di tutti i rimedi strutturali o comportamentali, proporzionati all'infrazione commessa e necessari a far cessare effettivamente l'infrazione*» (cfr. causa C-441/07 P, *Alrosa*, § 39).

⁸²⁵ In altri termini, «*le imprese che propongono impegni in base all'art. 9 del regolamento n. 1/2003 accettano coscientemente che le loro concessioni possano eccedere quanto potrebbe imporre loro la Commissione stessa in una decisione che essa dovesse adottare conformemente all'art. 7 di tale regolamento a seguito di un'inchiesta approfondita. Per contro, la conclusione del procedimento d'infrazione avviato nei confronti di tali imprese consente loro di evitare la constatazione di una violazione del diritto della concorrenza e l'eventuale irrogazione di un'ammenda*» (cfr. causa C-441/07 P, *Alrosa*, § 48).

Il principio di proporzionalità si limita infatti a prescrivere la scelta delle misure meno onerose fra quelle proposte dalle imprese, nel caso in cui queste ultime abbiano fornito delle alternative idonee⁸²⁶.

In definitiva, con riferimento agli impegni, la Corte di giustizia riconosce (o meglio attribuisce) alla Commissione una discrezionalità più ampia rispetto a quella che già caratterizza la gestione delle politica di concorrenza. Nel contesto delle decisioni di accertamento il requisito della proporzionalità è infatti interpretato in modo rigoroso⁸²⁷. Nell'ambito delle procedure *ex art. 9 reg. (CE) n. 1/2003*, la Commissione può invece rendere vincolante qualunque misura proposta dalle imprese, anche se molto onerosa⁸²⁸, e persino se slegata dalla fattispecie oggetto del procedimento. Senza per questo violare il principio in discussione, a meno che le imprese non abbiano presentato anche impegni meno restrittivi.

Come si vedrà meglio in seguito⁸²⁹, tale interpretazione rappresenta uno dei principali elementi che determina il successo dell'istituto. Pur suscitando qualche perplessità, l'ampia discrezionalità che ne deriva incentiva infatti la Commissione a utilizzare l'art. 9 reg. (CE) n. 1/2003⁸³⁰.

3.1.1.5 (*segue*): la fase del c.d. *market test* e l'adozione della decisione.

L'eventuale accettazione deve essere preceduta da una fase di consultazione che permetta ai terzi interessati di presentare le proprie osservazioni⁸³¹. La

⁸²⁶ Pertanto, «[l]'attuazione da parte della Commissione del principio di proporzionalità nel contesto dell'art. 9 del regolamento n. 1/2003 si limita alla sola verifica che gli impegni di cui trattasi rispondano alle preoccupazioni che essa ha reso note alle imprese interessate e che queste ultime non abbiano proposto impegni meno onerosi che rispondano parimenti in modo adeguato a tali preoccupazioni» (cfr. causa C-441/07 P, *Alrosa*, § 41).

⁸²⁷ Infatti, «dalla giurisprudenza deriva che la Commissione non gode di un margine di discrezionalità illimitato nel formulare le misure correttive da imporre alle imprese per far cessare un'infrazione [...] il principio di proporzionalità impone che gli oneri a carico delle imprese per porre fine all'infrazione non eccedano i limiti di quanto è appropriato e necessario per conseguire lo scopo prefisso, vale a dire il ripristino della situazione conforme al diritto in relazione alle norme che nella fattispecie sono state violate» (cfr. Trib. 17 settembre 2007, in causa T-201/04, *Microsoft c. Commissione*, ECLI:EU:T:2007:289, § 1276; sul punto v. anche Corte giust. 6 aprile 1995, in cause riunite C-241/91 P e C-242/91 P, *Radio Telefís Éireann (RTE) e Independent Television Publications Ltd (ITP) c. Commissione*, ECLI:EU:C:1995:98, § 93). In argomento, v. P. MOULLET, *How should Undertakings Approach Commitment*, cit., 87.

⁸²⁸ La diversità di approccio è particolarmente evidente con riguardo alla scelta fra rimedi comportamentali e strumentali. Molte decisioni con impegni si basano infatti sulla seconda categoria di rimedi (v. ad esempio COMP/39.388 – *Mercato tedesco dell'elettricità all'ingrosso*, cit.; Commissione 18 marzo 2009, COMP/C.39.402 – *RWE Gas Foreclosure*; COMP/39.315 – *ENI*, cit.; COMP/39.727 – *Cez*, cit.). Al contrario, non vi è alcuna decisione *ex art. 7 reg. (CE) n. 1/2003*, cit., che imponga alle imprese rimedi strumentali.

⁸²⁹ Cfr. *infra* il capitolo 3, § 3.2 e spec. § 3.2.2.

⁸³⁰ La possibilità di imporre alle imprese rimedi non strettamente collegati alle preoccupazioni concorrenziali individuate nella valutazione preliminare permette alla Commissione di utilizzare le decisioni con impegni per finalità ulteriori rispetto a quelle tipiche di un'autorità antitrust. Piuttosto che per contrastare specifiche condotte delle imprese, gli impegni vengono infatti talvolta utilizzati a fini regolatori, e cioè per esprimere determinate scelte di *policy* della Commissione, anche estranee alla politica di concorrenza intesa in senso stretto.

⁸³¹ Cfr. art. 27 reg. (CE) n. 1/2003, cit. La fase di c.d. *market test* è prevista anche dalla disciplina italiana. Ai sensi della *Comunicazione*, valutata la non manifesta inidoneità degli impegni definitivi presentati dalle imprese, l'AGCM ne deve disporre la pubblicazione entro quarantacinque giorni dal termine di cui all'art. 14-ter l. n. 287/1990 per consentire ai terzi interessati di «presentare le proprie osservazioni scritte [...] entro un termine di trenta giorni decorrenti dalla data di pubblicazione degli impegni». Le imprese possono modificare il contenuto degli

Commissione può anche adottare un approccio proattivo e contattare di propria iniziativa i soggetti che appartengono a tale categoria⁸³². La scarsa trasparenza che caratterizzava la chiusura informale dei procedimenti durante la vigenza del reg. (CEE) n. 17/62 rappresenta infatti uno degli aspetti più criticati di tali procedure⁸³³. La fase consultiva riduce inoltre l'asimmetria informativa fra imprese e Commissione, che (come si vedrà⁸³⁴) può portare a fenomeni di sovra o sotto-deterrenza. La Commissione deve quindi pubblicare il testo degli impegni proposti, dichiarando che sta valutando l'adozione di una decisione *ex art. 9* reg. (CE) n. 1/2003⁸³⁵.

La consultazione può avere vari esiti. Da un lato (ed è l'ipotesi più frequente nella prassi⁸³⁶), si è visto che può verificarsi la necessità di modificare gli impegni proposti, e quindi eventualmente di effettuare un nuovo *market test*⁸³⁷. Dall'altro lato, può invece accadere che la Commissione (o le imprese⁸³⁸) decidano di abbandonare

impegni proposti per rispondere alle eventuali osservazioni ricevute. Le modifiche possono venire presentate una sola volta e devono essere strettamente collegate all'esito della fase di consultazione pubblica. Ciò per evitare «un continuo riesame degli impegni, di volta in volta corretti, modificati o integrati dalle parti, suscettibile di condizionare i tempi del procedimento e di accertamento dell'infrazione».

⁸³² Infatti, «to complete this market test, the Commission may also send specific questionnaires to potentially affected undertakings» (cfr. S. MARTÍNEZ LAGE, R. ALLENDESALAZAR, *Commitment Decisions ex Regulation 1/2003*, cit., 594).

⁸³³ Cfr. ad esempio le difese delle parti in Corte giust. 17 novembre 1987, in cause riunite 142 e 156/84, *British-American Tobacco e R. J. Reynolds c. Commissione*, ECLI:EU:C:1987:490, e v. comunque *supra* il capitolo 3, § 2.2. Si osserva del resto che «[b]y formalizing the procedure that the Commission has to follow in order to accept formal commitments, the new regime certainly provides better protection for procedural rights of the parties than the previous administrative practice of informal settlements. This is particularly true for third parties, whose procedural rights under the previous regime were far from clear» (cfr. S. MARTÍNEZ LAGE, R. ALLENDESALAZAR, *Commitment Decisions ex Regulation 1/2003*, cit., 583).

⁸³⁴ Cfr. *infra* il capitolo 4, § 2.2. e spec. § 2.2.2.

⁸³⁵ Il valore di tale dichiarazione, anche ai fini dell'esito della procedura una volta che la fase di market test sia stata effettivamente realizzata, merita una breve prescrizione. Si deve cioè osservare che «[t]his statement is merely an indication that the Commission considers the commitments sufficiently sound to warrant market testing and does not in any way prejudice the final assessment of the sufficiency of the commitments post-market tests» (cfr. E. DE SMIJTER, A. SINCLAIR, *The Enforcement System under Regulation 1/2003*, cit., 133).

⁸³⁶ In tal senso, si osserva che «generally, market-testing results in modification of the commitments offered to address further concerns identified by third parties» (cfr. N. DUNNE, *Commitment decisions in EU competition law*, cit., 404). Fra le altre, cfr., COMP/B-1/38.348 – *Repsol CPP*, cit., § 39; COMP/38.173 – *FA Premier League*, cit.; COMP/39.315 – *ENI*, cit.; COMP/39.386 – *Contratti a lungo termine Francia*, cit., §§ 52-66; COMP/C.39.402 – *RWE Gas Foreclosure*, cit., § 44).

⁸³⁷ Cfr. Commissione 20 dicembre 2012, C(2012) 9635, COMP/39.654 – *Reuters Instrument Codes (RICs)*.

⁸³⁸ In realtà, «undertakings may find it very dangerous to draw back and let the authority resume infringement investigations [since] much information would have been disclosed during the negotiations» (cfr. P. MOULLET, *How should Undertakings Approach Commitment*, cit., 90).

la procedura negoziata⁸³⁹. Dall'altro lato ancora, il market test può risultare ininfluente⁸⁴⁰.

Se la procedura negoziata si conclude con successo, gli impegni sono resi vincolanti dalla Commissione. La natura della decisione differisce da quella dei provvedimenti “ordinari” di accertamento *ex art. 7 reg. (CE) n. 1/2003*. La decisione riconosce infatti che gli impegni eliminano le preoccupazioni concorrenziali rilevate, e chiude il procedimento senza pronunciarsi sul merito delle ipotesi formulate nel provvedimento di apertura dell'istruttoria, e cioè senza accertare – o escludere⁸⁴¹ – alcuna violazione⁸⁴². Come si vedrà meglio in seguito, tale circostanza rappresenta, da un lato, uno dei maggiori incentivi per le imprese ad “impegnarsi” e quindi una delle ragioni principali del successo dell'istituto⁸⁴³, e dall'altro lato, una delle ragioni per cui ANC e giudici nazionali non sono vincolati dalle decisioni con impegni, e possono valutare in modo autonomo la condotta delle imprese⁸⁴⁴.

3.1.1.6 I meccanismi di autotutela a disposizione della Commissione.

⁸³⁹ Tale circostanza fa sì che la procedura prosegua secondo i “binari ordinari”. Se la Commissione è convinta dell'illecito, si avrà quindi l'adozione di una decisione di accertamento *ex art. 7 reg. (CE) n. 1/2003*, cit. (cfr. com. n. 2011/C 308/06, cit., §§ 129-133). Si osserva peraltro che tale possibilità «*should not lead to the imposition of significant fines*»; infatti, «*[i]f the Commission formally initiates an Article 9 proceeding [...] formally indicat[ing] that a case could be settled with commitments – i.e., if it has implicitly indicated that it does not intend to impose fines – then if it should later conclude that on balance a prohibition would be a superior solution, it would not seem appropriate (absent unusual circumstances) to suddenly add a monetary penalty to the cease and desist orders*» (cfr. S. MARTÍNEZ LAGE, R. ALLENDESALAZAR, *Commitment Decisions ex Regulation 1/2003*, cit., 597).

⁸⁴⁰ Fra le altre, cfr. Commissione 4 ottobre 2006, C(2006) 4350, COMP/C2/38.681 – *Accordo di proroga di Cannes*, §§ 47-48 (le osservazioni ricevute durante il market test «*did not contain any points such as to make the Commission reconsider its concerns as stated in the preliminary assessment and did not give rise to the identification of any new concerns*»; pertanto, «*[a]ccording to the Commission's analysis the commitments are adequate to meet the Commission's concerns as expressed in its preliminary assessment. In view of the results of the market test, the adequacy of the commitments is confirmed*»).

⁸⁴¹ Cfr. C. LACAVA, *Misure cautelari, decisioni con impegni*, cit., 676.

⁸⁴² Più nel dettaglio, le decisioni con impegni chiudono il procedimento «*senza giungere alla conclusione dell'eventuale sussistere o perdurare di un'infrazione*» (cfr. considerando n. 13 *reg. (CE) n. 1/2003*, cit.). In definitiva, «*[a] decision under Article 9, making commitments binding, is thus a substitute for a decision under Article 7 of Regulation 1/2003 finding an infringement and imposing remedies for its termination [but] is not a substitute for a decision under Article 23 of Regulation 1/2003, imposing fines for an infringement of Articles [101] or [102 TFUE], and cannot be combined with it either, because the imposition of fines requires the finding of an infringement, and hence a decision under Article 7 of Regulation 1/2003*» (cfr. W.P.J. WILS, *The Use of Settlements in Public Antitrust Enforcement*, cit., 338).

⁸⁴³ Come corrispettivo per la disponibilità ad adottare gli impegni, le imprese ottengono l'immediata chiusura del procedimento, annullando il rischio di una futura sanzione e, soprattutto, evitando l'accertamento della loro responsabilità. Ne deriva che «*the main incentive for an undertaking to give a commitment is the avoidance of any admission of liability that might lead to follow-up private enforcements*» (cfr. M.T. RICHTER, *The settlement procedure in the context of the enforcement tools of European competition law - a comparison and impact analysis*, in *European Competition Law Review*, 2012, 537, spec. 540).

⁸⁴⁴ Infatti, «*the fact that the Commission has closed its proceedings through a commitment decision does not in any way prevent a national competition authority from finding that the past conduct of the addressees of the commitment decision (before the commitments were complied with) constituted an infringement of Article [101 or 102 TFUE], and possibly also imposing a fine for this infringement. The finding of an infringement and the imposition of a fine by a national competition authority would not “run counter” to the Commission decision within the meaning of Article 16(2) of Regulation 1/2003, nor go against Article 10 EC, because it would not in any way undermine the full effect of (the operative part of) the commitment decision*» (cfr. W.P.J. WILS, *Efficiency and Justice*, cit., 43). Come si vedrà (cfr. *infra* la nota 864, nel capitolo 3, § 3.1.2.1.), la prospettiva è diametralmente opposta con riguardo agli accordi transattivi che, infatti, «*preclude the adoption of another decision concerning the same facts and legal basis (ne bis in idem)*» (cfr. M.T. RICHTER, *The settlement procedure*, cit., 541).

La Commissione dispone infine di alcuni meccanismi di autotutela nell'ambito della procedura negoziata di cui si discute⁸⁴⁵. Vi sono infatti tre fattispecie in cui un procedimento chiuso con l'accettazione degli impegni può essere riaperto. La questione è significativa per le connessioni con il principio del *ne bis in idem*. Le due ipotesi principali riguardano la mancata esecuzione degli impegni da parte delle imprese, ovvero il fatto che la loro accettazione sia avvenuta sulla base di informazioni rivelatesi non veritiere. La terza ipotesi riguarda invece il caso in cui si verifichi una modifica delle condizioni di fatto su cui si è basata la negoziazione, nozione di cui non viene però fornita una definizione⁸⁴⁶.

L'art. 9(2) reg. (CE) n. 1/2003 prevede una sorta di clausola di salvaguardia nei confronti delle prime due ipotesi, permettendo alla Commissione di riaprire il procedimento e sanzionare le imprese ai sensi dell'art. 23 reg. (CE) n. 1/2003⁸⁴⁷. Per quanto riguarda l'inadempimento, una delle principali peculiarità è che l'onere della prova che incombe sulla Commissione riguarda esclusivamente il mancato rispetto dell'impegno reso obbligatorio, e non l'infrazione agli artt. 101 o 102 TFUE. Come si vedrà, anche tale aspetto influisce sulla chiarificazione del contenuto delle regole antitrust⁸⁴⁸. Tale rimedio è stato utilizzato per la prima volta nei confronti di *Microsoft*, a fronte dell'inadempimento dell'impresa all'impegno di fornire agli utenti *Windows* la possibilità di scegliere un *browser* alternativo a *Internet Explorer*⁸⁴⁹. In tale occasione, si precisa peraltro che la violazione degli impegni rappresenta un'infrazione grave del diritto dell'Unione, a prescindere dalle circostanze del caso concreto⁸⁵⁰. Anche alle ANC sono di regola riconosciuti poteri analoghi⁸⁵¹.

⁸⁴⁵ E più precisamente di «*forme di autotutela c.d. legatas*» (cfr. V. CERULLI IRELLI, «*Consenso*» e «*autorità*», cit., 343).

⁸⁴⁶ Si osserva infatti che «*[t]here is no definition of what is meant by "material change" and there is no time-limit to the reopening*» (cfr. J.D. COOKE, *Negotiated Settlements under EC Competition Law*, cit., 263). Si ritiene allora, ad esempio, che «*it may be that over time the market position of the addressees has increased to such an extent that the commitment are no longer sufficient*», oppure «*[i]t may even be that the changes are such that the appropriate course of action is the adoption of a prohibition decision*» (cfr. E. DE SMIJTER, A. SINCLAIR, *The Enforcement System under Regulation 1/2003*, cit., 129).

⁸⁴⁷ Parte della dottrina sottolinea peraltro una distinzione funzionale fra l'art. 23(2) e l'art. 9(2) reg. (CE) n. 1/2003, cit.. Nella prima ipotesi, «*il potere discrezionale dell'Unione diventa notevolmente ampio, dal momento che la Commissione può agire nei confronti dei comportamenti contestati in sede di valutazione preliminare e, in particolare, può addivenire ad una diversa valutazione dei medesimi anche per il passato*»; nella seconda ipotesi, «*invece, eventuali effetti pregiudizievole possono scaturire per le imprese coinvolte solo pro futuro*» (cfr. C. PESCE, *I nuovi strumenti di public enforcement*, cit., 91).

⁸⁴⁸ Sul punto v. meglio *infra* il capitolo 4, § 2.1.2 e spec. § 2.1.2.6.

⁸⁴⁹ Come già ricordato, tale impegno è reso vincolante dalla decisione resa in COMP/39.530 – *Microsoft (vendita abbinata)*, cit. Per un commento v. M. ALEIXO, *An inaugural fine: Microsoft's failure to comply with commitments (case COMP/39530)*, in *European Competition Law Review*, 2013, 466.

⁸⁵⁰ Infatti, «*[r]egardless of the specific circumstances of the case, a failure to comply with a commitment decision is, in principle, a serious breach of Union law*», in quanto «*it undermines the effectiveness of the mechanism provided for in Article 9 of Regulation (EC) No 1/2003*» (cfr. Commissione 6 marzo 2013, n. C(2013) 1210, AT.39.530 – *Microsoft (Vendita abbinata)*, §§ 56 e 58).

⁸⁵¹ Con riferimento all'ordinamento italiano, cfr. ad esempio AGCM 28 gennaio 2015, n. 25295, I689C – *Organizzazione servizi marittimi nel golfo di Napoli*, in *Boll.*, n. 4/2015, in cui l'AGCM ha per la prima volta riaperto un procedimento nei confronti di alcune imprese per non aver rispettato gli impegni resi vincolante da una precedente decisione *ex art. 14-ter* della legge n. 287/1990, e cioè AGCM 15 ottobre 2009, n. 20378, I689 – *Organizzazione servizi marittimi nel golfo di Napoli*, in *Boll.*, n. 41/2009.

3.1.2 Gli accordi di transazione dei cartelli.

3.1.2.1 Premessa.

Introdotti nell'ordinamento dell'Unione dal reg. (CE) n. 622/2008⁸⁵² per «trattare con maggiore rapidità ed efficacia i casi di cartelli»⁸⁵³, gli accordi transattivi sono disciplinati da una *Comunicazione* della Commissione che contiene le linee guida per la loro corretta applicazione⁸⁵⁴. Anche tale rimedio negoziale è stato replicato nel diritto interno di alcuni Stati membri. Le differenze nelle varie discipline nazionali sono tuttavia più marcate rispetto al caso degli impegni⁸⁵⁵. L'ordinamento italiano non prevede alcuna soluzione analoga.

In sintesi, si attribuisce alla Commissione la possibilità di invitare le imprese coinvolte in un'istruttoria a collaborare al fine di raggiungere un accordo che garantisce una riduzione pari al 10% della sanzione altrimenti applicabile se il procedimento si conclude nelle forme “ordinarie”⁸⁵⁶. In contropartita, le imprese devono ammettere il proprio coinvolgimento nel cartello⁸⁵⁷, oltre a rinunciare ad alcune prerogative dei propri diritti di difesa⁸⁵⁸. Come confermato dal Tribunale

⁸⁵² Atto normativo della Commissione che modifica a tal fine il precedente reg. (CE) n. 773/2004, cit., introducendovi fra le altre cose un nuovo art. 10 *bis*.

⁸⁵³ Cfr. considerando n. 4 del reg. (CE) n. 622/2008, cit.

⁸⁵⁴ Cfr. Comunicazione della Commissione, *concernente la transazione nei procedimenti per l'adozione di decisioni a norma dell'articolo 7 e dell'articolo 23 del regolamento (CE) n. 1/2003 del Consiglio nei casi di cartelli*, (2008/C 167/01), in GU C, n. 167 del 2 luglio 2008, 1.

⁸⁵⁵ In argomento v. ad esempio B. LASSERRE, F. ZIVY, *A Principled Approach to Settlements*, cit., 143; E. MORGAN DE RIVERY, *The French “Non-Contest Procedure”: a Practitioner’s Point of View*, in C.D. EHLERMANN, M. MARQUIS (eds.), *Antitrust settlements under EC Competition Law*, cit., 453; J. BURRICHTER, *Settlements in Cartel Cases: Practical Experience in Germany*, in C.D. EHLERMANN, M. MARQUIS (eds.), *Antitrust settlements under EC Competition Law*, cit., 471; P. KALBFLEISCH, *The Dutch Experience with Plea Bargaining/Direct Settlement*, in C.D. EHLERMANN, M. MARQUIS (eds.), *Antitrust settlements under EC Competition Law*, cit., 481; O.W. BROUWER, *Antitrust Settlement in the Netherlands: A Useful Source of Inspiration*, in C.D. EHLERMANN, M. MARQUIS (eds.), *Antitrust settlements under EC Competition Law*, cit., 489; A. NIKPAY, D. WATERS, *The Emerging Settlement Regime in the UK: The Use of “Settlements” in Competition Act Cases*, in C.D. EHLERMANN, M. MARQUIS (eds.), *Antitrust settlements under EC Competition Law*, cit., 499; AL.M. ALEGI, G. MURRAY, *Settling an Appropriate Policy: Reflections on OFT Work in Progress*, in C.D. EHLERMANN, M. MARQUIS (eds.), *Antitrust settlements under EC Competition Law*, cit., 511.

⁸⁵⁶ Va precisato che «[t]his percentage is the same for all parties settling with the Commission because they all contribute to procedural efficiencies in a similar manner» (cfr. K. METHA, M.L. TIERNO CENTELLA, *EU Settlement Procedure*, cit., 414).

⁸⁵⁷ In effetti, «[t]he key element in settlement, in comparison to standard antitrust procedure, is that settling companies choose to acknowledge their involvement in the cartel and their liability for it» (cfr. F. LAINA, E. LAURINEN, *The EU Cartel Settlement Procedure: Current Status and Challenges*, in *Journal of European Competition Law & Practice*, 2013, 302, *ivi*).

⁸⁵⁸ L'opinione prevalente è infatti che «[o]ne drawback of the expedited nature of the settlement proceedings is that it entails that the parties have to conditionally waive certain procedural rights which they would otherwise have under the ordinary infringement procedure» (cfr., da ultimo, J.F. BELLIS, *General Overview of the EU Cartel Settlement Procedure*, in *Competition Policy International*, 2014, 1, spec. 2). In senso contrario, tuttavia si osserva talvolta che «the Settlement Package was designed to introduce a new set of simplified procedural rules in order to expedite cartel prosecutions. Yet, these simplifications had to remain within the bounds of the carefully balanced existing European institutional and legal framework. Therefore, the Commission identified aspects of its existing investigation and decision-making process that it could streamline without affecting the parties’ rights of defense, but only modifying how and when they can exercise them in the course of the procedure» (cfr. ad esempio K. DEKEYSER, A. ROQUES, *The European Commission’s settlement procedure in cartel cases*, in *The Antitrust Bulletin*, 2010, 819, spec. 828). Analogamente, si afferma che «the settlement procedure ensures that parties will be heard effectively and will have the opportunity, through argument, to exercise their rights of defence in relation to the Commission’s

nell'unica occasione in cui si è occupato delle procedure transattive⁸⁵⁹, l'obiettivo è quello di rendere la procedura più semplice e veloce, oltre a ridurre le probabilità di impugnazione delle decisioni negoziate.

Vi è quindi una fondamentale differenza anche con gli impegni⁸⁶⁰. Anche se entrambe le fattispecie rientrano fra le ipotesi di applicazione consensuale del diritto antitrust⁸⁶¹, nel primo caso la procedura si conclude con una decisione *ex artt. 7 e 23 reg. (CE) n. 1/2003*⁸⁶². Vi è quindi sia l'accertamento dell'illecito (per di più *ex confesso*) che l'applicazione di una sanzione⁸⁶³. La decisione è inoltre vincolante per i giudici nazionali ai sensi dell'art. 16 del reg. (CE) n. 1/2003⁸⁶⁴.

La procedura di transazione può essere divisa in undici passaggi che possono a loro volta venire raggruppati in tre distinte fasi⁸⁶⁵.

objections», e che «[i]n settlement cases, parties' rights of defence under the settlement procedure remain the same as in the ordinary procedure» (cfr. K. METHA, M.L. TIerno CENTELLA, *EU Settlement Procedure*, cit., rispettivamente 391 e 418; sul punto v. comunque *infra* il capitolo 3, § 3.2.3.).

⁸⁵⁹ Cfr. Trib. 20 maggio 2015, in causa T-456/10, *Timab Industries*, ECLI:EU:T:2015:296, non ancora disponibile in italiano, § 60 dove viene affermato che «[t]he aim of the new procedure is to simplify and speed up administrative procedures and to reduce the number of cases brought before the EU judicature, and thus to enable the Commission to handle more cases with the same resources». Sul caso si tornerà meglio in seguito (cfr. *infra* il capitolo 3, § 3.1.2.5.). Tuttavia, proprio perché è la prima occasione in cui il Tribunale ha modo di occuparsi delle procedure transattive, la sentenza contiene anche un'accurata descrizione della procedura. Di tali aspetti si darà quindi conto dove opportuno nel corso della descrizione della procedura, di cui ai parafrasi che seguono.

⁸⁶⁰ Tanto che si afferma comunemente che «there is no overlap between cases that can be brought to an end by commitments and cases that can be brought to an end by settlements: the settlement procedure on the one hand can only be applied to cartels; commitment decisions on the other hand are not appropriate in cases where the Commission plans to impose a fine, such as cartels», cosicché «an undertaking is never faced with the choice between making a commitment and submitting to the settlement procedure; they are alternatives» (cfr. M.T. RICHTER, *The settlement procedure*, cit., 540). Sul punto v. però, fra gli altri, il caso COMP/39.847 – *E-books*, cit., su cui v. *infra* il testo relativo alle note 1178-1184, nel capitolo 3, § 3.3.25.

⁸⁶¹ Cfr. V. CERULLI IRELLI, «Consenso» e «autorità», cit., 334.

⁸⁶² Infatti, «[i]l procedimento, come quello ordinario, si fonda sugli artt. 7 e 23 del Regolamento (CE) 1/2003 e si conclude con una decisione formale di infrazione all'art. 101 TFUE, comprensiva dell'ammenda» (cfr. C. PESCE, *I nuovi strumenti di public enforcement*, cit., 185). In altri termini, «[c]artel settlement decision are prohibition decisions based on Article 7 and 23 of Regulation 1/2003, which is the standard legal basis for Commission Decisions against violations of Article 101 TFEU. Settlement decisions establish the existence of an infringement, describe its relevant parameters, require the infringement to be brought to an end, and impose a fine» (cfr. F. LAINA, E. LAURINEN, *The EU Cartel Settlement Procedure*, cit., 306). Cfr. anche il considerando n. 3 reg. (CE) n. 622/2008, cit..

⁸⁶³ Cfr. E. GAMBARO, F. MAZZOCCHI, *La nuova procedura transattiva nei procedimenti di cartello*, Newsletter Studio legale Santa Maria, n. 33 ottobre 2009, spec. 4.

⁸⁶⁴ Al contrario, si è visto che «the national courts or competition authorities are not bound by the commitment decision and can decide on the undertaking's behaviour independently» (cfr. M.T. RICHTER, *The settlement procedure*, cit., 540).

⁸⁶⁵ La prima fase, «in which players explore whether there is a mutual interest in settling», comprende quattro momenti principali: da un lato, la Commissione (i) «gauges suitability and interest for settlements», (ii) «initiates settlement procedure», e (iii) «sends invitation letter to the parties – with time lines»; dall'altro lato, le imprese (iv) «declare willingness to cooperate by letters». La seconda fase, in cui le parti «make up a consecutive bargaining game», si compone di tre passaggi: mediante lo svolgimento di (v) «[b]ilateral talks – with access to file», la Commissione e le imprese cercano di arrivare a delle (vi) «[j]oint conclusions regarding infringement and fine ranges», e se ciò avviene le imprese (vii) «submit formal requests to settle – specified conditions». La terza fase, in cui le scelte effettuate da Commissione e imprese nelle fasi precedenti «materialize in the “payoffs phase”», comprende quattro passaggi: in primo luogo, la Commissione (viii) «drafts the Statement of Objections – honouring conditions», e le imprese (ix) «confirm phrasing of the Statement of Objections»; in seguito, la Commissione (x) «consults advisory committee», e infine (xi) «Commission publishes streamlined formal decision – awards ten percent discounts» (cfr. M.P. SCHINKEL, *Bargaining in the shadow of the European settlement procedure for cartels*, in *The Antitrust Bulletin*, 2011, 461, spec. 465-466). Altri autori propongono una divisione della procedura in sei fasi, e cioè (i) «selection of “suitable” cases», (ii) «[e]xploring the willingness to engage in settlement discussions», (iii) «bilateral settlement discussions», (iv) «the “settlement submissions”», (v) «statement of objections and response

3.1.2.2 La fase esplorativa: la riserva di iniziativa a favore della Commissione, la scelta dei casi e la disponibilità delle parti.

Durante lo svolgimento delle indagini preliminari (o meglio, almeno in teoria⁸⁶⁶, al loro termine⁸⁶⁷), la Commissione può valutare la «*probabilità di concludere, entro un termine ragionevole, un accordo con le parti interessate per quanto riguarda la portata degli addebiti*»⁸⁶⁸. Tale stima è fondamentale per la riuscita della procedura che dipende in buona parte dalla corretta selezione preliminare dei casi. Se tale operazione è svolta in modo erroneo le conseguenze negative sono piuttosto marcate. Non solo si perdono i benefici procedurali che derivano dalla transazione, ma l'esito è peggiore anche rispetto all'ipotesi in cui il caso fosse stato gestito fin dall'inizio secondo la procedura ordinaria⁸⁶⁹. La *Comunicazione* fornisce pertanto una lista di parametri per la scelta dei casi⁸⁷⁰. Fra i più significativi vi è certamente il numero delle parti coinvolte⁸⁷¹. La lista non è tuttavia tassativa e la prassi suggerisce l'esistenza di altri criteri. Fra i più importanti vanno ad esempio ricordati l'assenza di elementi che possano portare alla contestazione di circostanze aggravanti⁸⁷², il numero delle imprese che di propria iniziativa dichiarato la propria disponibilità alla transazione⁸⁷³, nonché il numero delle

to it», (vi) «*the settlement decisions*» (cfr. U. SOLTESZ, C. VON KOCKRITZ, *EU cartel settlements in practice – the future of EU cartel enforcement?*, in *European Competition Law Review*, 2011, 258, spec. 259-263).

⁸⁶⁶ Nonostante quanto si dirà alla nota immediatamente successiva, non si può infatti escludere che, sebbene «*lo scopo dichiarato di tale fase procedurale non [sia] quello di reperire nuove prove, bensì di discutere gli elementi già raccolti [...] può accadere che il quadro probatorio della Commissione sia composto da meri indizi e/o dichiarazioni frammentarie*», circostanza che può condurre tale istituzione a rivolgere «*alle parti l'invito a partecipare a discussioni transattive anche per superare le carenze probatorie*» (cfr. C. PESCE, *I nuovi strumenti di public enforcement*, cit., 187) Per gli effetti di tale possibilità sulla deterrenza del sistema v. *infra* il capitolo 4, § 2.2.3.

⁸⁶⁷ Infatti, «*[i]t is important to clarify that settlements do not mean an investigative shortcut. The Commission enters into this phase only when it has sufficient elements to proceed the case in standard procedure, including the adoption of a fully motivated Statement of Objections*» (cfr. F. LAINA, E. LAURINEN, *The EU Cartel Settlement Procedure*, cit., 303). Pertanto, «*[d]iscussions to settle in the EU may only occur once the Commission has carried out a full investigation of the facts (i.e., resulting from on-the-spot inspections, requests for information, information from leniency applicants, etc.) and has taken a decision to initiate proceedings*» (cfr. J.F. BELLIS, *General Overview of the EU Cartel Settlement Procedure*, cit., 3).

⁸⁶⁸ Cfr. com. n. 2008/C 167/01, cit., § 5

⁸⁶⁹ Infatti, dopo il fallimento del tentativo di soluzione transattiva, il procedimento proseguirà probabilmente nelle forme ordinarie, nei confronti di tutte le imprese o quantomeno di quelle che hanno deciso di abbandonare le trattative (sulle procedure c.d. ibride cfr. *infra* il capitolo 3, § 3.1.2.5 e § 3.3.3.3). E «*[i]t is intuitive that a case with an unsuccessful settlement followed by a normal procedure against all parties does not bring procedural efficiencies*» (cfr. F. LAINA, A. BOGDANOV, *The EU Cartel Settlement Procedure: Latest Developments*, in *Journal of European Competition Law & Practice*, 2014, 717, spec. 718).

⁸⁷⁰ Fra i criteri individuati vi sono «*il numero di parti in causa, le prevedibili posizioni contrastanti in merito all'attribuzione della responsabilità, il livello di contestazione dei fatti*». Si prevede inoltre che la Commissione valuti «*la prospettiva di conseguire una maggiore efficacia della procedura, sulla base dei progressi compiuti, inclusa l'entità dell'onere derivante dal fornire l'accesso a versioni non riservate di documenti contenuti nel fascicolo*». Infine, si dà atto che «*[p]oss[ia]no intervenire anche altri fattori, come l'eventuale determinazione di un precedente*» (cfr. com. n. 2008/C 167/01, cit., § 5).

⁸⁷¹ Infatti, «*it appears less likely to reach a common understanding with a large number of parties than with a small number of parties*» (cfr. F. LAINA, A. BOGDANOV, *The EU Cartel Settlement Procedure*, cit., 718).

⁸⁷² Infatti, «*[w]here there are factors in the Commission's file which can be later retained as aggravating circumstances [...] it can be expected that the parties will be more reluctant to settle*» (cfr. F. LAINA, A. BOGDANOV, *The EU Cartel Settlement Procedure*, cit., 719).

⁸⁷³ Cfr. C. PESCE, *I nuovi strumenti di public enforcement*, cit., 186.

domande di clemenza ricevute e la loro proporzione con il numero totale di imprese coinvolte nel cartello⁸⁷⁴.

Se ritiene percorribile la strada della soluzione negoziale, la Commissione può dare avvio alla c.d. fase esplorativa, in cui viene sondato l'interesse delle imprese a un'eventuale soluzione transattiva⁸⁷⁵. A differenza che nel caso degli impegni, l'iniziativa per l'avvio della procedura negoziale spetta quindi alla Commissione⁸⁷⁶. L'accordo delle parti private è comunque necessario. La procedura transattiva può infatti proseguire solo se due o più imprese si dichiarano disponibili a partecipare a una fase di incontri bilaterali. La disponibilità deve essere dichiarata per iscritto⁸⁷⁷, e non equivale a un'ammissione di colpevolezza⁸⁷⁸.

3.1.2.3 La fase negoziale: gli incontri bilaterali e la ricerca del consenso. La proposta transattiva.

La Commissione mantiene un margine significativo di discrezionalità nel valutare l'opportunità e il ritmo delle discussioni con le singole imprese⁸⁷⁹. L'esame della prassi evidenzia tuttavia che gli incontri bilaterali si sviluppano di regola in tre

⁸⁷⁴ E ciò perché «[w]here all the parties to the proceedings have lodged applications under the Leniency Programme, it is more likely that they will go beyond cooperation required in leniency and will also be interested in a fast-track procedure» (cfr. F. LAINA, A. BOGDANOV, *The EU Cartel Settlement Procedure*, cit., 718).

⁸⁷⁵ La fase esplorativa «is usually done in the form of informal contacts with representatives of the companies under investigation» (cfr. F. LAINA, A. BOGDANOV, *The EU Cartel Settlement Procedure*, cit., 718).

⁸⁷⁶ Si osserva in effetti che «la transazione rientra tra le ipotesi di espressione massima del potere discrezionale della Commissione» (cfr. C. PESCE, *I nuovi strumenti di public enforcement*, cit., 184). Tuttavia, anche se la decisione di arrivare a un «settlement remains a choice of the Commission [and] it is neither a right nor an obligation for the companies», ciò non toglie che «[c]ompanies may at any time before the adoption of a statement of objections approach the Commission and express their interest towards settlements» (cfr. F. LAINA, E. LAURINEN, *The EU Cartel Settlement Procedure*, cit., 303). Anzi, a dire il vero si osserva che «it is [...] more and more frequent that parties proactively approach the Commission in order to enquire whether the Commission is considering the settlement option for a specific case or even to express their own interest for a settlement procedure» (cfr. F. LAINA, A. BOGDANOV, *The EU Cartel Settlement Procedure*, cit., 718).

⁸⁷⁷ La Commissione chiede infatti alle imprese coinvolte nelle indagini «di dichiarare per iscritto se sono disposte a partecipare a discussioni per giungere a una transazione» (cfr. com. n. 2008/C 167/01, cit., § 11).

⁸⁷⁸ Infatti, «[t]he written declaration by which the undertaking agrees to take part in settlement discussions [...] does not mean that it admits having participated in any infringement or that it accepts liability for such infringement» (cfr. causa T-456/10, *Timab Industries*, cit., § 66). O ancora, si osserva che «[v]a precisato che, mediante la suddetta dichiarazione, le parti manifestando semplicemente di accettare l'invito della Commissione, senza riconoscere la partecipazione all'infrazione né le relative responsabilità» (cfr. C. PESCE, *I nuovi strumenti di public enforcement*, cit., 186).

⁸⁷⁹ Nel senso che «si tratta in particolare di determinare, visto il progresso compiuto in generale nella procedura di transazione, l'ordine e la sequenza delle discussioni bilaterali di transazione nonché il momento in cui rivelare informazioni, compresi gli elementi probatori contenuti nel fascicolo della Commissione utilizzati a sostegno degli addebiti previsti e per fissare l'ammenda irrogabile» (cfr. com. n. 2008/C 167/01, cit., § 15).

fasi⁸⁸⁰. Non sono invece previsti incontri multilaterali⁸⁸¹. Nella prima fase⁸⁸², si discutono gli aspetti principali dei potenziali addebiti⁸⁸³ e gli elementi probatori a disposizione della Commissione⁸⁸⁴. Dopo il primo incontro, le imprese hanno accesso ai più importanti documenti contenuti nel fascicolo (*rectius*, ai documenti scelti dalla Commissione⁸⁸⁵), oltreché a un elenco di tutto il materiale accessibile. Le imprese possono chiedere di entrare in possesso dei documenti indicati nell'elenco, se giustificato dalle circostanze del caso⁸⁸⁶. Ciò permette di affrontare in modo consapevole la scelta circa la prosecuzione della procedura negoziata⁸⁸⁷.

⁸⁸⁰ Tale aspetto è incidentalmente confermato anche dal Tribunale, che dà atto del fatto che «*three bilateral meetings [were] held as part of the settlement procedure*» (cfr. causa T-456/10, *Timab Industries*, cit., § 94) Oltre ai riferimenti di cui alle note che seguono, per una sintesi, v. J.F. BELLIS, *General Overview of the EU Cartel Settlement Procedure*, 3, dove si chiarisce che «*the Commission will lead three bilateral rounds of discussions for the purpose of finding a “common understanding” with each party. These discussions intend to (i) present to the parties the Commission’s assessment of the case as well as the key factual evidence; (ii) discuss the scope of infringement (i.e., duration and gravity) as well as the value of sales on which the fine will be calculated; and (iii) disclose an estimation of the range of fines to be imposed*».

⁸⁸¹ Infatti, «*[t]he settlement discussions are held individually, secretly and exclusively between the Commission and defendants*» (cfr. A. BACH, *Negotiated Antitrust Settlement: Some perspective from the Point of View of (Potential) Plaintiffs*, in C.D. EHLERMANN, M. MARQUIS (eds.), *Antitrust settlements under EC Competition Law*, cit., 251, spec. 252). E ciò anche «*to allow for confidential, open exchange where parties will not be concerned about the presence of other parties and where confidential information relative to the relevant undertaking can be discussed, including the very sensitive information regarding the likely range of the fines*» (cfr. K. METHA, M.L. TIerno CENTELLA, *EU Settlement Procedure*, cit., 410).

⁸⁸² In altri termini, «*[r]ound one consists of the Commission presenting key elements and evidence of the infringement, including its nature and duration, and the liability of the cartelists*» (cfr. A.L. HINDS, *All settled? Some six years of cartel settlement*, in *European Competition Law Review*, 2014, 292, spec. 293). Più nel dettaglio, «*[w]hile the preliminary assessment is being presented orally, the parties are directed to specific examples of evidence, and a selection of the evidence supporting the objections. In addition, the different steps of the settlement process are explained at this first meeting with an indicative timetable*» (cfr. F. LAINA, E. LAURINEN, *The EU Cartel Settlement Procedure*, cit., 304).

⁸⁸³ Più precisamente, la discussione fra Commissione e imprese riguarda gli «*elementi essenziali presi in considerazione fino a quel momento, quali i fatti contestati, la loro classificazione, la gravità e la durata del presunto cartello, l'imputazione della responsabilità, una stima della di forcella delle ammende applicabili, nonché gli elementi probatori utilizzati a sostegno dei potenziali addebiti*» al fine di permettere «*alle parti di far valere il loro punto di vista sugli addebiti che potrebbero essere mossi nei loro confronti*», nonché di «*decidere, in perfetta cognizione di causa, se accedere o meno alla transazione*» (cfr. com. n. 2008/C 167/01, cit., § 16).

⁸⁸⁴ Almeno in teoria (cfr. *supra* la nota 866, nel capitolo 3, § 3.1.2.3.), «*a thorough investigation, before the settlement process starts, is therefore essential*», tanto che «*[t]he Commission investigates all cartel cases (including cases which later on follow the settlement route) with the usual investigative measures such as leniency applications, inspections, and information requests*» (cfr. F. LAINA, E. LAURINEN, *The EU Cartel Settlement Procedure*, cit., 303).

⁸⁸⁵ Infatti, premesso che «*settling defendants will have limited access to the file*», si osserva che «*they will only see those documents that the Commission deems relevant in proving their participation in the cartels*», tanto che «*[t]he Commission will thus be able to withhold documents if it does not consider them to be of use to the undertaking, or if granting access to the documents might jeopardize the time savings sought by means of settlements*» (cfr. M. SIRAGUSA, E. GUERRI, *Antitrust Settlements under EC Competition Law*, cit., 196). Pertanto, si precisa che «*a company would not settle, if the company considers that it will be key for its defence to see the full Commission file in order to check for exculpatory documents, or other documents which might lead to a material reduction in its fine and that this may not be achieved adequately through the [...] cartel settlement procedure*» (cfr. J. RATLIFF, *Negotiated Settlements in EC Competition Law: The Perspective of the Legal Profession*, in C.D. EHLERMANN, M. MARQUIS (eds.), *Antitrust settlements under EC Competition Law*, cit., 305, spec. 307).

⁸⁸⁶ Infatti, «*[s]u richiesta di una parte, i servizi della Commissione possono inoltre concederle l'accesso alle versioni non riservate di qualsiasi documento accessibile figurante in quel momento nel fascicolo del caso di specie, qualora l'accesso sia giustificato per permetterle di precisare la sua posizione riguardo a un periodo di tempo o a qualsiasi altro aspetto del cartello*» (cfr. com. n. 2008/C 167/01, cit., § 16). La Comunicazione non specifica quali siano le condizioni che giustificano l'accesso. Si osserva allora che ciò potrebbe accadere «*[w]here a company genuinely lacks information about its own past behaviour or the circumstances surrounding a certain period or aspect of the cartels*», ad esempio perché «*it no longer has access to any of the employees or the members of the board who resented them in the cartel at the time in a given product or area*» (cfr. K. METHA, M.L. TIerno CENTELLA, *EU Settlement Procedure*, cit., 409).

⁸⁸⁷ In sintesi, dunque, «*[t]he settlement process allows cartelists to see the evidence against them and to be informed*

Ferma la (formale) non negoziabilità circa l'esistenza dell'infrazione e l'entità della sanzione⁸⁸⁸, la seconda fase è finalizzata al raggiungimento dell'intesa fra Commissione e imprese circa l'ambito dei potenziali addebiti⁸⁸⁹. Uno degli elementi principali su cui vi deve essere il consenso delle parti è quello delle vendite interessate dalla pratica illecita. È infatti sulla base di tale parametro che viene in seguito calcolata la sanzione⁸⁹⁰.

Nella terza fase (e mai prima⁸⁹¹), la Commissione comunica la stima della forcilla delle ammende e fissa un termine non inferiore a quindici giorni per l'accettazione da parte delle imprese⁸⁹². L'accettazione avviene mediante la presentazione di una proposta definitiva di transazione. Questo è l'ultimo momento in cui le imprese possono decidere di rinunciare alla transazione⁸⁹³. Se l'accettazione non avviene, o se la Commissione ritiene poco probabile l'intesa con le parti

of the range of potential fines» (v. immediatamente *infra* nel testo), così da poter decidere «*to forego defending an enforcement action and instead acknowledge liability»* (cfr. M. KELLEY, *Settling for Settlement: The European Commission's New Cartel Settlement Procedure*, in *Washington University Global Studies Law Review*, 2010, 699, spec. 707).

⁸⁸⁸ Cfr. com. n. 2008/C 167/01, cit., § 1. Nella forma, «*the settlement discussions do not give companies the ability to negotiate with the Commission with regard to the existence of the infringement or the appropriate sanction; the Commission does not bargain on evidence or the objections»* (cfr. F. LAINA, E. LAURINEN, *The EU Cartel Settlement Procedure*, cit., 304). Tuttavia, come già accennato (cfr. *supra* la nota 686, nel capitolo 3, § 1.4.) e come si vedrà meglio in seguito (cfr. *infra* il capitolo 3, § 3.2.3), «*the settlement procedure allows the parties to engage in constructive discussions with the case team on the determination of the scope of the infringement which will have a significant impact on how the fine will be computed»* (cfr. J.F. BELLIS, *General Overview of the EU Cartel Settlement Procedure*, cit., 2).

⁸⁸⁹ Si osserva infatti che «*[r]ound two entails the Commission offering feedback on cartelists' arguments and observations in the aftermath of round one, and a series of discussions aimed at achieving a "common understanding"*» (cfr. A.L. HINDS, *All settled? Some six years of cartel settlement*, cit., 293).

⁸⁹⁰ Premesso che «*[t]he main objective of the second round of formal settlement meetings is to verify whether there is a common understanding between the Commission and each of the parties regarding the scope of the potential objections in the case»*, si afferma infatti che «*a common understanding should also be reached on the value of affected sales that will be taken into consideration for the calculation of fines»* (cfr. F. LAINA, E. LAURINEN, *The EU Cartel Settlement Procedure*, cit., 305).

⁸⁹¹ Infatti, «*[i]n order to maintain the appropriate momentum, no discussion on fines will take place before a common understanding has been reached on the scope of the infringements»* (cfr. F. LAINA, E. LAURINEN, *The EU Cartel Settlement Procedure*, cit., 305). Più in generale, si osserva che la fase degli incontri bilaterali «*consists of a series of steps in which the Commission little by little exposes the strength of its case and the nature and gravity of the possible penalties that it might seek»* (cfr. M.P. SCHINKEL, *Bargaining in the shadow of the European settlement procedure*, cit., 471).

⁸⁹² In altri termini, «*[a]t round three, the Commission discloses the range of likely fines (without disclosing their calculation), and a time limit is set for the cartelists' formal written submissions»* (cfr. A.L. HINDS, *All settled? Some six years of cartel settlement*, cit., 293).

⁸⁹³ Premesso che «*[s]ettlement decisions cannot be unilaterally revoked»*, ne deriva infatti che «*[t]he last moment when a company can decide to opt out from the settlement is before submitting the settlement submission»* (cfr. F. LAINA, E. LAURINEN, *The EU Cartel Settlement Procedure*, cit., 305). La ragione principale è che «*[t]he settlement submissions constitute the parties' expression of their commitment to cooperate»*, e quindi «*as a result, they may not unilaterally revoke their settlement submission unless the Commission fails to reflect the parties' settlement submissions first, in the Statement of Objections, and ultimately, in the final decision»* (cfr. J.F. BELLIS, *General Overview of the EU Cartel Settlement Procedure*, cit., 3).

coinvolte⁸⁹⁴, la transazione fallisce e la procedura può proseguire nelle forme ordinarie⁸⁹⁵. Ciò è del resto confermato dalla prassi⁸⁹⁶.

Il contenuto della proposta è in buona parte vincolato dalla normativa di riferimento⁸⁹⁷. La bozza di accordo transattivo deve infatti contenere (i) il riconoscimento della responsabilità dell'illecito da parte dell'impresa, (ii) l'importo massimo della sanzione ritenuto accettabile, (iii) la conferma che la Commissione ha comunicato in modo adeguato gli addebiti garantendo in modo sufficiente il contraddittorio, nonché infine (iv) la rinuncia dell'impresa ad accedere al fascicolo e all'audizione orale⁸⁹⁸. Vi è dunque una compressione delle garanzie procedurali e dei diritti di difesa delle imprese⁸⁹⁹.

3.1.2.4 La fase decisoria: la comunicazione degli addebiti e la decisione finale in forma semplificata.

Se le proposte transattive rispecchiano i risultati delle discussioni (e quindi delle trattative) intercorse fra le parti, la Commissione può⁹⁰⁰ inviare alle imprese la comunicazione degli addebiti⁹⁰¹. Tale documento viene elaborato in forma semplificata rispetto a quanto avviene nella procedura "ordinaria". Si è detto infatti che questo passaggio è particolarmente oneroso in termini di tempo e risorse. La redazione della comunicazione degli addebiti in forma semplificata è quindi uno dei benefici procedurali di cui gode la Commissione nel contesto della procedura in

⁸⁹⁴ Infatti, «*the parties' willingness to settle, while necessary, is not sufficient given that the Commission retains a wide margin of discretion to enter into or discontinue settlement discussions if it considers that procedural efficiencies are not likely to be achieved*» (cfr. J.F. BELLIS, *General Overview of the EU Cartel Settlement Procedure*, cit., 2-3).

⁸⁹⁵ Infatti, «*[t]erminate le discussioni, la Commissione, se ritiene impossibile raggiungere l'accordo, alla luce delle argomentazioni e delle posizioni manifestate dalle imprese durante gli incontri, dichiara fallito il tentativo di transazione e procede alla notifica della comunicazione degli addebiti ai sensi della procedura ordinaria*» (cfr. C. PESCE, *I nuovi strumenti di public enforcement*, cit., 187).

⁸⁹⁶ Cfr. ad esempio la procedura relativa a Commissione 3 settembre 2014, AT.39574 – *Smart Card Chips*, non ancora disponibile nella versione pubblica. Nel Comunicato stampa della Commissione del 3 settembre 2014, *Smart Card Chips*, IP/14/960, si legge infatti che «*[t]he Commission had initially explored the possibility of settling this case with some of the companies involved under the Commission's 2008 Settlement Notice. However, in 2012 the Commission decided to discontinue the settlement discussions and to revert to the normal procedure because of the clear lack of progress of these discussions*».

⁸⁹⁷ E, si osserva, «*must amount to a form of unconditional surrender*» (cfr. J.D. COOKE, *Negotiated Settlements under EC Competition Law*, cit., 271).

⁸⁹⁸ Cfr. com. n. 2008/C 167/01, cit., § 20.

⁸⁹⁹ Anche il Tribunale conferma che «*[i]n essence, the settlement procedure provides that undertakings which are the subject of investigations, which face incriminating evidence, and which have decided to enter into settlement discussions, are to admit their involvement in the infringement, to waive, under certain conditions, their right to have access to the administrative file and their right to be heard, and to agree to receive the statement of objections and the final decision in an agreed official language of the European Union*» (cfr. causa T-456/10, *Timab Industries*, cit., § 61). Si osserva tuttavia che tale aspetto negativo «*is not significant as the settlement procedure is generally used in cases where the infringement is not contested, such as those involving mostly leniency applicants*» (cfr. J.F. BELLIS, *General Overview of the EU Cartel Settlement Procedure*, cit., 2). Per l'esame della prassi circa il rapporto fra programmi di clemenza e accordi transattivi v. *infra* il capitolo 3, § 3.3.3.2.

⁹⁰⁰ La scelta è ancora una volta discrezionale. Infatti, anche nel caso in cui sembri possibile raggiungere un accordo con le imprese, «*la Commissione valuta la maggiore efficacia della procedura tenuto conto dei progressi globali compiuti*» (cfr. C. PESCE, *I nuovi strumenti di public enforcement*, cit., 187).

⁹⁰¹ E ciò perché «*the notification, in writing, of a statement of objections is a mandatory step before the adoption of a final decision*» (cfr. causa T-456/10, *Timab Industries*, cit., § 103).

discussione. Del resto, anche prima dell'entrata in vigore del reg. (CE) n. 622/2008, la Commissione preferisce arrivare alla chiusura informale dei procedimenti prima della comunicazione degli addebiti⁹⁰². Anche se redatta in forma semplificata, la comunicazione degli addebiti contiene in realtà un elemento in più rispetto alla versione ordinaria di tale documento e tipico della procedura transattiva, e cioè l'indicazione della forcella delle possibili sanzioni⁹⁰³. Le parti verificano che la comunicazione degli addebiti corrisponda al contenuto della proposta transattiva e confermano la volontà di transigere⁹⁰⁴. La Commissione può (ancora una volta a sua discrezione⁹⁰⁵) adottare la decisione finale, anch'essa in forma semplificata⁹⁰⁶.

Se la procedura non si conclude in modo positivo, la Commissione prende atto dell'indisponibilità delle parti a dare seguito alla transazione, e può decidere di tornare alla procedura ordinaria⁹⁰⁷. Tale possibilità può sollevare qualche perplessità circa il rispetto dei diritti di difesa delle parti. Una delle questioni più sensibili riguarda le dichiarazioni e le ammissioni che le imprese effettuano prima del fallimento della procedura transattiva. La *Comunicazione* chiarisce che il contenuto delle proposte

⁹⁰² In tal senso, si osserva infatti che «it is normally easier to reach a settlement prior to the formal opening of a proceeding and the issuance of a Statement of Objections than after such formal opening and issuance of charges have taken place. This is readily understandable in that the preparation of a Statement of Objections is a time-consuming exercise. It represents the Commission's preliminary views on the facts it has investigated. Once this document has been released, the incentive for the Commission to settle the case is somewhat reduced because most of the work on the case has been accomplished» (cfr. I. VAN BAELE, *The Antitrust Settlement Practice*, cit., 69).

⁹⁰³ Anche il Tribunale conferma tale peculiarità della procedura transattiva, chiarendo che «a range of fines is an instrument solely and specifically related to the settlement procedure [that] must be brought to the attention of the undertaking in question so that it can usefully comment on the evidence accepted by the Commission and thereby decide, in full knowledge of the facts, whether to settle or not» (cfr. causa T-456/10, *Timab Industries*, cit., §§ 101-102).

⁹⁰⁴ Cfr. com. n. 2008/C 167/01, cit., § 26. In altri termini, «if the statement of objections reflects their proposal for a settlement, the undertakings are required to respond to it within the period allowed, confirming that that statement corresponds to the contents of their submissions and that they therefore remain committed to following the settlement procedure» (cfr. causa T-456/10, *Timab Industries*, cit., § 61).

⁹⁰⁵ Infatti, «[a]t all times prior to adoption of its decision under Article 7, the Commission would retain the discretionary option not to accept the parties' settlement submission» (cfr. M. SIRAGUSA, E. GUERRI, *Antitrust Settlements under EC Competition Law*, cit., 194). In questo caso, «[l]e ammissioni formulate dalle parti nella proposta di transazione si intendono ritirate e non possono essere utilizzate come prove contro nessuna parte del procedimento» (cfr. com. n. 2008/C 167/01, cit., § 27).

⁹⁰⁶ Infatti, la decisione «is based in essence on the fact that the parties have unequivocally acknowledged their liability, have not disputed the statement of objections, and have kept to their commitment to achieve a settlement» (cfr. causa T-456/10, *Timab Industries*, cit., § 69). È sufficiente osservare che le quindici decisioni basate su un accordo transattivo pubblicate hanno una lunghezza media pari a circa trenta pagine.

⁹⁰⁷ Vi sono diverse opinioni in merito al fatto che la Commissione possa decidere di abbandonare la procedura transattiva e proseguire il procedimento sui binari ordinari. Da un lato, vi è chi sottolinea che «[t]his begs the question as to legal certainty, and in order to preserve the integrity and benefits of cartel settlement, the Commission should deviate from its streamlined statement of objections or withdraw from settlement only exceptionally» (cfr. A.L. HINDS, *All settled? Some six years of cartel settlement*, cit., 294). Dall'altro lato, vi è invece chi «submit[s] that in certain cases reverting to the normal procedure with all the parties would strengthen the settlement instrument» (cfr. F. LAINA, A. BOGDANOV, *The EU Cartel Settlement Procedure*, cit., 722).

transattive si intende ritirato e non può essere utilizzato come prova⁹⁰⁸. È tuttavia controverso se tale forma di tutela sia davvero sufficiente⁹⁰⁹.

3.1.2.5 I rapporti fra transazioni e programmi di clemenza, le c.d. procedure ibride e l'impugnazione delle decisioni che recepiscono un accordo transattivo (breve cenni, anche alla luce dei casi *Timab* e *Société Générale*).

Si è anticipato quale sia la *ratio* dell'istituto in discussione⁹¹⁰. Come nel caso degli impegni⁹¹¹, anche la procedura di transazione è volta a migliorare l'utilizzo delle risorse della Commissione, e quindi a rendere la lotta alle intese orizzontali segrete più efficace⁹¹². E' del resto in tale prospettiva che anche la transazione dei cartelli costituisce una tecnica alternativa di applicazione delle regole di concorrenza volta a migliorare l'efficienza del *public enforcement*⁹¹³.

⁹⁰⁸ Cfr. com. n. 2008/C 167/01, cit., § 29. Del resto, la confidenzialità delle informazioni vincola anche le imprese atteso che «[l]e parti del procedimento non possono rivelare a terzi in qualsiasi giurisdizione il contenuto delle discussioni o dei documenti cui abbiano avuto accesso ai fini della transazione, senza previa autorizzazione espressa della Commissione» (cfr. com. n. 2008/C 167/01, cit., § 7). In sintesi, «[t]he content of the discussions between the Commission and the parties are to be treated confidentially» sia da parte della prima che da parte delle seconde. Da un lato, infatti, per la Commissione «such confidentiality obligation entails that the information submitted during these discussions by one party may not be used as evidence against other parties». Dall'altro lato, invece, le imprese «may not disclose to any third party in any jurisdiction the content of the discussions or of the documents which they have had access to in view of settlement unless given explicit approval by the Commission», anche perché «[a]ny breach in this regard may lead the Commission to terminate the settlement proceedings» (cfr. J.F. BELLIS, *General Overview of the EU Cartel Settlement Procedure*, cit., 3).

⁹⁰⁹ In effetti, ci si domanda se «[i]s there not a risk that either directly or indirectly, a resulting infringement decision may, even inadvertently, rely or draw upon assessment of the anticompetitive activities or the attitudes of the undertakings derived from what was disclosed in the settlement discussions?» (cfr. J.D. COOKE, *Negotiated Settlements under EC Competition Law*, cit., 273). E ciò, si osserva, «[i]n speciale modo, quando i funzionari che hanno seguito la procedura transattiva, restano, altresì, responsabili della procedura», atteso che in tale ipotesi appare quantomeno «improbabile, che questi ultimi "dimentichino" le ammissioni fatte nel corso delle discussioni transattive» (cfr. C. PESCE, I nuovi strumenti di public enforcement, Commissione europea e "Antitrust" nazionale a confronto, Napoli, 2012, 189). In effetti, «the "settlement team" in the Commission should be different from the ordinary investigatory team because things said "without prejudice" in settlement discussions can hardly just be forgotten by those hearing if the settlement fails, despite what the Commission says about not using such information» (cfr. J. RATLIFF, *Negotiated Settlements in EC Competition Law*, cit., 313). La questione è stata affrontata dalla Commissione, e in effetti una specifica unità della sezione relativa ai cartelli nell'ambito del DG concorrenza si occupa esclusivamente delle procedure transattive.

⁹¹⁰ Si veda, in particolare, il già citato considerando n. 4 del reg. (CE) n. 622/2008, cit.

⁹¹¹ Si osserva che «[f]rom the point of view of the Commission, the incentives to settle according to the settlement procedure or by a commitment decision are similar»: in entrambi i casi, l'obiettivo è infatti rappresentato «by the same wish to improve the effectiveness and timeliness of [the Commission] intervention in appropriate cases» (cfr. M.T. RICHTER, *The settlement procedure*, cit., 540).

⁹¹² Infatti, «[t]he settlement procedure was established in order to optimise the enforcement of anti-cartel rules by making the handling of specific types of cartel faster and more efficient» (cfr. F. LAINA, E. LAURINEN, *The EU Settlement Procedure*, cit., 302). In argomento, v. anche l'intervento tenuto a Fiesole il 18 settembre 2008 da N. KROES, allora Commissario europeo per la concorrenza, in occasione della dodicesima Annual Competition Conference ed intitolato *Settlements in cartel cases*, SPEECH/08/445.

⁹¹³ Anche il Tribunale riconosce espressamente che «the settlement procedure is an alternative to the — adversarial — standard administrative procedure, distinct from it, and presenting certain special features, such as an advance statement of objections and the notification of a likely range of fines» (cfr. causa T-456/10, *Timab Industries*, cit., § 73). Nella letteratura istituzionale, in senso analogo, v. ad esempio R. ADAM, A. TIZZANO, *Manuale di diritto dell'Unione europea*, Torino, 2014, spec. 629, dove si osserva che la procedura di transazione dei cartelli «costituisce ugualmente un'alternativa alla procedura ordinaria».

Grazie al successo dei programmi di clemenza, la Commissione si trova ad affrontare un numero di casi relativi a ipotesi di cartello superiore a quello che è in grado di gestire⁹¹⁴. Anche se buona parte delle risorse di cui dispone vengono utilizzate per perseguire tali forme di illecito antitrust⁹¹⁵, la Commissione mostra qualche difficoltà nello svolgimento del proprio compito istituzionale⁹¹⁶. Con ovvie conseguenze in termini di deterrenza ed efficacia dell'azione pubblica. Le procedure transattive sono quindi legate ai programmi di clemenza da una sorta di nesso di causalità⁹¹⁷: il successo dei secondi porta all'introduzione delle prime⁹¹⁸.

Tale osservazione permette una breve precisazione in merito alla relazione che intercorre, appunto, fra procedure di transazione e programmi di clemenza⁹¹⁹. Da un lato, le prime non sostituiscono né si sovrappongono ai secondi⁹²⁰. Le transazioni non costituiscono infatti uno strumento investigativo e trovano applicazione solo quando la fase delle indagini preliminari è terminata⁹²¹. Per la medesima ragione le

⁹¹⁴ In altri termini, «[t]he successful leniency program has been both a blessing and a curse for the DG Comp. On one hand [...], leniency has promoted deterrence by incentivizing individual cartel members to be disloyal and inform on fellow members. On the other hand, the attractiveness of the leniency program has caused a flood of leniency applications», tanto che «these applications are overwhelming the DG Comp workforce, which already had its hand full» (anche per ulteriori riferimenti, cfr. M. KELLEY, *Settling for Settlement*, cit., 707). In senso contrario, v. K. METHA, M.L. TIerno CENTELLA, *EU Settlement Procedure*, cit., 394 dove si afferma che «[s]ome commentators have argued that the Commission is contemplating settlements because it is the victim of the success of the leniency program, which is supposed to have created a considerable backlog. However there is no such problem».

⁹¹⁵ Cfr., anche per ulteriori riferimenti, A. ORTEGA GONZALEZ, *The cartel settlement procedure in practice*, in *European Competition Law Review*, 2011, 170, ivi

⁹¹⁶ La situazione è stata definita come una vera e propria «congestion of the administrative system» (cfr. S. MACCHI DI CELLERE, G. MEZZAPESA, *The Commission's settlement package: EU-US comparison*, in *European Competition Law Review*, 2009, 604, ivi).

⁹¹⁷ In tal senso v. M.T. RICHTER, *The settlement procedure*, cit., 538 («[s]ettlements and leniency are closely related because of a causal link»).

⁹¹⁸ In effetti, si osserva che «[t]he high number of cartels revealed under the very successful leniency policy, the number of appeals against Commission infringement decisions deploying valuable resources in litigation, and the unavailability of commitment decisions in cartel cases because of the inevitability of fines in such cases all motivated the introduction of cartel settlements» (cfr. A.L. HINDS, *All settled? Some six years of cartel settlement*, cit., 292).

⁹¹⁹ Anche il Tribunale affronta la questione, chiarendo che «[w]hile the purpose of the leniency policy is to reveal the existence of cartels and to facilitate the Commission's work in that regard, the purpose of the settlement policy is to serve the effectiveness of the procedure in dealing with cartels. Thus, the settlement procedure may allow the Commission to deal with cartel cases more quickly and efficiently by following a simplified procedure» (cfr. causa T-456/10, *Timab Industries*, cit., § 65). In argomento, da ultimo, v. L. GUTTUSO, *From "mono" to "stereo": fine-tuning leniency and settlement policies*, in *World competition*, 2015, 395.

⁹²⁰ Si osserva infatti che «[u]nder its Leniency Notice, the European Commission grants immunity from fines as well as reduction of fines in recognition of the voluntary provision of intelligence and evidence that enables the Commission to detect and punish the cartel, whereas under the settlement procedure a (further) reduction of the fine is granted in recognition of the acceptance of the finding of the infringement and of the fine, and waivers of some procedural rights» (cfr. W.P.J. WILS, *The Use of Settlements in Public Antitrust Enforcement*, cit., 341).

⁹²¹ Pertanto, «there is a clear separation between leniency and settlement, as the settlement procedure is only started after the Commission has collected the intelligence and evidence of the cartel infringements» (cfr. W.P.J. WILS, *The Use of Settlements in Public Antitrust Enforcement*, cit., 341; sul punto v. anche E. GAMBARO, F. MAZZOCCHI, *La nuova procedura transattiva nei procedimenti di cartello*, cit., 11. Invero, si osserva però che sebbene «lo scopo dichiarato di tale fase procedurale non [sia] quello di reperire nuove prove, bensì di discutere gli elementi già raccolti [...] può accadere che il quadro probatorio della Commissione sia composto da meri indizi e/o dichiarazioni frammentarie», circostanza che può condurre tale Istituzione a rivolgere «alle parti l'invito a partecipare a discussioni transattive anche per superare le carenze probatorie» (cfr. C. PESCE, *I nuovi strumenti di public enforcement*, cit., 187).

transazioni si differenziano anche dai c.d. *plea bargaining* nordamericani⁹²². Dall'altro lato, i benefici previsti dai due istituti sono fra loro cumulabili: la riduzione pari al 10% derivante dalla transazione si somma infatti a quella concessa all'impresa che veda accettata la propria domanda di clemenza. La complementarità fra i due strumenti aumenta la diffusione delle transazioni (e viceversa⁹²³), oltre ad apparire condivisibile: entrambi gli istituti mirano infatti a premiare le imprese per la loro collaborazione⁹²⁴, e in particolare per l'ammissione di aver preso parte a un cartello⁹²⁵.

Chiusa questa breve parentesi⁹²⁶, e premesso che dei principali benefici che derivano dalla procedura sia per l'autorità pubblica che per le imprese si tratterà in seguito⁹²⁷, si può anticipare che gli elementi che permettono di rendere più efficace l'attività di *enforcement* della Commissione sono (essenzialmente) due⁹²⁸: una procedura più semplice e veloce⁹²⁹, e la riduzione del contenzioso⁹³⁰. L'esame della prassi dimostra tuttavia che tali benefici non sempre si verificano.

⁹²² Si osserva infatti che «[u]se of the term *plea bargaining* for the procedure would be wholly inappropriate» (cfr. M.P. SCHINKEL, *Bargaining in the shadow of the European settlement procedure*, cit., 462). E ciò perché «[p]lea bargaining in the United States is [...] simultaneously an investigatory tool and a way to dispose of cases. Plea bargaining in the United States therefore corresponds to the combination of (the reduction-of-fines part of) leniency and settlements in the European Commission's cartel enforcements» (cfr. W.P.J. WILS, *The Use of Settlements in Public Antitrust Enforcement*, cit., 341). Su tale strumento v., fra i molti, W. KOVACIC, *Plea Bargaining and the Enforcement of Competition Law Against Cartels in the United States*, in C.D. EHLERMANN, M. MARQUIS (eds.), *Antitrust settlements under EC Competition Law*, cit., 349).

⁹²³ Infatti, «[f]rom the point of view of undertakings, it is in their interest to "put the past behind them and move on". As a consequence, in the absence of a fast track procedure like settlements, it might not seem attractive to an undertaking to self-report and wait for a few years for the proceedings to come to an end». Ne deriva che «[t]he prospect of the application of the settlement procedure that brings the case to a faster end could therefore increase the recourse to the leniency programmes» (cfr. M.T. RICHTER, *The settlement procedure*, 538).

⁹²⁴ Si osserva infatti che «[l]ike the leniency program, direct settlement seeks to reward cartelists that cooperate with regulators» (cfr. M. KELLEY, *Settling for Settlement*, cit., 709). In altri termini, «immunity and leniency/settlement programmes are on the same enforcement arc, often being motivated by the same goals and offering similar benefits to both regulators and cartel operators» (cfr. R. GAMBLE, *Speaking (formally) with the enemy: cartel settlements evolve*, in *European Competition Law Review*, 2011, 449, spec. 450).

⁹²⁵ In realtà, come si è appena detto (cfr. immediatamente *supra* la nota 919), il presupposto applicativo non è identico: mentre i programmi di clemenza si basano sulla confessione da parte delle imprese, la procedura transattiva si fonda sull'ammissione della colpevolezza. Tuttavia, si osserva che «[t]he essential difference is about timing: a leniency applicant voluntarily cooperates in the revelation and presentation of evidence for the infringement and thereby helps the Commission to establish an infringement; a settling undertaking admits liability for an infringement which has already been established» (cfr. M.T. RICHTER, *The settlement procedure*, cit., 538; sul punto v. anche A. VALLERY, *Les procédures de règlement négocié de la Commission européenne en matière de concurrence: entre flexibilité et sécurité juridique*, in A. DE WALSCHE, L. LEVI (eds.), *Mélanges en hommage à Georges Vandensanden — Promenades au sein du droit européen*, Bruxelles, 2008, 735, spec. 766).

⁹²⁶ Sul rapporto fra transazioni e programmi di clemenza si tornerà in seguito nella parte dedicata all'esame della prassi. V. *infra* il capitolo 3, § 3.3.3.2.

⁹²⁷ Cfr. *infra* il capitolo 3, § 3.2.

⁹²⁸ In sintesi, «[t]he main efficiency gains lie in bilateral settlement discussions instead of an oral hearing and restricted access to the file as well as the reduction of translations and subsequent appeals before the European Court of Justice» (cfr. M.T. RICHTER, *The settlement procedure*, cit., 537; sul punto v. anche causa T-456/10, *Timab Industries*, cit., § 60).

⁹²⁹ Cfr. G. OLSEN, M. JEPHCOTT, *The European Commission's Settlement Procedure. Sharing the benefits of procedural economy*, in *Antitrust*, 2010, 76, *ivi*.

⁹³⁰ Premesso che negli accordi transattivi «there is a de facto waiver of the right to appeal the infringement decisions» (cfr. A.L. HINDS, *All settled? Some six years of cartel settlement*, cit., 296), si osserva infatti che «[t]he absence or very small likelihood of subsequent litigation in the European Courts has also been recognized as an important benefit both for the Commission as well as for the companies» (cfr. F. LAINA, E. LAURINEN, *The EU Cartel Settlement Procedure*, cit., 308). Sul punto v. comunque meglio *infra* il capitolo 4, §§ 2.1.2.4.-2.1.2.6.

In primo luogo, può accadere che la Commissione non riesca a convincere tutte le imprese coinvolte nell'illecito e che quindi (almeno) una di queste non partecipi alla procedura transattiva. Si possono verificare tre scenari. Ciascuno di essi ha effetti negativi (più o meno marcati) sull'efficienza dell'azione pubblica⁹³¹.

Da un lato, la Commissione può decidere di archiviare il procedimento nei confronti dell'impresa che non accetti di partecipare alla transazione e proseguire i negoziati con gli altri soggetti coinvolti nel cartello. Ciò accade se nella fase dei contatti finalizzata alla transazione l'impresa riesce a dimostrare la propria estraneità all'illecito. L'ipotesi è di scuola, atteso che la fase esplorativa inizia al termine della fase istruttoria; quando, cioè, il quadro probatorio è già completo, almeno a parere della Commissione. Gli effetti negativi sull'efficienza dell'azione pubblica sono minimi: si tratta in sostanza di un c.d. falso positivo che viene evitato. Le perdite si limitano pertanto alle risorse utilizzate per istruire il caso e gestire la prima fase di contatti con l'impresa "innocente".

Dall'altro lato, la Commissione può invece decidere di porre fine alla procedura negoziata e di proseguire secondo le regole ordinarie nei confronti di tutte le imprese parti del cartello. Come già rilevato⁹³², in questo caso si perdono certamente i benefici procedurali che sarebbero derivati dalla transazione. Ma non solo: l'esito è infatti peggiore anche rispetto all'ipotesi in cui il caso avesse seguito fin da subito la procedura ordinaria. Alle risorse utilizzate per la soluzione negoziale poi fallita (ad esempio, l'organizzazione e lo svolgimento degli incontri bilaterali) si sommano infatti quelle destinate alla procedura ordinaria. Il pregiudizio riguarda sia la Commissione che le imprese⁹³³. L'entità delle esternalità negative dipende dal momento in cui avviene la decisione di riportare il procedimento sui "binari ordinari". Più si è vicini all'inizio della fase esplorativa, più il danno è ridotto. E viceversa.

Dall'altro lato ancora, la Commissione può infine decidere di "sdoppiare" il procedimento e proseguire nella forma semplificata, con le imprese disponibili, e nella forma ordinaria, nei confronti delle altre. Si tratta delle c.d. procedure ibride, in cui gli effetti negativi possono essere piuttosto significativi sia per la Commissione che per le imprese coinvolte. La Commissione vede innanzitutto ridotti in modo drastico i

⁹³¹ Infatti, «*enforcement costs aris[e] if cases do not fall to be handled either as settlement cases or under ordinary procedure but where the Commission finds itself faced with having to apply in the same case both procedures either simultaneously (a hybrid case) or sequentially because settlement fail to take place and there is a reversion to the ordinary procedure*» (cfr. K. METHA, M.L. TIerno CENTELLA, *EU Settlement Procedure*, cit., 421).

⁹³² Cfr. *supra* la nota 869, nel capitolo 3, § 3.1.2.2.

⁹³³ Si osserva anzi che la posizione delle imprese è peggiore rispetto a quella della Commissione, a causa dell'ampia discrezionalità di cui gode tale Istituzione nella gestione e nell'eventuale abbandono della procedura negoziata. Infatti, «*[a]n undertaking would not know that its settlement package had been accepted until it received the Commission's final decision, endorsing its settlement submission. Up until this point, the Commission could abandon the process by issuing a fresh set of charges in a new [Statement of Objections], requiring the undertaking to defend the case. This wide discretion of the Commission to abandon the settlement process, even after all discussion have been completed and the case appears to have been settled, means that in some cases undertaking would have to bear not only the costs of a full cartel proceeding but also the extra costs of the unsuccessful attempt to settle the case*» (cfr. M. SIRAGUSA, E. GUERRI, *Antitrust Settlements under EC Competition Law*, cit., 199).

benefici procedurali della transazione⁹³⁴. I diritti difensivi delle imprese che decidono di non partecipare si riespandono rispetto alle rinunce effettuate nell'ambito della procedura di cui al reg. (CE) n. 622/2008. Il principio del contraddittorio impone fra l'altro che le imprese abbiano accesso al fascicolo istruttorio senza limitazioni e lo svolgimento dell'audizione orale. Inoltre, come già rilevato, le dichiarazioni rese prima della rinuncia alla transazione non sono utilizzabili. La Commissione deve quindi elaborare sia la comunicazione degli addebiti che la decisione finale secondo le regole ordinarie, in modo tale da dimostrare la partecipazione dell'impresa all'illecito⁹³⁵. Venuto meno l'elemento consensuale, è infatti probabile che la decisione venga impugnata dalle imprese rinunciarie e debba dunque superare il vaglio di Tribunale e Corte di giustizia⁹³⁶. A ciò si aggiungono le risorse che devono essere utilizzate per proseguire la procedura transattiva, e quindi ad esempio per dare luogo agli incontri bilaterali con le altre imprese.

Anche le imprese che continuano con la procedura transattiva si trovano in una posizione delicata. Il punto è che molti degli incentivi che invogliano gli operatori economici a seguire la strada degli accordi transattivi vengono meno se la procedura diventa ibrida. Il riferimento non è (ovviamente) alla formale riduzione del 10% rispetto alla sanzione altrimenti imponibile, che rimane ferma. La riduzione della sanzione non è tuttavia l'unica ragione che spinge le imprese a scegliere la procedura transattiva. Le imprese hanno infatti ulteriori benefici, che saranno esaminati in seguito⁹³⁷. È ora sufficiente anticipare che i vantaggi più immediati derivano dalla forma semplificata in cui vengono redatte la comunicazione degli addebiti e la decisione finale. Ciò significa che meno informazioni sull'operato del cartello vengono rese pubbliche rispetto alla procedura ordinaria. Le imprese ne traggono vantaggio sia sul piano della reputazione che su quello della successiva esposizione a eventuali azioni di risarcimento del danno⁹³⁸.

⁹³⁴ Il punto è ben riassunto da J.F. BELLIS, *General Overview of the EU Cartel Settlement Procedure*, cit., 5, dove si osserva che «[i]n hybrid settlements, the Commission fails to achieve the expected procedural efficiencies as it remains necessary to conduct the ordinary infringement procedure against non-settling parties (e.g., oral hearing, full access to the file, full-length decision)».

⁹³⁵ Anche il Tribunale conferma del resto che «when an undertaking withdraws from the settlement procedure, that is to say, if it does not make a settlement submission, the procedure leading to the final decision must follow the general provisions, and, in particular, Article 10(2) (reply to the statement of objections), Article 12(1) (oral hearing), and Article 15(1) (access to the file) of Regulation No 773/2004, instead of those governing the settlement procedures» (cfr. causa T-456/10, *Timab Industries*, cit., §§ 75-76).

⁹³⁶ In effetti, si osserva che «[u]nder the ordinary procedure, from an immunity application or a dawn raid, the process to reach a final, fully reasoned decision by the Commission is often a prolonged one, which in more than ninety percent of cases are extended by an appeal to the Court of Justice of the European Union by the parties» (anche per ulteriori riferimenti, cfr. K. DEKEYSER, A. ROQUES, *The European Commission's settlement procedure*, cit., 821).

⁹³⁷ Cfr. *infra* il capitolo 3, § 3.2.3.

⁹³⁸ Infatti, «all parties subject to the proceedings have an apparent interest in reducing, as far as possible, the amount of information available to third parties in relation to their purported infringement. This may be due in part to PR considerations, but is certainly motivated by an interest to make follow-on actions for damages as difficult as possible, if not to avoid them altogether» (cfr. A. BACH, *Negotiated Antitrust Settlement*, cit., 255). Come si vedrà (cfr. *infra* il capitolo 3, § 3.2.3.), la portata di tale beneficio è peraltro aumentata dalla possibilità (più incisiva rispetto alla procedura ordinaria) che le imprese hanno di influenzare la Commissione, sia nel corso del procedimento che nella stesura della decisione

Tali vantaggi si riducono se la transazione non coinvolge tutte le imprese parti del cartello⁹³⁹. Salva l'ipotesi (di scuola) dell'archiviazione, si è detto infatti che la Commissione deve elaborare anche una decisione “ordinaria” nei confronti delle parti che rinunciano alla procedura negoziata. È probabile che in questa sede vengano fornite ulteriori informazioni anche sulle attività delle imprese che prendono parte alla transazione, quantomeno a causa di una descrizione più approfondita dell'illecito o del mercato rilevante. La Commissione cerca invero di limitare tale possibilità⁹⁴⁰, tanto che le decisioni relative alle parti che abbandonano la transazione vengono descritte come una sorta di *tertium genus* a metà fra decisioni “ordinarie” e transattive⁹⁴¹. Tuttavia, la decisione “ordinaria” non può essere redatta in forme troppo vaghe o semplificate: altrimenti, chi rinuncia alla transazione ottiene comunque un vantaggio, con l'effetto di invogliare, appunto, l'iniziale partecipazione per fini strategici alle procedure transattive, e poi il loro abbandono⁹⁴².

Alla luce di ciò, le procedure ibride rappresentano almeno in parte un insuccesso⁹⁴³. La possibilità del loro verificarsi era inoltre uno dei motivi di maggiore scetticismo nei confronti della nuova procedura, al momento dell'entrata in vigore del reg. (CE) n. 622/2008. L'obiettivo della Commissione è dunque quello di arrivare a una transazione con tutte le imprese parti del cartello. Per tale ragione, è difficile che si possano verificare casi di c.d. *early hybrids*⁹⁴⁴. Infatti, se appare chiaro fin dalla fase

finale.

⁹³⁹ In effetti, si afferma che «*the non-monetary advantages for the settling undertaking do not materialise to the same extent if one of the undertakings of the cartel [...] opts out of the settlement discussions*», giacché in questi casi «*an ordinary decision will have to be rendered for the undertaking opting out of the settlement procedure*», e ciò «*increases the risks of detailed information being published and therefore reducing the attractiveness of a settlement*» (cfr. M.T. RICHTER, *The settlement procedure*, cit., 539).

⁹⁴⁰ Si riconosce infatti che «*in hybrid cases, the parties which have settled should not be put in a worse position compared with the other non-settling parties*», tanto che «*in the normal part of the hybrid procedure, which will lead to a longer, more detailed decision, the parties who have previously settled should be protected*» (cfr. F. LAINA, A. BOGDANOV, *The EU Cartel Settlement Procedure*, cit., 722-723).

⁹⁴¹ Premesso che «*the decision addressed to companies that choose not to settle may contain a longer factual description*», si osserva infatti che la prassi sembra suggerire che la Commissione «*[is] attentive to the risk of the “non-settlement decision” revealing additional information that could potentially be used in damages actions against those companies that did in fact agree to a settlement*», come confermato «*by a comparison of the two decisions [del caso fosfati per mangimi] – the 55-page “settled” decision in English addressed to the settling parties versus the 108-page “separate” decision in French addressed to the one party which discontinued the settlement in the Animal Feed Phosphate case*», atteso che «*[t]he separate decision contains more detail in the description of the facts but their scope remains generally the same*» (cfr. l'opinione espressa da M. Hansen in D. VASCOTT, *EU Cartel settlements: are they working?*, in *Global Competition Review*, 8 aprile 2013, 1, spec.13).

⁹⁴² Riconosciuto che, «*in a hybrid settlement, the remaining settling cartel members may not be able to benefit from reputation damage control to the extent that they had initially bargained for*», e premesso che «*the settling cartel members will want the full formal decisions on those companies that aborted the settlement procedure to be less revealing, at least about their role, than a standard decision for all would otherwise have been*», si osserva infatti che ciò «*[may] be difficult, or even impossible to do, so there will be externalities that the Commission may be pressured to compensate for in the form of a lower ultimate fine*». Ma soprattutto, si chiarisce che «*[i]f the Commission is expected to phrase full formal decisions more carefully for nonsettlers in order to keep the settling cartel members on board, another problem may arise*», e cioè che «*[i]f it is possible to enter into settlement discussions, break them off prematurely, and still receive a mild decision, entering into a settlement procedure is less engaging*» (cfr. M.P. SCHINKEL, *Bargaining in the shadow of the European settlement procedure for cartels*, cit., 472).

⁹⁴³ In effetti, «*[s]ettlement loses its raison d'être if it cannot bring procedural efficiencies*» (cfr. F. LAINA, E. LAURINEN, *The EU Cartel Settlement Procedure*, cit., 309).

⁹⁴⁴ E cioè quei casi «*where it is reasonable to assume from the outset that they will become hybrids*» (cfr. F. LAINA,

esplorativa che (almeno) una delle imprese coinvolte nel cartello non ha intenzione di prendere parte agli eventuali negoziati, è probabile che la Commissione decida di rinunciare alla transazione e di proseguire la procedura nelle forme ordinarie nei confronti di tutte le imprese coinvolte. Anche in questo senso, è fondamentale quella fase iniziale di valutazione e scelta dei casi, durante la quale la Commissione deve cercare di individuare le fattispecie adatte a una transazione c.d. piena.

Dagli *early hybrids* si deve distinguere una seconda possibilità. Può infatti accadere che (almeno) una delle imprese che abbia inizialmente partecipato alla transazione vi rinunci in un momento successivo. Le possibilità della Commissione di evitare tale possibilità sono più limitate: il diritto di rinunciare alla transazione è infatti espressamente garantito⁹⁴⁵, e appare inoltre essenziale perché la procedura risulti attrattiva per le imprese⁹⁴⁶. Tuttavia, considerato pure il principio della parità di trattamento, non persuade l'idea secondo cui l'impresa che decide di abbandonare una procedura già iniziata (e in ipotesi anche vicina alla conclusione: si è visto infatti che la rinuncia è possibile fino al momento in cui deve essere presentata la proposta di transazione) abbia il potere di determinare il passaggio alla procedura ordinaria anche con riguardo agli altri soggetti coinvolti. Nonostante i pregiudizi in termini di efficienza procedurale appena esaminati, è quindi probabile che la Commissione opti in questi casi per lo "sdoppiamento" del procedimento e prosegua con la transazione, con le imprese disponibili, e nella forma ordinaria, nei confronti dei rinuncianti.

La prassi conferma tale assunto. Cinque delle diciannove occasioni in cui un cartello è oggetto di un procedimento transattivo hanno infatti originato una procedura ibrida. Sull'esame della casistica si tornerà in seguito⁹⁴⁷. È ora sufficiente ricordare che il primo abbandono delle trattative da parte di una delle imprese coinvolte avviene già nella seconda occasione in cui si è data applicazione al reg. (CE) n. 622/2008⁹⁴⁸. Si tratta del procedimento avviato nei confronti di un'intesa orizzontale di durata quasi trentennale⁹⁴⁹ e attiva sul mercato dei fosfati alimentari per mangimi. Le imprese si spartiscono buona parte del mercato europeo, fissando le quote di vendita e coordinando i prezzi e le condizioni di vendita dei propri prodotti.

A. BOGDANOV, *The EU Cartel Settlement Procedure*, cit., 722).

⁹⁴⁵ Come confermato anche dal Tribunale che, premesso che «*the applicants decided to discontinue settlement discussions*», afferma che «*they were perfectly entitled to do so*», atteso che «*the settlement procedure is a voluntary procedure [...] and is, moreover, distinct from the standard procedure*» (cfr. causa T-456/10, *Timab Industries*, cit., §§ 75-76).

⁹⁴⁶ Si osserva infatti che «*[i]t would be very hard to advise a client to go down the settlement route if it were stuck in it whatever it happened*» (cfr. l'opinione espressa da G. Van Gerven in D. VASCOTT, *EU Cartel settlements: are they working?*, cit., 12).

⁹⁴⁷ Per i riferimenti cfr. *infra* il capitolo 3, § 3.3.3.3.

⁹⁴⁸ Cfr. Commissione 20 luglio 2010, C(2010) 5004, COMP/38.866 – *Fosfati per mangimi*. La breve analisi del caso segue i parametri che saranno usati in seguito per l'esame della prassi, e cioè (i) il numero delle imprese coinvolte, (ii) il rapporto fra numero delle imprese coinvolte e imprese beneficiarie del programma di clemenza, nonché infine (iii) il rapporto fra numero di procedure c.d. piene e numero di procedure c.d. ibride, oltre a (iv) dare atto delle sanzioni irrogate.

⁹⁴⁹ L'infrazione è infatti durata dal 19 marzo 1969 al 10 febbraio 2004 (cfr. COMP/38.866 – *Fosfati per mangimi*, cit., § 14).

Delle sei imprese coinvolte nel cartello, cinque accettano di partecipare alla procedura transattiva⁹⁵⁰. Di queste, tre presentano anche domanda di trattamento favorevole⁹⁵¹, cumulando i benefici dei due istituti premiali⁹⁵². Due imprese prendono parte alla transazione, e non al programma di clemenza⁹⁵³. Viceversa, un'ultima impresa⁹⁵⁴ presenta domanda di trattamento favorevole ma, dopo avervi inizialmente partecipato, abbandona la procedura transattiva nel momento in cui le viene comunicata la forcella delle possibili sanzioni. La Commissione adotta quindi due decisioni: la prima, in forma semplificata, nei confronti delle imprese che hanno ammesso di aver partecipato al cartello; la seconda in forma ordinaria, nei confronti della impresa rinunciante.

Il caso è interessante per diverse ragioni, ma soprattutto perché la decisione “ordinaria” viene impugnata dall'impresa che ne è destinataria. Si avvia quindi il primo procedimento contenzioso relativo a una procedura di transazione, pur in modo indiretto⁹⁵⁵. Si fornisce inoltre al Tribunale l'occasione per valutare, appunto, la posizione giuridica delle imprese che rinunciano alla transazione⁹⁵⁶. In effetti, non sono solo la Commissione e le imprese che continuano con la procedura transattiva a trovarsi in una posizione delicata⁹⁵⁷, ma anche quelle che vi rinunciano. Si è detto che una delle questioni principali riguarda l'utilizzo delle dichiarazioni fatte prima della rinuncia⁹⁵⁸, ma vi sono anche ulteriori aspetti controversi⁹⁵⁹.

Nel caso di specie, l'impresa rinunciante lamenta ad esempio di aver subito una discriminazione rispetto alle altre imprese, e in particolare di essere stata “punita” per aver abbandonato la procedura transattiva. Il punto è che l'ammenda irrogata nella decisione “ordinaria” è più alta di circa il 25% rispetto al massimo della forcella

⁹⁵⁰ E cioè (i) il gruppo Kemira (formato dalle imprese Kemira Oyj, Yara Phosphates Oy e Yara Suomi Oy), (ii) l'impresa Tessenderlo Chemie N.V., (iii) il gruppo Ercros (formato dalle imprese Ercros S.A. e Ercros Industrial S.A.), (iv) dal gruppo formato dalle imprese Quimitecnica.com – Comércio e Indústria Química S.A e José de Mello SGPS S.A., nonché (v) il gruppo FMC (formato dalle imprese FMC Foret S.A., FMC Chemicals Netherlands B.V. e FMC Corporation).

⁹⁵¹ E cioè, da un lato, il gruppo Kemira, che ottiene l'immunità avendo portato la Commissione alla scoperta del cartello e, dall'altro lato Tessenderlo Chemie N.V. e il gruppo composto da Quimitecnica.com – Comércio e Indústria Química S.A e José de Mello SGPS S.A che ottengono, rispettivamente, una riduzione della sanzione pari al 50% e al 25%.

⁹⁵² L'applicazione congiunta del programma di clemenza e della procedura transattiva porta all'irrogazione di una sanzione complessiva pari a €175.647.000,00.

⁹⁵³ E cioè il gruppo Ercros e il gruppo FMC

⁹⁵⁴ E cioè il gruppo Roullier (formato dalle imprese Timab Industries S.A. e dalla controllante Compagnie Financière et de Participation Roullier).

⁹⁵⁵ Nel senso che l'impugnazione non riguarda direttamente una decisione transattiva.

⁹⁵⁶ Cfr. causa T-456/10, *Timab Industries*, cit.

⁹⁵⁷ Su cui v. immediatamente *supra* il testo relativo alle note 934-942.

⁹⁵⁸ Si è infatti già ricordato che, anche se viene esclusa la possibilità di un loro utilizzo a fini probatori da parte della Commissione, tale rimedio non sempre appare sufficiente. Sul punto cfr. *supra* le note 908-909, nel capitolo 3, § 3.1.2.4.

⁹⁵⁹ Fra le altre cose, e anche se non solo con riguardo alle procedure ibride, si osserva ad esempio che «*in a multiple defendant scenario, settlements could become a tool to gather information against other defendants in the same scenario*» (cfr. M. SIRAGUSA, E. GUERRI, *Antitrust Settlements under EC Competition Law*, cit., 193).

ipotizzata nel corso della transazione⁹⁶⁰. L'impresa ritiene che ciò sia incompatibile con il limite del 10% di riduzione previsto dal reg. (CE) n. 622/2008, e quindi di essere stata penalizzata dalla Commissione per aver rinunciato alle trattative.

Riconosciuta l'importanza del principio della parità di trattamento anche nel contesto delle procedure ibride⁹⁶¹, il Tribunale conferma tuttavia la validità della decisione. Si afferma in particolare che il maggiore importo della sanzione non deriva da un intento punitivo della Commissione, ma piuttosto dalla corretta applicazione degli Orientamenti per il calcolo delle ammende⁹⁶². Le questioni principali sono due e riguardano, da un lato, la durata dell'illecito e, dall'altro lato, il valore o meno vincolante della forcella delle sanzioni comunicata alle imprese nel corso del procedimento transattivo, nel caso in cui la procedura si sviluppi poi nelle forme ordinarie.

Nel procedimento transattivo, la partecipazione dell'impresa all'intero illecito (e cioè per il periodo compreso fra il 1978 e il 2004) viene riconosciuta sulla base delle dichiarazioni rese dalla stessa nell'ambito del programma di clemenza. Il valore delle vendite viene fissato in € 529.000.000,00 per l'intera durata del cartello, e la sanzione calcolata applicando a tale valore un moltiplicatore del 16/17%⁹⁶³, cui viene aggiunta una somma a fini deterrenti calcolata sul valore medio delle vendite su base annuale. Le ammissioni relative alla durata dell'illecito sono ricompensate, in parte, con l'accettazione della domanda di trattamento favorevole e, in parte, come circostanza attenuante⁹⁶⁴, per aver permesso alla Commissione di estendere il periodo di partecipazione al cartello. Da un totale di circa € 93.000.000,00 si arriva alla forcella sopra ricordata⁹⁶⁵, anche grazie all'ulteriore riduzione del 10% di cui al reg. (CE) n. 622/2008.

⁹⁶⁰ Più nel dettaglio, a fronte di una proposta transattiva compresa fra € 41.000.000,00 e € 44.000.000,00, la sanzione effettivamente applicata al termine della procedura ordinaria è pari a quasi € 60.000.000,00.

⁹⁶¹ Si afferma infatti che, *«even in such a hybrid case, involving the adoption of two decisions with different addressees and following two separate procedures, at issue are participants in one and the same cartel, so that the principle of equal treatment must be observed»*. Pertanto, anche nell'ambito delle transazioni ibride, *«comparable situations must not be treated differently and [...] different situations must not be treated in the same way unless such treatment is objectively justified»* (cfr. causa T-456/10, *Timab Industries*, cit., § 72).

⁹⁶² Cfr. Orientamenti per il calcolo delle ammende inflitte in applicazione dell'articolo 23, paragrafo 2, lettera a), del regolamento (CE) n. 1/2003, in GU C, n. 210, del 1° settembre 2006, 2.

⁹⁶³ Proporzione che appare peraltro piuttosto bassa: infatti, premesso che *«in linea di massima, la proporzione considerata del valore delle vendite sarà fissata a un livello che può raggiungere il 30 % del valore delle vendite»*, gli Orientamenti chiariscono che *«[p]er decidere se la proporzione del valore delle vendite da prendere in considerazione in un determinato caso debba situarsi sui valori minimi o massimi all'interno della forcella prevista, la Commissione terrà conto di un certo numero di fattori, quali la natura dell'infrazione»*, e che *«[p]er la loro stessa natura, gli accordi orizzontali di fissazione dei prezzi, di ripartizione dei mercati [...], che sono generalmente segreti, costituiscono alcune delle più gravi restrizioni della concorrenza»*, e sono quindi *«severamente sanzionati»*, cosicché *«la proporzione del valore delle vendite considerata per le infrazioni di questo tipo si situerà sui valori più alti previsti»* (cfr. Orientamenti per il calcolo delle ammende, cit., § 29).

⁹⁶⁴ Ai sensi del § 29 degli Orientamenti per il calcolo delle ammende, cit., secondo cui *«[l]l'importo di base dell'ammenda può essere ridotto qualora la Commissione constati l'esistenza di circostanze attenuanti»*, come ad esempio quando *«l'impresa collabora efficacemente con la Commissione al di fuori del campo di applicazione della comunicazione sul trattamento favorevole e oltre quanto richiesto dagli obblighi di collaborazione previsti dalla legge»*.

⁹⁶⁵ Più nel dettaglio, nel corso della procedura transattiva *«the Commission had informed the applicants that*

Dopo il fallimento della transazione, la Commissione non può più utilizzare le ammissioni rese dall'impresa. Ricevuta la comunicazione degli addebiti, la rinunciante contesta infatti la durata dell'illecito⁹⁶⁶. La Commissione ritiene dunque di poter dimostrare la partecipazione dell'impresa solo a partire dal 1993. La riduzione della portata temporale dell'illecito ha due conseguenze. Da un lato, non è più riconosciuta l'attenuante e si riduce la rilevanza delle ammissioni ai fini del trattamento favorevole: l'impresa non permette più alla Commissione di estendere la durata della propria partecipazione all'illecito. Dall'altro lato, aumenta il valore medio delle vendite su base annuale, e quindi la maggiorazione a fini deterrenti: a fronte di una riduzione della durata dell'illecito pari a circa il 58%, il totale delle vendite diminuisce infatti del 35%⁹⁶⁷. La sanzione complessiva è quindi fissata a € 63.000.000,00, e viene poi (di poco) ridotta all'importo sopra ricordato⁹⁶⁸. Anche se può sembrare paradossale⁹⁶⁹, il maggiore importo dell'ammenda deriva quindi dalla minore durata dell'illecito che la Commissione è in grado di accertare senza fare affidamento sulle dichiarazioni dell'impresa.

Tale conclusione non è rimessa in discussione dalle proposte presentate dalla Commissione nel corso della procedura transattiva. Le due fasi sono infatti separate e i documenti adottati nel corso della prima non vincolano la Commissione nella gestione della seconda⁹⁷⁰. Questo, del resto, è giustificato da ulteriori considerazioni.

*they would jointly incur a fine in a maximum amount of between EUR 41 and 44 million as a result of their participation in a single and continuous infringement from 31 December 1978 until 10 February 2004 including, aside from the 10% reduction for entering into a settlement, a 35% reduction for mitigating circumstances under the 2006 Guidelines, granted for having allowed the Commission to extend the duration of their own participation in the cartel, and a 17% reduction under the leniency notices» (cfr. causa T-456/10, *Timab*, cit., § 79). Il calcolo di tale importo deriva da un «value of sales made by the applicants for the period taken into account in the settlement procedure (1978-2004) was EUR 529 million (rounded), which resulted in an initial basic amount of EUR 90 million» (cfr. causa T-456/10, cit., *Timab*, § 83), cui viene aggiunto una maggiorazione calcolata sulla base di «average sales during the infringement period applied in the settlement procedure amounted to EUR 21 million, giving an additional amount of more than EUR 3 million» (cfr. causa T-456/10, cit., *Timab*, § 84).*

⁹⁶⁶ Vale la pena precisare che nel caso di specie le dichiarazioni che non possono più essere utilizzate a causa della successiva contestazione sono rese dall'impresa nell'ambito del programma di clemenza, e non con riguardo all'ammissione della propria partecipazione al cartello ai fini dell'applicazione del reg. (CE) n. 622/2008, cit. Il tema è quindi diverso rispetto alla confidenzialità di cui al § 29 della com. n. 2008/C 167/01, cit..

⁹⁶⁷ La riduzione della portata temporale è infatti pari a 15 anni rispetto ai 26 stabiliti nel corso della procedura ordinaria; la sanzione passa invece da circa € 529.000.000,00 a circa € 341.000.000,00. Pertanto, «while average sales during the infringement period applied in the settlement procedure amounted to EUR 21 million, giving an additional amount of more than EUR 3 million, the average for the period applied during the standard procedure was EUR 32.8 million, giving an additional amount of more than EUR 5 million, using a rate of 17% for deterrences» (cfr. causa T-456/10, *Timab Industries*, cit., § 83).

⁹⁶⁸ Al termine della procedura ordinaria, «the Commission arrived at an amount of EUR 59 850 000 for the fine following a 5% reduction in the basic amount of the fine pursuant to the leniency notices» (cfr. causa T-456/10, *Timab Industries*, cit., § 80).

⁹⁶⁹ Cfr. causa T-456/10, *Timab Industries*, cit., § 81.

⁹⁷⁰ In sintesi, «the Commission is not bound by the range indicated during discussions as part of the settlement procedure. That is a different procedure from that which was eventually followed and which led to the adoption of the contested decision. So far as concerns the standard administrative procedure, in which liabilities have yet to be determined, the Commission is only bound by the statement of objections, which does not set a range of fines, and is required to take into consideration the new information brought to its attention during that procedure» (cfr. causa T-456/10, *Timab Industries*, cit., § 96). O in altri termini «the range notified during the settlement procedure is irrelevant, since it is an instrument specific to that procedure. It would therefore be illogical, and even inappropriate [...], that the Commission be required to apply, or to refer to, a range of fines falling

Da un lato, si è detto che la forcella delle possibili sanzioni rappresenta un elemento tipico della logica degli accordi transattivi, e invece estraneo alle procedure ordinarie⁹⁷¹, ciò rimanendo vero anche se la procedura ordinaria segue quella negoziata, nel contesto di un caso ibrido. Dall'altro lato, nella seconda fase di una procedura ibrida vi è una sorta di *tabula rasa* rispetto alla fase istruttoria svolta in precedenza⁹⁷². La Commissione deve infatti dimostrare la portata dell'illecito senza più basarsi sull'elemento consensuale. Vengono quindi compiuti nuovi atti di indagine che devono essere riflessi nella decisione finale⁹⁷³. La proposte della Commissione con riguardo alla forcella delle sanzioni sono elaborate in una fase precedente alle nuove indagini. Non possono quindi mantenere alcuna attualità⁹⁷⁴.

Si è detto che il caso appena esaminato rappresenta la prima occasione in cui il Tribunale si occupa delle procedure di cui al reg. (CE) n. 622/2008, anche se in modo indiretto (e cioè su ricorso di un'impresa che non è destinataria di una decisione transattiva). Del resto, è difficile immaginare una forma di sindacato giurisdizionale diretto nei confronti di tale categoria di provvedimenti. La natura consensuale dell'istituto, e soprattutto il contenuto delle proposte transattive⁹⁷⁵, riducono la probabilità di impugnazione delle decisioni che recepiscono un accordo transattivo, e ne restringono in ogni caso i margini⁹⁷⁶. La riduzione del contenzioso è del resto uno dei benefici principali cui tende la procedura in discussione⁹⁷⁷.

within the scope of another procedure now abandoned» (cfr. causa T-456/10, *Timab Industries*, cit., § 105).

⁹⁷¹ Cfr. causa T-456/10, *Timab Industries*, cit., §§ 101-102.

⁹⁷² Per riprendere un'espressione utilizzata dal Tribunale: «[i]f the undertaking does not put forward a proposal for a settlement, the procedure leading to the final decision is governed by the general provisions of Regulation No 773/2004, instead of those governing the settlement procedure [...] the situation is, therefore, that of a 'tabula rasa', in which the liabilities are yet to be determined» (cfr. causa T-456/10, *Timab Industries*, cit., § 104).

⁹⁷³ Cfr. causa T-456/10, *Timab Industries*, cit., § 99.

⁹⁷⁴ E ciò proprio perché «upholding such an argument would deprive the Commission of the possibility of imposing a fine adapted to new circumstances existing at the time of the adoption of the decision, and this in spite of its obligation to take account of new arguments or evidence brought to its attention during the standard administrative procedure, which may have an impact on the determination of the amount of the fine to be imposed» (cfr. causa T-456/10, *Timab Industries*, cit., § 107).

⁹⁷⁵ Su cui v. *supra* il capitolo 3, § 3.1.2.4.

⁹⁷⁶ Infatti, «parties who have acknowledged their liability and agreed to the maximum amount of likely fines in their settlement submissions will be less inclined to appeal, and in any event less likely to succeed in appealing a decision endorsing their settlement submissions» (cfr. K. DEKEYSER, A. ROQUES, *The European Commission's settlement procedure*, cit., 829-830). Per quanto a margini ridotti rispetto alle decisioni emesse a conclusione della procedura ordinaria, alle parti rimane comunque la facoltà di impugnare anche le decisioni che recepiscono un accordo transattivo. Infatti, «[f]ormally, settled infringement decisions have the same legal effect as ordinary infringement decisions and therefore are subject to judicial review. Whereas a challenge on the facts and on the legal assessment of the infringement is unlikely given that the parties explicitly acknowledged their liability for the infringement, it cannot be excluded that, as settlement decisions are individual decisions and are the result of bilateral confidential discussions, parties may dispute the settled infringement decision based on a violation of fundamental principles of law (e.g., the principles of non-discrimination and equal treatment)» (cfr. J.F. BELLIS, *General Overview of the EU Cartel Settlement Procedure*, cit., 4). Ancora, premesso correttamente che, di regola, «i ricorsi giurisdizionali possono fondarsi sulla modalità di gestione della procedura o di calcolo delle ammende, oltre che sul rispetto dei principi generali», si sottolinea che «[n]ulla esclude, tuttavia, che l'impresa coinvolta impugni la transazione assumendo di aver reso la dichiarazione di responsabilità in virtù di false promesse e che, pertanto, la stessa sia prova di fondamento», o ancora «che la parte coinvolta presenti azione di annullamento della transazione richiamando una pronuncia del giudice dell'Unione su una questione analoga e, conseguentemente, sull'assunto che la confessione "tecnica" resa durante le discussioni ex art. 10 bis non era necessaria né opportuna» (cfr. C. PESCE, *I nuovi strumenti di public enforcement*, cit., 196). Sul punto v. comunque *infra* il capitolo 4, § 2.1.2.4.

⁹⁷⁷ Cfr. causa T-456/10, *Timab Industries*, cit., § 60.

Sul punto si è già detto e si tornerà in seguito. È ora sufficiente ricordare che quella che poteva sembrare un'ipotesi di scuola si è recentemente verificata per la prima volta, nell'ambito del cartello relativo al *London interbank offered rate* (c.d. tasso LIBOR⁹⁷⁸) in Yen⁹⁷⁹. Una delle sei banche che ammette la propria partecipazione all'illecito volto a manipolare tale indice per influenzare l'andamento dei contratti derivati che vi fanno riferimento decide infatti di impugnare dinnanzi al Tribunale la decisione transattiva di cui è destinataria, lamentando l'eccessività dell'ammenda in precedenza negoziata e accettata⁹⁸⁰, quantomeno a livello di forcilla massima proposta⁹⁸¹.

Il caso è pendente e non sono quindi disponibili ulteriori informazioni. Tuttavia, ciò è sufficiente a confermare quanto sopra rilevato con riguardo alla possibilità che i principali benefici cui mirano le procedure transattive (*i.e.*, una procedura più veloce e la riduzione del contenzioso) non sempre si verificano nella prassi.

3.2 Vantaggi (e svantaggi) delle soluzioni negoziali. Le ragioni che incentivano imprese e Commissione all'utilizzo degli impegni e degli accordi transattivi.

3.2.1 Premessa.

Il successo pratico delle soluzioni negoziali⁹⁸² suggerisce che Commissione e imprese ritengano di poter ottenere dei vantaggi da impegni e accordi transattivi rispetto alla procedura ordinaria. Sotto tale profilo, le due procedure presentano varie similitudini. Come confermato dalla giurisprudenza⁹⁸³, sia gli impegni che gli accordi

⁹⁷⁸ In estrema sintesi, il LIBOR viene calcolato su base giornaliera sulla scorta dei tassi di interesse che alcune fra le principali banche operanti sulla piazza londinese si praticano rispettivamente per operazioni di prestito in determinate valute, fra le quali rientra – come nel caso di specie – lo Yen giapponese.

⁹⁷⁹ Cfr. Commissione 4 dicembre 2013, AT.39.861 – *Yen Interest Rate Derivatives*, su cui v. *infra* il testo relativo alle note 1256-1264, nel capitolo 3, § 3.3.3.3.

⁹⁸⁰ Premesso che «[i]t is the first time that an addressee of a settlement decision attacks the decision and puts its fate in the hands of the General Court», si osserva infatti che «the applicant only challenged the method of calculating the value of sales» (cfr. F. LAINA, A. BOGDANOV, *The EU Cartel Settlement Procedure*, cit., 722).

⁹⁸¹ Sul punto si tornerà *infra* nel capitolo 3, § 3.3.3.3. Fra le altre cose, si può comunque ricordare che la parte ricorrente invoca fra i motivi di ricorso un «errore manifesto di valutazione commesso dalla Commissione nella determinazione del metodo di calcolo dei valori di vendita, in quanto i valori presi in considerazione nella decisione impugnata sulla base di detto metodo non rifletterebero le posizioni rispettive delle banche accusate dell'infrazione sul mercato interessato dall'infrazione durante il periodo di infrazione [...]». La parte ricorrente sostiene che la Commissione ha così violato il suo obbligo di diligenza [...] e ha leso i principi di parità di trattamento [...] e del legittimo affidamento [...], nonché il «difetto di motivazione quanto alla scelta del metodo che la Commissione ha applicato al fine di calcolare il valore delle vendite delle banche accusate» (cfr. ricorso proposto il 14 febbraio 2014 da Société Générale, numero di causa T-98/14).

⁹⁸² Su cui v. *infra* il capitolo 3, § 3.3.3.

⁹⁸³ Con riguardo agli impegni, si riconosce infatti che «[s]i tratta in tal caso di un nuovo meccanismo introdotto dal regolamento n. 1/2003 e volto a garantire l'applicazione efficace delle norme sulla concorrenza previste dal Trattato CE mediante l'adozione di decisioni che rendono obbligatori gli impegni proposti dalle parti e giudicati appropriati dalla Commissione al fine di fornire una soluzione più rapida ai problemi di concorrenza da essa identificati, invece di avviare l'iter per la constatazione formale di un'infrazione. Più particolarmente, l'art. 9 del citato regolamento è ispirato da considerazioni di economia processuale e consente alle imprese di prendere pienamente parte al procedimento, proponendo le soluzioni che esse ritengono più appropriate e adeguate per rispondere alle citate preoccupazioni della Commissione» (cfr. causa C-441/07 P, *Alrosa*, cit.,

transattivi tendono in effetti a ragioni di economia procedurale. Pur con le rispettive differenze, entrambi gli istituti sono quindi finalizzati a garantire un'applicazione più rapida e meno costosa delle regole di concorrenza.

I due profili sono peraltro collegati. Più le procedure sono brevi e semplificate, minori sono le risorse necessarie alla loro gestione, sia da parte della Commissione che delle imprese. Dai paragrafi che precedono emerge che l'elemento chiave è la natura consensuale di impegni e accordi transattivi. Da un lato, è infatti l'accordo fra imprese e Commissione che permette di ridurre la portata delle garanzie procedurali e dei diritti di difesa delle prime⁹⁸⁴, e quindi di velocizzare l'attività di enforcement rispetto alla procedura ordinaria⁹⁸⁵.

Nel caso degli impegni, i vantaggi principali derivano dal fatto che non vi è necessità di dimostrare l'esistenza di un illecito. Gli aspetti più complessi del contenzioso antitrust (es. definizione del mercato rilevante, elaborazione di una teoria del danno) vengono pertanto affrontati in modo poco approfondito⁹⁸⁶. La decisione finale può quindi essere redatta in forma semplificata. Si è visto inoltre che non è richiesto l'invio della comunicazione degli addebiti⁹⁸⁷, e che l'accesso delle imprese al fascicolo istruttorio è solo parziale.

Rilievi analoghi valgono anche per le procedure transattive⁹⁸⁸. È vero che in tale contesto è necessaria la previa comunicazione degli addebiti, dato che si accerta

§ 35). Con riguardo alle procedure transattive, analogamente, si ritiene che «[t]he aim of the new procedure is to simplify and speed up administrative procedures and to reduce the number of cases brought before the EU judicature, and thus to enable the Commission to handle more cases with the same resources» (cfr. causa T-456/10, *Timab Industries*, cit., § 60)

⁹⁸⁴ Con riguardo alle decisioni con impegni, v. ad esempio P. MOULLET, *How should Undertakings Approach Commitment*, cit., 86, dove si osserva che «by entering into commitment proceedings, committing undertakings will have to waive most of the guarantees they are entitled to under the rule of law, as thoroughly regarded by traditional infringement procedures».

⁹⁸⁵ In effetti, «[w]here a party agrees to admit liability and co-operate with the investigation, the administrative procedure can be streamlined to a considerable degree», per esempio «highly resource-intensive file reviews, oral hearings, and extensive submissions can be avoided, thereby significantly shortening a process that might otherwise take many months or even years» (cfr. A. NIKPAY, D. WATERS, *The Emerging Settlement Regime in the UK*, cit., 501).

⁹⁸⁶ Si osserva in effetti che «[f]or instance, in Article [102] cases the Commission can avoid endless discussions on the relevant market, the degree of dominance and the extent of the “special responsibility” of the dominant company», come del resto avvenuto per esempio nel caso *Coca-Cola* (cfr. COMP/A.39.116/B2 – *Coca-Cola*, cit.) dove «[i]f the Commission had not reached a settlement, it probably would have had difficulties imposing specific conditions on certain particular flavours of [carbonated soft drinks] (colas and orange), since in previous decisions it had defined the relevant product market as comprising all [carbonated soft drinks]» (cfr. S. MARTÍNEZ LAGE, R. ALLENDESALAZAR, *Commitment Decisions ex Regulation 1/2003*, cit., 585, spec. nota 18).

⁹⁸⁷ Ma solo di una valutazione preliminare (sul punto cfr. *supra* il capitolo 3, § 3.1.1.2.)

⁹⁸⁸ Infatti, «[s]ettlements are driven by the desire of both parties to make the best use of scarce resources» (cfr. R. GAMBLE, *Speaking (formally) with the enemy*, cit., 450). Più nel dettaglio, «[i]t cannot be said too often that the purpose of the settlement procedure is to bring procedural efficiencies. From an administrative point of view, shortening the process, using one procedural language, drafting shorter statements of objections and decisions, not having to handle a full access to file exercise, and limiting subsequent litigation before the European Courts are the main elements allowing the Commission to pursue more cases with the same resources» (cfr. F. LAINA, A. BOGDANOV, *The EU Cartel Settlement Procedure*, cit., 722). Con riguardo all'accesso al fascicolo, non va dimenticato che «[t]he average cartel file numbers tens thousands of pages (between around ten thousand to two hundred thousand pages), all of which have to be screened for confidentiality issues, while only a few hundreds of those pages on average are actually used in evidence. Preparing a whole cartel file for access to file requires screening, deciding upon the scope and justification of confidentiality claims, and clearing contradicting requests by other parties for access to the documents, pages, paragraphs or data that have been claimed confidential. This exercise is done irrespective of whether those data or texts have been used at all to establish the facts, because the Commission can only select what it uses to inculpate a company, and it cannot

una violazione dell'art. 101 TFUE e si applica una sanzione. L'accertamento dell'infrazione si basa tuttavia sull'ammissione delle imprese. La comunicazione degli addebiti e la decisione finale possono quindi venire elaborate in forma semplificata anche nel corso di tale procedura.

Dall'altro lato, è sempre la natura consensuale di impegni e decisioni transattive che diminuisce in modo significativo la probabilità di una successiva fase contenziosa. Gli impegni vengono infatti offerti dalle imprese in modo volontario. Gli accordi transattivi si basano invece sulla specifica accettazione della portata degli addebiti e della forcella delle sanzioni effettuata dalle imprese al momento della trasmissione delle proposte transattive. L'eventualità di una loro impugnazione davanti a Tribunale e Corte di giustizia appare quindi limitata⁹⁸⁹.

3.2.2 Il punto di vista della Commissione.

Come si diceva, rapidità e minori costi del procedimento rappresentano un vantaggio sia per la Commissione che per le imprese. La Commissione riesce ad esempio a contrastare il comportamento (illecito o che solleva preoccupazioni concorrenziali) in tempi minori rispetto a quelli necessari alla procedura ordinaria. La tempestività dell'intervento è talvolta più importante rispetto all'accertamento della responsabilità a fini sanzionatori. Ciò si verifica ad esempio se la condotta interessa settori economici di recente liberalizzazione ovvero un c.d. nuovo mercato: in entrambi i casi si tratta infatti di scenari in rapida e continua evoluzione, la cui struttura potrebbe essere pregiudicata in modo irrimediabile nelle more della procedura ordinaria. Così, le decisioni con impegni permettono in questi casi di intervenire sul funzionamento del mercato in modo rapido (e non definitivo)⁹⁹⁰. Inoltre, come si vedrà, l'uso degli impegni appare tuttavia problematico nella prospettiva della chiarificazione delle regole, atteso che in tali scenari vengono di regola affrontate questioni nuove dal punto di vista della teorica antitrust. Anche nel caso in cui una sanzione appaia necessaria, la sua efficacia deterrente è peraltro inversamente proporzionale al tempo trascorso fra la commissione dell'illecito e la sua irrogazione. La rapidità rimane quindi un elemento essenziale anche nella prospettiva degli accordi transattivi⁹⁹¹.

choose which evidence or information may be useful to exculpate it» (cfr. K. METHA, M.L. TIERNO CENTELLA, *EU Settlement Procedure*, cit., 400).

⁹⁸⁹ Ma v. il ricorso presentato nella causa T-98/14, *Société Générale*, cit.

⁹⁹⁰ Infatti, le decisioni con impegni non solo consentono alle «enforcement authorities to secure the effectiveness of their intervention in highly dynamic markets on the basis of a “preliminary assessment”», ma permettono altresì «to reopen formal proceedings in case of “material change” in the market context in question», grazie a quanto previsto dall'art. 9(2) reg. (CE) n. 1/2003 (cfr. D.M.B. GERARD, *Negotiated remedies in the modernization era*, cit., 9). Pertanto, vi è chi ritiene che le decisioni con impegni siano particolarmente «useful in fast-moving markets by avoiding two risks in particular: first, that a remedy mandated by an authority ‘locks in’ technology or a business model that would otherwise have been replaced by innovation, or second, that by the time the authority reaches its final infringement decision (and any appeals have been resolved), the market or technology will have long moved on and harm to competition gone unaddressed» (cfr. P. MARSDEN, *Towards an Approach to Commitments that is ‘Just Right’*, in *Competition Law International*, 2015, 71, spec. 72).

⁹⁹¹ Si osserva infatti che «[t]he rationale for introducing a settlement procedure [...] is to further reinforce the

Sotto il profilo dei costi, le soluzioni negoziate permettono un utilizzo più efficiente delle risorse della Commissione. Le energie e i mezzi liberati grazie alla semplificazione e alla rapidità delle procedure possono infatti venire destinate al perseguimento di ulteriori illeciti. Oltre a aumentare l'efficacia deterrente del sistema, la Commissione riesce quindi a mostrare all'esterno maggiori risultati. Aspetto non trascurabile nell'ottica della c.d. *accountability* delle sue attività, e che anzi può finire per alterare i criteri utilizzati dalla Commissione per la scelta dei casi da perseguire⁹⁹².

È necessaria un'ultima considerazione con riguardo alle decisioni con impegni. Il mancato accertamento dell'illecito e la minore intensità del sindacato giurisdizionale hanno infatti ulteriori conseguenze rispetto alla rapidità dei procedimenti e alla riduzione dei costi. Si consente l'intervento nei confronti di comportamenti la cui illegittimità è dubbia e in cui la prova di una (ipotetica) violazione sarebbe quindi particolarmente difficile e controversa⁹⁹³. Come si vedrà, si espandono così le competenze della Commissione che finisce per esercitare una sorta di potere di regolazione dei mercati. La possibilità di esercitare funzioni estranee alla logica tipicamente antitrust rappresenta un ulteriore incentivo per la Commissione verso l'utilizzo degli impegni.

3.2.3 Il punto di vista delle imprese.

La maggiore celerità costituisce un vantaggio anche dal punto di vista delle imprese. Si riducono infatti i costi necessari ad affrontare il procedimento davanti alla Commissione e si annullano quelli relativi al successivo contenzioso, anche sotto il profilo delle spese legali. Si ha inoltre un minore dispendio di tempo e risorse da parte dei soggetti incaricati della gestione dell'impresa, che possono pertanto rimanere

deterrence against cartel conduct», fra l'altro perché «[r]educing, through procedural efficiencies, the duration of the administrative procedure will mean that the fines will be imposed when the senior management incumbent during the period of infringement may still be in places» (cfr. K. METHA, M.L. TIerno CENTELLA, *EU Settlement Procedure*, cit., 394). Su tale questione v. anche *supra* la nota 176, nel capitolo 1, § 4.1.

⁹⁹² Sebbene tali effetti «were not immediately perceived, let alone anticipated», si osserva infatti che l'introduzione delle soluzioni negoziate per l'applicazione pubblica delle regole antitrust «have profoundly modified the respective incentives of enforcement authorities and firms» (cfr. D.M.B. GERARD, *Negotiated remedies in the modernization era*, cit., 1). Anche se con riguardo all'esperienza statunitense, si precisa inoltre che «[i]n addition and to some extent in lieu of the criteria that would otherwise make a case attractive, such as the benefit to consumers from terminating an anticompetitive business practice, the probability and ease with which the case will settle become part of the mix. That is, instead of pursuing the cases that advance most the agency's law enforcement mission, it will tend to pursue cases with the best prospect for settlement, cases that will consume few investigative resources, settle quickly, and are more likely to result in a consent decree that provides a continuing role for the agency» (cfr. D.H. GINSBURG, J.D. WRIGHT, *Antitrust settlement: the culture of consent*, in *Concurrences*, 2013, 56, spec. 59).

⁹⁹³ È in tale prospettiva che la difficoltà che una decisione con impegni sia scrutinata da Tribunale e Corte di giustizia diviene rilevante. La Commissione può infatti essere tentata di chiudere in via negoziata casi che appaiono complessi, anche alla luce della durata del contenzioso che tale istituzione è invece tenuta a sopportare quando agisce in via ordinaria. Ad esempio, si osserva in tal senso che «l'impressione che si ricava dall'esame dei casi recenti nel settore delle nuove tecnologie è che, dopo l'aspra controversia nel caso Microsoft, la Commissione preferisca incoraggiare l'adozione d'impegni piuttosto che sanzionare gli operatori con ammende che, visti i soggetti coinvolti, raggiungerebbero spesso valori molto elevati. Microsoft, insomma, ha pagato per tutti, trovandosi all'origine della learning curve» (cfr. M. MEROLA, L. ARMATI, *Brevi riflessioni sui più recenti sviluppi nel diritto della concorrenza dell'Unione europea*, cit., 33).

concentrati su tale attività. Le soluzioni negoziali permettono quindi alle imprese di voltare pagina rispetto all'illecito antitrust in modo più veloce.

Tali benefici non sono però sufficienti a convincere le imprese ad abbandonare la via ordinaria. Questa scelta comporta infatti anche aspetti negativi. In linea di principio, gli incentivi delle imprese a negoziare con la Commissione sono (i) direttamente proporzionali all'entità dei costi attesi dal contenzioso ordinario⁹⁹⁴ e alle probabilità che la Commissione (o altre autorità) possa(no) chiudere in tal modo il procedimento⁹⁹⁵, e (ii) inversamente proporzionali ai profitti che l'impresa potrebbe continuare a percepire continuando a tenere la condotta potenzialmente illecita⁹⁹⁶.

Uno degli svantaggi più evidenti comune a entrambi gli istituti è ovviamente la compressione della tutela giurisdizionale⁹⁹⁷. Nelle decisioni con impegni, l'impresa corre inoltre il rischio di subire una sorta di "gioco al rialzo"⁹⁹⁸ da parte della Commissione con riguardo alla portata dei rimedi. Si è visto infatti che il principio di proporzionalità opera in modo affievolito, e che le misure rese obbligatorie possono essere più incisive rispetto a quelle che sarebbero legittime in una procedura ordinaria⁹⁹⁹. I possibili svantaggi sono ancora più marcati nell'ambito degli accordi

⁹⁹⁴ E cioè i costi del procedimento e l'eventuale sanzione, pubblica e privata. Sotto il primo profilo, non va quindi trascurato il costante inasprimento che caratterizza la *policy* sanzionatoria della Commissione negli ultimi anni (per alcuni riferimenti v. ad esempio D.M.B. GERARD, *Negotiated remedies in the modernization era*, cit., 10-11). Analoghi rilievi valgono anche con riguardo alla prospettiva statunitense, con l'unica (e ovvia) precisazione secondo cui in tale ordinamento l'attenzione delle imprese è rivolta a evitare la possibilità dei c.d. *treble damages*, piuttosto che alla mera chiusura anticipata del procedimento. Infatti, se è vero che «[d]efendants save the expenses of litigation, which can be very large, and may minimise the adverse publicity which often attends both a trial and an adverse verdict», è ovvio che «companies against whom the [DOJ] proceeds are likely to be far more concerned about the imposition of treble damages in suits brought by private parties than they are about the injunctive relief sought by the governments» (cfr. T.E. KAUPER, *The Use of Consent Decrees*, cit., 105).

⁹⁹⁵ Peraltro, ciò è vero sia nel caso degli impegni che nel caso degli accordi transattivi. Da un lato, infatti, «[i]f an undertaking understands that the Commission will have a case against it, it is inclined to give a commitment instead of contesting the issues». Dall'altro lato, inoltre, «[t]he same is true for settlements: an undertaking will not risk an ordinary decision imposing a high fine if it knows that the Commission has a case against it, but submit to the settlement procedure instead» (cfr. M.T. RICHTER, *The settlement procedure*, cit., 540).

⁹⁹⁶ Più bel dettaglio, «[t]he incentives of a defendant to settle are greater when (i) litigation costs are large; (ii) the fine levied in case of an adverse decision is large; (iii) the probability of successful enforcement is large; and (iv) the additional profits that it could achieve by continuing with its anti-competitive strategy are small» (cfr. K. EDWARDS, A. JORGE PADILLA, *Antitrust Settlements in the EU: Private Incentives and Enforcement Policy*, in C.D. EHLERMANN, M. MARQUIS (eds.), *Antitrust settlements under EC Competition Law*, cit., 661, spec. 674).

⁹⁹⁷ In realtà, nonostante quanto si dirà con riguardo alla riduzione media delle sanzioni antitrust che le imprese riescono ad ottenere dinnanzi a Tribunale e Corte di giustizia (su cui v. immediatamente *infra* le note 1013-1014), si osserva che proprio le perplessità suscitate dal sistema di tutela giurisdizionale dell'Unione nel settore della concorrenza hanno un certo peso nel determinare l'attitudine delle imprese circa le soluzioni negoziali. Infatti, «a growing perception of the limits of the EU judicial review system, notably as it submits complex economic and technical appraisals inherent in modern substantive antitrust assessments», fa sì che «adopting a litigious approach before the Commission with the hope of containing the exposure to fine and relying on the EU Courts to possibly overturn a finding of liability, has become a notoriously risk option» (cfr. D.M.B. GERARD, *Negotiated remedies in the modernization era*, cit., 11 e 12).

⁹⁹⁸ Per riprendere un'espressione di M. SIRAGUSA, *Le decisioni con impegni*, cit., 404.

⁹⁹⁹ Per non ledere il principio di proporzionalità, la Commissione è infatti tenuta a valutare solamente che le misure rese obbligatorie ex art. 9 reg. (CE) n. 1/2003 siano le meno restrittive fra quelle proposte dall'impresa, e non in assoluto (cfr. causa C-441/07 P, *Alrosa*, cit.). In tal modo, si rischia di «sbilanciare ulteriormente il rapporto tra autorità di concorrenza e imprese nell'ambito della procedura "negoziata" sugli impegni», e così «di incentivare la tendenza dell'autorità di concorrenza ad accettare e rendere obbligatori impegni ultronei rispetto alle effettive preoccupazioni concorrenziali, anche nel perseguimento di fini ulteriori rispetto a quelli propri del diritto della concorrenza», o in

transattivi¹⁰⁰⁰. Le imprese devono infatti ammettere di aver partecipato al cartello. Oltre a valere ai fini dell'eventuale recidiva¹⁰⁰¹, l'ammissione può indurre le autorità di altre giurisdizioni a iniziare nuovi procedimenti¹⁰⁰², se gli effetti della condotta "confessata" si estendono al di fuori del territorio dell'Unione¹⁰⁰³. Sui rapporti con il *private enforcement* si tornerà in seguito. Si può comunque anticipare che analoghe considerazioni valgono anche con riguardo a tale versante dell'applicazione delle regole di concorrenza¹⁰⁰⁴. Gli accordi transattivi possono infatti incentivare l'avvio di azioni di risarcimento¹⁰⁰⁵, anche in altre giurisdizioni. E ciò non solo in virtù della natura "confessoria" delle transazioni, ma anche per il ridotto scarto temporale fra condotta e decisione¹⁰⁰⁶.

Per compensare tali effetti negativi (e dunque stimolare l'utilizzo delle soluzioni negoziali) sono previsti altri vantaggi per le imprese, oltre alla maggiore rapidità e ai minori costi del procedimento. Alcuni dei benefici sono specifici per ciascuna procedura e sono evidenti, in quanto previsti dalla normativa di riferimento.

altri termini si rischia «di incentivare "un gioco al rialzo" da parte delle autorità, che potrebbero rigettare gli impegni proposti dall'impresa, inducendola a offrire misure più onerose anche quando questo non sia necessario» (cfr. M. SIRAGUSA, *Le decisioni con impegni*, cit., 404).

¹⁰⁰⁰ Pertanto, mentre «it appears that there is likely to be clear pressure on the defence to settle in Article 9 cases [...] this is less clear in [...] cartel settlement cases, because the financial incentives of settlement are less and the counter pressure on the company is great to ensure that its infringement is not found to be more extensive or serious than is strictly provided» (cfr. J. RATLIFF, *Negotiated Settlements in EC Competition Law*, cit., 307).

¹⁰⁰¹ Ai sensi del § 28 degli Orientamenti per il calcolo delle ammende, cit., infatti, l'importo di base della sanzione può essere aumentato fino al 100% ogni volta che «un'impresa continua o ripete la stessa infrazione o un'infrazione simile dopo che la Commissione o un'autorità nazionale garante della concorrenza abbiano constatato che tale impresa ha violato le disposizioni [degli artt. 101 o 102 TFUE]».

¹⁰⁰² Anche i possibili effetti internazionali della condotta illecita rientrano quindi fra gli elementi che la Commissione deve prendere in considerazione per l'iniziale selezione dei casi nei cui confronti avviare la fase esplorativa. Si osserva infatti che «[w]hen the cartel is of an international scope and where other competition (or regulatory) authorities are also pursuing the same conduct and the same parties, a settlement procedure might not be the best option». In effetti, «[p]arallel proceedings add up to the complexity of the case and may have a negative impact on the settlement discussions, especially in terms of timing and the parties' willingness to admit the participation in an infringement» (cfr. F. LAINA, A. BOGDANOV, *The EU Cartel Settlement Procedure*, cit., 719).

¹⁰⁰³ Infatti, «[i]n a worldwide cartel case, a settlement on an issue in Europe can easily have consequences from Canada to Brazil and Korea to Australia (to name just a few active jurisdiction)»; la scelta di transigere richiede pertanto «careful consideration and review, as each jurisdiction has different sanctions and procedures» (cfr. J. RATLIFF, *Negotiated Settlements in EC Competition Law*, cit., 308).

¹⁰⁰⁴ Si osserva infatti che fra gli effetti di una decisione transattiva che le imprese devono considerare prima accettare tale soluzione proposta dall'Autorità competente nella giurisdizione "A" rientrano (i) «the impact of a settlement in Jurisdiction A on potential private actions in Jurisdiction A», (ii) «the impact of settlement in Jurisdiction A on outstanding cartel investigation in other jurisdictions», nonché (iii) «the impact of a settlement in Jurisdiction A on potential private actions in other jurisdictions» (cfr. J.M. TALADAY, *Implications of International Cartel Settlements for Private Rights of Action*, in C.D. EHLERMANN, M. MARQUIS (eds.), *Antitrust settlements under EC Competition Law*, cit., 317, spec. 319).

¹⁰⁰⁵ Ma – forse – non la positiva conclusione: incentivare i potenziali attori ad instaurare azioni di risarcimento non significa infatti facilitarne il compito, in specie sotto il profilo dell'onere della prova. Sugli effetti (tendenzialmente) negativi degli accordi transattivi sul *private enforcement* v. comunque *infra* il capitolo 4, § 3.3.3.

¹⁰⁰⁶ In tal senso, cfr. A. ORTEGA GONZALEZ, *The cartel settlement in practice*, cit., 175; A. ASCIONE, M. MOTTA, *Settlements in Cartel Cases*, in C.D. EHLERMANN, M. MARQUIS (eds.), *Antitrust settlements under EC Competition Law*, cit., 67, spec. 75. In senso contrario, v. invece M.T. RICHTER, *The settlement procedure*, cit., 541-542.

Altri sono invece comuni a impegni e accordi transattivi, e derivano in modo implicito dalla natura negoziale che accomuna i due strumenti.

Partendo dalla prima ipotesi, occorre quindi distinguere fra i due istituti. Con riguardo agli impegni, il vantaggio principale è il mancato accertamento dell'illecito, da cui deriva sia l'assenza di sanzioni che l'irrilevanza della decisione ai fini della recidiva¹⁰⁰⁷ o della qualifica come impresa dominante¹⁰⁰⁸. Anche in questo caso, i rapporti con il *private enforcement* saranno trattati in seguito¹⁰⁰⁹. Si può comunque anticipare che il mancato accertamento di una violazione degli artt. 101 e 102 TFUE riduce anche l'esposizione a successive azioni di risarcimento¹⁰¹⁰. I vantaggi concessi nel contesto degli accordi transattivi sono in apparenza più ridotti. Nella forma, si limitano infatti alla riduzione del 10% della sanzione altrimenti applicabile e alla fissazione di un limite al suo aumento a fini dissuasivi¹⁰¹¹. Anche tali benefici non sembrano in realtà sufficientemente incentivanti per le imprese. Ciò è particolarmente vero con riguardo alle transazioni dei cartelli¹⁰¹², anche considerato che Tribunale e Corte di giustizia, in media, riducono le sanzioni antitrust in una misura che si avvicina al doppio della percentuale garantita come premio per la transazione¹⁰¹³. Tanto che, prima della formale fissazione della percentuale di riduzione nella normativa di riferimento, si riteneva che il beneficio avrebbe dovuto eguagliare tale soglia¹⁰¹⁴.

¹⁰⁰⁷ Si osserva quindi che «[t]he undertaking under investigation uses the commitment procedure in an effort to minimize the negative effects of the investigation» (cfr. M. SIRAGUSA, E. GUERRI, *Antitrust Settlements under EC Competition Law*, cit., 189).

¹⁰⁰⁸ E quindi della c.d. speciale responsabilità. Sul punto v. D.M.B. GERARD, *Negotiated remedies in the modernization era*, cit., 10, dove si osserva che i benefici delle decisioni con impegni non si limitano a «*escaping a finding of infringement [...] avoiding a fine, adverse publicity and possible follow-on damages actions*», ma comprendono anche la possibilità di evitare «*increased scrutiny in the future and, as the case might be, a label of dominance*».

¹⁰⁰⁹ Sul punto v. *infra* il capitolo 4, § 3.1.-3.4.

¹⁰¹⁰ In tal senso, vale la pena di osservare fin da ora che, alla luce del mancato accertamento di una violazione, «*plaintiffs bringing [damages] actions would have to establish the existence of a past infringement in order to have any chance of collecting damages*», e che questo «*is plainly one of the advantages of the Article 9 procedure relative to the Article 7 procedures*» (cfr. M. SIRAGUSA, E. GUERRI, *Antitrust Settlements under EC Competition Law*, cit., 192).

¹⁰¹¹ Ai sensi del § 30 degli Orientamenti per il calcolo delle ammende, cit. Sul punto v. S. D'ALBERTI, *Le decisioni con settlement*, cit., 394 dove si osserva che, fra i possibili vantaggi, rientra appunto la «*certezza che la maggiorazione applicata a scopo dissuasivo ai sensi del punto 30 degli orientamenti della Commissione per il calcolo delle ammende non potrà accedere un moltiplicatore pari a due*».

¹⁰¹² Si osserva in effetti che «[q]uesto strumento è tuttavia radicalmente diverso rispetto alle decisioni ex art. 9, visto che la transazione può avere ad oggetto solo l'importo dell'ammenda, senza alcun effetto sulla constatazione dell'infrazione. L'attrattiva è pertanto molto più limitata, in un ambito in cui le imprese temono peraltro azioni civili di risarcimento sulle quali le transazioni non avrebbero alcun impatto» (cfr. M. MEROLA, L. ARMATI, *Brevi riflessioni sui più recenti sviluppi nel diritto della concorrenza dell'Unione europea*, cit., 35).

¹⁰¹³ In effetti, «[s]uccessful court challenges can yield much more than 10 per cent. Therefore, incentives for parties to settle should be substantial» (cfr. l'opinione espressa da M. Hansen in D. VASCOTT, *EU Cartel settlements: are they working?*, cit., 7). Più nel dettaglio, si osserva ad esempio che «*from 1998 to March 2009, the General Court reduced the Commission's fines in twenty successful appeals from € 2,521.5 million to € 2,045.3 million – a reduction of € 476.2 million, that is, an average of an 18 percent reduction of the fine imposed by the Commission*» (cfr. G. OLSEN, M. JEPHCOTT, *The European Commission's Settlement Procedure*, cit., 76). Non si possono utilizzare dati più recenti (pur disponibili all'indirizzo <http://ec.europa.eu/competition/cartels/statistics/statistics.pdf>) in quanto alcuni appelli potrebbero essere ancora pendenti.

¹⁰¹⁴ Premesso che «[a] recent study [cfr. C. VELJANOVSKI, *Penalties for Price-Fixers: An Analysis of Fines Imposed on 39 Cartels by the EU Commission*, in *European Competition Law Review*, 2006, 510] suggested that, between 1999 and 2006, the average reduction in fines in cartels obtained in appeals before the CFI was approximately 18%», si riteneva

Il successo pratico delle soluzioni negoziate suggerisce pertanto che vi siano altri e impliciti vantaggi. Fatti salvi gli aspetti legati al c.d. rischio reputazionale¹⁰¹⁵, uno dei benefici più significativi è rappresentato dalla possibilità di interagire con la Commissione fin dall'inizio della procedura. I contatti avvengono infatti prima della redazione della comunicazione degli addebiti, e quindi in una fase in cui le opinioni di tale istituzione in merito ai principali aspetti della fattispecie oggetto di indagine¹⁰¹⁶ non si sono ancora cristallizzate in un documento formale. Le imprese hanno quindi margini più ampi per influenzare le scelte della Commissione rispetto a quanto accade nell'ambito della procedura "ordinaria", dove i contatti si verificano in una fase più avanzata del procedimento.

Ciò è vero con riguardo a entrambe le procedure negoziate. Nel caso degli impegni, le imprese hanno quindi la possibilità di partecipare attivamente alla definizione dei rimedi¹⁰¹⁷, ottenendo una sorta di controllo sull'esito del procedimento¹⁰¹⁸. Se mediante l'esercizio di tale facoltà le imprese riescono a evitare che i rimedi immaginati incidano su attività relative al loro c.d. *core business*, l'attrattività degli impegni aumenta rispetto alla procedura ordinaria¹⁰¹⁹.

«realistic to expect that the fine reduction should at least match this level» (cfr. M. SIRAGUSA, E. GUERRI, *Antitrust Settlements under EC Competition Law*, cit., 197).

¹⁰¹⁵ Premesso che le imprese *«prefer as little hostile coverage of the infringement as possible»*, con riguardo alle procedure di transazione si osserva ad esempio che *«[e]ngaging in a settlement can help to achieve this, because it gives the companies some influence over the phrasing of the Commission's external communication about the case»*. In effetti, *«there is quite a difference between being portrayed as a dishonest, hard core cartel ring leader and being portrayed instead as a remorseful parent company of a remote and small offshoot, a representative of which happened to have sat in a meeting in which someone raised the possibility of market segmentation, a problem that luckily was just cleared up with the kind help of the Commission»* (cfr. M.P. SCHINKEL, *Bargaining in the shadow of the European settlement procedure*, cit., 474-475). Più nel dettaglio, *«[r]eputational issues may [...] be particularly key for "consumer-facing" undertaking»* (cfr. A. NIKPAY, D. WATERS, *The Emerging Settlement Regime in the UK*, cit., 505, spec. nota 12). Con riguardo alle decisioni con impegni, v. invece C. RABITTI BEDOGNI, *L'autorità garante nell'ultimo triennio*, cit., 172.

¹⁰¹⁶ Come ad esempio la nozione di mercato rilevante, o l'estensione temporale dell'illecito.

¹⁰¹⁷ Con riguardo alle decisioni con impegni, anche la giurisprudenza conferma che *«il meccanismo introdotto dall'articolo 9 del regolamento n. 1/2003 permette all'impresa interessata di partecipare pienamente al procedimento, proponendo le soluzioni che le sembrano più appropriate per rispondere alle preoccupazioni della Commissione ed evitare che la Commissione constati formalmente un'infrazione agli articoli 101 TFUE o 102 TFUE»* (cfr. Trib. 6 febbraio 2014, in causa T-342/11, *CEES e AGES c. Commissione*, ECLI:EU:T:2014:60, § 55). Più in generale, si osserva ad esempio che *«la natura di offerta volontaria da parte dell'impresa degli obblighi (per quanto poi oggetto di precisazione e modifica in seguito al market test e ai contatti con l'Autorità) che sono poi resi vincolanti attraverso il provvedimento emanato dall'Autorità, consente all'impresa di poter partecipare attivamente alle scelte di mercato da compiere e di indirizzare verso modalità per essa sostenibili gli sforzi che le sono richiesti per assicurare il corretto funzionamento del gioco della concorrenza»* (cfr. M. SIRAGUSA, *Le decisioni con impegni*, cit., 392). In altri termini, *«[t]he company will have the possibility of proposing to the Commission remedies which it knows can operate in practice; furthermore, it can fine-tune its proposal to meet the Commission's preliminary concerns while disrupting its business practices as little as possible»* (cfr. S. MARTÍNEZ LAGE, R. ALLENDESALAZAR, *Commitment Decisions ex Regulation 1/2003*, cit., 584). Si osserva tuttavia che l'effettiva portata di tale beneficio va misurata con attenzione: in effetti, *«[t]he ability to better control the solution of the case is also real, but should not be overstated given the many other contingencies involved in the process, which also affect the alleged voluntary character of commitments»* (cfr. D.M.B. GERARD, *Negotiated remedies in the modernization era*, cit., 10).

¹⁰¹⁸ Per tale ragione, si osserva che la possibilità di raggiungere un *«settlement via Article 9 is a mechanism for managing risk»*, in quanto l'impresa coinvolta *«gains control over the remedies implemented, as opposed to the unilateral imposition of remedies (typically, high fines) under an infringement decision»* (cfr. N. DUNNE, *Commitment decisions in EU competition law*, cit., 405.)

¹⁰¹⁹ In tal senso, si afferma in effetti che *«[s]o long as the requested concession does not go too close to the heart of its business model, a negotiated settlement involving a quantifiable sacrifice of business freedom will be more attractive than*

Ma è con riguardo agli accordi transattivi che la possibilità di influenzare la Commissione diviene determinante ai fini della scelta delle imprese verso la soluzione consensuale, permettendo di superare il limite del 10% di riduzione di cui al Reg. (CE) n. 622/2008¹⁰²⁰. Nonostante le dichiarazioni di principio, è infatti difficile credere che Commissione e imprese non discutano di altri aspetti durante il “patteggiamento”¹⁰²¹. Se i contatti con l’impresa nel corso delle prime fasi della procedura transattiva fanno sì che aspetti quali l’ambito del mercato rilevante o la portata temporale dell’illecito siano ridefiniti in modo restrittivo rispetto alle ipotesi iniziali della Commissione, la sanzione può diminuire in misura ben maggiore rispetto al limite formale del 10%¹⁰²². Tale divergenza fra sostanza e forma sembra trovare conferma nella prassi, specie nell’ultimo periodo. Si ha infatti l’impressione che le imprese ricevano di regola vantaggi superiori rispetto a quelli previsti dal Reg. (CE) n. 622/2008¹⁰²³. Un indizio in tal senso è fornito anche dal regime delle circostanze aggravanti e attenuanti. Le prime non sono mai state contestate nell’ambito di un procedimento transattivo¹⁰²⁴;

defending itself robustly» (cfr. ad esempio I. FORRESTER, *Creating New Rules? Or Closing Easy Cases? Policy Consequences for Public Enforcement of Settlements under Article 9 of Regulation 1/2003*, in C.D. EHLERMANN, M. MARQUIS (eds.), *Antitrust settlements under EC Competition Law*, cit., 637, spec. 645).

¹⁰²⁰ Si osserva del resto che «[t]he single most important factor in setting up an attractive, consistent and workable settlement programme is [...] the fine reduction – or range of fine reductions – available to those who opt to come to terms with the competition authority instead of litigating», con l’ulteriore precisazione secondo cui «[t]he reduction must be high enough to provide firms with incentive to come forward, but it cannot be so high that it would undermine deterrence or leniency» (cfr. ad esempio B. LASSERRE, F. ZIVY, *A Principled Approach to Settlements*, cit., 147).

¹⁰²¹ D’altronde, è intuitivo che «[t]he question arises, however, reduced by ten percent of what? After all, according to the European Commission’s 2006 Fining Guidelines, the Commission has a wide margin of discretion in determining the size of the fines». Si osserva allora che «there are at least three other dimensions open for bargaining in cartel cases. One is the determination of the fine base to which the ten percent reduction is applied. A second is the percentages of additional fine reductions that are awarded to subsequent leniency applicants. A third is the eventual phrasing that the Commission uses in its public communications about the cases» (cfr. M.P. SCHINKEL, *Bargaining in the shadow of the European settlement procedure*, cit., rispettivamente, 472 e 462).

¹⁰²² Nel senso che «[a]lthough the ten percent fine reduction may be [non-negotiable], the fine range to which the ten percent reduction is applied certainly is a function of the Commission’s assessment of the case, which in turn depends on the information the Commission has and how it chooses to interpret that information. On all parameters, the settlement procedure allows for finding middle ground. Hence, the fine ultimately levied, which is the product of the various values set by the Commission, is open to negotiation» (cfr. M.P. SCHINKEL, *Bargaining in the shadow of the European settlement procedure*, cit., 473). In altri termini, anche se «[t]he basic parameters for the fine calculations remained [...] in conformity with the Commission’s practice so far», si osserva che «[t]he benefit of the settlement procedure is, however, that companies have the opportunity to openly discuss with the case team the manner in which these parameters should be applied»; cosicché «[b]y giving defendants an opportunity to assert their views on the potential objections against them, the Commission has created some room to make the settlement option more attractive» (cfr. A. ORTEGA GONZALEZ, *The cartel settlement procedure in practice*, cit., 173).

¹⁰²³ Si osserva infatti che «in the early years, there was a sense that the deal would be the same whether the commission settled or went to a decision. I think it led many to say “why bother to settle?” Over the past year, I hear and see that the commission may have changed tack and is focusing the case for settlement purposes on key participants, key conduct and key periods. That should in practice lead to “the deal being better in settlement.” In addition, in recent settlement proceedings the discussions on the volume of the affected turnover seem to be more pragmatic and informal, thus avoiding elaborate reasoning in the final settled decision» (cfr. l’opinione espressa da M. Hansen in D. VASCOTT, *EU Cartel settlements: are they working?*, cit., 8).

¹⁰²⁴ Cfr. J.F. BELLIS, *General Overview of the EU Cartel Settlement Procedure*, cit., 4, dove si rileva che «to this date, the Commission has never increased the fine for aggravating circumstances». Si è visto tuttavia che l’assenza di circostanze aggravanti viene incluso fra quegli elementi che la Commissione deve valutare al momento della selezione iniziale dei casi da sottoporre a transazione (cfr. *supra* la nota 870, nel capitolo 3, § 1.2.2.). L’assenza di decisioni transattive in cui vengano contestate circostanze aggravanti può quindi essere una conseguenza di tale attività di screening, piuttosto che un sintomo della disponibilità della Commissione a negoziare oltre ai limiti

le seconde vengono invece riconosciute con maggiore facilità rispetto a quanto accade nel contesto della procedura ordinaria¹⁰²⁵.

Quanto sopra permette di passare all'esame della prassi applicativa della Commissione.

3.3 La prassi applicativa da parte della Commissione. Impegni e accordi transattivi nell'azione di enforcement della Commissione.

3.3.1 Premessa. L'incidenza di impegni e accordi transattivi nella prassi decisionale della Commissione.

L'esame delle possibili interazioni fra decisioni con impegni, accordi transattivi e *enforcement* (pubblico e privato) del diritto antitrust presuppone alcuni chiarimenti circa la portata della prassi applicativa della Commissione. Per quanto breve, l'analisi deve essere effettuata in prospettiva sia quantitativa che qualitativa¹⁰²⁶.

Per quanto riguarda l'aspetto quantitativo, impegni e accordi transattivi possono essere trattati in modo congiunto. Una buona base di partenza è in entrambi i casi rappresentata dai dati che la Commissione ha recentemente elaborato con riguardo al periodo compreso fra il 2004 e il 2013¹⁰²⁷. In valore assoluto, si registra un numero inferiore di decisioni con impegni rispetto a quello delle decisioni *ex art. 7* reg. (CE) n. 1/2003. A fronte di settantotto decisioni adottate ai sensi di quest'ultima disposizione, solo trentaquattro procedimenti sono chiusi mediante l'accettazione degli impegni proposti dalle imprese¹⁰²⁸. Anche nel periodo post-modernizzazione le

del 10% della riduzione della sanzione.

¹⁰²⁵ Infanti, e «[u]nusually, there were mitigating circumstances reductions for competitive conduct during the lifetime of the cartel and for limited cartel involvement in several of the cases» (cfr. A.L. HINDS, *All settled? Some six years of cartel settlement*, cit., 294).

¹⁰²⁶ Sebbene l'analisi sia limitata alla prassi della Commissione, con riguardo alle decisioni con impegni, nel corso del lavoro si faranno di volta in volta riferimenti anche a talune decisioni emesse dalle ANC, e in particolare dall'AGCM. Ciò anche al fine di evidenziare la diversa frequenza con cui i procedimenti antitrust sono chiusi mediante una decisione con impegni. In argomento, fra i molti, per quanto riguarda l'esperienza europea, v. C. PESCE, *I nuovi strumenti di public enforcement*, cit., 92-98. Per quanto riguarda l'esperienza italiana, invece, v. per tutti G. MAZZANTINI, P. BERTOLI, *Gli impegni nel diritto italiano della concorrenza: un'analisi empirica a cinque anni dalla loro introduzione*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 2013, 141; F. GHEZZI, *La disciplina italiana degli impegni antitrust, ossia l'uso e l'abuso di uno strumento di decisione (troppo) flessibile*, in *Rivista delle società*, 2012, 447; A. GIANNACCARI, C. LANDI, *Antitrust? Grazie, abbiamo altri impegni*, cit., 231; D. OTTOLENGHI, *Le misure cautelari e gli impegni nell'esperienza dell'Autorità garante (2009 e 2010)*, in *Concorrenza e Mercato*, 2011, 151.

¹⁰²⁷ Cfr. Commission Staff Working Document, SWD(2014) 230/2, *Ten Years of Antitrust Enforcement under Regulation 1/2003*, accompanying the document Communication from the Commission to the European Parliament and the Council *Ten Years of Antitrust Enforcement under Regulation 1/2003: Achievements and Future Perspectives*, 2014, spec. 54-60, nonché *To commit or not commit? Deciding between prohibition and commitments*, in *Competition policy brief*, 3/2014, 1.

¹⁰²⁸ Cfr., in ordine cronologico, Commissione 19 gennaio 2005, C(2005) 78, COMP/C-2/37.214 – *Bundesliga*; COMP/A.39.116/B2 – *Coca-Cola*, cit.; Commissione 22 febbraio 2006, C(2006) 521, COMP/B-2/38.381 – *De Beers*; COMP/38.173 – *FA Premier League*, cit.; COMP/B-1/38.348 – *Repsol CPP*, cit.; COMP/C2/38.681 – *Accordo di proroga di Cannes*, cit.; COMP/E-2/39.142 – *Toyota*, cit.; COMP/E-2/39.141 – *Fiat*, cit.; COMP/E-2/39.140 – *DaimlerChrysler*, cit.; COMP/E-2/39.143 – *Opel*, cit.; Commissione 11 ottobre 2007, COMP/B-1/37.966 – *Distrigas*; COMP/39.388 – *Mercato tedesco dell'elettricità all'ingrosso*, cit., e COMP/39.389 – *Mercato tedesco di bilanciamento dell'elettricità*, cit.; COMP/C.39.402 – *RWE Gas Foreclosure*, cit.; Commissione 14 ottobre 2009, C(2009) 7796, COMP/39.416 – *Classificazione delle navi*; COMP/39.316 – *Gas de*

decisioni di accertamento sembrano quindi rappresentare il principale strumento di *enforcement* utilizzato dalla Commissione¹⁰²⁹. La prospettiva cambia però in modo radicale se dal campo di indagine si escludono i cartelli orizzontali, in linea con quanto disposto dal considerando n. 13 reg. (CE) n. 1/2003. Con questa limitazione le decisioni emesse al termine della procedura “ordinaria” scendono infatti a diciannove¹⁰³⁰, a fronte di cinquantanove provvedimenti relativi a cartelli.

La divisione fra cartelli e altre forme di illecito è del resto necessaria per valutare la diffusione degli accordi transattivi. L'indagine è in questo caso limitata al periodo successivo al luglio del 2008, data di entrata in vigore del reg. (CE) n. 622/2008¹⁰³¹. Per quasi due anni non vi è in realtà alcun accordo transattivo. Tutte le otto decisioni relative a cartelli adottate fino a maggio 2010 seguono in effetti la procedura ordinaria¹⁰³². Nel periodo successivo, la Commissione inizia invece a fare affidamento sullo strumento in discussione. Fra il 2010 e il 2013 si registra un certo equilibrio nella prassi: si assiste infatti all'adozione di otto decisioni di accertamento¹⁰³³ e nove decisioni transattive¹⁰³⁴.

France, cit.; COMP/38.636 – *RAMBUS*, cit.; COMP/39.530 – *Microsoft (vendita abbinata)*, cit.; Commissione 17 marzo 2010, COMP/39.386 – *Contratti a lungo termine Francia*; Commissione 14 aprile 2010, COMP/39.351 – *Swedish Interconnectors*; COMP/39.317 – *E.ON Gas*, cit.; COMP/39.596 – *British Airways/American Airlines/Iberia*, cit.; COMP/39.315 – *ENI*, cit.; Commissione 8 dicembre 2010, C(2010) 8760, COMP/39.398 – *Visa MIF*; COMP/39.592 – *Standard & Poor's*, cit.; COMP/39.692 – *IBM servizi di manutenzione*, cit.; Commissione 18 giugno 2012, C(2012) 4028, COMP/39.736 – *Siemens/Areva*; COMP/39.847 – *E-books*, cit.; COMP/39.654 – *Reuters Instrument Codes (RICs)*, cit.; COMP/39.230 – *Rio Tinto Alcan*, cit.; COMP/39727 – *Cez*, cit.; Commissione 23 maggio 2013, C(2013) 2836, COMP/AT.39595 – *Continental/United/Lufthansa/Air Canada*; Commissione 18 dicembre 2013, C(2013) 9194, AT.39678/AT.39731 – *Deutsche Bahn I/II*).

¹⁰²⁹ E ciò potrebbe sembrare ancor più vero considerato che alcune decisioni con impegni sono adottate nell'ambito di un unico procedimento (cfr. ad esempio COMP/39.388 – *Mercato tedesco dell'elettricità all'ingrosso*, cit., e COMP/39.389 – *Mercato tedesco di bilanciamento dell'elettricità*, cit.; AT.39678/AT.39731 – *Deutsche Bahn I/II*); COMP/39.398 – *Visa MIF* e Commissione 26 febbraio 2014, C(2014) 1199, AT.39398 – *Visa Europe Limited*).

¹⁰³⁰ Per i riferimenti v. *infra* la nota 1052, nel capitolo 3, § 3.3.2.

¹⁰³¹ Cfr. art. 2 reg. (CE) n. 622/2008, cit..

¹⁰³² Cfr. Commissione 1° ottobre 2008, C(2008) 5476, COMP/C.39181 – *Cere per candele*; Commissione 15 ottobre 2008, C(2008) 5955, COMP/39.188 – *Banane*; Commissione 12 novembre 2008, COMP/39.125 – *Vetro destinato al settore auto*; Commissione 28 gennaio 2009, COMP/39.406 – *Tubi marini*; Commissione 8 luglio 2009, C(2009) 5355, COMP/39.401 – *E.ON/GDF*; Commissione 22 luglio 2009, C(2009) 5791, COMP/39.396 – *reagenti a base di carburo di calcio e di magnesio utilizzati nelle industrie siderurgica e del gas*; Commissione 7 ottobre 2009, C(2009) 7601, COMP/39.129 – *Trasformatori di potenza*; Commissione 11 novembre 2009, C(2009) 8682, COMP/38.589 – *Stabilizzanti termici*.

¹⁰³³ Cfr. Commissione 23 giugno 2010, C(2010) 4185, COMP/39.092 – *Ceramiche sanitarie e rubinetteria*; Commissione 30 giugno 2010, C(2010) 4387 (come modificata da Commissione 30 settembre 2010, C(2010) 6676) e Commissione 4 aprile 2011, C(2011) 2269, COMP/38.344 – *Acciaio per Precompresso*; Commissione 9 novembre 2010, C(2010) 7694, C.39258 – *Trasporto aereo*; Commissione 8 dicembre 2010, C(2010) 8761, COMP/39.309 – *LCD*; Commissione 12 ottobre 2011, C(2011) 7273, COMP/39.482 – *Frutta esotica*; Commissione 28 marzo 2012, C(2012) 2069, COMP/39.452 – *Ferramenta per finestre e porte-finestre*; Commissione 28 marzo 2012, C(2012) 1959, COMP/39.462 – *Trasporto merci*; Commissione 5 dicembre 2012, C(2012) 8839, COMP/39.437 – *Tubi catodici per schermi di televisori e computer*; Commissione 27 novembre 2013, C(2013) 8286, AT.39633 – *Gamberetti*.

¹⁰³⁴ Cfr. Commissione 19 maggio 2010, C(2010) 3152, COMP/38.511 – *memorie DRAM*; COMP/38.866 – *Fosfati per mangimi*, cit.; Commissione 13 aprile 2011, C(2011) 2528, COMP/39.579 – *Detersivi per i consumatori*; Commissione 19 ottobre 2011, C(2011) 7436, COMP/39.605 – *Vetro CRT*; Commissione 7 dicembre 2011, C(2011) 8923, COMP/39.600 – *Compressori di refrigerazione*; Commissione 27 giugno 2012, C(2012) 4313, COMP/39.611 – *Prodotti per la gestione dell'acqua*; Commissione 10 luglio 2013, C(2013) 4222,

Per quanto riguarda gli impegni, il trend appena evidenziato si conferma anche nel periodo successivo¹⁰³⁵, non coperto dai dati di sintesi elaborati dalla Commissione. Nel corso del 2014 e dei primi sette mesi del 2015¹⁰³⁶ si hanno infatti diciassette decisioni *ex art. 7 reg. (CE) n. 1/2003*, da un lato, e tre decisioni con impegni, dall'altro lato¹⁰³⁷. Fra le decisioni di accertamento, si contano tuttavia solo quattro provvedimenti riguardanti illeciti diversi dai cartelli orizzontali¹⁰³⁸; ben quattordici decisioni coprono invece la più grave tipologia di infrazione dell'art. 101 TFUE.

All'interno di quest'ultima categoria, occorre poi distinguere fra decisioni "ordinarie" e decisioni che recepiscono un accordo transattivo. I dati mostrano la rottura dell'equilibrio menzionato. La maggioranza delle decisioni più recenti includono infatti (anche) una transazione. Ciò si verifica in dieci casi relativi a cartelli orizzontali¹⁰³⁹. Solo in quattro circostanze la decisione non si basa su alcuna forma di negoziazione fra le parti e la Commissione¹⁰⁴⁰.

I dati appena forniti possono essere rielaborati come segue. Dall'entrata in vigore del reg. (CE) n. 1/2003, la Commissione ha definito con impegni circa il 28% dei casi trattati¹⁰⁴¹. Meno del 18% delle decisioni adottate hanno invece riguardato

AT.39748 – *Cablaggi per automobili*; Commissione 4 dicembre 2013, AT.39.914 – *Euro Interest Rate Derivatives*; AT.39.861 – *Yen Interest Rate Derivatives*, cit.

¹⁰³⁵ Tuttavia, l'approccio potrebbe cambiare in futuro. Un'eccessiva preferenza per gli impegni rispetto alle decisioni di accertamento rappresenta infatti una delle accuse principali generalmente mosse all'ex vice-presidente della Commissione Joaquín Almunia, Commissario per la concorrenza (per alcuni riferimenti, e anche per i dati di sintesi che seguono in nota, v. W.P.J. WILS, *Ten Years of Commitment Decisions Under Article 9 of Regulation 1/2003: Too Much of a Good Thing?*, *Concurrences Journal 6th International Conference* "New frontiers of antitrust" (Paris, 15 June 2015; disponibile su SSRN), spec. 5 e 7). In effetti, isolando il periodo in cui il Commissario Almunia è stato in carica si osserva che: (i) fra il 2010 e il 2014 vi sono state otto decisioni di accertamento (sempre al netto dei cartelli), a fronte di sedici decisioni con impegni, mentre (ii) fra il 2005 e il 2009 vi sono state nove decisioni di accertamento, a fronte di tredici decisioni con impegni.

¹⁰³⁶ Il lavoro è infatti aggiornato al 31 luglio 2015.

¹⁰³⁷ Cfr. AT.39.398 – *Visa Europe Limited*, cit.; AT.39939 – *Samsung*, cit.; Commissione 12 maggio 2015, AT.39964 – *Air France-KLM/Delta/Alitalia*, non ancora disponibile nella versione pubblica

¹⁰³⁸ Per i riferimenti v. *infra* la nota 1052, nel capitolo 3, § 3.3.2.

¹⁰³⁹ Cfr. Commissione 15 luglio 2015, AT.40098 – *Blocktrains*, non ancora disponibile nella versione pubblica; Commissione 17 giugno 2015, COMP/40055 – *Parking Heaters*, non ancora disponibile nella versione pubblica; Commissione 10 dicembre 2014, C(2014) 9295, AT.39780 – *Buste*; Commissione 21 ottobre 2014, C(2014) 7602, AT.39924 – *Derivati su tassi di interesse del franco svizzero* (differenziali bid/ask); Commissione 21 ottobre 2014, C(2014) 7605, AT.39924 – *Derivati su tassi di interesse del franco svizzero* (LIBOR); Commissione 25 giugno 2014, C(2014) 4227, AT.39965 – *Funghi*; Commissione 2 aprile 2014, C(2014) 2074, AT.39792 – *Abrasivi in acciaio*; Commissione 19 marzo 2014, C(2014) 1788, AT.39922 – *Cuscinetti auto*; Commissione 5 marzo 2014, C(2014) 1204, AT.39952 – *Borse dell'energia elettrica*; Commissione 29 gennaio 2014, C(2014) 438, AT.39801 – *Schiuma di poliuretano espanso*.

¹⁰⁴⁰ Cfr. Commissione 24 giugno 2015, AT.39563 – *Retail Food Packaging*, non ancora disponibile nella versione pubblica; Commissione 4 febbraio 2015, COMP/AT.39861 – *Yen Interest Rate Derivatives*, non ancora disponibile nella versione pubblica; AT.39574 – *Smart Card Chips*, cit., non ancora disponibile nella versione pubblica; Commissione 2 aprile 2014, C(2014) 2139, AT.39610 – *Cavi elettrici*.

¹⁰⁴¹ E cioè trentasette casi su centotrentatré. Il dato è del resto in linea con quello di studi precedenti, e quindi basati su una diversa finestra temporale. Ad esempio in A. GIANNACCARI, C. LANDI, *Antitrust? Grazie, abbiamo altri impegni!*, cit., 231 si osserva che nel periodo compreso fra il 2006 e il 2011 la Commissione definisce con impegni circa il 33% dei casi trattati, adottando ventitré *commitments decisions* (di cui dieci in casi avviati ai sensi dell'art. 101 TFUE e tredici adottate in casi avviati ai sensi dell'art. 102 TFUE), a fronte di quarantasette decisioni di accertamento (di cui quarantadue adottate in casi avviati ai sensi dell'art. 101 TFUE e cinque

l'accertamento di infrazioni alle regole antitrust diversi dai cartelli orizzontali¹⁰⁴². I cartelli rappresentano il settore in cui l'attività di *enforcement* è più intensa, avendo originato circa il 54% delle decisioni della Commissione¹⁰⁴³.

Escludendo tale fattispecie dall'indagine, il peso degli impegni nell'ambito della prassi decisionale si rafforza ulteriormente. I provvedimenti *ex art.* 9 reg. (CE) n. 1/2003 arrivano infatti a rappresentare più del 60% delle decisioni emesse dalla Commissione¹⁰⁴⁴. La prospettiva è almeno in parte differente negli Stati membri. Non vi sono statistiche ufficiali nell'ambito della REC¹⁰⁴⁵. Studi recenti suggeriscono però che le ANC continuino a utilizzare le procedure "ordinarie" di accertamento quale strumento prevalente di *enforcement*¹⁰⁴⁶. Un'eccezione (almeno parziale) è rappresentata dall'AGCM¹⁰⁴⁷.

Inoltre, focalizzando l'attenzione su tale tipologia di infrazione, si nota che gli accordi transattivi rappresentano meno del 13% delle decisioni adottate dopo l'entrata in vigore del reg. (CE) n. 1/2003¹⁰⁴⁸, e circa il 24% dei provvedimenti relativi

adottate in casi avviati ai sensi dell'art. 102 TFUE).

¹⁰⁴² E cioè ventitré casi su centotrentatré.

¹⁰⁴³ E cioè settantatré casi su centotrentatré.

¹⁰⁴⁴ E cioè trentasette casi su sessanta. Anche questo dato è tendenzialmente in linea con quelli elaborati da altri studi che prendono a riferimento periodi leggermente differenti. Ad esempio, v. W.P.J. WILS, *Ten Years of Commitment Decisions Under Article 9 of Regulation 1/2003*, cit., 4 («[i]f one leaves aside the 55 decisions that concern cartel cases, 5 for which the commitments mechanism is not available, the 29 commitment decisions compare with 17 prohibition decisions (of which 13 with fines), thus representing 63 % of all decisions in non-cartel cases»); M. MARINIELLO, *Commitments or prohibition?*, cit., 2 («[e]xcluding cartels, 62 percent (29 out of 47) of European Commission antitrust decisions from May 2004 to December 2013 did not formally sanction an antitrust violations»).

¹⁰⁴⁵ Il sito dello *European Competition Network*, divide infatti le decisioni fra (i) «aggregate figures on antitrust cases», (ii) «more detailed figures on antitrust cases», (iii) «statistics by type of suspected infringement», ma non da conto della percentuale di casi conclusi in virtù di una decisione con impegni.

¹⁰⁴⁶ In effetti, anche se «[o]verall, commitment decisions adopted by NCAs make up a significant share of the enforcement effort of the ECN», la Commissione osserva che «[t]hey accounted for 23% of all envisaged decisions submitted by the NCAs in the period of May 2004 to December 2013» (cfr. Commission Staff Working Document, SWD(2014) 230/2, cit., 59; nello stesso senso v. anche D.M.B. GERARD, *Negotiated remedies in the modernization era*, cit., 6).

¹⁰⁴⁷ In effetti, si registra un non perfetto allineamento di *policy* fra Commissione e AGCM con riguardo all'utilizzo delle decisioni con impegni, come evidenziato dai seguenti dati di sintesi e comparazione con riferimento al periodo compreso fra il 2006 e il 2011 (ripresi ancora una volta da A. GIANNACCARI, C. LANDI, *Antitrust? Grazie, abbiamo altri impegni!*, cit., 231). Si sono già forniti i dati relativi all'attività della Commissione. L'AGCM ha invece utilizzato lo strumento di cui all'art. 14-ter della legge n. 287/1990 nel 54% dei procedimenti avviati, definendo con l'accettazione di impegni quarantotto casi (di cui diciassette relativi a presunte intese e trentuno a presunti abusi di posizione dominante), a fronte di trentanove decisioni di condanna (di cui trenta relative a una presunta intesa e nove a un presunto abuso di posizione dominante). Il dato non cambia nel periodo successivo. Nel periodo compreso fra il 2012 e giugno 2013, l'AGCM ha infatti definito con impegni quattro dei procedimenti da avviati, tutti relativi a un presunto abuso di posizione dominante (cfr. AGCM 14 marzo 2012, n. 23397, A438 – *Selecta/Poste Italiane*, in *Boll.* n. 11/2012; AGCM 19 giugno 2012, n. 23677, A426 – *Telecom Italia – gare affidamento servizi telefonia fissa e connettività ip*, in *Boll.* n. 25/2012; AGCM 6 settembre 2012, n. 23871, A440 – *Mercato italiano dell'approvvigionamento all'ingrosso del gas naturale*, in *Boll.* n. 36/2012; AGCM 31 gennaio 2013, n. 24190, A442 – *Assofort/ adr-servizi aeroportuali*, in *Boll.* n. 6/2013). Dal punto di vista qualitativo (su cui, per quanto riguarda la Commissione, v. immediatamente *infra* nel testo), si osserva inoltre che il campo di applicazione dell'istituto sembra essere rappresentato, da un lato, «nei procedimenti con unica parte, da casi di abuso di posizione dominante e da intese consistenti in delibere di associazioni di imprese»; dall'altro lato, nei procedimenti plurisoggettivi, da «accordi di cooperazione o intese verticali o [da] accordi aventi ad oggetto la concessione di licenze per lo sfruttamento di diritti di proprietà intellettuale» (cfr. F. CINTIOLI, *Le nuove misure riparatorie del danno alla concorrenza*, cit., 119).

¹⁰⁴⁸ E cioè diciannove casi su centotrentatré.

a cartelli emanati nel medesimo intervallo di tempo¹⁰⁴⁹. Se si limita l'indagine al periodo successivo alla data di adozione della prima decisione transattiva, le percentuali cambiano però in modo significativo. Circa il 60% delle decisioni di accertamento relative a cartelli emesse fra il 2010 e il 2015 include infatti un accordo transattivo¹⁰⁵⁰.

Si può dunque concludere che impegni e transazioni rappresentano, nei rispettivi campi di applicazione, gli strumenti di enforcement più diffusi nella prassi decisionale della Commissione¹⁰⁵¹.

3.3.2 Le decisioni con impegni.

Le decisioni con impegni possono essere oggetto di varie classificazioni. Si può innanzitutto valutare se esista (e nel caso quale sia) un campo di applicazione prevalente di tale istituto. La questione può essere variamente declinata. Si può ad esempio prendere in considerazione la tipologia di (presunto) illecito antitrust. L'azione della Commissione appare in questa prospettiva piuttosto equilibrata, come del resto accade anche con riferimento alle decisioni di accertamento¹⁰⁵². A fronte di sedici decisioni con impegni adottate in procedimenti avviati *ex art.* 101 TFUE, ve ne sono diciannove relative a procedimenti *ex art.* 102 TFUE¹⁰⁵³. La tipologia di

¹⁰⁴⁹ E cioè diciannove casi su settantatré.

¹⁰⁵⁰ E cioè diciannove casi su trentadue.

¹⁰⁵¹ Con riguardo agli impegni, la prassi ha quindi finito per smentire le impressioni di alcuni primi commentatori che avevano predetto che tale strumento sarebbe stato «*unusual and rare*» (cfr. J. TEMPLE LANG, *Commitment Decisions and Settlement with Antitrust Authorities and Private Parties under European Antitrust Law*, in B. HAWK (ed.), *2005 Annual Proceedings of the Fordham Corporate Law Institute*, New York, 2006, 265, spec. 270).

¹⁰⁵² Nel periodo compreso fra il 2004 e giugno 2015, a fronte di dodici decisioni di accertamento adottate *ex art.* 101 TFUE, si registrano infatti dieci decisioni emesse ai sensi dell'art. 102 TFUE, nonché una decisione che riguarda un'infrazione congiunta degli artt. 101 e 102 TFUE. Più nel dettaglio, per quanto riguarda l'art. 101 TFUE, cfr. Commissione 26 maggio 2004, C(2004) 1910, COMP/C-3/37.980 – *Souris-Topp*; Commissione 24 giugno 2004, C(2004) 2180, COMP/A.38549 – *Ordine belga degli architetti*; Commissione 26 ottobre 2004, COMP/38662 – *GDF/ENEL*; Commissione 5 ottobre 2005, C(2005) 3683, COMP/E2/36.623, e 36.820, e 37.275 – *SEP e altri/Peugeot SA*; Commissione 3 ottobre 2007, C(2007) 4471, COMP/D1/37860 – *Morgan Stanley/Visa International*; Commissione 17 ottobre 2007, C(2007) 5060, COMP/D1/38.606 – *Cartes Bancaires*; Commissione 19 dicembre 2007, C(2007) 6474, COMP/34.579 – *MasterCard*, COMP/36.518 – *EuroCommerce*, e COMP/38.580 – *Commercial Cards*; Commissione 16 luglio 2008, C(2008) 3435, COMP/C-2/38.698 – *CISAC*; Commissione 8 dicembre 2010, C(2010) 8952, COMP/39.510 – *ONP*; Commissione 23 gennaio 2013, C(2013) 306, COMP/39.839 – *Telefónica/Portugal Telecom*; Commissione 19 giugno 2013, C(2013) 3803, AT.39226 – *Lundbeck*; Commissione 10 dicembre 2013, C(2013) 8870, AT.39685 – *Fentanyl*. Per quanto riguarda l'art. 102 TFUE, cfr. Commissione 24 maggio 2004, C(2004) 900, COMP/C-3/37.792 – *Microsoft*; Commissione 2 giugno 2004, C(2004) 1958, COMP/38.096 – *Clearstream*; Commissione 15 giugno 2005, COMP/A. 37.507/F3 – *AstraZeneca*; Commissione 29 marzo 2006, COMP/E-1/38.113 – *Prokent/Tomra*; Commissione 4 luglio 2007, COMP/38.784 – *Wanadoo España/Telefónica*; Commissione 13 maggio 2009, COMP/C-3/37.990 – *Intel*; Commissione 22 giugno 2011, C(2011) 4378, COMP/39.525 – *Telekomunikacija Polska*; Commissione 5 marzo 2014, C(2014) 1342, AT.39984 – *OPCOM/CNTEE*; Commissione 29 aprile 2014, C(2014) 2892, AT.39985, *Motorola*; Commissione 15 ottobre 2014, COMP/AT.39523 – *Slovak Telekom*. Per quanto riguarda la violazione di entrambe le disposizioni in discussione, cfr. Commissione 9 luglio 2014, COMP/AT.39612 – *Perindopril (Servier)*, non ancora disponibile nella versione pubblica.

¹⁰⁵³ Ancora una volta, si registra una differenza con l'approccio seguito dall'AGCM. La prassi decisionale di tale istituzione appare infatti orientata a un utilizzo dello strumento in discussione quasi ed esclusivamente in relazione a casi avviati in relazione a presunti abusi di posizione dominante (per i riferimenti, cfr. A. GIANNACCARI, C. LANDI, *Antitrust? Grazie, abbiamo altri impegni!*, cit., 231, spec. 239).

(presunta) infrazione alle regole antitrust non sembra quindi rappresentare un discrimine nell'ambito della casistica in materia di impegni¹⁰⁵⁴.

Si può allora valutare il settore economico di riferimento¹⁰⁵⁵. Questa prospettiva fornisce spunti più interessanti, che saranno approfonditi in seguito. Il punto di partenza è che gli impegni non sono utilizzati in modo uniforme dal punto di vista “orizzontale”. In altri termini, il numero delle decisioni con impegni oscilla a seconda del settore economico interessato. Ancora più variabile è la proporzione fra impegni e decisioni di accertamento. In alcune ipotesi, si registra una netta prevalenza delle decisioni *ex art. 9* reg. (CE) n. 1/2003¹⁰⁵⁶. Ciò accade ad esempio nel settore dei trasporti e dell'energia¹⁰⁵⁷, ma anche dei media e in quello automobilistico¹⁰⁵⁸. In altri casi, l'applicazione pubblica degli artt. 101 e 102 TFUE si affida esclusivamente alle decisioni *ex art. 7* reg. (CE) n. 1/2003. Ciò si verifica ad esempio nel settore farmaceutico e in quello delle comunicazioni, dove non si riscontra alcuna decisione con impegni¹⁰⁵⁹. In altri casi ancora, si ha infine un rapporto più equilibrato. Il riferimento è fra l'altro al settore dei pagamenti e dei servizi finanziari dove si riscontrano quattro decisioni di accertamento e cinque decisioni con impegni¹⁰⁶⁰.

I dati appena riportati forniscono le basi per approfondire l'analisi della prassi decisionale della Commissione. L'indagine non pretende peraltro di affrontare in modo analitico lo studio di tutti i precedenti. Si vogliono piuttosto individuare i principali orientamenti e linee applicative in cui l'utilizzo delle decisioni si è concretamente sviluppato.

3.3.2.1 Le principali categorie funzionali: gli impegni quali strumenti di

¹⁰⁵⁴ Parte della dottrina aveva peraltro predetto tale circostanza, nonostante il fatto che, in un primo momento, lo strumento degli impegni sia stato in effetti utilizzato quasi esclusivamente in casi relativi all'applicazione dell'art. 101 TFUE (v. ad esempio I. FORRESTER, *Creating New Rules? Or Closing Easy Cases?*, cit., 654: «[s]o far, formal settlement procedures have been used at the EU level in eight Article 81 decisions and three Article 82 decisions. Four cases are pending [...], all of which are Article 81 cases. Many of the Article 81 cases concerned some kind of cooperation, in the music or media rights industry, or the airline industry. Repsol and the four cars cases involved vertical restrictions. This is probably not a reliable indication as to the preferences of the Commission in the future. Most of the Article 81 cases arrived as a notification under Regulation 17/62 about a supposed problem of market access. Formal settlements may in future be used in cases of moderate foreclosure»).

¹⁰⁵⁵ L'analisi che segue riposa sui dati elaborati dalla Commissione per il periodo compreso fra il 2004 e il 2013 (cfr. Commission Staff Working Document, SWD(2014) 230/2, cit., spec. 56), aggiornati però al giugno 2015. Nelle note che seguono si darà conto delle modifiche rispetto ai dati forniti in tale documento.

¹⁰⁵⁶ Sempre al netto delle decisioni relative ai cartelli orizzontali.

¹⁰⁵⁷ Nel settore dei trasporti, il periodo di riferimento si è chiuso senza alcuna decisione di accertamento, ma con quattro procedimenti chiusi con l'accettazione degli impegni proposti dalle imprese (si aggiunge AT.39964 – *Air France-KLM/Delta/Alitalia*, cit.). Per quanto riguarda l'energia, undici (11) procedimenti si sono chiusi con l'accettazione di impegni, e solo tre con una decisione di accertamento.

¹⁰⁵⁸ Per quanto riguarda i media, a fronte di cinque decisioni *ex art. 9* reg. (CE) n. 1/2003, cit., si ha una sola decisione *ex art. 7* reg. (CE) n. 1/2003, cit.; per quanto riguarda il settore degli autoveicoli si registrano invece quattro decisioni con impegni e ancora una volta solo una decisione di accertamento.

¹⁰⁵⁹ A fronte, rispettivamente, di cinque e quattro decisioni *ex art. 7* reg. (CE) n. 1/2003 (si aggiungono, rispettivamente, COMP/AT.39612 – *Perindopril (Servier)*, cit., e COMP/AT.39523 – *Slovak Telekom*, cit.).

¹⁰⁶⁰ La situazione di perfetto equilibrio è stata “incrinata” dalla decisione resa in AT.39.398 – *Visa Europe Limited*, cit.

“replica” del meccanismo di esenzione.

Una prima linea di sviluppo è rappresentata dai casi in cui le decisioni con impegni vengono utilizzate per “replicare” le funzioni del meccanismo di esenzione di cui al reg. (CEE) n. 17/62¹⁰⁶¹. Tale affermazione può sembrare controversa: il passaggio dal regime autorizzatorio al modello di eccezione legale rappresenta infatti uno dei capisaldi del processo di modernizzazione. L’idea che gli impegni siano utilizzati per vanificare tale innovazione può dunque apparire sorprendente. In realtà, ciò è dovuto precisamente a quei limiti del meccanismo di esenzione che ne hanno determinato l’abrogazione. Si è visto infatti che il flusso di notifiche causato dalla «vocazione centralizzatrice»¹⁰⁶² del reg. (CEE) n. 17/62 paralizza l’attività della Commissione che non è in grado di esaminare in tempi ragionevoli le questioni che le sono sottoposte. Anche dopo l’entrata in vigore del reg. (CE) n. 1/2003, tale istituzione si trova quindi a dover ancora valutare la compatibilità con l’art. 101(3) TFUE di accordi che le sono stati notificati durante il vecchio regime¹⁰⁶³.

Gli impegni appaiono una buona soluzione per occuparsi delle pratiche arretrate¹⁰⁶⁴. La Commissione evita infatti di utilizzare le proprie risorse per esaminare fattispecie che, con buona probabilità, sarebbero comunque risultate compatibili con l’art. 101 TFUE¹⁰⁶⁵. Tale risultato si ottiene perché nel corso della procedura negoziata

¹⁰⁶¹ In tal senso, fra gli altri, cfr. H. SCHWEITZER, *Commitment Decisions under Article 9 of Regulation 1/2003*, cit., 554; N. DUNNE, *Commitment decisions in EU competition law*, cit., 406).

¹⁰⁶² Per riprendere, ancora una volta, un’espressione di A. TIZZANO, *L’applicazione «decentralizzata»*, cit., 35.

¹⁰⁶³ Con rispetto a tali fattispecie, l’art. 34(1) reg. (CE) n. 1/2003, cit., precisa peraltro che «[l]e domande presentate alla Commissione ai sensi dell’art. 2 reg. (CEE) n. 17/62] e le notificazioni introdotte ai sensi degli [artt.] 4 e 5 dello stesso regolamento, nonché le domande e le notificazioni corrispondenti effettuate ai sensi dei [reg. (CEE) n. 1017/68, reg. (CEE) n. 4056/86, e reg. (CEE) n. 3975/87] perdono efficacia a partire dalla data di applicazione del presente regolamento», e cioè «a decorrere dal 1° maggio 2004» ai sensi dell’art. 45(2) reg. (CEE) n. 1/2003, cit.

¹⁰⁶⁴ Si osserva del resto che «[i]n this regard, commitment decisions share important features in common with the old exemption decision under Article [101(3) TFUE] with conditions and obligations attached, which the Commission could adopt under Regulation 17 but which are no longer available», e vengono quindi utilizzati «in those cases where the pro-competitive effects of an agreement that also restricts competition are uncontroversial but the Commission wants to ensure that the restriction of competition does not go beyond what is necessary to achieve the procompetitive effects» (cfr. H. SCHWEITZER, *Commitment Decisions under Article 9 of Regulation 1/2003*, cit., rispettivamente, 548-549 e 552-553).

¹⁰⁶⁵ Si è visto infatti (cfr. *supra* il testo relativo alle note 299-304, nel capitolo 2, § 2.3.) che il meccanismo di esenzione previsto dal reg. (CEE) n. 17/62, cit., finisce per incentivare le imprese a notificare gli accordi di cui appare certa la compatibilità con l’art. 101(3) TFUE, e non certo le intese pacificamente illecite. Oltre a limitare il rischio delle c.d. «euro-defence», e a favorire l’immunità sanzionatoria, il meccanismo di esenzione finisce quindi per determinare la paradossale situazione per cui la principale attività della Commissione diviene l’esame di pratiche largamente compatibili con l’art. 85 CEE (quelle oggetto di notifica) mentre le più gravi violazioni delle regole antitrust rimangono in massima parte impuniti. La gestione del monopolio esentativo assorbe infatti la maggior parte delle risorse pubbliche, pregiudicando l’efficacia dei controlli sull’osservanza delle regole antitrust. Ciò è del resto confermato dalla prassi. Ad esempio, nel caso *Bundesliga* (cfr. COMP/C-2/37.214 – *Bundesliga*, cit.), poi risolto mediante l’accettazione di impegni (su cui immediatamente *infra* nel testo), la Commissione aveva ricevuto nel 1998 una domanda di esenzione per il meccanismo di vendita accentrata dei diritti calcistici e, nel 2003, dopo una serie di modifiche, aveva già annunciato l’intenzione di valutare positivamente la nuova normativa, in quanto «[i] vantaggi per i consumatori che la disciplina modificata è idonea a raggiungere sono superiori rispetto ai problemi che essa pone in materia di concorrenza» (cfr. Comunicazione a norma dell’articolo 19, paragrafo 3, del regolamento n. 17 del Consiglio Caso COMP/C.2/37.214 – *Vendita congiunta dei diritti mediatici relativi al campionato di calcio tedesco (Bundesliga)*, in GUCE, n. C 261, del 30 ottobre 2003, 13, §

Commissione e imprese possono concordare le modifiche da apportare al testo degli accordi già notificati in modo da eliminare ogni dubbio in merito alla compatibilità con l'art. 101(1) TFUE, o quantomeno circa il rispetto delle condizioni di cui all'art. 101(3) TFUE¹⁰⁶⁶.

Tutte le prime decisioni *ex art. 9* reg. (CE) n. 1/2003 rientrano in tale categoria. Si possono ad esempio ricordare le decisioni rese in *Bundesliga* e *FA Premier League*¹⁰⁶⁷. Si tratta in questi casi di accordi orizzontali di cooperazione fra i principali club calcistici tedeschi e britannici per la negoziazione e la vendita accentrata dei diritti per il mercato televisivo e degli altri media¹⁰⁶⁸. In entrambi i casi, il meccanismo può essere riassunto come segue. I club sono parte di un'associazione¹⁰⁶⁹, cui trasferiscono i rispettivi diritti. L'associazione ha l'esclusiva per la vendita congiunta dei diritti di tutti i club. Oltre a taluni effetti positivi, il sistema di vendita accentrata solleva anche diverse preoccupazioni concorrenziali. Da un lato, si elimina infatti l'autonomia dei club, e in particolare la loro possibilità di influire sui prezzi di vendita dei diritti televisivi¹⁰⁷⁰. Dall'altro lato, si ha un effetto pregiudizievole sul mercato a valle dei servizi televisivi¹⁰⁷¹. Le associazioni (e quindi i club) accettano di modificare il sistema di vendita per risolvere tali problematiche. La soluzione negoziata consiste in particolare nello "spacchettamento" dei diritti e nella riduzione della durata dei

25).

¹⁰⁶⁶ Il punto è ben evidenziato in dottrina: si precisa ad esempio che «[i]n queste ipotesi, la Commissione ha preferito adottare una decisione con impegni piuttosto che dare avvio alla procedura ordinaria *ex art. 7* [reg. (CE) n. 1/2003, cit.], che avrebbe richiesto la valutazione esatta dei risvolti pro-concorrenziali, la definizione precisa degli aspetti lesivi della concorrenza e, con molta probabilità, la chiusura del procedimento con decisione negativa ai sensi dell'art. 10 del [reg. (CE) n. 1/2003, cit.], o di esenzione *ex art. [101(3) TFUE]*» (cfr. C. PESCE, *I nuovi strumenti di public enforcement*, cit., 95); ma già in precedenza, e cioè con riguardo ad alcune delle prime decisioni con impegni, si osserva che la Commissione «preferred to save resources and adopt an *Art. 9* decision, rather than bring the relevant proceeding to an end and assess whether the practices under investigation infringed competition law or could be exempted under *Art. [101(3) TFUE]*», pur chiarendo che «[i]t should be clear, however, that a commitment decision should not replace an *Art. 7* decision, or an exemption decision under *Art. 81(3)*» (cfr. A. PERA, M. CARPAGNANO, *The Law and Practice of Commitment Decisions: A Comparative Analysis*, in *European Competition Law Review*, 2008, 669, spec. 675 e 671).

¹⁰⁶⁷ Cfr. COMP/C-2/37.214 – *Bundesliga*, cit.; COMP/38.173 – *FA Premier League*, cit.

¹⁰⁶⁸ La materia era peraltro già stata affrontata dalla Commissione con riguardo alla UEFA (cfr. Commissione 23 luglio 2003, C(2003) 2627, COMP/C.2-37.398 – *Vendita congiunta dei diritti della UEFA Champions League*).

¹⁰⁶⁹ Rispettivamente, la Liga-Fußballverband e.V. e la Football Association Premier League Limited ("FAPL")

¹⁰⁷⁰ Ciò comporta una concentrazione del mercato, atteso che «in place of twenty clubs, each having a relatively small market share and each pursuing its own media rights policy, the arrangements result in a single (joint) sales organisation with exclusive rights, enjoying significant market share, and pursuing a single sales policy» (cfr. COMP/38.173 – *FA Premier League*, cit., § 25; v. anche COMP/C-2/37.214 – *Bundesliga*, cit., § 22).

¹⁰⁷¹ La possibilità di trasmettere eventi calcistici e di ottenere i ricavi che ne derivano è infatti un aspetto fondamentale nell'ambito della concorrenza fra operatori televisivi. Infatti, nel mercato televisivo «free-TV broadcasters compete for advertising and pay-TV broadcasters compete for subscribers and – usually – advertising. Football has not only proven to be a driving force for the development of pay-TV services but is also an essential programme item for free-TV broadcasters» (cfr. COMP/38.173 – *FA Premier League*, cit., § 22; v. anche COMP/C-2/37.214 – *Bundesliga*, cit., § 23).

contratti¹⁰⁷². Venute meno le preoccupazioni concorrenziali evidenziate nella valutazione preliminare, la procedura viene chiusa con impegni¹⁰⁷³.

In altre occasioni, l'art. 9 reg. (CE) n. 1/2003 viene utilizzato per “esentare informalmente” accordi verticali¹⁰⁷⁴. La decisione relativa al c.d. accordo di *Cannes* e quella resa in *REPSOL* rappresentano due esempi di tale prassi¹⁰⁷⁵. Il primo caso riguarda la proroga di un accordo fra le principali etichette discografiche e alcune società di gestione dei diritti di riproduzione di opere musicali. L'accordo disciplina la gestione e la licenza dei diritti di riproduzione di opere musicali a imprese di registrazione per la fabbricazione di CD e di altri supporti per la riproduzione di brani musicali. Il testo della proroga viene notificato ai sensi del reg. (CEE) n. 17/62. In seguito alla modernizzazione, la Commissione invia alle imprese interessate una valutazione preliminare ex art. 9(1) reg. (CE) n. 1/2003. Tale documento solleva due profili problematici dal punto di vista concorrenziale. Da un lato, viene impedito alle società di gestione di concedere sconti alle società discografiche¹⁰⁷⁶. Dall'altro lato, si prevede una clausola di non concorrenza¹⁰⁷⁷ in accordo alla quale le società di gestione non possono entrare nei mercati dell'editoria musicale o della produzione discografica¹⁰⁷⁸. Le imprese contraenti intervengono su entrambe le questioni,

¹⁰⁷² Per i dettagli, v. COMP/C-2/37.214 – *Bundesliga*, cit., §§ 27-33; COMP/38.173 – *FA Premier League*, cit., §§ 36-37.

¹⁰⁷³ In *Bundesliga*, la Commissione osserva ad esempio che «[t]he commitments reduce the scope and duration of future marketing deals and provide a transparent and non-discriminatory marketing procedure. They improve the accessibility of content for TV, radio and new media operators, make sure that all rights are being made available to the market and thereby contribute to innovation and dampen the concentration tendencies in the media markets» (cfr. COMP/C-2/37.214 – *Bundesliga*, cit., § 41). In *FA Premier League*, tale istituzione aggiunge che «[t]he commitments considerably improve the scope for ex ante competition for the rights [...] allowing potential purchasers the opportunity to combine packages to address differing customer segments» (cfr. COMP/38.173 – *FA Premier League*, cit., § 40). Si osserva allora che «[i]n these cases, the flexible procedural framework of Article 9 enables the parties and the Commission to negotiate conditions and remedies in order to achieve pro-competitive effects» (cfr. M. SIRAGUSA, E. GUERRI, *Antitrust Settlements under EC Competition Law*, cit., 191).

¹⁰⁷⁴ E cioè, ancora una volta, fattispecie «*assai complesse e di controversa interpretazione [...], in cui l'accertamento formale delle restrizioni verticali alla concorrenza avrebbe richiesto approfondimenti istruttori dispendiosi senza che il caso potesse fornire un precedente sufficientemente solido, data la complessità della fattispecie*» (cfr. C. PESCE, *I nuovi strumenti di public enforcement*, cit., 95).

¹⁰⁷⁵ Cfr., rispettivamente, COMP/C2/38.681 – *Accordo di proroga di Cannes*, cit.; COMP/B-1/38.348 – *Repsol CPP*, cit.

¹⁰⁷⁶ Cfr. in particolare art. 9(a) dell'Accordo di proroga di Cannes, ai sensi del quale «[g]iven that royalties and other sums collected by the [collecting societies] are destined for their members, no [collecting society] may under any circumstance give any money to any record company or allow any record company to retain or be paid money in the form of a rebate or reduction of tariff or any other form».

¹⁰⁷⁷ Cfr. in particolare art. 7(a)(i) dell'Accordo di proroga di Cannes, ai sensi del quale «[s]hould a [collecting society] find it right to enter into what could be considered as commercial activity, the said activity [...] shall never be an activity that would be undertaken by a Publisher or a record company».

¹⁰⁷⁸ La Commissione ritiene peraltro che le società di gestione avrebbero i requisiti economici e commerciali per entrare in tali mercati. Infatti, tali imprese «*meet the objective requirements for entering the publishing market, in the sense that they are large organisations, have very good knowledge of the market and have close contacts with authors as a result of their rights' management activities. These factors, in combination with the rapid evolution that the music industry as a whole has been experiencing in recent years, mean that entry by the collecting societies in the publishing market is possible in the medium term. The same reasoning applies mutatis mutandis for the record production markets*» (cfr. COMP/C2/38.681 – *Accordo di proroga di Cannes*, cit., §§ 25-26). Gli effetti negativi sulla concorrenza sono dunque ancora più rilevanti.

impegnandosi a eliminare la clausola di non concorrenza, nonché a ridurre la portata del divieto di sconti¹⁰⁷⁹.

Il secondo caso riguarda il mercato spagnolo della fornitura di carburante alle stazioni di servizio. La Commissione esamina i contratti di fornitura esclusiva a lungo termine che Repsol stipula con tali operatori economici, e in particolare sia con le stazioni di servizio direttamente controllate, che con quelle gestite da terze parti. È quest'ultima fattispecie a sollevare le preoccupazioni concorrenziali più significative. La valutazione preliminare si sofferma sui possibili effetti preclusivi delle clausole di non concorrenza contenute nei contratti rispetto all'entrata di nuovi concorrenti nel mercato rilevante¹⁰⁸⁰. L'impresa propone diversi impegni per affrontare tali problematiche¹⁰⁸¹. Le soluzioni immaginate non superano però la fase di *market test*¹⁰⁸². D'accordo con la Commissione, Repsol modifica il contenuto degli impegni. Il loro oggetto è rivolto sia alle condotte passate che a quelle future, per garantire che il mercato della fornitura all'ingrosso si apra alla concorrenza. Da un lato, Repsol si obbliga a offrire incentivi finanziari alle stazioni di servizio interessate a terminare anticipatamente un contratto di fornitura a lungo termine ancora in corso. Dall'altro lato, l'impresa si impegna a non concludere nuovi contratti di esclusiva a lungo termine, né ad acquisire nuove stazioni di servizio gestite da parti terze.

3.3.2.2 (segue): gli impegni quali strumenti di supporto alla riforma di determinati mercati.

Il tema degli accordi verticali è affrontato anche in occasioni successive e permette dunque di passare all'esame di alcune decisioni che segnano una prima

¹⁰⁷⁹ Il testo della nuova clausola prevede infatti che le società di gestione «*may grant a discount to a record company in the form of a rebate or reductions of tariff or any other form if so decided by the competent body of the Society. This includes, but is not limited to, the following situations (a) giving a discount on a tariff as regards a new form of exploitation for an introductory period or (b) applying normal arm's length commercial conditions such as an allowance for paying on time or early or for improved accounting returns or some similar provision or (c) concluding agreements with associations of users providing for a discount in return of specific services of the members of the association and/or the association facilitating the collection of the remuneration dues from the members of the association to the Society or (d) agreeing a settlement of a dispute between a Society and a record company. All discounts with the exception of the aforementioned situations (a) to (d) shall be included into the Rate (in accordance with Clause 3(a)(i)) and shall not reduce the income for the Societies' members*» (cfr. COMP/C2/38.681 – *Accordo di proroga di Cannes*, cit., § 44).

¹⁰⁸⁰ Nella decisione finale, la Commissione individua tre ragioni principali degli effetti potenzialmente preclusivi rispetto all'accesso al mercato della vendita al dettaglio di carburante di imprese terze, e cioè (i) «*the extent of the non-compete obligations imposed by Repsol CPP (the tied market share of Repsol CPP's sales was deemed considerable, at around [25-35%])*», (ii) «*the non-compete commitments entered into were of substantial duration, especially in the case of agreements of the usufruct or tenancy type, which are long-term agreements (between 25 and 40 years)*», (iii) «*and service station operators and final customers were deemed to be in a weak, fragmented position compared with suppliers, in particular Repsol CPP, which has a substantial market share*» (cfr. COMP/B-1/38.348 – *Repsol CPP*, cit., §§ 20-24, spec. § 24).

¹⁰⁸¹ In sintesi, «*[t]he commitments include provisions on the possibility for service stations to terminate long-term contracts, on a moratorium on supply contracts of a duration exceeding five years, on a moratorium on purchases of stations not supplied by Repsol CPP, and on freedom of discounts by service stations*» (cfr. COMP/B-1/38.348 – *Repsol CPP*, cit., § 27).

¹⁰⁸² Cfr. COMP/B-1/38.348 – *Repsol CPP*, cit., §§ 35-40). Uno degli aspetti più controversi riguarda il pagamento di un corrispettivo a Repsol da parte delle stazioni di servizio per terminare anticipatamente i contratti di fornitura a lungo termine in corso (cfr. COMP/B-1/38.348 – *Repsol CPP*, cit., § 39).

evoluzione nella prassi applicativa delle decisioni con impegni. Lo sviluppo rispetto alla casistica precedente è peraltro parziale. Vi sono infatti elementi di rottura, ma anche diversi punti di contatto. Innanzitutto, i procedimenti non riguardano (più) accordi notificati alla Commissione prima dell'entrata in vigore del reg. (CE) n. 1/2003. Il dato può apparire significativo: la rescissione dei legami con il reg. (CEE) n. 17/62 sembra infatti circostanza idonea a far venire meno la funzionalizzazione degli impegni quale strumento di “replica” del meccanismo di esenzione.

In realtà, l'approccio funzionale non si interrompe: la Commissione continua infatti a utilizzare le decisioni *ex art. 9* reg. (CE) n. 1/2003 per intervenire sul contenuto di accordi contrattuali al fine di garantirne la compatibilità con l'art. 101 TFUE¹⁰⁸³. Ed è proprio questo uno dei principali aspetti di continuità con le decisioni sopra esaminate (e quindi anche con la funzione quasi-autorizzatoria degli impegni)¹⁰⁸⁴. Peraltro, l'elemento di maggiore novità è dato dalla circostanza secondo cui in questa fase si inizia a riscontrare la presenza di finalità ulteriori negli impegni rispetto alla (sola) risoluzione delle preoccupazioni concorrenziali individuate nella valutazione preliminare. Essi cioè iniziano a venire utilizzati dalla Commissione per esprimere scelte di *policy* di più ampio respiro.

Le caratteristiche appena descritte sono ben evidenziate dalle decisioni adottate nel settore automobilistico (*i.e.*, uno di quegli ambiti economici in cui l'azione della Commissione si è affidata in modo più intenso all'art. 9 reg. (CE) n. 1/2003¹⁰⁸⁵). Il riferimento è alle decisioni relative agli accordi conclusi da *Toyota, Fiat, Daimler Chrysler* e *Opel* con i rispettivi partner commerciali per l'offerta di servizi post-vendita¹⁰⁸⁶. Le preoccupazioni concorrenziali riguardano i possibili effetti negativi di tali accordi sugli operatori indipendenti¹⁰⁸⁷. Gli aspetti controversi riguardano la manutenzione e la distribuzione di pezzi di ricambio. Gli operatori autorizzati devono infatti garantire l'esecuzione di una serie completa di servizi di riparazione, oltre ad assumere il ruolo di grossisti. Il potenziale pregiudizio è aggravato dal fatto che le case produttrici non forniscono agli operatori indipendenti l'accesso alle informazioni tecniche necessarie per la riparazione dei veicoli. La combinazione delle clausole contrattuali e del diniego di accesso alle informazioni sulla manutenzione sembra avere effetti preclusivi sul mercato rilevante. È quindi dubbia la compatibilità con l'art. 101(1) TFUE degli accordi in discussione, ma anche la loro esentabilità *ex art. 101(3)* TFUE.

¹⁰⁸³ In effetti, anche se tale seconda categoria di casi «*have moved beyond the Regulation 17 context*», si osserva che questi «*retain a distinct flavor, insofar as the Commission has sought to influence business arrangements within the internal market via the commitment decision device*» (cfr. N. DUNNE, *Commitment decisions in EU competition law*, cit., 407)

¹⁰⁸⁴ Oltre al fatto, già ricordato, che le decisioni riguardano ancora una volta accordi verticali.

¹⁰⁸⁵ Cfr. *supra* la nota 1058, nel capitolo 3, § 3.3.2.

¹⁰⁸⁶ Cfr., rispettivamente, COMP/E-2/39.142 – *Toyota*, cit.; COMP/E-2/39.141 – *Fiat*, cit.; COMP/E-2/39.140 – *DaimlerChrysler*, cit.; COMP/E-2/39.143 – *Opel*, cit.

¹⁰⁸⁷ E, come è noto, «*independent repairers are important to maintain competition in the market because they are the only ones able to exert competitive pressure on the car manufacturers own authorized repair networks*» (cfr. H. SCHWEITZER, *Commitment Decisions under Article 9 of Regulation 1/2003*, cit., 554).

A prescindere dal contenuto degli impegni, va sottolineato che, al momento della loro accettazione, il tema degli accordi verticali delle case automobilistiche era stato da poco disciplinato dal reg. (CE) di esenzione n. 1400/2002¹⁰⁸⁸. Gli impegni imposti alle case automobilistiche per risolvere i potenziali effetti preclusivi sul mercato si inseriscono quindi nell'ambito di una più ampia opera di riforma di un intero settore economico, e ne specificano alcuni elementi¹⁰⁸⁹. L'azione della Commissione sembra quindi funzionale a supportare la riforma, piuttosto che a far venire meno specifiche condotte anticoncorrenziali di determinate imprese¹⁰⁹⁰. È in questo senso che la natura ancillare delle decisioni con impegni rispetto a determinati obiettivi di *policy* della Commissione inizia a emergere.

3.3.2.3 (segue): gli impegni quale strumento di regolazione dei mercati. La liberalizzazione del settore dell'energia (e brevi cenni al settore del trasporto aereo).

Sia l'interesse per l'eliminazione degli effetti preclusivi sul mercato, sia (e soprattutto) la funzionalizzazione degli impegni a obiettivi esterni alla logica (in senso stretto) antitrust, diventano ancora più evidenti passando all'esame di una terza categoria di provvedimenti *ex art.* 9 reg. (CE) n. 1/2003. Il riferimento è alle varie decisioni rese nel settore dell'energia in seguito all'indagine *ex art.* 17 reg. (CE) n. 1/2003 realizzata nel 2007¹⁰⁹¹.

¹⁰⁸⁸ Cfr. regolamento (CE) n. 1400/2002 della Commissione, del 31 luglio 2002, *relativo all'applicazione dell'articolo 81, paragrafo 3, del trattato a categorie di accordi verticali e pratiche concordate nel settore automobilistico*, in GU L, n. 203, dell'1 agosto 2002, 30. Più nel dettaglio, le relazioni contrattuali oggetto delle decisioni in discussione sembrano poter rientrare in un'eccezione all'esenzione generale. L'art. 4(2) reg. (CE) n. 1400/2002, cit., prevede infatti che «l'esenzione non si applica qualora il fornitore di autoveicoli rifiuti di concedere agli operatori indipendenti l'accesso ad informazioni tecniche, attrezzature di diagnostica e altre apparecchiature o attrezzi, compreso tutto il software rilevante, o alla formazione richiesta per la riparazione e la manutenzione di detti veicoli o per l'applicazione di misure di tutela ambientale. Tale accesso deve comprendere in particolare l'utilizzo senza restrizioni dei sistemi di controllo elettronico e di diagnostica degli autoveicoli, la programmazione di tali sistemi in conformità alle procedure standard del fornitore, le istruzioni di riparazione e di formazione e le informazioni necessarie per l'utilizzo delle attrezzature ed apparecchiature di diagnostica e lavoro. L'accesso agli operatori indipendenti deve essere concesso in modo non discriminatorio, pronto e proporzionato e le informazioni devono essere fornite in una forma utilizzabile. Se al bene in questione si applica un diritto di proprietà intellettuale o se esso costituisce un know-how, l'accesso non può essere negato in modo abusivo».

¹⁰⁸⁹ Nel senso che gli impegni proposti dalle case automobilistiche e accettati dalla Commissione «essentially amount to a specification of the requirements under Article 4(2) of regulation 1400/2002, i.e. a specification of the principles of equal treatment in terms of the scope of technical information to be made available to independent repairers, a specification of the scope of any possible exceptions by virtue of which technical information may be legitimately withheld, and a specification of the principle of proportionality with regard to access to technical information» (cfr. H. SCHWEITZER, *Commitment Decisions under Article 9 of Regulation 1/2003*, cit., 555).

¹⁰⁹⁰ Il punto è ben riassunto da P. MOULLET, *How should Undertakings Approach Commitment*, cit., 88, dove si legge che «the Commission was ready to set off to a good start and forget about past infringement under the condition that vehicle producers would show good faith and pro-actively comply with the new regulation. Those cases were an opportunity for the Commission to directly intervene in the general overhaul of the automotive distribution system, instead of restricting itself to sanction old practices».

¹⁰⁹¹ Cfr. Comunicazione della Commissione del 10 gennaio 2007, COM(2006) 851, *indagine a norma dell'articolo 17 del regolamento (CE) n. 1/2003 nei settori europei del gas e dell'elettricità*. Per un'analisi di alcune delle decisioni di cui si discute nel presente paragrafo v., fra i molti, U. SCHOLZ, S. PURPS, *The Application of EU Competition Law in the Energy Sector*, in *Journal of European Competition Law & Practice*, 2011, 62. Più in generale, v. anche F. PERSANO, *L'energia fra diritto internazionale e diritto dell'Unione europea: disciplina attuale e prospettive di sviluppo*,

Come si vedrà in seguito¹⁰⁹², è questo uno degli ambiti più interessanti (e al tempo stesso controversi) per lo studio delle decisioni con impegni. In quasi tutte le occasioni¹⁰⁹³, l'istituto viene infatti utilizzato come strumento di supporto alla liberalizzazione del settore. Gli impegni servono in effetti alla Commissione per incidere sul futuro assetto del mercato dell'energia¹⁰⁹⁴, sia a livello dell'Unione che dei singoli Stati membri, in modo talvolta più incisivo rispetto a quanto previsto dalla stessa normativa di liberalizzazione. L'intervento è quindi rivolto a modellare ciò che sarà¹⁰⁹⁵, piuttosto che a reprimere una specifica condotta anticoncorrenziale. La funzione è pertanto differente rispetto a quella tipica di un'autorità antitrust, e permette alla Commissione di occupare uno spazio regolatorio¹⁰⁹⁶. Si badi: la Commissione non è in effetti una "mera" autorità antitrust, avendo prerogative e funzioni ordinamentali ben più ampie. Tuttavia, esse vanno esercitate secondo specifiche procedure e nel rispetto delle norme dei trattati previste per la produzione legislativa o delegata. Nondimeno, con un'interpretazione lata dei poteri conferiti ad essa dall'art. 9 reg. (CE) n. 1/2003 la Commissione usa la disciplina degli impegni per ottenere obiettivi di regolazione che quest'ultima non è riuscita a raggiungere mediante le – ordinarie – procedure legislative¹⁰⁹⁷. Come anticipato, ciò è (in buona parte) possibile grazie all'interpretazione del principio di proporzionalità resa dalla Corte di giustizia.

Tale rationale si accompagna peraltro all'utilizzo di teoriche particolarmente controverse sotto il profilo della dottrina antitrust¹⁰⁹⁸. Un buon esempio è rappresentato dalla teoria del rifiuto di contrarre da parte dell'impresa dominante¹⁰⁹⁹,

Milano, 2012.

¹⁰⁹² Cfr. *infra* il capitolo 4, § 2.1.3.

¹⁰⁹³ Una (parziale) eccezione è rappresentata dal caso *Siemens/Areva*, due società attive nel campo della tecnologia per il nucleare civile. Le imprese si impegnano infatti a ridurre gli effetti di un patto di concorrenza stipulato in precedenza contestualmente alla creazione di una *joint-venture* (cfr. COMP/39.736 – *Siemens/Areva*).

¹⁰⁹⁴ In tal senso, si parla di un vero e proprio «*Commission's efforts to reshape European energy markets through competition enforcements*» (cfr. N. DUNNE, *Commitment decisions in EU competition law*, cit., 421).

¹⁰⁹⁵ Il cambio di prospettiva dal passato al futuro è del resto ben evidenziato anche dall'avvocato generale Kokott, secondo la quale «*la Commissione, prima di adottare qualsiasi decisione ai sensi dell'art. 9 [reg. (CE) n. 1/2003], deve procedere ad una valutazione della situazione di mercato in cui si collocano gli impegni ad essa offerti. Essa è tenuta a verificare gli effetti che tali impegni esplicheranno sul futuro svolgimento del mercato e se le alternative ad essa note siano parimenti idonee a risolvere il problema identificato in materia di concorrenza*» (cfr. conclusioni dell'avvocato generale Kokott, 17 settembre 2009, in causa C-441/07 P, *Commissione c. Alrosa Company Ltd*, ECLI:EU:C:2009:555, § 74).

¹⁰⁹⁶ Come detto, sul punto v. *infra* il capitolo 4, § 2.1.3. In sintesi, si osserva comunque che «*[c]ommitment decisions may be adopted in sectors where the Commission pursues a specific vision of how markets are to be restructured in order for them to function well, and may then become a substitute for regulation*» (cfr. H. SCHWEITZER, *Commitment Decisions in the EU and in the Member States*, cit., 3). Più nel dettaglio, la Commissione, «*in alcuni casi recenti nel settore dell'energia, ha utilizzato proprio lo strumento giuridico degli impegni per incidere profondamente sull'assetto concorrenziale del mercato in un senso che – almeno un tempo – si sarebbe detto squisitamente regolatorio*» (cfr. C. RABITTI BEDOGNI, *L'autorità garante nell'ultimo triennio*, cit., 175).

¹⁰⁹⁷ Il riferimento è al c.d. "terzo pacchetto" energia, su cui v. *infra* la nota 1432, nel capitolo 4, § 2.1.3.3.

¹⁰⁹⁸ Del resto, «*[r]elaxed proportionality requirements [...] allow [enforcement authorities] to experiment with "innovative" theories and remedies*» (cfr. D.M.B. GERARD, *Negotiated remedies in the modernization era*, cit., 9).

¹⁰⁹⁹ E in particolare, nel caso in cui l'impresa in posizione dominante rifiuti di fornire a un'impresa

e in particolare da parte dei c.d. operatori storici (*i.e.*, i monopolisti naturali). A differenza delle decisioni precedenti (con l'eccezione dei casi *Coca-Cola* e *De Beers*¹¹⁰⁰), la categoria di impegni ora in discussione riguarda infatti procedimenti avviati nei confronti di condotte unilaterali. Come si diceva, i profili concorrenziali in base a cui la Commissione giustifica l'invio delle valutazioni preliminari sono rappresentati dagli effetti preclusivi sul mercato della fornitura di energia derivanti da determinate condotte delle imprese dominanti, che in questo settore operano di regola su più livelli¹¹⁰¹. La struttura di mercato si caratterizza infatti per una significativa integrazione verticale. La casistica è piuttosto variegata, anche considerato l'alto numero di decisioni *ex art. 9* reg. (CE) n. 1/2003 rese nel settore dell'energia¹¹⁰². Si possono comunque individuare alcune principali categorie di provvedimenti.

Come si diceva, un primo gruppo di provvedimenti affronta il tema del rifiuto di contrarre espresso dalle imprese dominanti titolari di una c.d. infrastruttura essenziale. Tale forma di abuso viene individuata in diverse condotte. Da un lato, le ipotesi meno problematiche¹¹⁰³ riguardano i casi in cui le controllate delle imprese dominanti vengono favorite rispetto alle imprese terze con riguardo al trasporto di energia. Si tratta infatti di casi di discriminazione¹¹⁰⁴, in cui alle imprese terze e a quelle collegate all'impresa dominante vengono applicate condizioni differenti con riguardo all'utilizzo della capacità disponibile sulla rete infrastrutturale (*i.e.*, il monopolio

con la quale si trovi in concorrenza su un mercato vicino i servizi indispensabili per l'esercizio dell'attività economica di tale impresa, con il rischio di escluderla dal mercato e quindi eliminare la concorrenza. In argomento, per tutte, v. Corte giust. 26 novembre 1998, C-7/97, *Oscar Bronner GmbH & Co. KG c. Mediaprint Zeitungs- und Zeitschriftenverlag GmbH & Co. KG, Mediaprint Zeitungsvertriebsgesellschaft mbH & Co. KG e Mediaprint Anzeigengesellschaft mbH & Co. KG*, ECLI:EU:C:1998:569. In dottrina, v. C. OSTI, *Nuovi obblighi a contrarre*, Torino, 2004; V. MELI, *Rifiuto di contrattare e tutela della concorrenza nel diritto antitrust comunitario*, Torino, 2003.

¹¹⁰⁰ Cfr., rispettivamente, COMP/A.39.116/B2 – *Coca-Cola*, cit.; COMP/B-2/38.381 – *De Beers*, cit. Di quest'ultimo caso si è già dato conto con riguardo al successivo procedimento dinanzi alla Corte di giustizia (cfr. *supra* il capitolo 3, § 3.1.1.4.). Quanto al primo, invece, va detto che, anche se resa nel corso di un procedimento avviato *ex art. 102* TFUE, la decisione nel caso *Coca-Cola* presenta alcune similitudini con i provvedimenti sopra ricordati nell'ambito del modello applicativo degli impegni che tende a replicare il meccanismo di esenzione. Il procedimento ha infatti ad oggetto alcune pratiche commerciali di *Coca-Cola*, e in particolare talune clausole contrattuali da questa inserite nei contratti di distribuzione. Tali clausole (fra le quali rientrano quelle in tema di fornitura esclusiva, sconti subordinati al raggiungimento di determinati obiettivi o soglie di acquisto, ovvero le pratiche consistenti nel far leva sul potere di mercato di svariate categorie di prodotto) hanno l'effetto di rendere più difficile per i terzi la possibilità di competere unicamente sulla base delle proprie forze. Uno degli aspetti più interessante della decisione in discussione è comunque che la Commissione accetta impegni relativi a tutto il territorio dell'Unione, andando quindi oltre i mercati con riguardo ai quali aveva dato avvio all'indagine ai sensi dell'art. 102 TFUE (sul punto, v. ad esempio P. CAVICCHI, *The European Commission's discretion as to the adoption of Article 9 decisions*, cit., 7; P. MOULLET, *How should Undertakings Approach Commitment*, cit., 91).

¹¹⁰¹ E in particolare nella fase produttiva, del trasporto e dell'approvvigionamento dell'energia (cfr. ad esempio COMP/39.315 – *ENI*, cit., § 3).

¹¹⁰² Cfr. *supra* la nota 1057, nel capitolo 3, § 3.3.2.

¹¹⁰³ Ma in argomento, fra i molti, v. P.I. COLOMO, *Exclusionary Discrimination under Article 102 TFEU*, in *Common Market Law Review*, 2014, 141.

¹¹⁰⁴ Ad esempio, in *Gaz de France*, la Commissione afferma espressamente che, «*despite genuine requests from a number of third-party shippers to reserve capacity, GDF Suez did not conduct an open, transparent and non-discriminatory procedure, for example an open season procedure, to allocate capacity [...] on a long-term basis*» (cfr. COMP/39.316 – *Gaz de France*, cit., § 32).

naturale). Ciò si verifica ad esempio quando le imprese dominanti si oppongono o ostacolano le richieste di accesso dei terzi¹¹⁰⁵, ovvero lo concedendo in modo non conforme rispetto alle effettive necessità¹¹⁰⁶.

Dall'altro lato, vi sono ipotesi più controverse¹¹⁰⁷ in cui alle imprese dominanti viene in sostanza contestato di non aver compiuto ogni tentativo per riuscire a soddisfare le richieste dei propri clienti¹¹⁰⁸. Vi rientrano i casi in cui l'impresa dominante è accusata di aver consapevolmente limitato i propri investimenti nello sviluppo dell'infrastruttura essenziale (c.d. sotto-investimento strategico), causando un'artificiale carenza di capacità da cui è poi derivata (non tanto il rifiuto quanto) l'impossibilità di contrarre¹¹⁰⁹.

In altri casi la "riduzione artificiale" non riguarda l'entità degli investimenti per la gestione del monopolio naturale ma piuttosto la capacità di generazione energetica disponibile¹¹¹⁰. Tale condotta comporta una riduzione nella produzione di energia finalizzata all'aumento dei prezzi per i consumatori finali, e rappresenta quindi un'ipotesi rilevante *ex art. 102(2)(b) TFUE*. Analoghe considerazioni valgono anche per alcune ipotesi di c.d. *margin squeeze*, che si verificano ad esempio quando l'impresa dominante integrata verticalmente alza in modo "artificiale" il prezzo di accesso all'infrastruttura essenziale per ridurre i margini delle imprese attive nei mercati a valle¹¹¹¹.

¹¹⁰⁵ Una delle pratiche più comuni poste in essere a tal fine è quella della prenotazione anticipata della capacità sull'infrastruttura di trasporto, cui le imprese dominanti (verticalmente integrate) accedono di regola a condizioni favorevoli rispetto alle altre imprese (da ultimo, COMP/39727 – *Cez*, cit., §§ 22-33 ma spec. § 33 («*CEZ prevented, or at the very least considerably delayed, the entry of a new competitor into the market by making a potentially pre-emptive reservation in the electricity transmission networks*»). Con l'ulteriore precisazione secondo cui «*[i]n this context it is noteworthy that the mere fact that the current capacities may have been actually used by the essential facility holder for its supply business is not sufficient to exclude an abuse under Article 102 TFEU according to established decision practice*» (cfr. COMP/39.317 – *E.ON Gas*, cit., § 40). Sul punto v. anche COMP/39.316 – *Gaz de France*, cit., §§ 26-30; COMP/39.315 – *ENI*, cit., §§ 45-50.

¹¹⁰⁶ Ad esempio, ancora con riguardo al caso *Gaz de France*, si osserva che «*the preliminary assessment showed that GDF Suez made third-party access to the Fos Cavaou terminal conditional on receiving non-monetary strategic assets in return and that, as a result, no third party (other than Total) obtained long-term capacity*» (cfr. COMP/39.316 – *Gaz de France*, cit., § 32). Sul punto v. anche COMP/39.317 – *E.ON Gas*, cit.; COMP/39.315 – *ENI*, cit., §§ 51-54; COMP/39727 – *Cez*, cit.

¹¹⁰⁷ Tale teoria, infatti, «*goes considerably beyond the parameters of the already controversial refusal to supply doctrine, at least as recognized by the EU courts*», considerato che «*[u]nder this approach, a firm might breach Article 102 TFUE by refusing to supply transport capacity that it does not actually possess, on the basis that it ought to have developed such additional capacity in order to satisfy current or future market demands*» (cfr. N. DUNNE, *Commitment decisions in EU competition law*, cit., 421).

¹¹⁰⁸ Ad esempio, la Commissione ha in un caso ritenuto potenzialmente incompatibile con l'art. 102 TFUE il fatto che l'impresa dominante «*may not have used all available means to make capacities available to its customers*», e in particolare il fatto che questa «*may not have implemented an effective congestion management system to manage the scarce capacities on its network, which could have avoided many of the refused and delayed capacity requests, harming third party transport customers and ultimately consumers*» (cfr. COMP/C.39.402 – *RWE Gas Foreclosure*, cit., § 27).

¹¹⁰⁹ Cfr. ad esempio COMP/39.316 – *Gaz de France*, cit., §§ 37-40; COMP/39.315 – *ENI*, cit., §§ 55-60; COMP/39.351 – *Swedish Interconnectors*, cit.).

¹¹¹⁰ Cfr. ad esempio COMP/39.388 – *Mercato tedesco dell'elettricità all'ingrosso*, cit., e COMP/39.389 – *Mercato tedesco di bilanciamento dell'elettricità*, cit., §§ 28-40).

¹¹¹¹ Cfr. COMP/C.39.402 – *RWE Gas Foreclosure*, cit., §§ 30-32).

Un terzo gruppo di decisioni riguarda infine i rapporti contrattuali delle imprese dominanti. Da un lato, vi sono procedimenti che concernono i contratti di approvvigionamento stipulati dall'impresa dominante, ad esempio con imprese controllate attive nel c.d. mercato di bilanciamento dell'elettricità¹¹¹². Dall'altro lato (e soprattutto), vi sono casi che riguardano i contratti a lungo termine per la fornitura di energia ai c.d. grandi consumatori¹¹¹³. Tali accordi coprono quote rilevanti dell'intero mercato rilevante. Se la relazione contrattuale fra grandi consumatori e imprese dominanti ha durata eccessiva, l'entrata di nuove imprese sul mercato della fornitura di energia è quindi ostacolata¹¹¹⁴. Analoghi effetti preclusivi si verificano anche quando nei contratti di fornitura vengono inserite clausole che vietano alle imprese acquirenti di rivendere l'energia acquistata¹¹¹⁵. La quota "libera" (rappresentata dai contratti con i piccoli consumatori) non riesce infatti a garantire margini di profitto sufficienti a consentire l'entrata nel mercato di nuovi operatori¹¹¹⁶, anche a causa degli investimenti necessari¹¹¹⁷. Le imprese dominanti si impegnano allora a rilasciare parte della propria capacità a favore di quelle concorrenti¹¹¹⁸.

¹¹¹² Più nel dettaglio, le preoccupazioni concorrenziali della Commissione sono in tale occasione dovute al fatto che l'impresa dominante, da un lato, aumenta i propri costi per favorire le imprese produttrici affiliate, trasferendo i costi sul consumatore finale e, dall'altro lato, impedisce ai produttori di energia di altri Stati membri di esportare energia di bilanciamento sul relativo mercato (cfr. COMP/39.388 – *Mercato tedesco dell'elettricità all'ingrosso*, cit., e COMP/39.389 – *Mercato tedesco di bilanciamento dell'elettricità*, cit.).

¹¹¹³ E cioè clienti industriali o imprese che intendono rivendere il gas a grossisti o a fornitori a valle (cfr. ad esempio COMP/B-1/37.966 – *Distrigas*, cit.; COMP/39.386 – *Contratti a lungo termine Francia*, cit.).

¹¹¹⁴ Infatti, «[w]ith very few exceptions, customers only have one gas supplier and therefore competition in the gas supply market only takes place when a contract expires and a new contract is concluded» (cfr. COMP/B-1/37.966 – *Distrigas*, cit., § 2). Pertanto, «[i]f the long-term supply agreements by which the dominant gas supplier delivers gas to major users or resellers [...] last for many years, it is difficult for new entrants to sign-up customers» (cfr. I. FORRESTER, *Creating New Rules? Or Closing Easy Cases?*, cit., 649).

¹¹¹⁵ Infatti, «[b]y limiting the number of potential sellers of electricity and the volumes available for resale, the resale restrictions may have exacerbated the lack of liquidity on the trading market and, consequently, the barriers to entry to the relevant markets» (cfr. COMP/39.386 – *Contratti a lungo termine Francia*, cit., § 38).

¹¹¹⁶ In tal senso, la Commissione osserva che le maggiori preoccupazioni derivano dal fatto che «access to customers could be foreclosed due to the combination of two factors: the duration of the contracts and the volumes of gas tied to Distrigas» (cfr. COMP/B-1/37.966 – *Distrigas*, cit., § 18). Analogamente, la Commissione afferma che «[t]he result of the exclusive nature of the contracts combined with the volumes covered and the duration of the contracts is that a principal supplier seeking to acquire industrial customers from [the incumbent] for the whole of their needs would come up against [the incumbent]'s market foreclosure» (cfr. COMP/39.386 – *Contratti a lungo termine Francia*, cit., § 33).

¹¹¹⁷ In tal senso, la Commissione osserva ad esempio che la conclusione di contratti a lungo termine per la fornitura di energia è una delle condotte poste in essere da E.ON al fine di disincentivare gli investimenti da parte dei concorrenti effettivi e potenziali, assieme alla prassi di offrire ai «new competitors a participation in an E.ON power plants» (cfr. COMP/39.388 – *Mercato tedesco dell'elettricità all'ingrosso*, cit., e COMP/39.389 – *Mercato tedesco di bilanciamento dell'elettricità*, cit., § 42).

¹¹¹⁸ In diversi casi, Commissione e impresa dominante si accordano in effetti per la chiusura negoziale del procedimento sulla base del consenso prestata da quest'ultima a rilasciare quote di capacità alle imprese concorrenti, attuali o potenziale (i.e., soggetti terzi volenterosi di entrare sul mercato). Ad esempio, nel caso relativo ai *Contratti a lungo termine Francia*, l'impresa dominante accetta (fra l'altro) di organizzare il proprio portafoglio clienti in modo tale che almeno il 65% dei volumi siano rimessi sul mercato nel corso della durata del periodo coperto dagli impegni, il cui fine è quindi quello di «ensure that, on average, 65% of EDF's total portfolio volumes in the relevant market are made available every year to EDF's competitors» (cfr. COMP/39.386 – *Contratti a lungo termine Francia*, cit., § 72). Peraltro, impegni relativi al rilascio di capacità sono utilizzati nel settore dell'energia anche nell'ambito di decisioni che non riguardano le relazioni contrattuali delle imprese dominanti (cfr. ad esempio COMP/39.316 – *Gaz de France*, cit., §§ 42-50; COMP/39.317 – *E.ON Gas*, cit.).

Tale rimedio viene peraltro utilizzato anche in settori diversi da quello dell'energia, e specificamente con riguardo alle c.d. alleanze fra compagnie aeree¹¹¹⁹. In questi casi, la cooperazione fra imprese riguarda aspetti fondamentali per la concorrenzialità del mercato (come capacità, orari, commercializzazione e persino la fissazione dei prezzi). Ciononostante, diversi procedimenti vengono chiusi dalla Commissione rendendo vincolanti gli impegni proposti dai vettori. Le proposte mirano appunto a ridurre la capacità dell'alleanza, ad esempio mediante il rilascio di un certo numero di *slot* per consentire alle imprese concorrenti di operare con maggiore frequenza sulle tratte che sollevano maggiori preoccupazioni concorrenziali¹¹²⁰.

Tornando al settore energetico, e a prescindere dalla divisione proposta, gli impegni presentati dalle imprese e accettati dalla Commissione sono piuttosto penetranti. In particolare, si fa un largo utilizzo dei c.d. impegni strutturali. Pur di chiudere i procedimenti mediante una soluzione negoziata¹¹²¹, le imprese accettano infatti di cedere a acquirenti idonei e indipendenti (ivi incluse le imprese concorrenti) parte delle reti infrastrutturali di cui hanno il controllo¹¹²², e talvolta persino parte degli impianti produttivi¹¹²³. Le operazioni di disinvestimento avvengono di regola mediante l'impegno dei soggetti dominanti a cedere le partecipazioni detenute nelle imprese che gestiscono tali infrastrutture essenziali¹¹²⁴. Il fine è quello di eliminare il conflitto d'interessi che si verifica quando la stessa impresa svolge attività su mercati diversi ma collegati, come la gestione della rete di trasporto (nel mercato a monte) e di fornitura di energia (nel mercato a valle)¹¹²⁵.

La possibilità di utilizzare con maggiore facilità i rimedi strutturali rispetto a quanto si verifica nel contesto delle decisioni di accertamento rappresenta una delle principali circostanze che permettono alla Commissione di modificare la (futura) struttura del mercato, e quindi di utilizzare gli impegni in modo funzionale alla

¹¹¹⁹ In argomento, v. ad esempio K. KOSTOPOULOS, *Commitment Decisions: The New Kind of Settlement in European Competition Law – Application in Air Transport*, in *Air & Space Law*, 2009, 13.

¹¹²⁰ Ad esempio, in *British Airways*, i vettori si impegnano, fra l'altro, a rilasciare un certo numero di *slot* negli aeroporti di Londra Heathrow o Londra Gatwick per consentire alle imprese concorrenti di operare fino a ventuno frequenze settimanali supplementari senza scalo sulle rotte fra Europa e Nord America (cfr. COMP/39.596 – *British Airways/American Airlines/Iberia*, cit., §§ 82-87; v. anche COMP/AT.39595 – *Continental/United/Lufthansa/Air Canada*, cit.). In *Air France*, invece, i vettori si impegnano solamente a garantire l'esistenza dei c.d. accordi di pro-rata, nonché la combinabilità delle proprie tariffe e l'apertura dei propri programmi c.d. *frequent flyer* rispetto a quelli delle imprese concorrenti (cfr. AT.39964 – *Air France-KLM/Delta/Alitalia*, cit.).

¹¹²¹ Si osserva che le imprese hanno diversi vantaggi ad agire in questo modo. Ad esempio, «*in the ENI case, the committed undertaking was able to retain some control over its divestiture process. ENI could indeed negotiate its support to new entrants, retain control on some of its pipelines [...], avoid breach of contract (and induced payment of damages) with regard to already booked capacities and propose a specific acquirer to the Commission*» (cfr. P. MOULLET, *How should Undertakings Approach Commitment*, cit., 87).

¹¹²² Cfr. ad esempio COMP/C.39.402 – *RWE Gas Foreclosure*, cit., § 38).

¹¹²³ Cfr. COMP/39.388 – *Mercato tedesco dell'elettricità all'ingrosso*, cit., e COMP/39.389 – *Mercato tedesco di bilanciamento dell'elettricità*, § 57; COMP/39727 – *Cerx*, cit., § 39.

¹¹²⁴ Cfr. COMP/39.315 – *ENI*, cit., §§ 63-72.

¹¹²⁵ Cfr. COMP/39.315 – *ENI*, cit., § 89.

liberalizzazione del settore energetico¹¹²⁶, esercitando quel potere di regolazione cui si è accennato, e su cui si tornerà in seguito¹¹²⁷. Pur caratterizzando tutte le decisioni rese nel settore dell'energia (anche quelle in cui vengono imposti rimedi comportamentali, ad esempio in tema di rilascio di capacità¹¹²⁸), ve ne sono alcune in cui tale aspetto è particolarmente marcato.

Vi è ad esempio il caso già ricordato in tema di c.d. *margin squeeze*¹¹²⁹, in cui la Commissione interviene (*i.e.*, regola) sull'elemento per definizione più importante di ogni mercato, e cioè il meccanismo dei prezzi¹¹³⁰. Sulla regolazione dei prezzi si tornerà però nel prossimo paragrafo. Un buon esempio è allora rappresentato dal caso *Swedish interconnectors*¹¹³¹, dove le modifiche di natura strutturale riguardano – non solo l'impresa dominante ma – l'intera configurazione del mercato rilevante. Mediante l'accettazione degli impegni proposti dall'impresa pubblica che gestisce la rete elettrica svedese, si arriva infatti a ridisegnare la struttura geografica del mercato della trasmissione di elettricità di tale Stato membro (oltre a imporre all'impresa dominante l'obbligo di costruire nuove infrastrutture per aumentare la capacità del sistema).

3.3.2.4 (segue): la regolazione dei prezzi nel settore dei pagamenti e dei servizi finanziari (e non solo).

Come si diceva, la natura regolatoria delle decisioni con impegni è particolarmente evidente nei casi in cui lo strumento viene usato dalla Commissione per intervenire sul meccanismo dei prezzi. Nonostante il riferimento all'equità di cui all'art. 102(2)(a) TFUE, tale funzione non rientra infatti fra le competenze attribuite alle autorità antitrust. Né tantomeno fra quelle che vengono di regola esercitate¹¹³². Le autorità antitrust possono infatti valutare se un prezzo effettivamente praticato da

¹¹²⁶ In effetti, in molte decisioni con impegni relative al settore energetico si fa espresso riferimento alla possibilità che l'attuale struttura di mercato potesse pregiudicare lo sviluppo del mercato liberalizzato (v. ad esempio COMP/B-1/37.966 – *Distrigas*, cit., § 5, dove si rileva che «[t]he concern is that the effect of these long-term contracts could be to foreclose the market to alternative suppliers and therefore hinder the development of competition following liberalisation of the gas sector»).

¹¹²⁷ Cfr. *infra* il capitolo 4, § 2.1.3.

¹¹²⁸ Infatti, «[c]apacity release is but one aspect of market regulation» (cfr. P. MOULLET, *How should Undertakings Approach Commitment*, cit., 87).

¹¹²⁹ Cfr. COMP/C.39.402 – *RWE Gas Foreclosure*, cit., §§ 30-32).

¹¹³⁰ Sul punto v. anche *infra* le note 1418-1419, nel capitolo 4, § 2.1.3.2.

¹¹³¹ Cfr. COMP/39.351 – *Swedish Interconnectors*, cit. Le preoccupazioni concorrenziali riguardano il mercato svedese della trasmissione di elettricità. L'impresa pubblica incaricata di gestire la rete elettrica svedese avrebbe in particolare raziionato la capacità di esportazione dei sistemi di interconnessione fra quest'ultima e le analoghe infrastrutture di altri Stati membri. Tale operazione impedirebbe l'accesso al mercato svedese. Si avrebbe quindi una segmentazione del mercato e una discriminazione tra operatori interni e di altri Stati membri. Come si diceva, per rispondere a tali profili problematici si arriva a disegnare una nuova struttura geografica del mercato rilevante. L'impresa si offre infatti di suddividere il mercato svedese della trasmissione di elettricità in due (o più) zone di c.d. regolamentazione, e la Commissione rende tale divisione obbligatoria per dieci anni, convinta che ciò renda inutile la condotta (potenzialmente) illecita circa il raziamento della capacità dei sistemi di interconnessione.

¹¹³² Si osserva infatti che «the Commission has generally been extremely reluctant to use its power under Article 102 TFEU to address exploitative behaviour and regulate prices» (cfr. P.I. COLOMO, *On the Application of Competition Law as Regulation: Elements for a Theory*, in *Yearbook of European Law*, 2010, 263, spec. 270, nota 39).

un'impresa presenti profili di anticoncorrenzialità, ma non possono fissare *ex ante* quello che ritengono essere il prezzo corretto. Nel contesto delle decisioni con impegni, l'intervento sui prezzi si verifica invece con particolare intensità. Un esempio è quello settore dei pagamenti e dei servizi finanziari.

Nel caso *Standard & Poor's*¹¹³³, le preoccupazioni concorrenziali riguardano ad esempio le tariffe applicate da tale impresa per l'utilizzo dei c.d. codici ISIN. Con tale termine si fa riferimento ai codici numerici che permettono agli istituti finanziari di identificare gli strumenti di investimento. Il caso di specie riguarda i prodotti finanziari emessi negli Stati Uniti. Tale sistema di identificazione è stato sviluppato dall'Organizzazione internazionale per la standardizzazione (in seguito, "ISO")¹¹³⁴, in risposta all'aumento delle operazioni finanziarie a livello internazionale. Si tratta in altri termini di un servizio pubblico rivolto al settore dei servizi finanziari¹¹³⁵. La Commissione ritiene che i corrispettivi caricati da *Standard & Poor's* per la fornitura (in esclusiva¹¹³⁶) di tale servizio pubblico non siano equi. Per valutare l'eccessività delle tariffe, la Commissione si affida al c.d. principio del recupero dei costi applicabili nel contesto dei servizi ISO. In linea con tale principio, l'impresa cui viene affidato il compito di distribuire i codici ISIN non può chiedere più di quanto necessario a coprire i costi sostenuti per la distribuzione¹¹³⁷. Il pagamento del servizio può inoltre essere richiesto solo ai c.d. clienti diretti¹¹³⁸. Gli impegni affrontano entrambe le questioni¹¹³⁹: da un lato, si azzerano le tariffe nei confronti dei clienti indiretti; dall'altro lato, si pone un limite a quelle per i clienti diretti, fissato in 15.000,00 USD annui.

La volontà di intervenire sul meccanismo dei prezzi non è peraltro elemento marginale o accessorio nel contesto delle decisioni in discussione. Il punto è ben evidenziato nel caso *Reuters Instruments Codes*¹¹⁴⁰, dove l'accordo fra Commissione e

¹¹³³ Cfr. COMP/39.592 – *Standard & Poor's*, cit.

¹¹³⁴ Come standard ISO 6166, che rappresenta «*the only unique, standardised and internationally recognised identification system for securities*» (cfr. COMP/39.592 – *Standard & Poor's*, cit., §§ 15-16).

¹¹³⁵ Cfr. COMP/39.592 – *Standard & Poor's*, cit., § 29 («*the ISO standard 6166 was developed at international level as a public service to the financial services industry*»).

¹¹³⁶ Infatti, *Standard and Poor's* «*is the only allocator of US ISINs and the only operator to receive first-hand information from all US securities issuers*»; al contrario, «*[o]ther companies which distribute ISINs are not first-hand distributors, as they are not the source of the ISINs*» (cfr. COMP/39.592 – *Standard & Poor's*, cit., rispettivamente § 3 e § 12).

¹¹³⁷ Più specificamente, detta impresa «*must not charge, for the distribution of ISINs, more than necessary to recover the costs incurred for such distribution and only if they are the direct supplier of ISINs. Furthermore, according to the same principle, in the absence of a direct supply, NNAs should not charge for the mere use of ISINs. In other words, charges to direct users should observe the cost recovery principle and there should be no charges to indirect users*» (cfr. COMP/39.592 – *Standard & Poor's*, cit., § 29).

¹¹³⁸ Secondo la Commissione, infatti, «*[t]wo groups of users of US ISINs can be distinguished. First, S&P distributes ISINs to Information Service Providers ("ISPs"), that is to say, financial data vendors, and to some financial institutions which wish to obtain their numbers directly from S&P (direct users). Most financial institutions, however, prefer to obtain ISINs from ISPs together with other data rather than directly from S&P (indirect users). S&P charges both direct and indirect users a license fee for the distribution and the use of ISINs*» (cfr. COMP/39.592 – *Standard & Poor's*, cit., § 14).

¹¹³⁹ Cfr. COMP/39.592 – *Standard & Poor's*, cit., §§ 45-51).

¹¹⁴⁰ Cfr. COMP/39.654 – *Reuters Instrument Codes (RICs)*, cit.

impresa (e invero anche altri operatori del mercato) circa il prezzo di una licenza rappresenta una condizione fondamentale per l'accettazione degli impegni. La questione è per certi versi simile a quella affrontata in *Standard & Poor's*. Si tratta infatti della fornitura a livello globale da parte di Thomson Reuters di informazioni per gli operatori attivi sul mercato dei servizi finanziari. Le preoccupazioni concorrenziali derivano ancora una volta dalle condizioni di utilizzo di una serie di codici (i c.d. *Reuters instrument codes*, in seguito "RIC") che permettono l'identificazione di titoli e sedi di negoziazione. Secondo la Commissione, Thomson Reuters applica ai propri clienti determinate restrizioni circa l'utilizzo dei codici RIC, che hanno l'effetto di impedire (o quantomeno ostacolare) l'eventuale passaggio ad altri fornitori di simili dati e informazioni. Gli operatori finanziari che passano a imprese concorrenti di Thomson Reuters non possono infatti continuare a utilizzare i codici RIC in base ai quali hanno organizzato i propri sistemi e database¹¹⁴¹. L'impresa si impegna quindi a istituire una nuova forma di licenza che permetta il passaggio a nuovi fornitori. Ciò che interessa è che la nuova licenza viene fornita dietro il pagamento di un canone mensile da parte dei clienti di Thomson Reuters. Nella fase di c.d. *market test*, uno degli elementi più contestati è rappresentato (appunto) dal prezzo ipotizzato da Thomson Reuters. Per vedere accettati i propri impegni, l'impresa deve quindi ridurre il corrispettivo inizialmente immaginato¹¹⁴². Il prezzo futuro di un servizio sembra quindi divenire il punto centrale dell'accordo con la Commissione.

Analoghe considerazioni valgono anche per la recente decisione in *Visa Europe*¹¹⁴³. Il caso riguarda le commissioni d'interscambio pagate dalle banche degli operatori economici al dettaglio che accettano pagamenti tramite carte di credito alle banche dei titolari di queste ultime (le c.d. "MIF")¹¹⁴⁴. A seguito delle preoccupazione espresse dalla Commissione¹¹⁴⁵, Visa Europe (*i.e.*, un'associazione fra circa cinquemila banche europee operanti nel settore dei pagamenti con carta di credito) si impegna

¹¹⁴¹ L'effetto di tale divieto è reso ancora più intenso dal fatto che, contestualmente, viene altresì vietato ai terzi di realizzare tabelle di corrispondenza relative ai codici RIC.

¹¹⁴² Oltre a estendere alcune condizioni della licenza.

¹¹⁴³ Cfr. AT.39.398 – *Visa Europe Limited*, cit.

¹¹⁴⁴ Le c.d. MIF rappresentano una parte (invero piuttosto rilevante) delle commissioni complessive che gli operatori economici al dettaglio pagano quando un consumatore utilizza una carta di credito. Infatti, «*Interchange fees are in effect paid by a merchant's bank (the 'acquirer') to a cardholder's bank (the 'issuer') for each transaction made at a merchant outlet with a payment card. When a cardholder uses a payment card to buy goods or services from a merchant, the merchant in effect pays a MSC to its acquirer. The acquirer keeps part of the MSC (the acquirer margin), a part is passed on to the issuer (the MIF) and a part is paid to the scheme operator (scheme fees collected by Visa Europe). In practice, a large part of the MSC is determined by the MIF*» (cfr. AT.39.398 – *Visa Europe Limited*, cit., § 22).

¹¹⁴⁵ E in particolare dal fatto che le c.d. MIF «*have as their object and they also have as their effect an appreciable restriction of competition in the acquiring markets to the detriment of merchants and, indirectly, their customers*». Da un lato, infatti, tali commissioni «*appear to inflate the base on which acquirers set the MSCs by creating an important cost element common to all acquirers*» e non sembrano inoltre «*objectively necessary*». Dall'altro lato, inoltre, il loro effetto restrittivo «*is further reinforced by the[ir] effect [...] on the network and issuing markets as well as by other network rules and practices, namely the Honour All Cards Rule (the 'HACR'), the No Discrimination Rule (the 'NDR'), blending and the segmentation of acquiring markets due to rules restricting cross-border acquirings*». Dall'altro lato ancora, infine, le MIF «*do not meet the requirements for an exception under [art. 101(3) TFUE] of producing efficiencies with a fair share of the resulting benefit being passed on to consumers*» (cfr. AT.39.398 – *Visa Europe Limited*, cit., § 23).

infatti a ridurre le MIF applicate rispetto alla prassi commerciale precedente, fissando inoltre un massimale¹¹⁴⁶.

Si tratta dunque di uno dei diversi casi decisi dalla Commissione in materia di commissioni interbancarie concordate a livello multilaterale¹¹⁴⁷. Le questioni presentano in effetti varie similitudini con quelle già affrontate nel caso *MasterCard*¹¹⁴⁸, deciso dalla Commissione con una decisione di accertamento, poi confermata da Tribunale e Corte di giustizia¹¹⁴⁹. Un'altra decisione con impegni era inoltre stata adottata in precedenza proprio nei confronti di *Visa Europe*¹¹⁵⁰. La diversità di soluzioni rileva in diverse prospettive. Da un lato, si dimostra che anche in casi non dissimili la Commissione può seguire sia la via ordinaria che quello degli impegni, non sentendosi vincolata dalle scelte effettuate in precedenza. Come si vedrà¹¹⁵¹, ciò appare necessario per non pregiudicare l'efficacia deterrente del sistema di applicazione pubblica delle regole antitrust. Dall'altro lato, il fatto che in situazioni non dissimili si arrivi, talvolta, all'accertamento dell'illecito e, talvolta, alla chiusura negoziata del procedimento, potrebbe sembrare non in linea con il considerando n. 13 reg. (CE) n. 1/2003. Nel caso di specie, la portata di tale osservazione è tuttavia ridotta, atteso che la Commissione non impone alcuna ammenda.

L'intervento sui prezzi non è peraltro limitato al settore economico dei pagamenti e dei servizi finanziari. Fuori da tale ambito si può ad esempio ricordare il caso delle ferrovie tedesche¹¹⁵². Si tratta di un'ipotesi di c.d. *margin squeeze* sul mercato del trasporto ferroviario di merci e passeggeri. Le preoccupazioni concorrenziali riguardano il regime di tariffazione e scontistica della c.d. corrente di trazione, e cioè dell'energia utilizzata dai vettori per il trasporto ferroviario. Gestendo (a monte) la rete per la distribuzione, *Deutsche Bahn* è l'unico fornitore di corrente di trazione ai vettori attivi nel mercato (a valle) del trasporto ferroviario, sul quale opera in quanto impresa integrata verticalmente. Si è quindi in presenza delle condizioni che possono favorire il c.d. *margin squeeze*¹¹⁵³. Gli impegni affrontano il tema della compressione dei

¹¹⁴⁶ Più nel dettaglio, (le imprese parte di) Visa Europe si impegna(no) a ridurre le MIF applicate per una componente compresa fra il 40% e il 60% rispetto alla prassi commerciale precedente, e a fissare il massimale allo 0,3% per tutte le operazioni mediante carta di credito eseguite da consumatori.

¹¹⁴⁷ In argomento, fra i molti, cfr. J. DALE MATHIS, *European Competition Law and Multilateral Interchange Fees in the Market for Payment Cards: A Critical Outlook*, in *European Competition Law Review*, 2013, 139.

¹¹⁴⁸ Cfr. COMP/34.579 – *MasterCard*, cit., COMP/36.518 – *EuroCommerce*, cit., COMP/38.580 – *Commercial Cards*, cit.

¹¹⁴⁹ Cfr., rispettivamente, Trib. 24 maggio 2012, in causa T-111/08, *MasterCard, Inc. e altri c. Commissione europea*, ECLI:EU:T:2012:260, e Corte giust. 11 settembre 2014, in causa C-382/12 P, *MasterCard Inc. e altri c. Commissione europea*, ECLI:EU:C:2014:2201.

¹¹⁵⁰ Cfr. COMP/39.398 – *Visa MIF*, cit.

¹¹⁵¹ Cfr. *infra* il capitolo 4, § 2.2.2. e spec. § 2.2.2.3.

¹¹⁵² Cfr. AT.39678/AT.39731 – *Deutsche Bahn I/II*, cit.

¹¹⁵³ E cioè, secondo la giurisprudenza, quelle circostanze che «possono sussistere allorché i comportamenti di un'impresa verticalmente integrata in posizione dominante su un mercato a monte consistono nel tentare di escludere concorrenti almeno altrettanto efficienti sul mercato a valle, segnatamente mediante la compressione dei margini di cui essi dispongono. Tali comportamenti sono infatti idonei, in particolare a causa degli stretti nessi che legano i due mercati rilevanti, a produrre l'effetto di affievolire la concorrenza sul mercato a valle», giacché, «[d]el resto, in tale situazione, in assenza di qualsiasi altra giustificazione economica obiettiva, tali comportamenti possono essere spiegati soltanto con l'intenzione dell'impresa dominante di impedire lo

marginari sotto due profili principali. Da un lato, si immagina un nuovo sistema tariffario, basato su prezzi differenti per l'approvvigionamento di corrente di trazione e l'accesso alla rete di distribuzione. Dall'altro lato, si dispone che le tariffe applicate non possano più prevedere sconti in base al volume consumato o alla durata della fornitura, e siano quindi uguali per tutte le imprese ferroviarie. Entrambe le (principali) misure rese obbligatorie *ex art. 9 reg. (CE) n. 1/2003* sono quindi funzionali alla regolazione del prezzo del fattore di produzione indispensabile per le imprese ferroviarie.

Il tema della regolazione dei prezzi è ancora più marcato in *Rambus*¹¹⁵⁴. Gli impegni accettati dalla Commissione consistono infatti nell'azzeramento e nella fissazione di un importo massimo per alcune tipologie di *royalties* che l'impresa titolare di determinati brevetti in materia di memoria c.d. DRAM può chiedere ai produttori di schede basate su tale tecnologia. Vi sono diversi motivi di interesse nella decisione in discussione. Il caso si differenzia innanzitutto rispetto a quelli di cui si è detto in precedenza. Non vi è infatti alcun parametro oggettivo in base al quale valutare il carattere eccessivo (o ingiusto) delle *royalties* richieste¹¹⁵⁵. L'eccessività non sembra infatti derivare dal valore assoluto dei diritti, ma piuttosto dal fatto che l'impresa titolare ha dato luogo a una c.d. "imboscata brevettuale" nel corso del processo di c.d. *standard setting* volto a garantire la compatibilità e l'interoperabilità dei dispositivi basati sulla tecnologia DRAM¹¹⁵⁶. Tale osservazione permette di introdurre la prossima (e ultima) categoria di impegni in cui si è deciso di dividere la prassi decisionale della Commissione.

3.3.2.5 (*segue*): gli impegni quale strumento flessibile per i c.d. nuovi mercati.

Quest'ultima categoria è forse la meno omogenea, sia dal punto di vista delle questioni sostanziali affrontate, sia nella prospettiva dei rimedi immaginati. Il *trait d'union* è però rappresentato dal fatto che la Commissione utilizza le decisioni con impegni per elaborare soluzioni flessibili alle (mutevoli) problematiche concorrenziali che si sviluppano sui c.d. nuovi mercati. Si tratta infatti di scenari in rapida e continua

sviluppo della concorrenza sul mercato a valle e di rafforzare la propria posizione, o anche di conquistare una posizione dominante su quest'ultimo con mezzi diversi dai propri meriti» (cfr., fra le più recenti, causa C-52/09, *TeliaSonera*, cit., §§ 87-88).

¹¹⁵⁴ Cfr. COM/38.636 – *RAMBUS*, cit.

¹¹⁵⁵ Come invece accade, ad esempio, in COM/39.592 – *Standard & Poor's*, cit. In effetti, si osserva che *Rambus* «constituted a rather isolated case in which the Commission decided to enact a maximum licensing price without there being any generally recognized directing principle to serve as a reference. The absence of any pricing guidelines was also one of the reasons why an infringement would have been hard to establish under art. 7 [reg. (CE) n. 1/2003], as well as a good incentive for the Commission to enter into commitment proceedings» (cfr. P. MOULLET, *How should Undertakings Approach Commitment*, cit., 94).

¹¹⁵⁶ In sintesi, ciò significa che (i) *Rambus* ha partecipato al processo di adozione degli standard normativi relativi al settore in discussione, senza rivelare di essere titolare di brevetti relativi a tecnologie essenziali ai fini degli standard negoziati, e che (ii) una volta che tali tecnologie essenziali sono state rese obbligatorie per l'intera industria, *Rambus* ha iniziato a far valere i propri brevetti, richiedendo il pagamento di *royalties*. Alla luce di ciò, «[i]n *Rambus*, the prices charged for access to standard-essential patents were argued to be excessive, given the historical context of an alleged anticompetitive patent ambush that led to the incorporation of proprietary technology within an industry-wide standards» (cfr. N. DUNNE, *Commitment decisions in EU competition law*, cit., 422).

evoluzione, in cui la Commissione si mostra talvolta disponibile ad accettare impegni (anche) nel corso di procedimenti relativi a pratiche che sembrano *prima facie* costituire delle infrazioni gravi delle regole di concorrenza, pur di intervenire rapidamente sull'assetto del mercato¹¹⁵⁷.

Tali aspetti sono bene evidenziati dalla prassi relativa al mercato dei servizi tecnologici. Come si diceva, alcuni casi affrontano tematiche o propongono soluzioni piuttosto eterogenee, che si sono già trattate nei paragrafi che precedono. Ad esempio, in *Samsung*¹¹⁵⁸ si discute nuovamente dei c.d. brevetti essenziali, e cioè di quelle privative che coprono tecnologie indispensabili per la realizzazione di prodotti compatibili con le regole tecniche comuni stabilite nei processi di c.d. *standard setting*¹¹⁵⁹. Samsung è in particolare titolare di alcuni brevetti essenziali nel settore delle telecomunicazioni, segnatamente con riguardo al sistema mobile universale di telecomunicazioni (c.d. UMTS). La pratica che solleva profili di anticoncorrenzialità si differenzia però da quella oggetto del caso *Rambus*. Non si tratta in altri termini di una c.d. imboscata brevettuale: prima della fissazione degli standard, la titolarità dei brevetti viene infatti correttamente comunicata all'Istituto europeo per gli standard nelle telecomunicazioni (c.d. ETSI), assieme all'impegno di Samsung a concedere le relative licenze a condizioni eque, ragionevoli e non discriminatorie (c.d. FRAND¹¹⁶⁰).

L'attenzione della Commissione riguarda quest'ultimo aspetto. Viene in particolare scrutinata la strategia processuale di Samsung nei confronti di Apple con riguardo, appunto, alla concessione degli accordi di licenza. La condotta viene attuata mediante l'avvio di azioni inibitorie dinnanzi alle corti di vari Stati membri, per reagire al fatto che tale impresa utilizzava le tecnologie coperte da brevetto senza aver concluso alcun accordo di licenza. Pur riconoscendo che la tutela giurisdizionale rientra fra i diritti dei titolari di brevetti¹¹⁶¹, la Commissione ritiene che tale condotta potrebbe integrare una condotta abusiva¹¹⁶², alla luce delle circostanze eccezionali del

¹¹⁵⁷ Del resto, premesso che «[l]a presentazione d'impegni al fine di evitare una decisione negativa per abuso di posizione dominante (con relativa sanzione ma anche obblighi puntuali di facere) appare particolarmente adatta quando la fattispecie esaminata non sia facilmente riconducibile a un precedente, il che accade spesso soprattutto nei mercati delle tecnologie e dei servizi legati a internet», si osserva che «[q]uesti ultimi, a dispetto della stagnazione generale dell'economia, si stanno sviluppando molto velocemente, facendo emergere nuovi mercati, in cui l'operatore o la tecnologia che s'impongono sul mercato finiscono spesso per detenere una posizione dominante se non addirittura un monopolio. In questi casi, vista la novità delle questioni, vanno sempre più affermandosi soluzioni negoziate» (cfr. M. MEROLA, L. ARMATI, *Brevi riflessioni sui più recenti sviluppi nel diritto della concorrenza dell'Unione europea*, cit., 31).

¹¹⁵⁸ Cfr. AT.39.939 – *Samsung*, cit.

¹¹⁵⁹ In argomento, fra i molti, v. D. GERADIN, *Standards, Intellectual Property and European Competition Policy*, in I. GOVAERE, D. HANF, *Scrutinizing Internal and External Dimensions of European Law Liber Amicorum Paul Demaret*, Bruxelles, 2013, spec. 589.

¹¹⁶⁰ E cioè *fair reasonable and non-discriminatory*.

¹¹⁶¹ Ovviamente, infatti, il titolare di un brevetto, anche essenziale, «is generally entitled to seek injunctions as part of the exercise of its IP rights. The seeking of injunctions cannot therefore, in itself, constitute an abuse of a dominant position» (cfr. AT.39.939 – *Samsung*, cit., § 55).

¹¹⁶² Essenzialmente perché detta condotta può avere, da un lato, l'effetto di indurre «Apple to accept disadvantageous licensing terms, compared to those which Apple may have accepted in the absence of injunctions being sought», e, dall'altro lato, l'effetto di escludere «Apple, a rival manufacturer of UMTS-compliant mobile devices from the market» (cfr. AT.39.939 – *Samsung*, cit., § 62). Ciò anche considerato che quando una determinata tecnologia viene integrata

caso di specie¹¹⁶³. Come si vedrà¹¹⁶⁴, il tema non ha alcun precedente nella giurisprudenza dell'Unione. Gli impegni proposti affrontano le preoccupazioni concorrenziali sotto due profili. Da un lato, si immagina un sistema per la concessione di licenze (a condizioni c.d. FRAND) basato su un periodo di negoziazione fra Samsung e l'impresa interessata della durata massima pari a dodici mesi, seguito dall'eventuale deferimento della questione a arbitri o al giudice, se non si raggiunge l'accordo sui termini della licenza. Dall'altro lato, si vieta a Samsung di avviare azioni inibitorie nei confronti delle imprese che si siano conformate a tale meccanismo.

Come nei casi *Visa Europe* e *MasterCard*¹¹⁶⁵, un ulteriore aspetto di interesse è che la questione sostanziale è identica a quella affrontata anche nel caso *Motorola*¹¹⁶⁶, definito seguendo la procedura ordinaria. Una differenza significativa è che in questo caso i due provvedimenti sono adottati contemporaneamente¹¹⁶⁷. Pertanto, non solo si conferma che la Commissione non si ritiene vincolata alle scelte procedurali effettuate in precedenza, ma anche che essa considera possibile l'uso congiunto di impegni e procedura ordinaria. Si ribadisce inoltre che in tali circostanze¹¹⁶⁸ l'imposizione di sanzioni sembra inopportuna¹¹⁶⁹, anche alla luce del considerando n. 13 reg. (CE) n. 1/2003.

Le similitudini rispetto alla prassi precedente sono ancora più evidenti in *IBM*¹¹⁷⁰. Si tratta infatti di un caso relativo a servizi di manutenzione post vendita¹¹⁷¹, in cui all'impresa produttrice viene contestata una condotta escludente a danno degli operatori indipendenti¹¹⁷², attuata mediante un c.d. rifiuto «costruttivo» di contrarre

in uno standard accade di regola che le tecnologie alternative e concorrenti scompaiano più o meno spontaneamente dal mercato.

¹¹⁶³ Le ragioni eccezionali sono essenzialmente due: da un lato, il fatto che Samsung si è impegnata a concedere le licenze a condizioni c.d. FRAND; dall'altro lato, il fatto che Apple si è dichiarata disponibile a concludere un accordo di licenza purché, appunto, a condizioni c.d. FRAND.

¹¹⁶⁴ Cfr. *infra* il testo relativo alle note 1357-1371, nel capitolo 4, § 2.1.2.5.

¹¹⁶⁵ Cfr., rispettivamente, AT.39.398 – *Visa Europe Limited*, cit., e COMP/34.579 – *MasterCard*, cit., COMP/36.518 – *EuroCommerce*, cit., COMP/38.580 – *Commercial Cards*, cit.

¹¹⁶⁶ Cfr. AT.39.985, *Motorola*, cit. Sul tema del rapporto fra brevetti essenziali e c.d. *standard setting* è recentemente intervenuta anche la Corte di giustizia, nel contesto di un rinvio pregiudiziale *ex art.* 267 TFUE (cfr. Corte giust. 16 luglio 2015, in causa C-170/13, *Huawei Technologies Co. Ltd c. ZTE Corp. e ZTE Deutschland GmbH*, ECLI:EU:C:2015:477, § 71). Sul punto si tornerà però *infra*: cfr. il testo relativo alle note 1357-1371, nel capitolo 4, § 2.1.2.5.

¹¹⁶⁷ Del resto, anche il procedimento nei confronti di Motorola sembrava inizialmente destinato a chiudersi *ex art.* 9 reg. (CE) n. 1/2003, cit.

¹¹⁶⁸ E cioè quando in situazioni simili si arrivi, talvolta, all'accertamento dell'illecito e, talvolta, all'accettazione di impegni.

¹¹⁶⁹ Cfr. AT.39.985, *Motorola*, cit., § 561, dove si afferma che «[i]n the specific context of this case, the Commission chooses not to impose a fine for the following reasons taken in combination: (i) there is no Union decisional practice or case – law regarding whether a SEP holder, which has given a commitment to license that patent on FRAND terms and conditions, abuses a dominant position when it seeks and enforces an injunction on the basis of that SEP against a potential licensee that is not unwilling to enter into a licence agreement on FRAND terms and conditions; and (ii) national courts have reached diverging conclusions on this question».

¹¹⁷⁰ Cfr. COMP/39.692 – *IBM servizi di manutenzione*, cit.

¹¹⁷¹ Relativi in particolare ai c.d. computer *mainframe*, e cioè quei «large, powerful, corporate servers often used to process high volumes of information at very high speeds» (cfr. COMP/39.692 – *IBM servizi di manutenzione*, cit., § 11).

¹¹⁷² Scaduta la garanzia annuale offerta da IBM, i servizi di manutenzione e riparazione possono

relativo ai pezzi di ricambio necessari per le riparazioni¹¹⁷³, e i cui rimedi includono, fra le altre cose¹¹⁷⁴, impliciti elementi di regolazione dei prezzi¹¹⁷⁵.

Del caso *Microsoft* si è già detto in precedenza, sia accennando al contenuto degli impegni¹¹⁷⁶, sia osservando che nell'ambito di tale contenzioso si verifica la prima (e unica) condanna di un'impresa ai sensi dell'art. 23 reg. (CE) n. 1/2003 per non avere rispettato gli obblighi resi vincolanti da una precedente decisione *ex art.* artt. 9 reg. (CE) n. 1/2003¹¹⁷⁷. Più interessante è invece la decisione resa in *E-books*¹¹⁷⁸, in cui viene confermata l'apertura della Commissione verso la soluzione "patteggiata" di procedimenti che riguardano condotte gravi e segnatamente anticoncorrenziali. Si tratta infatti di un pratica concordata fra alcuni gruppi editoriali¹¹⁷⁹ e Apple (quale titolare di una piattaforma di vendita online al dettaglio) avente ad oggetto l'aumento dei prezzi dei libri in formato elettronico, rispetto a quelli praticati da Amazon¹¹⁸⁰. Il meccanismo è quello di un c.d. cartello *hub & spoke*¹¹⁸¹, in cui Apple facilita la

infatti essere forniti tanto dalla casa produttrice, quanto da operatori indipendenti.

¹¹⁷³ Nonché mediante il rifiuto di divulgare le informazioni tecniche a tal fine necessarie. Secondo la Commissione, IBM ha infatti imposto agli operatori indipendenti nel mercato dei servizi di manutenzione condizioni di fornitura irragionevoli con riguardo a taluni dispositivi indispensabili e alle informazioni necessarie alle riparazioni (per i dettagli v. COMP/39.692 – *IBM servizi di manutenzione*, cit., §§ 15-19), generando così uno svantaggio concorrenziale (cfr. COMP/39.692 – *IBM servizi di manutenzione*, cit., §§ 33-35).

¹¹⁷⁴ Infatti, IBM si impegna essenzialmente a garantire la disponibilità dei pezzi di ricambio necessari alle riparazioni e delle informazioni tecniche essenziali in modo rapido e secondo termini ragionevoli e non discriminatori dal punto di vista commerciale (cfr. COMP/39.692 – *IBM servizi di manutenzione*, cit., §§ 43-50).

¹¹⁷⁵ Nella fase di *market test*, gli operatori indipendenti esprimono infatti preoccupazione circa la ragionevolezza dei prezzi proposti da IBM per alcune delle parti di ricambio indispensabili per i servizi di manutenzione, nonché in merito all'appropriatezza delle politiche di sconto praticate a taluni dei clienti. La Commissione chiarisce innanzitutto che «*these objections go beyond the competition concerns identified in the Preliminary Assessment which only relate to a possible constructive refusal to supply and not to IBM's pricing policy as such*» (cfr. COMP/39.692 – *IBM servizi di manutenzione*, cit., § 72). La decisione di accettazione degli impegni, quindi, «*did not assess the general reasonableness or fairness of IBM's prices*» (cfr. COMP/39.692 – *IBM servizi di manutenzione*, cit., § 73). Ciononostante, la Commissione riconosce che «*[c]ertainly, pricing of the relevant inputs by IBM at levels which would amount to constructive refusal to supply would constitute a circumvention of the [r]evised [c]ommitments*» (cfr. COMP/39.692 – *IBM servizi di manutenzione*, cit., § 74). Tuttavia, la Commissione osserva che «*IBM unilaterally proposed to maintain a fixed price for two specific Processor Parts for repair purposes and to maintain the same prices for other [parts] for [third-party maintainer] and self-maintaining customers*» [cfr. COMP/39.692 – *IBM servizi di manutenzione*, cit., § 46], confermando inoltre che «*it will not use pricing to circumvent the [r]evised [c]ommitments*» (cfr. COMP/39.692 – *IBM servizi di manutenzione*, cit., § 74).

¹¹⁷⁶ Cfr. COMP/39.530 – *Microsoft (vendita abbinata)*, cit.

¹¹⁷⁷ V. *supra* il capitolo 3, § 3.1.1.6.

¹¹⁷⁸ Cfr. COMP/39.847 – *E-books*, cit. Per un inquadramento generale della materia precedente alla decisione della Commissione, v. I. IGLEZAKIS, *Competition and Antitrust Issues with regard to E-Books*, in *European Competition Law Review*, 2013, 249.

¹¹⁷⁹ E, più nel dettaglio, Hachette Livre SA; HarperCollins Publishers Limited, HarperCollins Publishers, L.L.C.; Georg von Holtzbrinck GmbH & Co. KG, Verlagsgruppe Georg von Holtzbrinck GmbH; Simon & Schuster Inc., Simon & Schuster (UK) Ltd, Simon & Schuster Digital Sales, Inc. (cfr. COMP/39.847 – *E-Books*, cit., §§ 4-7), cui si aggiunge il gruppo Penguin che ha presentato impegni successivamente rispetto agli altri gruppi editoriali coinvolti, poi accettati da Commissione 25 luglio 2013, C(2013) 4750, COMP/39.847 – *E-Books (Penguin)*.

¹¹⁸⁰ Cfr. COMP/39.847 – *E-books*, cit., § 30 («*the goal of each of the Four Publishers of raising retail prices above Amazon's retail prices*»).

¹¹⁸¹ E cioè una c.d. intesa «*trasversale, in cui un soggetto collocato in un mercato sotto- o sovraordinato funge da 'navetta' per la trasmissione d'informazioni necessarie agli operatori attivi nell'altro mercato per organizzare un assetto collusivo; ipotesi, dunque, di cartello, rispetto al quale, però, l'accordo verticale non svolge funzione servente, ma può spingersi sino al punto d'incaricarsi di un ruolo pivotale*» (per tale definizione cfr. R. PARDOLESI, *Le intese verticali*, in L.F. PACE (a cura di),

conclusione di un accordo orizzontale fra gli editori volto alla fissazione dei prezzi degli *e-books* mediante la conclusione di una serie di contratti verticali di agenzia con ciascuno di essi¹¹⁸². L'obiettivo dell'intesa può essere raggiunto perché gli accordi verticali si basano su condizioni commerciali comuni. In particolare, tutti i contratti di agenzia contengono sia clausole volte alla fissazione dei prezzi massimi di vendita, sia le c.d. clausole NPF¹¹⁸³, secondo cui il prezzo fissato dagli editori sulla piattaforma di Apple non può superare quello (eventualmente) praticato su altre piattaforme di vendita online. Gli impegni riguardano essenzialmente la risoluzione dei contratti di agenzia fra editori con Apple, oltre alla rimozione di qualsiasi restrizione relativa ai prezzi praticati dai rivenditori nei futuri accordi, ivi incluse le c.d. clausole NPF.

A prescindere dal fatto che le soluzioni immaginate rispondano o meno alle preoccupazioni concorrenziali, è significativo che la Commissione rinunci ad accertare l'illiceità di una condotta che sembra costituire una violazione per oggetto dell'art. 101 TFUE, come del resto confermato dalla giurisprudenza statunitense¹¹⁸⁴. Tale scelta non sembra infatti in linea con quanto disposto dal considerando n. 13 reg. (CE) n. 1/2003, anche atteso che gli impegni resi vincolanti si limitano in sostanza a inibire il comportamento illecito. Il caso *E-books* fornisce quindi l'occasione per passare all'esame della prassi applicativa alle procedure di transazione (appunto) dei cartelli¹¹⁸⁵, cui è dedicato il prossimo paragrafo.

3.3.3 Gli accordi di transazione dei cartelli.

I parametri sopra utilizzati per classificare le decisioni con impegni non si adattano all'analisi della casistica relativa a questa seconda soluzione negoziale. Ad esempio, non ha senso interrogarsi in merito alla tipologia di illecito antitrust che ne rappresenta il prevalente campo applicativo. Gli accordi transattivi riguardano infatti (esclusivamente) i cartelli, e quindi (esclusivamente) la forma più grave di violazione dell'art. 101 TFUE. Anche il parametro del settore economico perde almeno in parte

Dizionario sistematico, cit., 80, spec. 81; più in generale v. anche O. ODUDU, *Indirect information Exchange: The Constituent elements of Hub and Spoke collusion*, in *European Competition Journal*, 2011, 205).

¹¹⁸² Uno degli obiettivi principali del c.d. cartello *hub & spoke* è infatti quello di arrivare alla sostituzione del sistema di vendita degli *e-books*, che era al momento basato sul modello della vendita c.d. *wholesale*, in cui è il rivenditore (e cioè, nel caso di specie, Amazon) a stabilire i prezzi al dettaglio, con un nuovo sistema basato sul modello di agenzia, in cui sono gli editori a fissare i prezzi al dettaglio.

¹¹⁸³ E cioè le c.d. clausole della nazione preferita. In argomento, fra i molti, v. V. SOYEZ, *The compatibility of MFN clauses with EU competition law*, in *European Competition Law Review*, 2015, 107; I. VANDENBORRE, M.J. FRESE, *Most Favoured Nation Clauses Revisited*, in *European Competition Law Review*, 2014, 588; M.L. WEINER C.G. FALLS, *Counseling on MFNs after E-Books*, in *Antitrust*, 2014, 68.

¹¹⁸⁴ Tali pratiche sono infatti state oggetto anche di procedimenti negli Stati Uniti, dove ne è stata riconosciuta la natura *per se* restrittiva (cfr. *United States v. Apple Inc.*, No. 12 Civ. 2826, 2013 WL 3454986 (S.D.N.Y. July 10, 2013), recentemente confermata in appello in *United States v. Apple Inc.*, 2nd U.S. Circuit Court of Appeals, No. 13-3741). Sul punto v. però D.M.B. GERARD, *Negotiated remedies in the modernization era*, cit., 20, dove si osserva che «*by challenging agency agreements and MFN clauses, which had historically been considered positively under antitrust standards, the Commission sought a "competitive reset" of the launch of e-books retail sales in the European Union*».

¹¹⁸⁵ Peraltro, in specie all'indomani dell'introduzione dell'istituto degli impegni nell'ordinamento italiano, anche l'AGCM ha talvolta utilizzato tale strumento in casi relativi alla fissazione dei prezzi (per i riferimenti cfr. *supra* la nota 794, nel capitolo 3, § 3.1.1.3.).

di significato. Gli accordi transattivi sono infatti utilizzati in casi fra loro molto differenti¹¹⁸⁶, senza che sia possibile individuare ambiti economici in cui l'uso è più o meno intenso. Una (parziale) eccezione è (forse) rappresentata dal settore dei servizi finanziari, e in particolare dalle quattro decisioni in materia di strumenti derivati sui tassi di interesse¹¹⁸⁷, come ad esempio i contratti swap¹¹⁸⁸.

La casistica deve allora essere esaminata da punti di vista differenti. Tre aspetti vanno presi in considerazione, e in particolare (i) il numero delle imprese coinvolte, (ii) il rapporto fra numero delle imprese coinvolte e imprese beneficiarie del programma di clemenza, nonché infine (iii) il rapporto fra numero di procedure c.d. piene e numero di procedure c.d. ibride. Questi parametri rientrano del resto fra i fattori che la Commissione è tenuta a prendere in considerazione prima di intraprendere una procedura transattiva al fine di stimarne le probabilità di successo. Tali criteri non permettono peraltro di dividere la prassi decisionale della Commissione in modo netto. Vi sono infatti molteplici sovrapposizioni. La divisione è allora indicativa e avviene sulla base di quella che appare la maggiore peculiarità del caso di specie. A prescindere dalla categoria in cui le decisioni verranno classificate, si darà comunque conto di tutti e quattro gli elementi appena citati.

3.3.3.1 Il numero delle imprese coinvolte.

Il numero delle parti coinvolte varia in modo sensibile da una procedura all'altra. La partecipazione più massiccia si verifica nella prima procedura transattiva¹¹⁸⁹, dove sono coinvolte dieci imprese¹¹⁹⁰. Si tratta di un cartello attivo dal 1998 al 2002 e volto a coordinare, sul mercato globale, i prezzi delle schede di memoria per computer basate sulla tecnologia DRAM. Sei imprese partecipano anche al programma di clemenza, ottenendo benefici variabili dall'immunità a una riduzione della sanzione pari al 18%. A tali benefici va ovviamente aggiunta la riduzione dovuta alla scelta di transigere. In linea con quanto già rilevato, si osserva che la riduzione accordata appare in realtà superiore al 10% della sanzione altrimenti applicabile¹¹⁹¹.

¹¹⁸⁶ Si osserva ad esempio che «*the Commission has been able to conclude cases with settlement in various different types of cases in terms of the companies concerned, the scope and description of the infringement, as well as the level of the fines*» (cfr. F. LAINA, E. LAURINEN, *The EU Cartel Settlement Procedure*, cit., 307).

¹¹⁸⁷ Cfr. AT.39914 – *Euro Interest Rate Derivatives*, cit.; AT.39861 – *Yen Interest Rate Derivatives*; AT.39924 – *Derivati su tassi di interesse del franco svizzero (differenziali bid/ask)*; AT.39924 – *Derivati su tassi di interesse del franco svizzero (LIBOR)*.

¹¹⁸⁸ Su tali contratti, anche e soprattutto per ulteriori riferimenti a dottrina e giurisprudenza, v. L. CALZOLARI, *Una sentenza in materia di contratti “swap” poco in linea con il diritto nazionale ed europeo*, in *Le Società*, 2014, 448; L. CALZOLARI, *I contratti di “interest rate swap”*, in *Le Società*, 2013, 1371; L. CALZOLARI, *La rinegoziazione dei contratti di “interest rate swap”*, in *Le Società*, 2013, 951.

¹¹⁸⁹ Cfr. COMP/38.511 – *memorie DRAM*, cit.

¹¹⁹⁰ E una sanzione complessiva pari a € 331.273.800,00

¹¹⁹¹ Riconosciuto che sembra esistere «*an apparent flexibility from the Commission in terms of what is actually on offer, with more than the 10 per cent fine reduction to be reaped*», si osserva infatti che «*[i]n DRAMs, for example, the €331 million total fine was considerably lower than the \$730 million US fine, contrasting recent trends*» (cfr., anche per ulteriori riferimenti, A.L. HINDS, *All settled? Some six years of cartel settlement*, cit., 296).

Come nel caso delle prime procedure con impegni, anche in questa occasione il procedimento inizia prima dell'entrata in vigore del reg. (CE) n. 622/2008. La procedura transattiva è quindi in fase di "rodaggio": ciò si riflette sulla durata, che rimane vicina a quella delle procedure ordinarie¹¹⁹². Un'ulteriore peculiarità è che il comunicato stampa relativo all'adozione della decisione finale non contiene alcuna indicazione sulla possibilità per le vittime del cartello di agire per il risarcimento del danno¹¹⁹³.

Il numero di imprese è comunque di regola molto più ristretto. La maggioranza dei casi riguarda infatti tre o quattro imprese¹¹⁹⁴. Ma anche il secondo caso in cui la partecipazione è maggiore vede coinvolte nella transazione solo sei imprese. Il procedimento è uno dei più recenti, e copre le attività del cartello nel settore della produzione di cuscinetti per il settore automobilistico fra il 2004 e il 2011¹¹⁹⁵. La procedura è piuttosto rapida: dalle ispezioni alla decisione finale passano infatti meno di tre anni. Ciò dimostra che con il passare del tempo l'istituto in discussione diviene più efficiente. Cinque imprese presentano anche domanda di trattamento favorevole. I benefici ottenuti variano dall'immunità a una riduzione della sanzione pari al 20%, in aggiunta alla riduzione di cui al reg. (CE) n. 622/2008. Ciò non impedisce che la sanzione complessiva sia una delle più alte mai imposte¹¹⁹⁶, non solo nell'ambito delle procedure transattive¹¹⁹⁷.

Al lato opposto si pongono i procedimenti che vedono coinvolte solo due imprese (e quindi il numero minimo di operatori economici perché si rientri nel campo applicativo dell'art. 101 TFUE). Ciò si verifica in tre circostanze, tutte fra le più recenti. Due di queste fattispecie presentano alcune similitudini sia per quanto riguarda il rapporto con il programma di clemenza, sia con riguardo all'entità della sanzione irrogata. Diverso è invece il settore economico. Il primo caso rientra infatti fra le varie decisioni relative ai contratti derivati sui tassi di interesse¹¹⁹⁸. Le imprese coinvolte¹¹⁹⁹ ammettono la manipolazione del tasso LIBOR in franchi svizzeri fra il 2008 e il 2009. Ciò porta alla distorsione della concorrenza sul mercato relativo agli strumenti derivati che a tale parametro fanno riferimento. Il secondo caso riguarda

¹¹⁹² Si osserva infatti che i primi casi, fra cui appunto quello relativo alle memorie DRAM, «*have defined the procedural standard for future cases*», e quindi «*necessarily required much more time investment on both sides as it was learning by doing*» (cfr. F. LAINA, E. LAURINEN, *The EU Cartel Settlement Procedure*, cit., 303).

¹¹⁹³ Per tale osservazione v. M.P. SCHINKEL, *Bargaining in the shadow of the European settlement procedure*, cit., 476 («*[i]nterestingly enough, the press release contains no call for cartel victims to seek reparation of their damages, which had become standard for the Commission to include in its memos in recent years*»).

¹¹⁹⁴ Da un lato, cfr. COMP/39.579 – *Detersivi per i consumatori*, cit.; COMP/39.611 – *Prodotti per la gestione dell'acqua*, cit. Dall'altro lato, cfr. COMP/39.605 – *Vetro CRT*, cit.; AT.39801 – *Schiuma di poliuretano espanso*, cit.; AT.39965 – *Funghi*, cit.; AT.39924 – *Derivati su tassi di interesse del franco svizzero (differenziali bid/ask)*, cit.

¹¹⁹⁵ Cfr. AT.39922 – *Cuscinetti auto*, cit.

¹¹⁹⁶ Pari a € 953.306.000,00

¹¹⁹⁷ Cfr. i dati forniti dalla Commissione con riguardo alle statistiche relative ai cartelli, disponibili all'indirizzo <http://ec.europa.eu/competition/cartels/statistics/statistics.pdf>

¹¹⁹⁸ Cfr. AT.39924 – *Derivati su tassi di interesse del franco svizzero (LIBOR)*, cit.

¹¹⁹⁹ E cioè le banche d'investimento RBS e JP Morgan.

invece il cartello relativo alla fissazione dei prezzi e alla divisione dei clienti con riguardo ai c.d. riscaldatori di parcheggio¹²⁰⁰. La pratica viene posta in essere fra il 2001 e il 2011 da due imprese tedesche¹²⁰¹. Passando alle similitudini, il dato più significativo è che ciascuna impresa coinvolta nei due cartelli fa richiesta di immunità o comunque di trattamento favorevole. Vi è quindi una perfetta sovrapposizione fra imprese beneficiarie del programma di clemenza e imprese che accettano la transazione¹²⁰², con i benefici di cui si è dato conto¹²⁰³. Anche gli esiti dei procedimenti sono peraltro simili. Due imprese ricevono l'immunità per aver confessato l'esistenza dei cartelli¹²⁰⁴. Le altre due ottengono invece una riduzione di poco inferiore alla metà della sanzione altrimenti applicabile¹²⁰⁵.

Il rapporto con il programma di clemenza è la principale differenza rispetto al terzo (e ultimo) procedimento in cui si registra la partecipazione di due soli soggetti. Nessuna delle imprese coinvolte nel cartello relativo ai servizi di compravendita a pronti di elettricità¹²⁰⁶ presenta infatti richiesta di trattamento favorevole. Entrambe partecipano però alla transazione¹²⁰⁷. Tale peculiarità non è peraltro l'unico elemento di interesse della decisione in discussione. Il caso sembra infatti condividere alcune caratteristiche con le decisioni con impegni rese nel settore dell'energia. Il riferimento è in particolare alla funzione di supporto alla liberalizzazione di tale mercato. La pratica illecita consiste infatti nella conclusione di un accordo di non concorrenza volto a proteggere le posizioni delle due imprese coinvolte sui rispettivi mercati nazionali, oltre a favorirne l'accordo con riguardo all'eventuale espansione verso i mercati di altri paesi¹²⁰⁸. Il punto è che tale accordo viene raggiunto nel corso delle forme di cooperazione imposte a talune categorie di operatori dalla stessa normativa

¹²⁰⁰ Cfr. COMP/40055 – *Parking Heaters*, cit.

¹²⁰¹ E cioè, Eberspächer e Webasto

¹²⁰² Come si vedrà, ciò si verifica in altre tre circostanze. Per i riferimenti cfr. immediatamente *infra* il capitolo 3, § 3.3.3.2.

¹²⁰³ Cfr. *supra* il capitolo 3, § 3.2.

¹²⁰⁴ E cioè, rispettivamente, RPS e Webasto.

¹²⁰⁵ E vengono pertanto condannate a pagare un importo di circa € 65.000.000,00. Più precisamente, JP Morgan ottiene una riduzione pari al 40% della sanzione e viene condannata a pagare € 61.676.000,00; Eberspächer ottiene invece una riduzione pari al 45% della sanzione e viene condannata a pagare € 68.175.000,00.

¹²⁰⁶ E cioè i servizi «*provided by power exchanges to facilitate trading of spot electricity products [including] services to facilitate the actual trading itself (that is running a power exchange), the management of the implicit allocation of cross-border interconnection capacities through market coupling, and services to third parties for the development and operation of spot electricity trading*» (cfr. AT.39952 – *Borse dell'energia elettrica*, cit., § 4).

¹²⁰⁷ Si osserva in effetti che il principale fra i «*several points of interests in this case*» è proprio che «*none of the parties were leniency applicants, and despite that they chose to engage in settlement*» (cfr. F. LAINA, A. BOGDANOV, *The EU Cartel Settlement Procedure*, cit., 725).

¹²⁰⁸ Più nel dettaglio, «*[t]he parties engaged in a non-competition arrangement covering all their spot electricity trading services in the EEA and beyond. The aim was to restrict competition between them, to protect their traditional strongholds, and to agree on expansion to new countries, while maintaining the power balance between them*» (cfr. AT.39952 – *Borse dell'energia elettrica*, cit., § 24).

di liberalizzazione¹²⁰⁹, al fine della creazione del mercato interno dell'energia¹²¹⁰. L'obiettivo principale dell'intervento della Commissione sembra dunque quello di non vedere pregiudicati gli obiettivi della liberalizzazione. Tale prospettiva sembra confermata (anche) dalla peculiare tempistica dell'intervento. Il cartello viene infatti scoperto e perseguito dopo appena sette mesi dalla sua conclusione. La decisione di arrivare a una soluzione transattiva sembra confermare ulteriormente la volontà di accelerare il tempo della risposta alla pratica anticoncorrenziale. Finalità comune alle decisioni con impegni sopra esaminate, cui il provvedimento in discussione sembra quindi per certi versi avvicinarsi¹²¹¹.

3.3.3.2 I rapporti con il programma di clemenza.

Il caso appena analizzato rappresenta l'unico esempio in cui nessuna delle imprese parti di un accordo transattivo ha presentato una domanda di clemenza¹²¹². L'eccezionalità¹²¹³ di tale circostanza trova ulteriori conferme nella prassi. Solo in altre tre occasioni il numero delle imprese che beneficiano del trattamento favorevole è infatti inferiore alla metà di quello che partecipa all'accordo transattivo¹²¹⁴. Si tratta in particolare del cartello operante sul mercato del vetro per la produzione di tubi catodici¹²¹⁵, di quello relativo alla fissazione dei prezzi per i prodotti per la gestione dell'acqua¹²¹⁶, nonché infine di quello attivo sul mercato degli abrasivi in acciaio¹²¹⁷.

¹²⁰⁹ Cfr. direttiva n. 2009/72/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 13 luglio 2009, *relativa a norme comuni per il mercato interno dell'energia elettrica e che abroga la direttiva 2003/54/CE*, in GU L, n. 211, del 14 agosto 2009, 55.

¹²¹⁰ Cfr. AT.39952 – *Borse dell'energia elettrica*, cit., § 25).

¹²¹¹ L'analogia (certamente parziale) fra il caso in discussione e le decisioni con impegni rese nel settore dell'energia viene sottolineata anche da F. LAINA, A. BOGDANOV, *The EU Cartel Settlement Procedure*, cit., 725, dove, premesso che «*this decision was adopted against the background of the creation of the Internal Energy Markets*», e che «*[i]n recent years, Article 9 of Regulation 1/2003 has been used in several antitrust cases to ensure structural remedies on EU energy markets*», si osserva infatti che «*[t]he settlement procedure, in the current case, has shown a further route to a swift remedy to an antitrust concern in the energy sector, whereby infringers can also be fined*». Le imprese sono in effetti state sanzionate per un importo pari a € 5.979.000,00.

¹²¹² Cfr. AT.39952 – *Borse dell'energia elettrica*, cit.).

¹²¹³ Si osserva infatti che «*[i]f an undertaking applies for leniency, it is very likely that it will also submit to the settlement procedure*» atteso che, come già rilevato (cfr. *supra* il testo relativo alle note 919-925, nel capitolo 3, § 3.1.2.5.), «*[t]he circumstances in which an undertaking applies for leniency are very similar to those in which it would agree to settle*», tanto che «*only if an undertaking strongly believes that leaving the Commission on its own to find out and prosecute the cartel, will make things worse for it, it will opt for those tools*» (cfr. M.T. RICHTER, *The settlement procedure*, cit., 539). In realtà, sono state individuate delle ragioni che possono spingere le imprese a utilizzare solo lo strumento transattivo. Una di queste è che, al contrario dei programmi di clemenza, le transazioni non richiedono alle imprese di comunicare informazioni relative ai propri concorrenti. Premesso che «*[m]any corporate officials [...] find it very distasteful to inform on their industry colleagues*» (cfr. D. KLAWITER, *Corporate Leniency in the Age of International Cartels: The American Experience, in Antitrust*, 2000, 13, spec. 15-16), si osserva che «*settlements accommodates the corporate culture of Europe in a way that leniency does not*», così che «*corporate officials may prefer settlement to the leniency program to avoid the uncomfortable situation of disclosing the conduct of others in the industry*» (cfr. M. KELLEY, *Settling for Settlement*, cit., 713). Anche alla luce del successo dei programmi di clemenza, tale ipotesi sembra però avere portata marginale.

¹²¹⁴ O, in altri termini, solo in due occasioni la proporzione fra le imprese che partecipano al programma di clemenza e le imprese che concludono l'accordo transattivo è inferiore alla metà.

¹²¹⁵ Cfr. COMP/39.605 – *Vetro CRT*, cit.

¹²¹⁶ Cfr. COMP/39.611 – *Prodotti per la gestione dell'acqua*, cit.

¹²¹⁷ Cfr. AT.39792 – *Abrasivi in acciaio*, cit.

Di quest'ultima fattispecie si darà però conto nel paragrafo che segue, relativo alle c.d. procedure ibride. Ci si sofferma ora sulle due ipotesi di transazioni c.d. piene. Nel primo caso, l'illecito coinvolge quattro imprese¹²¹⁸. Ciascuna di esse ammette la partecipazione al cartello ai fini del reg. (CE) n. 622/2008. Solo due fra gli operatori coinvolti presentano però anche domanda di trattamento favorevole¹²¹⁹. Analogamente, tutte e tre le imprese coinvolte nel secondo caso partecipano alla procedura transattiva¹²²⁰. Solo una presenta domanda di clemenza, ottenendo l'immunità¹²²¹. La proporzione fra imprese che partecipano al programma di clemenza e imprese che concludono l'accorto transattivo è dunque pari alla metà, nel primo caso, e a un terzo, nel secondo.

Di regola, la situazione è invece molto più omogenea¹²²². Si sono già ricordati alcune fattispecie in cui ciascuna delle due imprese parti del cartello utilizza entrambi gli istituti¹²²³. Tale esito non è peraltro limitato alle ipotesi in cui è coinvolto un numero così ristretto di soggetti. Talvolta, la piena corrispondenza fra beneficiari del programma di clemenza e parti della transazione si estende infatti a un numero elevato di operatori economici. Ad esempio, ciascuna delle cinque imprese¹²²⁴ coinvolte nel cartello relativo (*rectius*, nei cinque cartelli relativi¹²²⁵) alla fornitura dei sistemi di cablaggio a talune case automobilistiche si avvantaggia di entrambi gli strumenti¹²²⁶.

¹²¹⁸ E in particolare, due giapponesi (Asahi Glass e Nippon Electric Glass), una tedesca (Schott) e una coreana (Samsung Corning Precision Materials).

¹²¹⁹ Uno di essi (e cioè Samsung Corning Precision Materials) ottiene l'immunità. L'altro (e cioè Nippon Electric Glass) una riduzione pari al 50% della sanzione prevista. Al netto della riduzione derivante dall'applicazione del reg. (CE) n. 622/2008, cit., Asahi Glass, Nippon Electric Glass e Schott vengono sanzionate per un importo pari a € 128.736.000,00.

¹²²⁰ E cioè Flamco, Reflex e Pneumatex.

¹²²¹ La proporzione è dunque pari a 1/3. Al netto della riduzione derivante dall'applicazione del reg. (CE) n. 622/2008, cit., Flamco e Reflex vengono sanzionate per un importo pari a € 13.661.000,00.

¹²²² In effetti, si osserva che «*the practice shows that leniency and settlements are often applied cumulatively: undertaking try to limit damage as far as possible*» (cfr. M.T. RICHTER, *The settlement procedure*, cit., 539). Del resto, si è già rilevato (cfr. *supra* il testo relativo alle note 919-925, nel capitolo 3, § 3.1.2.5.) che «*[s]ettlement and Leniency, although serving different purposes, work towards the same goals*» (cfr. F. LAINA, E. LAURINEN, *The EU Cartel Settlement Procedure*, cit., 302). E si è detto altresì che tale aspetto è anche una delle principali ragioni che limita la portata delle limitazioni dei diritti di difesa delle imprese coinvolte, in quanto gli accordi transattivi vengono di regola conclusi in fattispecie in cui la sussistenza dell'illecito non è particolarmente controversa, anche e soprattutto perché si sono già avute varie domande di clemenza (cfr. J.F. BELLIS, *General Overview of the EU Cartel Settlement Procedure*, cit., 2).

¹²²³ Cfr. AT.39924 – *Derivati su tassi di interesse del franco svizzero* (LIBOR), cit.; COMP/40055 – *Parking Heaters*, cit..

¹²²⁴ E in particolare, ciascuna delle tre imprese giapponesi (e cioè Sumitomo Electric Wiring Systems (Europe) Ltd e Sumitomo Electric Industries Ltd; Yazaki Europe Ltd e Yazaki Corporation; Furukawa Automotive Systems Inc. e Furukawa Electric Co. Ltd) e delle due imprese franco-tedesche (e cioè S-Y Systems Technologies France SAS e S-Y Systems Technologies Europe GmbH; Leoni Wiring Systems France SAS e Leoni AG) (cfr. AT.39748 – *Cablaggi per automobili*, cit., §§ 7-21).

¹²²⁵ La decisione in discussione riguarda infatti cinque infrazioni distinte relative alla fornitura di cablaggi per automobili a talune case automobilistiche, e in particolare Toyota, Honda, Nissan e Renault, nei confronti della quale sono state commesse due distinte infrazioni (cfr. AT.39748 – *Cablaggi per automobili*, cit., §§ 35-61).

¹²²⁶ Cfr. AT.39748 – *Cablaggi per automobili*, cit. Più nel dettaglio, l'impresa beneficiaria dell'immunità (e cioè il gruppo Sumitomo) evita una sanzione pari a € 291.638.000,00 per aver portato la Commissione a conoscenza dell'infrazione. Le altre imprese ottengono invece riduzioni comprese fra il 50% e il 20% e variabili

L'utilizzo congiunto del programma di clemenza e della procedura transattiva permette peraltro una soluzione del caso piuttosto rapida. Dalla data della domanda di immunità all'adozione dell'accordo transattivo trascorrono infatti poco più di tre anni. Il periodo si riduce a meno di un anno se si prende in considerazione l'effettivo momento di apertura del procedimento ai sensi dell'art. 11(6) reg. (CE) n. 1/2003¹²²⁷.

La prospettiva è molto simile anche nel procedimento relativo al cartello volto a coordinare i prezzi e a stabilizzare le quote di mercato fra alcune imprese attive nel mercato europeo dei compressori di refrigerazione¹²²⁸. Anche in questo caso, ciascuna delle cinque imprese coinvolte partecipa sia al programma di clemenza che alla procedura transattiva¹²²⁹. Anche se la decisione è una delle più risalenti nel contesto della prassi relativa agli accordi transattivi, la durata del procedimento è inferiore rispetto all'ultima (e più recente) ipotesi considerata¹²³⁰. Dalla domanda di immunità¹²³¹ alla decisione passano infatti meno di tre anni¹²³².

Un terzo caso in cui tutte le imprese coinvolte prendono parte sia al programma di clemenza che alla procedura transattiva è quello relativo al cartello attivo sul mercato della produzione e vendita di detersivi in polvere destinati ai consumatori¹²³³. Tre imprese partecipano all'illecito¹²³⁴, che è finalizzato alla fissazione dei prezzi e al mantenimento delle quote di mercato e opera in diversi Stati membri, fra il 2002 e il 2005¹²³⁵. Una delle imprese coinvolte riceve l'immunità, avendo disvelato l'esistenza dell'illecito¹²³⁶. Le altre imprese ottengono invece riduzioni pari a metà e a un quarto della sanzione altrimenti applicabile, che viene altresì ridotta ai sensi del reg. (CE) n. 622/2008¹²³⁷.

L'orientamento si conferma anche nella prassi più recente. Ne rappresenta un (ultimo) esempio la decisione che accerta l'esistenza di un cartello capace di distorcere la concorrenza nel mercato del trasporto ferroviario su alcune tratte operate

con riguardo a ciascuna delle cinque infrazioni rilevate. La sanzione complessiva è pari a € 141.791.000,00, al netto dell'ulteriore riduzione accordata in seguito alla transazione.

¹²²⁷ La domanda di clemenza è infatti presentata da Sumitomo a inizio 2010, mentre il procedimento viene aperto ai sensi dell'art. 11(6) reg. (CE) n. 1/2003, cit., in data 3 agosto 2012 (cfr. AT.39748 – *Cablaggi per automobili*, cit., §§ 22-34).

¹²²⁸ Cfr. COMP/39.600 – *Compressori di refrigerazione*, cit.

¹²²⁹ E cioè Appliances Components Companies S.p.A. e Elettromeccanica S.p.A.; Danfoss A/S e Danfoss Flesburg GmbH, Whirlpool S.A. e Embarco Europe S.r.l, Panasonic Corporation; Tecumseh Products Company Inc., Tecumseh do Brasil Ltda e Tecumseh Europe S.A. (cfr. COMP/39.600 – *Compressori di refrigerazione*, cit., §§ 4-12).

¹²³⁰ E sia di quasi due anni precedente rispetto al caso dei sistemi di cablaggio.

¹²³¹ Presentata da Tecumseh, nel febbraio 2009.

¹²³² Peraltro, la decisione irroga una sanzione complessiva (che grava sulle quattro imprese che non beneficiano dell'immunità) pari a € 161.198.000,00.

¹²³³ Cfr. COMP/39.579 – *Detersivi per i consumatori*, cit.

¹²³⁴ E cioè Henkel, Procter & Gamble e Unilever

¹²³⁵ E in particolare Belgio, Francia, Germania, Grecia, Italia, Portogallo, Spagna e Paesi Bassi (cfr. COMP/39.579 – *Detersivi per i consumatori*, § 27).

¹²³⁶ Il riferimento è in particolare alla domanda di clemenza presentata da Henkel.

¹²³⁷ La sanzione complessiva imposta a Procter & Gamble e Unilever è pari a € 315.200.000,00.

per mezzo dei c.d. treni completi fra l'Europa occidentale, da un lato, e i Balcani e la Romania, dall'altro lato¹²³⁸. Anche in questo caso, ciascuna delle tre imprese coinvolte nell'illecito¹²³⁹ partecipa infatti sia alla transazione che al programma di clemenza¹²⁴⁰.

Infine, vi è un'ulteriore serie di precedenti che conferma la tendenza verso l'utilizzo congiunto di clemenza e transazioni da parte delle imprese coinvolte in un'intesa orizzontale. Pur non raggiungendo la piena sovrapponibilità fra i beneficiari dei due istituti, il numero delle imprese che presentano una domanda di clemenza è infatti molto vicino a quello delle imprese che partecipa all'accordo transattivo. Ciò si verifica ad esempio¹²⁴¹ nei procedimenti relativi ai cartelli posti in essere nel settore delle buste¹²⁴², della schiuma di poliuretano espanso¹²⁴³, nonché a una delle più recenti ipotesi relative ai contratti derivati sui tassi di cambio¹²⁴⁴.

Nel primo caso, cinque imprese¹²⁴⁵ pongono in essere un'intesa orizzontale nel settore delle buste di carta fra il 2003 e il 2008. La pratica illecita riguarda sia le buste standard (*i.e.*, senza alcun marchio e pronte all'uso) che quelle speciali (*i.e.*, realizzate per determinati clienti in base alle specifiche esigenze). Oltre a scambiarsi informazioni sensibili, le imprese coinvolte si accordano per la ripartizione dei clienti e per la fissazione e l'aumento dei prezzi, oltre a coordinare le rispettive strategie con riguardo alla partecipazione alle gare di appalto organizzate dai principali clienti, prevedendo altresì meccanismi compensativi per le eventuali perdite di volumi di vendita patite da un'impresa in favore di un'altra. Ciascuna delle imprese partecipa alla transazione, garantendosi la riduzione di cui al reg. (CE) n. 622/2008. Quattro soggetti presentano anche domanda di trattamento favorevole, ottenendo riduzioni delle sanzioni variabili fra il 50% e il 10%¹²⁴⁶.

¹²³⁸ La decisione accerta che le parti dell'intesa si sono accordate fra il 2004 e il 2012 in merito alla divisione dei clienti e alla fissazione dei prezzi, oltre a scambiarsi informazioni sensibili, ad esempio circa i rispettivi volumi operativi.

¹²³⁹ Si tratta in particolare di Express Interfracht (impresa parte del gruppo dell'operatore storico operante sul mercato austriaco dei servizi di trasporto ferroviari, e cioè Österreichische Bundesbahnen), di Schenker (impresa parte del gruppo dell'operatore storico operante sul mercato tedesco dei servizi di trasporto ferroviari, e cioè Deutsche Bahn), nonché infine di Kühne + Nagel, impresa svizzera.

¹²⁴⁰ In esito al programma di clemenza e agli accordi transattivi, Express Interfracht e Schenker vengono sanzionati per un importo complessivo pari a € 49.154.000,00. Kühne + Nagel riceve invece la piena immunità.

¹²⁴¹ In effetti, si è già discusso di AT.39922 – *Cuscinetti auto*, cit., in cui ciascuna delle sei imprese coinvolte nell'illecito (e cioè JTEKT Corporation, JTEKT Europe Bearings B.V., Koyo France SA e Koyo Deutschland GmbH; NSK Ltd., NSK Europe Ltd e NSK Deutschland GmbH; Nachi-Fujikoshi Corporation e Nachi Europe GmbH; AB SKF e SKF GmbH; INA-Holding Schaeffler GmbH & Co. KG, Schaeffler Holding GmbH & Co. KG, Schaeffler AG, Schaeffler Technologies GmbH & Co. KG e FAG Kugelfischer GmbH; NTN Corporation, NTN Wälzlager (Europa) GmbH e NTN-SNR Roulements SA) partecipa alla transazione del cartello, e ben cinque (con l'esclusione dell'ultima impresa citata) presenta altresì una domanda di trattamento favorevole.

¹²⁴² Cfr. AT.39780 – *Buste*, cit.

¹²⁴³ Cfr. AT.39801 – *Schiuma di poliuretano espanso*, cit.

¹²⁴⁴ Cfr. AT.39924 – *Derivati su tassi di interesse del franco svizzero (differenziali bid/ask)*, cit.

¹²⁴⁵ E cioè Tompla, Hamelin, Mayer-Kuvert, GPV, Bong (quest'ultima è l'impresa che prende parte esclusivamente alla procedura transattiva).

¹²⁴⁶ E una sanzione complessiva pari a € 19.485.000,00.

Il secondo caso riguarda un'intesa durata dal 2005 al 2010 fra quattro imprese¹²⁴⁷ produttrici di poliuretano. Tale materiale viene utilizzato per le imbottiture o in determinate applicazioni tecniche¹²⁴⁸. L'obiettivo della pratica illecita è quello di ovviare all'aumento dei prezzi delle materie prime necessarie alla produzione di poliuretano. Mediante la conclusione del cartello le imprese mirano infatti a trasferire sui clienti tali aggravii di costi. L'accordo riguarda pertanto la fissazione dei prezzi di vendita e dei loro periodici aumenti, oltre a una sorta di clausola di non concorrenza in concomitanza di questi ultimi. L'illecito viene scoperto in virtù di una richiesta di immunità. Altre due imprese presentano domanda per il programma di clemenza, partecipando anche alla procedura transattiva. Una delle imprese coinvolte prende invece parte solo alla procedura transattiva, ottenendo la sola riduzione di cui al reg. (CE) n. 622/2008¹²⁴⁹.

Anche l'ultimo procedimento che rientra in questa categoria, relativo a un cartello posto in essere nel settore dei servizi finanziari, si chiude con un esito analogo. Il caso riguarda la manipolazione dei c.d. differenziali *bid/ask* relativi a determinati contratti derivati su tassi di interesse legati al franco svizzero. La pratica illecita coinvolge quattro istituti bancari¹²⁵⁰ che si accordano per applicare differenziali più elevati alle operazioni in derivati concluse con soggetti terzi, rispetto a quelli applicati alle transazioni "interne" al cartello. L'effetto è quello di aumentare i margini di profitto delle banche parti del cartello, alzando i prezzi di tali strumenti finanziari. Tutte le banche coinvolte partecipano alla procedura transattiva, ammettendo il proprio ruolo nel cartello. Come nel caso precedente, tre di queste presentano anche domanda di trattamento favorevole¹²⁵¹.

3.3.3.3 Procedure c.d. piene e procedure c.d. ibride.

Il tema della manipolazione collusiva dei parametri in base ai quali viene stabilito il valore dei contratti derivati sui tassi di interesse permette di passare all'esame di uno degli aspetti più interessanti delle procedure transattive, e cioè il tema dei rapporti fra procedure c.d. piene e procedure c.d. ibride. La distinzione fra le due fattispecie, al pari delle principali questioni sollevate¹²⁵², è stata già affrontata in

¹²⁴⁷ E cioè Vita, Carpenter, Recticel e Eurofoam.

¹²⁴⁸ E cioè, da un lato, per realizzare le imbottiture di oggetti di uso comune, come ad esempio letti, materassi, cuscini e tappeti e, dall'altro lato, in per applicazioni tecniche nell'ambito di settori specifici, come ad esempio quello automobilistico, aereo o medico.

¹²⁴⁹ Più nel dettaglio, la sanzione complessiva è pari a € 114.077.000,00 e viene imposta a Recticel, Eurofoam e Carpenter. Quest'ultima è l'unica impresa che non riceve alcun beneficio dal programma di clemenza. Vita riceve invece la piena immunità per aver reso possibile la scoperta del cartello.

¹²⁵⁰ E cioè RBS, UBS, JP Morgan e Crédit Suisse.

¹²⁵¹ RBS ottiene l'immunità. UBS e JP Morgan una riduzione pari, rispettivamente, al 30% e al 25% della sanzione altrimenti applicabile, in aggiunta allo sconto del 10% di cui al reg. (CE) n. 622/2008, cit. Crédit Suisse si deve invece accontentare di quest'ultimo beneficio.

¹²⁵² Cfr. *supra* il capitolo 3, § 3.1.2.5.

precedenza, anche alla luce della recente giurisprudenza della Corte di giustizia¹²⁵³. Ci si sofferma ora sull'incidenza delle procedure c.d. ibride nel contesto della prassi applicativa.

Vi sono fino a oggi cinque casi in cui la Commissione si trova a gestire una procedura transattiva cui non partecipano tutte le imprese coinvolte nell'illecito¹²⁵⁴, e quindi ad affrontare le relative difficoltà procedurali. Il numero di casi ibridi sembra peraltro destinato ad aumentare¹²⁵⁵. Due fra le fattispecie più significative riguardano appunto la distorsione della concorrenza con riguardo ai contratti derivati sui tassi di interesse¹²⁵⁶. Si tratta di due decisioni del dicembre 2013 relative a due cartelli volti alla manipolazione dell'*Euro interbank offered rate* (c.d. tasso EURIBOR¹²⁵⁷), da un lato, e del LIBOR in Yen, dall'altro lato. Le due pratiche illecite hanno analoghi obiettivi, e cioè la collusiva alterazione del parametro di riferimento su cui si basa il rendimento di diverse tipologie di contratti derivati stipulati, rispettivamente, in Euro e Yen.

In seguito a un'ispezione della Commissione nell'ottobre del 2011, quattro banche coinvolte nel cartello relativo al tasso EURIBOR presentano domande di trattamento favorevole¹²⁵⁸. Ciascuna di esse accetta altresì di partecipare alla procedura transattiva. Si tratta quindi di un ulteriore esempio di procedimento in cui tutte le imprese che prendono parte al programma di clemenza partecipano anche alla procedura di cui al reg. (CE) n. 622/2008. La questione più interessante è tuttavia un'altra. Ai contatti preliminari per la transazione partecipano infatti altri tre istituti coinvolti nel cartello, che decidono però di abbandonare le trattative. La Commissione non si convince della loro estraneità al cartello. La procedura viene pertanto proseguita secondo i binari "ordinari". Tanto che si arriva all'adozione di una comunicazione degli addebiti nei confronti di tutte e tre le imprese¹²⁵⁹. Analogamente, sei banche ammettono la propria partecipazione al cartello relativo (*rectius*, a cinque diverse infrazioni relative) al tasso LIBOR in Yen, ai fini dell'applicazione del reg. (CE) n. 622/2008. Di queste, cinque ottengono anche l'ammissione al programma di

¹²⁵³ Cfr. causa T-456/10, *Timab Industries*, cit.

¹²⁵⁴ Infatti, «[i]n five instances, the Commission was not able to reach a settlement decision with all the parties which led to the adoption of "hybrid" settlement decisions» (cfr. J.F. BELLIS, *General Overview of the EU Cartel Settlement Procedure*, cit., 5).

¹²⁵⁵ Premesso che «[t]o date, five hybrid procedures have been (or are) treated by the Commission in the *Animal Feed Phosphates*, the *YIRD*, *EIRD*, *Steel Abrasives*, and *Mushrooms* cases» si osserva che «the last four of which during the period 2013–2014» (cfr. F. LAINA, A. BOGDANOV, *The EU Cartel Settlement Procedure*, cit., 722).

¹²⁵⁶ Cfr. AT.39861 – *Yen Interest Rate Derivatives*, cit.; AT.39914 – *Euro Interest Rate Derivatives*, cit.

¹²⁵⁷ E cioè il tasso di interesse medio al quale un certo numero di banche (ossia gli istituti che fanno parte del c.d. panel) si concedono reciprocamente prestiti scoperti in Euro. L'EURIBOR varia ovviamente a seconda della durata del prestito.

¹²⁵⁸ E cioè Barclays (che ottiene la piena immunità, avendo fatto sì che la Commissione venisse a conoscenza del cartello), Deutsche Bank, Société Générale e RBS, che ricevono riduzioni delle rispettive sanzioni variabili dal 50% al 5%.

¹²⁵⁹ E cioè Crédit Agricole, HSBC e JP Morgan. (cfr. Comunicato stampa della Commissione del 20 maggio 2014, *Antitrust: Commission sends Statement of Objections to Crédit Agricole, HSBC and JP Morgan for suspected participation in euro interest rate derivatives cartel*, IP/14/572). La procedura è al momento pendente.

clemenza¹²⁶⁰. La particolarità è ancora una volta che una delle imprese coinvolte nel cartello decide di non partecipare alle trattative relative alla procedura transattiva. Anche in questo caso, tale scelta difensiva non dissuade la Commissione dal proseguire (con la comunicazione degli addebiti) e concludere (con una decisione di accertamento¹²⁶¹) la procedura in via ordinaria.

Quanto sopra conferma che l'eventuale carattere ibrido delle procedure transattive non sembra causare particolari difficoltà alla Commissione, né tantomeno pregiudicare i benefici che questa può trarre dallo strumento di cui al reg. (CE) n. 622/2008. I due procedimenti transattivi si concludono innanzitutto con due fra le sanzioni più elevate mai irrogate dalla Commissione¹²⁶², cui va aggiunta l'ammenda inflitta (o da infliggere) alle imprese estranee alla procedura negoziale¹²⁶³. Il tema delle sanzioni è interessante anche per un'altra ragione. Si è visto infatti che nell'ambito del caso relativo al tasso LIBOR in Yen accade per la prima volta che una delle imprese destinatarie decida di impugnare una decisione transattiva dinnanzi al Tribunale, lamentando l'eccessività dell'ammenda in precedenza negoziata e accettata¹²⁶⁴. Ma soprattutto, in entrambi i casi la procedura è estremamente rapida. Dall'apertura del procedimento all'adozione della decisione nei confronti delle banche che accettano la transazione trascorrono infatti circa nove mesi. La Commissione impiega invece circa sei mesi per il successivo invio delle comunicazioni degli addebiti alle imprese estranee alla procedura negoziata, e (nel secondo caso) poco più di un anno per la decisione di accertamento.

Del resto, la Commissione si è già trovata varie volte a gestire situazioni analoghe. Si è visto infatti che il primo abbandono delle trattative da parte di una delle imprese coinvolte in un cartello si verifica già nella seconda occasione in cui si è data applicazione al reg. (CE) n. 622/2008¹²⁶⁵. Di tale caso si è già discusso in precedenza,

¹²⁶⁰ Più nel dettaglio, UBS riceve la piena immunità dalla sanzione per aver svelato alla Commissione l'esistenza di tutte e cinque le infrazioni relative al tasso LIBOR in Yen. RBS, Deutsche Bank, Citigroup e RP Martin sommano alla riduzione del 10% di cui al reg. (CE) n. 622/2008, cit., gli ulteriori sconti ottenuti grazie al programma di clemenza, e variabili dal 40% al 25% a seconda dell'infrazione considerata (Citigroup ottiene invero l'immunità nei confronti di una delle tre fattispecie illecite cui ha partecipato). JP Morgan riceve solo il beneficio relativo alla partecipazione alla transazione.

¹²⁶¹ Cfr. COMP/AT.39861 – *Yen Interest Rate Derivatives (YIRD)*, cit., su cui v. il comunicato stampa della Commissione del 4 febbraio 2015, *Antitrust: Commission fines broker ICAP € 14.9 million for participation in several cartels in Yen interest rate derivatives sector*, IP/15/4104.

¹²⁶² Complessivamente, la sanzione applicata alle otto imprese coinvolte nella transazione relativa ai due cartelli che riguardano i contratti derivati su tassi di interesse è pari a € 1.712.468.000,00, ed è la più alta in assoluto mai erogata dalla Commissione. Più nel dettaglio, da un lato, Deutsche Bank, Société Générale e RBS (non Barclays, che come detto riceve l'immunità) vengono sanzionate per il cartello relativo al tasso EURIBOR per un importo pari a € 1.042.749.000,00. Dall'altro lato, RBS, Deutsche Bank, Citigroup, RP e JP Morgan vengono sanzionate per il cartello relativo al tasso LIBOR in Yen per un importo pari a € 669.719.000,00. Per i dati in merito alla prassi sanzionatoria della Commissione cfr. ancora una volta le statistiche disponibili all'indirizzo <http://ec.europa.eu/competition/cartels/statistics/statistics.pdf>.

¹²⁶³ Nel caso relativo al tasso LIBOR in yen, la Commissione ha sanzionato l'impresa ICAP per un ammontare pari a € 14.960.000,00.

¹²⁶⁴ Cfr. ricorso proposto il 14 febbraio 2014 da Société Générale, numero di causa T-98/14, cit.)

¹²⁶⁵ Cfr. COMP/38.866 – *Fosfati per mangimi*, cit.

anche con riferimento alla successiva fase contenziosa dinnanzi al Tribunale, relativa giustappunto alla posizione dell'impresa che rinunci alla transazione¹²⁶⁶.

Più di recente, altri due procedimenti si sviluppano in parallelo sul binario transattivo e su quello della procedura ordinaria. Si tratta delle fattispecie relative ai cartelli attivi sul mercato degli abrasivi in acciaio e su quello dei funghi in scatola¹²⁶⁷. Si è già menzionato il primo caso nel paragrafo precedente. Una delle peculiarità è infatti che solo una delle quattro imprese che partecipa alla transazione presenta anche domanda di clemenza¹²⁶⁸, ottenendo l'immunità per aver svelato l'esistenza dell'accordo volto alla fissazione dei prezzi degli abrasivi. Tale pratica si sviluppa mediante la tenuta di incontri e altri contatti illeciti in cui si discute di aspetti legati ai prezzi, e si concretizza ad esempio nell'introduzione di un supplemento energetico concordato fra le imprese. Però, dopo i primi contatti con la Commissione, una delle imprese decide di rinunciare alla transazione. La procedura nei suoi confronti si converte pertanto alla forma ordinaria, e in meno di otto mesi dalla data di adozione della decisione transattiva l'impresa rinunciataria ha già ricevuto la comunicazione degli addebiti¹²⁶⁹. Anche in questo caso il passaggio dalla procedura piena a quella ibrida non sembra quindi influire più di tanto sulla capacità della Commissione di svolgere il proprio compito di *public enforcer* delle regole antitrust.

L'ultimo caso conferma ulteriormente tale assunto. La pratica illecita coinvolge quattro imprese¹²⁷⁰ produttrici di funghi in scatola che si accordano per fronteggiare la progressiva riduzione dei prezzi di vendita e mantenere inalterate le rispettiva quote di mercato. Il cartello viene attuato mediante due modalità principali. Da un lato, vengono organizzati incontri e contatti (bilaterali e multilaterali) in cui si scambiano e discutono informazioni sensibili con riguardo a clienti e prezzi praticati. Dall'altro lato, viene istituito un meccanismo volto a compensare gli eventuali trasferimenti di clientela, e quindi a non modificare le quote di mercato delle imprese cartelliste. Nel 2011, la Commissione riceve una domanda di immunità che si accompagna alla confessione circa l'esistenza del cartello¹²⁷¹. In seguito alle prime attività di indagine, un secondo cartellista presenta domanda di trattamento favorevole, partecipando altresì alla procedura transattiva¹²⁷². Degli altri due soggetti

¹²⁶⁶ Cfr. causa T-456/10, *Timab Industries*, cit.; sul punto v. comunque *supra* il capitolo 3, § 3.1.2.5.

¹²⁶⁷ Cfr., rispettivamente, AT.39792 – *Abrasivi in acciaio*, cit.; AT.39965 – *Funghi*, cit.

¹²⁶⁸ Più nel dettaglio, le tre imprese Winoa, Metalltechnik Schmidt e Eisenwerk Würth partecipano esclusivamente alla procedura transattiva, ricevendo una sanzione complessiva pari a € 30.707.000,00. Ervin ottiene invece l'immunità nell'ambito del programma di clemenza. Si osserva pertanto che «[t]his case showed that reaching a common understanding with the parties is possible despite the fact that only one undertaking applied for immunity (and received it) under the Leniency Programmes» (cfr. F. LAINA, A. BOGDANOV, *The EU Cartel Settlement Procedure*, cit., 726).

¹²⁶⁹ Cfr. il comunicato stampa della Commissione del 4 dicembre 2014, *Antitrust: Commission sends Statement of Objections to Pometon for suspected participation in a steel abrasives cartel*, IP/14/2361.

¹²⁷⁰ E cioè Lutèce, Prochamp, Bonduelle e Riberebro.

¹²⁷¹ La domanda è presentata da Lutèce che ottiene in cambio l'immunità. Prochamp e Bonduelle sono invece sanzionate per un importo complessivo pari a € 32.225.000,00.

¹²⁷² Prochamp ottiene quindi una riduzione della sanzione altrimenti applicabile pari al 30%, in virtù del programma di clemenza, e del 10%, ai sensi del reg. (CE) n. 622/2008, cit.

coinvolti nell'intesa, solamente uno ammette il proprio ruolo nel cartello ai fini dell'applicazione del reg. (CE) n. 622/2008¹²⁷³. L'ultima impresa decide invece di abbandonare le trattative e riceve una comunicazione degli addebiti dopo circa undici mesi¹²⁷⁴.

3.3.3.4 Dati di sintesi e osservazioni conclusive.

Per concludere, può essere utile riassumere e rielaborare i dati appena esaminati. Il punto di partenza è che circa il 60% delle decisioni di accertamento relative a cartelli adottate fra il 2010 e il 2015 si basa (anche) su un accordo con le imprese parti dell'illecito. Si hanno infatti diciannove decisioni transattive a fronte di tredici decisioni "ordinarie". Se ne può concludere che l'istituto in discussione rappresenta la procedura più utilizzata da parte della Commissione nell'ambito della politica di lotta ai cartelli segreti (al pari degli impegni, al di fuori delle intese orizzontali).

Non vi è un campo di applicazione prevalente, in specie sotto il profilo del settore economico interessato. Le decisioni transattive sono infatti adottate in casi fra loro molto diversi. Una (parziale) eccezione è rappresentata dal settore dei servizi finanziari, e in particolare dalle quattro decisioni rese nei confronti degli istituti bancari coinvolti nella manipolazione dei tassi EURIBOR e LIBOR. La Commissione basa la propria decisione di seguire la procedura di cui al reg. (CE) n. 622/2008 su parametri diversi da quello del mercato interessato. In particolare, il numero (*i*) delle imprese parti dell'illecito, (*ii*) delle domande di clemenza (eventualmente) già presentate, nonché (*iii*) la possibilità di coinvolgere tutti soggetti nella transazione, sembrano essere i criteri più significativi¹²⁷⁵.

Quattordici procedimenti transattivi riguardano tutte le imprese coinvolte nel cartello. Solo in cinque occasioni la Commissione non riesce a raggiungere un'intesa comune quanto all'ambito degli addebiti e alla stima delle sanzioni con ciascuno degli operatori economici interessati. Le procedure ibride rappresentano pertanto meno del 27% della prassi applicativa relativa al reg. (CE) n. 622/2008. Ciò sembra ridurre la portata materiale delle preoccupazioni sopra ricordate¹²⁷⁶. Quattro dei cinque casi ibridi sono successivi a dicembre 2013. Tale dato si potrebbe interpretare quale indice di un lo possibile incremento futuro, dimostrando una maggiore flessibilità della Commissione nella scelta iniziale dei casi. Tuttavia, ciascun caso concluso dopo giugno 2014 riguarda tutte le imprese parti del cartello.

In quattro (dei cinque) procedimenti ibridi una sola impresa abbandona il procedimento transattivo. In un solo caso la rinuncia è invece più massiccia, e riguarda tre delle sette imprese parti dell'intesa. Lo "sdoppiamento" della procedura sembra

¹²⁷³ E cioè Bonduelle.

¹²⁷⁴ Cfr. comunicato stampa della Commissione del 28 maggio 2015, *Antitrust: Commission sends Statement of Objections to Riberebro alleging participation in canned mushrooms cartel*, IP/15/6055.

¹²⁷⁵ Come del resto previsto dalla com. n. 2008/C 167/01, cit., § 5).

¹²⁷⁶ Cfr. *supra* il capitolo 3, § 3.1.2.5

dunque di regola dovuto più all'attitudine di singole imprese, che all'erronea selezione iniziale dei casi da transigere da parte della Commissione. In ogni occasione in cui si è verificata una rinuncia, la Commissione non ha mai archiviato il procedimento ma ha piuttosto continuato secondo la via ordinaria, inviando le necessarie comunicazioni degli addebiti. In due (dei cinque) casi ibridi è già stata adottata anche la decisione di accertamento conclusiva.

In totale, ottantasette imprese hanno partecipato a una transazione (inclusi i sette soggetti che vi hanno in seguito rinunciato). Il numero medio degli operatori economici partecipanti è dunque pari a 4,5 per singolo procedimento¹²⁷⁷. Sessanta di queste hanno anche preso parte al programma di clemenza, ottenendo l'immunità o un'ulteriore riduzione di sanzione rispetto a quanto previsto dal reg. (CE) n. 622/2008. Circa il 69% delle imprese ha quindi beneficiato di entrambi gli istituti premiali. Le riduzioni di pena concesse nell'ambito del programma di clemenza sono peraltro piuttosto significative¹²⁷⁸.

La prassi sembra poi suggerire che le imprese che partecipano alla transazione ricevono ulteriori (e impliciti) benefici. Ciò si verifica ad esempio con riguardo al tema delle circostanze aggravanti ed attenuanti. Le prime non sono mai state contestate in una transazione; le seconde vengono invece riconosciute con maggiore facilità rispetto a quanto accade nel contesto della procedura ordinaria¹²⁷⁹. Tale circostanza sembra confermare che i vantaggi per le imprese non sono in realtà limitati alla riduzione del 10% prevista dal reg. (CE) n. 622/2008.

Ciononostante, le sanzioni irrogate sono in media piuttosto elevate, e raggiungono complessivamente una somma pari a € 4.000.000.000,00. Ciò rileva nell'ambito delle valutazioni in merito all'efficacia deterrente del sistema di applicazione (pubblica e privata) delle regole antitrust, e in particolare dell'art. 101 TFUE¹²⁸⁰. In due casi l'ammenda complessiva è stata pari a circa € 1.000.000.000,00, importo fra i più alti mai irrogati, non solo nell'ambito delle procedure transattive¹²⁸¹.

¹²⁷⁷ Il numero massimo è invece pari a dieci, mentre il minimo a solo due imprese.

¹²⁷⁸ Si osserva infatti, che «[t]here were also significant and generous leniency reductions of between 18–50 per cent for other cartelists for their co-operation during the investigation» (cfr. A.L. HINDS, *All settled? Some six years of cartel settlement*, cit., 294).

¹²⁷⁹ Infatti, e «[u]nusually, there were mitigating circumstances reductions for competitive conduct during the lifetime of the cartel and for limited cartel involvement in several of the cases» (cfr. A.L. HINDS, *All settled? Some six years of cartel settlement*, cit., 294).

¹²⁸⁰ Su cui v. *infra* il capitolo 4, § 2.2.3.

¹²⁸¹ Cfr. i dati forniti dalla Commissione con riguardo alle statistiche relative ai cartelli, disponibili all'indirizzo <http://ec.europa.eu/competition/cartels/statistics/statistics.pdf>

Capitolo IV

Il rilievo delle tecniche alternative di applicazione pubblica della normativa antitrust ai fini del *public* e del *private enforcement*

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. I rapporti fra le tecniche alternative di applicazione pubblica della normativa antitrust e il *public enforcement*. – 2.1. I rapporti fra le procedure negoziate e il primo piano funzionale. – 2.1.1. Premessa. – 2.1.2. La chiarificazione del contenuto delle regole antitrust. – 2.1.2.1. – Il processo di chiarificazione nel contesto della procedura ordinaria: le decisioni di accertamento fra prova dell'illecito e principio del contraddittorio. – 2.1.2.2. (segue): il sindacato giurisdizionale di Tribunale e Corte di giustizia. – 2.1.2.3. Il processo di chiarificazione nel contesto delle procedure negoziate: consenso e incentivi al contraddittorio. – 2.1.2.4. (segue): l'assenza di un effettivo sindacato giurisdizionale di Tribunale e Corte di giustizia. – 2.1.2.5 Il circolo vizioso. L'uso degli impegni per evitare il controllo giurisdizionale su questioni nuovi (primo livello). – 2.1.2.6. (segue): la sanzione delle imprese inadempienti agli impegni assunti (secondo livello). – 2.1.3. L'attività di *enforcement* degli artt. 101 e 102 TFUE fra concorrenza e regolazione. – 2.1.3.1. Le principali differenze fra l'attività di *enforcement* delle regole di concorrenza e quella di regolazione. – 2.1.3.2. Il ruolo degli impegni nel passaggio dalla funzione di tipo (essenzialmente) aggiudicatorio alla funzione (anche) regolatoria dell'*enforcement* delle regole antitrust. – 2.1.3.3. Le principali conseguenze di tale linea evolutiva dell'ordinamento, in particolare alla luce della separazione dei poteri e delle competenze. – 2.1.4. Le finalità sostanziali della politica di concorrenza: le soluzioni negoziate fra approccio economico e approccio strutturale alle regole antitrust. – 2.1.4.1. Il rapporto fra soluzioni negoziali e c.d. modernizzazione sostanziale del diritto antitrust: fra teoria... – 2.1.4.2. ... e prassi. – 2.2. I rapporti fra le procedure negoziate e il secondo piano funzionale. – 2.2.1. Premessa: l'applicazione generalizzata di impegni e accordi transattivi e il bilanciamento fra ipotesi di sovra e sotto-deterrenza. – 2.2.2. Le decisioni con impegni: fra *deficit* informativo e alterazione degli incentivi di imprese e Commissione. – 2.2.2.1. (segue): il rischio di c.d. falsi negativi e il potenziale pregiudizio all'efficacia deterrente del sistema. – 2.2.2.2. (segue): il rischio di falsi positivi e la potenziale deterrenza di condotte lecite. – 2.2.2.3. Il ruolo e l'importanza di una prassi applicativa diversificata. – 2.2.3. Gli accordi transattivi. – 2.3. I rapporti fra procedure negoziate e terzo piano funzionale. – 2.3.1. Premessa. – 2.3.2. Impegni e accordi transattivi nella prospettiva della giustizia retributiva. – 3. I rapporti fra le tecniche alternative di applicazione pubblica della normativa antitrust e il *private enforcement*. – 3.1. Premessa. – 3.2. Le azioni dinnanzi ai giudici nazionali nei confronti di condotte anteriori al periodo oggetto della decisione della Commissione. – 3.3. Le azioni dinnanzi ai giudici nazionali nei confronti di condotte coperte dal periodo oggetto della decisione della Commissione. – 3.3.1. L'(ovvia) assenza di effetti preclusivi delle soluzioni negoziate rispetto alle azioni di risarcimento. – 3.3.2. Gli (asseriti) effetti positivi di impegni e accordi transattivi sulle azioni di risarcimento e quelli (probabilmente positivi) sulle misure cautelari. – 3.3.3. Gli effetti (tendenzialmente) negativi delle soluzioni negoziate sulle azioni di risarcimento. – 3.3.4. L'approccio della giurisprudenza in merito alle azioni di risarcimento proposte nei confronti di condotte coperte da una decisione con impegni o da un provvedimento transattivo. – 3.3.5. (segue): l'ipotesi dei meccanismi di c.d. *public compensation* (brevi cenni). – 3.4. Le azioni dinnanzi ai giudici nazionali nei confronti di condotte successive al periodo oggetto della decisione della Commissione. – 3.4.1. Le azioni nei confronti dell'impresa inadempiente agli obblighi resi vincolanti da una decisione *ex art. 9 reg. (CE) n. 1/2003*. – 3.4.2. Le azioni nei confronti dell'impresa che ha rispettato gli obblighi resi vincolanti da una decisione *ex art. 9 reg. (CE) n. 1/2003*.

1 Premessa.

Si è visto che la repressione delle condotte anticoncorrenziali si caratterizza per tre funzioni principali, che si riflettono in altrettante categorie di disposizioni, e cioè quelle volte a (i) individuare i comportamenti indesiderati¹²⁸², a (ii) garantire l'osservanza delle regole sostanziali e gestire il rischio della loro violazione¹²⁸³, e infine a (iii) disciplinare le conseguenze delle eventuali infrazioni¹²⁸⁴.

La prima delle tre funzioni si realizza in prevalenza per mezzo dell'azione pubblica¹²⁸⁵. Le altre due funzioni sia mediante il *public* che il *private enforcement*. Con riguardo al secondo piano funzionale, azione pubblica e privata sono in effetti complementari: sia le sanzioni pubbliche che i rimedi privati influenzano l'efficacia deterrente del sistema, alterando il rapporto fra costi e benefici dei potenziali trasgressori. Con riguardo al terzo piano funzionale, il *private enforcement* appare invece più adatto per compensare le vittime di un illecito (nell'ottica della c.d. giustizia correttiva), mentre il *public enforcement* è più indicato per punire chi commette un'infrazione (nella prospettiva della c.d. giustizia retributiva¹²⁸⁶).

La diffusione delle soluzioni negoziate può influire su ciascuno dei tre piani funzionali, e quindi sia sul *public* che sul *private enforcement*. Ciò è vero sia con riguardo agli impegni che con riferimento agli accordi transattivi, e dipende essenzialmente dalla natura consensuale che accomuna entrambe le procedure. La prima categoria di decisioni solleva tuttavia le questioni più significative¹²⁸⁷. Si è visto del resto che le peculiarità degli impegni rispetto ai provvedimenti ordinari sono più marcate rispetto

¹²⁸² Sono espressione di tale prima funzione le disposizioni che (i) impongono regole di condotta accompagnate da divieti o incentivi in funzione del benessere sociale e tenuto conto dei c.d. fallimenti del mercato che si verificano in seguito alle c.d. negoziazioni inefficienti causate a loro volta dai costi di transazione, (ii) individuano i beni giuridici e gli interessi tutelati, e (iii) precisano il livello di protezione desiderato (cfr. *supra* il capitolo 1, § 2).

¹²⁸³ Vi rientrano le norme (i) che regolano i controlli e i meccanismi di rilevamento delle infrazioni, così come quelle (ii) che definiscono l'intensità desiderata di deterrenza dei comportamenti illeciti (cfr. *supra* il capitolo 1, § 2).

¹²⁸⁴ Fanno parte di tale categoria le norme che (i) disciplinano le sanzioni irrogate ai soggetti inadempienti in ottica retributiva, (ii) individuano altri possibili rimedi alle infrazioni, nonché infine quelle che (iii) fissano il compenso dovuto alle eventuali vittime, in ottica correttiva (cfr. *supra* il capitolo 1, § 2).

¹²⁸⁵ La determinazione degli interessi e dei beni giuridici che devono essere protetti è infatti meglio realizzata dal legislatore. Anche la fase applicativa contribuisce in realtà alla chiarificazione delle regole, mediante l'elaborazione di precedenti giurisprudenziali. Anche in tale prospettiva, si ritiene però che l'azione delle autorità pubbliche sia generalmente superiore rispetto al *private enforcement*, essenzialmente a causa del non perfetto allineamento fra interessi pubblici e privati nei giudizi civili (in prospettiva generale, cfr. *supra* il testo relativo alle note 191-200, nel capitolo 1, § 4.1., e, con specifico riguardo alle soluzioni negoziate, cfr. *infra* il capitolo 4, § 2.1.2.1.-2.1.2.3.).

¹²⁸⁶ La distinzione non è comunque così netta. Anche gli aspetti più legati a uno dei versanti applicativi (pubblico o privato) delle regole antitrust, come appunto quelli relativi alla funzione compensativa o retributiva appena menzionati, si possono in realtà sviluppare sui binari tipici del versante opposto. Con riguardo al primo aspetto, la compensazione delle vittime di un illecito antitrust, almeno in ipotesi, può ad esempio venire affidata anche alle autorità pubbliche (sul punto v. *infra* il capitolo 4, § 3.3.5.).

¹²⁸⁷ In sintesi, si osserva in effetti che «[l]a decisione con impegni può considerarsi frutto di un bilanciamento tra interessi diversi. Da un lato, quelli alla speditezza e celerità del procedimento antitrust, alla rapida interruzione del comportamento presumibilmente illecito (assieme ai suoi effetti) ed alla sottrazione da parte dell'impresa alla sanzione. Dall'altro lato, quelli alla deterrenza della sanzione, alla chiarezza dell'interpretazione dei comportamenti (anti)concorrenziali, al ripristino della situazione quo ante, alla promozione di azioni (anche risarcitorie) da parte di terzi» (cfr. G. LECCISI, *Brevi note in tema di impegni antitrust*, in *Giustizia Amministrativa*, 2007, 13, spec. 17).

a quelle che caratterizzano gli accordi transattivi¹²⁸⁸. L'analisi si concentrerà pertanto (e giocoforza) sulla prima soluzione negoziale.

Nella prima parte di quest'ultimo capitolo si approfondiscono gli effetti che decisioni con impegni e accordi transattivi hanno sul versante pubblicistico. L'attenzione ricade innanzitutto sul tema dell'individuazione degli obiettivi delle regole di concorrenza e della chiarificazione del loro contenuto, da un lato, e sulla funzione punitiva dell'azione pubblica, dall'altro lato. Nonostante la natura ibrida appena ricordata, anche la funzione deterrente è trattata nel contesto del *public enforcement*, attesa la sua più stretta connessione con tale modalità di applicazione della normativa antitrust¹²⁸⁹.

Nella seconda parte, si affronta invece l'esame degli effetti della diffusione delle soluzioni negoziate sull'applicazione privatistica degli artt. 101 e 102 TFUE. Il *focus* è quindi sulla relazione che intercorre fra azioni di risarcimento del danno e impegni e accordi transattivi, nella prospettiva della funzione compensativa.

2 I rapporti fra le tecniche alternative di applicazione pubblica della normativa antitrust e il *public enforcement*.

2.1 I rapporti fra le procedure negoziate e il primo piano funzionale.

2.1.1 Premessa.

Le decisioni con impegni e, in misura minore, gli accordi transattivi alterano i soggetti, le modalità e i criteri chiamati a individuare gli obiettivi sottesi, gli interessi meritevoli di tutela e, di conseguenza, le condotte vietate dagli artt. 101 e 102 TFUE, oltreché la natura dei rimedi che possono essere imposti dalla Commissione.

Vi sono tre aspetti principali che vanno presi in considerazione, fra loro collegati. Il primo riguarda le ragioni che permettono (o meglio determinano) l'allontanamento dal modello applicativo ordinario. Il secondo riguarda le conseguenze di portata sistematica che tali alterazioni possono avere sul modello di applicazione pubblica delle regole antitrust. Il terzo riguarda infine l'incidenza della diffusione delle soluzioni negoziate sugli stessi obiettivi della politica di concorrenza. Di tali aspetti si darà conto nei paragrafi che seguono.

2.1.2 La chiarificazione del contenuto delle regole antitrust.

2.1.2.1 Il processo di chiarificazione nel contesto della procedura ordinaria: le decisioni di accertamento fra prova dell'illecito e principio del contraddittorio.

¹²⁸⁸ A partire dal diverso approccio al principio di proporzionalità, passando per il mancato accertamento dell'illecito, e fino alla mancata irrogazione di sanzioni.

¹²⁸⁹ Sul punto v. *supra* il capitolo 1, § 4.

Per quanto lunga e costosa, la procedura ordinaria presenta diversi benefici¹²⁹⁰. Fra i più significativi rientra la chiarificazione dei contenuti delle regole antitrust¹²⁹¹. Si è visto infatti che gli artt. 101 e 102 TFUE si caratterizzano per la “monumentale brevità” tipica delle disposizioni di rango costituzionale¹²⁹². La loro formulazione si basa in altri termini su formule elastiche e sui c.d. concetti giuridici indeterminati, che ne rendono i contenuti precettivi vaghi e (appunto) poco chiari.

Gli interessi e i beni giuridici che devono essere protetti nell’ambito della politica di concorrenza non sono pertanto individuati dal legislatore (*i.e.*, dai Trattati o dal diritto derivato) in maniera analitica, né potrebbero esserlo. Lo stesso vale anche con riguardo alle modalità di protezione, e cioè con riferimento ai rimedi applicabili nel caso sia accertata una violazione. Si fa piuttosto ricorso a clausole di portata generale. Come accade in molti settori del diritto, il compito di riempire le clausole di portata generale è attribuito alla fase applicativa e dunque alla casistica, che così contribuisce alla chiarificazione delle regole.

¹²⁹⁰ In sintesi, fra le principali caratteristiche idonee a distinguere la procedura ordinaria dalle soluzioni negoziate vanno annoverati «(1) *the finding of the infringement can contribute to clarifying the content of the prohibition laid down in Articles [101] or [102 TFUE], thus allowing better respect for these prohibitions in the future*; (2) *the termination order helps to bring the infringement to an end*; (3) *especially if accompanied by a fine, the finding of the infringement acts as a public censure, which – apart from contributing to the deterrence and punishment effects – tends to confirm those who already respect the prohibitions of Articles [101] and [102 TFUE] in their law-abiding attitude*; (4) *the imposition of fines, if sufficiently high, will contribute to deterring both the undertakings concerned and others from committing future infringements*; (5) *to the extent that the fines equal the gain obtained through the infringement, their imposition leads to disgorgement of the illicit gains; to the extent that the fines exceed this gain, they may be valued as punishment*; (6) *the finding of the infringement may facilitate follow-on private actions for damages, leading to compensation for the victims of the infringement*» (cfr. W.P.J. WILS, *The Use of Settlements in Public Antitrust Enforcement*, cit., 342). In linea con tali osservazioni, si individuano fra i principali benefici della procedura ordinaria (e quindi delle decisioni di accertamento) il fatto che «(1) *the infringement must be proven to the “requisite legal standard”*; (2) *the remedies imposed must be the ones mandated or at least permitted by the legal provisions on which the Commission relies*; and (3) *they must be necessary and proportionate means to end the infringement*; both (4) *the finding of an infringement and (5) the proportionality of the remedies imposed are subject to judicial review. As a consequence of this judicial review, the Commission has an ex ante incentive (6) to make a full enquiry into the facts before rendering an infringement decision, and (7) to scrutinize the proportionality of the remedies in detail. (8) In the infringement procedure, the Commission is not only legally bound to make sure that the remedies “bring the infringement effectively to an end”, but it also has an incentive to do this, because the incentives of the Commission in the infringement process are primarily antagonistic to those of the undertaking. (9) The final decision – either the decision of the competition authority or that of the courts on judicial review – will be a pronouncement of what the law is. The decision will therefore help to shed light on what was previously the “penumbra” of the scope of the legal provisions in question, and the decision will thus provide legal certainty for future cases. (10) The infringement decision will also assert the legal principle, and (11) contain a – more or less pronounced – statement of opprobrium of the infringement. The resulting “bad publicity” may contribute to the deterrent effect of any fines imposed, and additionally result in the benefits of what is sometimes called “positive general deterrence”. (12) Apart from being an end in itself, the finding of an infringement may serve as a basis for fines under Article 23 Regulation 1/2003, and (13) for private enforcement in the form of follow-on actions» (cfr. F. WAGNER-VON PAPP, *Best and even better practices in commitment procedures after Alrosa*, cit., 957).*

¹²⁹¹ In effetti, «[t]he most obvious benefit of fully adversarial adjudication is the clarification of the law on novel legal issues» (cfr. F. WAGNER-VON PAPP, *Best and even better practices in commitment procedures after Alrosa*, cit., 962). Analogamente, si osserva che «[a] key advantage of formal Commission or court decisions is that they establish precedents settling the law, providing legal certainty and notice to undertaking, particularly in a world where they must self-assess the legality of their conducts» (cfr. Y. SVETIEV, *Settling or Learning: Commitment Decisions as a Competition Enforcement Paradigm*, in *Yearbook of European Law*, 2014, 466, spec. 471).

¹²⁹² Per riprendere un’espressione utilizzata da I.S. FORRESTER, C. NORALL, *The Laicization of Community Law*, cit., 19.

Nel diritto della concorrenza dell'Unione si hanno due principali categorie di precedenti, che riflettono il modello amministrativo secondo cui tale politica si è prevalentemente sviluppata¹²⁹³. Da un lato, si hanno i vari tipi di decisioni della Commissione, emesse al termine del procedimento disciplinato dal reg. (CE) n. 1/2003. Dall'altro lato, vi sono le sentenze di Tribunale e Corte di giustizia¹²⁹⁴. Il primo può intervenire (solo) in caso di ricorso *ex art.* 263 TFUE avviato da uno dei destinatari di una decisione della Commissione (o dai terzi che ne sono riguardati in modo diretto e individuale), come giudice di prima istanza. La seconda, oltre a fungere da giudice di appello nel contesto dei ricorsi diretti, può essere investita di questioni pregiudiziali ai sensi dell'art. 267 TFUE¹²⁹⁵.

Se si fa riferimento alla sola procedura ordinaria, tale sistema è (almeno in astratto¹²⁹⁶) strutturato per garantire la legittimità del processo di chiarificazione delle regole. Entrambi i tipi di precedenti contribuiscono infatti alla certezza del diritto. L'art. 7 reg. (CE) n. 1/2003 richiede innanzitutto la prova di un illecito antitrust. Il meccanismo è quello tipico della qualificazione giuridica. Si deve infatti dimostrare che una determinata fattispecie concreta può essere ricondotta a una delle categorie astratte previste (e vietate) dalle regole di concorrenza. La Commissione deve a tal fine affrontare l'analisi di questioni complesse, come la definizione del mercato rilevante, ma soprattutto l'elaborazione di una convincente teoria del danno. Si deve cioè individuare la ragione per cui la specifica condotta delle imprese è idonea a pregiudicare la concorrenza, e rientra quindi nelle clausole di portata generale di cui agli artt. 101 e 102 TFUE. Tale operazione chiarisce il contenuto della disciplina e guida il futuro comportamento degli operatori di mercato¹²⁹⁷.

Tali effetti si verificano essenzialmente per due ordini di ragioni. In primo luogo, si è detto che le decisioni di accertamento vengono adottate nel rispetto del principio del contraddittorio e dei diritti di difesa delle imprese. Nel contesto delle decisioni ordinarie, gli incentivi di imprese e Commissione circa i temi oggetto della

¹²⁹³ Nel senso che «[l]a prassi e l'evoluzione del diritto dell'Unione europea hanno posto a confronto dei procedimenti ontologicamente diversi: quello amministrativo che si svolge ed è di competenza della Commissione; quello giurisdizionale che si svolge ed è di competenza della Corte di giustizia» (cfr. B. NASCIBENE, *Equo processo e diritti della difesa nel procedimento antitrust avanti alla Commissione*, cit., 63; sul punto v. anche *supra* il capitolo 3, §§ 1.1.-1.5.).

¹²⁹⁴ In realtà, e specie in seguito alla decentralizzazione dell'applicazione delle regole di concorrenza immaginata dalla modernizzazione, non vanno dimenticate le decisioni emesse dalle ANC e le sentenze dei giudici nazionali. Come visto (cfr. *supra* il capitolo 2, § 2.4.), entrambi i soggetti sono infatti chiamati a interpretare e a applicare gli artt. 101 e 102 TFUE.

¹²⁹⁵ Si osserva peraltro che «il rinvio pregiudiziale, nonostante la centralità del ruolo di guida e di controllo della Commissione, ha costituito uno strumento essenziale nell'evoluzione della politica di concorrenza dell'Unione, in quanto ha contribuito all'ampliamento dell'ambito di applicazione delle regole comuni, ha rinforzato il sistema di controllo rendendolo più capillare ed ha favorito la collaborazione tra i giudici nazionali e la Commissione» (cfr. C. IANNONE, *La Collaborazione tra i giudici nazionali e la Corte di giustizia dell'Unione europea in materia di diritto della concorrenza*, in G. TESAURO (a cura di), *Concorrenza ed effettività della tutela giurisdizionale*, cit., 49, spec. 59; in argomento v. anche P. IANNUCELLI, *Il rinvio pregiudiziale e il private enforcement*, cit.).

¹²⁹⁶ Sui limiti del sindacato giurisdizionale nel settore antitrust, cfr. *supra* la nota 36, nel capitolo 1, § 3.

¹²⁹⁷ Ad esempio, è la casistica che chiarisce che determinate fattispecie, come lo scambio di informazioni fra imprese concorrenti ovvero il rifiuto di accesso a un'infrastruttura essenziale, possono essere coperte dagli artt. 101 e 102 TFUE, nonostante l'assenza di chiari riferimenti letterali.

controversia sono contrastanti: l'unica possibilità per le imprese di evitare una decisione di accertamento e l'eventuale imposizione di sanzioni è quella di confutare la posizione della Commissione. Specie se si tratta di questioni nuove o comunque controverse (come accade di regola nei casi che riguardano l'art. 102 TFUE), lo "scontro" fra Commissione e imprese riguarda anche l'accertamento della natura illecita della condotta, e dunque la validità della teoria del danno. Il contraddittorio, e quindi il confronto fra posizioni divergenti, dovrebbe contribuire a che la casistica si sviluppi in modo ragionevole e corretto.

2.1.2.2 (*segue*): il sindacato giurisdizionale di Tribunale e Corte di giustizia.

Ma soprattutto, l'effetto di chiarificazione della disciplina deriva dalla possibilità per le imprese di impugnare le decisioni di accertamento. La diversità di incentivi fra imprese e Commissione in merito all'esito della controversia si riflette infatti sulla propensione delle prime al contenzioso in caso di decisione sfavorevole. L'effetto sulla certezza del diritto è positivo. Più decisioni vengono impuginate, più aumentano le possibilità per Tribunale e Corte di giustizia di intervenire sulle questioni controverse.

In via immediata, aumenta dunque la legittimità del processo di chiarificazione (e creazione) delle regole. Se la legittimità di un sistema basato su decisioni amministrative può suscitare qualche perplessità, la possibilità di un effettivo sindacato giurisdizionale riduce la loro rilevanza. La giurisprudenza è fonte del diritto, anche (e forse soprattutto¹²⁹⁸) dell'Unione: le pronunce di Tribunale e Corte di giustizia sono pertanto precedenti più autorevoli e, appunto, legittimi rispetto alle decisioni della Commissione.

In via mediata, la possibilità di impugnazione contribuisce anche alla legittimità delle stesse decisioni della Commissione. Essa è infatti consapevole di dover redigere e motivare i propri provvedimenti in modo tale da superare il vaglio di Tribunale e Corte di giustizia. Un errore nell'applicare le regole giuridiche ai fatti, così

¹²⁹⁸ È noto infatti che «l'evoluzione dell'Unione in un ordinamento compiuto sul piano giuridico è dovuta largamente all'attività – e anzi, all'attivismo giudiziario – proprio della Corte di Giustizia, la quale ha contribuito in modo decisivo all'evoluzione dell'Unione in un ordinamento fortemente giurisdizionale» (cfr. F. MUNARI, *Il ruolo della Corte di Giustizia*, cit., 190). Per una più approfondita analisi in merito all'attivismo della Corte di giustizia, v. le celebri opere di H. RASMUSSEN, *On Law and Policy in the European Court of Justice: A Comparative Study in Judicial Policymaking*, Leiden, 1986; H. RASMUSSEN, *The European Court of Justice*, Copenhagen, 1998; T.C. HARTLEY, *Constitutional problems of the European Union*, Oxford, 1999, nonché agli articoli di M. CAPPELLETTI, *Is the European Court of Justice Running Wild?*, in *European Law Review*, 1987, 3; A. TIZZANO, *Qualche riflessione sul contributo della Corte di giustizia allo sviluppo del sistema comunitario*, in *Diritto dell'Unione europea*, 2009, 141; G.F. MANCINI, *Attivismo e autocontrollo nella giurisprudenza della Corte di giustizia*, in *Rivista di diritto europeo*, 1990, 229; T.C. HARTLEY, *The European Court. Judicial Objectivity and the Constitution of the European Union*, in *Law Quarterly Review*, 1996, 95; A. ARNULL, *The European Court and Judicial Objectivity: A Reply to Professor Hartley*, in *Law Quarterly Review*, 1996, 411; J. H. H. WEILER, *The Court of Justice on Trial*, in *Common Market Law Review*, 1987, 555. Con specifico riferimento al settore della politica di concorrenza, v. anche A. TIZZANO, *La Corte di giustizia e lo sviluppo del diritto antitrust*, in G. TESAURO (a cura di), *Concorrenza ed effettività della tutela giurisdizionale*, cit., 23; A. TIZZANO, *Il contributo dei giudici dell'Unione europea allo sviluppo del diritto della concorrenza*, in A. LIGUSTRO, G. SACERDOTI (a cura di), *Problemi e tendenze del diritto internazionale dell'economia. Liber amicorum in onore di Paolo Picone*, Napoli, 2011, 787; J. DERENNE, M. MEROLA, (eds.), *The Role of the Court of Justice*, cit.

come l'elaborazione di una teoria del danno poco convincente, ne può infatti determinare (almeno in teoria¹²⁹⁹) l'annullamento *ex art 263 TFUE*. Ciò si riflette nella lunghezza delle decisioni, che di regola raggiunge le diverse centinaia di pagine. Il livello di dettaglio della motivazione contribuisce alla chiarificazione delle regole.

2.1.2.3 Il processo di chiarificazione nel contesto delle procedure negoziate: consenso e incentivi al contraddittorio.

Impegni e accordi transattivi influenzano entrambi gli elementi. Ancora una volta, il punto di partenza è dato dalla natura consensuale di tali procedure che ha l'effetto di modificare gli incentivi di Commissione e imprese, anche con riguardo all'eventuale fase di impugnazione. Pur riguardando entrambi gli istituti, si è detto che è nel contesto delle decisioni con impegni che la questione appare più marcata. Oltre alla maggiore vicinanza fra procedure ordinarie e transattive, ciò è dovuto soprattutto alle differenti caratteristiche dei rispettivi campi di applicazione delle due soluzioni negoziate. Gli accordi transattivi si applicano infatti alle sole intese orizzontali, e cioè in un ambito in cui gli aspetti controversi sono piuttosto limitati. In questi casi, le maggiori difficoltà di *enforcement* stanno infatti nel disvelamento dei cartelli¹³⁰⁰, data la natura segreta di tali pratiche. Una volta che questa viene scoperta, magari grazie a un programma di clemenza, la prova della sua illiceità (*i.e.*, del suo impatto negativo sulla concorrenza) non richiede invece particolari sforzi¹³⁰¹, al contrario di quanto accade con riguardo alla maggior parte delle altre fattispecie di rilevanza antitrust¹³⁰².

La disciplina dei cartelli appare quindi nel complesso abbastanza definita, almeno con riguardo ai profili principali. Il contenzioso si concentra in effetti intorno a pochi aspetti, come ad esempio la durata dell'infrazione, la quantificazione della

¹²⁹⁹ Come appena ricordato, sui limiti dell'effettività del sindacato giurisdizionale in materia antitrust cfr. *supra* la nota 36, nel capitolo 1, § 3.

¹³⁰⁰ In linea di principio, si osserva pertanto che con riguardo ai cartelli «*the objective is to uncover information about their existences*», così che «*[t]he enforcement procedure must [...] be calibrated together with tools (such as leniency for disclosure of information) targeted to an investigative objective: uncovering the existence of the arrangement, rather than characterizing or understanding it*» (cfr. Y. SVETIEV, *Settling or Learning: Commitment Decisions as a Competition Enforcement Paradigm*, cit., 470). In altri termini, «*[t]he case law on cartels is well-settled and the main challenges, for competition enforcers, are, first, to detect them, and, second, to gather sufficient evidence to support a finding of infringement. When these barriers are met, there is little room for further analysis and justifications*» (cfr. B. LASSERRE, F. ZIVY, *A Principled Approach to Settlements*, cit., 149).

¹³⁰¹ Infatti, «*in cartel cases the Commission and the parties do not need to dispute more debatable issues intrinsic to other antitrust cases, such as proof of intent, market definition or the extent, nature and relative weight of pro- and anticompetitive market effects produced by the conduct over time*» (cfr. K. METHA, M.L. TIerno CENTELLA, *EU Settlement Procedure*, cit., 401). Del resto, è noto che «*[s]ebbene gli economisti non siano concordi sulle implicazioni di welfare generate dalle restrizioni verticali alla concorrenza, dai potenziali abusi delle imprese dominanti e circa l'impatto economico delle fusioni, essi convergono nel ritenere che i cartelli producano sostanziali perdite di benessere*», pur segnalando come unica eccezione a tale convinzione la posizione di parte della dottrina austriaca (cfr. R. VAN DEN BERGH, A. GIANNACCARI, *L'approccio più economico nel diritto comunitario della concorrenza. Il più è troppo o non (ancora) abbastanza?*, in *Mercato Concorrenza Regole*, 2014, 393, spec. 408).

¹³⁰² Ad esempio, è questo il caso degli accordi verticali o delle condotte unilaterali, specie se non escludenti, i cui effetti anticoncorrenziali sono dubbi, e il cui accertamento presuppone in ogni caso lo svolgimento di complesse valutazioni degli effetti anti e pro concorrenziali delle condotte.

sanzione o la responsabilità della controllante per i fatti della controllata¹³⁰³. Vi sono (ovviamente) altri temi poco chiari e significativi¹³⁰⁴; tuttavia, ciò che rileva è che difficilmente un'impresa coinvolta in un cartello ne contesta la natura illecita¹³⁰⁵.

¹³⁰³ Sulla c.d. *parental liability*, senza alcuna pretesa di esaustività, v. F. AMATO, A. DELLA NEGRA, F. LIBERATORE, *La responsabilità della capogruppo per le violazioni al diritto antitrust europeo commesse dalle controllate: presunzione relativa o, di fatto, assoluta?*, in *Contratto e Impresa Europa*, 2014, 334; M. CASORIA, *L'imputabilità infragruppo delle violazioni antitrust. (Ir)responsabilità e presunzioni*, in *Mercato concorrenza regole*, 2014, 365; F. GHEZZI, M. MAGGIOLINO, *L'imputazione delle sanzioni antitrust nei gruppi di imprese, tra "responsabilità personale" e finalità dissuasive*, in *Rivista delle Società*, 2014, 1060; P. HUGHES, *Competition Law Enforcement and Corporate Group Liability – Adjusting the Veil*, in *European Competition Law Review*, 2014, 68; N.I. PAUER, *The Single Economic Entity Doctrine and Corporate Group Responsibility in European Antitrust Law*, Alphen aan den Rijn, 2014; B. LEUPOLD, *Effective enforcement of EU competition law gone to far? Recent case law on the presumption of parental liability*, in *European Competition Law Review*, 2013, 570; J. JOSHUA, J. BOTTEMAN, L. ATLEE, *"You Can't Beat the Percentage" – The Parental Liability Presumption in EU Cartel Enforcement*, in *Global Competition Review*, 2012, 3; M. BRONCKERS, A. VALLERY, *No longer presumed guilty? The impact of fundamental rights on certain dogmas of EU competition law*, in *World Competition*, 2011, 535; S. THOMAS, *Guilty of A Fault One has not Committed. The Limits of the Group-Based Sanction Policy Carried out by the Commission and the European Courts in EU-Antitrust Law*, in *Journal of European Competition Law & Practice*, 2012, 11; A. SVETLICINI, *Parental liability for the antitrust infringements of subsidiaries: a rebuttable presumption or probatio diabolica?* ("Arkema SA v European Commission", ECJ (Second Chamber), judgment of 29 September 2011, C-520/09 P; and "Elf Aquitaine SA v European Commission", ECJ (Second Chamber), judgment of 29 September 2011, C-521/09 P), in *European Law Reporter*, 2011, 288; A. WINCKLER, *Parent's Liability: New case extending the presumption of liability of a parent company for the conduct of its wholly owned subsidiary*, in *Journal of European Competition Law & Practice*, 2011, 231; K. HOFSTETTER, M. LUESCHER, *Fines against Parent Companies in EU Antitrust Law: Setting Incentives for "Best Practice Compliance"*, in *World Competition*, 2010, 55; A. MONTESA, A. GIVAJA, *When Parents Pay for Their Children's Wrongs: Attribution of Liability for Ec Antitrust Infringements in Parent-Subsidiary Scenarios*, in *World Competition*, 2006, 555.

¹³⁰⁴ Si pensi al caso dei cartelli relativi c.d. prodotti trasformati, specie nel contesto dell'applicazione extraterritoriale dell'art. 101 TFUE (cfr. ad esempio Trib. 27 febbraio 2014, in causa T-91/11, *InnoLux Corp. c. Commissione*, ECLI:EU:T:2014:92; sull'applicazione extraterritoriale del diritto della concorrenza, senza pretesa di esaustività, v. L. CEJNAR, R. BURGESS, *Challenging the need for a "global" competition law*, in *European competition law review*, 2014, 461; J. CLARKE, *International merger policy: applying domestic law to international markets*, Cheltenham, 2014; A. DE MESTRAL, *The extraterritorial extension of laws: how much has changed?*, in *Arizona journal of international & comparative law*, 2014, 43; A. JONES, B. SUFRIN, *EU Competition Law*, cit., 1258; M. MARTYNISZYN, *Legislation Blocking Antitrust Investigations and the September 2012 Russian Executive Order*, in *World Competition*, 2014, 103; S. MORRIS, *Iron curtain at the border: Gazprom and the Russian blocking order to prevent the extraterritoriality of EU competition law*, in *European Competition Law Review*, 2014, 601; J. SCOTT, *The New EU "Extraterritoriality" in Common Market Law Review*, 2014, 1343; L. BELLODI, *L'extraterritorialità rivisitata. Brevi riflessioni sulle recenti tendenze*, in *Diritto del Commercio Internazionale*, 2013, 1023-1033; V. DEMEDTS, *International Competition Law Enforcement: Different Means, One Goal?*, in *Competition Law Review*, 2012, 223-253; P. DE PASQUALE, *L'applicazione extraterritoriale delle regole antitrust*, in L.F. PACE (a cura di), *Dizionario sistematico*, cit., 144; Y. BOTTEMAN, A. PATSA, *The Jurisdictional Reach of EU Anti-Cartel Rules: Unmuddling the Limits*, in *European competition journal*, 2012, 365; A. THEMELIS, *The internet, jurisdiction and EU competition law: the concept of over-territoriality in addressing jurisdictional implications in the online world*, in *World competition*, 2012, 325; F. WAGNER VON PAPP, *Competition Law and Extraterritoriality*, in A. EZRACHI (ed.), *Research Handbook on International Competition Law*, Cheltenham, 2012, 21; P. DE PASQUALE, *La tutela della concorrenza oltre i confini comunitari tra applicazione extraterritoriale e cooperazione*, Napoli, 2005; E.M. FOX, *Can we solve the antitrust problems of globalization by extraterritoriality and cooperation? Sufficiency and legitimacy*, in *Antitrust Bulletin*, 2003, 355; F. MUNARI, *Il diritto comunitario antitrust nel commercio internazionale*, cit., 175; B. NASCIBENE, *Aspetti internazionali della politica di concorrenza comunitaria*, in *Diritto del Commercio Internazionale*, 2001, 309; C. DAMRO, *Building an international identity: the EU and extraterritorial competition policy*, in *Journal of European Public Policy*, 2001, 208; J. BASEDOW, *International Antitrust: From Extraterritorial Application to Harmonization*, in *Louisiana Law Review*, 2000, 1037; A. TIZZANO, *Appunti sulla cooperazione internazionale in tema di concorrenza*, in *Diritto dell'Unione europea*, 1999, 695; D. RISHIKESH, *Extraterritoriality versus Sovereignty in International Antitrust Jurisdiction*, in *World Competition*, 1991, 33; R. ADAM, *Limiti esterni delle norme comunitarie sulla concorrenza*, in *Rivista di diritto internazionale*, 1975, 254). In questi casi, si osserva peraltro che la probabilità che Commissione e imprese riescano a raggiungere un'intesa diminuisce, a causa dell'asimmetria informativa (cfr. M.P. SCHINKEL, *Bargaining in the shadow of the European settlement procedure*, cit., 470-471, dove si legge che «[i]f information is sufficiently asymmetric, for example in novel or complex markets, this tension may make it impossible to reach a settlement, even if that would be best for all parties involved»). V. anche D. VASCOTT, *EU Cartel settlements: are they working?*, cit.

Al contrario, le decisioni con impegni sono di regola utilizzate in settori caratterizzati da grande incertezza¹³⁰⁶. Paradigmatica in tal senso è l'ampia prassi relativa all'applicazione dell'art. 102 TFUE. È quindi sufficiente soffermarsi su quest'ultima soluzione negoziata, con l'avvertenza che buona parte delle considerazioni che seguono possono essere traslate, con le dovute correzioni, anche nel contesto degli accordi transattivi¹³⁰⁷: ci si riferisce in particolare al tema della riduzione del contenzioso¹³⁰⁸.

Il punto di partenza è rappresentato dal mancato accertamento dell'illecito e dalla limitata operatività del principio di proporzionalità sancito dalla sentenza *Alrosa*¹³⁰⁹. Tali aspetti alterano gli incentivi di imprese e Commissione, che non si trovano più in posizioni contrastanti nel corso della procedura. La ricerca del consenso è del resto il razionale su cui si basano le tecniche alternative di cui si discute. Ciò diminuisce tuttavia l'efficacia del contraddittorio quale meccanismo per la corretta elaborazione e chiarificazione delle regole. Da un lato, l'irrilevanza della prova di un'infrazione antitrust riduce l'onere della prova cui è soggetta la Commissione¹³¹⁰,

¹³⁰⁵ In effetti, «[c]artel proceedings are rarely ever concerned with this matter», atteso che come già ricordato «[t]hat cartel violate Article 101(1) TFUE is undisputed» (cfr. P.I. COLOMO, *Three Shifts in EU Competition Policy*, cit., 380).

¹³⁰⁶ Si osserva infatti che «[u]nlike in clear-cut cartel cases, where the agreement is obviously and merely aiming at hindering competitors, many agreements, whether horizontal or vertical, are beneficial to the economy, favourable to technical progress, and raise efficiencies. As for unilateral practices, it is far more ambiguous to appraise their effects than for co-ordinated practices. Therefore, commitment procedures have very often been used in order to amend unilateral behaviours, in cases where imposing a fine would have required extensive evidence as well as endorsing a contentious position towards a specific theory of harm» (cfr. P. MOULLET, *How should Undertakings Approach Commitment*, cit., 87).

¹³⁰⁷ Del resto, sono state più volte sottolineate (i) sia l'inopportunità di utilizzare gli accordi transattivi quando vi sia necessità di chiarire la portata dell'applicazione dell'art. 101 TFUE (v. ad esempio F. LAINA, A. BOGDANOV, *The EU Cartel Settlement Procedure*, cit., 719, dove si legge che «[s]ome cases might not be suited for the settlement procedure, which leads to a much shorter decision (an average of some 30 pages for the 14 settlement decisions adopted so far, with some decisions being only some 20 pages long) which reflects the parties' settlement submissions and the statement of objections. This format is not always best suited for treating novel legal issues, as this usually requires more detail and in-depth analysis»), (ii) sia la comunanza delle ragioni che portano a tale (parziale) parallelismo fra decisioni con impegni e accordi transattivi. Ad esempio, è in tal senso che si osserva che, «[t]o put it bluntly, the attraction for the Commission in both Article 9 and its new guilty-plea settlement proposal [i.e., la procedura transattiva] is that they permit the Commission to achieve results without having to hear the parties or prove a case» (cfr. J.D. COOKE, *Negotiated Settlements under EC Competition Law*, cit., 262). O, analogamente, che si afferma che le «negotiated procedures are entirely driven by the nature and scope of remedies, rather than by an attempt to apply the law to the facts» (cfr. D.M.B. GERARD, *Negotiated remedies in the modernization era*, cit., 5).

¹³⁰⁸ Su cui v. *infra* il capitolo 4, §§ 2.1.2.4.-2.1.2.5.

¹³⁰⁹ Anticipando quanto si dirà immediatamente *infra* nel testo, vale la pena anticipare che, da un lato, «the fact that no final decision on liability is reached in commitments decisions robs the competition regime – and businesses – of potentially important legal precedent and clarity about how competition laws apply to particular behaviour» (cfr. P. MARSDEN, *Towards an Approach to Commitments that is Just Right*, cit., 73) e, dall'altro lato, che «the legal constraints on the Commission's freedom of action [imposti dal Tribunale in *Alrosa* (cfr. causa T-170/06, *Alrosa*)] may be read as a judicial acknowledgement that the incentives of the Commission and the undertakings to settle, and the public interest in effective protection of competition, may diverge. The Commission may be biased in favour of administrative flexibility, and it may underestimate the value of binding precedent and the evolution of legal doctrines» (cfr. H. SCHWEITZER, *Commitment Decisions under Article 9 of Regulation 1/2003*, cit., 577).

¹³¹⁰ Premesso che «[t]he evidentiary threshold for ending a practice through a settlement [i.e., una decisione con impegni] is much lower than the evidentiary threshold for adopting a prohibition decision», si osserva che «commitment decisions can only be of limited guidance to enterprises» (cfr. G.S. GEORGIEV, *Contagious Efficiency: The Growing Reliance on U.S.-Style Antitrust Settlement in EU Law*, in *Utah Law Review*, 2007, 971, spec. 1027).

che non deve formulare (in modo esaustivo) alcuna teoria del danno per giustificare la propria azione¹³¹¹. Si è visto infatti che la valutazione preliminare che precede la chiusura del procedimento mediante impegni si basa sulla (vaga) nozione di preoccupazione concorrenziale¹³¹². Ciò è indispensabile per garantire l'efficienza procedurale e il risparmio di risorse cui è finalizzata la procedura in discussione. L'effetto è tuttavia quello di aumentare la discrezionalità della Commissione che può infatti intervenire anche se non riesce a dimostrare un impatto negativo della pratica oggetto di istruttoria sulla concorrenza¹³¹³. Come si è accennato e si vedrà in seguito, la discrezionalità non riguarda solo la scelta dei casi ma anche (e forse soprattutto) la predisposizione dei rimedi¹³¹⁴. Non si tratta infatti di stabilire se una determinata condotta viola gli artt. 101 e 102 TFUE, ma piuttosto di immaginare come intervenire a fini pro-concorrenziali. Il metodo non è dunque quello della qualificazione giuridica, ma piuttosto di un intervento proattivo¹³¹⁵.

Dall'altro lato, il ruolo del contraddittorio con le imprese quale limite all'esercizio delle attività di *enforcement* della Commissione risulta sminuito. Le imprese non sono di regola interessate alla corretta interpretazione delle regole (anche) antitrust. In altri termini, alle imprese non importa partecipare al processo di chiarificazione della disciplina della concorrenza, ma piuttosto evitare le conseguenze negative che possono derivare dalla sua applicazione, e cioè l'accertamento di un'infrazione e l'imposizione di una sanzione. Nella procedura ordinaria, si è visto che l'unico modo per evitare tali effetti negativi è quello di dimostrare l'erroneità della posizione della Commissione. Vi è quindi un allineamento fra l'interesse (particolare) dell'impresa e l'interesse (generale) alla corretta applicazione delle regole e alla loro chiarificazione.

Al contrario, la chiusura del procedimento con impegni permette alle imprese di evitare tali conseguenze anche senza contestare la validità della posizione della Commissione in merito alla (potenziale) natura illecita delle condotte oggetto di

¹³¹¹ In effetti, «[t]he depth and the quality of the substantive analysis are in no way comparable to that found in decisions formally establishing a breach of Articles 101 and 102 TFUE» (cfr. P.I. COLOMO, *Three Shifts in EU Competition Policy*, cit., 378). Pertanto, «in cases where the law on a particular issue is unclear or the theory of harm novel, an Article 9 decision, which by its nature does not involve a finding of infringement, fails to clarify the law» (cfr. R. WHISH, *Motorola and Samsung: An Effective Use of Article 7 and Article 9 of Regulation 1/2003*, in *Journal of European Competition Law & Practice*, 2014, 603, ivi). In altri termini, «the absence of any legal determination regarding the validity of the theory of competition harm advanced or whether the necessary elements are made out on the facts can result in ambiguity as to the legal status of the underlying competition case, thus creating uncertainty as to the parameters of the law» (cfr. N. DUNNE, *Commitment decisions in EU competition law*, cit., 415-416).

¹³¹² Cfr. *supra* le note 780 e 785-786, nel capitolo 3, § 3.1.1.3.

¹³¹³ Anzi, l'art. 9 reg. (CE) n. 1/2003, cit., proibisce che un illecito sia individuato.

¹³¹⁴ Cfr. *infra* il capitolo 4, § 3.1.4.1.

¹³¹⁵ Del resto si è già ricordato che «[o]ne of the major differences between Article 7 (enforcement) decisions and Article 9 (commitment) decisions is that the focus of discussion in Article 7 enforcement decisions is the proof of the (past) violation whereas in Article 9 commitment decisions the focus of discussion is the adequacy of the remedy to meet – in the future – the concerns of the Commission»; in sintesi, «[t]he issue is no longer what the parties did but what the Commission wants» (cfr. F. JENNY, *Worst Decision of the EU Court of Justice: The Alrosa Judgment in context and the Future of Commitment Decisions*, in *Fordham International Law Journal*, 2015, 701, spec. 762-763).

istruttoria, ovvero alla teoria del danno “elaborata”. La presentazione di impegni non equivale pertanto al riconoscimento da parte delle imprese della correttezza delle valutazioni compiute in tal senso dalla Commissione¹³¹⁶. La prospettiva delle imprese non è infatti quella, per così dire, del “tutto o niente”¹³¹⁷ che caratterizza le procedure ordinarie: viene quindi meno il loro interesse a discutere con la Commissione di tali aspetti¹³¹⁸. Il valore delle decisioni con impegni quali precedenti è dunque (più) limitato rispetto a quello delle decisioni di accertamento, con riflessi negativi sulla capacità della casistica della Commissione di guidare il comportamento delle imprese¹³¹⁹.

2.1.2.4 (*segue*): l'assenza di un effettivo sindacato giurisdizionale di Tribunale e Corte di giustizia.

Ma soprattutto, l'inidoneità delle decisioni con impegni a contribuire alla chiarificazione delle regole antitrust, e quindi all'individuazione degli interessi meritevoli di tutela e delle condotte vietate, appare (ancora più) evidente alla luce della riduzione della fase contenziosa che la loro adozione comporta rispetto alla procedura ordinaria. Il consenso fra imprese e Commissione riduce infatti la possibilità che i provvedimenti che recepiscono gli impegni (e ancor di più un accordo transattivo¹³²⁰,

¹³¹⁶ E ciò perché «[t]he fact that an undertaking voluntarily changes its behaviour or agrees to divest itself of assets as a result of a Commission investigation cannot, in itself, be normative as to the law: undertakings may choose to offer commitments for a range of reasons, and not necessarily because they agree with the Commission's legal argument against them, and indeed it is sometimes recorded in a commitment decision that the undertaking or undertakings do not agree with its analysis» (cfr. R. WHISH, *Motorola and Samsung*, cit., 603).

¹³¹⁷ Per riprendere un'espressione usata da N. DUNNE, *Commitment decisions in EU competition law*, cit., 416, dove si sottolinea «the more bureaucratic notion of compromise under Article 9, in contrast to the combative “all or nothing” choices of the infringement procedure».

¹³¹⁸ Si osserva infatti che «it may be that the Commission's argument is new in law and untested, or weak, but is accepted anyway, because the company concerned wants an end to the case» (cfr. J. RATLIFF, *Negotiated Settlements in EC Competition Law*, cit., 311).

¹³¹⁹ In effetti, premesso che «a fronte dei sicuri vantaggi che presenta in termini di speditezza ed efficienza, questo strumento ha però il difetto della mancanza di trasparenza, sicché i casi oggetto d'impegni assumono spesso un valore limitato come precedenti» (cfr. M. MEROLA, L. ARMATI, *Brevi riflessioni sui più recenti sviluppi nel diritto della concorrenza dell'Unione europea*, cit., 31), si osserva che «commitment decisions do not establish any legal precedent, they provide little guidance on the interpretation of the law [and] «offer little guidance to the market on how similar scenarios might be assessed by the Commission in the future»» (cfr. M. MARINIELLO, *Commitments or prohibition?*, cit., 1-2).

¹³²⁰ Come anticipato, quanto segue vale infatti anche per gli accordi transattivi. Fra gli altri, il parallelismo fra le due soluzioni negoziate con riguardo alla riduzione del contenzioso dinnanzi a Tribunale e Corte di giustizia è sottolineato da W.P.J. WILS, *The Use of Settlements in Public Antitrust Enforcement*, cit., 340, dove si osserva che «appeals will be much less frequent than against decisions adopted following the normal, fully adversarial procedure, as already noted in the context of Article 9 commitment decisions». In effetti, pur premesso che «l'impresa che ha presentato la proposta transattiva [può] impugnare la decisione della Commissione davanti agli organi di giustizia comunitari», si riconosce che «si tratta di una ipotesi teorica, con scarsissimi esiti pratici, avendo l'impresa riconosciuto la fondatezza degli addebiti a proprio carico» (cfr. V. CERULLI IRELLI, “Consenso” e “autorità”, cit., 346). Anche nei casi in cui un appello sia effettivamente instaurato (come avvenuto nel caso del ricorso proposto il 14 febbraio 2014 da Société Générale, numero di causa T-98/14, cit.) l'intensità del sindacato giurisdizionale risulta peraltro sminuito: infatti, «[c]ourts have very little incentive to effectively scrutinise an agreement when the prosecutor and defendant are in agreement», perché «effective judicial review relies on an adversarial dynamic that is notably absent in settlements» (cfr. A. STEPHAN, *The Direct Settlement of EC Cartel Cases*, in *International and Comparative Law Quarterly*, 2009, 627, spec. 650).

anche alla luce dei limitati aspetti intorno a cui si concentra il contenzioso in materia di cartelli¹³²¹) siano oggetto di impugnazione.

La casistica relativa all'art. 9 reg. (CE) n. 1/2003 è quindi “protetta” dal sindacato giurisdizionale di Tribunale e Corte di giustizia¹³²², come del resto dimostrato dall'assenza di precedenti. Ciò non significa che l'impugnazione sia preclusa in punta di diritto. Le imprese sono infatti le destinatarie del provvedimento¹³²³. I requisiti per la legittimazione attiva di cui all'art. 263(4) TFUE sono quindi rispettati, almeno nella forma. Nella sostanza, sono tuttavia limitate le circostanze in cui le imprese possono avere interesse a contestare provvedimenti di cui hanno contribuito a determinare l'oggetto nel corso della fase amministrativa¹³²⁴. Ciò si riflette sui motivi e sulle probabilità di accoglimento del ricorso. Infatti, se è poco plausibile che le imprese vogliano ridiscutere il contenuto degli impegni (da loro stesse proposti¹³²⁵), è possibile che l'impugnazione riguardi il mancato rispetto dei diritti di difesa o delle garanzie procedurali¹³²⁶. Va però considerato che l'annullamento ha come possibili conseguenze la riapertura del procedimento e l'accertamento di un'infrazione. Circostanze che riducono gli incentivi delle imprese anche in tale prospettiva¹³²⁷.

¹³²¹ Premesso che «*appeal is improbable (and successful appeal even less probable), as cartelists admit their guilt and accept the key facts and the range of fines, as well as confirming in writing that they have been satisfactorily informed of the Commission's objections and that their rights of defence have been upheld*», si osserva che «*[t]his effectively renders appeals redundant because most cartel appeals involve procedural and/or fining issues rather than issues of substance or liability*» (cfr. A.L. HINDS, *All settled? Some six years of cartel settlement*, cit., 294). Su tale aspetto v. comunque *supra* il capitolo 3, § 3.1.2.5.

¹³²² In altri termini, «*[c]ommitment decisions de facto withdraw a large part of the Commission's competition law practice from judicial review*» (cfr. H. SCHWEITZER, *Commitment Decisions in the EU and in the Member States*, cit., 2).

¹³²³ Né, ai sensi dell'art. 288(3) TFUE, potrebbe essere altrimenti, alla luce della loro portata certamente vincolante (sul punto cfr. *infra* la nota 1741, nel capitolo 4, § 3.4.1.).

¹³²⁴ Premesso che «*[i]n application of the general rule contained in [art. 263 TFUE], commitment decisions can be appealed before the EU Courts by the undertakings whose commitments have been made bindings*», si osserva infatti che «*[a]s the undertakings have themselves offered the commitments, one can however expect that such appeals will be much less frequent than appeals by the addressees of decision under Article 7 of the Regulation 1/2003*» (cfr. W.P.J. WILS, *The Use of Settlements in Public Antitrust Enforcement*, cit., 339). In altri termini, anche se «*[a]n Article 9 decision can always be appealed by the addressee, even if the decision is based upon agreements freely entered into*», è chiaro che «*this circumstance will undoubtedly make it difficult to appeal such decision successfully*» (cfr. M. SIRAGUSA, E. GUERRI, *Antitrust Settlements under EC Competition Law*, cit., 192).

¹³²⁵ Salva l'ipotesi in cui gli impegni recepiti dalla Commissione non corrispondano a quelli proposti dalle imprese (cfr., con riguardo all'ipotesi analoga in cui gli impegni “difformi” siano resi vincolanti dall'AGCM, V. CERULLI IRELLI, “*Consenso*” e “*autorità*”, cit. 343).

¹³²⁶ Nel senso che, «*[c]onceivably, the addressee would [...] be able to argue that the Commission has abused its powers by forcing it to offer the commitments, that the commitments offered are not correctly reproduced in the decision, or that procedural guarantees have not been respected, for example that the Commission failed to issue a preliminary assessment in accordance with Article 9(1)*» (cfr. E. DE SMIJTER, A. SINCLAIR, *The Enforcement System under Regulation 1/2003*, cit., 135).

¹³²⁷ Una diversa ipotesi di impugnazione sembra invece potersi verificare nel caso in cui siano cambiate le condizioni di fatto e la Commissione non proceda alla modifica della decisione ai sensi dell'art. 9(2) reg. (CE) n. 1/2003, cit., (sottolinea tale possibilità J.D. COOKE, *Negotiated Settlements under EC Competition Law*, cit., 264). E in effetti, si riscontra nella prassi un ricorso presentato dall'impresa destinataria di una decisione con impegni, e cioè Visa Europe, per l'annullamento della decisione della Commissione di non modificare il tetto massimo delle c.d. commissioni MIF originariamente stabilite nella decisione con impegni. Il caso è stato però terminato su iniziativa della parte (cfr. Trib. (ord.) 30 aprile 2014, in causa T-447/12, *Visa Europe c. Commissione*, ECLI:EU:T:2014:247).

Diverso è il caso delle imprese non destinatarie della decisione. In linea di principio, anche i terzi possono infatti ricorrere nei confronti delle decisioni che rendono vincolanti gli impegni presentati da altri operatori economici, purché il loro contenuto li riguardi direttamente e individualmente *ex art. 263(4) TFUE*. Tali requisiti sono però interpretati in modo restrittivo¹³²⁸. I margini per il riconoscimento

¹³²⁸ In argomento, senza alcuna pretesa di esaustività, v. A. ARNULL, *Arrêt "Inuit": la recevabilité des recours en annulation introduits par des particuliers contre des actes réglementaires*, in *Journal de droit européen*, 2014, 14; C. AMALFITANO, *Art. 263 TFUE*, in F. POCAR, M.C. BARUFFI (a cura di), *Commentario breve ai Trattati dell'Unione europea*, cit., 1298; M.E. BARTOLONI, *La nozione di "atto regolamentare" nell'interpretazione offerta dalla Corte di giustizia dell'Unione europea e i suoi riflessi sul ricorso individuale di invalidità*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2014, 249; C. IANNONE, *Art. 263 TFUE*, in A. TIZZANO (a cura di), *Trattati dell'Unione europea*, cit., 2048; P.A. VAN MALLEGHEM, N. BAETEN, *Before the law stands a gatekeeper – Or, what is a "regulatory act" in Article 263(4) TFEU?*, in *Common Market Law Review*, 2014, 1187; S. MARINO, *La legittimazione attiva dei privati nel ricorso per annullamento: quali novità a seguito del Trattato di Lisbona?*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2014, 1126; R. MASTROIANNI, A. PEZZA, *Access of Individuals to the European Court of Justice of the European Union Under the New Text of Article 263, para 4, TFEU*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario* 2014, 923; D. WAELBROECK, T. BOMBOIS, *Des requérants «privilegiés» et des autres...à propos de l'arrêt inuit et de l'exigence de protection juridictionnelle effective des particuliers en droit européen*, in *Cahiers de droit européen*, 2014, 21; M. BOTTINO, *La recevabilité des recours en annulation en matière d'aides d'État*, in *Diritto dell'Unione Europea*, 2013, 245; A.M. ROMITO, *Il ricorso per annullamento ed i limiti alla tutela dei ricorrenti non privilegiati*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2013, 525; L. CALZOLARI, *La nozione di "atti regolamentari" ex art. 263 quarto comma TFUE nelle prime sentenze del Tribunale dell'Unione europea*, in *Diritto dell'Unione europea*, 2012, 523; D.P. DOMENICUCCI, I. TACCANI, *Art. 263 TFUE*, in C. CURTI GIALDINO (diretto da), *Codice dell'Unione europea*, cit., 1845; A. ADINOLFI, *La Corte di giustizia dell'Unione europea dopo il Trattato di Lisbona*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2010, 45; S. BALTHASAR, *Locus standi rules for challenges to regulatory acts by private applicants: the new art. 263(4) TFEU*, in *European Law Review*, 2010, 542; G. DONÀ, *Il ricorso di annullamento e le novità introdotte dal Trattato di Lisbona*, in *Diritto del Commercio Internazionale*, 2010, 567; E. FONTANA, *Il ricorso di annullamento dei privati nel Trattato di Lisbona*, in *Diritto dell'Unione Europea*, 2010, 54; B. MARCHETTI, *L'impugnazione degli atti normativi da parte dei privati nell'art. 263 TFUE*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2010, 1471; C. KOMBOS, *A Paradox in the Making: Detecting Something Positive in UPA Under the Ten Kate Effect*, in *European Law Journal*, 2009, 506; M. CONDINANZI, R. MASTROIANNI, *Il contenzioso dell'Unione europea*, Torino, 2009, 98; O. PORCHIA, *I ricorsi davanti alla Corte di giustizia dell'Unione europea: le modifiche previste dal Trattato di Lisbona*, in P. BILANCIA, M. D'AMICO (a cura di), *La nuova Europa dopo il Trattato di Lisbona*, Milano, 2009, 223; S.M. CARBONE, *Le procedure innanzi alla Corte di giustizia a tutela delle situazioni giuridiche individuali dopo il Trattato di Lisbona*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2008, 240; S. ENCHELMAIER, *No-One Slips Through the Net? Latest Developments, and Non-Developments, in the European Court of Justice's Jurisprudence on Art. 230(4) EC*, in *Yearbook of European Law*, 2005, 173; C. KOCH, *Locus standi of private applicants under the EU Constitution: preserving gaps in the protection of individuals' right to an effective remedy*, in *European Law Review*, 2005, 511; J.M. CORTÉS MARTIN, *Ubi ius, ibi remedium? – Locus standi of private applicants under article 230(4)EC at a European Constitutional Crossroads*, in *Maastricht journal of European and comparative law*, 2004, 234; M. CONDINANZI, *Il ricorso diretto ai giudici europei: quadro giurisprudenziale e Costituzione europea*, in *Quaderni costituzionali*, 2004, 628; A. ALBOR LLORENS, *The standing of private parties to challenge community measures: has the European court missed the boat?*, in *Cambridge Law Journal*, 2003, 75; C. AMALFITANO, *La protezione giurisdizionale dei ricorrenti non privilegiati nel sistema comunitario*, in *Diritto dell'Unione Europea*, 2003, 13; F. RAGOLLE, *Access to justice for private applicants in the Community legal order: recent (r)evolutions*, in *European Law Review*, 2003, 92; J. USHER, *Direct and individual concern – an effective remedy or a conventional solution?*, in *European Law Review*, 2003, 576; A. WARD, *Locus Standi under Article 230 (4) of the EC Treaty: Crafting a Coherent Test for a 'Wobbly Polity'*, in *Yearbook of European Law*, 2003, 45; P. MANZINI, *Ricorso di annullamento: riforma e controriforma*, in *Diritto dell'Unione Europea*, 2002, 1; A. ARNULL, *Private applicants and the action for annulment since Codorniu*, in *Common Market Law Review*, 2001, 7; M. CONDINANZI, *Art. 230 CE*, in F. POCAR (a cura di), *Commentario breve ai Trattati della Comunità e dell'Unione europea*, cit., 775; L. DANIELE, B. NASCIBENE (a cura di), *Il ricorso di annullamento nel Trattato istitutivo della Comunità europea*, Milano, 1998; A. SAGGIO, *Appunti sulla ricorribilità dei ricorsi di annullamento proposti da persone fisiche o giuridiche in base all'art. 173, quarto comma, del Trattato CE*, in *Rivista di diritto europeo*, 1997, 401; A. ARNULL, *Private applicants and the action for annulment under article 173 of the EC Treaty*, in *Common Market Law Review*, 1995, 7; C. HARLOW, *Toward a Theory of access for the European Court of Justice*, in *Yearbook of European Law*, 1992, 213; R. GREAVES, *Locus standi under article 173 EEC when seeking annulment of a regulation*, in *European Law review*, 1986, 119; B. HARDING, *The private interest in challenging Community action*, in *European Law review*, 1980, 354; H. RASMUSSEN, *Why is article 173 interpreted against private plaintiffs*, in *European Law Review*, 1980, 112; E. STEIN, G.J. VINING, *Citizen access to*

della legittimazione attiva sono quindi limitati. La prassi conferma tale assunto. È vero che l'unico precedente giurisprudenziale in materia di impegni deriva dall'impugnazione proposta da un'impresa terza rispetto alla decisione. I fatti alla base del caso *Alrosa* sono tuttavia particolari. Si è visto infatti che la Commissione aveva avviato due procedimenti: uno ai sensi dell'art. 102 TFUE, chiuso con impegni; e uno ai sensi dell'art. 101 TFUE, di cui è parte anche *Alrosa*. Tale peculiarità influisce certamente sul riconoscimento della legittimazione attiva dell'impresa. In ogni caso, quella in discussione è l'unica ipotesi in cui Tribunale e Corte di giustizia si sono pronunciati in modo favorevole su un appello presentato da un'impresa terza¹³²⁹.

È quindi confermata l'assenza di un effettivo sindacato giurisdizionale sulle decisioni con impegni, sia a iniziativa delle imprese destinatarie, sia dei soggetti terzi¹³³⁰, che indiretto¹³³¹. Oltre a aumentare il potere e la discrezionalità della Commissione, ciò influisce sulla legittimità complessiva del sistema, in specie con riguardo al tema della chiarificazione delle regole¹³³². L'introduzione dell'istituto degli impegni nell'ordinamento dell'Unione comporta infatti la divisione della casistica in due sfere separate: da un lato, le decisioni di accertamento consentono lo sviluppo del sistema "alla luce del sole", e cioè sotto la vigilanza di Tribunale e Corte di giustizia; dall'altro lato, i provvedimenti *ex art. 9 reg. (CE) n. 1/2003* lasciano l'attività della

judicial review of administrative action in a transnational and federal context, in *American Journal of International Law*, 1976, 219; S.M. CARBONE, *Organi comunitari, controllo di legittimità ed interessi privati*, Padova, 1972.

¹³²⁹ A fronte di diversi ricorsi presentati da imprese che non sono destinatarie della decisione con impegni, uno è stato dichiarato inammissibile (cfr. Trib. (ord.) 25 ottobre 2007, in causa T-274/06, *Estaser El Mareny c. Commissione*, ECLI:EU:T:2007:323, nei confronti della decisione resa in COMP/B-1/38.348 – *Repsol*, cit.), uno è stato ritirato (cfr. Trib. (ord.) 5 luglio 2013, in causa T-148/10, *SK Hynix c. Commissione*, ECLI:EU:T:2013:358, nei confronti della decisione resa in COMP/38.636 – *RAMBUS*, cit.), e uno è al momento ancora pendente (cfr. ricorso proposto il 4 febbraio 2014 da Morningstar, numero di causa T-76/14). Tale impresa è una concorrente di Thomas Reuters chiede l'annullamento della decisione della Commissione resa in COMP/39.654 – *Reuters Instrument Codes (RICs)*, cit. Vengono dedotti quattro motivi. Oltre alla violazione del principio di proporzionalità e dell'obbligo di motivazione, viene sostenuto, da un lato, che gli impegni resi vincolanti «*mancherebbero manifestamente di affrontare i problemi sul piano della concorrenza individuati nella decisione impugnata*» e, dall'altro lato, che la decisione mancherebbe di base giuridica, avendo la Commissione «*ecceduto i poteri ad essa attribuiti dal Consiglio europeo*».

¹³³⁰ Oltre ai problemi circa la legittimazione attiva cui si è accennato, va detto che anche ragioni reputazionali potrebbero diminuire gli incentivi delle imprese non destinatarie di una decisione con impegni a impugnare provvedimenti – che vengono presentati dalla Commissione come – idonei a risolvere i profili di concorrenzialità di un dato mercato, e quindi come positive per i consumatori. In analogia a quanto sopra rilevato, un'ipotesi particolare potrebbe invece verificarsi nel caso in cui siano cambiate le condizioni di mercato rispetto al momento di adozione della decisione, e né le imprese destinatarie né la Commissione si attivino per la modifica degli impegni.

¹³³¹ Come accennato (cfr. *supra* la nota 1295, nel capitolo 4, § 2.1.2.1., vi è in effetti un'altra e ultima forma in cui si può sviluppare il controllo giurisdizionale della Corte di giustizia nei confronti delle decisioni con impegni (e, in misura minore, degli accordi transattivi). Si tratta dell'ipotesi in cui venga proposta una questione pregiudiziale, nel caso in cui la corretta interpretazione di tali provvedimenti (e quindi, almeno potenzialmente, di determinati aspetti delle rispettive discipline sostanziali) sia messa in discussione nel contesto di un procedimento giurisdizionale dinanzi a un giudice di uno Stato membro, ad esempio nel corso di un'azione civile c.d. *follow on*. Anche tale ipotesi appare tuttavia piuttosto residuale.

¹³³² In sintesi, «*[t]he legitimacy of decisions has seriously decreased as they are the results of negotiations – between the Commission, the concerned parties and, to a lesser extent, the interested parties, unsupervised by the Courts, rather being than the result of a transparent process leading to appealable decisions*» (cfr. F. JENNY, *Worst Decision of the EU Court of Justice*, cit., 763).

Commissione “nell’ombra”, e cioè al di fuori di ogni forma di controllo giurisdizionale¹³³³.

2.1.2.5 Il circolo vizioso. L’uso degli impegni per evitare il controllo giurisdizionale su questioni nuovi (primo livello).

Quanto sopra solleva diverse (e ovvie) perplessità in merito alla tenuta del sistema. Per ridurre la portata delle critiche, si ritiene che gli impegni dovrebbero rimanere un rimedio a diffusione limitata¹³³⁴, e soprattutto che la loro adozione dovrebbe essere evitata nel caso di questioni giuridiche nuove. In questi casi, appare infatti preferibile una decisione di accertamento, proprio al fine di stabilire un precedente più autorevole¹³³⁵.

Si è visto che l’esame della prassi suggerisce tuttavia una realtà ben diversa¹³³⁶. Del resto, la riduzione del contenzioso non rappresenta un semplice “effetto collaterale” degli impegni, che si potrebbe quindi cercare di arginare, ma piuttosto una delle ragioni principali del loro successo¹³³⁷. Si è visto infatti che tanto le imprese quanto la Commissione sono interessate a evitare i costi associati allo svolgimento dei giudizi di impugnazione dinnanzi a Tribunale e Corte di giustizia. Oltre a ridurre

¹³³³ Cfr. ad esempio H. SCHWEITZER, *Commitment Decisions in the EU and in the Member States*, cit., 2; G.S. GEORGIEV, *Contagious Efficiency*, cit., 1017.

¹³³⁴ Infatti, «*by not adopting a sufficient number of formal decisions and relying instead on settlements [i.e., decisioni con impegni], the European Commission [do] not contribute to the clarification of the legal content of the prohibitions in Articles [101] and [102 TFUE]*» (cfr. G.S. GEORGIEV, *Contagious Efficiency*, cit., 1027).

¹³³⁵ Si osserva infatti che «*novel cases are poor candidates for Article 9 decisions*» (cfr. I. FORRESTER, *Creating New Rules? Or Closing Easy Cases?*, cit., 647). Pertanto, è necessario «*to exclude cases raising novel legal and economic issues from settlements*»: infatti, «*agencies should give guidance to the market when new legal and economic problems arise [a]nd settlement decisions, often in summary form, offer little of this*» (cfr. N. PETTIT, *New Challenges for 21st Century Competition Authorities*, 2012, spec. 6, disponibile su http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2207886). In altri termini, «*la Commissione (o un’ANC), qualora ravvisi la necessità di specificare il contenuto degli artt. 101 e 102 TFUE in relazione alla fattispecie concreta, non dovrebbe adottare una decisione con impegni dal momento che quest’ultima non contiene alcuna specificazione della condotta sotto il profilo concorrenziale*» (cfr. C. PESCE, *I nuovi strumenti di public enforcement*, cit., 87). Analogamente, «*nella propria valutazione discrezionale, l’Autorità può considerare l’opportunità di adottare una decisione di accertamento dell’infrazione per stabilire un chiaro precedente in relazione a determinate condotte che presentino profili di novità o per riaffermare l’illiceità di altre e prevenirne la reiterazione*» (cfr. G. DEMARTINI, *La definizione del procedimento antitrust*, cit., 920). In senso (almeno in parte) contrario, e partendo – forse – dal presupposto che «*[a]n Article 9 decision is an enforcement instrument [and] not an instrument for providing legal certainty to companies, nor [...] a substitute for exemption decisions*» (cfr. E. DE SMIJTER, A. SINCLAIR, *The Enforcement System under Regulation 1/2003*, cit., 128), si afferma invece che «*laddove si sia in presenza di elementi probatori sostanziali da cui risulti che un’impresa ha violato una norma chiara, già affermata e non controvertibile in materia di tutela della concorrenza, la migliore soluzione dal punto di vista dell’ordinamento giuridico è rappresentata dall’imposizione di una sanzione*», e che pertanto «*[l]e decisioni con impegni possono invece essere utilmente adottate con riguardo a fattispecie in cui vi sia un illecito fortemente incerto, o che siano molto articolate oppure completamente nuove e per le quali risulti opportuno trovare una soluzione ad hoc negoziata con le imprese, piuttosto che andare a fissare un precedente in una fattispecie su cui non si hanno le certezze e per la quale non risulti agevole definire quale sia il confine tra lecito ed illecito*» (cfr. M. SIRAGUSA, *Le decisioni con impegni*, cit., 395). In altri termini, l’opportunità di utilizzare le decisioni con impegni in casi nuovi è argomentata a partire dalla loro maggiore flessibilità rispetto alle decisioni di accertamento (o di esenzione), basandosi la prima categoria di decisioni su meccanismi di monitoraggio che consentono la modifica delle condizioni negoziate. Ciò sarebbe in linea con il fatto che «*[c]ompetition authorities are indeed very reluctant to rigidify a situation since this would be likely to result in anti-competitive harm or economic absurdity*» (cfr. P. MOULLET, *How should Undertakings Approach Commitment*, cit., 92).

¹³³⁶ V. immediatamente *supra* la nota 1329.

¹³³⁷ Cfr. *supra* il capitolo 3, § 3.2.

(anche) l'affidabilità della fase di c.d. *market test*¹³³⁸, ciò origina una sorta di circolo vizioso, che si sviluppa in due livelli. Come si vedrà, il primo livello trova conferma nella prassi. Il secondo rimane invece – al momento – più ipotetico.

Il primo livello del circolo vizioso può essere riassunto come segue¹³³⁹. La possibilità di chiudere i procedimenti con impegni riduce il numero delle decisioni di accertamento. Ciò comporta a sua volta una riduzione delle impugnazioni. Meno precedenti giurisprudenziali significa maggiore incertezza circa il contenuto delle regole antitrust. L'incertezza aumenta l'attrattiva delle decisioni con impegni. Gli incentivi a “patteggiare” sono infatti maggiori se il caso presenta elementi nuovi o controversi¹³⁴⁰. L'interesse delle imprese per la soluzione negoziata va in effetti di pari passo al grado di aleatorietà circa l'esito della procedura “ordinaria”. Nella prospettiva della Commissione, si evita invece il rischio di annullamento, che è proporzionale all'assenza di precedenti, e quindi alla novità delle questioni trattate¹³⁴¹. Il maggior “fascino” degli impegni determina un'ulteriore riduzione delle decisioni di accertamento, rendendo ancora più rari gli appelli dinnanzi a Tribunale e Corte di giustizia. E così via, fino a che in determinati settori la prassi si compone di soli provvedimenti *ex art. 9 reg. (CE) n. 1/2003*.

Per quanto estrema, l'ipotesi non sembra essere di scuola¹³⁴², e i suoi effetti sono negativi. Il punto è che circostanze o condotte analoghe a quelle in cui la

¹³³⁸ Infatti, non è escluso che Commissione e imprese siano disponibili a riconoscere troppa rilevanza alle posizioni espresse dai soggetti terzi che intervengono nella fase del c.d. *market test*, al fine di evitare che questi possano decidere di impugnare la decisione che rende obbligatori gli impegni. Non va dimenticato che i soggetti terzi (al pari delle imprese coinvolte nel procedimento) non hanno interesse alla chiarificazione delle regole, ma ovviamente solo a ottenere la concessione di un qualche vantaggio (sottolinea il punto D.M.B. GERARD, *Negotiated remedies in the modernization era*, cit., 15, dove si osserva che «*considerations of procedural economies may [...] result in greater incentives to (push to) accommodate even loose concerns expressed by third parties in the hope that they will refrain from challenging the substance of the decision*»).

¹³³⁹ Sul primo livello del circolo vizioso v. F. WAGNER-VON PAPP, *Best and even better practices in commitment procedures after Alrosa*, cit., 930-931, dove si osserva che «*the severely limited judicial review of commitment decisions may result in a vicious circle: legal uncertainty about outcomes in the infringement procedure makes commitment decisions attractive for undertaking. The resulting decrease in the number of infringement decisions breeds further legal uncertainty about what the law demands. This results in an even greater demand for commitment decisions and accordingly fewer infringement decisions*».

¹³⁴⁰ E quindi dove sarebbe in realtà più opportuna l'adozione di una decisione di accertamento.

¹³⁴¹ In altri termini, «*the lack of effective substantive judicial review of enforcement decisions and of review of proportionality of commitment decisions distorts the incentives in the application of commitment decisions*» (cfr. F. JENNY, *Worst Decision of the EU Court of Justice*, cit., 762). Infatti, «*[p]aradoxically, the Commission might have a greater incentive to adopt a commitment decision in cases for which there might be a greater need to establish a legal precedent through a prohibition decision. The more novel the theory of harm, the greater the risk of annulment by the EU court, and the lower the attractiveness of prohibition decisions*» (cfr. M. MARINIELLO, *Commitments or prohibition?*, cit., 4). Analogamente, si afferma che «*there are reasons to suspect that the incentives for the Commission are strong to settle precisely the “wrong” cases, namely those cases in which the public benefits of adjudication would have been particularly great*»: infatti, «*the probability of a reversal of an infringement decision based on a novel theory of harm or employing novel remedies on judicial review would be high*», considerato che in questi casi «*by definition the Commission is testing the boundaries of the legal provision involved*» (cfr. F. WAGNER-VON PAPP, *Best and even better practices in commitment procedures after Alrosa*, cit., 962).

¹³⁴² Infatti, «*[a]rticle 9 decisions have thus become an essential – if not the essential – guiding instrument to discern the Commission's point of view on the legality of certain conduct in areas where the interpretation of Article [101 or 102] is far from clear*» (cfr. S. MARTÍNEZ LAGE, R. ALLENDESALAZAR, *Commitment Decisions ex Regulation 1/2003*, cit., 583). Tanto che si osserva che «*there is, by way of consequence, a risk that the substantive standards applicable to a wide range of practices become unclear or diluted over time*», ovvero in altri termini che «*there is a risk that this field becomes not so much a*

Commissione ha accettato gli impegni in uno specifico procedimento si possono riverificare in casi successivi. La carenza di pronunce giurisprudenziali (e di decisioni *ex art. 7 reg. (CE) n. 1/2003*) porta le imprese a fare riferimento alle precedenti decisioni con impegni per valutare l'attitudine della Commissione verso determinate pratiche¹³⁴³. Anche tali provvedimenti finiscono pertanto per esercitare una qualche forma di influenza sul futuro comportamento delle imprese (e forse anche sulle strategie di *enforcement* di altre autorità). E ciò sebbene i limiti sopra esaminati ne riducano l'idoneità ai fini della legittima chiarificazione del contenuto delle regole¹³⁴⁴. Gli effetti negativi sono aggravati dal fatto che condotte simili a quelle in cui la Commissione ha in precedenza accettato impegni si possono verificare anche in settori e mercati differenti: rimedi negoziati fra imprese e Commissione con riguardo a uno specifico caso in uno specifico settore possono quindi diventare "precedenti" a portata generale, e cioè anche in mercati differenti¹³⁴⁵. Nel complesso¹³⁴⁶, la questione sembra riproporre (e rafforzare) alcune delle critiche che vengono rivolte

matter of law as one of policies» (cfr. P.I. COLOMO, *Three Shifts in EU Competition Policy*, cit., 379).

¹³⁴³ Un esempio è rappresentato dai contratti a lungo termine per la fornitura di energia, come ben riassunto da I. FORRESTER, *Creating New Rules? Or Closing Easy Cases?*, cit., 649 («[t]he success of Article 9 decisions can make policy difficult to decipher [...]: if I am a dominant in the market of gas supply, I know I should be careful with the duration of the contracts I enter into (Distrigaz committed to no more than five years, or two years, depending on the contracting party). The concern is the duration of the long-term supply agreements by which the dominant gas supplier delivers gas to major users or resellers. If these contract last for many years, it is difficult for new entrants to sign-up customers. However, is it an abuse to enter into too many long-term supply contracts if customers are content to have a long-term security of delivery? Maybe I should be aware that as a dominant player I ought not to cover too much of the market by long-term supply contracts. But should I then make sure that no more than 20%-30% of the market is tied up? Should I volunteer to put 50%, 60% or more of the volumes I supply up for competitive bidding every year? The rule seems to be that five-year supply agreements can be done but not too many of them. I am told to go ahead, but told not to be so successful that I win more than 30% of the contracts negotiated in any one year; if, regrettably, I win many contracts, their duration may not exceed one year»). Più in generale, si osserva che «regulatory targets or policies may provide useful guidance to undertakings in order to assess whether a competition authority is likely to resort to a commitment procedure and according to which guidelines» (cfr. P. MOULLET, *How should Undertakings Approach Commitment*, cit., 88).

¹³⁴⁴ Si osserva infatti che «although commitments are technically *inter partes*, it would be myopic to think they go no further than that. When commitments decisions espouse novel theories of harm in fast-moving markets, they create important precedents, considered relevant by the industry as a whole who otherwise have little direct relevant case law or Commission guidance. However, with little pressure on the Commission to provide a well-reasoned and evidenced decision when commitments are given, rules can end up being set for an industry based only on case-specific facts and the interactions of a case team, a defendant, and at most some self-interested third parties. Most significantly, there is no judicial review of commitments before they become binding. This means that a novel theory of harm proposed by the Commission, influenced in varying degrees by vociferous rivals of the defendant, can have a significant impact on a whole industry while remaining untested by the rigors of due process or judicial scrutiny» (cfr. P. MARSDEN, *The Emperor's Clothes Laid Bare: Commitments Creating the Appearance of Law, While Denying Access to Law*, in *CPI Antitrust Chronicle*, 2013, 2, spec. 4). Più in generale, si rileva allora che «[t]he legal predictability of competition law has [...] been impaired as court judgments are being replaced by thinly motivated commitment decisions which, in principle, cannot have precedential value but become a kind of "soft" jurisprudence for lack of a set of formal court decisions», e che «[t]his development is, in particular, a source of concern for abuse of dominance cases in high tech industries where the Commission deals with new issues» (cfr. F. JENNY, *Worst Decision of the EU Court of Justice*, cit., 763). In senso contrario, si afferma invece che grazie agli impegni «the parties may end up with a clear set of Commission approved guidelines and benefit from improved legal certainty» (cfr. P. MOULLET, *How should Undertakings Approach Commitment*, cit., 91).

¹³⁴⁵ Sul punto si osserva che «if these principles become general competition rules, this may result in inefficient outcomes when applied outside the original market contexts» (cfr. N. DUNNE, *Commitment decisions in EU competition law*, cit., 439).

¹³⁴⁶ E come si vedrà meglio in seguito nel contesto dei rapporti fra antitrust e regolazione (cfr. *infra* il capitolo 4, § 2.1.3.).

all'uso "disinvolto" degli atti di c.d. diritto soffice da parte della Commissione¹³⁴⁷, cui del resto gli impegni vengono talvolta equiparati¹³⁴⁸. Il tutto aumenta i dubbi circa la tenuta del sistema.

Come si diceva¹³⁴⁹, vi sono vari esempi in cui le decisioni con impegni sono state utilizzate per chiudere procedimenti in settori nuovi o basati su teoriche antitrust controverse. Fra l'altro, si possono richiamare molte delle decisioni in cui le preoccupazioni concorrenziali della Commissione riguardano condotte riconducibili alla teoria del rifiuto di contrarre o di accesso a un'infrastruttura essenziale¹³⁵⁰: non solo dove il rifiuto viene individuato in una discriminazione dell'operatore dominante fra imprese concorrenti e controllate¹³⁵¹, ma ancora di più dove si contesta a tale soggetto di non aver compiuto ogni tentativo per soddisfare la domanda (anche solo potenziale), ad esempio a causa di un c.d. sotto-investimento strategico¹³⁵². Un altro tema controverso è quello dei c.d. sconti fidelizzanti¹³⁵³, affrontato dagli impegni resi vincolanti in *Coca-Cola*¹³⁵⁴, e su cui neppure il recente intervento del Tribunale quale

¹³⁴⁷ E in particolare il fatto che un uso eccessivo delle decisioni con impegni sembra avere le stesse conseguenze negative di quelle che di regola si associano all'abuso di Comunicazioni e linee guida: per quanto «*understandable and somehow coherent with the goal of a uniform application of EU competition rules [...] actually end[s] up incorporating the state of the art of EU antitrust law, hence resulting in a situation where the Commission substantially enjoys a legislative power much beyond the relevant provisions of the TFEU itself and the institutional balance provided for by the Treaty*», oltre ad avere l'effetto di ridurre «*the scope for interpreting Articles 101 and 102 TFEU by the courts, and the potential recourse to the ECJ under the preliminary ruling mechanism set forth in Article 267 TFEU*» (cfr. F. MUNARI, *Antitrust Enforcement After the Entry into Force of Regulation No. 1/2003*, cit., 116-117).

¹³⁴⁸ Fra gli altri, il parallelismo fra atti di c.d. diritto soffice e le decisioni *ex art. 9 reg. (CE) n. 1/2003*, cit., è osservato da P. MARSDEN, *The Emperor's Clothes Laid Bare*, cit., 5, dove si afferma che «*[o]nce published, [...] commitments become soft law that can be used in speeches, inserted into formal guidance, and referred to in future cases or other commitment decisions*».

¹³⁴⁹ E come si è visto in precedenza (cfr. *supra* il capitolo 3, § 3.3.2. e spec. §§ 3.3.2.3.-3.3.2.5.). In sintesi, si osserva che «*the procedure has been used in situations where the law is not well-settled, such as in dealings between competitors or dominant firm conduct, and where there is considerable uncertainty about the character and likely effects of novel conducts*» (cfr. Y. SVETIEV, *Settling or Learning: Commitment Decisions as a Competition Enforcement Paradigm*, cit., 470).

¹³⁵⁰ In argomento, fra i molti, v. A. ANDREANGELI, *Interoperability as an "Essential Facility" in the Microsoft Case – Encouraging Competition or Stifling Innovation*, in *European Law Review*, 2009, 584; V. HATZOPOULOS, *The EC Essential Facilities Doctrine*, in G. AMATO, C.D. EHLERMANN (eds.), *EC Competition Law*, cit., 333; B. DOHERTY, *Just What are Essential Facilities?*, in *Common Market Law Review*, 2001, 397; S. BASTIANON, *A proposito della dottrina dell'essential facilities. Tutela della concorrenza o tutela dell'iniziativa economica?*, in *Mercato Concorrenza Regole*, 1999, 149; M. SIRAGUSA, M. BERETTA, *La dottrina delle essential facilities nel diritto comunitario ed italiano della concorrenza*, in *Contratto e Impresa Europa*, 1999, 260; M. SIRAGUSA, *Le essential facilities nel diritto comunitario ed italiano della concorrenza*, in E.A. RAFFAELLI (a cura di), *Antitrust fra diritto nazionale e comunitario*, Bruxelles-Milano, 1998, 184; T. COWEN, *The essential facilities doctrine in EC competition law: towards a matrix infrastructure*, in B. HAWK (ed.), *Annual proceedings of the Fordham Corporate Law Institute*, Londra, 1996, 521.

¹³⁵¹ Fra le altre, cfr. COMP/39727 – *Ceç*, cit.; COMP/39.315 – *ENI*, cit.; COMP/39.317 – *E.ON Gas*, cit.; COMP/39.316 – *Gaz de France*, cit.

¹³⁵² Cfr. ad esempio COMP/39.316 – *Gaz de France*, cit.; COMP/39.351 – *Swedish Interconnectors*, cit.; COMP/39.315 – *ENI*, cit.; COMP/C.39.402 – *RWE Gas Foreclosure*.

¹³⁵³ In argomento, v. ad esempio G. FAELLA, *L'incerto status dei prezzi predatori e degli sconti selettivi nel diritto antitrust europeo*, in *Mercato Concorrenza Regole*, 2013, 267.

¹³⁵⁴ Cfr. COMP/A.39.116/B2 – *Coca-Cola*, cit.

giudice di appello di una decisione di accertamento (nel caso *Intel*¹³⁵⁵) è riuscito a fare chiarezza fino in fondo¹³⁵⁶.

Pur con diverse sfumature, alcuni aspetti del circolo vizioso caratterizzano anche la casistica relativa al rapporto fra brevetti essenziali, attività di standardizzazione e licenze c.d. FRAND¹³⁵⁷. Non è questa la sede per approfondire la questione¹³⁵⁸, che implica peraltro un delicato bilanciamento fra concorrenza e tutela giurisdizionale¹³⁵⁹. L'idea di base è comunque che l'impresa titolare di un brevetto essenziale detiene una posizione dominante. Le imprese concorrenti devono infatti utilizzare la tecnologia protetta per operare sul mercato standardizzato. Il valore del brevetto aumenta quindi in modo significativo, al pari della tentazione per le imprese titolari di abusarne, sia a fini di sfruttamento che di esclusione dei concorrenti¹³⁶⁰. Per tale ragione, si è visto che di regola l'adozione di uno standard si accompagna all'impegno dell'impresa titolare della tecnologia ivi incorporata a concedere le relative licenze a condizioni eque, ragionevoli e non discriminatorie. Ciò

¹³⁵⁵ Cfr. causa T-286/09, *Intel*, cit. In tema, v. però anche la recente Corte giust. 6 ottobre 2015, in causa C-23/14, *Post Danmark A/S c. Konkurrencerådet*, ECLI:EU:C:2015:651.

¹³⁵⁶ È in tal senso indicativo l'elevato numero di commenti che detta sentenza ha immediatamente suscitato. Fra gli altri, v. i contributi di B. SHER, *Keep Calm – Yes; Carry on – No! A Response to Whish on Intel*, in *Journal of European Competition Law & Practice*, 2015, 219; R. WHISH, *Intel v Commission: Keep Calm and Carry on!*, in *Journal of European Competition Law & Practice*, 2015, 1; P. IBÁÑEZ COLOMO, *Intel and Article 102 TFEU Case Law: Making Sense of a Perpetual Controversy*, London School of Economics Law, Society and Economy Working Papers n. 29/2014; P. NIHOUL, *The Ruling of the General Court in Intel: Towards the End of an Effect-based Approach in European Competition Law?*, in *Journal of European Competition Law & Practice*, 2014, 521; J.S. VENIT, *Case T-286/09 Intel v Commission – The Judgment of the General Court: All Steps Backward and No Steps Forward*, in *European Competition Journal*, 2014, 203; W.P.J. WILS, *The judgment of the EU General Court in Intel and the so-called 'more economic approach' to abuse of dominance*, in *World Competition*, 2014, 405.

¹³⁵⁷ Si osserva infatti che «[f]ew prohibition decisions have been adopted in novel areas of intervention for which legal guidance is much needed. This can be most clearly seen in cases of patent abuse in standard setting, notoriously a difficult area of intervention for antitrust. These cases concern how the adoption of a standard can enable holders of essential patents to extract unfair rents from licensees of the standardised technology [...]. This involves the interpretation of concepts such as 'fairness' and 'reasonableness,' which is particularly tricky in antitrust and on which no consensus exists amongst scholars. Yet, after seven years of investigations (including topical cases, such as Rambus, Qualcomm and ICom) the Commission has not adopted any decision with precedent value» (cfr. M. MARINIELLO, *Commitments or prohibition?*, cit., 2-3).

¹³⁵⁸ In argomento, fra i molti, v. M. ANGELI, *Willing to Define Willingness: The (Almost) Final Word on SEP-Based Injunctions in light of Samsung and Motorola*, in *Journal of European Competition Law & Practice*, 2015, 221; G. COLANGELO, *Aspettando Huawei Technologies: standard, brevetti essenziali ed impegni F/Rand*, in *Mercato Concorrenza Regole*, 2014, 435; V.H.S.E. ROBERTSON, *Enforcement of standard-essential patents and abuse of dominance: the Samsung, Motorola and Huawei v ZTZ cases*, in *Competition law journal*, 2014, 44; S. GALLASH, J.C. HÖFF, *The referral of Huawei v ZTE to the CJEU: determining the future of remedies in the context of standard-essential patents*, in *European Competition Law Review*, 2013, 434.

¹³⁵⁹ Cfr. R. JACOB, *UK judge: DG Comp acting "above the law" over patent litigation*, in *Global Competition Review*, 14 giugno 2013.

¹³⁶⁰ La prima ipotesi si verifica quando l'impresa dominante richieda compensi eccessivi o discriminatori per le licenze, dando luogo a un illecito di sfruttamento. La seconda si verifica invece quando l'impresa dominante rifiuti di concedere le licenze alle imprese concorrenti che ne facciano richiesta, impedendo a queste di operare sul mercato; si tratta quindi di una (più grave) condotta illecita escludente (cfr. *Linee direttrici sull'applicabilità dell'articolo 101 del trattato*, cit., § 269, secondo cui «un partecipante titolare di un DPI essenziale per l'applicazione della norma potrebbe acquisire, nello specifico contesto della definizione della norma, il controllo dell'uso della norma grazie al suo DPI. Nel caso in cui la norma costituisca una barriera all'ingresso, l'impresa potrebbe controllare in tal modo il mercato del prodotto o del servizio a cui la norma si riferisce. A sua volta, questo potrebbe consentire alle imprese di adottare comportamenti anticoncorrenziali vale a dire, ad esempio, «bloccare» gli utenti dopo l'adozione della norma negando la licenza per il necessario DPI o applicare royalties eccessive in modo da impedire l'accesso effettivo alla norma»).

che appare controverso è il rapporto fra le licenze c.d. FRAND e il diritto delle imprese titolari di brevetti essenziali di agire innanzi alle corti nazionali per ottenere misure cautelari nei confronti delle imprese concorrenti che utilizzino la tecnologia protetta senza aver concluso alcun accordo di licenza. Vi è chi ritiene che anche tale condotta possa violare l'art. 102 TFUE, aumentando gli effetti anticoncorrenziali intrinseci al processo di standardizzazione¹³⁶¹. Secondo tale linea di pensiero, l'obbligo di concedere le licenze a condizioni c.d. FRAND include pertanto la (implicita) rinuncia dell'impresa titolare del brevetto al diritto di agire in via cautelare. L'impresa sarebbe infatti tutelata a sufficienza dalla successiva possibilità di chiedere il risarcimento del danno subito a causa dell'eventuale violazione della privativa¹³⁶².

Si è visto che in *Samsung* la Commissione aderisce a detta impostazione¹³⁶³. Il punto è che, all'epoca, né il Tribunale né la Corte di Giustizia si sono ancora pronunciati sulla questione. La Commissione decide nondimeno (o per l'appunto) di accettare gli impegni proposti dall'impresa interessata, così riducendo il proprio onere di motivazione circa una teoria del danno particolarmente innovativa, e soprattutto limitando le probabilità di impugnazione. Va detto che sulla medesima questione viene in realtà adottata anche la decisione di accertamento nel caso *Motorola*. Tuttavia, sebbene più completo¹³⁶⁴, anche tale provvedimento non approfondisce la questione centrale dell'intera problematica. In altri termini, non si discutono (né tantomeno si individuano) le ragioni per cui l'avvio di un provvedimento cautelare può costituire un abuso ai sensi dell'art. 102 TFUE. La Commissione si limita infatti ad affermare tale principio di diritto¹³⁶⁵, ravvisando tre specifiche categorie di effetti anticoncorrenziali che, nel caso concreto, derivano dalla condotta di *Motorola*¹³⁶⁶. Nonostante l'accertamento dell'illecito, non viene inoltre imposta alcuna sanzione all'impresa interessata, che rinuncia pertanto all'impugnazione¹³⁶⁷. Anche in questo

¹³⁶¹ E ciò perché «*the threat of an injunction can enable a patent holder to negotiate royalties far in excess of the patent holder's true economic contribution. Such royalty overcharges act as a tax on new products incorporating the patented technology, thereby impeding rather than promoting innovations*» (cfr. M. LEMLEY, C. SHAPIRO, *Patent Holdup and Royalty Stacking*, in *Texas Law Review*, 2007, 1991, spec. 1992-1993; sul punto v. anche C. SHAPIRO, *Injunctions, Hold-up and Patent Royalties*, in *American Law & Economic Review*, 2010, 280).

¹³⁶² In altri termini, la limitazione degli effetti anticoncorrenziali impliciti nella fissazione di standard implica una netta preferenza per i (soli) rimedi *ex post* alla violazione dei brevetti essenziali.

¹³⁶³ Viene infatti espressa la preoccupazione che tale strategia processuale possa costituire un abuso di posizione dominante, alla luce delle circostanze eccezionali che caratterizzano i processi di standardizzazione (cfr. AT.39.939 – *Samsung*, cit.).

¹³⁶⁴ Cfr. AT.39.985, *Motorola*, cit., §§ 271-420. Tanto che si osserva che «[u]ndertakings and their advisers dealing with this complex and controversial issue have the benefit of a fully reasoned infringement decision in the case *Motorola*, and a model negotiating procedure as a way of dealing with FRAND disputes in the form of an Article 9 commitment decision in the case of *Samsung*» (cfr. R. WHISH, *Motorola and Samsung*, cit., 604).

¹³⁶⁵ Cfr. ad esempio AT.39985, *Motorola*, cit., § 278), dove si osserva che [t]he exercise of an exclusive right by its owner may, however, in exceptional circumstances and absent any objective justification involve abusive conducts.

¹³⁶⁶ E cioè il fatto che la concessione del provvedimento cautelare ha causato (i) «[a] temporary ban on the online sale of Apple's GPRS compatible products in Germany», (ii) «the inclusion in the Settlement Agreement of licensing terms disadvantageous to Apple», nonché infine (iii) «a negative impact on standard-setting» (cfr. AT.39985, *Motorola*, cit., § 311, e §§ seguenti per l'analisi di ciascuna di tali categorie).

¹³⁶⁷ Del resto, si è visto che anche in tale procedimento si è inizialmente valutata la possibilità di arrivare a degli impegni, e l'ipotesi inversa sarebbe stata dunque poco in linea con il considerando n. 13 reg.

caso, la solidità della decisione non viene quindi “testata” dinnanzi a Tribunale e Corte di giustizia.

Esprimere un giudizio circa la validità di tale approccio al rapporto fra brevetti essenziali e tutela giurisdizionale esula dal presente lavoro. Quanto sopra non equivale infatti ad affermare che la possibilità di chiedere misure inibitorie debba essere consentita. Ciò che interessa è solo che il tema è innovativo, e le opinioni in merito sono varie e discordanti. Ciononostante, la Commissione decide di affrontare la questione (anche) nel contesto dell’art. 9 reg. (CE) n. 1/2003, senza sviluppare un’elaborata teoria del danno, e “schermando” le decisioni adottate dal sindacato giurisdizionale. Ma non solo. Il circolo vizioso sembra infatti proseguire perché la – necessità di avvallare la – decisione resa in *Samsung* (e in *Motorola*) sembra influenzare la Corte di giustizia nella prima occasione in cui si trova ad affrontare il tema in discussione, nel contesto di un rinvio pregiudiziale. In *Huawei*¹³⁶⁸, la Corte ravvisa infatti la necessità di chiarire le circostanze particolari in cui l’impresa titolare di un brevetto essenziale può agire in via cautelare nei confronti di un concorrente¹³⁶⁹. Si conferma quindi l’impostazione secondo cui, fuori dalle specifiche eccezioni individuate, l’avvio di tali procedimenti costituisce un abuso di posizione dominante¹³⁷⁰.

Anche la Corte di giustizia sembra tuttavia postulare la validità di tale assunto¹³⁷¹: si limita infatti a sancire il principio di diritto, rilevando che concedere all’impresa dominante il diritto alla tutela cautelare può generare fenomeni di c.d. *bold up*, senza tuttavia approfondire la questione. Il testo della sentenza è molto simile a quello delle precedenti decisioni della Commissione. Resta quindi il dubbio che la Corte sarebbe stata forse più “disponibile” a discutere questa e altre questioni di principio se avesse avuto la possibilità di occuparsi della materia già quale giudice di

(CE) n. 1/2003, cit.

¹³⁶⁸ Cfr. causa C-170/13, *Huawei*, cit.

¹³⁶⁹ La Corte di giustizia chiarisce che «l’articolo 102 TFUE deve essere interpretato nel senso che il titolare di un [brevetto essenziale ai fini dell’applicazione di una norma tecnica stabilita da un organismo di normalizzazione], che si sia irrevocabilmente impegnato nei confronti di un organismo di normalizzazione a concedere a terzi una licenza a condizioni FRAND, non abusa della sua posizione dominante [...] quando esperisce un’azione per contraffazione volta alla cessazione del pregiudizio arrecato al suo brevetto o al richiamo dei prodotti per la fabbricazione dei quali sia stato utilizzato tale brevetto, laddove: – prima di esperire la suddetta azione, da un lato, abbia avvertito il presunto contraffattore della contraffazione addebitatagli, indicando il suddetto brevetto e specificando il modo in cui esso è stato contraffatto, e, dall’altro, dopo che il presunto contraffattore ha confermato la sua volontà di stipulare un contratto di licenza a condizioni FRAND, abbia trasmesso a tale contraffattore una proposta di licenza concreta e scritta alle suddette condizioni, specificando, in particolare, il corrispettivo e le sue modalità di calcolo; e – il suddetto contraffattore, continuando a sfruttare il brevetto di cui trattasi, non dia seguito a tale proposta con diligenza, conformemente agli usi commerciali riconosciuti in materia e in buona fede, circostanza che deve essere determinata sulla base di elementi obiettivi e implica in particolare l’assenza di ogni tattica dilatoria» (cfr. causa C-170/13, *Huawei*, cit., § 71).

¹³⁷⁰ Si afferma infatti che «al fine di evitare che un’azione inibitoria o per il richiamo di prodotti possa essere considerata abusiva, il titolare di un BEN deve rispettare taluni requisiti volti a garantire un giusto equilibrio degli interessi in gioco» (cfr. causa C-170/13, *Huawei*, cit., § 55).

¹³⁷¹ Al pari, peraltro, dell’Avvocato generale Whatelet (cfr. conclusioni dell’avvocato generale Wathelet, 20 novembre 2014, in causa C-170/13, *Huawei Technologies Co. Ltd c. ZTE Corp., ZTE Deutschland GmbH*, ECLI:EU:C:2014:2391).

appello delle prime decisioni, e non a valle di tali provvedimenti. Ne consegue che il contenuto di una decisione con impegni sembra aver in qualche modo influito nella definizione di una questione particolarmente innovativa e controversa.

2.1.2.6 (*segue*): la sanzione delle imprese inadempienti agli impegni assunti (secondo livello).

Come si diceva, vi è un ulteriore livello in cui si può sviluppare il circolo vizioso. Si è visto infatti che la Commissione può sanzionare le imprese che non rispettano gli impegni presi, per dolo o negligenza¹³⁷². Tale facoltà rappresenta una delle maggiori differenze rispetto al regime delle negoziazioni informali sviluppatosi sotto il reg. (CEE) n. 17/62¹³⁷³. In linea di principio, anche tale circostanza può influire in modo negativo sulla chiarificazione dei contenuti delle regole antitrust. Si alterano infatti i criteri in base a cui la Commissione è incentivata a scegliere quali casi perseguire, in ossequio alla discrezionalità che caratterizza la politica di concorrenza. Ragioni di “convenienza” e economia procedurale possono invogliare tale istituzione a procedere nei confronti di un’impresa inadempiente a quanto già previsto in una decisione *ex art. 9 reg. (CE) n. 1/2003*, piuttosto che avviare nuovi procedimenti¹³⁷⁴.

Nel primo caso, la Commissione può arrivare a una decisione di condanna (e quindi mostrarsi attiva e capace di dare risultati) sopportando un onere della prova meno impegnativo. In tale giudizio non si deve infatti provare alcuna violazione degli artt. 101 e 102 TFUE. Le questioni tipiche (e complesse) del contenzioso antitrust rimangono quindi sullo sfondo¹³⁷⁵, come già nel procedimento chiuso con la decisione poi violata dall’impresa. È invece sufficiente dimostrare che le imprese non hanno rispettato un accordo scritto¹³⁷⁶. Il ruolo della Commissione è quindi assimilabile a quello dell’attore in un’ordinaria azione per responsabilità contrattuale dinnanzi a un giudice nazionale.

¹³⁷² Cfr. art. 23(2)(c) reg. (CE) n. 1/2003, cit.

¹³⁷³ Pertanto, «*the procedure under Article 9 facilitates the enforcement of commitments offered by the undertakings concerned*»; infatti, «*[w]hile a breach of commitments accepted under the informal practice could be sanctioned by reopening the case and ultimately proving an infringement of the competition rules, non-compliance with commitments made binding under Article 9 Regulation 1/2003 is itself a legal offence that can be sanctioned through the imposition of fines or periodic penalty payments*» (cfr. H. SCHWEITZER, *Commitment Decisions under Article 9 of Regulation 1/2003*, cit., 548; sul punto v. anche S. MARTÍNEZ LAGE, R. ALLENDESALAZAR, *Commitment Decisions ex Regulation 1/2003*, cit., 582).

¹³⁷⁴ In effetti, «*the Commission may be more likely to subsequently pursue a firm for failure to comply with already agreed-upon commitments than to tackle any new breach of the underlying substantive competition rules*»: a parità di sanzioni imponibili, «*establishing non-compliance with the former will typically be far more straightforward and simpler to defend on appeal than the latter*» (cfr. N. DUNNE, *Commitment decisions in EU competition law*, cit., 418).

¹³⁷⁵ Ad esempio, non è quindi necessario stabilire quale sia il mercato rilevante, e neppure elaborare una specifica teoria del danno con riguardo al pregiudizio alla concorrenza (o ai consumatori) cagionato dalla condotta delle imprese.

¹³⁷⁶ Il punto è confermato dalla giurisprudenza, secondo cui la Commissione «*allorché un’impresa non rispetta gli impegni da essa formulati e che sono stati resi obbligatori dalla Commissione, quest’ultima può riaprire il procedimento e infliggerle una penalità di mora o un’ammenda, limitandosi a dimostrare il mancato rispetto della decisione sugli impegni, senza dover previamente constatare una violazione degli articoli 101 TFUE o 102 TFUE*» (cfr. causa T-342/11, CEEES, cit., § 56).

Il risparmio in termini di risorse (per le indagini, l'istruttoria e la gestione della controversia) è evidente. È altrettanto facile intuire gli effetti negativi di tale meccanismo sull'elaborazione e la chiarificazione della disciplina della concorrenza. In un primo momento, la Commissione adotta una decisione con impegni piuttosto che proseguire con la procedura "ordinaria", con le conseguenze negative già ricordate. Nella seconda fase, la Commissione preferisce il contenzioso "contrattuale", evitando l'apertura di nuove procedure "ordinarie"¹³⁷⁷. Gli effetti negativi si moltiplicano: l'eventuale decisione di condanna non riguarda la violazione degli artt. 101 e 102 TFUE ma il mero inadempimento agli impegni¹³⁷⁸.

Come anticipato, il secondo livello del circolo vizioso non trova nella prassi un riscontro pari a quello che caratterizza la prima fase¹³⁷⁹. Non si tratta comunque di un'ipotesi di scuola: la Commissione ha infatti già percorso tale strada¹³⁸⁰. La questione rileva inoltre in una diversa prospettiva: non è solo l'attività di *enforcement* della Commissione ad avvicinarsi a quella tipica di un'azione contrattuale, ma anche quella di *self-assessment* delle imprese. Queste non devono (più) valutare se la loro condotta è conforme agli artt. 101 e 102 TFUE, ma piuttosto rispettare le specifiche obbligazione esplicitate nel dettaglio nel testo della decisione con impegni¹³⁸¹. Il fatto che le imprese siano chiamate a rispettare obblighi individuati *ex ante* dalla Commissione anticipa alcune delle osservazioni che si faranno nel prossimo paragrafo

¹³⁷⁷ In sintesi, «*there is a strategic move to be observed from general compliance with competition law to mere compliance with agreed commitments*» (cfr. P. MOULLET, *How should Undertakings Approach Commitment*, cit., 86).

¹³⁷⁸ Atteso che quando agisce ex art. 23(2)(c) reg. (CE) n. 1/2003, cit., «*the Commission is required to demonstrate that the commitments have been breached [while it] is not required to show that the conduct in question constitutes an infringement of Articles 101 and 102*» (cfr. E. DE SMIJTER, A. SINCLAIR, *The Enforcement System under Regulation 1/2003*, cit., 134), si osserva correttamente che «*a fine for non-compliance with Article 9 commitments is clearly several steps removed from establishing a concrete breach of the competition rules, in respect of which, in any event, a commitment decision can make no formal findings*» (cfr. N. DUNNE, *Commitment decisions in EU competition law*, cit., 418-419).

¹³⁷⁹ Anche perché, come chiarito dalla giurisprudenza, la Commissione ha il potere di riaprire il procedimento nei confronti dell'impresa che abbia violato gli impegni resi obbligatori, ma non è obbligata, giacché «*dispone di un potere discrezionale al riguardo. Infatti, in forza di tale disposizione qualora un'impresa non rispetti i suoi impegni resi vincolanti ai sensi dell'articolo 9 del regolamento n. 1/2003, la Commissione può riaprire il procedimento contro tale impresa su domanda o di propria iniziativa*». Tale circostanza non viene rimessa in discussione neppure alla luce della maggiore facilità (cui si è accennato) con cui può essere gestita una siffatta controversia: infatti, anche se «*l'inosservanza degli impegni è, generalmente, più facile da dimostrare che la violazione degli articoli 101 TFUE o 102 TFUE*», tanto che «*l'estensione delle misure di indagine necessarie per accertare siffatta inosservanza degli impegni sarà, in linea di principio, più limitata*», si precisa che «*non se ne può dedurre che, in tal caso, la Commissione dovrebbe sistematicamente riaprire il procedimento e infliggere un'ammenda o una penalità di mora. Infatti, tale orientamento avrebbe la conseguenza di trasformare le competenze che essa detiene in forza dell'articolo 9, paragrafo 2, dell'articolo 23, paragrafo 2, lettera c), e dell'articolo 24, paragrafo 1, lettera c), del [reg. (CE) n. 1/2003, cit.] in competenze vincolate, il che non sarebbe conforme al testo di tali disposizioni*» (cfr. causa T-342/11, *CEEES*, cit., rispettivamente § 48 e § 64).

¹³⁸⁰ Cfr. COMP/39.530 – *Microsoft (vendita abbinata)*, cit.

¹³⁸¹ In altri termini, «*once the commitments have been made binding, they become for that company the "standard of legality" as to the application of Article [101] or [102 TFUE] to the practices analysed by the Commission*», e ciò «*even if the company later comes to the conclusion that its initial practices were not illegal, or that the Commission's concerns could have been addressed in a less onerous way*», considerato che «*this would be an insufficient basis for requesting that the Commission reopen the proceedings*» (cfr. S. MARTÍNEZ LAGE, R. ALLENDESALAZAR, *Commitment Decisions ex Regulation 1/2003*, cit., 593). Sul punto v. comunque *infra* il capitolo 4, § 3.4.2.).

circa il rapporto fra decisioni con impegni e attività di regolazione¹³⁸², permettendo quindi di passare a tale argomento.

2.1.3 L'attività di *enforcement* degli artt. 101 e 102 TFUE fra concorrenza e regolazione.

2.1.3.1 Le principali differenze fra l'attività di *enforcement* delle regole di concorrenza e quella di regolazione.

La riduzione del grado di controllo esercitato da Tribunale e Corte di giustizia sulle soluzioni negoziate, e in particolare sulle decisioni con impegni¹³⁸³, non rileva ai soli fini della chiarificazione del contenuto delle regole di concorrenza. Lo stesso vale anche con riguardo all'allentamento del legame fra illecito antitrust e contenuto della decisione, specie con riguardo alla natura e proporzionalità dei rimedi immaginati. Entrambe le caratteristiche hanno infatti conseguenze più marcate e influenzano il rapporto fra l'attività di *enforcement* degli artt. 101 e 102 TFUE e quella di regolazione.

Si è visto che la regolazione (i) impone regole di condotta agli operatori economici, (ii) individua i beni giuridici e gli interessi tutelati, e (iii) precisa il livello di protezione desiderato. La distinzione fra tali attività e quella di tutela della concorrenza è quindi in linea di principio alquanto netta¹³⁸⁴, e si riflette sulle competenze attribuite alle autorità antitrust e a quelle regolatorie.

In questa sede non è possibile approfondire tale (amplissima) tematica¹³⁸⁵. Le principali differenze fra i due tipi di intervento pubblico nel mercato si possono

¹³⁸² Nel senso che la principale attività delle autorità di regolazione è proprio quella di imporre «*new rules on categories of companies that can be precisely defined, so that there is no doubt about which companies are bound or precisely what they are required to do*» (cfr. J. TEMPLE LANG, *Competition Law and Regulation Law From an EC Perspective*, in *Fordham International Law Journal*, 1999, 117).

¹³⁸³ La rilevanza delle procedure transattive ai fini del presente paragrafo è infatti limitata, per le ragioni che si sono già evidenziate (cfr. *supra* il testo relativo alle note 1300-1308, nel capitolo 4, § 2.1.2.2.).

¹³⁸⁴ In estrema sintesi, «*la disciplina della concorrenza configura un intervento ex post rispetto a comportamenti di impresa già posti in essere, caratterizzato da un contenuto precettivo di natura negativa (obbligo di non fare) e da una portata tendenzialmente generale. In questi caratteri si rinvencono le differenze principali rispetto alla regolazione settoriale, il cui ambito di applicazione è limitato ad uno specifico settore economico e fissa ex ante obblighi positivi di comportamento per i soggetti regolati*» (cfr. C. RABITTI BEDOGNI, *L'autorità garante nell'ultimo triennio*, cit., 174). Ne deriva che «*[l]a public policy deve pertanto tutelare sempre e comunque la concorrenza, preservandola e limitando le distorsioni che essa possa soffrire, e questo è il compito dell'antitrust; quando la concorrenza è impossibile, o vi sono fondati motivi per ritenere che essa porterebbe a risultati che non coincidono con il benessere sociale, bisogna in qualche modo stimolarne gli effetti: questo è il compito della regolazione ex ante*», che è quindi «*utile soltanto là dove la tutela della concorrenza non può arrivare, ed è pertanto un'attività utile, ma residuale*» (cfr. L. PROSPERETTI, *I rapporti tra regolazione e tutela della concorrenza. Teoria economica ed esperienze recenti*, in *Mercato Concorrenza Regole*, 2002, 277, spec. 277-278).

¹³⁸⁵ Su cui la letteratura è peraltro sterminata. Senza pretesa di esaustività, e oltre ai contributi citati di volta in volta nel testo, v. allora A. ARENA, *I conflitti "diagonali" tra antitrust e regolamentazione nell'Unione europea: il ruolo ordinatore della corte di giustizia*, in G. TESAURO (a cura di), *Concorrenza ed effettività della tutela giurisdizionale*, cit., 151; J. TAPIA, D. MANTZARI, *The Regulation/Competition Interaction*, in D. GERADIN, I. LIANOS (eds.), *Research Handbook on European Competition Law*, cit., 588; M. DABBAH, *The relationship between competition and sector regulators*, in *Cambridge Law Journal*, 2011, 113; J. TEMPLE LANG, *European Competition Policy and Regulation: Differences, Overlaps, and Constraints*, in F. LÉVEQUE, H. SHELANKI (eds.), *Antitrust and regulation in the EU and US: legal and economic perspectives*, Cheltenham, 2009, 20; P. NIHOUL, *Les télécommunications en Europe – Concurrence ou organisation de marché?*, Louvain, 2004; L. GARZANITI, *Telecommunications, Broadcasting and the Internet: EU Competition Law and Regulation*, Londra, 2003; P. LAROCHE, *Competition Law and Regulation in European Telecommunications*, Oxford,

comunque riassumere come segue. Antitrust e regolazione hanno innanzitutto diversi campi d'applicazione, sia dal punto di vista della portata materiale, che di quella temporale. Quanto alla portata materiale, il diritto della concorrenza si applica a tutte le attività economiche, mentre la regolazione ha natura particolare e riguarda specifici settori¹³⁸⁶. Quanto alla portata temporale¹³⁸⁷, il diritto antitrust si applica a condotte già poste in essere dalle imprese¹³⁸⁸, mentre l'attività di regolazione serve a prevenire futuri fallimenti di mercato¹³⁸⁹.

La diversa prospettiva temporale (*ex ante* nella regolazione, *ex post* nell'antitrust) evidenzia ulteriori e ancor più significative differenze fra le due forme di intervento pubblico nel mercato, e quindi fra le competenze attribuite alle rispettive autorità. Guardando al passato, le regole antitrust sanzionano l'illiceità di alcune condotte descritte in termini aperti e generali, al fine di preservare la concorrenzialità e quindi il buon funzionamento del mercato. Guardando al futuro, la regolazione impone alle imprese specifici obblighi positivi, al fine di raggiungere la struttura di mercato ritenuta opportuna in uno specifico settore economico (in cui si è individuato un potenziale fallimento di mercato). L'attività di regolazione prescinde quindi dal comportamento delle imprese che ne subiscono i risultati¹³⁹⁰.

In altri termini, se l'antitrust si basa sul meccanismo del libero mercato e lo difende¹³⁹¹, la regolazione vi si sostituisce, anche se in un singolo settore economico¹³⁹². Sostituendosi al meccanismo del libero mercato, la regolazione è una forma di intervento statica che difficilmente può reagire in modo tempestivo ai

2000; G. TESAURO, M. D'ALBERTI (a cura di), *Regolazione e Concorrenza*, Bologna, 2000.

¹³⁸⁶ In effetti, «[c]ompetition law is applicable as a residual mechanism of control across all sectors, whereas regulation is enacted on a sector-by-sector basis to address identified and discrete failures within certain markets» (cfr. N. DUNNE, *Commitment decisions in EU competition law*, cit., 413).

¹³⁸⁷ Nel senso che «[r]egulation is a prospective phenomenon, imposed *ex ante*, which creates a structural framework that is intended to resolve market failures for the future. By contrast, with the exception of merger control, competition law is retrospective in its application, to be used *ex post* once competition problems arise or anticompetitive behaviour is identified» (cfr. N. DUNNE, *Commitment decisions in EU competition law*, cit., 412). Pertanto, «[r]egulators act with a forward looking view, trying to anticipate market trends in the short term», mentre l'applicazione delle regole antitrust «is based on facts (competition conditions in the market, operators costs, etc.)» (cfr. J.C. LAGUNA DE PAZ, *Regulation and Competition Law*, in *European Competition Law Review*, 2012, 77, spec. 79).

¹³⁸⁸ Ciò è ancor più vero alla luce della modernizzazione di cui al reg. (CE) n. 1/2003, cit., e all'abolizione del meccanismo "centralizzato" di esenzione per le intese.

¹³⁸⁹ Si è detto che i fallimenti del mercato si verificano in seguito alle c.d. negoziazioni inefficienti causate a loro volta dai costi di transazione (cfr., per tutti, P. GIUDICI, *La responsabilità civile*, cit., 17-20; sul rapporto fra diritto della concorrenza e fallimenti di mercato v. tuttavia P.I. COLOMO, *Market failures, transaction costs and article 101(1) TFEU case law*, in *European Law Review*, 2012, 541).

¹³⁹⁰ Infatti, «[b]ecause the purpose of a regulatory regime is to devise the structure of an industry», è chiaro che «it intervenes regardless of the conduct of the undertakings intervening therein» (cfr. P.I. COLOMO, *On the Application of Competition Law as Regulation*, cit., 263).

¹³⁹¹ Nel senso che «competition law protects economic freedom and market mechanism, and allows parties to negotiate terms corresponding to their view of the value of each agreement» (cfr., fra i molti, J. TEMPLE LANG, *Competition Law and Regulation Law From an EC Perspective*, cit., 117).

¹³⁹² In altri termini, mentre le autorità di regolazione «are much more ready to shape the market, pursuing their broader goals (promoting competition, fostering investments, and protecting consumers)», il diritto della concorrenza «interferes to a lesser extent with the proper functioning of the market [being] focused on protecting essential conditions without which the market cannot work, leaving the rest to market regulation» (cfr. J.C. LAGUNA DE PAZ, *Regulation and Competition Law*, cit., 78).

cambiamenti dei settori regolati¹³⁹³. Affiancandosi al meccanismo del libero mercato, il diritto della concorrenza è invece uno strumento dinamico capace di rispondere senza eccessive difficoltà all'evoluzione dei mercati, a prescindere dal settore economico in cui il cambiamento si verifica¹³⁹⁴.

Se questa è la teoria, la distinzione è nella prassi molto più sfumata. Si possono infatti verificare “sconfinamenti” reciproci fra le competenze attribuite alle autorità antitrust e a quelle di regolazione¹³⁹⁵. Da un lato, vi sono casi in cui il diritto antitrust richiede un intervento *ex ante* volto a valutare i possibili (e quindi futuri) effetti anticoncorrenziali di una determinata operazione economica¹³⁹⁶. È il caso del controllo sulle concentrazioni¹³⁹⁷, ma anche del sistema di autorizzazione preventiva che ha caratterizzato l'applicazione dell'art. 101(3) TFUE per circa mezzo secolo¹³⁹⁸. Fra le altre cose, tale considerazione chiarisce perché l'istituto degli impegni è stato inizialmente utilizzato quale sostituto dell'abrogato meccanismo di esenzione¹³⁹⁹.

¹³⁹³ Perché ciò avvenga è infatti necessario che le specifiche norme in cui si è espressa la funzione regolatoria vengano modificate.

¹³⁹⁴ Infatti, il diritto della concorrenza «[i]s a dynamic tool, relying upon the market mechanism to solve market failures. Regulation, by contrast, can be viewed as static in nature, providing concrete, somewhat inflexible solutions to defined market problems that may fail to adapt with the market as it evolves. Although regulation may thus be used to address forms of market failure that cannot be remedied even by a well-functioning market mechanism, its static quality means that, as the market changes, the outcome generated may be less efficient than intended» (cfr. N. DUNNE, *Commitment decisions in EU competition law*, cit., 413).

¹³⁹⁵ Del resto, «[i]t is a well-established and generally undisputed principle that the application of a sector-specific regime to a given activity does not preclude the parallel application of competition law to it» (cfr. P.I. COLOMO, *On the Application of Competition Law as Regulation*, cit., 282). Atteso pertanto che «regulated industries are also subject to competition law, which applies horizontally to all economic sectors», ne deriva che «the same behaviour can be approached from sector-specific regulation and from competition law» (cfr. J.C. LAGUNA DE PAZ, *Regulation and Competition Law*, cit., 79).

¹³⁹⁶ Tanto che vi è chi ritiene che il dato temporale non è in realtà caratteristica idonea a distinguere fra regolazione e antitrust. Infatti, «a cursory overview of EU competition law shows that these distinctions do not capture the full complexity of existing case law and administrative practice in the fields»: al contrario, «[c]ompetition law in Europe applies *ex ante* as often as it applies *ex post*, and it is as proscriptive as it is prescriptive» (cfr. P.I. COLOMO, *On the Application of Competition Law as Regulation*, cit., 264).

¹³⁹⁷ Partendo dalla similitudine fra il regime di controllo delle concentrazioni disciplinato dal reg. (CE) n. 139/2004, cit., e l'istituto degli impegni, vi è chi sottolinea come l'autorizzazione della prima categoria di operazioni non abbia mai suscitato particolare apprensione con riguardo al possibile potere di regolazione dei mercati della Commissione, anche se i rimedi (comportamentali e strutturali) che possono essere imposti alle imprese al fine di impedire le conseguenze potenzialmente distorsive individuate sono del tutto analoghi alle misure previste dall'art. 9 reg. (CE) n. 1/2003, cit., (cfr. G. GITTI, *Gli accordi e le autorità indipendenti*, cit., 182).

¹³⁹⁸ Cfr. *supra* il capitolo 2, §§ 2.2. e 2.3.

¹³⁹⁹ Sul punto cfr. *supra* il capitolo 3, § 3.3.2.1. Si osserva in effetti che le decisioni con impegni sono particolarmente diffuse «[i]n situations where, under the former notification regime, a conditional exemption under article 101(3) TFEU would have been considered – in particular with a view to complex contractual arrangements in areas where “negotiations” between the competition authority and the undertakings concerned on the precise form, intensity and duration of restrictive clauses are necessary to “fine-tune” the criteria set out in article 101(3) to a particular case» (cfr. H. SCHWEITZER, *Commitment Decisions in the EU and in the Member States*, cit., 11). E ciò perché «le decisioni con impegni e le prodromiche “negozziazioni” con l'autorità possono consentire una maggiore chiarezza con riguardo a condotte dubbie, facilitando l'individuazione di regole di condotta che potranno guidare il comportamento futuro delle imprese. Tale funzione degli impegni risulta ancora più importante a seguito della “modernizzazione” del diritto antitrust e l'abolizione della possibilità per le imprese di notificare le intese alla Commissione o all'Autorità per ottenere un'attestazione negativa o un'esenzione individuale ai sensi dell'art. [101(3) TFUE] (o dell'art. 4 della [l. 287/1990, cit.]). In tale contesto, lo strumento degli impegni può assumere in un certo senso un ruolo di complemento del sistema di tutela della concorrenza alla stregua di un nuovo strumento di “iniziativa privata” [...] [e può] essere particolarmente indicat[o] ed avere effetti pro-concorrenziali proprio in quelle situazioni in cui in passato si sarebbe giunti ad una decisione di autorizzazione in deroga» (cfr. M. SIRAGUSA, *Le decisioni con impegni*, cit., 393).

Dall'altro lato, può accadere che autorità regolamentari nell'esercizio delle loro funzioni finiscano per fissare delle regole che influenzano altresì la politica di concorrenza¹⁴⁰⁰.

2.1.3.2 Il ruolo degli impegni nel passaggio dalla funzione di tipo (essenzialmente) aggiudicatorio alla funzione (anche) regolatoria dell'*enforcement* delle regole antitrust.

L'idea che antitrust e regolazione non siano sfere separate è quindi precedente all'introduzione delle decisioni con impegni nell'ordinamento dell'Unione¹⁴⁰¹. La loro ampia diffusione riduce tuttavia le distanze fra i due tipi di intervento pubblico in economia¹⁴⁰². Nonostante alcuni precedenti, è infatti difficile che l'art. 7 reg. (CE) n. 1/2003 sia utilizzato a fini regolatori. Le caratteristiche delle decisioni di accertamento mal si adattano a tale finalità. Le ragioni sono essenzialmente due: la necessità di individuare una violazione degli artt. 101 e 102 TFUE, e cioè di qualificare come anticoncorrenziale una condotta che si è già verificata; e il requisito della proporzionalità fra rimedi e illecito¹⁴⁰³, in particolare con riguardo alla scelta fra rimedi strutturali e comportamentali¹⁴⁰⁴. La prospettiva è dunque quella tipica dell'*enforcement* del diritto antitrust: l'azione della Commissione avviene in un momento successivo rispetto alla condotta delle imprese, da cui è innescata, ed è soggetta al controllo di Tribunale e Corte di giustizia; la funzione dell'intervento è quella di ripristinare la concorrenzialità di un determinato mercato.

Come già rilevato, lo scenario si modifica nel contesto degli impegni. Quando utilizza l'art. 9 reg. (CE) n. 1/2003, la Commissione si libera in effetti dai limiti appena

¹⁴⁰⁰ Per alcuni riferimenti cfr. L. PROSPERETTI, *I rapporti tra regolazione e tutela della concorrenza*, cit., 280-281.

¹⁴⁰¹ Infatti, premesso che «*there is no absolute boundary between competition law and regulation [but only] important differences both in objectives and in methods*» (cfr. J. TEMPLE LANG, *Competition Law and Regulation Law From an EC Perspective*, cit., 116), si osserva che «*[c]laims that the Commission regulates markets through the application of EU competition law are not unusual. This discourse was commonplace in the mid-1990s, when some decisions contributed significantly to accelerate the liberalisation of the telecommunications sector*» (anche per i riferimenti, cfr. P.I. COLOMO, *On the Application of Competition Law as Regulation*, cit., 261).

¹⁴⁰² Premesso che «*the existence of substantive quasi-regulatory competition rules is therefore quite distinct from the Article 9 procedure*», si osserva che «*prescriptive or quasi-regulatory competition doctrines have nonetheless formed the basis for a remarkably high number of commitment decisions*»: tale circostanza «*suggests at least a tacit link between these more controversial theories of antitrust harm and the largely extrajudicial nature of commitment proceedings*» (cfr. N. DUNNE, *Commitment decisions in EU competition law*, cit., 419). Analoghi rilievi hanno del resto accompagnato la diffusione dei *settlement* nell'ordinamento statunitense (cfr. H. FIRST, *Is Antitrust Law?*, cit., 9; A.D. MELAMED, *Antitrust: The New Regulation*, cit., 13).

¹⁴⁰³ Infatti, «*dalla giurisprudenza deriva che la Commissione non gode di un margine di discrezionalità illimitato nel formulare le misure correttive da imporre alle imprese per far cessare un'infrazione [...] il principio di proporzionalità impone che gli oneri a carico delle imprese per porre fine all'infrazione non eccedano i limiti di quanto è appropriato e necessario per conseguire lo scopo prefisso, vale a dire il ripristino della situazione conforme al diritto in relazione alle norme che nella fattispecie sono state violate*» (cfr. causa T-201/04, *Microsoft*, cit., § 1276; sul punto v. anche cause riunite C-241/91 P e C-242/91 P, *RTE*, cit., § 93).

¹⁴⁰⁴ Si è visto infatti che i rimedi strutturali non sono mai stati imposti nel contesto di una decisione ex art. 7 reg. (CE) n. 1/2003, cit., e invece caratterizzano varie decisioni con impegni.

ricordati, peraltro con l'avvallo della Corte di giustizia¹⁴⁰⁵. Il punto di partenza è rappresentato dalla maggiore discrezionalità di cui gode la Commissione, anche a causa della portata limitata del sindacato giurisdizionale¹⁴⁰⁶. In via immediata, si è visto che tale istituzione può dunque seguire interpretazioni controverse sotto il profilo della dottrina antitrust. In via mediata, la discrezionalità facilita il passaggio da un sistema in cui la Commissione svolge una funzione di tipo (essenzialmente) aggiudicatorio¹⁴⁰⁷ a uno in cui tale istituzione finisce per esercitare (anche) un potere di regolazione dei mercati.

Nel contesto degli impegni diviene infatti irrilevante stabilire se e in che modo un'impresa abbia violato gli artt. 101 e 102 TFUE. L'esame di tali questioni sembra anzi essere precluso¹⁴⁰⁸. Da un lato, l'attenzione della Commissione non è dunque rivolta al passato ma al futuro. Dall'altro lato, senza l'accertamento dell'illecito viene a mancare il parametro di riferimento per la piena operatività del principio di proporzionalità. I rimedi negoziati fra imprese e Commissione possono pertanto andare oltre quanto necessario «*al ripristino della situazione conforme al diritto in relazione alle norme che nella fattispecie sono state violate*»¹⁴⁰⁹. L'azione di *enforcement* può quindi assumere natura proattiva¹⁴¹⁰: l'obiettivo è in altri termini quello di intervenire su un

¹⁴⁰⁵ Cfr. causa C-441/07 P, *Alrosa*, cit. A ben vedere, la possibilità di utilizzare le decisioni con impegni a fini regolatori è aumentata proprio alla luce della posizione espressa dalla Corte di giustizia in tale circostanza. Secondo la Corte di giustizia, dal fatto che «*the procedure set up by [reg. (CE) n. 1/2003, cit.] merely confers the Commission the ability to put an end to proceedings by making the commitments binding upon the firms subject to them*», deriva infatti che «*the choice of relying on such a decision is a matter of policy, not of law, over which the institution enjoys discretion and over which EU courts only exercise limited review*» (cfr. P.I. COLOMO, *Three Shifts in EU Competition Policy*, cit., 379). In senso analogo, si osserva che «*it is undesirable for the Commission to seek or accept commitments which may restrict the freedom of the companies to compete legitimately. Such commitments have in essence a regulatory flavour, and they may not be easily justified on competition law grounds. They are likely to be disproportionate. Indeed, the Commission could be tempted to use commitment proceedings to deal with unclear cases or regulate markets according to its own vision. The [CFP's] Alrosa judgment has re-established fundamental safeguards to limit the Commission's discretion in the application of Article 9*» (cfr. M. SIRAGUSA, E. GUERRI, *Antitrust Settlements under EC Competition Law*, cit., 191).

¹⁴⁰⁶ Si osserva infatti che «*any administration needs to be subject to proper checks and balances*», e che «*[w]ithout it, there can be a tendency for decision makers to confuse administrative expediency with what is correct and, on occasion, to "exaggerate" (i.e. to ask for more than they are legally entitled to)*», anche perché «*many administrators are not lawyers and (even though supported by the Commission's Legal Service) do not therefore have the same legal reflexes as to what is legally correct, as one would expect from a legally qualified official or a judge*» (cfr. J. RATLIFE, *Negotiated Settlements in EC Competition Law*, cit., 310-311). Analogamente, si rileva che la Commissione «*may sometimes pursue regulatory goals, reaching beyond the important limits of competition law, and it may have incentives to avoid judicial control which, in the long run, is essential for its legitimacy*» (cfr. H. SCHWEITZER, *Commitment Decisions under Article 9 of Regulation 1/2003*, cit., 577).

¹⁴⁰⁷ E cioè in una prospettiva «*impennata sull'accertamento del fatto illecito e sull'irrogazione di una ammenda*» (cfr. A. GIANNACCARI, C. LANDI, *Antitrust? Grazie, abbiamo altri impegni!*, cit., 264).

¹⁴⁰⁸ Alla luce di quanto previsto dal considerando n. 13 reg. (CE) n. 1/2003, cit., infatti, «*the Commission is actually forbidden from discharging its burden of proof in relation to Articles 101 or 102 TFEU in this context, to the extent that doing so results in a formal finding of breach*» (cfr. N. DUNNE, *Commitment decisions in EU competition law*, cit., 424, spec. nota 130).

¹⁴⁰⁹ E cioè allo standard applicabile nel contesto dell'applicazione dell'art. 7 reg. (CE) n. 1/2003, cit. (cfr. per tutte causa T-201/04, *Microsoft*, cit., § 1276).

¹⁴¹⁰ Nel senso che, da un lato, «*[p]roactive remedies allow the Commission to offer the elimination of a fine in exchange for remedies that can affect market structure, increase competition and therefore potentially lead to higher levels for consumers*» e, dall'altro lato, «*[s]uch 'proactive' remedies could entail the opening of the market to favour entry of new competitors and to increase competition. For example, in some past cases in the energy sector, the Commission required the dominant company to divest significant assets for capacity generation and favour competitors' new investments*» (cfr. M. MARINIELLO, *Commitments or prohibition?*, cit., 5-6).

determinato mercato per determinarne la struttura futura. L'intervento avviene peraltro mediante l'elaborazione di specifici obblighi per le imprese che vi operano, a carattere strutturale ovvero comportamentale. La prospettiva è dunque quella tipica della regolazione: l'azione della Commissione prescinde (almeno in parte) dal comportamento delle imprese che la subiscono e mira invece a guidarne la condotta futura in un determinato settore economico¹⁴¹¹; la funzione dell'intervento è quella di prevenire potenziali fallimenti di mercato e ha quindi finalità «meta-concorrenziali»¹⁴¹².

Tale conclusione è incontestata in letteratura¹⁴¹³, e trova del resto ampia conferma nella prassi. Si è visto infatti che gli impegni sono sovente utilizzati dalla Commissione per esprimere scelte di *policy* di portata generale, più ampie rispetto alla risoluzione di specifiche preoccupazioni concorrenziali. La possibilità di estendere i propri poteri oltre quelli tipici delle autorità antitrust rappresenta anzi uno dei maggiori incentivi della Commissione all'utilizzo degli impegni, e quindi una delle ragioni principali del loro successo pratico. Salvo in ipotesi piuttosto peculiari¹⁴¹⁴, la Commissione non sembra peraltro mostrare particolare *self-restraint*¹⁴¹⁵. Fra l'altro, la funzione regolamentare degli impegni è ben evidenziata dalle decisioni adottate nel

¹⁴¹¹ Infatti, pur con le precisazioni che si sono fatte sul possibile valore di precedente delle decisioni con impegni anche in settori e mercati diversi da quelli dove sono stati inizialmente elaborati (sul punto cfr. *supra* il capitolo 4, § 2.1.2.5.), si osserva che «[c]ommitment decisions may be adopted in sectors where the Commission pursues a specific vision of how markets are to be restructured in order for them to function well, and may then become a substitute for regulation» (cfr. H. SCHWEITZER, *Commitment Decisions in the EU and in the Member States*, cit., 3).

¹⁴¹² Per riprendere un'espressione utilizzata da M. SIRAGUSA, *Le decisioni con impegni*, cit., 386.

¹⁴¹³ In sintesi, si afferma che «è la stessa codificazione legislativa degli impegni che ha consentito di "favorire" ulteriormente la commistione tra le funzioni tipiche dell'azione *ex post* con interventi dal piglio regolamentare. In altri termini, le misure rimediali reificano in modo esemplare quella che è oramai diventata una vera e propria sovrapposizione di competenze tra antitrust e regolazione, al posto di una loro fisiologica e reciproca integrazione. In questo, tuttavia, risulta complesso negare che gli impegni rechino in sé una marcata connotazione regolatoria *ex ante*, capace da un lato di stemperare la tipica funzione sanzionatoria, sulla quale si è per l'addietro retto il presidio antitrust; e, dall'altra, perché essi sono comunque chiamati ad incidere sul comportamento degli attori o sullo stesso assetto futuro del mercato» (cfr. A. GIANNACCARI, C. LANDI, *Antitrust? Grazie, abbiamo altri impegni!*, cit., 264-265).

¹⁴¹⁴ Ci si riferisce al caso in cui le misure scollegate dalle preoccupazioni concorrenziali (e quindi regolamentari) non sono negoziate dalla Commissione con le imprese coinvolte nel procedimento, ma vengono piuttosto proposte dai terzi nel corso del c.d. *market test*. Ad esempio, la Commissione afferma di non aver preso in considerazione determinati commenti ricevuti in tale fase in quanto, «[a]mong others, respondents complained in a general manner about the German regulatory framework or asked for remedies which would have no direct link to the alleged infringement in the present case, such as granting access to storage and blending facilities or to release exit capacities into other market areas» (cfr. COMP/39.317 – E.ON Gas, cit., § 57).

¹⁴¹⁵ In effetti, si conferma che nella prassi «gli impegni non prevedono solo la cessazione del comportamento anticoncorrenziale, ma contengono anche talune indicazioni di comportamento che appaiono "slegate" dalla fattispecie [...] oggetto del procedimento e, dunque, vere e proprie regolazioni» (cfr. F. RISSO, *Gli impegni per contrastare gli effetti distortivi della concorrenza*, cit., 1365). In altri termini, «the Commission may seek to attach "collateral conditions" to a decision, i.e. obligations which are not strictly related to the competition issue, but which are added in pursuit of some broader competitive agenda (such as, classically, to create openings in a context of liberalisation)» (cfr. J. RATLIFF, *Negotiated Settlements in EC Competition Law*, cit., 311).

settore automobilistico¹⁴¹⁶ e della vendita dei diritti televisivi¹⁴¹⁷, ma anche (e soprattutto) da quei provvedimenti che intervengono sul (*i.e.*, regolano il) meccanismo dei prezzi¹⁴¹⁸, con particolare riferimento al tema del *c.d. margin squeeze*¹⁴¹⁹, e dalle decisioni rese nel settore dell'energia¹⁴²⁰, dove gli impegni sono utilizzati come strumento di supporto alla liberalizzazione del mercato.

2.1.3.3 Le principali conseguenze di tale linea evolutiva dell'ordinamento, in particolare alla luce della separazione dei poteri e delle competenze.

La questione non è dunque se la diffusione degli impegni abbia contribuito a trasformare il ruolo della Commissione, ma piuttosto quella di valutare quali siano le principali conseguenze di tale linea di sviluppo ormai verificatasi¹⁴²¹. L'impressione è che gli effetti siano in linea di principio negativi. L'uso degli impegni a fini regolamentari solleva infatti diverse perplessità. Le critiche principali riguardano il rispetto di alcuni principi fondamentali dell'ordinamento dell'Unione (*e.g.*, legalità, stato di diritto e separazione dei poteri), oltre ai rischi per la legittimità e l'accuratezza dell'azione di *enforcement* della Commissione¹⁴²².

¹⁴¹⁶ Dove l'azione della Commissione è funzionale a supportare la riforma di tale settore economico all'epoca da poco introdotta dal reg. (CE) n. 1400/2002, cit., piuttosto che a far venire meno specifiche condotte anticoncorrenziali di determinate imprese (cfr. COMP/E-2/39.142 – *Toyota*, cit.; COMP/E-2/39.141 – *Fiat*, cit., COMP/E-2/39.140 – *DaimlerChrysler*, cit.; COMP/E-2/39.143 – *Opel*, cit.).

¹⁴¹⁷ Cfr. COMP/C-2/37.214 – *Bundesliga*, cit., e COMP/38.173 – *FA Premier League*, cit. Per l'analisi dei principali profili regolatori di tali decisioni v. fra gli altri P.I. COLOMO, *On the Application of Competition Law as Regulation*, cit., 288-292.

¹⁴¹⁸ Infatti, mentre le autorità di concorrenza «*may determine that a price is unfairly high or exploitative, or unfairly low, but they do not normally have the power to fix a precise price*», le autorità di regolazione «*usually have powers to impose more detailed obligations, for example, specific prices for defined categories of services or specific conditions in contracts, than competition authorities would normally impose*» (cfr. J. TEMPLE LANG, *Competition Law and Regulation Law From an EC Perspective*, cit., 116). Fra le altre, cfr. COMP/39.592 – *Standard & Poor's*, cit.; COMP/39.654 – *Reuters Instrument Codes (RICs)*, cit.; AT.39.398 – *Visa Europe Limited*, cit.; COMP/38.636 – *RAMBUS*, cit.; COMP/39.692 – *IBM servizi di manutenzione*. cit.

¹⁴¹⁹ È noto infatti che «[l]a scelta di policy relativa alla sindacabilità del *price squeeze* come violazione concorrenziale attiene [...] non solo alla possibilità di configurare una ulteriore fattispecie di condotta unilaterale abusiva rispetto a quelle già esistenti e disciplinate», ma anche (e forse soprattutto) «al tema ben più ampio e complesso del rapporto tra antitrust e regolazione e, segnatamente, del ruolo che il diritto della concorrenza può svolgere nei settori regolamentati» (cfr. G. COLANGELO, *Il margin squeeze in Europa*, cit., 377; sul punto cfr. ad esempio AT.39.678/AT.39731 – *Deutsche Bahn I/II*, cit.; COMP/C.39.402 – *RWE Gas Foreclosure*, cit.).

¹⁴²⁰ In argomento, cfr. A. NOCE, *Antitrust e regolazione nelle decisioni con impegni in materia di energia*, in *Mercato Concorrenza Regole*, 2011, 333.

¹⁴²¹ Infatti, è ormai opinione condivisa che (anche) a causa della diffusione delle soluzioni negoziate, e in particolare delle decisioni con impegni, «*the EU law enforcement system has moved from a regime of ex-post assessment of competition law violations under the (weak) supervision of the Courts to a regulatory approach whereby the Commission is more concerned by the design of remedies which will improve the competitive situation of a market than by the characterization of a competition law violation and its elimination*» (cfr. F. JENNY, *Worst Decision of the EU Court of Justice*, cit., 763).

¹⁴²² In argomento, anche per ulteriori riferimenti, v. N. DUNNE, *Commitment decisions in EU competition law*, cit., 434-442.

Alcune di tali questioni sono state già affrontate in precedenza¹⁴²³. Di altre, si dirà nei prossimi paragrafi¹⁴²⁴. Ci si sofferma ora sul tema della separazione dei poteri. Uno degli aspetti più interessanti della funzionalizzazione degli impegni a fini regolamentari è infatti che la Commissione finisce per sovrapporre le proprie competenze a quelle di altri soggetti e autorità¹⁴²⁵, o comunque per esercitarle in forme diverse da quelle previste dai Trattati. Ancora una volta, il settore dell'energia si presta a chiarire gli aspetti di cui si discute. Il punto di partenza è rappresentato da due documenti elaborati dalla Commissione nel 2007: un'indagine realizzata ai sensi dell'art. 17 reg. (CE) n. 1/2003, cui si accompagna una Comunicazione al Parlamento e al Consiglio sulle prospettive di tale settore¹⁴²⁶. Nel primo documento, si evidenziano i progressi compiuti verso l'apertura e la liberalizzazione del mercato interno dell'energia in virtù dell'adozione dei c.d. primo e secondo "pacchetto energia"¹⁴²⁷, ma anche gli ostacoli ancora esistenti. Si individuano in particolare

¹⁴²³ Si è visto infatti che le decisioni con impegni aumentano l'arbitrio della Commissione, riducono la certezza del diritto e non sono soggette a sindacato giurisdizionale. Tutti aspetti che incidono appunto sui principi di legalità e dello stato di diritto, così come sulla legittimità dell'operato della Commissione. Si osserva in effetti che «[i]t is a widely shared perception that the move toward a negotiated form of antitrust enforcement has led to an increase in the Commission's discretion to the detriment of due process, notably in the absence of a credible alternative thereto» (Cfr. D.M.B. GERARD, *Negotiated remedies in the modernization era*, cit., 5). Analogamente, «public authorities may underestimate the asymmetry of information, which is reinforced by their withdrawal from investigations, and are most often seduced by the regulatory opportunity that commitment procedures afford, sometimes allowing them to reach well beyond the proportionate imperative between infringements and remedies, as required by the rule of law» (cfr. P. MOULLET, *How should Undertakings Approach Commitment*, cit., 86). In tal senso, vi è chi solleva dubbi circa la compatibilità delle – modalità di applicazione delle – decisioni con impegni con la CEDU, anche alla luce della sentenza Menarini, cit. Infatti, «[w]hile the judgment was concerned with the narrow question of whether the fines adopted by competition authorities are "criminal" in nature and compatible with Article 6 ECHR, it seems to have raised the awareness of the crucial importance of the comprehensive judicial review of Commission decisions in the EU system». Ne consegue che «[t]he idea that the Commission enjoys broad discretion when closing proceedings by way of a commitment decision seems, at least, prima facie, difficult to reconcile with the principle whereby administrative acts must be subject to full and effective judicial review» (cfr. P.I. COLOMO, *Three Shifts in EU Competition Policy*, cit., 380).

¹⁴²⁴ Ci si riferisce in particolare al tema dell'accuratezza dell'azione della Commissione, e più nel dettaglio al rischio di falsi positivi e di falsi negativi nel contesto delle decisioni con impegni, questione che verrà trattata quando si affronterà il tema del rapporto fra le soluzioni negoziate e la deterrenza dei comportamenti anticoncorrenziali (cfr. *infra* il capitolo 4, § 2.2.2.).

¹⁴²⁵ Vi è in altri termini il rischio che le autorità «finiscano per esercitare anche un potere di regolazione dei mercati che non compete loro, creando un'interferenza e sovrapposizione con le competenze proprie delle autorità di regolazione e del legislatore» (cfr. M. SIRAGUSA, *Le decisioni con impegni*, cit., 397; in tal senso v. anche G. MORBIDELLI, *Impegni e principio di tipicità degli atti amministrativi*, cit., 1, dove si osserva che l'AGCM (ma lo stesso vale anche per la Commissione), mediante gli impegni, «tende a svolgere funzioni regolatorie, cioè funzioni che vanno oltre la competenza propria, che è diretta ad accertare e reprimere situazioni distorsive del mercato».

¹⁴²⁶ Cfr., rispettivamente, (i) COM(2006) 851, cit., e (ii) Comunicazione della Commissione al Consiglio e al Parlamento europeo, del 10 gennaio 2007, COM(2006)841, *prospettive del mercato interno del gas e dell'elettricità*.

¹⁴²⁷ E cioè, da un lato, grazie alla (i) direttiva n. 96/92/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio, del 19 dicembre 1996, *concernente norme comuni per il mercato interno dell'energia elettrica*, in GU L, n. 27, del 30 novembre 1997, 20, e alla (ii) direttiva n. 98/30/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 22 giugno 1998, *relativa a norme comuni per il mercato interno del gas naturale*, in GU L, n. 204, del 21 luglio 1998, 1. Dall'altro lato, si fa invece riferimento alla (iii) direttiva n. 2003/54/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 giugno 2003, *relativa a norme comuni per il mercato interno dell'energia elettrica e che abroga la direttiva 96/92/CE*, in GU L, n. 176, del 15 luglio 2003, 37, alla (iv) direttiva n. 2003/55/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 giugno 2003, *relativa a norme comuni per il mercato interno del gas naturale e che abroga la direttiva 98/30/CE*, in GU L, n. 176, del 15 luglio 2003, 57, nonché al (v) regolamento (CE) n. 1228/2003 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 giugno 2003, *relativo alle condizioni di accesso alla rete per gli scambi transfrontalieri di energia elettrica*, in

quattro linee di intervento prioritario¹⁴²⁸, che richiedono sia l'applicazione delle regole antitrust che l'adozione di misure regolamentari. Uno dei temi principali è quello dell'integrazione verticale fra attività di gestione delle reti infrastrutturali e fornitura dei servizi energetici. Il conflitto di interessi inerente a tale situazione ostacola infatti l'ingresso di nuovi operatori sul mercato¹⁴²⁹, riducendone la concorrenzialità e pregiudicando quindi gli effetti della liberalizzazione. Si suggerisce allora la piena separazione fra tali attività (c.d. *unbundling*)¹⁴³⁰.

Ciò che interessa è che si riconosce che tale obiettivo dovrebbe essere raggiunto mediante l'adozione di misure regolamentari, e non tramite l'applicazione del diritto della concorrenza. Alcune proposte normative vengono in effetti discusse nella Comunicazione al Parlamento e al Consiglio, dove la Commissione si impegna a promuovere delle iniziative legislative in tale direzione¹⁴³¹. Il progetto si rivela tuttavia fallimentare sotto il profilo politico. La Commissione non riesce cioè a convincere gli Stati membri (*i.e.*, il Consiglio) a supportare la riforma. Il c.d. terzo "pacchetto energia"¹⁴³² non impone quindi la separazione fra attività di gestione delle reti infrastrutturali e fornitura dei servizi energetici¹⁴³³.

GU L, n. 176, del 15 luglio 2003, 1, e infine al (vi) regolamento (CE) n. 1775/2005 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 28 settembre 2005, *relativo alle condizioni di accesso alle reti di trasporto di gas naturale*, in GU L, n. 289, del 3 novembre 2005, 1).

¹⁴²⁸ Si sottolinea cioè la necessità di intervenire per affrontare la (i) «realizzazione dell'effettiva separazione delle attività di rete e di fornitura», la (i) «eliminazione delle lacune in materia di regolamentazione (in particolare per le questioni transfrontaliere)», la (iii) «concentrazione del mercato e barriere all'ingresso», nonché infine (iv) «aumento della trasparenza nelle operazioni di mercato» (cfr. COM(2006) 851, cit., § 5).

¹⁴²⁹ Cfr. COM(2006) 851, cit., §§ 18-20.

¹⁴³⁰ Più nel dettaglio, «[l']indagine settoriale conferma la risultanza secondo cui è fondamentale risolvere il conflitto di interessi sistemico connesso all'integrazione verticale delle attività di fornitura e di rete, che ha determinato investimenti carenti nelle infrastrutture e discriminazione. È fondamentale garantire che i proprietari e/o i gestori di rete non abbiano incentivi distorti dagli interessi di fornitura delle affiliate» (cfr. COM(2006) 851, cit., § 53).

¹⁴³¹ La Commissione afferma infatti che «i regolatori nazionali nel settore dell'energia devono vedere rafforzato il loro ruolo istituzionale e devono detenere poteri discrezionali idonei a prendere decisioni su tutte le questioni pertinenti», e che pertanto «ai regolatori vadano conferiti penetranti poteri di intervento ex ante nei seguenti ambiti: i) tutti gli aspetti legati all'accesso dei terzi alle reti; ii) l'accesso allo stoccaggio di gas; iii) i meccanismi di bilanciamento; iv) sorveglianza del mercato, p. es. in relazione alle borse di energia elettrica; v) rispetto della separazione funzionale e contabile da parte dei gestori dei sistemi di distribuzione; vi) tutte le questioni transfrontaliere; vii) la tutela dei consumatori, compresi i controlli sui prezzi praticati all'utente finale; viii) la raccolta delle informazioni; ix) le sanzioni in caso di inadempienza» (cfr. COM(2006)841, cit., §2.2.1).

¹⁴³² Tale pacchetto si compone della (i) direttiva n. 2009/72/CE, cit., della (ii) direttiva n. 2009/73/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 13 luglio 2009, *relativa a norme comuni per il mercato interno del gas naturale e che abroga la direttiva 2003/55/CE*, in GU L, n. 211, del 14 agosto 2009, 94, del (iii) regolamento (CE) n. 714/2009 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 13 luglio 2009, *relativo alle condizioni di accesso alla rete per gli scambi transfrontalieri di energia elettrica e che abroga il regolamento (CE) n. 1228/2003*, in GU L, n. 211, del 14 agosto 2009, 15, del (iv) regolamento (CE) n. 715/2009 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 13 luglio 2009, *relativo alle condizioni di accesso alle reti di trasporto del gas naturale e che abroga il regolamento (CE) n. 1775/2005*, in GU L, n. 211, del 14 agosto 2009, 36, nonché infine del (v) regolamento (CE) n. 713/2009 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 13 luglio 2009, *che istituisce un'Agenzia per la cooperazione fra i regolatori nazionali dell'energia*, in GU L, n. 211, del 14 agosto 2009, 1.

¹⁴³³ In argomento, fra i molti, v. ad esempio C. GAUER, L. KJØLBYE, *Energy*, in J. FAULL, A. NIKPAY (eds.), *The EU Law of Competition*, cit., 1581; R. BOSCHECK, *The EU's Third Internal Energy Market Legislative Package: Victory of Politics Over Economic Rationality*, in *World Competition*, 2009, 593; S. MANOUSSAKIS, *Liberalisation of the EU Energy Market: Enough to Power Real Progress?*, in *World Competition*, 2009, 227.

L'obiettivo non viene però abbandonato dalla Commissione. Fallito l'approccio regolamentare, l'azione si sposta sul piano del diritto della concorrenza, e si sviluppa nel contesto dell'art. 9 reg. (CE) n. 1/2003, grazie all'approccio "disinvolto" ai c.d. rimedi strutturali¹⁴³⁴. Si è visto infatti che le decisioni con impegni nel settore energetico vedono di regola coinvolte imprese integrate verticalmente, cui vengono imposti obblighi di disinvestimento di parti della rete infrastrutturale o degli impianti di produzione¹⁴³⁵. E cioè precisamente quegli obiettivi (regolamentari) che la Commissione non è riuscita a raggiungere mediante le procedure previste dal Trattato¹⁴³⁶. Con buona pace della struttura istituzionale e dell'attribuzione di determinate competenze ad altre autorità¹⁴³⁷, ma anche con riguardo alle prerogative degli Stati membri¹⁴³⁸.

Le conseguenze negative sono ancora più marcate se si allarga l'orizzonte dell'indagine all'applicazione decentrata delle regole antitrust nel contesto della c.d. Rete¹⁴³⁹. Da un lato, la prassi decisionale delle ANC suggerisce l'esistenza di un parallelismo con l'attività regolatoria della Commissione. Le ANC sembrano cioè replicare a livello interno le scelte di portata regolamentare espresse dalla

¹⁴³⁴ In altri termini, «*despite its new separate energy competence, the Commission has continued to rely heavily on competition law to force market players to comply and open up their businesses to competition*», tanto che «*DG Competition's decisional practice became the de facto instrument for enforcing DG Energy's policies and legislation*»; più nel dettaglio «*[t]he authority's investigations and the remedies put in place to end them have brought the gas market closer to liberalisation, either through the imposition of heavy fines serving as a deterrent to future anti-competitive behaviour, or in the extraction of structural commitments from the alleged infringers*» (cfr. M. LOUDJEVA, *Ensuring competition in the EU gas market: the role of DG Competition*, in *International Trade Law & Regulation*, 2015, 8, spec. 9-10).

¹⁴³⁵ Cfr. ad esempio COMP/C.39.402 – *RWE Gas Foreclosure*, cit.; COMP/39.388 – *Mercato tedesco dell'elettricità all'ingrosso*, cit., e COMP/39.389 – *Mercato tedesco di bilanciamento dell'elettricità*, cit., § 57; COMP/39727 – *Ceag*, cit.; COMP/39.315 – *ENI*, cit.

¹⁴³⁶ Si ha quindi conferma della «*Commission's [...] propensity to divert competition enforcement procedures in order to meet the regulatory targets it failed to achieve through the legislative procedure*» (cfr. P. MOULLET, *How should Undertakings Approach Commitment*, cit., 87), e cioè del fatto che «*the Commission's use of this instrument in energy market cases at a time when it failed to persuade the Member States to support further legislative measures. The Commission could thus circumvent opposition by using its antitrust powers through an opaque administrative conversation with companies hoping not to become defendants*» (cfr. Y. SVETIEV, *Settling or Learning: Commitment Decisions as a Competition Enforcement Paradigm*, cit., 486).

¹⁴³⁷ Con riguardo al settore dell'energia, v. ad esempio l'Agenzia per la cooperazione fra i regolatori nazionali dell'energia (cfr. reg. (CE) n. 713/2009, cit.), anche alla luce delle recenti modifiche in senso espansivo dei compiti istituzionali di questa (cfr. regolamento (UE) n. 1227/2011 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 25 ottobre 2011, *concernente l'integrità e la trasparenza del mercato dell'energia all'ingrosso*, in GU C, n. 326, del 8 dicembre 2011, 1). In argomento, v. anche F. BASSAN, *Norme europee su concorrenza e regolazione e tutela davanti al giudice amministrativo*, in G. TESAURO (a cura di), *Concorrenza ed effettività della tutela giurisdizionale*, cit., 353.

¹⁴³⁸ Cfr. H. VON ROSENBERG, *Unbundling through the back door...the case of network divestiture as a remedy in the energy sector*, in *European Competition Law Review*, 2009, 237. Infatti, «*the Commission could use this relatively obscure procedure to extend its activities in sectors where it does not have explicit delegation of powers either via the constitutive treaties or in secondary legislation. Through incontestable settlements, the Commission could tilt the EU institutional balance (vis-à-vis the Council and the Parliament) and could trample on powers of the Member States*» (cfr. Y. SVETIEV, *Settling or Learning: Commitment Decisions as a Competition Enforcement Paradigm*, cit., 468). Il punto sembra confermato anche dal fatto che la Commissione ha talvolta inserito autorità di regolazione degli Stati membri fra i soggetti chiamati a monitorare il corretto adempimento degli impegni (sul punto cfr. ancora Y. SVETIEV, *Settling or Learning: Commitment Decisions as a Competition Enforcement Paradigm*, cit., 490, dove si osserva appunto che «*in the case against EDF, for instance, the Commission included the French national energy regulator in implementation monitoring, which again suggests the use of commitments as a platform for integrating different policy perspectives and goals*»).

¹⁴³⁹ Su cui v. *supra* il capitolo 2, § 2.4.

Commissione mediante le decisioni con impegni¹⁴⁴⁰. Con l'effetto di amplificarne la portata, sempre al di fuori del controllo di Tribunale e Corte di giustizia¹⁴⁴¹.

Dall'altro lato, non si può escludere che singole ANC decidano di utilizzare le decisioni con impegni a fini regolamentari individuati in modo autonomo e su base nazionale. Tale possibilità appare ancora più problematica. Infatti, se la Commissione è pur sempre un'istituzione "politica", le cui attività si estendono ben oltre la politica di concorrenza, la principale (e spesso l'unica) funzione istituzionale attribuita alle ANC è quella di applicare le regole antitrust dell'Unione e nazionali. Le competenze delle ANC (e dei loro funzionari) sono quindi più limitate rispetto a quelle della Commissione, aggravando le preoccupazioni per un loro "sconfinamento" verso attività che possono pregiudicare, sull'altare della concorrenza, altri aspetti, non meno importanti, in cui si esplicita l'attività di governo dell'economia o di politica industriale.

2.1.4 Le finalità sostanziali della politica di concorrenza: le soluzioni negoziate fra approccio economico e approccio strutturale alle regole antitrust.

2.1.4.1 Il rapporto fra soluzioni negoziali e c.d. modernizzazione sostanziale del diritto antitrust: fra teoria...

Resta da affrontare un'ultima questione relativa al rapporto fra soluzioni negoziate e primo piano funzionale del sistema di applicazione (pubblica e privata) delle regole antitrust. Si tratta cioè di valutare l'influenza che la diffusione degli impegni¹⁴⁴² ha sul dibattito circa gli obiettivi della politica di concorrenza. Si è visto che la questione delle finalità economiche e sociali del diritto antitrust è alquanto controversa e che il disaccordo si riflette sulla stessa interpretazione degli artt. 101 e 102 TFUE. Per certi versi, il tema è quindi preliminare a quanto già discusso nel corso del presente capitolo. Ad esempio, è evidente che la chiarificazione del contenuto delle regole antitrust dipende dalle finalità a queste ricondotte¹⁴⁴³. Ragioni sistematiche hanno suggerito tuttavia di posticiparne la trattazione a questa fase del lavoro. Alcune delle considerazioni svolte con riguardo alla funzionalizzazione degli

¹⁴⁴⁰ Ciò si verifica ad esempio nel settore della vendita dei diritti televisivi o della liberalizzazione del mercato energetico (per i riferimenti alla prassi nazionale v. H. SCHWEITZER, *Commitment Decisions in the EU and in the Member States*, cit., 12-13).

¹⁴⁴¹ Infatti, «[t]he close linkage between the adoption of a specific competition law interpretation and enforcement policy by the Commission at the EU level and their parallel implementation through commitment decisions at the EU level and at the national level gives even greater weight to the concerns voiced vis-à-vis the EU Commission's commitment decision practice: Based on the instruments of sector inquiries, commitment decisions at the EU level and parallel commitment decisions at the national level, the EU Commission can develop and implement competition policies throughout the EU almost completely outside the scope of judicial review» (cfr. H. SCHWEITZER, *Commitment Decisions in the EU and in the Member States*, cit., 15).

¹⁴⁴² E, per le ragioni già ricordate, in misura molto minore degli accordi transattivi.

¹⁴⁴³ Sono infatti gli obiettivi attribuiti alla politica di concorrenza che determinano gli interessi e i beni giuridici che devono essere protetti, e quindi l'individuazione delle condotte vietate.

impegni a finalità regolatorie appaiono infatti necessarie per meglio definirne gli aspetti principali.

La questione può essere riassunta come segue. Ancora una volta, il punto di partenza è dato dall'osservazione che le opinioni in materia sono discordanti¹⁴⁴⁴. Ad esempio, vi è chi ritiene che la diffusione delle soluzioni negoziate favorisca il passaggio dell'ordinamento dell'Unione dall'approccio strutturale a quello (più) economico. Tale impostazione si basa su diverse giustificazioni. Un primo argomento ha natura c.d. normativa. Si è visto infatti che impegni e accordi transattivi sono introdotti nell'ordinamento dell'Unione nel contesto della c.d. modernizzazione. Tale processo si compone di diverse linee di riforma. Alla modernizzazione c.d. procedurale si accompagna quella sostanziale. Si afferma pertanto che le soluzioni negoziate *devono* essere espressione della modernizzazione nel suo complesso, e *devono* quindi contribuire – non solo alla riforma procedurale ma anche – alla riforma sostanziale, che riguarda (appunto) le finalità del diritto antitrust¹⁴⁴⁵.

Una seconda linea di argomenti ha invece base sostanziale. Si osserva infatti che l'approccio (più) economico, basato sulla promozione della sola efficienza allocativa, aumenta la propensione delle autorità antitrust a chiudere i procedimenti mediante negoziati¹⁴⁴⁶. Ma soprattutto, la discrezionalità che l'istituto degli impegni concede alla Commissione è in linea con il paradigma della c.d. *free-law*, che (come già ricordato¹⁴⁴⁷) è tipica di tale linea di pensiero¹⁴⁴⁸. Oltre a sollevare qualche

¹⁴⁴⁴ La Commissione alimenta talvolta l'incertezza, affermando ad esempio nel contesto di una decisione con impegni che «[it] has gathered evidence that RWE may have abused its dominant position on the transmission market to the detriment of competitors, competition and ultimately consumers on downstream supply markets» (cfr. COMP/C.39.402 – RWE Gas Foreclosure, cit., § 11).

¹⁴⁴⁵ Il collegamento fra approccio economico e decisioni con impegni è stato del resto più volte evidenziato. Si osserva in effetti che «[t]he move away from legal formalism and a bureaucratic, top-down, approach to enforcement required the use of innovative tools and techniques», tanto che «[t]he implementation of competition rules through formal decisions and regulations prescribing in detail the practices that are allowed and not allowed thus has been abounded in favour of more flexible instruments». Da un lato, infatti, «[m]odern policy is primarily expressed through soft law, in particular Guidelines». Dall'altro lato, e per quanto qui interessa, «[t]he new generation of decisions adopted in individual cases, in turn, is no longer necessarily concerned with clarifying, or spelling out, the legal framework applying to a particular line of conduct. In particular, the so-called commitment decisions, whereby the Commission merely declares that there are no longer grounds for it to intervene following the remedies offered by the firm(s) against which proceedings have been initiated, have grown in importance in the past decade to acquire a pivotal role in policy-making» (cfr. ad esempio P.I. COLOMO, *Three Shifts in EU Competition Policy*, cit., 364-365).

¹⁴⁴⁶ Infatti, «the competition authority will always be willing to settle when [...] it is only concerned about short-term consumer welfare and efficiency. Reaching a settlement agreement allows the competition authority to avoid the expected loss in consumer welfare associated to uncertain and protracted litigation» (cfr. K. EDWARDS, A. JORGE PADILLA, *Antitrust Settlements in the EU*, cit., 669).

¹⁴⁴⁷ Si è già ricordato infatti che l'approccio (più) economico al diritto della concorrenza «paves the way to so-called "free law" – a system based on the personal convictions of the interpreters and not tied to the rules laid down by legal democratic institutions. History teaches us, more generally, about the dangers to which such a perspective could give rise, by opening the door to an ethical, rather than a legal, system of rules. Only linking anti-competitive infringements to the substantial ascertaining of an interest, would entail giving up the proper method that every lawyer has to apply in the name of the Rule of Law» (cfr. F. CINTIOLI, *The interpretation of competition law*, cit., 875).

¹⁴⁴⁸ Con riguardo all'ordinamento statunitense, si osserva infatti che «[t]he power of economic insights appears subtly to have promoted a kind of thought process in which government antitrust officials sometimes ask, not whether the defendant violated a legal norm, but whether constraining the defendant's use of its property might improve or ensure its contribution to consumer welfare». Apparendo «fundamentally nonlegal», tale approccio «can thus erode the rule of law and leave government

interrogativo circa il c.d. rischio di cattura delle autorità antitrust¹⁴⁴⁹, è del resto in tale prospettiva che l'introduzione e la diffusione delle soluzioni negoziate vengono associate a un fenomeno ben più ampio, e cioè allo sviluppo dell'ordinamento (non solo) dell'Unione in senso neoliberale¹⁴⁵⁰. Tale assunto trova un'ulteriore conferma nella riduzione quantitativa e qualitativa della portata del sindacato giurisdizionale¹⁴⁵¹. Si è visto infatti che il dibattito circa le finalità degli artt. 101 e 102 TFUE vede Commissione e Corte di giustizia porsi su posizioni non sempre coincidenti. Il cambiamento a favore di un approccio (più) economico viene infatti recepito dalla prima¹⁴⁵², ma è frenato dalla seconda¹⁴⁵³. Considerati i margini ridotti di impugnazione, le decisioni con impegni potrebbero permettere alla Commissione di uniformarsi all'approccio (più) economico, senza preoccuparsi dell'opinione della Corte di giustizia¹⁴⁵⁴. Decisioni con impegni e approccio economico sono in questo senso accomunati dagli effetti negativi sulla certezza del diritto.

Un terzo argomento prende infine le mosse da considerazioni di stampo pratico. Si osserva infatti che l'approccio economico richiede una conoscenza più approfondita del funzionamento dei mercati. Molte delle presunzioni che facilitano il compito della Commissione nel contesto dell'approccio formale non sono più

*officials largely unconstrained [...] especially [...] when prospective analysis is combined with consent decree process», proprio perché in tale circostanza vi è un «more limited judicial oversight» delle decisioni (cfr. A. DOUGLAS MELAMED, *Antitrust: the New Regulation*, cit., 15; ovviamente, analoghi rilievi valgono anche con riferimento alle decisioni con impegni di cui all'art. 9 reg. (CE) n. 1/2003, cit.).*

¹⁴⁴⁹ Premesso che «[l]arge companies are conventionally regarded as the most powerful entities within contemporary capitalist society», si osserva che «business power is political as well as economic, and that it is expressed through substantial and effective efforts to lobby governments, agencies and individuals in order to bias regulation in favour of business interests», tanto che «it can be suggested that the entire legal system, in design and operation, is biased in favour of corporate interests» (cfr., anche per i riferimenti, S. WILKS, *A political Science Approach: Restorative Justice and the "Fairness Critique"*, in C.D. EHLERMANN, M. MARQUIS (eds.), *Antitrust settlements under EC Competition Law*, cit., 93, spec. 94-95).

¹⁴⁵⁰ Premesso che l'approccio economico al diritto antitrust si accompagna al pensiero neo liberale (per tutti v. F. DENOZZA, *Il progetto teorico dell'analisi economica*, cit., 137, dove si osserva che «è legittimo e potenzialmente forte il sospetto che certe recezioni dell'analisi economica del diritto antitrust possano essere spiegate più che dai meriti intrinseci della teoria, dalla pressione esercitata dal dilagare, a livello anche politico, dell'ideologia neo-liberista di cui l'analisi economica del diritto ha rappresentato il principale referente scientifico»), ci si chiede in effetti se «la centralità della posizione delle imprese nell'ambito del procedimento sanzionatorio non può essere spiegata [...] alla luce di alcune suggestioni che derivano dal cosiddetto modello di governo neoliberale»; del resto, «il paradigma neoliberale si fonda, tra l'altro, sulla massima estensione della razionalità economica – quale regola di condotta – non solo agli individui e alle organizzazioni private, ma anche alle istituzioni pubbliche» (cfr. L. DE LUCIA, *Le decisioni con impegni nei procedimenti antitrust*, cit., 117).

¹⁴⁵¹ Su cui v. *supra* il capitolo 4, § 2.1.2.

¹⁴⁵² Anche in diversi atti normativi dove il riferimento al benessere dei consumatori quale obiettivo della disciplina antitrust diviene sempre più frequente (cfr. *supra* il testo relativo alle note 88-91, nel capitolo 1, § 3.1.).

¹⁴⁵³ Si è visto infatti che varie sentenze, anche recenti, confermano che il diritto della concorrenza protegge la struttura di mercato, e non (solo) il benessere dei consumatori (per i riferimenti cfr. *supra* le note 98-102, 105 e 107, nel capitolo 1, § 3.1.).

¹⁴⁵⁴ Nel senso che «the Commission could use reasoning on why the commitments remove the preliminary concerns to confirm its willingness to set aside the previous "form based" approaches to Article [102 TFUE] in favour of an "effects based" analysis, without having to enter into a full-fledged discussion on the compatibility of such an approach with the case law of the Court of Justice and the Court of First Instance»; ad esempio, le decisioni con impegni potrebbero quindi «provide the Commission with an excellent opportunity to close the manifest gap between the doctrine on exclusionary practices contained in *Michelin II* and *British Airways* decisions and judgments on the one hand and a "more economic approach" on the other» (cfr. ad esempio S. MARTÍNEZ LAGE, R. ALLENDE-SALAZAR, *Commitment Decisions ex Regulation 1/2003*, cit., rispettivamente, 585 e 586).

utilizzabili. L'individuazione delle condotte illecite non si basa infatti sull'analisi delle norme (ad esempio di una regola predefinita contenuta in un regolamento di esenzione), ma piuttosto su complessi esami del loro rapporto costi e benefici in termini di efficienza e *consumer welfare*. In virtù della maggiore propensione delle imprese al dialogo, e grazie alla fase del c.d. *market test*, le decisioni con impegni permettono alla Commissione di acquisire le conoscenze necessarie (relative al mercato, e non alla specifica condotta delle imprese¹⁴⁵⁵) per compiere dette valutazioni¹⁴⁵⁶. Anche tale aspetto evidenzia una certa uniformità fra impegni e meccanismo di esenzione, come già rilevato.

2.1.4.2 ... e prassi.

L'esame della prassi suggerisce però una realtà almeno in parte differente. L'uso degli impegni sembra in altri termini condurre la politica di concorrenza a risultati non in linea con gli imperativi della (pretesa) modernizzazione sostanziale. Vi sono diversi argomenti anche a favore di tale diversa interpretazione. Una prima osservazione riconosce in realtà il collegamento fra impegni e approccio (più) economico. Il rapporto viene però descritto in termini negativi. Una delle ragioni principali della diffusione degli impegni viene cioè individuata nel fatto che il loro utilizzo permette alla Commissione (e alle imprese¹⁴⁵⁷) di evitare le maggiori difficoltà di *enforcement* che derivano, appunto, dall'approccio (più) economico¹⁴⁵⁸. Secondo tale impostazione, fra modernizzazione sostanziale e impegni vi è quindi un rapporto di causa/effetto. Il nuovo approccio richiede decisioni più precise sotto il profilo tecnico-economico, in specie sotto il profilo degli effetti delle condotte scrutinate. Le decisioni con impegni rappresentano una sorta di “scappatoia” rispetto a tale onere.

¹⁴⁵⁵ Sull'asimmetria informativa fra Commissione e imprese circa la condotta delle seconde v. *infra* il capitolo 4, § 2.2.2.

¹⁴⁵⁶ Premesso che «*economists learn about underlying economic phenomena by seeking to abstract from any specific characteristics of the market in question or by using observed data from certain markets to empirically test the validity of economic theories or welfare implication more generally*», si osserva in effetti che «*an effects-based policy requires an institutional tool for learning about the specific industry setting in which the impugned conduct takes place*» (cfr. Y. SVETIEV, *Settling or Learning: Commitment Decisions as a Competition Enforcement Paradigm*, cit., 474).

¹⁴⁵⁷ Si osserva infatti che la “scappatoia” vale sia per la Commissione che per le imprese: «*as yet another illustration of the interrelationship between the different dimensions of modernization, one may also formulate the hypothesis that the increase in enforcement/justification costs resulting from the advent of an effects-based approach associated with substantive modernization, may have paradoxically increased the incentives of both enforcement actors and firms to resort to negotiated procedures instead of engaging in protracted inquiries as to the actual impact of the practices in question on competition and welfare*» (cfr. D.M.B. GERARD, *Negotiated remedies in the modernization era*, cit., 13).

¹⁴⁵⁸ Tale aspetto è ben sintetizzato da Y. BOTTEMAN, A. PATSA, *Towards a More Sustainable Use Of Commitment Decision in Article 102 TFEU Cases*, in *Journal of Antitrust Enforcement*, 2013, 347, spec. 352, dove si osserva che «*[t]he gradual increase in the use of commitment decisions in Article 102 TFEU may have also been an indirect consequence of the more effects-based economic approach towards abuse of dominance investigations*». Infatti, in seguito al passaggio dall'approccio formale a quello (più) economico, la Commissione «*has been confronted with a heavier evidentiary and methodological burden in applying Article 102 TFEU*», in quanto è ora richiesto a tale istituzione «*to develop plausible and well-articulated theories of harm that are adequately supported by economic evidence*». Atteso quindi che «*[t]he rise of economics in antitrust cases has arguably made it more difficult for the [Commission] to meet the threshold for a finding of an Article 102 TFEU infringement*», si osserva che le decisioni con impegni potrebbero rappresentare «*a convenient way to circumvent the economic complexity and resource-intensive fact-gathering inherent to infringement actions*».

Si è visto infatti che, nel contesto degli impegni, alle imprese interessa “negoziare” il contenuto dei rimedi, e non certo discutere di questioni astratte e di principio come quelle relative alle finalità del diritto antitrust¹⁴⁵⁹. Nella forma, si ha quindi un sistema più raffinato, che fa minore affidamento su nozioni e presunzioni formali, spesso troppo semplicistiche. Nella realtà, l'applicazione degli artt. 101 e 102 TFUE finisce tuttavia per basarsi in larga parte su decisioni la cui motivazione appare ancora più semplificata. Le decisioni con impegni limitano pertanto la portata della (pretesa) modernizzazione sostanziale¹⁴⁶⁰.

Ma soprattutto, la divergenza fra approccio (più) economico e decisioni con impegni è evidente alla luce della loro funzionalizzazione a finalità regolatorie. La diversa prospettiva che caratterizza la regolazione rispetto all'antitrust impone infatti un diverso modello di intervento pubblico. Affermare che l'intervento della Commissione non è (più) limitato alla tutela della concorrenzialità dei mercati, ma è finalizzato alla promozione di un determinato assetto in uno specifico settore economico equivale infatti a sostenere che la Commissione può (e deve) prendere in considerazione interessi pubblici e privati ben più ampi rispetto a quelli che di regola interessano le autorità antitrust¹⁴⁶¹.

Si è visto infatti che l'obiettivo principale della regolazione è quello di effettuare valutazioni prognostiche volte a determinare la futura struttura di mercato del settore regolato. I comportamenti delle imprese vengono orientati (e quindi limitati) in modo da conseguire tale risultato, che è considerato socialmente desiderabile, e che si considera non raggiungibile in base ai meccanismi del libero mercato. Come si diceva, tale approccio mal si concilia con ciascuna delle principali scuole di pensiero economico che guidano l'applicazione del diritto antitrust. La distanza maggiore si registra tuttavia con l'impostazione microeconomica seguita dalla c.d. scuola di Chicago, e quindi appunto con l'approccio (più) economico¹⁴⁶². Nel

¹⁴⁵⁹ Come ricordato, tali aspetti sono invece rilevanti nell'ambito delle procedure ordinarie, perché seguire una o l'altra teoria può cambiare gli esiti della controversia (sul punto cfr. *supra* il capitolo 3, § 3.2. e il capitolo 4, § 2.1.2.1.-2.1.2.2.).

¹⁴⁶⁰ Infatti, «[t]he much-heralded move toward a more economic based approach to competition law has become a crumbling façade since there are fewer reasoned decisions in which there is a clear economic analysis of the competitive impact of investigated practices» (cfr. F. JENNY, *Worst Decision of the EU Court of Justice*, cit., 763). Nello stesso senso, si osserva che «[s]ince the late 1990s/early 2000s, antitrust enforcement in the European Union has undergone a profound transformation that has drastically modified the position and incentives of the different actors involved--be they companies or enforcers--and, indeed, the rationality of antitrust enforcement itself. At the core of this systemic turn lies a paradox. Constrained by limited resources, competition authorities have developed utilitarian strategies rooted in effectiveness and deterrence considerations (leniency, high fines, commitments, settlements), which have had the effect of putting greater emphasis on sanctions and remedies, and the tailoring thereof. In the meantime, the modernisation paradigm has led to a broad review of substantive principles articulating an economic discourse which itself emphasises the singularity of market conditions. The paradox is that the substance of antitrust rules has expanded considerably on paper--through notices, guidelines, orientations, etc.--while enforcement has come to revolve increasingly around the negotiation of fines and remedies» (cfr. D.M.B. GERARD, *Breaking the EU antitrust enforcement deadlock: re-empowering the courts?*, in *European Law Review*, 2011, 457, ivi).

¹⁴⁶¹ E ciò a prescindere dal fatto che le autorità informino la propria azione ai canoni dell'approccio strutturale, ovvero si pongano nella prospettiva (più) economica.

¹⁴⁶² Si osserva del resto che «[a]ntitrust settlements subvert the purposes of antitrust law when they depart from the welfare standard adopted by most jurisdictions – whether progress toward that purpose is measured by the consumer welfare or

disegnare la struttura di mercato desiderata, le autorità di regolazione non si limitano infatti a ragionare in termini di efficienza e *consumer welfare*, ma prendono piuttosto in considerazione obiettivi non economici¹⁴⁶³ e finalità distributive¹⁴⁶⁴. Fattispecie che, come già ricordato, sono invece considerate espressione di istanze populiste dai sostenitori dell'approccio (più) economico, appunto perché non in linea con il razionale dell'efficienza allocativa¹⁴⁶⁵.

Tale assunto sembra del resto confermato dalla prassi. Quanto alle finalità non economiche, è sufficiente ricordare che la maggiore parte delle decisioni con impegni rese nel settore dell'energia, e più in generale le decisioni che supportano la liberalizzazione di determinati settori economici, sembrano rispondere anche (e forse soprattutto) all'imperativo del mercato interno, che si è visto rappresenta una peculiarità dell'ordinamento antitrust dell'Unione. Quanto alle finalità distributive, queste, sono fra l'altro¹⁴⁶⁶, ben evidenziate dalla casistica relativa alla regolazione dei prezzi¹⁴⁶⁷.

2.2 I rapporti fra le procedure negoziate e il secondo piano funzionale.

2.2.1 Premessa: l'applicazione generalizzata di impegni e accordi transattivi e il bilanciamento fra ipotesi di sovra e sotto-deterrenza.

Si è visto che l'obiettivo principale del secondo piano funzionale è quello di garantire l'osservanza delle regole sostanziali, gestendo il rischio della loro violazione. E si è visto altresì che il modo più efficace per prevenire la commissione di illeciti

*by the total welfare standard. The most obviously harmful antitrust settlements are those with a substantive provision that directly reduces consumer welfare [...]. Common examples of abuses include settlement provisions imposing restrictions upon the merging firms' employment decisions, requiring the settling firm to make charitable contributions unrelated to compensating victims of an antitrust violation, and extracting concessions irrelevant to the potential antitrust concerns under review» (anche per i riferimenti, cfr. D.H. GINSBURG, J.D. WRIGHT, *Antitrust Settlement: The Culture of Consent*, cit., 2).*

¹⁴⁶³ Infatti, mentre il diritto della concorrenza «*is limited to dealing with restrictive agreements and equivalent arrangements, mergers that create or strengthen dominant position, and abuse of dominant positions, and abuse of dominant positions that have a significant anticompetitive, exclusionary or exploitative effects*», la regolazione «*may have additional objectives*», come ad esempio quelli di «*encouraging the construction of alternative networks, obliging companies to provide a universal service even in area in which it is unprofitable to do so, or for non-economic objectives*» (cfr. J. TEMPLE LANG, *Competition Law and Regulation Law From an EC Perspective*, cit., 116).

¹⁴⁶⁴ Si osserva in sintesi che «*although regulation can pursue efficiency, often it also or alternatively incorporates express redistributive goals such as universal service provision. Competition law, by contrast, is linked – often exclusively – with the pursuit of market efficiency, but it is generally denied that it incorporates redistributive aims, although it may function to prohibit exploitative wealth transfers from consumers to producers*» (cfr. N. DUNNE, *Commitment decisions in EU competition law*, cit., 412).

¹⁴⁶⁵ Cfr. *supra* il testo relativo alla nota 60, nel capitolo 1, § 3.

¹⁴⁶⁶ Uno degli ulteriori esempi di decisione con impegni che appare orientata ai canoni dell'interpretazione strutturale del diritto della concorrenza è rappresentato dal caso COMP/A.39.116/B2 – *Coca-Cola*, cit. Il tema è quello degli sconti fidelizzanti. Laddove prevale l'approccio economico, si ritiene che tali pratiche non violino le regole antitrust (cfr. *Virgin Atlantic v. British Airways*, 257 F. 3d 256, 259 (2d Cir. 2001)). In linea con l'approccio formale (cfr. Corte giust. 15 marzo 2007, C-95/04 P, *British Airways plc c. Commissione*, ECLI:EU:C:2007:166, e, da ultimo, causa T-286/09, *Intel*, cit., e causa C-23/14, *Post Danmark*, cit.), la Commissione esprime invece preoccupazioni concorrenziali in merito a tale pratica.

¹⁴⁶⁷ Si osserva infatti che «*price regulation is viewed as inherently difficult to get right, and competition adjudicators are, furthermore, the wrong body to perform this technical, and essentially redistributive, functions*» (cfr. N. DUNNE, *Commitment decisions in EU competition law*, cit., 421).

(anche) antitrust si basa sull'alterazione del rapporto costi e benefici in capo al potenziale trasgressore. La razionalità impone infatti a tale soggetto di astenersi dal compiere azioni che lo danneggiano. La violazione degli artt. 101 e 102 TFUE può quindi venire scoraggiata mediante l'aumento dei costi attesi dall'infrazione. Il valore dei costi attesi si calcola mediante una funzione data dal totale (*i*) delle sanzioni pubbliche e (*ii*) dei rimedi privati che derivano da un'infrazione, moltiplicato per (*iii*) l'inverso della probabilità che questa sia scoperta. La diffusione delle soluzioni negoziate interferisce con ciascuno di questi tre parametri.

Da un lato, si riduce sia la componente pubblica che quella privata dei costi attesi¹⁴⁶⁸. La riduzione dei costi attesi è più marcata nel contesto degli impegni. Se un procedimento è chiuso ai sensi dell'art. 9 reg. (CE) n. 1/2003, non si accerta infatti alcuna violazione: ciò comporta la mancata imposizione di sanzioni¹⁴⁶⁹, sotto il profilo pubblico, e la minore probabilità di successo delle azioni di risarcimento, sotto il profilo privato. Ma rilievi (in parte) analoghi valgono anche nel caso di accordi transattivi. Per quanto riguarda la componente pubblica dei costi attesi, questa si riduce infatti (almeno) nella quota pari al 10% della sanzione altrimenti applicabile. La forma semplificata in cui vengono redatte le decisioni transattive ne compromette inoltre la componente privatistica, rendendo più complesso l'esperimento di azioni risarcitorie. Con effetti *prima facie* negativi sull'efficacia deterrente del sistema¹⁴⁷⁰.

Dall'altro lato, si liberano tuttavia risorse: l'attività della Commissione ne è condizionata sia sotto il profilo temporale che quantitativo. Quanto al primo aspetto, la risposta pubblica si verifica in un momento più vicino alle condotte delle imprese¹⁴⁷¹. Quanto al secondo aspetto, le risorse liberate possono essere utilizzate per scoprire illeciti che rimarrebbero altrimenti nell'ombra, ovvero per gestire fattispecie note che non verrebbero tuttavia affrontate a causa del bilanciamento fra priorità e risorse che caratterizza l'azione pubblica. Entrambe i profili hanno effetti *prima facie* positivi sull'effetto deterrente degli artt. 101 e 102 TFUE.

La diffusione delle soluzioni negoziate può dunque avere effetti sia positivi che negativi sull'efficacia deterrente del sistema di applicazione (pubblica e privata) delle regole antitrust. Determinare quale sia l'esito del bilanciamento fra le due componenti di segno opposto appare piuttosto complicato, specie con riguardo alle

¹⁴⁶⁸ Sul rapporto fra soluzioni negoziate e *private enforcement* v. *infra* il capitolo 4, § 3.

¹⁴⁶⁹ Pertanto, «l'istituzione dell'Unione o l'autorità nazionale, che preveda di comminare una sanzione che scoraggi pro futuro comportamenti analoghi, deve astenersi dall'utilizzare lo strumento ex art. 9 [reg. (CE) n. 1/2003, cit.] in quanto l'effetto deterrente, proprio delle decisioni che accertano l'infrazione, non si realizza» (cfr. C. PESCE, *I nuovi strumenti di public enforcement*, cit., 87).

¹⁴⁷⁰ In linea di principio si afferma infatti che «[c]eteris paribus the option to end an antitrust investigation via settlement reduces the deterrence effect of competition policy. In other words, [anticompetitive action] becomes relatively more attractive when settlement are possible. This is because in case company[s] anticompetitive action is detected it now has the option to settle and so avoid the payment of a fine and the pecuniary and non-pecuniary costs of litigation. The option to settle can only increase the expected return of [anticompetitive action], while it leaves unchanged the return associated with [pro-competitive action]» (cfr. K. EDWARDS, J. PADILLA, *Antitrust Settlements in the EU*, cit., 673).

¹⁴⁷¹ Si è visto che l'efficacia deterrente delle sanzioni e dei rimedi è inversamente proporzionale al tempo trascorso fra la commissione dell'illecito e la loro imposizione.

decisioni con impegni: il bilanciamento involve infatti aspetti di non facile quantificazione, atteso che i rimedi e i benefici non hanno natura esclusivamente pecuniaria¹⁴⁷². Il contenuto della questione ha peraltro natura più economica che giuridica. Il suo esame approfondito esula pertanto dallo scopo del presente lavoro¹⁴⁷³. A differenza di altri temi affrontati in precedenza, si può comunque rilevare che non si tratta in questo caso di risolvere una questione di principio. Il punto non è infatti quello di registrare l'esistenza di opinioni a priori discordanti fra chi ritiene che la diffusione delle soluzioni negoziate aumenti (sempre) l'efficacia deterrente delle regole antitrust e chi sostiene la tesi opposta, lamentando un pregiudizio (certo) per il grado di osservanza delle imprese. L'opinione generalmente condivisa è piuttosto che il concreto utilizzo di impegni e (in misura minore) accordi transattivi possa dare luogo sia a fenomeni di c.d. sovra-deterrenza che di c.d. sotto-deterrenza, a seconda delle concrete modalità con cui la Commissione fa affidamento sugli istituti in discussione¹⁴⁷⁴.

Tali fenomeni sembrano potersi verificare in particolare quando la proporzione fra il numero delle decisioni di accertamento, da un lato, e quello di impegni e accordi transattivi, dall'altro lato, è sbilanciata a favore delle prime, e si registra cioè una netta preferenza della Commissione per le soluzioni negoziate, e quindi una loro applicazione generalizzata¹⁴⁷⁵. L'ipotesi non è di scuola: si è visto infatti che in molti settori impegni e accordi transattivi rappresentano lo strumento di *enforcement* più diffuso nella prassi decisionale della Commissione¹⁴⁷⁶.

2.2.2 Le decisioni con impegni: fra *deficit* informativo e alterazione degli incentivi di imprese e Commissione.

¹⁴⁷² Con riguardo agli accordi transattivi v. invece *infra* il capitolo 4, § 2.2.3.

¹⁴⁷³ Sul punto, fra i molti, v. allora A. GAUTIER, N. PETIT, *Optimal Enforcement of Competition Policy*, cit.; P. CHONÉ, S. SOUAM, A. VIALFONT, *On the optimal use of commitments decisions under European competition law*, in *International Review of Law and Economics*, 2014, 169; A. ASCIONE, M. MOTTA, *Settlements in Cartel Cases*, cit., 67; K. EDWARDS, J. PADILLA, *Antitrust Settlements in the EU*, cit., 661. Più in generale v. anche L.A. BEBCHUK, *Litigation and Settlement under Imperfect Information*, in *RAND Journal of Economics*, 1984, 404.

¹⁴⁷⁴ Con riguardo agli impegni, il punto è ben evidenziato anche dalla giurisprudenza nazionale. Si osserva infatti che, sebbene «*it is desirable for there to be mechanisms through which settlements can be arrived at in appropriate cases [...], the success of the Act also depends to a large extent on its deterrent effect, which means that there is also an important public interest in infringement cases proceeding to a decision and, if necessary, the imposition of a penalty*». Infatti, «[p]ublic censure is also an important aspect. At the same time, a reasonable flow of decisions is likely to enhance the visibility of the Act, develop the scope of the Chapter I and Chapter II prohibitions, and deepen the knowledge and understanding of the business community of what is, or is not, prohibited» (cfr. Competition Appeal Tribunal, 28 novembre 2004, Case 1026/2/3/04, *Wanadoo UK Plc. v. Office of Communications*, §§ 123-124). Analogamente, la giurisprudenza amministrativa italiana afferma a più riprese che «[l]e misure correttive proposte debbono essere "pertinenti" rispetto all'oggetto del procedimento e, quindi, funzionali alla soluzione del problema evidenziato»: in caso contrario, si darebbe infatti luogo ad un uso strumentale delle decisioni con impegni, incompatibile con le finalità di tale istituto, in quanto «*esclusivamente preordinato a scongiurare l'applicazione della sanzione, depotenziando, così, l'efficacia deterrente della missione affidata alle Autorità nazionali e alla Commissione*» (cfr. TAR Lazio 11 luglio 2011, n. 6173, *Carte di credito*, § 4.2.1, e già TAR Lazio 16 novembre 2010, n. 33474, *Carte di credito*, § 2.1).

¹⁴⁷⁵ È in tale prospettiva che si pone, ad esempio, con riguardo alle decisioni con impegni, lo studio di A. GAUTIER, N. PETIT, *Optimal Enforcement of Competition Policy*, cit.

¹⁴⁷⁶ Cfr. *supra* il capitolo 3, § 3.3.1.

Conviene iniziare dalle decisioni con impegni. Come si diceva, i problemi sorgono quando si esce dal «territorio di mezzo»¹⁴⁷⁷ in cui il loro utilizzo si dovrebbe collocare¹⁴⁷⁸, e in particolare quando l'applicazione pubblica degli artt. 101 e 102 TFUE in casi diversi dai cartelli orizzontali si affida (quasi) esclusivamente all'art. 9 reg. (CE) n. 1/2003. Vi sono diversi aspetti da prendere in considerazione. L'asimmetria informativa che caratterizza il rapporto fra Commissione e imprese (terze e parti del procedimento) è uno dei principali. Si è visto infatti che l'istruttoria ha portata limitata, e spesso riguarda aspetti non strettamente collegati alla condotta dell'impresa. Vi è dunque il rischio che la Commissione non abbia informazioni sufficienti circa la condotta dell'impresa nel momento in cui è tenuta a decidere se chiudere il procedimento con impegni. Un secondo aspetto, persino più importante, riguarda gli incentivi di imprese e Commissione. Il tema è stato già trattato in precedenza¹⁴⁷⁹. L'idea di base è comunque che nel contesto degli impegni (ma in realtà anche degli accordi transattivi) diminuiscono le probabilità che gli incentivi delle parti siano allineati all'ottimo sociale, ad esempio per via della riduzione dei costi del procedimento¹⁴⁸⁰. In tal senso, si è visto che la possibilità di ricorrere agli impegni quale alternativa alla procedura ordinaria altera la posizione delle parti, e in particolare l'attitudine della Commissione circa la scelta dei casi e la definizione dei rimedi, e quella delle imprese circa la strategia difensiva da adottare.

Specie nel contesto di un'applicazione generalizzata del rimedio in discussione, le potenziali conseguenze del *deficit* informativo e dell'alterazione degli incentivi sono duplici e fra loro speculari.

2.2.2.1 (segue): il rischio di c.d. falsi negativi e il potenziale pregiudizio all'efficacia deterrente del sistema.

¹⁴⁷⁷ Per riprendere un'espressione utilizzata da M. SIRAGUSA, *Le decisioni con impegni*, cit., 386 con riferimento alle fattispecie che si pongono a metà «tra i casi in cui si sia in presenza di fattispecie sicuramente sanzionabili e quelli in cui non vi sia violazione e per i quali, quindi, sia preferibile adottare un provvedimento di chiusura dell'istruttoria senza accertamento dell'infrazione».

¹⁴⁷⁸ Peraltro, vi è anche chi suggerisce una diversa interpretazione, osservando che «[n]othing in the letter of the law seems in fact to indicate the seriousness of the case as categorically excluding recourse to commitment decisions». Da un lato, «[t]he conclusion that commitment decisions would not be appropriate to resolve the most serious competition cases, since hard-core cartels are sanctioned with fines and amount to the most serious breaches of the antitrust rules, is not plausible». Dall'altro lato, «[i]nferring this from Recital 13 of Regulation 1/2003, when it qualifies the adoption of commitment decisions as inappropriate in cases where the Commission intends to impose a fine, does not appear convincing either» (cfr. P. CAVICCHI, *The European Commission's discretion as to the adoption of Article 9 decision*, cit., 8).

¹⁴⁷⁹ Cfr. *supra* il capitolo 3, § 3.2.

¹⁴⁸⁰ Infatti, rilevato che «[t]he private and social incentives to settle are likely to diverge» (cfr. K. EDWARDS, J. PADILLA, *Antitrust Settlements in the EU*, cit., 661), proprio perché «[t]he possibility of settlement thus implies that a suit becomes, in effect, socially cheaper and, consequently, that the socially optimal level of suit rises» (cfr. S. SHAVELL, *The Level of Litigation*, cit., 100), si può trarre la conclusione che «l'Autorità potrebbe essere indotta ad avviare le istruttorie sulla base di una mera denuncia di un'associazione [di] consumatori o di terzi, senza aver condotto una previa adeguata attività conoscitiva e di riscontro, confidando nella iniziativa delle imprese e quindi nella possibilità di chiudere le istruttorie accentrando gli impegni qualora gli elementi reperiti nel corso dell'istruttoria – ad esempio nel corso delle ispezioni – non siano sufficienti a provare l'esistenza di un'infrazione» (cfr. M. SIRAGUSA, *Le decisioni con impegni*, cit., 394).

Da un lato, può accadere che vengano accettati impegni (*i*) di contenuto meno restrittivo rispetto a quanto necessario, e persino (*ii*) in casi in cui sarebbe opportuna una decisione di accertamento. Non conoscendo i contorni esatti della condotta delle imprese, la Commissione tende infatti a chiudere il procedimento “al ribasso”¹⁴⁸¹. Si verifica pertanto una sorta di c.d. falso negativo: comportamenti illeciti, anche gravi, non ricevono alcuna sanzione; oppure, condotte capaci di suscitare preoccupazioni concorrenziali vengono gestite mediante rimedi di portata insufficiente. Si tratta peraltro dell’ipotesi che sembra potersi verificare in modo più frequente nella prassi: si è visto infatti che l’asimmetria informativa gioca a favore delle imprese¹⁴⁸², specie nella fase iniziale del procedimento¹⁴⁸³. In questo caso, l’efficacia deterrente dell’azione pubblica è inferiore al livello ottimale. La possibilità di sfruttare il *deficit* informativo a proprio vantaggio viene infatti percepita dagli operatori economici. I principali “clienti” delle decisioni con impegni diventano pertanto quelle imprese che sono consapevoli di aver violato le regole antitrust e che cercano di orientare l’attività della Commissione al “ribasso”¹⁴⁸⁴.

Senza sminuire l’importanza del *deficit* informativo, va detto che in realtà l’apertura della Commissione agli impegni (anche) in casi gravi deriva soprattutto dal secondo aspetto di cui si discute, e cioè dalla distorsione degli incentivi causata dall’art.

¹⁴⁸¹ In altri termini, «*there is a sort of “race to the bottom” with generalized commitments*», nel senso che «*[g]iven the postulated asymmetry of information between the Commission and the firm relative to the importance of the alleged anticompetitive “harm”, in order to convince all firms to settle, the Commission must indeed accept commitment that set a minima i.e. that are equal to the expected sanction of the lowest possible “type”*» (cfr. A. GAUTIER, N. PETTIT, “Settle ‘em all”: Generalized Commitments and the Under and Over Enforcement of Antitrust Law, in *Liege Competition and Innovation Institute Policy Brief*, 2014, 1, spec. 2).

¹⁴⁸² In effetti, «*there is no doubt that the main strength of committed undertakings lies in asymmetry of information, which is overwhelmingly favourable to them. This is especially obvious when it comes to evaluate quantities (prices, volumes, capacity etc.) needed to introduce a sufficient degree of competition in the market. Information asymmetry constitutes the undertakings’ main asset in a procedure, which otherwise tends to remain under the authority’s controls*» (cfr. P. MOULLET, *How should Undertakings Approach Commitment*, cit., 91). Tanto che si riconosce che «*competition authority should avoid settling a case at a premature stage of the investigation, when it has not yet established all the relevant facts. Indeed, if the competition authority settles a case before it has discovered the full extent and seriousness of the infringement, it is likely to grant (unknowingly) an excessively generous (de facto) settlement rewards*» (cfr. W.P.J. WILS, *The Use of Settlement in Public Antitrust Enforcement*, cit., 39).

¹⁴⁸³ Si osserva infatti che la portata dell’asimmetria informativa varia durante lo svolgimento della procedura. Da un lato, infatti, «*[a]t the very outset of the investigation, the defendant may have better information about the infringement, or at least that defendant’s role in it, than the agency*», tanto da poter «*take advantage of this situation by obtaining a more favourable settlement than the authority would concede should it know the whole picture*»; dall’altro lato, tuttavia, «*towards the end of the investigation, the agency typically has a more complete picture of the infraction and the relative role of the defendant in the illegal enterprises*»: ciò però non porta solo alla possibilità che l’autorità, «*then in a superior bargaining position [...] can extract a settlement that more accurately reflects the actual level of defendant’s culpability*», ma piuttosto anche al fatto che l’autorità «*might [...] be inclined not to settle at all and instead seek a fine without any “settlement discount” and defend it in court when necessary*» (cfr. J.M. TALADAY, *Implications of International Cartel Settlements for Private Rights of Action*, cit., 318).

¹⁴⁸⁴ Del resto, si osserva che «*[i]nterestingly enough, it is quite hard to conceive how an undertaking would voluntarily agree to amend its structure or behaviour if this decision hadn’t proceeded from a detailed analysis concluding to the benefits that its own interests may thereby prevail to the detriment of the public interests*» (cfr. P. MOULLET, *How should Undertakings Approach Commitment*, cit., 86). Analoghi rilievi vengono peraltro proposti anche con riguardo all’esperienza nordamericana. Si afferma infatti che «*[t]hose who know that they violated the antitrust laws are obviously more likely to accept the prohibitions embodied in a consent decree than those who believe strongly that no violation occurred*» (cfr. T.E. KAUPER, *The Use of Consent Decrees*, cit., 105; ma per la prospettiva diametralmente opposta v. immediatamente *infra* il testo relativo alle note 1496-1497).

9 reg. (CE) n. 1/2003. La disponibilità della Commissione a farsi “influenzare” dalle imprese è in altri termini accentuata in modo significativo dai vantaggi offerti dalla soluzione negoziata. Si è visto¹⁴⁸⁵ infatti che rapidità, costi e discrezionalità¹⁴⁸⁶ condizionano la strategia di *enforcement* della Commissione, facendola propendere per l’uso degli impegni anche oltre i limiti previsti dal considerando n. 13 reg. (CE) n. 1/2003¹⁴⁸⁷. L’effetto complessivo è quello di aumentare l’attrattività delle condotte anticoncorrenziali, alterando il rapporto delle imprese fra costi e benefici¹⁴⁸⁸.

2.2.2.2 (*segue*): il rischio di falsi positivi e la potenziale deterrenza di condotte lecite.

Dall’altro lato, può invece accadere che vengano accettati impegni (*i*) di contenuto più restrittivo rispetto a quanto necessario, e persino (*ii*) in casi in cui non si è verificata alcuna condotta anticoncorrenziale. Si realizza in questo caso un c.d. falso positivo: l’art. 9 reg. (CE) n. 1/2003 viene utilizzato per “rimediare” a situazioni lecite, ovvero per intervenire in modo troppo incisivo rispetto alle preoccupazioni riscontrate. Si tratta pertanto di ipotesi di c.d. sovra-deterrenza che, probabilmente, non si realizzerebbero nell’ambito della procedura ordinaria, in virtù del diverso standard probatorio richiesto dall’art. 7 reg. (CE) n. 1/2003, e del vincolo della

¹⁴⁸⁵ Si può aggiungere che un uso eccessivo delle decisioni con impegni può anche dipendere da una preferenza dell’autorità per obiettivi di corto periodo (*i.e.*, se l’autorità considera prevalente il benessere degli – attuali – consumatori rispetto al mantenimento di un livello adeguato di deterrenza). Si osserva infatti che le ragioni per le quali un’autorità può fissare la propria priorità «*not in favour of deterrence but rather in the direction of protecting short-term consumer welfare*» sono molteplici: ad esempio, «*[s]uch a bias may reflect electoral concerns: only the current generation of consumer vote. It may be caused by a short term need to meet certain reported metrics and to show that the authority is achieving results for consumers, or by a lack of attention paid to the development of doctrine. It may reflect the personal preferences of the case handler who wishes to clear his desk or move on to a new case. Or it may be driven by ideological consideration. That is, by a preference for discretionary interventions of quasi-regulatory nature motivated perhaps by a lack of trust in the deterrence effect of the jurisprudence. Finally, it may reflect risks aversion of the authority or of its officers, or information asymmetry*» (cfr. K. EDWARDS, A. JORGE PADILLA, *Antitrust Settlements in the EU*, cit., 671-672).

¹⁴⁸⁶ Si osserva infatti che «*[n]o signs of self-restraint can be found in the Commission’s Notice on Best Practices for the conduct of proceedings under article 101 and article 102 TFUE*», così come «*[n]o guidelines are established on how the interests of administrative efficiency and the public interest in public censure, deterrence and the development of legal doctrine are to be weighed*» (cfr. H. SCHWEITZER, *Commitment Decisions in the EU and in the Member States*, cit., 6).

¹⁴⁸⁷ Vale la pena precisare che proprio il limite posto dal considerando n. 13 reg. (CE) n. 1/2003, cit., è considerato una delle “barriere” principali per evitare che l’efficacia deterrente del sistema di applicazione pubblica scenda a livelli inferiori a quello ottimale. Premesso che tale disposizione «*sottolinea che la chiusura con impegni è inopportuna quando si prevede di poter comminare una ammenda ad una violazione grave*», si osserva infatti che «*[s]e così non fosse, la portata dell’istituto potrebbe compromettere la stessa funzione di deterrenza dell’impianto sanzionatorio*» (cfr. F. CINTIOLI, *Le nuove misure riparatorie del danno alla concorrenza*, cit., 117).

¹⁴⁸⁸ Per «*le imprese, infatti, la consapevolezza di una tendenza delle autorità di concorrenza a chiudere istruttorie con l’accettazione di impegni, potrebbe modificare il rapporto costi benefici nella decisione sull’adozione di un comportamento anti-concorrenziale [...] L’eccessivo ampliamento dell’ambito di applicazione delle decisioni con impegni, sia dal punto di vista numerico sia da quello della tipologia di casi oggetto di decisioni con impegni, può dunque minare nel lungo termine l’efficacia della politica di tutela della concorrenza nel suo complesso*» (cfr. M. SIRAGUSA, *Le decisioni con impegni*, cit., 395). Nella prospettiva del *public enforcement*, tale circostanza appare rilevante anche alla luce della (potenziale) *vis* espansiva degli effetti delle decisioni con impegni nella prospettiva geografica (sul punto v. *infra* la nota 1564, nel capitolo 4, § 3.3.1.). In sintesi, l’adozione di impegni da parte della Commissione potrebbe rendere superfluo il successivo intervento delle ANC. Sarebbe quindi difficile che l’eventuale livello subottimale dell’efficacia deterrente dell’azione pubblica causato dall’erronea chiusura di un procedimento con impegni ad opera della Commissione possa essere in seguito sanato dall’azione delle ANC.

proporzionalità. La questione è rilevante perché la sovra-deterrenza comporta dei costi sociali: l'*enforcement* delle regole è un "bene" costoso; ma soprattutto, l'effetto di un c.d. falso positivo è quello di inibire gli operatori economici da condotte legittime e (potenzialmente) positive¹⁴⁸⁹.

Anche in questa prospettiva, si devono prendere in considerazione sia il *deficit* informativo che l'alterazione degli incentivi delle parti. Quanto al primo aspetto, la (tendenziale) irrilevanza nel contesto degli impegni dei principali aspetti del contenzioso antitrust¹⁴⁹⁰ aumenta innanzitutto le probabilità di errore della Commissione. L'analisi "affrettata" di aspetti quali la definizione del mercato rilevante o della teoria del danno può infatti rendere più frequente l'ipotesi in cui siano riscontrati profili di anticoncorrenzialità in condotte che sono in realtà lecite, magari perché si tratta di fattispecie o mercati nuovi. Anche al fine di evitare il c.d. rischio di cattura da parte delle imprese coinvolte nell'indagine, può inoltre accadere che la Commissione attribuisca un peso eccessivo alla fase di *market test*. I margini per la c.d. sovra-deterrenza derivano in questo caso dal fatto che chi interviene nella procedura ai sensi dell'art. 27 reg. (CE) n. 1/2003 ha di regola interesse a che i rimedi immaginati siano più incisivi di quanto necessario¹⁴⁹¹.

La portata del primo aspetto non va sottovalutata. Tuttavia, le ragioni principali di eventuali oscillazioni rispetto al livello ottimale di deterrenza vanno anche in questo caso ricercate nei vantaggi offerti dagli impegni. La prospettiva della Commissione è abbastanza chiara: l'art. 9 reg. (CE) n. 1/2003 ne aumenta la discrezionalità, diminuendo al tempo stesso i costi dei procedimenti. Gli incentivi ad attivarsi sono quindi disallineati rispetto all'ottimo sociale: più casi definisce con impegni, più la Commissione dimostra di saper raggiungere risultati, e quindi l'importanza della propria attività, senza sostenere i costi di una procedura ordinaria; ma soprattutto, la Commissione ottiene tale risultato senza correre il rischio che casi poco "solidi" (oppure orientati a finalità estranee alla politica di concorrenza) siano in seguito censurati da Tribunale e Corte di giustizia¹⁴⁹².

¹⁴⁸⁹ Cfr. *supra* il capitolo 1, § 4. Con specifico riferimento alle decisioni con impegni, v. A. SCOGNAMIGLIO, *Decisioni con impegni e tutela civile dei terzi*, in *Diritto Amministrativo*, 2010, 503, spec. 519.

¹⁴⁹⁰ E ciò, si è visto, alla luce della portata limitata del controllo giurisdizionale e della maggiore attenzione prestata alla definizione dei rimedi (cfr. *supra* il capitolo 4, § 2.1.2.3.-2.1.2.6).

¹⁴⁹¹ Si è detto infatti che i soggetti terzi (siano questi imprese concorrenti o poste a un diverso piano della catena produttiva, ma anche consumatori) che intervengono non hanno interesse alla corretta applicazione delle regole (né tantomeno alla loro chiarificazione), ma ovviamente solo a ottenere un qualche vantaggio, al pari delle imprese coinvolte nel procedimento (cfr. *supra* il capitolo 1, § 4.1.). Si osserva pertanto che non solo sussiste il rischio «*that information asymmetries allow authorities to be 'gamed' by investigated companies into considering ineffective commitments, particularly where the markets at issue are complex or the results of any market testing of the proposals are inconclusive*», ma anche l'ipotesi inversa, e cioè che tale asimmetria porti la Commissione «*to be gamed by third parties into pressing for more intrusive commitments than may be warranted*» (cfr. P. MARSDEN, *Towards an Approach to Commitments that is 'Just Right'*, cit., 73).

¹⁴⁹² In altri termini, la Commissione «*riesce ad ottenere immediatamente un risultato concreto [...], anche nell'ipotesi in cui non è del tutto sicuro che i comportamenti da essa perseguiti siano effettivamente illeciti*», e cioè «*riesce ad ottenere più di quanto potrebbe conseguire se alla fine non fosse in grado di provare l'illecito, e talvolta più di quanto sarebbe in grado di ottenere in assoluto*», peraltro «*senza alcun rischio di insuccesso istruttorio*» (cfr. L.G. RADICATI DI BROZOLO, F. RUSSO,

L'attenzione si deve allora concentrare sul punto di vista delle imprese. La loro posizione è infatti (all'apparenza) meno chiara. In particolare, possono apparire meno intuitivi i motivi per cui le imprese accettano (*rectius*, propongono) misure più restrittive di quanto ritengono necessario, piuttosto che provare a contestare le (eccessive) richieste della Commissione dinnanzi a Tribunale e Corte di giustizia. In realtà, alla questione si è già accennato in precedenza, quando si è ricordato che il ruolo del contraddittorio quale limite alla discrezionalità della Commissione risulta poco incisivo nel contesto dell'art. 9 reg. (CE) n. 1/2003¹⁴⁹³. La ragione principale è che la possibilità di chiudere un'istruttoria mediante impegni esercita una pressione particolarmente intensa sulle imprese (e sui loro difensori)¹⁴⁹⁴. In linea di principio, le imprese sono infatti soggetti avversi al rischio: preferiscono quindi la certezza all'incertezza¹⁴⁹⁵. Sempre in linea di principio, il loro interesse principale nel corso di un procedimento antitrust è quello di evitare l'accertamento dell'illecito, proprio perché da questo possono derivare costi non preventivabili: a partire dall'entità della sanzione, passando per l'eventuale risarcimento del danno, senza tralasciare le spese per il contenzioso o il c.d. danno reputazionale.

Le decisioni con impegni permettono alle imprese di ottenere tale risultato senza l'onere di contestare (nella loro interezza) le posizioni assunte dalla Commissione. Fintanto che gli impegni non incidono sul loro *core business*, la preferenza delle imprese si orienta dunque a favore della chiusura del procedimento. La convinzione di aver operato in modo legittimo sul mercato, e di stare quindi assumendo obblighi "ingiustificati", non sembra poter rimettere in discussione tale scelta¹⁴⁹⁶, neppure se l'impresa è convinta di riuscire a dimostrare tali aspetti, almeno

Decisioni di accettazione degli impegni e private enforcement del diritto antitrust, in *Diritto del Commercio Internazionale*, 2011, 1047, spec. 1055)

¹⁴⁹³ Cfr. *supra* il capitolo 3, § 3.2. e il capitolo 4, § 2.1.2.3-2.1.2.4.

¹⁴⁹⁴ In effetti, «*there is too much pressure on the defence to settle, even though the Commission's case is not correct and goes too far in some way. The idea is straightforward. Proceedings can take ages. Fines can be colossal. The diversion of resources to defend cases may be very significant in time and expense. Companies also want to avoid bad publicity. All of this may lead to considerable incentives on defendants to settle*» (cfr. J. RATLIFF, *Negotiated Settlements in EC Competition Law*, cit., 306).

¹⁴⁹⁵ Partendo da tale premessa, ma più in generale, si osserva peraltro che «*antitrust compliance has become largely a matter of risk management: companies are invited to self-assess their commercial practices and self-comply with general guidance while managing the risk of complaints and proceedings, which, if and when these occur, they strive to contain or settle. In that regard, the increase in the amount of fines has certainly changed the rules of the antitrust enforcement game. Yet this is only part of the story. To fully appreciate the transformation at play, fines must be considered together with an increased reliance on negotiated procedures. That combination may have borne results as, after all, most companies today internalise the "antitrust risk" when devising commercial strategies*» (cfr. D.M.B. GERARD, *Breaking the EU antitrust enforcement deadlock*, cit., 457-458).

¹⁴⁹⁶ Si osserva infatti che «*[t]he undertakings concerned will weigh their own commercial interests against the reputational and financial risks of awaiting an infringement decision when offering commitments, but do not reliably represent the interest in protecting the competitive process. It cannot, therefore, be excluded that commitments go beyond a tailored remedy for the alleged infringement and restrict competition themselves*» (cfr. H. SCHWEITZER, *Commitment Decisions in the EU and in the Member States*, cit., 3). In senso analogo, si conferma che le imprese potrebbero decidere di presentare impegni anche «*nei casi in cui siano convinte della legittimità del loro operato pur di evitare la pubblicità negativa e i costi derivanti dalla prosecuzione del procedimento e dall'eventuale fase giurisdizionale, ma soprattutto se si sentono minacciate da una sanzione pecuniaria*» (cfr. M. SIRAGUSA, *Le decisioni con impegni*, cit., 396).

in sede contenziosa¹⁴⁹⁷. In altri termini, la natura negoziale degli impegni limita la possibilità che il contraddittorio con le imprese rappresenti un meccanismo idoneo a evitare che il livello di deterrenza del sistema sia superiore a quello ottimale.

2.2.2.3 Il ruolo e l'importanza di una prassi applicativa diversificata.

In definitiva, se le decisioni con impegni vengono utilizzate quale strumento prevalente nell'attività di *enforcement* degli artt. 101 e 102 TFUE, è (quasi) inevitabile che si verificano al tempo stesso sia fenomeni di c.d. sovra-deterrenza che di c.d. sotto-deterrenza. La Commissione finisce infatti per intervenire troppo spesso (c.d. falsi positivi), ma in modo troppo debole (c.d. falsi negativi)¹⁴⁹⁸.

L'esame della prassi sembra confermare tale assunto, (anche) sulla scorta della sentenza *Alrosa*. Da un lato, si sono infatti ricordati vari esempi in cui i rimedi resi vincolanti sembrano eccessivi (*rectius*, non proporzionati) rispetto alle condotte oggetto di istruttoria, ma anche alcuni casi in cui è la stessa necessità dell'intervento pubblico ad apparire questionabile¹⁴⁹⁹. Con il rischio di dissuadere le imprese da comportamenti potenzialmente efficienti e quindi positivi.

Dall'altro lato, e forse soprattutto, le decisioni con impegni sono state utilizzate nei confronti di condotte particolarmente gravi¹⁵⁰⁰. Il caso *E-books* è uno degli esempi più rappresentativi: i rimedi proposti vengono infatti considerati sufficienti a superare le preoccupazioni causate da un vero e proprio cartello, realizzato secondo lo schema c.d. *hub & spoke*¹⁵⁰¹. Ma vi sono altre ipotesi in cui la Commissione chiude con impegni procedimenti avviati nei confronti di pratiche che presentano (almeno alcuni degli) elementi tipici delle intese orizzontali, e persino aspetti legati alla fissazione dei prezzi. Fra le altre, si possono in tal senso richiamare

¹⁴⁹⁷ Infatti, premesso che «*a seconda della situazione, l'assunzione degli impegni può essere relativamente poco onerosa per l'impresa*», si osserva che tale scelta «*può quindi essere giudicata conveniente anche se essa ha la convinzione di essere nel giusto e una ragionevole certezza di riuscire a dimostrarlo nel corso del procedimento o comunque una volta esperiti i ricorsi giurisdizionali*» (cfr. L.G. RADICATI DI BROZOLO, F. RUSSO, *Decisioni di accettazione degli impegni e private enforcement del diritto antitrust*, cit., 1056)

¹⁴⁹⁸ In tale prospettiva, cfr. ad esempio A. GAUTIER, N. PETIT, *Optimal Enforcement of Competition Policy*, cit., 5, dove si osserva per l'appunto che «*under a generalized commitments policy, the Commission adopts remedies too often but these remedies are too weak*».

¹⁴⁹⁹ Cfr. *supra* il capitolo 3, §§ 3.1.2.3.-3.1.2.5.

¹⁵⁰⁰ Si osserva infatti che «*[c]ommitment decisions can be – and are – adopted in cases of very serious infringements where deterrence would argue for public censure and fines, as well as in cases where the law is unclear and a strong argument could be made for allowing the case to go to court in order to clarify the law*» (cfr. H. SCHWEITZER, *Commitment Decisions in the EU and in the Member States*, cit., 6). Fra le molte cfr. COMP/38.636 – RAMBUS, cit.; COMP/39.530 – *Microsoft (vendita abbinata)*, cit.; COMP/39.692 – *IBM servizi di manutenzione*, cit.

¹⁵⁰¹ Il riferimento è alla decisione resa in COMP/39847 – *E-books*, cit. Si è visto infatti che si tratta in questo caso di un vero e proprio cartello concluso secondo il modello c.d. *hub & spoke*, in cui Apple facilita la conclusione di un accordo orizzontale fra gli editori volto alla fissazione dei prezzi degli *e-books* mediante la conclusione di una serie di contratti verticali di agenzia con ciascuno di essi. Si è visto che tale pratica viene considerata una restrizione per oggetto da parte della giurisprudenza nordamericana (per i riferimenti cfr. *supra* la nota 1184, nel capitolo 3, § 3.3.2.5.).

le decisioni rese nel settore del trasporto aereo¹⁵⁰², ma anche e soprattutto in quello delle commissioni interbancarie concordate a livello multilaterale¹⁵⁰³.

Il riferimento alle c.d. commissioni MIF consente un'osservazione conclusiva. Come si diceva, il rischio che l'efficacia deterrente del sistema di *enforcement* risulti male allineata rispetto al livello considerato ottimale è più elevato se la proporzione fra le decisioni *ex art. 9 reg. (CE) n. 1/2003* e quelle rese ai sensi dell'art. 7 reg. (CE) n. 1/2003 è sbilanciata a favore delle prime. Il punto è particolarmente chiaro nella prospettiva della potenziale sotto-deterrenza. L'applicazione diffusa delle decisioni con impegni accentua infatti la distorsione degli incentivi delle imprese. Se la prassi si viene a comporre di soli provvedimenti *ex art. 9 reg. (CE) n. 1/2003*, la "minaccia" rappresentata dagli esiti della procedura ordinaria perde di credibilità¹⁵⁰⁴. Le imprese divengono quindi meno disponibili a "negoziare" con la Commissione¹⁵⁰⁵, pretendendo una "ricompensa" più ampia¹⁵⁰⁶. Da cui il rischio di non disincentivare in modo sufficiente condotte dai profili marcatamente anticoncorrenziali.

Per salvaguardare l'effettività del secondo piano funzionale, è pertanto essenziale che la Commissione eviti di utilizzare le decisioni con impegni in modo generalizzato¹⁵⁰⁷. Il settore delle c.d. commissioni MIF fornisce un (primo) esempio di tale approccio virtuoso. Si è visto infatti che la Commissione accetta gli impegni proposti nel caso *Visa Europe*¹⁵⁰⁸, sebbene in precedenza avesse accertato l'esistenza di un illecito in un caso molto simile¹⁵⁰⁹, con una decisione poi peraltro confermata

¹⁵⁰² Cfr. COMP/AT.39595 – *Continental/United/Lufthansa/Air Canada*, cit.; COMP/39.596 – *British Airways/American Airlines/Iberia*, cit. In entrambe le ipotesi, gli accordi di cooperazione conclusi fra le linee aeree comprendono infatti anche parametri fondamentali ai fini della concorrenzialità del mercato, come il coordinamento a livello di prezzi, capacità, orari, strategie di commercializzazione e ripartizione delle entrate. Gli aspetti coperti dagli accordi sembrano pertanto più ampi rispetto a quelli che vengono di regola permessi nell'ambito delle c.d. alleanze.

¹⁵⁰³ Cfr. AT.39.398 – *Visa Europe Limited*, cit.

¹⁵⁰⁴ In altri termini, «fewer overall fines each year sends the wrong message, from the Commission's point of view, on commitment to enforcement and deterrence» (cfr. M.J. REYNOLDS, D.G. ANDERSON, *Immunity and leniency in EU cartel cases*, cit., 85-86).

¹⁵⁰⁵ Infatti, «an agency's ability to obtain a settlement hinges on the credible alternative threat of infringement proceedings. If the agency no longer has a track record of infringement cases, then firms will unlikely settle» (cfr. N. PETIT, *New Challenges for 21st Century Competition Authorities*, cit., spec. 5).

¹⁵⁰⁶ In altri termini, «it is important that the competition authority builds and maintains a credible reputation for being able to handle cases successfully under the normal fully adversarial procedures. Indeed, the stronger the authority's reputation for obtaining forceful remedies and penalties through the fully adversarial route, the more defendants will be willing to settle without the need for large settlement rewards. Only if the Commission demonstrates that it can win contested cases [...] can it expect to obtain good settlements in other cases under Article 9 of Regulation 1/2003» (cfr. W.P.J. WILS, *The Use of Settlement in Public Antitrust Enforcement*, cit., 39).

¹⁵⁰⁷ Infatti, «the loss in repressive utility resulting from the Commission's acceptance of commitments appears relative, notably as it is able to maintain a high level of general deterrence by adopting a tough stance in remaining infringements», (cfr. D.M.B. GERARD, *Negotiated remedies in the modernization era*, cit., 12). Più nel dettaglio, «[c]ommitment decisions should therefore substitute infringement ones only in those cases where the benefits, in terms of an earlier termination of the infringement procedure and the related saving of costs, outweigh the benefit which infringement decisions could bring, in terms of clarification of the law, deterrence and facilitation of follow-on actions for compensation, among others» (cfr. M. MESSINA, J.C.A. HO, *Re-establishing the orthodoxy of commitment decisions under article 9 of Regulation 1/2003: comment on Commission v Alrosa*, in *European Law Review*, 2011, 737, spec. 750).

¹⁵⁰⁸ Cfr. AT.39398 – *Visa Europe Limited*, cit.

¹⁵⁰⁹ Cfr. COMP/34.579 – *MasterCard*, cit., COMP/36.518 – *EuroCommerce*, cit., COMP/38.580 –

da Tribunale e Corte di giustizia¹⁵¹⁰. E si è visto altresì che la disponibilità della Commissione verso un'applicazione selettiva (e persino parallela) di impegni e decisioni ordinarie con riguardo a fattispecie non dissimili viene in seguito confermata dai casi *Samsung* e *Motorola*, in tema di brevetti essenziali¹⁵¹¹.

2.2.3 Gli accordi transattivi.

In linea di principio, buona parte delle considerazioni svolte con riguardo alle decisioni con impegni valgono anche con riferimento agli accordi di cui al reg. (CE) n. 622/2008. Fra l'altro¹⁵¹², è questo il caso delle osservazioni sviluppate in merito alle possibili oscillazioni del livello di deterrenza e della conseguente necessità di evitare un'applicazione generalizzata del rimedio in discussione.

Partendo dal secondo aspetto, anche l'attrattiva della procedura transattiva dipende dalla credibilità che la Commissione riesce a mantenere con riguardo alla sua capacità di perseguire i cartelli (anche) nella forma ordinaria¹⁵¹³. Quanto al primo punto, anche gli accordi transattivi possono in linea di principio sia aumentare che ridurre l'efficacia deterrente del sistema¹⁵¹⁴. L'effetto complessivo è positivo se la riduzione della deterrenza causata dallo "sconto" nella sanzione è compensata dal

Commercial Cards, cit.

¹⁵¹⁰ Cfr., rispettivamente, causa T-111/08, *MasterCard*, cit., e causa C-382/12 P, *MasterCard*, cit.

¹⁵¹¹ Cfr., rispettivamente, AT.39.939 – *Samsung*, cit., e AT.39.985, *Motorola*, cit.

¹⁵¹² Ma ad esempio anche le considerazioni svolte con riguardo alla possibilità che, almeno a determinate condizioni, i principali "clienti" delle decisioni con impegni potessero essere rappresentati dalle imprese consapevoli di aver violato le regole antitrust sembrano almeno in parte trasferibili anche nella prospettiva della procedura di cui al reg. (CE) n. 622/2008, cit. Si osserva infatti che le imprese più disponibili ad arrivare a una transazione sono di regola quelle nei cui confronti la Commissione avrebbe potuto con minore difficoltà procedere seguendo la via ordinaria. E ciò perché «*showing an interest in settling is a signal to the other party about the private assessment of the strength of one's own position in the case relative to that of one's opponent*». Pertanto, anche se «*[t]he Commission would most want to engage companies for a settlement against which it believes its case would require a large enforcement effort to carry through a full procedure for example, cartel members that decided not to apply for leniency*», la realtà è che le imprese «*will want to fight a case that they expect to be able to win*». Ne deriva che «*cartel members who are willing to settle are more likely to be the ones against whom the Commission would most want to find a full formal infringement*» (cfr. M.P. SCHINKEL, *Bargaining in the shadow of the European settlement procedure*, cit., 470).

¹⁵¹³ In linea con quanto rilevato con riguardo all'art. 9 reg. (CE) n. 1/2003, cit., si osserva infatti che «*the introduction of the new settlement procedure for cartel cases, with only a modest settlement reward, is only feasible thanks to the many fully contested cartel decisions that were upheld by the Courts in the last years*» (cfr. W.P.J. WILS, *The Use of Settlement in Public Antitrust Enforcement*, cit., 39).

¹⁵¹⁴ Da un lato, si osserva infatti che «*[b]y definition the penalties imposed in settled cases will be below the optimal level for deterrence*» (cfr. A. NIKPAY, D. WATERS, *The Emerging Settlement Regime in the UK*, cit., 501). Dall'altro lato, si rileva tuttavia che «*[t]he streamlining of the procedure makes it possible for the Commission to handle more cases with the same resources, which increases overall deterrence*» (cfr. J.F. BELLIS, *General Overview of the EU Cartel Settlement Procedure*, cit., 2), ovvero più nel dettaglio che «*[t]he more the Commission is able to adopt decisions identifying cartel infringements, the higher the deterrence effect because more cartels in many sectors or concerning many products in the same sector can be scrutinised at the same time*» (cfr. F. LAINA, E. LAURINEN, *The EU Cartel Settlement Procedure*, cit., 302). Appare più difficile che l'istituto in discussione possa invece originare veri e propri casi di sovra-deterrenza, in cui cioè la Commissione finisce per perseguire casi poco solidi, e nell'ipotesi peggiore persino condotte lecite. Per quanto l'ipotesi appaia residuale, si osserva comunque che, sebbene «*lo scopo dichiarato di tale fase procedurale non [sia] quello di reperire nuove prove, bensì di discutere gli elementi già raccolti [...] può accadere che il quadro probatorio della Commissione sia composto da meri indizi e/o dichiarazioni frammentarie*», circostanza che può condurre tale istituzione a rivolgere «*alle parti l'invito a partecipare a discussioni transattive anche per superare le carenze probatorie*» (cfr. C. PESCE, *I nuovi strumenti di public enforcement*, cit., 187).

maggior numero di cartelli perseguiti grazie alle risorse liberate¹⁵¹⁵. A differenza che nel caso degli impegni, la funzione comprende prevalentemente elementi patrimoniali: è quindi più facile – provare a – effettuare il bilanciamento. Ciò che interessa è che il rapporto fra le due variabili non è lineare¹⁵¹⁶: più diminuisce la sanzione, maggiore è il delta percentuale di nuovi casi necessario a eguagliare la riduzione dell’efficacia deterrente. Ad esempio, se lo “sconto” concesso per la transazione è pari all’1% della sanzione altrimenti applicabile, è necessario perseguire almeno l’1% in più di cartelli orizzontali¹⁵¹⁷. Nell’ipotesi prevista dal reg. (CE) n. 622/2008, la percentuale di nuovi casi è di poco superiore all’11%¹⁵¹⁸. Ma se lo “sconto” sale al 50%, i nuovi casi devono arrivare almeno al 100% (*i.e.*, devono raddoppiare)¹⁵¹⁹.

Ai fini della deterrenza, tale circostanza può rilevare in una duplice prospettiva. In primo luogo, si è visto che i margini di trattativa impliciti alla procedura transattiva lasciano supporre che il beneficio complessivo per le imprese sia maggiore rispetto al 10% previsto dal reg. (CE) n. 622/2008¹⁵²⁰. L’effetto di tale maggiore (e non quantificabile) riduzione sui costi attesi delle imprese è positivo per la deterrenza del sistema solo se comporta un aumento dei casi trattati in percentuale tale da eguagliare il rapporto non lineare fra le due variabili. Ad esempio, se l’effettiva riduzione fosse (per ipotesi) pari al 20% della sanzione altrimenti applicabile, l’aumento dei casi perseguiti dalla Commissione dovrebbe passare dall’11% al 25%¹⁵²¹. In caso contrario, l’offerta di uno “sconto” superiore a quello previsto dal reg. (CE) n. 622/2008 finisce per aumentare gli incentivi delle imprese a colludere¹⁵²².

¹⁵¹⁵ Nel senso che «*any settlement reduction applied to the fine obviously implies reduced deterrence, which in turn could only be reinstated if the procedural economies permit redeployment of the freed resources to adopt additional enforcement decisions within any given time period*» (cfr. K. METHA, M.L. TIERNO CENTELLA, *EU Settlement Procedure*, cit., 420-421).

¹⁵¹⁶ Infatti, indicando (*i*) con “R” la riduzione della sanzione ottimale concessa in virtù della transazione, e (*ii*) con “A” l’aumento della percentuale dei casi scoperti grazie alle risorse liberate, la formula si esprime come segue: $A = R \cdot 100 / 100 - R$ (sul punto cfr. W.P.J. WILS, *The Use of Settlement in Public Antitrust Enforcement*, cit., 38).

¹⁵¹⁷ Premesso che $A = R \cdot 100 / 100 - R$, ne deriva che $A = 100 / 99$, e quindi che $A = 1,01\%$

¹⁵¹⁸ Premesso che $A = R \cdot 100 / 100 - R$, ne deriva che $A = 1000 / 90$, e quindi che $A = 11,11\%$

¹⁵¹⁹ Premesso che $A = R \cdot 100 / 100 - R$, ne deriva che $A = 5000 / 50$, e quindi che $A = 100\%$.

¹⁵²⁰ Ciò sembra del resto confermato dalla prassi. Premesso che «*[t]he 10 per cent fine reduction is widely seen as not much of a carrot*», si osserva infatti che «*there is also, and more than a few years ago, the expectation that settlement discussions allow for a more meaningful discussion with the commission staff than what would be possible in a standard procedure and that you have a higher likelihood to have these discussions affect the outcomes*»; in effetti, «*[i]f you compare the sometimes very high fines after a standard procedure with the fines imposed in a settlement procedure, many lawyers perceive the settlement option now as attractive – and I would say that is particularly so amongst those who have opted to go through the process*». O ancora, si dubita «*that settlement cases always end up with the same fine as cases resolved in a full procedure. I do have the impression that the dialogue with the commission in the months leading to a settlement is able to influence the scope and duration of the infringement. And certainly the dialogue on affected turnover ensures that fines are set by reference to sales volumes that are clearly impacted by the infringements*» (cfr. le opinioni espresse, rispettivamente, da M. Hansen e G. Van Gerven in D. VASCOTTI, *EU Cartel settlements: are they working?*, cit., 7).

¹⁵²¹ Premesso che $A = R \cdot 100 / 100 - R$, ne deriva che $A = 2000 / 80$, e quindi che $A = 25\%$. Analogamente, a riduzioni della sanzione pari (*i*) al 30%; (*ii*) al 40%; (*iii*) al 60%; (*iv*) al 70%; (*v*) all’80%; e (*vi*) al 90%, deve corrispondere un aumento dei casi perseguiti almeno pari (*i*) al 43%; (*ii*) al 67%; (*iii*) al 150%; (*iv*) al 233%; (*v*) al 400%; e (*vi*) al 900%.

¹⁵²² Infatti, solo «*a modest settlement reduction represents an enforcement cost that is well within the bounds of the additional number of cases that can be conducted with the resources that efficiencies make possible*» (cfr. K. METHA, M.L.

In secondo luogo, anche se la riduzione della sanzione in termini più ampi rispetto a quelli previsti dal reg. (CE) n. 622/2008 risultasse giustificata dall'aumento dei casi perseguiti nella misura appena segnalata, sarebbe necessario prendere in considerazione un secondo aspetto potenzialmente negativo ai fini della deterrenza complessiva del sistema. La questione riguarda il legame fra accordi transattivi e programmi di clemenza. Si è visto infatti che i due strumenti sono fra loro complementari. Da un lato, entrambi gli istituti premiano le imprese per la loro collaborazione, pur in termini diversi. Dall'altro lato, le procedure transattive sono legate ai programmi di clemenza da un nesso di causalità: grazie alla buona riuscita dei secondi, la Commissione si trova a dover gestire un numero di casi troppo elevato, e prova a rimediare mediante l'introduzione delle prime. In definitiva, il successo dell'uno dipende (anche) dal successo dell'altro¹⁵²³.

Tuttavia, vi sono casi in cui tale collegamento si interrompe. Un'ipotesi è appunto quella in cui gli accordi transattivi sono ricompensati con un beneficio troppo elevato. Tale circostanza altera gli incentivi delle imprese a partecipare al programma di clemenza. Se il vantaggio per la transazione si avvicina a quello concesso nel contesto della *leniency*, la strategia ottimale per le imprese diviene infatti quella di limitarsi a collaborare con la Commissione una volta che il cartello sia già stato scoperto, piuttosto che disvelarne l'esistenza¹⁵²⁴. La perdita di attrattività dei programmi di clemenza finisce per pregiudicare l'effetto deterrente dell'art. 101 TFUE, diminuendo le probabilità che i cartelli siano scoperti¹⁵²⁵.

TIERNO CENTELLA, *EU Settlement Procedure*, cit., 421). In questa sede è peraltro sufficiente segnalare la questione, i cui contorni sono ancora una volta più economici che giuridici. La sua risoluzione è invece estranea alle finalità del presente lavoro. Vale comunque la pena ricordare che dati recenti della Commissione suggeriscono che circa l'80% dei cartelli esistenti non viene scoperto (cfr. F. ILZKOVITZ, A. DIERX, *Ex post evaluation of competition policy enforcement. What can we learn from the literature and from the experience of Competition Authorities?*, in *Competition policy brief*, 4/2015, 1, spec. 3, dove, pur premesso che «[t]he probability of cartel detection is very difficult to determine, because non-detected cartels are by definition unobservable», si osserva che «researchers have come to the rough conclusion that up to four out of five cartels may remain undetected»).

¹⁵²³ Cfr. *supra* il capitolo 3, § 3.1.2.5. e § 3.3.3.2.

¹⁵²⁴ Pur riconoscendo che «where settlement incentives are not great enough to induce settlements and corporate cartel participants, and the attorneys that counsel them, determine that it is not in their interest to forego certain rights and settle», alcune autorità garanti della concorrenza «expressed a concern that if settlement incentives are too high, cartel participants will choose to utilize available settlement systems rather than leniency programs, and settlements would result in a negative effect on the leniency program» (cfr. INTERNATIONAL COMPETITION NETWORK – CARTEL WORKING GROUP, *Report to the International Competition Network Annual Conference*, Kyoto, aprile 2008, spec. 7). Analogamente, si osserva che «any reduction of fine awarded for settling with the Commission cannot come near the amount of the leniency discounts, so as not to interfere with the companies' incentives to cooperate with the Commission by providing evidence. A more generous reward would have a negative impact on the success of the leniency program as companies could find it preferable to settle with the Commission if the case is convincing, rather than help the Commission prove the case in the first place» (cfr. K. DEKEYSER, A. ROQUES, *The European Commission's settlement procedure*, cit., 831-832). Nello stesso senso si osserva che «[t]he reduction must be high enough to provide firms with incentive to come forward, but it cannot be so high that it would undermine deterrence or leniency» (cfr. ad esempio B. LASSERRE, F. ZIVY, *A Principled Approach to Settlements*, cit., 147). Pertanto, in concreto, si ritiene che «[t]he settlement reduction should not exceed 20%, in order not to interfere with the incentives to cooperate with the investigation by providing evidence under the Leniency Notice» (cfr. K. METHA, M.L. TIERNO CENTELLA, *EU Settlement Procedure*, cit., 414).

¹⁵²⁵ Infatti, si afferma che «if used excessively or in an ill-designed way, settlements could have a negative effect on competition regimes», proprio sulla base della constatazione secondo cui «settlement discounts, if significant, could reduce the incentives for companies to come forward for leniency», dato che (come già rilevato alla nota precedente) «potential

2.3 I rapporti fra procedure negoziate e terzo piano funzionale.

2.3.1 Premessa.

Si è visto che è irrealistico pensare che si riesca a garantire la piena osservanza delle regole antitrust, non fosse altro che alla luce dello sfavorevole rapporto fra i costi dell'attività di repressione e le risorse attribuite alla Commissione. L'ordinamento non può quindi limitarsi a cercare di dissuadere le condotte anticoncorrenziali delle imprese, ma deve anche preoccuparsi di gestire le conseguenze delle inevitabili violazioni che si verificheranno. Si è visto altresì che vi sono diverse modalità in cui tale funzione si può in concreto sviluppare. In primo luogo, ed è l'ipotesi principale, si può prendere in considerazione la posizione dei soggetti che subiscono un pregiudizio dalle condotte illecite, al fine di garantirne la compensazione. Il tema è affrontato nei prossimi paragrafi, dedicati appunto ai rapporti fra *private enforcement* e procedure negoziate.

Per completezza, ci si deve ora soffermare su una diversa prospettiva, cui si è già accennato¹⁵²⁶. La gestione degli effetti dei comportamenti illeciti (anche) antitrust può infatti avvenire anche in ottica c.d. retributiva. L'attenzione si concentra in questo caso sulla punizione del trasgressore mediante l'inflizione di un "male", che diviene l'obiettivo prioritario. La sanzione ha dunque natura afflittiva.

2.3.2 Impegni e accordi transattivi nella prospettiva della giustizia retributiva.

Il tema può essere peraltro affrontato in modo molto più conciso rispetto ai precedenti. I rapporti tra le procedure negoziate e il terzo piano funzionale appaiono infatti più facili da caratterizzare. Nel caso delle accordi transattivi, non vi è (semplicemente) alcuna interferenza. La diffusione di tale procedura negoziata non influenza la prospettiva punitiva tipica della procedura ordinaria. Restano infatti fermi sia l'accertamento della più grave forma di illecito antitrust, sia la componente sanzionatoria. Lo "sconto" accordato non sembra infatti influire su tale conclusione.

Più interessante (ma altrettanto chiara) è la prospettiva delle decisioni con impegni. In questo caso, viene infatti meno la natura afflittiva del procedimento¹⁵²⁷.

applicants may conclude that it is preferable not to apply for leniency in the expectations that a significant reduction in financial penalty would be available at a later stage in the process» (cfr. A. NIKPAY, D. WATERS, *The Emerging Settlement Regime in the UK*, cit., 501).

¹⁵²⁶ Cfr. *supra* il capitolo 1, § 5.

¹⁵²⁷ Si osserva infatti che «[a] seguito della presentazione degli impegni da parte delle imprese e del successivo accoglimento, la componente afflittiva rimane in un primo momento sospesa per poi sparire del tutto: ne deriva che, attraverso la decisione con cui rende obbligatorie tali promesse, l'Autorità prosegue nell'esercizio della sua funzione nella componente esecutiva» (cfr. G. DEMARTINI, *La definizione del procedimento antitrust*, cit., 925). In senso analogo, si conferma che «sembra oggi delinearsi una funzione nuova e diversa rispetto a quella puramente afflittiva o punitiva, che si sostanzia nel perseguimento dell'interesse pubblico attraverso la correzione del comportamento *contra legem* e la ricerca attiva della soluzione del problema che l'illecito possa aver causato» (cfr. V. MINERVINI, *Nuove prospettive della funzione sanzionatoria*, cit., 168).

Si è visto che l'art. 9 reg. (CE) n. 1/2003 sposta l'attenzione della Commissione dalla condotta (passata) dell'impresa al miglioramento della (futura) struttura del mercato¹⁵²⁸. Il *focus* è quindi sui rimedi¹⁵²⁹, e non sulla punizione delle imprese per un illecito che non viene del resto neanche accertato¹⁵³⁰. Anzi, si è detto che nel contesto degli impegni la questione principale diviene il rispetto degli obblighi negoziati fra le parti, piuttosto che l'osservanza degli artt. 101 e 102 TFUE, intesa in senso stretto¹⁵³¹. La prospettiva (quasi) contrattuale sfuma ulteriormente la natura (quasi) penale del diritto della concorrenza, rendendo ancora meno attuale la funzione punitiva¹⁵³².

3 I rapporti fra le tecniche alternative di applicazione pubblica della normativa antitrust e il *private enforcement*.

3.1 Premessa.

Si è visto che la diffusione delle soluzioni negoziate non rileva al solo fine della componente pubblica dei costi attesi dalle imprese per il caso di violazione delle regole di concorrenza. Le caratteristiche di impegni e accordi transattivi, e in particolare la loro natura "patteggiata", interferiscono infatti anche nella prospettiva dei rimedi privati. I margini di utilità di una decisione negoziata al fine di soddisfare l'onere della prova che incombe sui potenziali attori in sede civile sono infatti inferiori rispetto a quelli di una decisione di accertamento *ex art. 7* reg. (CE) n. 1/2003. La portata ridotta dell'istruttoria, la forma semplificata dei provvedimenti conclusivi, e (soprattutto) il mancato accertamento dell'illecito nel caso degli impegni rendono in effetti più complessa la proposizione di azioni di risarcimento, anche nella forma *c.d. follow on*, diminuendone pertanto le probabilità di successo.

La riduzione delle azioni di risarcimento ha due effetti principali sul sistema di applicazione (pubblica e privata) delle regole di concorrenza, che influiscono sia sulla posizione delle imprese trasgreditrici che su quella delle vittime. Da un lato, si è visto infatti che l'efficacia deterrente del sistema si riduce ulteriormente, incentivando

¹⁵²⁸ Infatti, la funzione principale delle decisioni con impegni «*is to enact a prospective and on-going process, intended at progressively meeting specifically stated competition concerns*» (cfr. P. MOULLET, *How should Undertakings Approach Commitment*, cit., 86).

¹⁵²⁹ Come già avvenuto negli Stati Uniti sulla scorta della diffusione dei *c.d. consent decree* (cfr. A. DOUGLAS MELAMED, *Antitrust: the New Regulation*, cit., 15), si afferma infatti che «*commitments have embodied a shift in the focus of EU antitrust enforcement from the wrong to the remedy*», e più nel dettaglio «*toward the negotiation of "effective remedies" to address concerns expressed succinctly by the Commission in what is known as a "preliminary assessment"*» (cfr. D.M.B. GERARD, *Negotiated remedies in the modernization era*, cit., 2).

¹⁵³⁰ Si osserva infatti che le decisioni con impegni «*do not correct the harm done in the past [and] also fail entirely to punish (through a fine, for instance) past anticompetitive conduct*» (cfr. N. PETIT, *New Challenges for 21st Century Competition Authorities*, cit., 5-6).

¹⁵³¹ In effetti, «*there is a strategic move to be observed from general compliance with competition law to mere compliance with agreed commitments. Article 9 dismisses the high stringency and quasi-criminal nature of competition law enforcements*» (cfr. P. MOULLET, *How should Undertakings Approach Commitment*, cit., 86).

¹⁵³² Infatti, l'art. 9 reg. (CE) n. 1/2003, cit., «*esprime una scelta politico-legislativa favorevole ad un modello di intervento amministrativo più che sanzionatorio-punitivo delle autorità antitrust, e nel quale le medesime esercitano una funzione di moral suasion più che di deterrenza*» (cfr. G. DEMARTINI, *La definizione del procedimento antitrust*, cit., 918).

la violazione degli artt. 101 e 102 TFUE¹⁵³³. Dall'altro lato, si pregiudica al tempo stesso la posizione dei soggetti che hanno subito un danno dalle condotte illecite, compromettendo la funzione compensativa del sistema repressivo.

Se ciò è vero in prima approssimazione, la questione appare in realtà più complessa. In primo luogo, le potenziali interferenze fra soluzioni negoziate e *private enforcement* vanno valutate nel contesto di tre diversi scenari, il cui elemento di discriminazione si basa sul dato temporale, e cioè sul rapporto che intercorre fra la condotta per cui si chiede il risarcimento e il contenuto della decisione della Commissione. Le azioni di risarcimento possono infatti riguardare condotte (i) anteriori al periodo preso in considerazione dalla decisione, (ii) rientranti nel periodo coperto dal provvedimento, ovvero infine (iii) a questo successive¹⁵³⁴. In secondo luogo, va considerato che la nozione di *private enforcement* non si limita alle sole azioni di risarcimento del danno, ma comprende piuttosto tutte le azioni instaurate dai privati innanzi alle giurisdizioni nazionali per vedere tutelati i diritti ad essi riconosciuti dalla normativa antitrust dell'Unione, anche in via cautelare. Infine, occorre valutare se la natura negoziale di impegni e accordi transattivi, oltre a essere causa della maggior parte delle problematiche cui si accennerà, possa fornire anche lo spunto per immaginare delle possibili soluzioni. Ad esempio, l'abbandono del modello di stampo pubblicistico fondato sul carattere autoritativo dell'attività della Commissione a favore delle procedure basate sul consenso delle imprese consente di ipotizzare meccanismi che, oltre a difendere l'interesse pubblico alla concorrenzialità dei mercati, siano finalizzati anche a una tutela più effettiva dei privati vittime di un illecito concorrenziale, ad esempio secondo il modello dei c.d. *cy pres remedy*.

Ciascuna ipotesi riguarda sia gli impegni che gli accordi transattivi. Tuttavia, le questioni più interessanti riguardano ancora una volta la prima soluzione negoziata, su cui si concentrerà quindi l'attenzione.

3.2 Le azioni dinanzi ai giudici nazionali nei confronti di condotte anteriori al periodo oggetto della decisione della Commissione.

La scelta di trattare l'ipotesi in cui l'azione di risarcimento riguarda una condotta anteriore al periodo preso in considerazione nel contesto di una decisione con impegni o di un accordo transattivo può apparire per certi versi superflua. A prima vista, non sembra infatti che vi siano particolari differenze rispetto al caso in cui l'azione di risarcimento sia proposta con riguardo a una fattispecie anteriore a

¹⁵³³ E in effetti, si osserva che «[t]he Commission's preferred solution should ideally be determined by the goal of maximizing overall deterrence. Probably, in the Commission's view, imposing a lower fine, as price for obtaining a guilty plea, could be justified if the guilty plea makes private litigation more likely and if litigation would lead to damage awards that exceed the amount of the fine reduction granted in the settlements» (cfr. M. SIRAGUSA, E. GUERRI, *Antitrust Settlements under EC Competition Law*, cit., 200).

¹⁵³⁴ Tale divisione si spira almeno in parte a quella proposta con riguardo alle decisioni con impegni da M. SOUSA FERRO, *Committing to Commitment Decisions – Unanswered Questions on Article 9 Decisions*, in *European Competition Law Review*, 2005, 451, spec. 453-454.

quella oggetto di una decisione di accertamento. Si tratta in entrambi i casi di una “normale” causa c.d. *stand alone*, con le difficoltà che si sono già individuate¹⁵³⁵. È infatti difficile immaginare che i danneggiati possano avvantaggiarsi a fini probatori di provvedimenti che riguardano condotte e circostanze successive, a prescindere dal fatto che questi siano resi ai sensi dell’art. 7 reg. (CE) n. 1/2003, piuttosto che al termine di una procedura negoziata. Fra le altre cose, le parti devono quindi dimostrare dinnanzi al giudice nazionale l’esistenza dell’illecito, il danno subito, e il nesso di causalità. Sempre che, trattandosi (presumibilmente) di condotte piuttosto risalenti, non operi già la prescrizione, pur tenuto conto dell’art. 10 dir. n. 2014/104/UE.

Quanto sopra è generalmente vero e va in larga parte condiviso¹⁵³⁶. Una differenza fra le due ipotesi sembra tuttavia sussistere. Il punto di partenza è ancora una volta rappresentato dalla natura negoziale di impegni e accordi transattivi: o meglio, dai riflessi che tale circostanza può esercitare sul contenuto finale dei provvedimenti “patteggiati” e sulle differenze fra questi e le decisioni adottate al termine della procedura ordinaria. Si devono in particolare valutare le ragioni e i criteri in base ai quali la Commissione determina la portata temporale degli illeciti (o delle condotte che danno luogo a preoccupazioni) nelle diverse tipologie di decisioni di cui si discute.

Nel caso di una decisione ordinaria, la Commissione è tenuta ad accertare l’esistenza di un illecito nel modo più accurato possibile, anche a causa della probabile impugnazione da parte delle imprese. L’accertamento della violazione comprende anche la puntuale definizione della sua portata temporale. Se una decisione *ex art. 7* reg. (CE) n. 1/2003 fissa il momento iniziale di una condotta illecita in una determinata data significa che è la stessa Commissione a ritenere che nel periodo antecedente l’illecito non sussisteva, o comunque non può essere provato. Nell’ipotesi contraria, la durata della violazione sarebbe semplicemente estesa anche al periodo precedente. *Tertium non datur*: nelle procedure ordinarie non vi è infatti alcuna ragione per cui la Commissione dovrebbe escludere dall’accertamento una determinata componente dell’illecito (dal punto di vista temporale, ma anche geografico) che ritiene in realtà verificatasi. L’unico obiettivo è infatti quello di ordinare la cessazione dell’illecito ed (eventualmente) imporre una sanzione. Maggiore è la durata dell’illecito accertata, maggiore sarà l’entità della sanzione; e più alta è la sanzione, maggiori sono i benefici che ne trae la Commissione, sia nella prospettiva della funzione deterrente, sia (e forse soprattutto) nell’ottica della sua *accountability* verso il mondo esterno: il

¹⁵³⁵ Ad esempio, cfr. la posizione espressa da Cass. 4 giugno 2015, n. 11564, cit., § 3.3 (su cui v. *supra* la nota 580, nel capitolo 2, § 3.6.).

¹⁵³⁶ In effetti, i pochi contributi che prendono in considerazione tale ipotesi confermano tale prospettiva, specie con riguardo alle decisioni con impegni: si osserva infatti che «*general rules apply*» nel caso in cui l’azione di risarcimento sia volta ad ottenere «[c]ompensation for unlawful behaviour prior to the period analysed by the Commission’s Art. 27(4) Notice», cosicché «[t]he company claiming compensation will have to prove: (i) that the behaviour of the undertaking was illegal; (ii) that the behaviour caused loss to it; and (iii) the amount of that loss» (cfr. ad esempio M. SOUSA FERRO, *Committing to Commitment Decisions*, cit., 453).

“pubblico” sarà infatti favorevolmente impressionato da sanzioni sempre più elevate, con effetti positivi sull’immagine della Commissione quale autorità capace di compiere la missione affidatale. Anche gli incentivi della Commissione confermano pertanto che l’ipotesi che questa scelga di non includere un determinato periodo (o mercato) nell’accertamento dell’illecito non sembra verosimile.

La situazione cambia nel contesto di impegni e accordi transattivi per le ragioni che si sono già ricordate¹⁵³⁷. In sintesi, nel caso degli impegni, l’attenzione della Commissione si rivolge al futuro piuttosto che al passato, e cioè sulla definizione dei rimedi piuttosto che verso la condotta delle imprese, che viene quindi esaminata e descritta in modo poco dettagliato. Dal punto di vista della Commissione, poco importa che il momento iniziale della pratica oggetto di istruttoria sia individuato con precisione. La ridotta operatività del principio di proporzionalità e il limitato controllo di Tribunale e Corte di giustizia allentano infatti il legame fra condotta e rimedi: una minore durata non obbliga pertanto la Commissione a ridurre l’intensità dei rimedi resi obbligatori (come invece una minore durata obbligherebbe la Commissione a ridurre la sanzione irrogata). Le imprese hanno inoltre uno specifico interesse a che la decisione copra un periodo inferiore, per ridurre la (già limitata¹⁵³⁸) utilità che i danneggiati possono trarne in sede civile. La Commissione può quindi utilizzare il parametro della portata temporale della condotta, e il relativo beneficio circa il *private enforcement*, per incentivare l’accettazione (*rectius*, la proposta) di impegni più incisivi di quelli cui le imprese sarebbero altrimenti disposte.

Nel caso delle transazioni, analogamente, la durata dell’illecito può rappresentare uno degli elementi più significativi su cui si verificano quelle trattative “implicite” fra imprese e Commissione che possono portare a una riduzione della sanzione oltre il limite del 10% previsto dal reg. (CE) n. 622/2008. Ferma la (formale) non negoziabilità circa l’esistenza dell’infrazione e l’entità della sanzione, si è visto che la prassi sembra suggerire una diversa realtà: è infatti difficile credere che questi e altri aspetti non vengano discussi durante il “patteggiamento”¹⁵³⁹. Le trattative all’ombra della procedura sembrano svolgersi in modo (almeno in parte) differente rispetto a quanto previsto dal reg. (CE) n. 622/2008: gli «*elementi essenziali*»¹⁵⁴⁰ degli addebiti sembrano in altri termini essere “aggiustati” per raggiungere una forcella sanzionatoria che sia soddisfacente tanto per la Commissione quanto per le imprese.

Individuata la possibile forcella, la Commissione non ha particolare interesse agli aspetti formali della sua definizione: ad esempio, anche alla luce delle limitate probabilità che la decisione sia impugnata¹⁵⁴¹, non vi sono differenze se l’ammontare

¹⁵³⁷ Cfr. *supra* il capitolo 3, § 3.2. e il capitolo 4, §§ 2.1.2.-2.1.3.

¹⁵³⁸ Sul punto cfr. *infra* il capitolo 4, § 3.3.3.

¹⁵³⁹ Cfr. *supra* il capitolo 3, § 3.2.3.

¹⁵⁴⁰ E cioè «*i fatti contestati, la loro classificazione, la gravità e la durata del presunto cartello, l'imputazione della responsabilità, una stima della di forcella delle ammende applicabili*» (cfr. com. n. 2008/C 167/01, cit., § 16).

¹⁵⁴¹ E comunque, nell’unica occasione in cui la giurisprudenza ha avuto modo di occuparsi della questione, si è visto che il Tribunale sembra aver ridotto il legame fra il procedimento amministrativo di

prescelto viene raggiunto grazie all'aumento o alla riduzione del valore delle vendite cui l'infrazione si riferisce¹⁵⁴², piuttosto che in virtù dell'applicazione di un più o meno ampio moltiplicatore per la gravità dell'infrazione¹⁵⁴³. Al contrario, le imprese hanno uno specifico interesse alle modalità mediante cui il bilanciamento fra gli elementi essenziali degli addebiti viene in concreto effettuato. Pur lasciando invariata l'entità complessiva della sanzione pubblica, alcune delle voci possono infatti influenzare più di altre la probabilità di subire future azioni di risarcimento del danno, aumentando quindi i costi attesi dall'infrazione e dalla partecipazione alla procedura transattiva¹⁵⁴⁴.

Le due ipotesi principali sono rappresentate (appunto) dalla portata temporale e geografica dell'illecito: se la decisione esclude dall'accertamento determinati periodi o mercati, l'effetto è quello di proteggere le imprese parti dal cartello dalla possibilità di azioni c.d. *follow on* con riguardo, appunto, a tali periodi e mercati. Viceversa, un elemento come la c.d. *entry fee*¹⁵⁴⁵ può essere aumentato per raggiungere la forcella sanzionatoria desiderata senza alcun riflesso sul *private enforcement*. La Commissione può pertanto utilizzare la definizione della portata temporale dell'illecito quale "moneta di scambio" per stimolare l'ammissione di colpevolezza da parte delle imprese, senza "sforare" il limite formale del 10% della sanzione altrimenti applicabile. L'effetto incentivante per le imprese ne esce infatti moltiplicato: alla riduzione della parte pubblica dei costi attesi, si accompagna la riduzione delle successive azioni di risarcimento.

In definitiva, a differenza che nelle procedure ordinarie, la natura negoziale di impegni e accordi transattivi fa sì che la Commissione possa avere più di una ragione per decidere di escludere dall'accertamento una parte dell'illecito (o della pratica che solleva preoccupazioni), e in particolare il periodo più risalente. E ciò anche se ritiene la violazione in realtà esistente, e persino se è convinta di poterne provare l'esistenza. Quanto sopra rende opportune due brevi osservazioni conclusive circa i rapporti con il *private enforcement*.

Da un lato, tali considerazioni non influiscono sull'efficacia probatoria della decisione (con impegni o transattiva) nel corso di un eventuale giudizio civile. È sufficiente ribadire che i provvedimenti riguardano fatti successivi a quelli per cui si agisce dinnanzi ai giudici nazionali: le parti non possono pertanto trarre elementi di prova direttamente dalle decisioni, semplicemente perché le condotte non ne sono coperte. Tale conclusione non può essere rimessa in discussione dalle motivazioni per cui la Commissione decide di limitare l'accertamento a un periodo, piuttosto che a un

transazione e l'eventuale giudizio (causa T-456/10, *Timab*, cit.).

¹⁵⁴² Cfr. Orientamenti per il calcolo delle ammende, cit., § 13.

¹⁵⁴³ Cfr. Orientamenti per il calcolo delle ammende, cit., §§ 19-23.

¹⁵⁴⁴ Si osserva ad esempio che «*a defendant might prefer a settlement which covers a shorter period of time, and to secure this from the Commission it might be willing to pay a relatively higher fine. This could be the defendant's preferred outcome if admitting guilt for a shorter period would reduce exposure to private liability, and if the reduced liability would outweigh the higher fine under the settlements*» (cfr. M. SIRAGUSA, E. GUERRI, *Antitrust Settlements under EC Competition Law*, cit., 200).

¹⁵⁴⁵ Cfr. Orientamenti per il calcolo delle ammende, cit., § 25.

altro. Il fatto che la Commissione possa essere incentivata a limitare la portata temporale dell'illecito rispetto alle sue reali convinzioni, nell'ottica del "patteggiamento", può quindi avere effetti pregiudizievoli sui terzi che dalla violazione degli artt. 101 e 102 TFUE subiscono un pregiudizio.

Dall'altro lato, si può tuttavia valutare se questi effetti negativi possano essere almeno attenuati sulla scorta di altre considerazioni, anche alla luce di quanto previsto dalla dir. n. 2014/104/UE. Il riferimento è alla possibilità di chiedere l'accesso al fascicolo istruttorio della Commissione per ottenere informazioni relative al periodo precedente a quello coperto dal provvedimento finale. Per accedere al fascicolo, i terzi devono motivare la richiesta proposta al giudice nazionale sulla base di «*fatti e prove ragionevolmente disponibili*», dimostrando la «*plausibilità della domanda*», e chiedendo di accedere a «*rilevanti categorie di prove definit[e] nel modo più preciso e circoscritto possibile*»¹⁵⁴⁶. Se l'azione pubblica si sviluppa nelle forme ordinarie, è inverosimile che i potenziali attori riescano a rispettare i requisiti della plausibilità e della rilevanza delle prove ricercate. Si è visto infatti che la Commissione non ha incentivi per escludere dall'accertamento una determinata fase dell'illecito. Il momento iniziale della violazione individuato in una decisione *ex art. 7 reg. (CE) n. 1/2003* esclude quindi (almeno nei limiti della plausibilità) che nel periodo antecedente si sia verificato un illecito, o quantomeno che la Commissione fosse convinta di poterne dimostrare l'esistenza. L'accesso sarebbe quindi in ogni caso inutile: le parti non potrebbero infatti trovare prove rilevanti ai fini dell'azione di risarcimento.

La prospettiva cambia (almeno in parte¹⁵⁴⁷) se l'azione pubblica si sviluppa nelle forme negoziate, e cioè mediante impegni e accordi transattivi. Attesa la possibilità che la durata della pratica oggetto di istruttoria rappresenti uno degli elementi su cui si sviluppa (in modo esplicito ovvero implicito) il "patteggiamento", non si può più escludere (sempre nei limiti della plausibilità) che la Commissione sia in possesso di informazioni rilevanti ai fini di un'azione di risarcimento relativa a fatti anteriori a quelli presi formalmente in considerazione dalla decisione finale. I potenziali attori hanno quindi margini più ampi per provare a convincere il giudice nazionale a disporre l'accesso ai sensi dell'art. 5(1) dir. n. 2014/104/UE.

3.3 Le azioni dinnanzi ai giudici nazionali nei confronti di condotte coperte dal periodo oggetto della decisione della Commissione.

3.3.1 L'(ovvia) assenza di effetti preclusivi delle soluzioni negoziate rispetto alle azioni di risarcimento.

¹⁵⁴⁶ Cfr. art. 5(1)(2) dir. n. 2014/104/UE, cit.

¹⁵⁴⁷ Come si vedrà (cfr. *infra* l capitolo 4, § 3.3.3.) l'accesso al fascicolo, specie nel caso delle decisioni con impegni, può in ogni caso non essere risolutivo. La natura "patteggiata" e le ridotte probabilità che la decisione sia impugnata limitano infatti la necessità di svolgere una istruttoria particolarmente approfondita con riguardo alla condotta delle imprese, anche considerato che l'attenzione della Commissione si concentra sull'elaborazione dei rimedi per il futuro.

Come si diceva, la rilevanza pratica dell'ipotesi discussa nel paragrafo precedente può apparire per certi versi residuale. La prospettiva cambia in modo radicale se si volge l'attenzione ai casi in cui l'azione di risarcimento viene proposta con riferimento a fatti e circostanze già esaminati dalla Commissione in una decisione "patteggiata". Questo è infatti lo scenario principale in cui si sviluppa la dialettica dei rapporti fra soluzioni negoziate e *private enforcement*, e rappresenta quindi il tema di gran lunga più trattato.

La questione va esaminata da diverse prospettive. In via preliminare, si deve (ovviamente) escludere che il "patteggiamento" fra Commissione e imprese possa avere effetti preclusivi rispetto all'avvio di azioni di risarcimento. Ciò è vero sia per gli accordi transattivi che per le decisioni con impegni. Quanto alla prima categoria di provvedimenti, tale conclusione viene talvolta messa in dubbio sulla base degli incentivi delle imprese¹⁵⁴⁸. Al pari dei programmi di clemenza, il successo dell'istituto dipende infatti dalla possibilità di prevedere il costo totale della (potenziale) partecipazione¹⁵⁴⁹. Come detto, i costi attesi dalle imprese comprendono sia le sanzioni pubbliche che gli eventuali risarcimenti. Si può quindi sviluppare una tensione fra procedure transattive e *private enforcement*: più quest'ultimo è efficiente, minore è l'interesse delle imprese ad ammettere di aver partecipato a un cartello, o comunque a rinunciare alla fase contenziosa. Il beneficio di cui al reg. (CE) n. 622/2008 può infatti essere ridotto (e in ipotesi annullato) dalla successiva esposizione alle azioni di risarcimento. Non solo perché l'impresa si espone ad azioni (pubbliche e private) in altre giurisdizioni, ma anche perché la transazione (e la mancata impugnazione) riduce lo scarto temporale fra la decisione della Commissione e l'avvio delle azioni di risarcimento¹⁵⁵⁰. Salvo particolari congiunture relative ai tassi di interesse, il valore assoluto di un pagamento atteso è direttamente proporzionale alla vicinanza della data prevista per la sua regolazione. Attesa la natura solidale della responsabilità da illecito antitrust, le imprese sono inoltre tenute a risarcire il danno cagionato dal cartello «nella sua integralità»¹⁵⁵¹. La somma può risultare piuttosto consistente: è sufficiente ricordare la risarcibilità dei danni che derivano dal c.d. effetto

¹⁵⁴⁸ Sul punto v. *supra* il capitolo 3, § 3.2.3. Vale la pena ribadire che «il riconoscimento di responsabilità nella commissione dell'infrazione e il valore vincolante che la decisione della Commissione può avere nei confronti dei giudici nazionali, sono elementi che debbono essere attentamente valutati dall'impresa che si accinge a scegliere se aderire o meno al settlement» (cfr. S. D'ALBERTI, *Le decisioni con settlement*, cit., 393).

¹⁵⁴⁹ Per tutti, cfr. R. GAMBLE, *Speaking (formally) with the enemy*, cit., 453.

¹⁵⁵⁰ Si osserva infatti che «companies should take into account that reaching a settlement implies that the decision will be released earlier into the public domain» (cfr. A. ORTEGA GONZALEZ, *The cartel settlement in practice*, cit., 175). E ciò perché «[s]ettlements may affect firms' exposure to private litigation by accelerating the initiation of such actions, and by making them more likely» (cfr. A. ASCIONE, M. MOTTA, *Settlements in Cartel Cases*, cit., 75). O ancora, si afferma che uno dei principali effetti collaterali della procedura transattiva è rappresentato dall'impatto «on private litigation and in particular on the timing of such litigation going forward», tanto che «[w]ith the European courts becoming more active in scrutinising cartel decisions, some firms may be willing to take their chance in Luxembourg» (cfr. l'opinione espressa da M. Hansen in D. VASCOTT, *EU Cartel settlements: are they working?*, cit., 7).

¹⁵⁵¹ Cfr. art. 11 dir. n. 2014/104/UE, cit. L'unica (e parziale) eccezione a tale principio è infatti prevista dalla medesima disposizione in favore delle imprese beneficiarie dell'immunità.

del prezzo di protezione, e cioè i c.d. *umbrella damages*¹⁵⁵². Il rischio di dover anticipare quanto dovuto dai propri “complici” (e futuri concorrenti) non incentiva il “patteggiamento”. La prospettiva peggiora ulteriormente in caso di procedura c.d. ibrida, nonché di impugnazione della decisione transattiva da parte di uno dei destinatari¹⁵⁵³. L’impresa può infatti recuperare le somme (eventualmente) anticipate a titolo di risarcimento solo quando il ricorrente abbia esaurito i rimedi a sua disposizione, e sempre che questo non abbia successo dinnanzi a Tribunale e Corte di giustizia¹⁵⁵⁴.

Quanto sopra conferma che la protezione dell’attrattività e dell’efficacia dei programmi transattivi richiede la predisposizione di qualche forma di tutela, rispetto alle successive azioni di risarcimento, per le imprese che vi prendono parte. In ipotesi, la tutela potrebbe spingersi fino alla piena immunità: l’avvenuta transazione osterebbe in questo caso al risarcimento. L’autorità pubblica manterrebbe il “monopolio” nella fissazione sia dei costi attesi dall’illecito, sia dei benefici concessi per il “patteggiamento”. Per quanto positivo sotto il profilo dell’efficienza, tale scenario pregiudicherebbe in modo irrimediabile la funzione compensativa del sistema applicativo delle regole di concorrenza. Non stupisce che l’ordinamento dell’Unione segua quindi una diversa impostazione. Si è visto infatti che gli accordi transattivi non determinano alcuna preclusione rispetto alle successive azioni di risarcimento. L’ipotesi appare del resto poco sostenibile, anche alla luce delle caratteristiche dell’istituto. Al pari delle decisioni “ordinarie”, gli accordi transattivi accertano infatti l’esistenza del cartello e il coinvolgimento delle imprese: tanto che entrambi i provvedimenti hanno base giuridica negli artt. 7 e 23 reg. (CE) n. 1/2003 e sono vincolanti per i giudici nazionali ai sensi dell’art. 16(1) reg. (CE) n. 1/2003¹⁵⁵⁵. L’unica differenza rispetto alle decisioni “ordinarie” è la natura confessoria della transazione, cui si accompagna il relativo “beneficio” concesso dalla Commissione. Elementi che non giustificano l’ipotesi dell’immunità delle imprese dalla responsabilità civile, e appaiono anzi con questa incompatibili.

La tutela immaginata ha quindi portata più ridotta e riguarda specifici aspetti dell’interazione fra *public* e *private enforcement*. Ad esempio, anche in virtù del legame che lega transazioni e programmi di clemenza¹⁵⁵⁶, si predispone una disciplina comune con riguardo all’accesso dei terzi ai più importanti documenti relativi ai due istituti premiali contenuti nel fascicolo istruttorio della Commissione (e delle ANC): ai giudici

¹⁵⁵² Cfr. causa C-557/12, *Kone*, cit. Per alcuni riferimenti v. *supra* la nota 462, nel capitolo 2, § 3.2.

¹⁵⁵³ Si è visto che il ricorso proposto in causa T-98/14, *Société Générale*, cit., conferma che, per quanto remota, l’ipotesi non è di scuola.

¹⁵⁵⁴ Pur nel contesto dei programmi di clemenza, tale possibilità è ben evidenziata da un recente caso deciso dalla Corte Suprema del regno unito (cfr. *Deutsche Bahn AG and others v Morgan Advanced Materials Plc* [2014] UKSC 24).

¹⁵⁵⁵ Ed eventualmente anche ai sensi dell’art. 9 dir. n. 2014/104/UE, cit.

¹⁵⁵⁶ Cfr. *supra* il capitolo 3, § 3.1.2.5. e § 3.3.3.2..

nazionali è infatti vietato di ordinare tanto la divulgazione (e l'uso¹⁵⁵⁷) delle «dichiarazioni legate a un programma di clemenza», quanto delle «proposte di transazione» raccolte dalla Commissione¹⁵⁵⁸. In entrambi i casi, il bilanciamento di interessi fra applicazione pubblica e privata delle regole antitrust è quindi effettuato in via preventiva (e rigida) dal legislatore dell'Unione. Con qualche dubbio circa la piena compatibilità di tale scelta con quanto affermato sul punto dalla Corte di giustizia, sebbene a riguardo delle normative nazionali¹⁵⁵⁹. O ancora, si cerca di risolvere le questioni relative alla natura solidale della responsabilità da illecito antitrust e alla tempistica dei procedimenti transattivi. Da un lato, si vieta infatti la divulgazione (e l'uso¹⁵⁶⁰) delle «proposte di transazione che sono state ritirate» fino a che la Commissione abbia terminato il relativo procedimento pubblico¹⁵⁶¹. Dall'altro lato, e soprattutto, la prassi suggerisce che la Commissione tende a non pubblicare le decisioni che recepiscono un accordo transattivo fino a che siano stati conclusi anche gli eventuali procedimenti avviati nei confronti delle imprese parti del cartello che non partecipano alla transazione, ovvero l'eventuale fase contenziosa.

Come si diceva, le considerazioni svolte in merito all'assenza di effetti preclusivi valgono anche nel quadro dei rapporti fra decisioni con impegni e azioni di risarcimento. Si possono ad esempio traslare le osservazioni relative agli incentivi delle imprese e quindi alla salvaguardia dell'attrattiva pratica dell'istituto¹⁵⁶². La questione merita tuttavia un breve approfondimento. Si è visto infatti che l'accettazione degli impegni corrisponde a un'attestazione della Commissione in merito alla sopravvenuta superfluità dell'intervento a tutela della concorrenza inizialmente immaginato: i rimedi predisposti rendono in altri termini obsolete le preoccupazioni descritte nella valutazione preliminare.

La portata vincolante di tali affermazioni può essere oggetto di diverse interpretazioni. Pur nei limiti di cui all'art. 9(2) reg. (CE) n. 1/2003¹⁵⁶³, la Commissione ne è certamente vincolata, anche al fine di non compromettere il legittimo affidamento delle imprese. Tuttavia, si potrebbe sostenere che l'accettazione

¹⁵⁵⁷ L'art. 7(1) dir. n. 2014/104/UE, cit., prevede infatti l'inammissibilità nei giudizi di risarcimento sia delle dichiarazioni legate a un programma di clemenza, che delle proposte di transazione.

¹⁵⁵⁸ Cfr. art. 6(6) dir. n. 2014/104/UE, cit.

¹⁵⁵⁹ Cfr. causa C-536/11, *Donau Chemie*, cit. Sul punto v. comunque *supra* il testo relativo alle note 615-618, nel capitolo 2, § 3.7.

¹⁵⁶⁰ Cfr. art. 7(2) n. 2014/104/UE, cit.

¹⁵⁶¹ Cfr. art. 6(5) dir. n. 2014/104/UE, cit.

¹⁵⁶² Anche se, in realtà, purché lo strumento degli impegni «sia effettivamente utilizzato in quel territorio di mezzo tra i casi in cui si sia in presenza di fattispecie sanzionabili e quelli in cui non vi sia una violazione», si osserva che la possibilità che le imprese che patteggiano subiscano azioni c.d. *follow-on* non sembra «comportare un significativo pregiudizio all'attività di public enforcement»; infatti, le possibili ripercussioni economiche in sede civile rende «svantaggioso per l'impresa presentare impegni nei casi in cui sia convinta della legittimità della propria condotta, ciò che appare in linea con l'interesse pubblico alla chiusura dell'istruttoria senza alcun formale accertamento in mancanza di prove certe sull'esistenza di un'infrazione» (cfr. A. PERA, G. CODACCI PISANELLI, *Decisioni con impegni e private enforcement*, cit., 88).

¹⁵⁶³ Infatti, «Article 9(2) takes account of the legitimate expectation of the addressees by limiting the circumstances in which the Commission can act to their detriment by reopening its proceedings» (cfr. E. DE SMIJTER, A. SINCLAIR, *The Enforcement System under Regulation 1/2003*, cit., 134).

degli impegni renda superflui (e quindi impedisca) anche interventi ulteriori di ANC e giudici nazionali. L'ipotesi non è del tutto peregrina, e viene in effetti proposta dalla stessa Commissione, che pare suggerire l'esistenza di una sorta di *vis* espansiva degli effetti delle decisioni con impegni nella prospettiva geografica¹⁵⁶⁴. L'impossibilità per i giudici nazionali di concedere un risarcimento per condotte già coperte da una decisione con impegni potrebbe inoltre derivare sia dall'art. 16(1) reg. (CE) n. 1/2003, che dall'art. 4(3) TFUE: il primo, proibisce l'adozione di decisioni contrastanti con quelle della Commissione; il secondo, sancisce il più generale principio di leale cooperazione¹⁵⁶⁵. Gli impegni chiudono il procedimento senza alcuna pronuncia sul merito delle ipotesi formulate nel provvedimento di apertura dell'istruttoria; il risarcimento presuppone invece che una violazione sia accertata: si potrebbe allora ritenere che la sentenza civile che lo riconosca si ponga in contrasto con la c.d. «parte operativa»¹⁵⁶⁶ di quella adottata dalla Commissione ai sensi dell'art. 9 reg. (CE) n. 1/2003.

Come anticipato, la questione va risolta in senso opposto¹⁵⁶⁷. L'adozione di una decisione con impegni non attribuisce infatti alla Commissione una competenza esclusiva a occuparsi della pratica oggetto di istruttoria¹⁵⁶⁸. Con riguardo alle attività delle ANC, tale principio è stato del resto confermato anche dalla giurisprudenza¹⁵⁶⁹.

¹⁵⁶⁴ Quantomeno con riguardo all'attività delle ANC: si afferma infatti che le decisioni con impegni «address the competition concerns in such a way that a parallel enforcement action by the national competition authorities within the territorial coverage of the Commission decision should in principle not be needed» (cfr. lo Staff working paper della Commissione del 29 aprile 2009, *accompanying the communication from the Commission to the European Parliament and Council, report on the functioning of regulation 1/2003*, SEC(2009) 574, §§ 106-108; sul punto v. anche E. DE SMIJTER, A. SINCLAIR, *The Enforcement System under Regulation 1/2003*, cit., 129).

¹⁵⁶⁵ Pur con riguardo alle attività delle ANC (e non dei giudici nazionali), tali ipotesi sono sollevate e – correttamente – risolte in senso negativo da W.P.J. WILS, *Efficiency and Justice*, cit., 43, dove si afferma che «the fact that the Commission has closed its proceedings through a commitment decision does not in any way prevent a national competition authority from finding that the past conduct of the addressees of the commitment decision (before the commitments were complied with) constituted an infringement of Article [101 or 102 TFUE], and possibly also imposing a fine for this infringement. The finding of an infringement and the imposition of a fine by a national competition authority would not “run counter” to the Commission decision within the meaning of Article 16(2) of Regulation 1/2003, nor go against Article 10 EC, because it would not in any way undermine the full effect of (the operative part of) the commitment decision».

¹⁵⁶⁶ Il riferimento alla c.d. «parte operativa» degli impegni è già contenuta nel parere richiesto, ai sensi dell'art. 15(1) reg. (CE) n. 1/2003, cit., dal Tribunale del commercio di Barcellona («*Juzgado de lo Mercantil de Barcelona*») alla Commissione nel contesto di un'azione civile in cui entrava in gioco la decisione della Commissione resa in COMP/B-1/38.348 – *Repsol CPP*, cit.

¹⁵⁶⁷ Del resto, non è un caso che le decisioni con impegni non siano incluse fra i provvedimenti cui i giudici nazionali si devono attenere ai sensi dell'art. 16 del reg. (CE) n. 1/2003, cit., (cfr. A. ADINOLFI, *Art. 16 Reg. 1/2003*, in A. ADINOLFI, S. AMADEO, L. DANIELE, B. NASCIBENE, *L'applicazione del diritto comunitario della concorrenza*, Milano, 2007, 189, spec. 195).

¹⁵⁶⁸ Nel senso che, da un lato, «[l]e decisioni concernenti gli impegni non pregiudicano la facoltà delle autorità garanti della concorrenza e delle giurisdizioni degli Stati membri di procedere a detto accertamento e di prendere una decisione» e, dall'altro lato, «[l]e decisioni d'impegno adottate dalla Commissione lasciano impregiudicato il potere delle giurisdizioni e delle autorità garanti della concorrenza degli Stati membri di applicare gli articoli [101] e [102] del trattato» (cfr., rispettivamente, considerando n. 13 e n. 22 reg. (CE) n. 1/2003, cit.).

¹⁵⁶⁹ Infatti, anche se «l'articolo 11, paragrafo 6, [del reg. (CE) n. 1/2003, cit.] prevede, segnatamente, che l'avvio, da parte della Commissione di un procedimento ai fini dell'adozione di una decisione che constati un'infrazione e ordini la sua cessazione in forza dell'articolo 7 di tale regolamento o di un procedimento ai fini dell'adozione di una decisione che renda obbligatori impegni ai sensi dell'articolo 9 del regolamento in parola, ha per conseguenza l'abbandono da parte delle autorità di concorrenza degli Stati membri della loro competenza ad applicare gli articoli 101 TFUE e 102 TFUE [...] non si può dedurre

Ma l'osservazione va estesa anche ai giudici nazionali¹⁵⁷⁰, che rimangono pertanto pienamente competenti a garantire l'effettività dei diritti soggettivi che derivano per i singoli dagli artt. 101 e 102 TFUE. Al pari degli accordi transattivi, anche la chiusura del procedimento per mezzo di una decisione con impegni non garantisce quindi alle imprese alcuna immunità sul piano civilistico¹⁵⁷¹, lasciando (sulla carta) impregiudicata la funzione compensativa.

3.3.2 Gli (asseriti) effetti positivi di impegni e accordi transattivi sulle azioni di risarcimento e quelli (probabilmente positivi) sulle misure cautelari.

Il fatto che impegni e accordi transattivi non ostino di diritto alle azioni di risarcimento del danno non significa che la loro diffusione non possa influenzare di fatto il *private enforcement*. Le possibilità in cui tale influenza si può in concreto esplicitare sono (ovviamente) due e fra loro speculari. Conviene iniziare dall'ipotesi secondo cui decisioni con impegni e accordi transattivi potrebbero avere effetti positivi sulle azioni di risarcimento. Il punto di partenza è ancora una volta rappresentato dalla diversa prospettiva temporale che caratterizza le soluzioni negoziate rispetto alle procedure ordinarie¹⁵⁷². Secondo tale impostazione, lo scarto ridotto fra condotta "illecita" e

da tali disposizioni che le autorità di concorrenza nazionali non possano più adottare decisioni nei confronti dell'impresa dopo che la Commissione ha adottato una decisione sugli impegni, ai sensi dell'articolo 9 del regolamento n. 1/2003. Infatti, risulta dalla giurisprudenza che l'articolo 11, paragrafo 6, del regolamento n. 1/2003 non dichiara incompetenti le autorità di concorrenza nazionali in modo permanente, ma soltanto per la durata del procedimento dinanzi alla Commissione» (cfr. causa T-342/11, CEEES, cit., § 67)

¹⁵⁷⁰ Il punto è ben chiarito da E. DE SMIJTER, A. SINCLAIR, *The Enforcement System under Regulation 1/2003*, cit., 129, dove si osserva che «commitment decisions are without prejudice to the powers of NCAs and courts to find an infringement and decide upon the case. NCAs and courts can both make a finding of a past infringement and a continuing future infringement. Article 16 of Regulation 1/2003, which stipulates that NCAs and courts must not adopt decisions that run counter to those adopted by the Commission, does not preclude such a finding [...]. In any case, the finding of an infringement is not in conflict with a Commission decision that limits itself to finding that there are no longer grounds for action in its part. Defendant will no doubt cite commitment decisions as de facto evidence against any claim that an infringement continues, since commitments serve the same purpose as an Article 7 decision [...]. The fact that the Commission accepts the commitment is at least an indication that the commitments remedy the competition problem for the future, provided that the underlying facts remain materially the same».

¹⁵⁷¹ Infatti, «[n]otwithstanding the existence of a commitments decision, it appears that the undertakings concerned may still face enforcement action before Member State authorities and courts, provided that the uniform application of the competition rules throughout the EU is not jeopardized» (cfr. M. SIRAGUSA, E. GUERRI, *Antitrust Settlements under EC Competition Law*, cit., 189). Ciò è ancora più vero nella prospettiva nazionale, giacché «national court[s] dealing with the relevant conduct within the realm of private enforcement actions [are] not bound by a commitment decision of a NCA» (cfr. H. SCHWEITZER, *Commitment Decisions in the EU and in the Member States*, cit., 17). Con riferimento all'ordinamento irlandese, v. anche A.L. HINDS, S. EATON, *Commitment Issues*, cit., 39, dove si osserva che «[t]he 2012 Act does not comment on the effect a court-ruled commitment agreement is to have on the private right of action and there appears to be no obstacle to a private right to damages in respect of past damage suffered».

¹⁵⁷² Per quanto riguarda le procedure di cui al reg. (CE) n. 622/2008, cit., un secondo elemento dagli effetti potenzialmente positivi per gli attori in sede civile è dato dal limitato accesso al fascicolo istruttorio che le imprese hanno nel corso della procedura transattiva (cfr. *supra* il capitolo 3, § 3.1.2.3.). Infatti, «[t]he net effect for follow-on litigation of the cartel participants' having an earlier and more limited access to the Commission's file in the context of the settlement procedure is [...], possibly, marginally favourable for prospective claimants (if prospective defendants were not to gain access to potentially exculpatory evidence in the Commission's file)» (cfr. C. COOK, M. PIERGIOVANNI, *Implications of settling an EU cartel investigation for a prospective civil damages defendant: bad or good?*, in *Global Competition Litigation Review*, 2011, 57, spec. 58).

provvedimento incoraggia i soggetti danneggiati ad agire in sede civile¹⁵⁷³, e consente al tempo stesso alla Commissione di scoprire e gestire un maggior numero di fattispecie¹⁵⁷⁴: vi sono quindi più provvedimenti (pur “patteggiati”) che i privati possono attivare in sede civile¹⁵⁷⁵.

L’ipotesi non convince fino in fondo¹⁵⁷⁶. Come si vedrà, la diffusione di impegni e accordi transattivi sembra infatti avere conseguenze (tendenzialmente) negative sul piano civilistico, *in primis* a causa dell’istruttoria ridotta, della forma semplificata della decisione e (soprattutto) del mancato accertamento dell’illecito nel caso degli impegni¹⁵⁷⁷. E in effetti, pur ammettendo che la diffusione delle transazioni aumenti il numero dei giudizi civili avviati, si può rilevare fin da ora che ciò non significa che si abbia come diretta (e certa) conseguenza anche un aumento del

¹⁵⁷³ Con riguardo alle procedure transattive, tale impostazione ritiene che «[a] *potentially positive consequence of the settlement procedure may be that claimants will be able to bring follow-on claims more expeditiously as a consequence of the truncated Commission investigation stage and (presumably) the absence of appeals by the settling party or parties*» (v. ad esempio M.D. HAUSFELD, B.A. RATNER, S. CAMPBELL, *Principles and Objectives of Formal and Informal Settlements in EU Competition Cases*, cit., 246). Con riferimento alle decisioni con impegni, si osserva analogamente che «[i]n linea di principio, la rapidità con cui si perviene alla conclusione del procedimento rispetto ad una più lunga istruttoria ai fini di una decisione di accertamento potrebbe incentivare le azioni di anno, alla luce della prossimità temporale tra il provvedimento amministrativo e le condotte che hanno causato il danno e della maggiore consapevolezza che ne deriva in capo ai danneggiati» (cfr. A. PERA, *Le decisioni con impegni e il rilievo per l’antitrust private enforcement*, in L.F. PACE (a cura di), *Dizionario sistematico*, cit., 26, spec. 28).

¹⁵⁷⁴ Con riguardo alle procedure transattive, si osserva infatti che «*settlements should increase the ability of competition authorities to raise their decisional speed. This in turn should increase the through-flow of cases in which follow-on actions can be brought*» (cfr. A. NIKPAY, D. WATERS, *The Emerging Settlement Regime in the UK*, cit., 501). In senso analogo, si rileva che, «*due to the streamlined procedure, it may be possible for the Commission to prosecute many more cartel and abuse of dominance cases per year, thereby producing more infringement decisions on which claimants will be able to rely for follow-on actions*» (cfr. M.D. HAUSFELD, B.A. RATNER, S. CAMPBELL, *Principles and Objectives of Formal and Informal Settlements in EU Competition Cases*, cit., 246-247).

¹⁵⁷⁵ Ciò determinerebbe peraltro un’ulteriore riduzione degli incentivi delle imprese a partecipare ai negoziati. Con riguardo alle decisioni con impegni, vi è chi osserva che una delle ragioni per cui le imprese potrebbero rifiutare di chiudere la procedura con impegni è (appunto) il fatto che «*the risk of the settlement encouraging follow-on litigation is too great, despite the lack of legal findings in the settlement itself*» (cfr. J. RATLIFF, *Negotiated Settlements in EC Competition Law*, cit., 307).

¹⁵⁷⁶ Una diversa (e più convincente) impostazione riconosce invece che gli impegni (e in particolare il mancato accertamento dell’illecito) rende più difficoltoso l’esperimento delle azioni di risarcimento (v. *infra* il capitolo 4, § 3.3.3.), ma tale pregiudizio può essere (almeno in parte) compensato dal più rapido ripristino dell’equilibrio concorrenziale del mercato che tali decisioni consentono rispetto ai provvedimenti di accertamento (cfr. C. PESCE, *I nuovi strumenti di public enforcement*, cit., 96).

¹⁵⁷⁷ Su tali aspetti si tornerà meglio in seguito (cfr. *infra infra* il capitolo 4, § 3.3.3.). Per limitarsi al tema della diversa prospettiva temporale, si può comunque osservare fin da ora che, pur riconosciuto che i «*settlement proceedings are speedy and bring the infringement to an end faster*», e che ciò significa «*that a decision is rendered much closer to the actual unlawful conduct and therefore makes private litigation more likely*», e quindi confermato che «*an undertaking might still want to protract private actions as long as possible*», si osserva nondimeno che «*[t]his aspect is, however, only relative because the proceeding is sped up from the time of discovery of the infringement, no matter how long ago it has been committed*», e quindi che «*even if the procedure is shortened, the infringement might have taken place several years ago*» (cfr. M.T. RICHTER, *The settlement procedure*, cit., 541-542). Analogamente, pur premesso che «*[b]asic “time value of money” considerations dictate that the potential effect of settling a cartel investigation on the timing of follow-on litigation is a legitimate concern for defendant*», si osserva che «*the adverse effects of settlement on the timing of follow-on damages have probably been overstated*»; infatti, «*settling an administrative investigation probably will not significantly advance the date on which private damages must ultimately be paid, and the resulting cost of any such acceleration will probably not be sufficient to outweigh the other interests of a company that is otherwise inclined toward settling*» (cfr. C. COOK, M. PIERGIOVANNI, *Implications of settling an EU cartel investigation for a perspective civil damages defendant*, cit., 65).

numero dei casi che si risolvono in modo favorevole per gli attori, e cioè dei casi in cui il risarcimento viene effettivamente concesso¹⁵⁷⁸.

La nozione di *private enforcement* non si limita tuttavia alle sole domande di risarcimento del danno. Si è visto infatti che vi rientrano tutte le azioni instaurate dai privati dinnanzi alle giurisdizioni nazionali per vedere tutelati i diritti derivanti dalla normativa antitrust dell'Unione. Si è ad esempio ricordata la distinzione fra l'utilizzo delle regole di concorrenza come «scudo» o come «spada»¹⁵⁷⁹. Nel primo caso, l'attore non mira a ottenere la compensazione di un pregiudizio subito, ma piuttosto a “giustificare” il proprio inadempimento affermando la natura anticoncorrenziale del contratto in questione, chiedendone quindi la declaratoria di nullità *ex art. 101(2) TFUE*.

Per quanto qui interessa, anche il secondo caso non comprende le sole azioni di risarcimento: gli individui possono infatti adire i giudici nazionali anche al fine di ottenere l'adozione di rimedi cautelari¹⁵⁸⁰. In quest'ottica, le soluzioni negoziate, e in particolare le decisioni con impegni, possono in effetti favorire il *private enforcement*¹⁵⁸¹. Quanto è poco probabile che la chiusura “patteggiata” di un procedimento favorisca le azioni di risarcimento, tanto è verosimile che anche solo il mero avvio di un procedimento pubblico sia sufficiente ad influenzare le scelte dei giudici nazionali in merito alla concessione di misure provvisorie¹⁵⁸². Nella fase cautelare l'esame della fattispecie è giocoforza meno approfondito: i giudici saranno quindi più inclini a fare affidamento sulle valutazioni già compiute dalla Commissione nel momento in cui ha deciso di avviare l'istruttoria, anche a prescindere dal fatto che questa si sviluppi successivamente seguendo i binari “ordinari” ovvero quelli “patteggiati”.

Oltre a trovare specifica conferma nella prassi¹⁵⁸³, la questione è (ancora più) interessante se si considera l'uso a tratti “disinvolto” che la Commissione sembra fare delle soluzioni negoziate. Si è visto infatti che le caratteristiche degli accordi transattivi e (soprattutto) degli impegni alterano i criteri in base a cui la Commissione sceglie i

¹⁵⁷⁸ Anche limitandosi a questo aspetto, l'effetto complessivo potrebbe dunque essere negativo: i potenziali attori potrebbero infatti perdere interesse nei confronti delle controversie in materia antitrust se, a fronte di un più intenso contenzioso, i risarcimenti rimangono invariati

¹⁵⁷⁹ Cfr. *supra* il testo relativo alla nota 289, nel capitolo 2, § 2.2.

¹⁵⁸⁰ In tal senso si osserva che «one must not confuse a dearth of damages actions with a dearth of private enforcements» (cfr. F. WAGNER-VON PAPP, *Best and even better practices in commitment procedures after Alrosa*, cit., 948).

¹⁵⁸¹ Sull'importanza della tutela cautelare nel contesto delle valutazioni in merito all'efficienza del *private enforcement* v. S. PEYER, *Injunctive Relief and Private Antitrust Enforcement*, Centre for Competition Policy Working Paper, n. 11-7, 2011, disponibile su http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1861861.

¹⁵⁸² Infatti, «il semplice avvio di un'istruttoria può avere un impatto anche sul contenzioso civile antitrust influenzando indebitamente le scelte del giudice, in particolare nei procedimenti d'urgenza» (cfr. M. SIRAGUSA, *Le decisioni con impegni*, cit., 394).

¹⁵⁸³ In effetti, il provvedimento di avvio dell'istruttoria è stato talvolta considerato elemento sufficiente ad integrare il requisito del c.d. *fumus boni iuris*. È ad esempio il caso di App. Milano, 4 novembre 2009, in *Foro Italiano*, 2009, 3497, poi revocata in sede di reclamo da App. Milano, 24 febbraio 2010, in *Corriere giuridico*, 2011, 231, con nota di D. BECCARI, *Il Tribunale di Milano tra mercato delle Pat-Tv e concorrenza tra piattaforme*, dove la richiesta cautelare di sospensiva dell'assegnazione dei diritti televisivi per il campionato di calcio di Serie A è stata concessa sulla base di AGCM 22 luglio 2009 n. 20116, A418 – *Procedure selettive*, in *Boll.*, n. 3/2010. In argomento, v. anche M. TAVASSI, P. CAPRILE, *Rassegna di giurisprudenza civile in materia antitrust*, in *Concorrenza e Mercato*, 2011, 233, nonché M. SIRAGUSA, *Le decisioni con impegni*, cit., 394, spec. nota 22.

casi in cui agire. La Commissione è in effetti incentivata ad avviare le istruttorie con una certa “leggerezza”, confidando nella successiva cooperazione delle imprese al fine di risolvere in via negoziata fattispecie la cui (il)legittimità è (quantomeno) dubbia. I terzi potrebbero pertanto trovarsi in una posizione migliore rispetto allo scenario in cui l’unico meccanismo di *public enforcement* fosse rappresentato dalla procedura “ordinaria” di accertamento.

3.3.3 Gli effetti (tendenzialmente) negativi delle soluzioni negoziate sulle azioni di risarcimento.

L’opinione di gran lunga più diffusa è comunque quella secondo cui le interazioni fra soluzioni negoziate e azioni di risarcimento sono per queste ultime tendenzialmente negative. Si è già accennato alle principali ragioni che sostengono tale conclusione, specie quando si è affrontato il tema degli incentivi delle imprese. Si è visto infatti che la scelta di partecipare alle procedure “patteggiate” comporta diversi aspetti negativi, e viene stimolata anche in virtù della probabile riduzione del rischio di subire azioni di risarcimento. In prima approssimazione, ciò si verifica perché i provvedimenti che chiudono le procedure negoziate assumono meno rilevanza ai fini del successivo contenzioso antitrust fra privati: entrambe le procedure negoziate complicano la prova del danno e del nesso di causalità; le sole decisioni con impegni rendono invece più complessa anche la prova della stessa violazione¹⁵⁸⁴. Ciò è possibile sia alla luce delle specifiche caratteristiche di impegni e accordi transattivi, sia come conseguenza della – più o meno esplicita – negoziazione di aspetti rilevanti al fine del *private enforcement* nel corso del “patteggiamento” fra imprese e Commissione.

Quanto al primo punto, i tratti principali che contraddistinguono le procedure negoziate rispetto a quella ordinaria stemperano infatti la distinzione fra azioni c.d. *stand alone* e azioni c.d. *follow on*, rendendo più complesso (e quindi meno probabile) l’esperienza di azioni civili¹⁵⁸⁵. Come si diceva, questo primo aspetto è più sfumato con riguardo agli accordi transattivi: tali provvedimenti si basano infatti sull’ammissione delle imprese di aver partecipato a un illecito antitrust, il cui accertamento vincola peraltro i giudici nazionali¹⁵⁸⁶. I danneggiati vi possono dunque fare affidamento nel corso di un giudizio civile per provare l’avvenuta violazione dell’art. 101 TFUE. Conviene allora in primo luogo soffermarsi sulle decisioni con impegni. Oltre a escludere l’irrogazione di sanzioni, la chiusura del procedimento

¹⁵⁸⁴ La questione è ancora più significativa atteso che la determinazione di tali aspetti presuppone l’esame di quelle questioni giuridiche complesse più volte ricordate (su tutte la definizione del mercato rilevante e l’elaborazione di una specifica teoria del danno), e quindi il possesso di competenze (per non parlare del materiale probatorio) che difficilmente rientrano nella disponibilità dei potenziali attori.

¹⁵⁸⁵ Con riguardo alle decisioni con impegni, si osserva infatti che «[q]uesto tipo di provvedimento amministrativo [...] si rivela prima facie inidoneo a dimostrare la sussistenza della lamentata violazione e la relativa responsabilità dell’impresa convenuta, dovendo l’attore del giudizio civile attivare una causa di tipo *stand alone*» (cfr. C. FRATEA, *Il private enforcement del diritto della concorrenza dell’Unione europea*, Napoli, 2015, spec. 232).

¹⁵⁸⁶ Ai sensi e per gli effetti dell’art. 16 reg. (CE) n. 1/2003, cit.

senza l'accertamento di un illecito (*i.e.*, la sua natura non afflittiva¹⁵⁸⁷) priva infatti i terzi danneggiati della c.d. "prova privilegiata", e cioè di quel provvedimento sufficiente a dimostrare dinnanzi ai giudici nazionali l'avvenuta violazione degli articoli 101 o 102 TFUE¹⁵⁸⁸. Le imprese chiariscono infatti che la scelta di proporre impegni non equivale a un'ammissione di colpevolezza¹⁵⁸⁹. Ma soprattutto, è la stessa Commissione a precisare che l'esame delle condotte oggetto di istruttoria ha natura preliminare, e non corrisponde a una presa di posizione sulla loro (il)liceità¹⁵⁹⁰. E' quindi dubbio se tali provvedimenti possono fornire un qualche vantaggio ai danneggiati in sede civile¹⁵⁹¹.

Facendo (appunto) leva sul dato letterale del mancato accertamento¹⁵⁹², la tesi più restrittiva evidenzia l'inutilità delle decisioni con impegni ai fini dei giudizi di risarcimento. Anche per non limitarne l'attrattiva¹⁵⁹³, e quindi pregiudicare l'effetto utile dell'art. 9 reg. (CE) n. 1/2003, le decisioni con impegni non possono avere alcuna rilevanza nel processo di convincimento del giudice nazionale circa l'avvenuta

¹⁵⁸⁷ Infatti, è proprio «[i]l venir meno del ruolo afflittivo del provvedimento amministrativo [che] presenta problemi di compatibilità con l'azione di private enforcement svolta dai singoli davanti ai giudici nazionali allo scopo di ottenere il risarcimento dei danni derivanti da illeciti anticoncorrenziali» (cfr. G. DEMARTINI, *La definizione del procedimento antitrust*, cit., 925).

¹⁵⁸⁸ In tal senso, si osserva in effetti che «[i]l dato che può rendere appetibile per le imprese indagate l'assunzione di impegni, comunque notevolmente onerosi, viene spesso individuato, più ancora che nel mancato pagamento dell'ammenda, nell'assenza dell'accertamento dell'infrazione» (cfr. A. SCOGNAMIGLIO, *Decisioni con impegni e tutela civile dei terzi*, cit., 503).

¹⁵⁸⁹ V. ad esempio COMP/39.315 – ENI, cit., § 63 («ENI non concorda con le conclusioni della comunicazione degli addebiti della Commissione. Tuttavia, ha proposto di assumere impegni ai sensi dell'articolo 9 del regolamento (CE) n. 1/2003 al fine di ovviare alle preoccupazioni concorrenziali della Commissione»); COMP/39.388 – Mercato tedesco dell'elettricità all'ingrosso, cit., e COMP/39.389 – Mercato tedesco di bilanciamento dell'elettricità, cit. («E.ON replied that it disagreed with the preliminary assessment and submitted commitments [...] to the Commission in response to the preliminary assessments»); COMP/C.39.402 – RWE Gas Foreclosure, cit., § 38 («RWE does not agree with the Commission's Preliminary Assessment. It has nevertheless offered Commitments pursuant to Article 9 of Regulation (EC) 1/2003, to meet the Commission's competition concern»).

¹⁵⁹⁰ A titolo meramente esemplificativo, cfr. COMP/39.692 – IBM servizi di manutenzione, cit., §§ 26 e 32 («[w]ithout having reached a definitive view, the Commission preliminarily concluded that IBM appeared to be dominant within the meaning of Article 102 [TFUE]; «[t]he Commission preliminarily concluded that the cumulative effect of the following features of IBM's behaviour with respect to the supply of essential inputs might amount to a constructive refusal to supply that could raise concern under Article 102 [TFUE]. The following recitals summarise the Commission's Preliminary Assessment in this regard, all of which remains provisional and would need further analysis before any definitive findings could be made»; nonché COMP/C.2/37.214 – Bundesliga, cit., § 1 («[i]n a preliminary assessment, the Commission noted that the exclusive selling of the commercial broadcasting rights by the League Association could restrict competition between the clubs and companies in the first and second divisions»).

¹⁵⁹¹ In altri termini, «[n]ella dialettica tra public e private enforcement la conclusione del procedimento con questo tipo di decisione è causa di non poca tensione, non essendo pacifico il valore probatorio da attribuire all[a] stessa in sede civile» (cfr. da ultimo C. FRATEA, *Il private enforcement*, cit., 231).

¹⁵⁹² Atteso che «Article 9 decisions are silent on whether there was or still is a breach of EU competition rules», si osserva in effetti che «a customer or a competitor possibly seeking private enforcement in national courts still needs to prove the illegality of past behaviour to obtain compensation for damages» (cfr. M. SIRAGUSA, E. GUERRI, *Antitrust Settlements under EC Competition Law*, cit., 189).

¹⁵⁹³ Si afferma in tal senso che le decisioni con impegni non dovrebbero neppure dare l'impressione di un accertamento di una violazione delle regole antitrust: infatti, «[i]f Article 9 is to be successful, it is imperative that final commitment decisions do not create the impression – which could influence third parties such as potential private plaintiffs, national competition authorities, and national courts – that the Commission has concluded that the conduct underlying the commitments violated [EU] competition law» (cfr. C.J. COOK, *Commitment Decisions*, cit., 219; sul punto, *ex plurimis*, v. anche L.G. RADICATI DI BROZOLO, F. RUSSO, *Decisioni di accettazione degli impegni e private enforcement del diritto antitrust*, cit., 1053).

violazione degli artt. 101 e 102 TFUE¹⁵⁹⁴. Il pregiudizio per il sistema di applicazione privatistica delle regole di concorrenza è dunque massimo: i potenziali attori devono riuscire a dimostrare in modo autonomo la natura anticoncorrenziale della condotta dell'impresa, ancora prima di preoccuparsi di provare di aver subito un danno, e che questo è conseguenza dell'illecito¹⁵⁹⁵. Tanto che la scelta di presentare impegni viene in pratica a identificarsi quale componente di una più ampia strategia delle imprese volta a limitare quanto più possibile le conseguenze negative delle condotte oggetto di istruttoria¹⁵⁹⁶. Con ovvie perplessità e preoccupazioni circa lo sviluppo del sistema di *private enforcement*, aggravate dalla circostanza che gli impegni sono spesso utilizzati anche nel contesto di – quelle che, se accertate, sarebbero – “violazioni” gravi del diritto antitrust¹⁵⁹⁷, e in particolare dell'art. 102 TFUE¹⁵⁹⁸.

Una tesi più permissiva riconosce invece l'esistenza di un margine entro cui le decisioni con impegni possono “aiutare” i potenziali attori a soddisfare l'onere della prova richiesto nei giudizi civili. L'idea di base è piuttosto semplice: se è vero che una violazione non viene accertata, è altrettanto vero che tale ipotesi non è neppure

¹⁵⁹⁴ Infatti, «*a commitment decision cannot be used as conclusive proof by a company claiming damages from the undertaking which made the commitments*» (cfr. J. TEMPLE LANG, *Commitment Decisions Under Regulation 1/2003*, cit., 350).

¹⁵⁹⁵ Più nel dettaglio, «*seppure non rendano immuni le imprese dalle richieste di risarcimento dei danni promosse dai terzi dinanzi ai giudici ordinari, le decisioni con impegni riducono notevolmente questo rischio. La minor pubblicità delle decisioni con impegni rispetto ai provvedimenti sanzionatori rendono meno probabili le azioni risarcitorie. Ma soprattutto, tali azioni saranno più gravose per l'attore su cui incombe l'onere di provare (prima ancora del danno subito e del nesso eziologico) l'esistenza dell'infrazione e la responsabilità dell'impresa convenuta, senza potersi avvalere di quanto già espresso dall'autorità indipendente preposta alla tutela della concorrenza*» (cfr. M. SIRAGUSA, *Le decisioni con impegni*, cit., 392).

¹⁵⁹⁶ Infatti, «*la possibilità di presentare gli impegni può costituire il segmento di una più complessa strategia difensiva dell'impresa*», atteso che «*la decisione di accettazione non comporta l'accertamento dell'infrazione, il beneficio per il proponente consiste – oltre che nell'evitare possibili sanzioni pecuniarie e pubblicità dell'illecito commesso – nell'evitare che si producano valutazioni definitive dell'Autorità circa la difformità della sua condotta dalle disposizioni a tutela della concorrenza; valutazioni che potrebbero costituire altrettanti elementi probatori nel giudizio civile intentato dai terzi danneggiati*» (cfr. L. DE LUCIA, *Le decisioni con impegni nei procedimenti antitrust*, cit., 115).

¹⁵⁹⁷ Le decisioni con impegni, infatti, «*riducendo, nella sostanza, le azioni risarcitorie, scoraggia[no] fortemente la tutela civilistica dei terzi interessati anche in caso di comportamenti gravemente dannosi*» (cfr. L. DI VIA, *Le decisioni in materia di impegni nella prassi decisionale dell'Autorità garante*, in *Mercato Concorrenza Regole*, 2007, 229, spec. 233. La prassi conferma tale assunto (cfr. ad esempio COMP/39847 – *E-books*, cit.: si osserva infatti che «*[f]or the publishers and Apple (who have not admitted liability), the commitments [...] restrict the likelihood of follow-on damages actions being brought by third parties who have suffered loss as a result of the alleged collusive conduct. In this respect, had the Commission's investigation run its full course ultimately resulting in an infringement decision, such third parties would have been equipped with that infringement decision in order to assist their pursuit of damages*» (cfr. S. SMITH, P. MCCOMB, *Ebooks - European Commission has closed its anti-trust investigation*, in *Entertainment Law Review*, 2013, 78, spec. 79).

¹⁵⁹⁸ Sebbene giustificato dalla maggiore complessità in termini di analisi giuridico-economica e onere probatorio che caratterizza i casi di abuso dominante rispetto all'accertamento delle intese (in tal senso, per tutti, cfr. M. SIRAGUSA, *Le decisioni con impegni*, cit., 388), ciò appare invero piuttosto significativo nella prospettiva del *private enforcement* del diritto antitrust. Infatti, sia per ragioni economiche che di rapporti costi/benefici, la maggior parte delle azioni di risarcimento del danno sono instaurate nei confronti delle imprese coinvolte in un illecito anticoncorrenziale da parte di altre imprese che con le prime hanno rapporti commerciali (c.d. *business to business actions*) e non da parte dei consumatori finali (c.d. *consumer to business actions*). Anche alla luce della tendenza delle imprese a trasferire a valle i danni in caso di cartello, ne deriva che la condotta illecita che ha originato più azioni di risarcimento è certamente quella relativa all'abuso di posizione dominante: dal che, a sua volta, deriva che un uso delle decisioni con impegni eccessivamente orientato verso tali fattispecie può ridurre ancor più sensibilmente il numero di azioni di risarcimento.

esclusa¹⁵⁹⁹. L'adozione di una decisione con impegni è anzi indice dell'esistenza di una (non meglio definita) preoccupazione concorrenziale della Commissione¹⁶⁰⁰. Pur con i limiti di precettività che si sono ricordati¹⁶⁰¹, anche la Corte di giustizia riconosce del resto che la loro accettazione presuppone l'esistenza di un profilo anticoncorrenziale: in caso contrario, il principio di proporzionalità richiede infatti l'archiviazione del procedimento¹⁶⁰². Anche le decisioni con impegni possono pertanto facilitare le domande di risarcimento, fornendo elementi idonei a corroborare le allegazioni dei danneggiati¹⁶⁰³. Pur non costituendo "prove privilegiate", gli impegni sono nondimeno un elemento che deve essere preso in considerazione ai fini della prova della violazione¹⁶⁰⁴. Il pregiudizio per il *private enforcement* è allora meno intenso: i potenziali attori devono provare l'esistenza della pratica anticoncorrenziale, ma gli impegni possono influenzare i giudici nazionali verso tale conclusione¹⁶⁰⁵.

La tesi meno restrittiva appare preferibile e, come si vedrà, la casistica sembra del resto confermare che il mancato accertamento dell'illecito non impedisce ai giudici nazionali di orientare il proprio convincimento (anche) sulla base del contenuto di una decisione con impegni¹⁶⁰⁶. Non si tratta quindi di risolvere una questione di principio: occorre piuttosto valutare, in concreto, quali siano i benefici probatori che i potenziali attori possano trarre da tali decisioni. Così delineato, il tema permette di ricondurre a unità la trattazione, e cioè di fare nuovamente riferimento anche agli

¹⁵⁹⁹ Anzi, «l'assenza dell'accertamento [dell'illecito] viene intesa nel senso che alla Autorità sarebbe consentito chiudere il procedimento sulla base di una mera valutazione di probabilità o di verosimiglianza circa l'avvenuta violazione delle regole di concorrenza» (cfr. A. SCOGNAMIGLIO, *Decisioni con impegni e tutela civile dei terzi*, cit., spec. 515).

¹⁶⁰⁰ Nel senso che le decisioni con impegni «can be an indication of "discomfort". The idea is that there was an infringement, but the Commission simply did not pursue it because of higher priorities» (cfr. J. RATLIFE, *Negotiated Settlements in EC Competition Law*, cit., 310).

¹⁶⁰¹ Dovuti essenzialmente alle limitate probabilità di impugnazione di una decisione con impegni da parte delle imprese coinvolte nell'istruttoria, e quindi dei ridotti margini a disposizione della Corte di giustizia per sindacare l'eventuale violazione del principio di proporzionalità da parte della Commissione.

¹⁶⁰² Cfr. causa C-441/07, *Alrosa*, cit. Nel senso che, in assenza di qualsiasi preoccupazione concorrenziale, sarebbe non proporzionato per la Commissione adottare una decisione con impegni al posto che ritirare gli addebiti (cfr. A. PERA, G. CODACCI PISANELLI, *Decisioni con impegni e private enforcement*, cit., 85).

¹⁶⁰³ Le decisioni con impegni contengono del resto sia la descrizione dei problemi di concorrenza inizialmente identificati dalla Commissione, sia la valutazione circa l'idoneità degli impegni assunti dalle imprese (anche per i riferimenti, cfr. A. PERA, G. CODACCI PISANELLI, *Decisioni con impegni e private enforcement*, cit., 83). In altri termini, sebbene «[w]ithout making a determination as to whether there has been or still is an infringement, the decision also briefly describes the conduct engaged in by the undertakings concerned, otherwise it would be not possible to understand the activity addressed by the commitments» (cfr. E. DE SMIJTER, A. SINCLAIR, *The Enforcement System under Regulation 1/2003*, cit., 133).

¹⁶⁰⁴ Nel senso che «Article 16 of the Regulation allows an infringement decision to serve as a basis for claiming damages. As Article 9 decisions make no such finding they merely constitute an element of fact to be taken into account by NCAs and courts» (cfr. ad esempio E. DE SMIJTER, A. SINCLAIR, *The Enforcement System under Regulation 1/2003*, cit., 130), ovvero che «even though a settlement decision [i.e., a commitment decision] will not involve a finding of infringement, it may be said that settlement can still be used in national proceedings "as a fact"» (cfr. J. RATLIFE, *Negotiated Settlements in EC Competition Law*, cit., 309).

¹⁶⁰⁵ In altri termini, «[t]he fact that the Commission had serious concerns (which the company was willing to meet) and adopted a decision can be taken into account by a court in private litigation, but if a court wishes to grant damages it will need to make its own assessment as regards the infringement because the infringement as such has not been established» (cfr. K. METHA, M.L. TIerno CENTELLA, *EU Settlement Procedure*, cit., 397).

¹⁶⁰⁶ Cfr. *infra* il capitolo 4, § 3.3.3.

accordi transattivi. In entrambi gli scenari, si tratta infatti di stabilire in che modo il contenuto del provvedimento (e il materiale raccolto durante l'istruttoria) possa "aiutare" i danneggiati nel corso di un giudizio civile. Come anticipato, vi è una sola differenza: nel caso degli impegni, il vantaggio di cui si deve valutare la portata è finalizzato a dimostrare la natura anticoncorrenziale della condotta in discussione, il danno e il nesso di causalità; nel caso degli accordi transattivi, il primo elemento è invece superfluo, alla luce della loro natura "confessoria".

A prescindere da tale distinzione, la questione si pone in modo analogo con riguardo a entrambe le soluzioni negoziate. La certezza è che i vantaggi per i danneggiati sono più limitati rispetto a quelli che derivano da una decisione di accertamento. Delle ragioni si è già discusso in precedenza quando si è affrontato il tema della chiarificazione delle regole antitrust¹⁶⁰⁷: le osservazioni svolte in tale sede si possono in larga parte richiamare ed è quindi sufficiente ribadire che la natura "negoziata" riduce (se non elimina) le probabilità di impugnazione, rendendo superflua tanto la redazione dettagliata dei provvedimenti, quanto la stessa esecuzione di un'istruttoria approfondita, specie nel caso delle decisioni con impegni.

In primo luogo, sia i provvedimenti conclusivi che quelli endoprocedimentali (*i.e.*, la comunicazione degli addebiti¹⁶⁰⁸ e la valutazione preliminare¹⁶⁰⁹) contengono pertanto una descrizione poco approfondita dei fatti, delle condotte e – soprattutto – dei loro effetti sui mercati e sui terzi interessati¹⁶¹⁰. Anche se tali circostanze dovrebbero essere (almeno in parte) mitigate dall'obbligo di motivazione che incombe sulla Commissione *ex art. 296(2) TFUE*¹⁶¹¹, l'onere della prova dei potenziali attori è

¹⁶⁰⁷ Cfr. *supra* il capitolo 4, § 2.1.2.

¹⁶⁰⁸ Nelle procedure transattive, infatti, «[u]nlike in the ordinary infringement procedure where the Statement of Objections usually contains hundreds of pages of detailed factual and legal analysis of the infringement, the Statement of Objections in the context of settlement proceedings is streamlined and much shorter» (cfr. J.F. BELLIS, *General Overview of the EU Cartel Settlement Procedure*, cit., 4).

¹⁶⁰⁹ Infatti, pur premesso che «[b]efore a commitment decision is taken, there must be some prima facie evidence of breach of Article 101 or 102 TFEU as set out in a "preliminary assessment" by the Commission» (cfr. N. DUNNE, *Commitment decisions in EU competition law*, cit., 403), non si può non rilevare che la valutazione preliminare «can be less detailed, and they need not include either proof of the facts referred to or a substantial legal analysis of the presumed infringements; its purpose is merely to define the Commission's "concerns" (a word notably weaker than the word "objections")» (cfr. S. MARTÍNEZ LAGE, R. ALLENDESALAZAR, *Commitment Decisions ex Regulation 1/2003*, cit., 589).

¹⁶¹⁰ Si osserva ad esempio che la decisione dotata a conclusione di una procedura transattiva «non solo non contiene alcun riferimento ai possibili effetti del cartello [...] ma è anche significativamente meno dettagliata in punto di fatto rispetto» alle decisioni adottate in esito ad una procedura ordinaria, non facendo «riferimento a circostanze fattuali relative a possibili incontri fra le parti, discussioni in merito a fissazioni di prezzi o a compartimentazione di mercati» (cfr. S. D'ALBERTI, *Le decisioni con settlement*, cit., 395).

¹⁶¹¹ E ciò sia con riguardo alle decisioni con impegni che con riferimento agli accordi transattivi. Da un lato, si osserva infatti che la Commissione, oltre a fare «riferimento alle proposte, iniziative, raccomandazioni, richieste o pareri previsti dai trattati» (cfr. art. 296(2) TFUE), è quindi tenuta a trovare «a fine balance between the Treaty obligation to give reason and the obligation under Regulation 1/2003 not to conclude whether there has been or still is an infringement» (cfr. E. DE SMIJTER, A. SINCLAIR, *The Enforcement System under Regulation 1/2003*, cit., 133) e analogamente, già nella valutazione preliminare, a porre in essere «a market analysis which, although less definitive than in Article 7 proceedings, is sufficient to allow a review of the appropriateness» (cfr. M. SIRAGUSA, E. GUERRI, *Antitrust Settlements under EC Competition Law*, cit., 185). Dall'altro lato, si afferma invece che «[a] principal means to assure a minimum level of transparency is the obligation imposed on the Commission by Article [296 TFUE] to state reasons for its decision», un obbligo che non è «limited to the interest an addressee may have in obtaining explanations – an interest we expect to be extremely limited

(di regola¹⁶¹²) alleviato in modo limitato¹⁶¹³. Ed è per tale ragione che impegni e accordi transattivi risultano meno utili ai fini del *private enforcement* rispetto a una decisione di accertamento, anche attesa la sostanziale assenza di riferimenti alla fase istruttoria che li caratterizza¹⁶¹⁴, come del resto evidenziato anche da una mera valutazione “quantitativa” in merito alla diversa lunghezza dei due tipi di decisioni¹⁶¹⁵.

La ridotta utilità dei provvedimenti finali dovuta alla loro forma semplificata è peraltro aggravata alla luce del secondo punto cui si è fatto riferimento in apertura di paragrafo, e cioè il fatto che gli elementi potenzialmente sensibili ai fini delle successive azioni di risarcimento possono essere oggetto di negoziazione nel corso del “patteggiamento” fra imprese e Commissione¹⁶¹⁶. Si è visto infatti che uno dei benefici più significativi delle procedure negoziate per le imprese coinvolte in un’istruttoria è rappresentato dalla possibilità di interagire con la Commissione fin dall’inizio della procedura: le imprese partecipano quindi alla definizione di aspetti quali l’ambito del mercato rilevante o la portata temporale delle condotte oggetto di istruttoria, cercando di influenzare la Commissione. Se questi (e altri¹⁶¹⁷) elementi sono ridefiniti in modo più limitato rispetto alle ipotesi iniziali della Commissione, oltre a diminuire l’eventuale sanzione pubblica (se si tratta di una procedura transattiva)¹⁶¹⁸, si è visto che l’effetto è quello di proteggere le imprese dalla possibilità di azioni c.d. *follow on* con riguardo, appunto, a tali periodi e mercati¹⁶¹⁹. Ancora una volta in virtù delle limitate probabilità di impugnazione¹⁶²⁰, la Commissione ha quindi

in settlement cases», ma piuttosto «*also depends on the interest of other parties to whom it may be of concern*» (cfr. A. BACH, *Negotiated Antitrust Settlement*, cit., 254).

¹⁶¹² Vi sono ovviamente delle eccezioni (almeno parziali), e cioè casi in cui il provvedimento patteggiato descrive in modo più approfondito i fatti e le questioni giuridiche in discussione. Ad esempio, si osserva che nel caso COMP/A.39.116/B2 – *Coca-Cola*, cit., «*the Commission described with particular accuracy Coca Cola’s and its bottlers’ dominant position. In the decision, the Commission makes a detailed description of Coca Cola’s alleged restrictive behaviour*»; tanto che «*[i]t seems clear that the Commission and Coca Cola meant to solve the competition problems at issue, and wanted to avoid a formal decision against the infringement*» (cfr. A. PERA, M. CARPAGNANO, *The Law and Practice of Commitment Decisions*, cit., 675, spec. nota 36).

¹⁶¹³ Ad esempio, infatti, «*the fact that the settlement [statement of objections] and decision are short documents that include only a high level description of the infringement and few references to documents in the Commission’s case file, will place prospective defendants in a better position than they would be if the case were decided following the ordinary procedure*» (cfr. C. COOK, M. PIERGIOVANNI, *Implications of settling an EU cartel investigation for a perspective civil damages defendant*, cit., 62).

¹⁶¹⁴ Sul punto S. BARIATTI, L. PERFETTI, *Prime osservazioni sulle previsioni del “Libro bianco in materia di azioni per il risarcimento del danno per violazione delle norme antitrust”*, cit., 22.

¹⁶¹⁵ Infatti, «*[t]o make a simple comparison, the commitment decision in Rambus [COMP/38.636 – RAMBUS, cit] is 17 pages long, four of which are dedicated to the “Practices raising concerns”. The Intel [COMP/C-3/37.990 – Intel, cit.] prohibition is 518 pages long, with 225 pages dedicated to an analysis of how Intel has abused its dominant position*» (cfr. M. MARINIELLO, *Commitments or prohibition?*, cit., 3, spec. nota 7).

¹⁶¹⁶ In altri termini, «*[t]o the extent the settling parties have a greater ability to influence the Commission’s ultimate findings on the scope and impact of, and/or their role in, their infringement than they would otherwise have in the context of the ordinary procedure, the settlement procedure is advantageous for perspective follow-on defendants*» (cfr. C. COOK, M. PIERGIOVANNI, *Implications of settling an EU cartel investigation for a perspective civil damages defendant*, cit., 59).

¹⁶¹⁷ Ad esempio, si è detto che nella decisione “patteggiata” le parti possono negoziare con la Commissione la loro eventuale qualifica come imprese leader dell’illecito.

¹⁶¹⁸ Sul punto cfr. *supra* il capitolo 3, § 3.2.3.

¹⁶¹⁹ Sul punto cfr. *supra* il capitolo 4, § 3.2.

¹⁶²⁰ Nel senso che, «*[s]ince the companies involved admit no wrongdoing and the decision is very unlikely to be*

la possibilità di utilizzare lo “spettro” del *private enforcement* per incentivare le imprese a “patteggiare”¹⁶²¹, anche perché le esternalità negative riguardano i privati che hanno subito un danno dalla condotta delle imprese, e quindi da soggetti estranei alla procedura di applicazione pubblica delle regole di concorrenza¹⁶²².

Anche la possibilità di accedere al fascicolo istruttorio della Commissione (o delle ANC) non sembra circostanza di portata tale da risolvere, in ogni caso e con certezza, le problematiche appena segnalate. Va premesso che l'adozione di una decisione con impegni o transattiva rappresenta senza dubbio un elemento mediante cui i danneggiati possono sostenere *ex art. 5(1) dir. n. 2014/104/UE* la plausibilità delle loro domande risarcitorie, e quindi convincere il giudice nazionale a ordinare la divulgazione delle prove che rientrano nella disponibilità della Commissione¹⁶²³. In buona probabilità, anche l'invio di una valutazione preliminare o di una comunicazione degli addebiti “transattiva” può soddisfare tale requisito. Tuttavia, la divulgazione è in questo caso limitata alle sole informazioni preesistenti¹⁶²⁴: i documenti elaborati da imprese e Commissione ai fini del procedimento rientrano infatti nella c.d. “lista grigia”, e non sono pertanto divulgabili fino alla sua conclusione¹⁶²⁵.

Al pari del testo della decisione, anche l'accesso al fascicolo istruttorio appare meno utile per i potenziali attori, rispetto al caso in cui il procedimento pubblico si sia sviluppato secondo i binari ordinati. Si è detto infatti che la prospettiva del “patteggiamento” influenza la stessa portata dell'attività istruttorie svolta dalla Commissione, e non solo la redazione del provvedimento conclusivo. Ciò è particolarmente vero nel caso degli impegni, dove l'attenzione si focalizza sulla predisposizione di rimedi futuri (spesso di portata regolamentare¹⁶²⁶), piuttosto che sull'analisi delle condotte delle imprese, anche alla luce della ridotta rilevanza del principio di proporzionalità. L'attività istruttorie è quindi presumibilmente orientata a favorire tali scelte prospettive in merito allo sviluppo dei settori economici

challenged in court, the European Commission publishes very little information about its theory of harm in the commitment decision. Indeed, this is implicitly part of the deal: the absence of a clear identification of the concerns minimises the risk of private actions for damages against the companies, and it also limits the Commission's exposure to potential external criticism» (cfr. M. MARINIELLO, *Commitments or prohibition?*, cit., 2).

¹⁶²¹ Nel senso che «[t]he Commission is able to transform any deterrent effect of future private litigation into a bargaining chip for extracting further-reaching commitment in the public enforcement procedure» (cfr. F. WAGNER-VON PAPP, *Best and even better practices in commitment procedures after Alrosa*, cit., 949).

¹⁶²² Si osserva infatti che «the price for the absence of transparency and information is incurred by others. Those possibly harmed by the cartel may find it difficult to even determine precisely what the alleged infringement was, let alone to what extent they may have been hurt by the cartels» (cfr. A. BACH, *Negotiated Antitrust Settlement*, cit., 255).

¹⁶²³ Con riguardo all'art. 9 reg. (CE) n. 1/2003, cit., si osserva ad esempio che «a commitment decision could help claimants in a stand-alone action to meet the plausibility threshold and thus to obtain disclosure of relevant evidence» (cfr. K. DEKEYSER, R. BECKER, D. CALISTI, *Impact of public enforcement on antitrust damages actions: Some Likely Effects of Settlements and Commitments on Private Actions for Damages*, in C.D. EHLERMANN, M. MARQUIS (eds.), *Antitrust settlements under EC Competition Law*, cit., 677, spec. 683).

¹⁶²⁴ Cfr. art. 6(9) dir. n. 2014/104/UE, cit.

¹⁶²⁵ Cfr. art. 6(5)(a) e (b) dir. n. 2014/104/UE, cit.

¹⁶²⁶ Sul punto v. *supra* il capitolo 3, §§ 3.3.2.3.-3.3.2.5 e il capitolo 4, § 2.1.3.

interessati verso la struttura di mercato desiderata, piuttosto che a raccogliere materiale probatorio per valutare gli effetti delle condotte “lecite” delle imprese, e in particolare gli effetti sui terzi.

Nel caso delle (sole¹⁶²⁷) transazioni, è invece la stessa disciplina positiva a immaginare alcune garanzie a favore delle imprese, per non pregiudicare l'efficacia della procedura. Si è visto ad esempio che viene predisposto un divieto assoluto di divulgazione per le proposte transattive¹⁶²⁸, cui si accompagna un divieto limitato dal punto di vista temporale per le proposte ritirate¹⁶²⁹. Tale forma di tutela è inoltre rafforzata dalla facoltà offerta alle imprese di rendere dichiarazioni in forma orale, come di recente ribadito dal reg. (UE) n. 2015/1348¹⁶³⁰. Tuttavia, altre disposizioni contenute nella dir. n. 2014/104/UE possono in realtà alleviare le difficoltà processuali dei soggetti danneggiati da un cartello. A prescindere dalla limitata utilità del provvedimento finale e dell'accesso al fascicolo, si è visto infatti che, nel caso di azioni risarcitorie successive a una transazione, l'onere probatorio che incombe sugli attori si limita alla prova del danno e del nesso di causalità con l'illecito già ammesso dalle imprese. La dir. n. 2014/104/UE interviene su entrambi gli elementi, rendendo meno complesso (e quindi più probabile) l'esperimento di azioni civili: si stabilisce infatti una presunzione relativa circa la dannosità dei cartelli orizzontali per i clienti delle imprese che vi prendono parte¹⁶³¹, attribuendo inoltre ai giudici nazionali il potere di stimare l'ammontare del danno se le prove non ne permettono l'esatta quantificazione¹⁶³², facendosi assistere dalle ANC, ove necessario¹⁶³³.

¹⁶²⁷ Peralto, alcuni commentatori riportano che «[a]n earlier draft of the Directive which had been circulating had also proposed protection for certain documents in the context of commitments procedures, but this provision was not included in the published proposal» (cfr. S. WISKING, K. DIETZEL, M. HERRON, *European Commission finally publishes*, cit., 187, spec. nota 21).

¹⁶²⁸ Cfr. art. 6(6)(b) dir. n. 2014/104/UE, cit.

¹⁶²⁹ Cfr. art. 6(5)(c) dir. n. 2014/104/UE, cit.

¹⁶³⁰ Cfr. ad esempio art. 3(3) regolamento (UE) 2015/1348 della Commissione, del 3 agosto 2015, *che modifica il regolamento (CE) n. 773/2004 relativo ai procedimenti svolti dalla Commissione a norma degli articoli 81 e 82 del trattato CE*, in GU L, n. 208, del 5 agosto 2015, 3, che sostituisce l'art. 10bis(2)(3) reg. (CE) n. 773/2004, cit., disponendo che «[a]i fini della presentazione delle proposte di transazione la Commissione offre alle parti, oltre alle osservazioni scritte, altri metodi appropriati, tra cui dichiarazioni orali. Le proposte di transazione orali possono essere registrate e trascritte nei locali della Commissione. L'impresa ha la possibilità di verificare l'accuratezza tecnica della registrazione della sua dichiarazione orale nei locali della Commissione, e, se del caso, di correggerne immediatamente la sostanza. Le disposizioni del presente regolamento in materia di proposte di transazione si applicano a tali dichiarazioni a prescindere dal mezzo su cui sono conservate». In questo caso, la tutela riguarda come è ovvio le richieste di divulgazione rivolte ai sensi degli artt. 5 e 6 dir. n. 2014/104/UE, cit., direttamente alle imprese, e non alla Commissione (o alle ANC).

¹⁶³¹ In altri termini, «[s]i presume che le violazioni consistenti in cartelli causino un danno», pur dando all'«autore della violazione [...] il diritto di fornire prova contraria a tale presunzione» (cfr. art. 17(2) dir. n. 2014/104/UE, cit.).

¹⁶³² Premesso che «né l'onere della prova né il grado di rilevanza della prova richiesti per la quantificazione del danno» possono rendere «praticamente impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio del diritto al risarcimento», si afferma infatti che i giudici nazionali devono avere «il potere, a norma delle procedure nazionali, di stimare l'ammontare del danno se è accertato che l'attore ha subito un danno ma è praticamente impossibile o eccessivamente difficile quantificare con esattezza il danno subito sulla base delle prove disponibili» (cfr. art. 17(1) dir. n. 2014/104/UE, cit.).

¹⁶³³ Nel senso che «nei procedimenti relativi a un'azione per il risarcimento del danno», «su richiesta di un giudice nazionale», e qualora «consideri appropriata tale assistenza», una ANC può «prestare a questo assistenza con riguardo alla determinazione quantitativa del danno» (cfr. art. 17(3) dir. n. 2014/104/UE, cit.).

Da un lato, tali misure limitano gli incentivi delle imprese a partecipare alla transazione, con risvolti (potenzialmente) negativi per l'efficacia dell'applicazione pubblica dell'art. 101 TFUE. Dall'altro lato, esse testimoniano la difficoltà di bilanciare gli interessi dei due versanti applicativi delle regole antitrust¹⁶³⁴; difficoltà che sono confermate anche dal breve esame della casistica giurisprudenziale cui è dedicato il prossimo paragrafo.

3.3.4 L'approccio della giurisprudenza in merito alle azioni di risarcimento proposte nei confronti di condotte coperte da una decisione con impegni o da un provvedimento transattivo.

Come si diceva, anche la giurisprudenza interna degli Stati membri ha avuto modo di affrontare il tema delle possibili interazioni fra la diffusione dei provvedimenti "patteggiati" e il *private enforcement* del diritto antitrust, fornendo interessanti spunti di riflessione in merito a molte delle questioni cui si è già accennato nel corso del presente lavoro, e in particolare con riguardo al ruolo (controverso) e alla rilevanza (dubbia) delle decisioni con impegni nel contesto delle azioni di risarcimento. Non constano invece precedenti in merito al rapporto fra accordi transattivi e azioni di risarcimento¹⁶³⁵. Focalizzando quindi l'attenzione sugli impegni, il riferimento non è in questi casi limitato alle decisioni emesse dalla Commissione, ma comprende piuttosto anche gli analoghi provvedimenti delle ANC. Vista l'abbondanza di pronunce (e la loro pubblicità), conviene iniziare dalla giurisprudenza amministrativa italiana, per poi passare all'analisi di alcune controversie risolte dalle corti civili di taluni Stati membri (pronunce per le quali non esiste invece alcuno strumento – effettivo – di monitoraggio).

¹⁶³⁴ Nel senso che «*once the Damages Directive enters into force it may push companies being investigated by competition authorities towards settling cartel investigations or giving commitments with respect to other antitrust investigations, rather than risking a final infringement decision which could be used as evidence in a follow-on damages claim. In this context, there is a risk that settlement agreements and commitment decisions, though important tools in the armoury of a competition authority to ensure speedy resolution of potentially anti-competitive behaviour may come to be viewed as a "more cheaply" solution for companies seeking to avoid costly fines and follow-on damages actions. If this becomes the case, claimants would probably be denied final infringement decisions and some of the benefits of the new Directive would be undermined*» (cfr., da ultimo, M. DE SOUSA E ALVIM, *The new EU Directive on antitrust damages – a giant step forward?*, in *European Competition Law Review*, 2015, 245, spec. 248).

¹⁶³⁵ Pur nell'impossibilità di disporre di informazioni certe ed affidabili sulla giurisprudenza di merito interna agli Stati membri, dati recenti (v. la tabella «*European Commission cartel cases and corresponding follow-on claims, 2000-2014*» citata in F. KUBÍK, *Damages Directive 2014/104/UE: More compensation for victims/ Stronger enforcement overall (public & private)*, 6 marzo 2015, disponibile all'indirizzo https://www.google.it/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=6&ved=0CEgQFjAFahUKEwjZ29Gsjr_IAhXkjHIKHfn0Cks&url=http%3A%2F%2Fwww.uianet.org%2Fsites%2Fdefault%2Ffiles%2Fsafe_uploads%2Fclients%2F40971%2Frapports%2FKUBIK%2520Filip%2520-%2520London%2520presentation.pdf&usq=AFQjCNHCPfQw_9ncwULNzyREEUmswIsMUQ&cad=rja) suggeriscono infatti che, fra i provvedimenti che recepiscono un accordo transattivo, solo la decisione resa in COMP/38.866 – *Fosati per mangimi*, cit., ha effettivamente originato del contenzioso c.d. *follow-on*. Tuttavia, la causa avviata nel Regno Unito dinanzi al Competition Appeal Tribunal risulta in seguito ritirata (cfr. Order of the President, 21 giugno 2013, in *Moy Park Limited & Ors v Tessengerlo Chemie N.V.*).

Pur confermando che le decisioni con impegni non impediscono il successivo risarcimento dei soggetti danneggiati¹⁶³⁶, la casistica amministrativa sembra attribuirvi un valore probatorio piuttosto limitato in sede civile¹⁶³⁷. Il punto di partenza è rappresentato dalla presa di coscienza circa la natura «alternativa e atipica» di tale istituto¹⁶³⁸. In tal senso, se ne riconosce la diversità rispetto ai programmi di clemenza¹⁶³⁹, ma anche (e per quanto qui interessa soprattutto) rispetto alle decisioni di accertamento. Intervenedo in una fase in cui l'istruttoria non è perfezionata¹⁶⁴⁰, gli impegni si limitano infatti ad accertare «che l'intervento della Commissione non è più giustificato, senza giungere alla conclusione dell'eventuale sussistere o perdurare di un'infrazione»¹⁶⁴¹. Il loro oggetto è quindi «assai più indefinito ed ampio dell'oggetto della pronuncia di accertamento», e consiste nella «mera "prefigurazione" di un ipotesi di violazione della normativa di concorrenza»¹⁶⁴². Basandosi sui soli «profili di (sospetta) anticoncorrenzialità che avevano indotto l'Autorità ad attivare i poteri istruttori ad essa spettanti»¹⁶⁴³, l'attività valutativa sottesa all'accettazione degli impegni coincide solo parzialmente con quella finalizzata all'adozione di una decisione di accertamento: fra l'esito della fase («subprocedimentale

¹⁶³⁶ Nel senso che «[l]a decisione con impegni non comporta alcuna immunità sul piano civilistico ma rende solo più difficile il proficuo esperimento delle azioni risarcitorie», posto che l'assenza «di un formale accertamento dell'illecito non esclude con certezza che gli elementi probatori raccolti fino al momento dell'accettazione degli impegni possano venire utilizzati anche in un giudizio civile» (cfr., per tutte, TAR Lazio 7 aprile 2008, n. 2900, *Tele2/Tim-Vodafone-Wind*, § 5.1.2). In altri termini, non sussiste «alcun ostacolo, né di carattere normativo, né di carattere sistematico, che si frappone, pur in pendenza di un parallelo procedimento amministrativo avviato dall'AGCM, al riconoscimento in capo al giudice civile di un autonomo potere di accertamento dell'infrazione al fine di concedere i relativi rimedi di private enforcements» (cfr. Cons. Stato 22 settembre 2014, n. 4773, *AGCM/Conto TV*, § 19).

¹⁶³⁷ Ed in effetti, è proprio per non compromettere il diritto dei terzi danneggiati ad ottenere un provvedimento di accertamento da utilizzare in sede civile che viene affermata la diretta impugnabilità dei provvedimenti di accettazione degli impegni (cfr. TAR Lazio 10 maggio 2010, n. 10571, *Procedure selettive Lega Calcio*, § 2). E ciò perché l'accertamento dell'eventuale illiceità delle condotte delle imprese che hanno presentato impegni può avere una chiara «valenza probatoria [...] in un contenzioso civile di risarcimento del danno», laddove compiuto dall'Autorità a ciò istituzionalmente competente (cfr. TAR Lazio 9 maggio 2011, n. 3964, *Conto TV/SKY Italia*, § 3).

¹⁶³⁸ Si afferma (appunto) che le decisioni con impegni rappresentano «una modalità alternativa e atipica di chiusura del procedimento sanzionatorio, con cui l'Autorità può limitarsi ad "accettare" gli impegni proposte dalle imprese lasciando irrisolta la questione della anticoncorrenzialità, o meno, della condotta» (cfr. Cons. Stato 19 novembre 2009, n. 7307, *FISE/FIEW*, § 5).

¹⁶³⁹ Infatti, «le decisioni di accettazione degli impegni hanno una ratio diversa da quella dei programmi di clemenza ex art. 15, co. 2 bis, L. 287/1990 non trattandosi né di un meccanismo di mero sconto della sanzione né di un meccanismo premiale della collaborazione all'accertamento di un'infrazione in quanto, ove gli impegni siano accettati, l'accertamento manca del tutto, sicché l'estensione dell'accettazione degli impegni anche alle intese hard core potrebbe ostacolare l'efficacia dei programmi di clemenza essendo preferibile per l'impresa interessata che il procedimento si concluda senza l'accertamento dell'infrazione» (cfr., fra le molte, TAR Lazio 16 novembre 2010, n. 33474, *Carte di credito*, cit., § 2.5; TAR Lazio 6 giugno 2008, n. 5578, *Gare per la fornitura di dispositivi per la stomia*, § 2; TAR Lazio 29 dicembre 2007, n. 14157, *Vernici marine*, § 2; TAR Lazio 4 dicembre 2007, n. 12457, *Pannelli truciolari*, § 2.5).

¹⁶⁴⁰ Cfr. TAR Lazio 11 luglio 2011, n. 6173, *Carte di credito*, cit., § 4.3.1, e già TAR Lazio 16 novembre 2010, n. 33474, *Carte di credito*, cit., § 3.1.

¹⁶⁴¹ Cfr. TAR Lazio 11 aprile 2012, n. 3274, *Vendita al dettaglio di prodotti cosmetici*, § 19.2

¹⁶⁴² Cfr. TAR Lazio 7 aprile 2008, n. 2900, *Tele2/Tim-Vodafone-Wind*, cit., § 5.1. Ed è (anche) per tali ragioni che le decisioni con impegni «non producono quell'effetto di chiarimento della regola giuridica che deriva, invece, dalle decisioni di infrazione» (cfr. TAR Lazio 11 luglio 2011, n. 6173, *Carte di credito*, cit., § 4.2.1, e già TAR Lazio 16 novembre 2010, n. 33474, *Carte di credito*, cit., § 2.1).

¹⁶⁴³ Cfr. TAR Lazio 8 maggio 2009, n. 4994, *Servizi di soccorso autostradale*, § 3.2.

autonoma»¹⁶⁴⁴) relativa agli impegni e l'esito finale del procedimento non sussiste in altri termini un nesso di «*presupposizione necessaria*»¹⁶⁴⁵. Fra le altre cose, ciò significa che l'accettazione degli impegni è preclusa se il quadro istruttorio evidenzia «*la presenza di una fattispecie restrittiva della concorrenza*»¹⁶⁴⁶. Con le conseguenze negative per il valore probatorio dei provvedimenti in discussione, e quindi per il *private enforcement*, che si sono ricordate.

Tuttavia, a tali osservazioni di chiusura si accompagnano talvolta affermazioni meno restrittive. Si rileva ad esempio che all'atto di accoglimento degli impegni «*resta pur sempre sotteso un comportamento del soggetto interessato dai connotati sostanzialmente confessori in ordine alla sussistenza dell'illecito commesso*»¹⁶⁴⁷. Nel caso in cui «*nell'ambito di una istruttoria ordinaria si inserisce, relativamente ad una delle imprese coinvolte, una procedura di "decisione con impegni"*», si chiarisce inoltre che «*essa non può essere considerata completamente avulsa dalla prima poiché riguarda in definitiva la medesima fattispecie, sebbene non accora connotata in chiave di illecito*»¹⁶⁴⁸. Come confermato dalla giurisprudenza civile¹⁶⁴⁹, i danneggiati che agiscono nei confronti di un'impresa che abbia ottenuto l'accoglimento degli impegni proposti possono pertanto fare affidamento anche sulle eventuali decisioni di accertamento emesse nei confronti delle altre imprese coinvolte nella pratica oggetto di istruttoria. Infatti, «*il rapporto tra procedimento ordinario e decisione con impegni non [è] di totale e assoluta autonomia in quanto entrambi nascono dal medesimo problema concorrenziale*»¹⁶⁵⁰. Conclusioni in evidenza più favorevoli a estendere i margini di utilizzabilità delle decisioni con impegni nel corso delle azioni di risarcimento.

L'impostazione meno restrittiva sembra condivisa anche dai giudici civili di vari Stati membri. Si è detto che non è possibile ricostruire la casistica in modo esaustivo, vista la mancanza di dati affidabili circa la giurisprudenza nazionale di

¹⁶⁴⁴ Cfr. TAR Lazio 7 aprile 2008, n. 2900, *Tele2/Tim-Vodafone-Wind*, cit., § 2.

¹⁶⁴⁵ Nel senso che «*l'esame svolto dall'Autorità in relazione alle proposte di impegni verte su un aspetto – per così dire – "teleologico", incentrandosi sull'idoneità delle misure proposte a rimuovere i profili anticoncorrenziali oggetto di indagine, mentre, l'esame svolto ai fini delle determinazioni sanzionatorie conclusive verte su un aspetto – per così dire – "finale e sostanziale" (ossia, la sussistenza o meno dell'illecito antitrust in quanto tale)*» (cfr. Cons. Stato 20 luglio 2011, n. 4393, *Carte di credito*, § 5.2.3).

¹⁶⁴⁶ Più nel dettaglio, gli impegni non possono formare oggetto di accoglimento «*laddove il quadro degli elementi fattuali e giuridici di valutazione sia già tale da rendere doverosa l'irrogazione della sanzione pecuniaria (e, comunque, laddove sia emersa, con carattere di incontrovertibile consistenza, la presenza di una fattispecie restrittiva della concorrenza avente obiettivo, quanto dimostrabile, carattere di rilevante gravità)*» (cfr. TAR Lazio 16 novembre 2010, n. 33474, *Carte di credito*, cit., § 3.2).

¹⁶⁴⁷ Così «*da rendere necessarie misure volte ad elidere gli effetti dell'illecito commesso e riconosciuto nella sua consistenza*» (cfr. Cons. Stato 20 luglio 2011, n. 4393, *Carte di credito*, cit., § 5.2.8).

¹⁶⁴⁸ Ne deriva che «*gli impegni non costituiscono un "quid minus" rispetto ad una ipotetica decisione di infrazione, proprio perché essi, pur facendo riferimento ad una contestazione dall'oggetto ancora "ampio e indefinito", debbono comunque risultare funzionali alla rimozione dei "profili anticoncorrenziali oggetto dell'istruttoria"*» (cfr. TAR Lazio 7 aprile 2008, n. 2900, *Tele2/Tim-Vodafone-Wind*, cit., § 5.1.4).

¹⁶⁴⁹ Cfr. *infra* il testo relativo alle note 1678-1687, nel capitolo 4, § 3.3.4.

¹⁶⁵⁰ Ne deriva che «*gli impegni non costituiscono un "quid minus" rispetto ad una ipotetica decisione di infrazione, proprio perché essi, pur facendo riferimento ad una contestazione dall'oggetto ancora "ampio e indefinito", debbono comunque risultare funzionali alla rimozione dei "profili anticoncorrenziali oggetto dell'istruttoria"*» (cfr. TAR Lazio 7 aprile 2008, n. 2900, *Tele2/Tim-Vodafone-Wind*, cit., § 5.1.4).

merito. La letteratura (anche recente¹⁶⁵¹) recensisce tuttavia un numero davvero esiguo di pronunce, con ciò suggerendo che il numero reale di precedenti non sia molto più elevato. Un primo esempio è rappresentato dal contenzioso sviluppatosi dinnanzi alle corti spagnole in seguito agli impegni accolti dalla Commissione nel caso *Repsol*, relativo a contratti di fornitura esclusiva a lungo termine¹⁶⁵². Alcune stazioni di servizio agiscono in sede civile nei confronti di tale impresa petrolifera asserendo, *inter alia*, la nullità dei contratti in discussione per violazione dell'art. 101 TFUE, e chiedendo pertanto la restituzione di parte dei costi sostenuti per la loro esecuzione o per porvi termine, oltre al risarcimento del danno. Uno dei problemi che si pone è appunto quello del valore da attribuire alla decisione della Commissione. La maggioranza delle corti di merito che si trovano a risolvere la questione rilevano che i provvedimenti *ex art. 9* reg. (CE) n. 1/2003 hanno l'unica funzione di rendere obbligatori gli impegni, senza prendere posizione in merito all'esistenza di una violazione delle regole antitrust¹⁶⁵³: avendo già escluso l'illiceità del comportamento di Repsol (sia in base al diritto interno che di quello dell'Unione), i giudici ne traggono la conclusione che il provvedimento della Commissione non può rimettere in discussione tale statuizione¹⁶⁵⁴.

Tali (pacifici) principi sono successivamente ribaditi anche dal *Tribunal Supremo* di Madrid¹⁶⁵⁵. La sentenza è tuttavia significativa perché la prospettiva è in realtà diametralmente opposta rispetto a quella delle pronunce appena ricordate: sebbene si tratti delle medesime condotte di Repsol, il *Tribunal Supremo* (e già i giudici

¹⁶⁵¹ Fra gli altri, v. C. FRATEA, *Il private enforcement*, cit., 230-238; A. PERA, *Le decisioni con impegni e il rilievo per l'antitrust private enforcement*, cit., 26.

¹⁶⁵² Cfr. COMP/B-1/38.348 – *Repsol* CPP, cit.

¹⁶⁵³ Più nel dettaglio, «*la trascendencia de dicha decisión de la Comisión no es otra que convertir en obligatorios para las empresas proponentes los compromisos propuestos por tales empresas en el curso de un procedimiento que pueda conducir a la prohibición de un acuerdo o práctica, sin pronunciarse sobre si se ha producido o no la infracción o si ésta aún existe y sin que vinculen a las autoridades de competencia, a los órganos jurisdiccionales y de los Estados miembros para dilucidar si un determinado acuerdo es compatible con las normas reguladoras de la competencia y adoptar una decisión sobre el caso*» (fra le molte, cfr. Audiencia Provincial di Madrid, 30 settembre 2011, n. 278, *Estación de Servicio Villafria c. Repsol*, che conferma Juzgado di Madrid, 21 settembre 2010; Audiencia Provincial di Madrid, 18 febbraio 2011, n. 44, *Estación de Servicio Camaro c. Repsol*; Audiencia Provincial di Madrid, 26 luglio 2010, n. 197, *Estación de Servicio Echevarría c. Repsol*, che conferma Juzgado di Madrid, 18 maggio 2007; nonché già Audiencia Provincial di Madrid, 13 ottobre 2008, n. 238, sulla quale v. anche L.G. RADICATI DI BROZOLO, F. RUSSO, *Decisioni di accettazione degli impegni e private enforcement del diritto antitrust*, cit., 1053, dove si osserva tuttavia che tale sentenza «*pronunciandosi proprio sul valore delle decisioni con cui la Commissione europea accetta gli impegni, ha escluso che esse possano avere un qualunque valore di prova dell'esistenza dell'illecito*».

¹⁶⁵⁴ E cioè che «*[l]a Decisión de la Comisión Europea de 12 de abril de 2006 en el asunto COMP/B-1/38.348-REPSOL C.P.P., a la que alude en su recurso la apelante, adoptada conforme al artículo 9 del Reglamento (CE) núm. 1/2003 [...] no perjudica la precedente conclusión de este tribunal*» (cfr. Audiencia Provincial di Madrid, 30 settembre 2011, n. 278, *Estación de Servicio Villafria c. Repsol*, cit.).

¹⁶⁵⁵ Cfr. Tribunal Supremo, 8 maggio 2013, n. 272, *Estación de servicio Fontanet c. Repsol*, dove si legge che «*la inadmisión del motivo de Repsol por infracción procesal fundado en infracción del art. 16 del Reglamento (CE) n° 1/2003 no excime a esta Sala de razonar que la nulidad de las relaciones jurídicas litigiosas por entrañar fraude de ley no es incompatible con la Decisión de la Comisión de 12 de abril de 2006 (asunto COMP/B-1/38.348-REPSOL C.C.P.) [...] porque la propia Decisión ya advierte, en su apartado (42), que conforme al considerando (13) del Reglamento n° 1/2003, no se pronuncia sobre si se ha producido o no una infracción del Derecho de la competencia*».

di prime cure¹⁶⁵⁶) propende infatti in questo caso, e a vario titolo, per la loro illegittimità. La “neutralità” degli impegni rispetto all’avvenuta violazione delle regole di concorrenza viene quindi ribadita per confermare che il loro accoglimento non priva i giudici nazionali della facoltà di accertare l’esistenza di un illecito (anche) antitrust, ed eventualmente di concedere ai terzi danneggiati il risarcimento. La differenza è dunque evidente: nei primi casi, si afferma che le preoccupazioni anticoncorrenziali poste alla base dell’accettazione degli impegni non impediscono al giudice nazionale di considerare lecite le condotte oggetto di istruttoria; nel secondo caso, si concede invece il risarcimento in virtù del fatto che le decisioni con impegni, pur non accertandola, neppure escludono che una violazione delle regole di concorrenza si sia verificata¹⁶⁵⁷.

Tale posizione è condivisa anche dalla giurisprudenza francese¹⁶⁵⁸, che si spinge in realtà fino a risultati più “coraggiosi”. Il *Tribunal de commerce* di Parigi afferma ad esempio che il diritto degli attori di ottenere l’esibizione dei documenti contenuti nel fascicolo istruttorio della ANC francese¹⁶⁵⁹ vale anche per il caso in cui il giudizio civile non segue alla chiusura del procedimento pubblico con l’accertamento di un’infrazione, ma piuttosto all’accettazione degli impegni proposti dalle imprese¹⁶⁶⁰: a

¹⁶⁵⁶ La sentenza conferma infatti quanto già deciso dall’Audiencia Provincial delle isole Baleari, 1° settembre 2010, *Estación de servicio Fontanet c. Repsol*, e ancora prima dal Juzgado di Palma de Mallorca, 3 marzo 2009, *Estación de servicio Fontanet c. Repsol*.

¹⁶⁵⁷ Con riguardo alla sentenza in discussione, si osserva infatti che «*the Spanish Supreme Court essentially upheld the ruling of the lower courts accepting the service station owner’s claim for the reimbursement of the compensation paid and awarding damages of approximately 265,000 euros for loss of profit. The interest of the case lies in the interplay of various regulatory regimes (EC Regulation 1984/83 which was later replaced by EC Regulation 2780/1999), but also in the interpretation of the commitments given by Repsol in the proceedings before the European Commission. Contrary to Repsol’s submissions, the Supreme Court found that the Commission’s commitment decision did not rule out a finding that the contracts with the service station operators infringed competition law, i.e. the time limits for exclusivity obligations, and that Repsol committed an abuse of contractual rights*» (cfr. L. ORTIZ, K. JÖRGENS, *Spanish Supreme Court rejects appeals brought by Repsol and a Mallorca-based service station owner in extraordinary appeal procedure and puts an end to a court battle about mutual compensation and damages claims regarding anti-competitive agreements for the exploitation of service stations*, in *Global Competition Litigation Review*, 2013, 56).

¹⁶⁵⁸ In argomento, fra i più recenti, v. T. D’ALES, A. CONSTANS, *Les pratiques anticoncurrentielles et l’accès aux preuves devant les juridictions civiles et commerciales – La cour d’appel de Paris rappelle que le demandeur doit prendre ses responsabilités*, in *La Semaine Juridique Entreprise et Affaires*, 2014, 1575; C. LEMAIRE, S. NAUDIN, *Le Tribunal de commerce de Paris rejette la demande de rétractation de l’Autorité de la concurrence et maintient son injonction de lui communiquer des pièces issues d’une procédure d’engagements dans le cadre d’un contentieux en réparation (Ma Liste de Courses c/ Highbco, DKT International c/ Eco-emballages et Valoplast)*, in *Concurrences*, 2012, 142.

¹⁶⁵⁹ Si tratta di diritto di ottenere l’esibizione da parte dell’ANC, e non di diritto di accesso da parte dei terzi, giacché nel caso di specie gli attori sono già in possesso dei documenti, avendo partecipato alla fase amministrativa dinanzi all’ANC francese; è tuttavia controverso se l’art. L. 436-6 del cod. comm. autorizzi l’utilizzo dei documenti acquisiti in tale contesto in altri procedimenti, ivi inclusi quelli per il risarcimento del danno anticoncorrenziale. La Cour de Cassation ha dato infatti un’interpretazione particolarmente restrittiva di tale disposizione, affermando che i documenti contenuti nel fascicolo dell’ANC, in quanto coperti dal segreto istruttorio, possono essere utilizzati esclusivamente per garantire l’esercizio dei diritti di difesa della parte che li produce nell’ambito di una procedura giudiziaria (più nel dettaglio, «*le principe du respect des droits de la défense ne justifie la divulgation, dans un procès civil, d’informations couvertes par le secret de l’instruction devant le Conseil de la concurrence devenu l’Autorité de la concurrence, que si cette divulgation, incriminée par l’article L. 463-6 du code de commerce, est nécessaire à l’exercice de ces droits*») (cfr. Cour de Cassation, 19 gennaio 2010, *Semavem c. JVC*, in *Bull. civ.*, 2010, IV; per un commento v. A. FRIBOULET, *Précisions sur la portée du secret de l’instruction devant l’Autorité de la concurrence et ses incidences dans un procès civil*, in *Revue juridique de l’économie publique*, 2010, 677; più in generale, v. anche A. PERA, *Le decisioni con impegni e il rilievo per l’antitrust private enforcement*, cit., 33.

¹⁶⁶⁰ Nel caso di specie, si tratta della decisione dell’ANC francese resa nel contesto del procedimento

prescindere dai possibili effetti sull'attrattività dell'istituto in discussione¹⁶⁶¹, si chiarisce infatti che il diritto al risarcimento del danno da illecito antitrust non può dipendere dalle scelte operate dai soggetti coinvolti nel versante pubblicistico dell'applicazione delle regole di concorrenza¹⁶⁶².

Tali principi vengono in seguito più volte ribaditi, sia nel contesto della stessa controversia¹⁶⁶³, sia nell'ambito di un'azione c.d. *follow on* instaurata in seguito alla chiusura con impegni di un procedimento relativo al mercato del riciclo e della valorizzazione di determinati rifiuti plastici¹⁶⁶⁴. Il contenzioso si sviluppa in tre livelli. Vi è innanzitutto la questione “preliminare” che riguarda nuovamente il diritto di esibizione dei documenti contenuti nel fascicolo della ANC, e coinvolge sia il *Tribunal de commerce* che la *Cour d'Appel* di Parigi, in sede di “reclamo”. Pur non concordano circa l'esatta portata di tale diritto, entrambe le giurisdizioni confermano invece che, per quanto qui interessa, l'adozione di una decisione con impegni non può mai pregiudicare il diritto dei terzi al risarcimento del danno¹⁶⁶⁵. Ma soprattutto, il

amministrativo relativo al mercato dei buoni sconto (cfr. Autorité de la concurrence, 25 giugno 2010, n° 10–D–20, *relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur des coupons de réduction*). In argomento v. Y. UTZSCHNEIDER, A. GLATZ, *France: anti-competitive practices – Competition Authority*, in *European Competition Law Review*, 2010, 187.

¹⁶⁶¹ Con riguardo al caso in discussione, si osserva infatti che «[t]he defendants to the potential damages claim argued that disclosure would lead to a distortion of the settlement procedure. In this regard, it is well-known that the Commission protects settlement submissions against disclosure. However, the French court rejected this argument as the French NCA decision to accept the settlement and close the case could not deprive MLDC of the right to claim compensation for the alleged harm» (cfr. G. DE STEFANO, *Access of damage claimants to evidence arising out of EU cartel investigations: a fast evolving scenario*, in *Global Competition Litigation Review*, 2012, 95, spec. 104).

¹⁶⁶² Più nel dettaglio, si afferma che «[a]ttendu que l'acceptation par l'Autorité des engagements répond aux préoccupations de concurrence soulevées dans cette affaire mais non à l'objectif d'indemnisation des préjudices allégués par le demandeur a la procédure et que la décision administrative de l'Autorité de la concurrence ne peut avoir pour effet de priver le demandeur de toute possibilité de faire valoir ses droits dans le cadre d'un contentieux en indemnisation devant le présent tribunal» (cfr. Tribunal de commerce di Parigi, 24 agosto 2011, *Ma Liste de Courses c. Highco*, su cui v. H. VALLETTE VIALARD, *France: French Competition Authority ordered by the Paris Commercial Court to disclose documents related to a previous antitrust investigation in the context of a civil action for damages*, in *Global Competition Litigation Review*, 2011, 57).

¹⁶⁶³ A fronte del non tempestivo adempimento all'ordine di esibizione da parte dell'ANC (cfr. Tribunal de commerce di Parigi, 16 marzo 2012, *Ma Liste de Courses c. Highco*, su cui v. H. VALLETTE VIALARD, *France: order to the French Competition Authority to disclose documents related to a previous antitrust investigation in the context of a civil action for damages confirmed by the Paris Commercial Court*, in *Global Competition Litigation Review*, 2012, 16, spec. 17, dove si conferma che quest'ultima sentenza ribadisce «that the FCA's decision to accept the commitments offered by HIGHCO and SOGEC ending the competition concerns could not prevent the claimant from seeking private damages»).

¹⁶⁶⁴ Cfr. Autorité de la concurrence, 27 settembre 2010, n° 10–D–29, *relative à des pratiques mises en œuvre par les sociétés Eco-Emballages et Valorplast dans le secteur de la reprise et de la valorisation des déchets d'emballages ménagers plastiques*.

¹⁶⁶⁵ Da un lato, viene infatti ribadito che «[l]'acceptation par l'Autorité de la concurrence d'engagements proposés par une entreprise répond aux préoccupations de concurrence que l'Autorité exprime dans une affaire, en ne qualifiant pas juridiquement les faits incriminés, mais non pas à l'objectif d'indemnisation des préjudices allégués par le demandeur à la procédure et que la décision administrative de l'Autorité de la concurrence ne peut avoir pour effet de priver le demandeur des moyens de faire valoir ses droits dans le cadre d'un contentieux en indemnisation» (cfr. Tribunal de commerce di Parigi, 16 marzo 2012, *DKT International c. Eco Emballages et Valorplast*). Dall'altro lato, anche a fronte delle difese svolte da Valorplast (e cioè una delle imprese nei cui confronti sono stati resi obbligatori gli impegni, la quale «affirme que l'acceptation de la procédure d'engagements d'améliorations ne permet pas de constituer la preuve de l'existence d'un fait dommageable ayant causé un préjudice spécifique à la société DKT», e che «[l]a procédure d'engagement n'ayant pas été déférée doit s'imposer à la société DKT qui ne saurait fonder ses griefs sur les engagements homologues par l'Autorité de la concurrence»), la *Cour d'Appel* ha l'occasione per ribadire che «la procédure d'engagement n'est pas en soi de nature à la priver de l'intérêt à agir ; qu'en effet, le dossier est clos avant toute appréciation définitive des pratiques suscitant des préoccupations de concurrence, sans constant d'infraction, sans constant des de l'absence d'infraction à la concurrence ; que la société DKT International peut, si bon lui semble,

risarcimento viene in seguito effettivamente concesso: basandosi in larga parte sul contenuto della decisione con impegni, il *Tribunal de commerce* riconosce infatti che le preoccupazioni concorrenziali ivi espresse dalla ANC sono sufficienti a ritenere che una violazione delle regole antitrust si sia in realtà verificata prima dell'accoglimento degli impegni¹⁶⁶⁶. Si ha quindi l'apertura alla possibilità di azioni *follow-on* basate esclusivamente su provvedimenti "patteggiati"¹⁶⁶⁷.

Analoghe aperture si registrano anche nell'ordinamento italiano. Si è visto innanzitutto che la giurisprudenza civile riconosce una certa rilevanza alle decisioni con impegni (e invero anche agli atti endoprocedimentali) nella prospettiva della tutela d'urgenza¹⁶⁶⁸. Ma soprattutto, nel contesto dell'ampio contenzioso antitrust sorto dinnanzi al Tribunale di Milano nel settore delle telecomunicazioni¹⁶⁶⁹, si sviluppano anche le prime azioni c.d. *follow-on* instaurate sulla base di una decisione con impegni.

Il punto di partenza è rappresentato dal provvedimento dell'AGCM in cui si accerta che alcune compagnie telefoniche, e in particolare Telecom Italia e Wind hanno violato l'art. 102 TFUE, discriminando fra le proprie divisioni commerciali e alcune imprese terze con riguardo ai prezzi di determinati servizi necessari a operare sul mercato della terminazione di chiamate fisso-mobile su rete telefonica¹⁶⁷⁰. A partire dal 2013, varie imprese clienti di Telecom Italia, e quindi concorrenti delle relative divisioni commerciali, presentano azioni di risarcimento. Gli esiti delle cause sono variabili. In un caso, il diritto viene ritenuto prescritto¹⁶⁷¹. Negli altri due, il

rechercher et déterminer quels éléments sont constitutifs, selon elle, de faits de concurrence prohibée lui causant préjudice» (cfr. Cour d'Appel di Parigi, 24 settembre 2014, *Eco-Emballages et Valorplast c. DKT International*, spec. 5 e 9)

¹⁶⁶⁶ Cfr. Tribunal de commerce di Parigi, 30 marzo 2015, *DKT International c. Eco-Emballages et Valorplast*.

¹⁶⁶⁷ Per completezza, si può osservare che vi è in realtà un precedente in cui la giurisprudenza francese ha già riconosciuto il diritto al risarcimento del danno in seguito a una decisione con impegni (cfr. Tribunal de commerce di Parigi 27 dicembre 2012, *Google c. Navx*). La prospettiva è però diversa. In tale caso, non si tratta infatti di risarcimento del danno da illecito antitrust. Piuttosto, il risarcimento viene concesso perché gli impegni portano alla rottura di determinate relazioni contrattuali. Sul punto v. anche *infra* il capitolo 4, § 3.4.2.

¹⁶⁶⁸ Il riferimento è all'accettazione da parte della Corte di Appello di Milano della richiesta cautelare di sospensiva dell'assegnazione dei diritti televisivi per il campionato di calcio di Serie A (per i riferimenti cfr. *supra* la nota 1583, nel capitolo 4, § 3.3.2.).

¹⁶⁶⁹ In questa sede ci si limita all'esame del contenzioso c.d. *follow-on* relativo a AGCM 25 gennaio 2007, n. 16380, A357 – *Tele2/TIM-Vodafone-Wind*, in *Boll.* n. 29/2007 Sull'argomento, più in generale, v. V. MOSCA, *Le azioni di private enforcement antitrust nel settore delle comunicazioni elettroniche*, in *Federalismi*, 2-2015, 2, dove i riferimenti sia ad alcune azioni c.d. *follow-on* relative a altri procedimenti dell'AGCM (cfr. Trib. Milano 3 marzo 2014, *Brennercom c. Telecom Italia*, in *www.dejure.it*, che segue AGCM 16 novembre 2004, n. 13752, A351 – *Comportamenti abusivi di Telecom Italia*, in *Boll.* n. 47/2004), sia ad alcune azioni c.d. *stand-alone* (cfr. Trib. Milano 17 ottobre 2014, *Okcom c. Telecom*, in *www.dejure.it*, e Trib. Milano 23 giugno 2014, *Eutelia c. Telecom*, in *www.dejure.it*).

¹⁶⁷⁰ Più nel dettaglio, sono «configurabili come pratiche discriminatorie nei rispettivi mercati all'ingrosso dei servizi di terminazione sulle proprie reti, e consistenti nell'applicazione alle proprie divisioni commerciali di condizioni tecniche e/o economiche per la terminazione delle chiamate fisso-mobili sulle proprie reti più favorevoli rispetto a quelle praticate ai propri concorrenti» (cfr. AGCM, A357 – *Tele2/TIM-Vodafone-Wind*, cit.).

¹⁶⁷¹ Cfr. Trib. Milano 15 aprile 2014, *Uno Communications c. Telecom Italia*, in *www.dejure.it*. La sentenza contiene nondimeno molti dei passaggi significativi che si ritrovano anche nelle sentenze in cui il risarcimento è stato concesso, come ad esempio gli incisi relativi all'elemento di continuità fra procedimento pubblico e privato perché un'azione si possa qualificare come *follow-on* («l'elemento della continuità rispetto all'indagine dell'Autorità

Tribunale accoglie invece le richieste di risarcimento, liquidando in un'occasione il danno emergente¹⁶⁷², e nell'altra il lucro cessante¹⁶⁷³, ma quantificando entrambe le voci grazie all'esperimento di una CTU¹⁶⁷⁴. A prescindere da tale aspetto, in entrambi i casi viene quindi confermata l'esistenza dell'abuso di posizione dominante già individuato dall'AGCM. Gli effetti dell'accertamento sono (correttamente) riconosciuti nei confronti delle imprese ricorrenti, anche se queste non hanno partecipato all'istruttoria dinnanzi all'AGCM, e la loro posizione non è stata dunque ivi esaminata: la qualifica di un'azione come *follow-on* dipende infatti dalla continuità fra procedimento pubblico e privato con riguardo al lato dei soggetti che infrangono le regole di concorrenza, e non a quello dei potenziali danneggiati¹⁶⁷⁵; nei casi di specie vi sono inoltre presunzioni sufficienti a far ritenere che le ricorrenti si trovino in posizioni non dissimili da quelle di altre imprese clienti di Telecom Italia e Wind che sono state valutate nel corso delle indagini dell'AGCM¹⁶⁷⁶.

Al di là del (pur significativo) meccanismo di duplice presunzione utilizzato per accordare il risarcimento del danno¹⁶⁷⁷, la pronuncia in discussione appare ancor più rilevante se inserita nel complesso del contenzioso che segue il già citato

garante (il c.d. follow-on) va valutato rispetto al soggetto indagato e/o sanzionato, piuttosto che rispetto alla vittima», tanto che «non assume particolare rilievo la circostanza che [l'attrice] non sia stata parte del procedimento svoltosi davanti all'AGCM, né in veste di denunciante, né in veste di interveniente».

¹⁶⁷² Nella forma dei maggiori costi sostenuti a causa della discriminazione (cfr. Trib. Milano 13 febbraio 2013, *Okcom c. Telecom Italia*, in ec.europa.eu/competition/elojade/antitrust/nationalcourts).

¹⁶⁷³ Nella forma della compressione dei margini di guadagno conseguente alla discriminazione (cfr. Trib. Milano 27 dicembre 2013, *Brennercom c. Telecom Italia*, in www.dejure.it).

¹⁶⁷⁴ Nel primo caso, pur riconoscendo che tale strumento risente della limitatezza dei dati disponibili su cui è effettuata, e sebbene il risultato espresso non può «essere inteso come un risultato contabile preciso», il Tribunale precisa infatti che la CTU costituisce «tuttavia un serio valore di riferimento dei maggiori costi sopportati» dall'impresa ricorrente al quale il Tribunale ritiene quindi opportuno uniformarsi, anche considerato che la società convenuta, «la quale certamente avrebbe potuto fornire utili contributi quanto alle condizioni economiche applicate alle proprie divisioni commerciali e alle offerte commerciali diffuse all'epoca, non ha al contrario ritenuto di fornire ulteriori elementi che avrebbero consentito l'ampliamento dell'esame e un conteggio maggiormente rappresentativo» (cfr. Trib. Milano 13 febbraio 2013, *Okcom c. Telecom Italia*, cit.). Nel secondo caso, si afferma in senso analogo che «per la valutazione del risarcimento conseguente all'abuso di posizione dominante imputato a Telecom si debba necessariamente procedere ad una scelta di tipo discrezionale, posto che nella prospettazione del c.d. scenario controfattuale non è possibile pervenire a dati certi, ma ci si deve attenere a semplici ipotesi, sia pure supportate dai criteri della scienza econometrica cui hanno fatto riferimento i CTU» (cfr. Trib. Milano 27 dicembre 2013, *Brennercom c. Telecom Italia*, cit.).

¹⁶⁷⁵ Infatti, «[n]on può dirsi che la presente azione sia un "azione follow-on in senso stretto, ma deve comunque rilevarsi che l'elemento del follow-on va valutato rispetto al soggetto indagato e sanzionato piuttosto che rispetto alla vittima. Non si può pretendere infatti che di fronte ad un comportamento che abbia visto una pluralità di vittime, fino ad una vasta categoria di consumatori (si pensi ai danni diffusi ad una certa classe), tutti detti soggetti debbano essere coinvolti nell'indagine dell'AGCM, come denunciati o almeno come intervenienti» (cfr. Trib. Milano 27 dicembre 2013, *Brennercom c. Telecom Italia*, cit.).

¹⁶⁷⁶ Ad esempio, in uno dei due casi il Tribunale ritiene che sussistano elementi «tali da introdurre forti e concordanti presunzioni che inducono a ritenere che la situazione [dell'impresa ricorrente] fosse la stessa degli altri operatori valutati in sede di istruttoria dal Garante, [anche perché], a fronte di tale quadro presuntivo, Telecom non ha fornito elementi che consentano di differenziare la posizione [dell'impresa ricorrente] rispetto agli altri [operatori concorrenti] espressamente considerati» nell'istruttoria» (cfr. Trib. Milano 13 febbraio 2013, *Okcom c. Telecom Italia*, cit.). E del resto, è chiaro che dei risultati dell'attività dell'AGCM «si possano avvantaggiare non solo i soggetti strettamente coinvolti nell'indagine, ma altresì coloro che si trovino in posizioni identiche o simili o che comunque possano sortire o aver subito un pregiudizio in conseguenza dei comportamenti presi in considerazione delle indagini dell'Autorità» (cfr. Trib. Milano 27 dicembre 2013, *Brennercom c. Telecom Italia*, cit.).

¹⁶⁷⁷ Concernente, come appena visto, sia il nesso causale fra illecito accertato dall'AGCM e posizione giuridica delle imprese ricorrente, sia la quantificazione del risarcimento.

provvedimento n. 16380/2007 dell'AGCM. Nella sua fase iniziale, il procedimento A357 coinvolge infatti anche una terza compagnia telefonica, e cioè Vodafone. Nel corso dell'istruttoria, tale impresa ottiene però l'accettazione degli impegni presentati. Nei suoi confronti il procedimento si chiude quindi senza l'accertamento di alcun illecito. Tuttavia, anche alcune imprese sue clienti avviano azioni civili per ottenere il risarcimento del danno antitrust, facendo affidamento sul fatto che le condotte illecite inizialmente contestate a Vodafone sono equivalenti a quelle poi effettivamente accertate dall'AGCM nei confronti di Telecom Italia e Wind.

Anche in questo caso, l'esito del contenzioso è variabile a causa della prescrizione: solo in un'ipotesi il risarcimento viene effettivamente concesso¹⁶⁷⁸. Ciascuno dei provvedimenti è comunque significativo perché contribuisce a definire il rapporto fra decisioni con impegni e azioni di risarcimento. In via preliminare, si riconosce la natura c.d. *follow-on* delle controversie¹⁶⁷⁹: come già avvenuto dinnanzi alle corti spagnole e francesi, si pone quindi la questione di quale valore attribuire alle decisioni con impegni e agli atti istruttori e endoprocedimentali¹⁶⁸⁰. Nel caso in cui il risarcimento viene concesso si registra la posizione di maggiore apertura. Il provvedimento con impegni è innanzitutto decisivo ai fini della decisione del Tribunale di esperire una CTU necessaria per valutare le richieste di esibizione di documenti presentate dall'impresa ricorrente¹⁶⁸¹. Ma soprattutto, si afferma che la chiusura "patteggiata" del procedimento non impedisce al giudice nazionale di basare il proprio convincimento circa l'avvenuta violazione delle regole di concorrenza sul contenuto del provvedimento che accoglie gli impegni, così come sugli elementi

¹⁶⁷⁸ Cfr. Trib. Milano 1° ottobre 2013, *Teleunet c. Vodafone*, in ec.europa.eu/competition/elojade/antitrust/nationalcourts. Nelle altre due fattispecie, l'azione viene invece considerata prescritta (cfr. Trib. Milano 3 aprile 2014, *Uno Communications c. Vodafone*, in www.dejure.it; Trib. Milano 14 ottobre 2014, *Fastweb c. Vodafone*, in www.giurisprudenzadelleimprese.it).

¹⁶⁷⁹ In tal senso (e sulla falsariga di Trib. Milano 27 dicembre 2013, *Brennercom c. Telecom Italia*, cit., e Trib. Milano 13 febbraio 2013, *Okcom c. Telecom Italia*, cit.) si conferma ad esempio che «l'elemento della continuità rispetto all'indagine dell'[AGCM] (il c.d. follow-on) va valutato rispetto al soggetto indagato e/o sanzionato, piuttosto che rispetto alla vittima» (cfr. Trib. Milano 3 aprile 2014, *Uno Communications c. Vodafone*, cit.), e si afferma con ancora maggiore chiarezza che «[s]i tratta di un'azione di tipo "follow on" poiché, da un punto di vista tanto cronologico quanto funzionale, segue il procedimento A357 [...] e si fonda, in particolare, sulla CRI ("comunicazione delle risultanze istruttorie")» (cfr. Trib. Milano 14 ottobre 2014, *Fastweb c. Vodafone*, cit.).

¹⁶⁸⁰ In linea di principio, Vodafone afferma infatti che «nessun valore di "accertamento" nei [suoi] confronti [...] può riconoscersi agli atti dell'istruttoria del procedimento A/357 AGCM, dato che per quest'ultima il procedimento è stato chiuso "con impegni" e quindi senza che ne venisse accertata l'infrazione» (cfr. Trib. Milano 3 aprile 2014, *Uno Communications c. Vodafone*, cit.).

¹⁶⁸¹ Cfr. Trib. Milano 20 maggio 2011. In effetti, già tale circostanza evidenzia che il Tribunale riconosce una qualche rilevanza ai fini del procedimento civile alla decisione con impegni adottata dall'AGCM nei confronti di Vodafone, quantomeno laddove letta in parallelo al provvedimento di accertamento emesso dalla medesima Autorità nei confronti delle altre compagnie telefoniche coinvolte. Sul punto, v. A. PERA, *Le decisioni con impegni e il rilievo per l'antitrust private enforcement*, cit., 385, anche per ulteriori riferimenti fra i quali, in particolare, v. Trib. Palermo 15 luglio 2011.

raccolti nel corso dell'istruttoria¹⁶⁸² e sulla valutazione preliminare¹⁶⁸³. La portata dei principi affermati va senza dubbio temperata alla luce delle peculiarità del caso di specie, e in particolare al fatto che si tratta di una sorta di contenzioso “ibrido”, in cui all'accoglimento degli impegni si accompagna l'adozione di una decisione di accertamento¹⁶⁸⁴. Vi sono tuttavia incisi davvero significativi, come quello dove viene attribuito alla decisione con impegni «*il valore di prova privilegiata quanto alla posizione rivestita dalla parte sul mercato ed al suo abuso*»¹⁶⁸⁵, che dimostrano un'apertura tanto decisa quanto problematica¹⁶⁸⁶ verso la possibilità di azionare in sede civile anche le decisioni con impegni.

Come si diceva, nel caso di specie il ragionamento è giustificabile alla luce del fatto che la stessa accettazione degli impegni da parte dell'AGCM era probabilmente inopportuna, e la condotta di Vodafone (al pari di quella delle altre imprese telefoniche coinvolte) rappresentava quindi una violazione dell'art. 102 TFUE capace di originare un danno antitrust per le imprese clienti. Pur riconoscendo la possibilità di utilizzare le decisioni negoziate nel corso dei giudizi civili, non sorprende che già nelle altre sentenze relative al procedimento A357 si sia cercato al tempo stesso di limitare la portata di alcuni dei principi espressi¹⁶⁸⁷.

¹⁶⁸² Il Tribunale prende atto del fatto che il procedimento amministrativo si è chiuso con l'accettazione di impegni da parte dell'AGCM, ma spiega che «*il diverso esito del procedimento [...] non [può] privare di rilievo gli elementi raccolti nel corso dell'indagine dell'AGCM anche nei confronti della convenuta [poiché] la valutazione di idoneità degli impegni da parte dell'Autorità nel rispetto del principio di proporzionalità, non possa che presupporre una condotta anticoncorrenziale [...] in considerazione della strumentalità dei primi per elidere le conseguenze distorsive della seconda*» (cfr. Trib. Milano 1 ottobre 2013, *Teleunitt c. Vodafone*, cit.).

¹⁶⁸³ *Rectius*, nella c.d. Comunicazione delle risultanze istruttorie (in seguito, la “CRI”), trattandosi di procedimenti dinnanzi all'AGCM. La questione della rilevanza in un giudizio civile della CRI comune a imprese nei confronti delle quali il procedimento si sia chiuso con l'accertamento e imprese che abbiano ottenuto l'accoglimento degli impegni proposti è meglio approfondita nel corso di uno dei casi in cui il diritto al risarcimento è poi considerato prescritto: si osserva infatti che «*se è vero che la CRI rappresenta un atto endoprocedimentale individuale, valido per ciascuna parte, non può ignorarsi quanto dalla stessa CRI risulta a carico di Vodafone, secondo le indagini condotte dall'AGCM, e quanto emerge dal provvedimento finale sanzionatorio adottato nei confronti di Telecom e Wind [...] per comportamenti analoghi a quelli originariamente imputati a Vodafone secondo le risultanze istruttorie contenute nella CRI [...] forniscono quantomeno elementi indiziari a favore della tesi di parte attrice [...]*»; il fatto che «*il procedimento A357 si sia concluso nei confronti di Vodafone, a seguito dell'accettazione da parte dell'Agcm degli impegni presentati, rendendoli obbligatori per laponente [e che] [p]ertanto, il provvedimento 17131 che ha concluso il procedimento A357 non coinvolge direttamente Vodafone. In questo caso, tale circostanza non incide sul valore di elementi indiziari tanto del provvedimento 17131 quanto della CRI del 28 luglio 2006*» (cfr. Trib. Milano 14 ottobre 2014, *Fastweb c. Vodafone*, cit.).

¹⁶⁸⁴ Viene infatti più volte precisata «*la sostanziale corrispondenza dei comportamenti anticoncorrenziali di Tim, Vodafone e Wind accertati nel corso dell'istruttoria*», o in altri termini che «*[g]li elementi raccolti nel corso del procedimento A/357 dell'AGCM nel corso di un'articolata ed approfondita istruttoria [...] hanno inoltre messo in luce la condotta abusiva della posizione dominante dei tre operatori sotto il profilo della discriminatorietà dei prezzi praticati alle proprie divisioni commerciali più favorevoli rispetto a quelli imposti agli operatori terzi*», come denunciato dall'impresa ricorrente in sede civile (cfr. Trib. Milano 1 ottobre 2013, *Teleunitt c. Vodafone*, cit.).

¹⁶⁸⁵ Cfr. Trib. Milano 1 ottobre 2013, *Teleunitt c. Vodafone*, cit.).

¹⁶⁸⁶ Non fosse altro che alla luce dei diversi obiettivi, nonché della diversa portata, che caratterizzano la fase istruttoria e la redazione dei documenti (finali e endoprocedimentali) nei procedimenti “patteggiati”, rispetto a quelli destinati a chiudersi con un provvedimento di accertamento (cfr. *supra* il capitolo 4, § 3.3.3.).

¹⁶⁸⁷ Il Tribunale afferma infatti che il fatto che Vodafone «*ha presentato impegni [...] così uscendo dall'indagine e sottraendosi [a]lle sanzioni erogate [...] naturalmente incide sulla utilizzabilità dei suoi confronti degli accertamenti compiuti in quella sede, quantomeno ai fini della definizione del comportamento attuato come illecito antitrust*», ma non approfondisce oltre la questione, ritenendo che l'eccezione di prescrizione sia assorbente rispetto al merito (cfr. Trib. Milano 3 aprile 2014, *Uno Communications c. Vodafone*, cit.).

3.3.5 (segue): l'ipotesi dei meccanismi di c.d. *public compensation* (brevi cenni).

L'esame della casistica nazionale permette di affrontare da una diversa prospettiva il tema della funzione compensativa del sistema di applicazione (pubblica e privata) delle regole di concorrenza. Si è detto che tale funzione è di regola una prerogativa del versante privatistico. Si tende infatti a considerare inopportuno che la Commissione possa includere misure volte a rimediare ai pregiudizi subiti dai privati nell'ambito delle decisioni con cui accerta una violazione delle regole di concorrenza. La funzione tipica del *public enforcement* è infatti quella di proteggere l'interesse generale, mediante la scoperta degli illeciti e la sanzione delle imprese che infrangono gli artt. 101 e 102 TFUE, anche al fine di disincentivare la commissione di nuovi illeciti; funzione cui si accompagna quella di contribuire alla chiarificazione del contenuto delle regole, in modo da evitare le c.d. violazioni inconsapevoli. L'interesse dei privati al ristoro del pregiudizio subito a causa di una violazione delle regole di concorrenza è invece estranea ai compiti della Commissione (e in linea di principio delle ANC). Ciò si riflette nel carattere unilaterale e autoritativo del tradizionale modello di applicazione delle regole antitrust dell'Unione, che a sua volta determina la natura coercitiva e afflittiva delle decisioni di accertamento.

Si è visto che tali caratteristiche si sfumano nel contesto delle procedure "patteggiate", in virtù della natura negoziale che accomuna impegni e accordi transattivi. Se tale circostanza è causa delle varie problematiche già esaminate (ad esempio con riguardo alla chiarificazione delle regole, all'*accountability* dell'attività della Commissione, all'effetto deterrente, alla diffusione delle azioni c.d. *follow-on*), l'allontanamento dal sistema applicativo di stampo pubblicista in favore di un modello basato sul consenso delle parti permette al tempo stesso di immaginare soluzioni alternative che, alla difesa dell'interesse generale alla concorrenzialità dei mercati, affianchino strumenti più effettivi di tutela dei privati vittime di un illecito antitrust.

Il riferimento è ai meccanismi di c.d. *public compensation*, in virtù dei quali la Commissione potrebbe subordinare l'accoglimento di impegni e proposte transattive alla condizione che queste ultime prevedano a carico delle imprese "patteggianti" (anche) misure di natura restitutoria o compensativa idonee a riparare (almeno in parte) gli effetti negativi *medio tempore* verificatesi (e quindi già subiti dai terzi) a causa dalle condotte oggetto di istruttoria. Il modello è simile a quello dei c.d. *cy près remedies*, strumento giuridico diffuso nella prassi statunitense relativa alle azioni collettive (anche) antitrust. Secondo tale meccanismo, se è impossibile o troppo complicato individuare i singoli soggetti danneggiati, ovvero quantificare il danno subito da ciascuno di essi (come accade di regola nei casi di accordi orizzontali), le imprese danneggianti devono comunque corrispondere delle somme in funzione correttiva che vengono utilizzate a beneficio della classe di soggetti che ha subito il pregiudizio

dall'illecito¹⁶⁸⁸, secondo il criterio del c.d. *next best use*¹⁶⁸⁹. L'idea di base è che è sufficiente che vi sia un collegamento fra coloro che hanno effettivamente subito un pregiudizio dall'illecito antitrust e la categoria di soggetti che riceve i benefici del meccanismo di “compensazione”¹⁶⁹⁰. Si pensi all'ipotesi di un cartello fra banche volto ad innalzare i tassi di interesse praticati sui prestiti effettuati: si può ad esempio prevedere la creazione di un fondo volto ad aiutare i debitori che si trovino in difficoltà nel restituire i prestiti erogati, ovvero a favorire la futura erogazione di prestiti a tassi di interesse agevolato. Il fondo non compensa i soggetti effettivamente danneggiati (*i.e.*, i soggetti che hanno ottenuto un prestito a tassi falsati dal cartello), ma beneficia una classe di soggetti a questi collegati (*i.e.*, i debitori in difficoltà o i futuri debitori). In alcuni casi, il nesso è particolarmente intenso ed è possibile creare meccanismi di “compensazione” che riguardano quasi esattamente i soggetti danneggiati dalla violazione antitrust¹⁶⁹¹. Ciò si verifica ad esempio quando vi è corrispondenza fra consumatori passati e futuri: in questo caso è sufficiente prevedere degli sconti per gli acquisti futuri, secondo il modello della c.d. *fluid recovery*¹⁶⁹².

Come si diceva, tali soluzioni non si adattano ai casi in cui il procedimento pubblico si svolge secondo la procedura ordinaria. La divisione fra l'attività amministrativa (di tutela dell'interesse pubblico) e quella riservata ai giudici civili (di tutela dei diritti soggettivi) è infatti piuttosto marcata: la Commissione non può ordinare alle imprese che hanno infranto gli artt. 101 e 102 TFUE di “compensare” determinati soggetti privati, neppure se individuati in base ai peculiari criteri appena ricordati. La situazione sembra porsi in modo differente nel contesto delle soluzioni “patteggiate”. La natura negoziale riduce la rilevanza delle ragioni appena riportate che, di regola, impediscono l'uso di tali forme di rimedi: infatti, non si tratta (più) di imporre in via unilaterale la tutela di specifici diritti soggettivi nel corso del procedimento pubblico volto alla tutela dell'interesse generale al rispetto degli artt. 101 e 102 TFUE, ma piuttosto di dare atto che nel corso del “patteggiamiento”

¹⁶⁸⁸ O meglio, nel contesto delle azioni collettive «*a cy-près distribution means that the class is entitled (via either a judgment or settlement) to a sum of damages, but distribution of these damages to the class members individually or collectively is impracticable or infeasible*» (cfr. R. MUELHERON, *Cy-près Damages Distribution in England: a New Era for Consumer Redress*, in *European Business Law Review*, 2009, 307, spec. 308).

¹⁶⁸⁹ Ciò significa che i giudici possono «*use cy-près principles to distribute unclaimed funds. In such a case, the unclaimed funds should be distributed for a purpose as near as possible to the legitimate objectives underlying the lawsuits, the interest of class members, and the interests of those similarly situated*» (cfr. *Airline Ticket Comm Antitrust Litig Travel Network Ltd v. United Air Lines Inc.*, 307 F 3d 679, 682 (8th cir 2002)).

¹⁶⁹⁰ Infatti, il meccanismo di c.d. *public compensation* «*serves as a general corrective justice mechanism which promotes distributive justice by transferring wealth from the violators to a class of affected parties. The compensation does not necessarily reach the direct victims, yet it aims to remedy, to some extent, the effects of the infringement by transferring resources to a class*» (cfr. A. EZRACHI, M. IOANNIDOU, *Access to Justice in European Competition Law – Public Enforcement as a Supplementary Channel for “Corrective Compensation”*, in *Asia Pacific Law Review*, 2011, 195, spec. 209).

¹⁶⁹¹ Tanto che si afferma che «*by accepting such commitments, the [NCA] “generates” quasi private enforcements*» (cfr. C.I. NAGY, *Commitments as Surrogates of Civil Redress in Competition Law*, cit., 531).

¹⁶⁹² Infatti, «*[t]he cy pres doctrine is sometimes known as the fluid recovery rule, although fluid recovery more precisely applies to an effort to approximate the injured class of consumer through the provision of relief to future consumers, e.g. by discounting the price in future sales*» (cfr. A.A. FOER, *Enhancing Competition Through The Cy Pres Remedy*, cit., 86, spec. nota 2).

imprese e Commissione si sono accordate, fra le altre cose, sulla predisposizione di tali soluzioni¹⁶⁹³. Nell'ambito della procedura di cui all'art. 9 reg. (CE) n. 1/2003, la previsione di impegni idonei ad alleviare gli effetti negativi per i terzi già verificatesi può ad esempio rappresentare una delle misure immaginate per risolvere le preoccupazioni concorrenziali inizialmente rilevate dalla Commissione. La natura negoziale delle procedure "patteggiate" sminuisce inoltre l'importanza, rispetto alle ipotesi di azioni collettive, della corretta individuazione dei soggetti che fanno parte della classe: non si tratta infatti di una condizione di legittimazione attiva, ma (di nuovo) solamente di uno degli elementi su cui si è raggiunto il consenso fra Commissione e imprese.

L'ipotesi in discussione solleva com'è ovvio diverse problematiche e perplessità¹⁶⁹⁴. Ad esempio, l'attribuzione di tale funzione alla Commissione comporta un onere in termine di risorse pubbliche (ad esempio per "quantificare" la somma da destinare ai meccanismi di c.d. *public compensation*¹⁶⁹⁵, nonché per la loro realizzazione), con effetti potenzialmente negativi per la sua attività di guardiana della concorrenza. Più in generale, è in effetti necessario immaginare meccanismi di raccordo fra *private* e *public enforcement*, anche al fine di evitare fenomeni di sovra-compensazione (e quindi ingiustificato arricchimento¹⁶⁹⁶), non in linea con le

¹⁶⁹³ Con riguardo alle procedure transattive, si osserva ad esempio che «[s]ettlements provides a welcome additional stage in the cartel enforcement pyramid between a decision no to proceed and a full adversarial engagement [...] also provid[ing] an arena for negotiation which might allow further options including restitution for past illegality and mechanism to prevent future infringement», dando così luogo alla «possibility for implementing ideas of "restorative justice"» (cfr. S. WILKS, *A Political Science Approach: Restorative Justice and the "Fairness Critique"*, cit., 96-97).

¹⁶⁹⁴ Si osserva ad esempio che «una simile prassi pone [...] taluni problemi di compatibilità, da un lato, con la funzione tipica del public enforcement – ossia la risoluzione delle criticità concorrenziali in funzione dell'interesse generale al buon funzionamento del mercato –, dall'altro con la successiva determinazione di un equo risarcimento in sede civile» (cfr. A. PERA, *Le decisioni con impegni e il rilievo per l'antitrust private enforcement*, cit., 30-31). Ancora si ritiene che «[t]he fact that fines can only be imposed insofar as an infringement is found and that commitment decisions do not establish "whether or not there has been [...] an infringement" excludes at the same time that an Article 9 decision may contain fines or make binding any commitment to pay money by the undertaking concerned» (cfr. P. CAVICCHI, *The European Commission's discretion as to the adoption of Article 9 decisions*, cit., 8). Analogamente, si osserva che «[i]t is not possible in an Article 9 decision for the Commission to accept a commitment to pay a sum of money», pur precisando che «[t]his limitation follows from the Regulation and not from the Treaty itself» (cfr. E. DE SMIJTER, A. SINCLAIR, *The Enforcement System under Regulation 1/2003*, cit., 130, spec. nota 137).

¹⁶⁹⁵ In realtà, si può osservare che talvolta, se non la Commissione, almeno le ANC già forniscono una sorta di "quantificazione" del danno causato dalle violazioni delle regole di concorrenza che vengono accertate, se non altro al fine di meglio identificarne gli effetti anticoncorrenziali (cfr., fra i più recenti, AGCM 27 febbraio 2014, n. 24823, I760 – *Roche-Novartis/Farmaci Avastin E Lucentis*, in *Boll.*, n. 11/2014, § 149), dove viene stimato il pregiudizio subito (*i.e.*, il maggior costo sostenuto) dal Servizio Sanitario Nazionale a causa dell'intesa posta in essere dalle imprese parte del cartello, specificando che «la finalità di tale esercizio è stata quella di dimostrare unicamente che la condotta contestata alle parti ha prodotto rilevanti effetti sul mercato e, di conseguenza, le stime assumono rilievo nell'ambito del presente procedimento unicamente per dimostrare la sussistenza di tali effetti, ma non per giungere alla loro esatta quantificazione. Al proposito si rileva che tali stime sono limitate ai maggiori costi sostenuti dal solo SSN e non prendono in considerazione quelli a carico dei pazienti curatisi a proprie spese all'interno di strutture sanitarie private o comunque con il ricorso a prestazioni». Lo "sforzo" aggiuntivo in termini di risorse pubbliche potrebbe quindi non essere poi così superiore. Peraltro, si rileva in ogni caso che «the amount of the compensation should not be determined by the competition authority but rather proposed by the infringer», mentre «[t]he role of the competition authority should be limited to the decision whether or not to reward the company by ending the investigation» (cfr. J.H.J. BOURGEOIS, S. STRIEVI, *EU competition Remedies in Consumer Cases*, cit., 244).

¹⁶⁹⁶ L'ipotesi più semplice è che «[w]here part of the public compensation is directly paid» a soggetti che

tradizioni costituzionali di vari Stati membri. L'idea non è infatti quella di sostituire il *private enforcement* con l'istituto della c.d. *public compensation*¹⁶⁹⁷. I due strumenti sono piuttosto fra loro complementari: così come il versante privato può aiutare quello pubblico ai fini della deterrenza del sistema, l'azione pubblica può aiutare i privati ad ottenere una sorta di “compensazione” per il pregiudizio subito¹⁶⁹⁸; il fine è quello di migliorare l'efficacia e l'efficienza complessiva del sistema di applicazione delle regole di concorrenza, in ciascuno dei tre piani funzionali¹⁶⁹⁹. Il sistema è più efficace perché la “compensazione” si materializza in modo certo e rapido: in modo certo, perché non dipende dall'iniziativa e dagli incentivi dei soggetti danneggiati, né dall'alea che caratterizza il contenzioso civile (anche) antitrust¹⁷⁰⁰; in modo rapido¹⁷⁰¹, perché si verifica già nel corso della procedura pubblica di applicazione delle regole antitrust, senza i tempi necessari a che i soggetti danneggiati azionino in sede civile il provvedimento adottato dalla Commissione. Tale circostanza evidenzia anche le ragioni della maggiore efficienza: si riduce infatti (almeno in parte) la necessità di esperire azioni c.d. *follow-on*, tipologia di contenzioso che si è visto rappresentare un inefficiente meccanismo di duplicazione dei costi di *enforcement* e delle spese di difesa

successivamente avviano anche un'azione c.d. *follow-on*, «*that sum could be deducted from any future damages they obtain through the courts*» (cfr. A. EZRACHI, M. IOANNIDOU, *Access to Justice in European Competition Law*, cit., 214). Infatti, premesso che «*if the harm is not entirely repaired, victims should be perfectly entitled to initiate a private claim until they have received full compensation for the loss suffered (i.e., payment of the difference)*», si chiarisce che «*[a]dditional compensation is of course not possible for victims that have been compensated in a private settlements*» (cfr. J.H.J. BOURGEOIS, S. STRIEVI, *EU competition Remedies in Consumer Cases*, cit., 252).

¹⁶⁹⁷ In tal senso, cfr. sia A. EZRACHI, M. IOANNIDOU, *Access to Justice in European Competition Law*, cit., 214 («*the proposed mechanism is complementary to private enforcement [and] injured parties should not be barred from launching damages actions in courts*»), sia J.H.J. BOURGEOIS, S. STRIEVI, *EU competition Remedies in Consumer Cases*, cit., 244 («*this measure is not a substitute for private damages actions but part of public enforcement of competition rules*»).

¹⁶⁹⁸ Infatti, «*[e]ven if the main purpose of public enforcement is the public interest, this does not exclude that competition authorities simultaneously satisfy more specific private interest. In the same way as an efficient system of private enforcement can contribute to the public policy objective of deterring infringements, a well-designed system of public enforcement can – and should – contribute to compensating victims [...]. This goal could be achieved by accepting compensation as an alternative form of undertaking in the commitment procedure or by taking compensation into account as a mitigating circumstance in the setting of fines*» (cfr. J.H.J. BOURGEOIS, S. STRIEVI, *EU competition Remedies in Consumer Cases*, cit., 242-243).

¹⁶⁹⁹ In effetti, si osserva che l'istituzione di un qualche meccanismo di c.d. *public compensation* «*would enhance the efficiency of enforcement as a whole because it would lead to more private and public enforcement and would help achieve punishment and deterrence, which benefits public enforcements*» (cfr. J.H.J. BOURGEOIS, S. STRIEVI, *EU competition Remedies in Consumer Cases*, cit., 252).

¹⁷⁰⁰ Pertanto, un primo vantaggio del meccanismo in discussione «*could be that it may make legally existing but practically unenforceable rights a reality*» (cfr. C.I. NAGY, *Commitments as Surrogates of Civil Redress in Competition Law*, cit., 532); in altri termini, «*[t]he gap which public compensation would aim to fill, concerns instances where injured parties do not obtain compensation in court, despite the theoretical ability to launch a follow on claim*», in particolare con riguardo ai casi «*where the injured parties are numerous and cannot be easily identified*», e cioè quelli in cui l'illecito «*affect[s] disperse consumers*», e quindi uno scenario che rappresenta «*[a]s a matter of public policy, [...] the most acute example of limited access to justice [...] due to the sub-optimal landscape for European collective actions*» (cfr. A. EZRACHI, M. IOANNIDOU, *Access to Justice in European Competition Law*, cit., 210).

¹⁷⁰¹ Da una diversa prospettiva, la rapidità riguarda anche il procedimento pubblico in quanto tale, specie nel caso in cui si tratti di una decisione con impegni. Si riducono infatti ulteriormente i (già limitati – cfr. *supra* la nota 1328, nel capitolo 4, § 2.1.2.4.) margini di impugnazione delle decisioni che chiudono l'istruttoria pubblica da parte di soggetti terzi, alla luce degli effetti positivi che provvedimenti che contengono misure di natura “compensativa” e “correttiva” hanno sui consumatori. Infatti, «*[c]ompetitors may be less inclined to appeal a decision that benefits consumers because this would be bad publicity for them*» (cfr. J.H.J. BOURGEOIS, S. STRIEVI, *EU competition Remedies in Consumer Cases*, cit., 254).

in cui, a fronte di un ruolo passivo e che non contribuisce alla scoperta di nuove violazioni, i privati ottengono un vantaggio ingiustificato che deprime il benessere sociale e riduce l'efficienza complessiva¹⁷⁰². Al contrario, a fronte dei possibili benefici, aumentano in questo caso gli incentivi dei privati (imprese e consumatori) ad assumere un ruolo attivo e a comunicare alla Commissione (o alle ANC) le possibili infrazioni alle regole di concorrenza eventualmente rilevate¹⁷⁰³.

In questa sede, non è possibile approfondire oltre la questione. È invece sufficiente precisare che, oltre a trovare consenso in letteratura¹⁷⁰⁴, meccanismi di c.d. *public compensation* sono stati effettivamente utilizzati dalle ANC di vari Stati membri, sia in caso di istruttorie chiuse con impegni che in procedure “transattive”¹⁷⁰⁵ relative a ipotesi di cartello: è ad esempio il caso dei provvedimenti resi dall'OFT britannico nei casi *UK Independent Schools*¹⁷⁰⁶ e *Rover*¹⁷⁰⁷, delle decisioni emesse dall'ANC olandese

¹⁷⁰² Cfr. *supra* il testo relativo alle note 173-179, nel capitolo 1, § 4.1. Vale comunque la pena ribadire che «*settlements retain the regulatory initiative within the competition agencies, and particularly within the Commission. One dimension of criticism of a settlement process is that it may reduce the opportunities for follow-on private actions. But there is a line of thought that suggests that private actions are not necessarily the right way forward, partly because they are uncertain, complex and potentially highly skewed form of enforcement [...], and partially because they remove the initiative from the public authorities who can operate enforcement with a view to societal priorities and to the public interest [...]. If settlement operates to inhibit private actions, this may actually be an advantage*» (cfr., anche per ulteriori riferimenti, S. WILKS, *A political Science Approach: Restorative Justice and the “Fairness Critique”*, cit., 96).

¹⁷⁰³ Cfr. A. EZRACHI, M. IOANNIDOU, *Access to Justice in European Competition Law*, cit., 215.

¹⁷⁰⁴ Ad esempio, la possibilità che Commissione e ANC «*may extract commitments from a wrongdoer to compensate its victims*» viene inserita fra le forme di «*more direct assistances*» che il *public enforcement* può fornire ai soggetti danneggiati da un illecito anticoncorrenziale (cfr. P. MARSDEN, *Public-Private Partnerships for Effective Enforcement: Some “Hybrid” Insights*, in *European Competition Journal*, 2013, 509, spec. 515). In senso analogo, si osserva che «*nelle situazioni in cui la presunta violazione delle norme sulla concorrenza abbia portato pregiudizio a soggetti terzi, gli impegni, per essere adeguati, dovrebbero farsi carico – in un’ottica effettivamente ripristinatoria – anche di riparare, almeno in parte, la sfera giuridica dei danneggiati*» (cfr. L. DE LUCIA, *Le decisioni con impegni nei procedimenti antitrust*, cit., 116).

¹⁷⁰⁵ Anche se tale rimedio negoziale è stato replicato nel diritto interno di alcuni Stati membri, si è detto che le differenze nelle varie discipline nazionali sono più marcate rispetto al caso degli impegni (cfr. *supra* la nota 855, nel capitolo 3, § 3.1.2.1.).

¹⁷⁰⁶ Cfr. Office of Fair Trading 20 novembre 2006, n. CA98/05/2006, *Exchange of information on future fees by certain independent fee-paying schools* – Case CE/2890-03). Per un commento a tale decisione v. M.D. HAUSFELD, B.A. RATNER, S. CAMPBELL, *Principles and Objectives of Formal and Informal Settlements in EU Competition Cases*, cit., 247, dove si osserva che «*[u]nder the agreed settlement, which was formulated after the OFT issued its [statement of objections], the schools admitted that their participation in the exchange of information involved a distortion of competition and infringed the Chapter I prohibition of the Competition Act (although the schools made no admission that the agreement had an impact on fees), and that each school would pay a nominal penalty of £ 10,000 via the OFT to the UK Treasury and collectively make an ex gratia payment totalling £ 3 million into an educational charitable trust fund to benefit the pupils who attended the schools during the academic years [...] of the infringements*».

¹⁷⁰⁷ In realtà, tale istruttoria è stata chiusa in via informale, senza l'adozione di alcuna decisione formale. Per un commento v. allora R. MULHERON, *Cy-Près Damages Distribution in England*, cit., 320-321, dove si osserva che «*[d]etails about the case remain scant, but so far as can be ascertained, car company Rover breached competition laws, and agreed, as part of the settlement of the action, to pay £ 1 million, not to the victims of the price-fixing directly, but to the Consumers’ Association for the purposes of car safety research*».

nel caso *Interpay*¹⁷⁰⁸ e in quello relativo a un cartello nel settore delle costruzioni¹⁷⁰⁹, nonché di quelle adottate dall'ANC ungherese nel caso *OTP*¹⁷¹⁰.

Premesso che anche la Commissione ha talvolta valutato la creazione di meccanismi “compensativi” quale circostanza attenuante nel contesto di decisioni di accertamento¹⁷¹¹, il tema è stato affrontato anche dalla giurisprudenza amministrativa italiana, con approcci differenti da parte di TAR Lazio e Consiglio di Stato. La questione maggiormente controversa riguarda la valutazione dell'idoneità degli impegni con riferimento alla riparazione con effetti retroattivi delle condotte poste in essere dalle imprese proponenti. Per lungo tempo, la posizione del TAR Lazio è stata quella secondo cui, a fronte di condotte che hanno già consumato i loro effetti (potenzialmente) anticoncorrenziali, gli impegni possono essere accettati solo se le misure immaginate sono in grado di rimuovere tali effetti retroattivamente¹⁷¹². Secondo tale linea interpretativa, la valutazione degli impegni deve quindi «*essere rapportata all'oggetto dell'istruttoria, con riguardo non solo ai profili concorrenziali in atto ma anche agli effetti eventualmente già prodottisi*», con la conseguenza che non si possono accettare

¹⁷⁰⁸ Cfr. Nederlandse Mededingingsautoriteit 28 aprile 2004, *Interpay*, caso n. 2910-700. Per un commento v. A. EZRACHI, M. IOANNIDOU, *Access to Justice in European Competition Law – Public Enforcement as a Supplementary Channel for “Corrective Compensation”*, in *Asia Pacific Law Review*, 2011, 195, spec. 207, dove si osserva che «*the Netherlands Competition Authority in Interpay reduced the fine imposed on the eight participating banks, as a result of the banks setting up a € 10 million fund for an efficient payment system*».

¹⁷⁰⁹ Per un commento v. O.W. BROUWER, *Antitrust Settlement in the Netherlands: A Useful Source of Inspiration*, in C.D. EHLERMANN, M. MARQUIS (eds.), *European Competition Law Annual 2008: Antitrust settlements under EC Competition Law*, Oxford-Portland, 2010, 489, spec. 493, dove si osserva che la ANC olandese ha concesso una «*additional fine reduction [...] to the companies that reached agreement with the Dutch Government (which was the victim of the bid-rigging of public tenders) on compensation for civil claims*», offrendo «*to deduct 10% of the amount paid as compensation from the amount of the fine, provided that the reduction could not exceed 10% of the fine that would otherwise have been imposed*»; in senso analogo, v. anche P. KALBFLEISCH, *The Dutch Experience with Plea Bargaining/Direct Settlement*, in C.D. EHLERMANN, M. MARQUIS (eds.), *European Competition Law Annual 2008: Antitrust settlements under EC Competition Law*, Oxford-Portland, 2010, 481, spec. 488, dove si conferma che «*[i]n order to tackle the problem of possible reluctance to enter into a direct settlement due to the increased risk of facing civil damage claims, the [Dutch NCA] formulated, as another incentive for direct settlement, a voluntary paid compensation to those who suffered from the infringements*».

¹⁷¹⁰ Cfr. Gazdasági Versenyhivatal 4 dicembre 2007, n. Vj-41/2006/60, *OTP Bank Nyrt*. Per un commento v. C.I. NAGY, *Commitments as Surrogates of Civil Redress in Competition Law*, cit., 533, dove si osserva che «*the competition procedure was instituted because the defendant (a bank) abused its dominant position by increasing the fees of pre-redemption*», e viene chiusa con l'accoglimento degli impegni mediante cui «*[t]he bank refunded the difference to those customers who redeemed the full debt or part of it under the fees of pre-redemption the legality of which was questionable under competition law*».

¹⁷¹¹ V. ad esempio Commissione 30 ottobre 2002, C(2002) 4072, COMP/35.587 – *PO Video Games*, COMP/35.706 – *PO Nintendo Distribution* e COMP/36.321 – *Omega Nintendo*, e Commissione 21 ottobre 1998, C(1998) 3117, IV/35.691/E-4 – *Intesa tubi preisolati*.

¹⁷¹² Avallando la posizione dell'AGCM, si è ad esempio confermato che «*l'accettazione degli impegni dovrebbe postulare la verifica della loro idoneità alla riparazione con effetti retroattivi delle condotte poste in essere*». Se così non fosse, verrebbe infatti «*disattesa la ratio della norma in quanto gli impegni devono essere “tali da far venire meno i profili anticoncorrenziali oggetto dell'istruttoria”, finalità che, nel caso di intesa non più attuale ma già cessata, può esser realizzata soltanto, per quanto possibile, attraverso la riparazione con effetto ex tunc dei comportamenti anticoncorrenziali*», e sarebbe invece sufficiente presentare «*qualunque tipo di impegno per determinare la cessazione dell'accertamento dell'illiceità delle condotte, laddove [...] l'ambito naturale di applicazione della norma è quello dei profili anticoncorrenziali in atto, potendosi pervenire ad un'accettazione degli impegni per intese pregresse solo quando questi siano potenzialmente idonei a consentire una riparazione con effetti retroattivi delle condotte a loro tempo poste in essere*» (cfr. TAR Lazio 29 dicembre 2007, n. 14157, *Vernici marine*, cit., § 2).

impegni «relativi a condotte che hanno già pienamente realizzato i loro effetti restrittivi e che non siano in grado di rimuovere questi ultimi con efficacia retroattiva»¹⁷¹³. Ne deriva che, se la condotta in esame ha «medio tempore prodotto effetti teoricamente pregiudizievole ai fini della libertà di concorrenza», l'accettazione degli impegni richiede la «verifica della loro idoneità alla riparazione con efficacia retroattiva delle condotte poste in essere e già produttive di effetti potenzialmente lesivi della libera concorrenza», ad esempio mediante la capacità di questi di incidere «sui rapporti contrattuali in essere alla data di adozione della delibera» di accettazione degli impegni¹⁷¹⁴. In caso contrario, anche alla luce del rilievo probatorio che l'accertamento dell'illecito può assumere in sede civile, «non è possibile ritenere che – sussistendo effetti irreversibili prodotti dalla condotta sospetta, destinati a permanere anche a seguito degli impegni presentati – l'[AGCM] possa legittimamente abdicare alla propria funzione istituzionale, interrompendo il procedimento volto all'accertamento di un abuso [...], e che debba essere lo stesso giudice civile a verificare incidentalmente se vi è stato un abuso di posizione dominante al fine di decidere sulla controversia»¹⁷¹⁵.

L'applicazione di tali principi¹⁷¹⁶ restringe in modo (forse) eccessivo l'ambito di applicazione degli impegni¹⁷¹⁷: ad esempio, perché non sempre è possibile

¹⁷¹³ Cfr. TAR Lazio 16 novembre 2010, n. 33474, *Carte di credito*, cit., § 2.1; TAR Lazio 7 aprile 2008, cit., n. 2900, *Tele2/Tim-Vodafone-Wind*, cit., § 5.1.3.

¹⁷¹⁴ E ciò, più nel dettaglio, anche a prescindere dall'eventuale idoneità degli impegni presentati a far venire meno ogni profilo anticoncorrenziale in prospettiva futura.

¹⁷¹⁵ Cfr. TAR Lazio 9 maggio 2011, n. 3964, cit., *Conto TV/SKY Italia*, § 3.

¹⁷¹⁶ Peraltro elaborati per la prima volta nel corso di un procedimento relativo ad un cartello e, quindi, in una circostanza in cui l'accettazione degli impegni era ad ogni modo preclusa, cfr. TAR Lazio 29 dicembre 2007, n. 14157, *Vernici marine*, cit., § 2.

¹⁷¹⁷ Cfr. E.A. RAFFAELLI, *Il difficile equilibrio tra public e private enforcement nell'applicazione del diritto antitrust*, in *Foro Amministrativo: Tar*, 2011, 1926. A valle delle sentenze del TAR appena richiamate, i soggetti danneggiati da una condotta oggetto di un'istruttoria destinata a chiudersi con impegni iniziano a chiedere l'adozione di misure compensative (v. ad esempio AGCM 6 settembre 2012, n. 23871, A440 – *Mercato italiano dell'approvvigionamento all'ingrosso del gas naturale*, in *Boll.*, n. 36/2012, dove, a fronte dei profili di anticoncorrenzialità presentati dalla «decisione di Eni S.p.A. di interrompere l'indizione delle aste di capacità di trasporto internazionale [su determinati gasdotti] per l'estate 2011 e per l'intero anno termico 2011-2012, pur in presenza di capacità inutilizzata» (§ 1), alcune imprese lamentano che «anche attraverso la previsione di un “equo margine” come componente aggiuntiva delle tariffe sulla base d'asta, Eni avrebbe ricavato indebiti profitti», esprimendo quindi «l'opinione che i profitti d'asta di ENI si sarebbero dovuti redistribuire in qualche modo a titolo di risarcimento per la mancata indizione delle aste di capacità nel 2011» -§ 45), e in alcuni casi ad ottenere che l'AGCM effettivamente accolga impegni in cui sono comprese misure di natura restitutoria (v. ad esempio AGCM 31 gennaio 2013, n. 24190, A442 – *Assofort/ADR-Servizi Aeroportuali*, in *Boll.*, n. 6/2013, dove a fronte di «possibili restrizioni della concorrenza [...] imputabili a ADR per aver ostacolato lo svolgimento di servizi di autonoleggio low cost, segnatamente attraverso la richiesta a Hertz di corrispettivi in termini di royalty rispetto al fatturato dell'Attività Advantage per servizi non resi» (§ 19), vengono accolti impegni che includono anche l'obbligo di «ADR a rinunciare a richiedere direttamente a Hertz il pagamento delle royalty sull'Attività Advantage», impegno che secondo l'AGCM «appare in linea con le misure positivamente adottate per l'eliminazione degli ostacoli frapposti allo svolgimento di attività di autonoleggio low cost, ed in particolare con la scelta di introdurre un corrispettivo fisso in luogo di uno anche commisurato agli introiti d'impresa» (§ 24). Ma soprattutto, cfr. AGCM 19 febbraio 2014, n. 24804, A443 – *NTV/FS/Ostacoli all'accesso nel mercato dei servizi di trasporto ferroviario passeggeri ad alta velocità*, in *Boll.*, n. 11/2014, dove a fronte delle lamentele espresse da NTV nella fase di c.d. market test circa «l'assenza negli impegni di misure idonee a lenire lo squilibrio nell'andamento economico e finanziario che la società avrebbe subito a causa delle condotte oggetto di avvio di istruttoria», e quindi la richiesta di tale impresa che «gli impegni presentati debbano prevedere ulteriori misure volte a ripristinare condizioni di effettiva competitività per il nuovo entrante» (§§ 42 e 43), l'AGCM rileva che «[i]n una logica complessiva di “alleviamento” degli oneri economici dell'impresa nuova entrata, RFI si è altresì impegnata a rinunciare alla riscossione di [omissis] euro dovuti da NTV», chiarendo che «[s]i tratta di un impegno presentato a seguito del market test volto a rispondere alle repliche formulate da NTV, secondo la quale gli impegni presentati non fornivano alcun elemento

individuare misure pienamente ripristinatorie¹⁷¹⁸. Premesso che «public enforcement e private enforcement non vanno sovrapposti, essendone diverse sia la natura, sia la finalità perseguita»¹⁷¹⁹, il Consiglio di Stato ha di recente ridisegnato il rapporto fra l'idoneità degli impegni a rimuovere con efficacia retroattiva i profili anticoncorrenziali già verificatisi e la loro accoglibilità da parte dell'AGCM, escludendo l'esistenza della limitazione fino ad ora ipotizzata dalla giurisprudenza di primo grado. Si afferma infatti che «l'esercizio dei poteri di public enforcement» non può essere «indebitamente "piegato" alle esigenze proprie del diverso sistema di private enforcement»: né la necessità di accertare la sussistenza dell'illecito per favorire l'esperimento di azioni c.d. *follow-on*, né quella di rimuovere con efficacia retroattiva le conseguenze già prodottesi possono dunque condizionare l'attività e le scelte dell'AGCM, «impedendole di accettare gli impegni, a prescindere da ogni ulteriore valutazione in ordine alla loro idoneità ad eliminare, sotto il profilo pubblicistico, i profili anticoncorrenziali»¹⁷²⁰.

Atteso che gli impegni possono pertanto essere accettati anche se non rimuovono gli effetti (potenzialmente) anticoncorrenziali già verificatesi, la sentenza sembra porre una serie ipotetica sul possibile sviluppo nell'ordinamento italiano di meccanismi di c.d. *public compensation*. In realtà, il Consiglio di Stato si limita a negare che la verifica dell'idoneità degli impegni a riparare con efficacia retroattiva agli effetti già prodotti sia condizione *necessaria* per l'accoglimento degli impegni, ma non esclude che l'AGCM possa decidere di subordinare la chiusura dell'istruttoria mediante tale istituto al fatto che le imprese proponenti si impegnino a porre in essere misure di natura restitutoria e compensativa. In altri termini, la questione viene correttamente lasciata alla discrezionalità dell'AGCM¹⁷²¹, che potrebbe quindi decidere di continuare a fare uso di tali soluzioni¹⁷²².

ripristinatore, ora presente» (§ 64, parte di una sezione significativamente rubricata «[i]n merito alla misura compensatoria»).

¹⁷¹⁸ Sul punto v. in senso ancora più negativo G. DEMARTINI, *La definizione del procedimento antitrust*, cit., 920, dove si osserva che «essendo il mercato una realtà incerta per il quale è inconcepibile la realizzazione di un assetto ideale, unico e imm modificabile», ne deriva che «l'istituto degli impegni non può rispondere ad una logica strettamente reintegratrice o ad un risarcimento in forma specifica».

¹⁷¹⁹ Più nel dettaglio, «[g]li strumenti di [public] enforcement svolgono una funzione tipicamente "punitiva" ed "afflittiva" e sono finalizzati primariamente a garantire l'interesse pubblico ad un assetto concorrenziale dei mercati. La pretesa del privato al corretto esercizio di tale funzione "punitiva", per quanto costituisca, come anche la giurisprudenza amministrativa ha avuto modo di evidenziare, un interesse giuridicamente rilevante, non ha, tuttavia, la consistenza e la pienezza del diritto soggettivo che il privato vittima di specifiche condotte anticoncorrenziali può far valere, con l'azione di risarcimento del danno, dinanzi al giudice civile, attivando, appunto, gli strumenti di private enforcement» (cfr. Cons. Stato 22 settembre 2014, n. 4773, *AGCM/Conto TV*, cit., § 19). Per un commento alla sentenza v. F. MARINI BALESTRA, R. TREMOLADA, *Il rapporto tra private e public enforcement del diritto antitrust nella giurisprudenza amministrativa*, in *Foro Amministrativo*, 2015, 781.

¹⁷²⁰ Cfr. ancora Cons. Stato 22 settembre 2014, n. 4773, *AGCM/Conto TV*, cit., § 19).

¹⁷²¹ Del resto, già da tempo si osserva che «il collegamento tra l'impegno ed i profili anticoncorrenziali è sì rilevante, condiziona e limita la decisione dell'Autorità, ma non si presta alla [...] lettura riparatoria del danno alla concorrenza. Non può dirsi che l'impegno possa portare alla chiusura anticipata del procedimento solo se i suoi effetti eliminano tout court le conseguenze dell'illecito retroattivamente. Non può escludersi che ciò possa anche accadere, ma non si tratta di porre in questi termini un vero e proprio requisito» (cfr. F. CINTIOLI, *Le nuove misure riparatorie del danno alla concorrenza*, cit., 120).

¹⁷²² V. immediatamente *supra* la nota 1717.

Per concludere, a prescindere dalle posizioni emerse nei singoli ordinamenti degli Stati membri, e anche se in una prospettiva piuttosto particolare, tale ipotesi si aggiunge a quelle già ricordate¹⁷²³ in cui la diffusione delle decisioni con impegni (e invero anche delle procedure transattive) potrebbe pertanto avere effetti complessivamente positivi sulla posizione dei soggetti che subiscono un pregiudizio da una condotta (potenzialmente) anticoncorrenziale.

3.4 Le azioni dinnanzi ai giudici nazionali nei confronti di condotte successive al periodo oggetto della decisione della Commissione.

3.4.1 Le azioni nei confronti dell'impresa inadempiente agli obblighi resi vincolanti da una decisione ex art. 9 reg. (CE) n. 1/2003.

L'ultima ipotesi da prendere in considerazione riguarda il caso in cui i giudici nazionali siano chiamati a pronunciarsi sui rapporti fra decisioni "patteggiate" e condotte poste in essere nel periodo successivo alla loro adozione. Il tema riguarda essenzialmente le decisioni con impegni¹⁷²⁴: si possono immaginare due scenari principali a seconda che l'impresa che ne ha ottenuto l'accoglimento nel corso del procedimento pubblico vi abbia o meno dato esecuzione.

Conviene iniziare dall'ipotesi in cui l'impresa risulti inadempiente. Si è visto che la Commissione dispone in questo caso di una sorta di meccanismo di autotutela che le permette di riaprire il procedimento e sanzionare le imprese che non hanno rispettato gli obblighi assunti¹⁷²⁵, come avvenuto nel caso *Microsoft*¹⁷²⁶. Ciò che appare *prima facie* controverso è se tale facoltà spetti anche ai terzi danneggiati dalla violazione degli impegni (e non direttamente dall'infrazione degli artt. 101 o 102 TFUE¹⁷²⁷). Il reg. (CE) n. 1/2003 non disciplina infatti tale possibilità¹⁷²⁸. Vi sono varie ragioni a

¹⁷²³ Cfr. *supra* il testo relativo alle note 1546-1547, nel capitolo 4, § 3.2.; nonché alle note 1580-1583, nel capitolo 4, § 3.3.2.

¹⁷²⁴ Ma v. immediatamente *infra* la nota 1727.

¹⁷²⁵ Ai sensi degli artt. 9(2) e 23 reg. (CE) n. 1/2003, cit. Sul punto v. comunque *supra* il capitolo 3, § 3.1.1.6., e il capitolo 4, § 2.1.2.6.

¹⁷²⁶ Cfr. AT.39.530 – *Microsoft (Vendita abbinata)*, cit.

¹⁷²⁷ Com'è ovvio, resta infatti ferma la possibilità per i terzi di avviare un'ordinaria azione di risarcimento se ritengono di aver subito un danno a causa di una condotta anticoncorrenziale posta in essere da una determinata impresa in un momento successivo a quello in cui quest'ultima ha ottenuto la chiusura di un procedimento pubblico ai sensi dell'art. 9 reg. (CE) n. 1/2003, cit. Riguardando comportamenti successivi a quelli coperti dalla portata temporale della decisione con impegni, si tratterà di un'azione c.d. *stand-alone*: gli attori dovranno quindi dimostrare la violazione delle regole di concorrenza. Peraltro, se le condotte di cui si contesta l'illegittimità sono analoghe ai comportamenti che hanno originato le preoccupazioni concorrenziali risolte mediante l'adozione degli impegni (poi rimasti inadempiti), non è escluso che il provvedimento conclusivo possa in qualche modo esercitare un'influenza sul convincimento del giudice nazionale con riguardo all'accertamento della violazione anche per il periodo successivo. In tale prospettiva, rilievi in parte analoghi sembrano valere altresì con riguardo agli accordi transattivi.

¹⁷²⁸ E il fatto che il reg. (CE) n. 1/2003, cit., «*is itself silent on the private enforceability of commitment decisions [...] is surprising bearing in mind that the Commission intended to enable private enforcement of its commitment decisions from the very inception of Regulation 1*», atteso che «*[i]n its White Paper on Modernisation [...], the Commission noted that it would be useful to make commitments offered by undertaking during the course of an investigation binding "both in order to oblige the undertaking to comply with them and to enable the parties and others to rely on them before their national courts"*» (cfr., anche per i riferimenti, J. DAVIES, M. DAS, *Private Enforcement of Commission Commitment Decisions: A steep Climb Not A*

favore della tesi affermativa, che appare in effetti preferibile. Il mancato adempimento degli impegni potrebbe innanzitutto rimanere impunito dal punto di vista del *public enforcement*. L'utilizzo della clausola di salvaguardia di cui all'art. 9(2) reg. (CE) n. 1/2003 rientra infatti fra le scelte discrezionali della Commissione in merito alla scelta delle priorità nell'ambito della politica di concorrenza¹⁷²⁹. In ogni caso, se l'unico rimedio possibile fosse rappresentato dall'azione della Commissione, si limiterebbero i benefici relativi alla tempestiva risoluzione delle preoccupazioni concorrenziali.

Più in generale, è il contenuto stesso degli impegni che di regola sembra presupporre che anche i terzi possano farvi affidamento dinnanzi ai giudici nazionali¹⁷³⁰. È infatti difficile immaginare fattispecie in cui gli obblighi resi vincolanti dalla Commissione influiscano esclusivamente sulla posizione giuridica delle imprese "patteggianti". Lo scenario tipico è piuttosto quello in cui gli impegni incidono anche sugli operatori economici che con tali imprese intrattengono rapporti economici¹⁷³¹, con effetti generalmente favorevoli¹⁷³²: è ad esempio il caso in cui l'impresa che "patteggia" accetta di praticare un determinato prezzo o di applicare condizioni commerciali non discriminatorie¹⁷³³, oppure si impegna a non eseguire clausole contrattuali che sollevano preoccupazioni concorrenziali¹⁷³⁴. Il riconoscimento della legittimazione ad agire dei terzi è quindi funzionale alla tutela di tali effetti favorevoli¹⁷³⁵, sia nel caso in cui la decisione con impegni venga usata come "scudo"

Gentle Stroll, in *Fordham International Law Journal*, 2006, 917, spec. 920).

¹⁷²⁹ Cfr. causa T-342/11, *CEES*, cit., §§ 48 e 64.

¹⁷³⁰ Del resto, anche la Corte di giustizia riconosce che «il fatto che gli impegni individuali proposti da un'impresa siano stati resi obbligatori dalla Commissione non implica che altre imprese siano private della possibilità di tutelare i propri eventuali diritti nell'ambito delle loro relazioni con tale impresa» (cfr. causa C-441/07 P, *Alrosa*, cit., § 49).

¹⁷³¹ Infatti, «[e]ven though they involve one committing party (the authority) and one committed party (the undertaking), commitment decisions are not devoid of any impact on third-parties» (cfr. P. MOULLET, *How should Undertakings Approach Commitment*, cit., 98).

¹⁷³² Se gli effetti degli impegni sono invece sfavorevoli, i terzi hanno la possibilità di fare valere le proprie opinioni nel corso della fase di c.d. *market test* (cfr. *supra* il capitolo 3, § 3.1.1.5.), nonché eventualmente di impugnare la decisione che li accoglie ai sensi e alle condizioni di cui all'art. 263(4) TFUE (cfr. *supra* il testo relativo alla nota 1328, nel capitolo 4, § 2.1.2.4.). Sia sulla tutela *ex ante* che su quella *ex post* v. E. LECCHI, J. LOGENDRA, R. THOMASEN, *Committing others: the commitment procedure and its effect on third parties*, in *Global Competition Litigation Review*, 2011, 162.

¹⁷³³ In *IBM*, l'impresa si impegna ad esempio a garantire la rapida disponibilità di pezzi di ricambio e di informazioni tecniche essenziali, secondo termini ragionevoli e non discriminatori dal punto di vista commerciale, e a permettere a terzi di attuare detti impegni (cfr. COMP/39.692 – *IBM servizi di manutenzione*, cit.). Sebbene con riguardo alla prospettiva nazionale (dove si premette che la soluzione positiva circa l'azionabilità in giudizio da parte dei terzi del contenuto delle decisioni con impegni è «ancora più facilmente accoglibile [...] [atteso che] l'art. 1411 c.c. pone una norma generale di ammissione degli atti negoziali a favore di terzi, che rispondono a interessi meritevoli di tutela»), si osserva in effetti che «[n]aturalmente, perché dalla decisione di chiusura con impegni possano scaturire pretese direttamente azionabili da parte dei terzi occorre che, dal contenuto dell'impegno, i terzi siano determinati o determinabili (per esempio: impegni circa criteri di determinazione di prezzi o di non discriminazione, e simili)» (cfr. M. LIBERTINI, *Le decisioni "patteggiate" nei procedimenti per illeciti antitrust*, cit., 1290).

¹⁷³⁴ Si pensi ad esempio al caso *Distrigas*, dove tale impresa si è impegnata non solo a non includere «any use, resale or destination clauses or any tacit renewal clauses in future gas supply agreements» ma anche a «remove (or not enforce) any such clauses from existing gas supply agreements» (cfr. COMP/B-1/37.966 – *Distrigas*, cit., § 27).

¹⁷³⁵ Premesso che «[n]on-compliance with commitments made binding can be sanctioned through the imposition of fines or periodic penalty payments – both at the EU level and in the Member States», si osserva infatti che «[s]imultaneously, a commitment favouring a private party (e.g. a commitment to reimburse a consumers for an exploitative overcharge) can be enforced by this undertaking in the national courts» (cfr. H. SCHWEITZER, *Commitment Decisions in the EU and in the Member*

(e cioè per respingere le richieste dell'impresa inadempiente che azioni la clausola contrattuale controversa, oppure pretenda il pagamento di un prezzo superiore a quello "negoziato" con la Commissione), sia nell'ipotesi in cui il provvedimento venga utilizzato come "spada" (e cioè al fine di ottenere le condizioni contrattuali previste dagli impegni, anche mediante l'avvio di un giudizio cautelare). Da un punto di vista funzionale, la possibilità che i privati agiscano dinnanzi ai giudici nazionali per l'adempimento degli impegni appare dunque perfettamente in linea con le scelte di portata generale compiute dall'ordinamento dell'Unione con riguardo allo sviluppo del *private enforcement*¹⁷³⁶, e quindi oggi con la dir. n. 2014/104/UE. Senza che peraltro possa verificarsi alcuna tensione con il versante pubblico di applicazione delle regole di concorrenza.

Ma soprattutto (anche in virtù di quanto appena rilevato in merito ai benefici degli impegni sui terzi), le possibili riserve¹⁷³⁷ sembrano perdere consistenza a fronte della constatazione che il riconoscimento della legittimazione dei terzi non è altro che una conseguenza dell'effetto diretto del diritto dell'Unione: tale principio generale si applica infatti anche alle decisioni¹⁷³⁸, purché chiare, precise, incondizionate¹⁷³⁹ e (appunto) idonee ad attribuire diritti ai singoli¹⁷⁴⁰. Atteso che le imprese che

States, cit., 17).

¹⁷³⁶ In tal senso, pur premesso che «[l]a norma non chiarisce se, dal provvedimento con impegni, possano sorgere direttamente diritti soggettivi azionabili da parte dei soggetti privati interessati dinanzi al giudice civile», e rilevato che «[i]l diritto comunitario non fornisce un'indicazione certa», si afferma che, «in relazione alle scelte generali da esso compiute in funzione di un rafforzamento del *private enforcement* delle norme antitrust, si propende per la soluzione positiva» (cfr. M. LIBERTINI, *Le decisioni "patteggiate" nei procedimenti per illeciti antitrust*, cit., 1290).

¹⁷³⁷ In effetti, qualche perplessità potrebbe forse essere sollevata in virtù dell'allentamento dal paradigma pubblicistico tipico delle decisioni di accertamento a favore del riconoscimento della natura para-contrattuale di quelle con impegni, almeno in parte riconosciuto anche dalla Corte di giustizia (cfr. causa C-441/07 P, *Alrosa*, cit.), pronuncia che «*showed the different conceptions which the GC and the CJ hold of the nature of commitments decisions. The GC took what has been called a more "public-law paradigm" view, whereby commitment decisions are part of an enforcement process "epitomized by an authoritative, unilateral, top-down hierarchical command by the State". The CJ however, saw them as having more of a "contract-law" character, where they are the outcome of a negotiation and agreement between parties of similar bargaining power able to safeguard their own interests*» (cfr. A. JONES, B. SUPRIN, *EU Competition Law*, cit., 988-989).

¹⁷³⁸ Secondo la giurisprudenza, premesso che «*la norma secondo cui le decisioni sono obbligatorie in tutti i loro elementi per il destinatario fa sorgere il problema del se l'obbligo derivante da una decisione possa esser fatto valere soltanto dalle istituzioni comunitarie nei confronti del destinatario oppure possa eventualmente esser fatto valere da qualsiasi soggetto interessato al suo adempimento*», si deve affermare che «[s]arebbe in contrasto con la forza obbligatoria attribuita dall'[art. 288 TFUE] alla decisione l'escludere in generale la possibilità che l'obbligo da essa imposto sia fatto valere dagli eventuali interessati. In particolare, nei casi in cui le autorità comunitarie abbiano, mediante decisione, obbligato uno Stato membro o tutti gli Stati membri ad adottare un determinato comportamento, la portata dell'atto sarebbe ristretta se i singoli non potessero far valere in giudizio la sua efficacia e se i giudici nazionali non potessero prenderlo in considerazione come norma di diritto comunitario. Gli effetti di una decisione possono non essere identici a quelli di una disposizione contenuta in un regolamento, ma tale differenza non esclude che il risultato finale, consistente nel diritto del singolo di far valere in giudizio l'efficacia dell'atto, sia lo stesso nei due casi» (cfr., fra le molte, cfr. Corte giust. 6 ottobre 1970, in causa 9/70, *Franz Grad c. Finanzamt Traunstein*. ECLI:EU:C:1970:78, §§ 5-6).

¹⁷³⁹ Per un esempio in cui tale requisito non è rispettato, cfr. Corte giust. 20 novembre 2008, in causa C-18/08, *Foselev Sud-Ouest SARL c. Administration des douanes et droits indirects*, ECLI:EU:C:2008:647

¹⁷⁴⁰ La questione è ben riassunta da E. DE SMIJTER, A. SINCLAIR, *The Enforcement System under Regulation 1/2003*, cit., 129, dove, premesso che «[t]he Regulation is silent on the question whether third parties can rely on commitments before Member States courts», e quindi che «*it is an open question whether third parties can enforce the commitments and invoke them as a basis for claiming damages. For instance, if an undertaking has made a binding commitment to supply third parties on certain terms and conditions and fails to do so, can the third party in question bring a claim directly on*

proporgono gli impegni sono certamente vincolate dalla decisione che li recepisce (giacché destinatarie¹⁷⁴¹), chiunque può invocarne il contenuto nei loro confronti dinnanzi ai giudici nazionali¹⁷⁴² (o a un tribunale arbitrale¹⁷⁴³); e questi ultimi sono obbligati a garantirne il rispetto, in linea con i principi di equivalenza ed effettività¹⁷⁴⁴, anche al fine di preservarne l'effetto utile¹⁷⁴⁵.

Occorre un'ultima precisazione in merito alla natura dell'azione esperibile dai terzi. In via preliminare, si è detto che resta ferma la possibilità di domandare al giudice nazionale di accertare che condotte successive all'accoglimento degli impegni integrino gli estremi di un illecito antitrust¹⁷⁴⁶. Tuttavia, in linea con l'ipotesi in cui sia la Commissione a reagire al mancato adempimento ai sensi dell'art. 9(2) reg. (CE) n. 1/2003, il contenuto dell'azione dei privati non è di regola quello tipico del

the basis of the commitment decision? Regulation 1/2003 deliberately leaves open this question», si osserva che «however, that this question should be answered in the affirmative. According to Article 249 TFEU, EU decisions are binding in their entirety on those to whom they are addressed. Moreover, it is a fundamental principle of EU law that clear and unconditional provisions contained in EU acts have direct effect and can be invoked before national courts. There is no reason why this general principle of EU law should not also apply to commitment rendered binding by an EU act».

¹⁷⁴¹ Cfr. art. 288(3) TFUE secondo cui «[s]e designa i destinatari», la decisione «è obbligatoria soltanto nei confronti di questi». La prospettiva è pertanto sensibilmente diversa da quella analizzata nel caso *Ecorad*, dove la Corte di giustizia ha affermato che «un singolo non può far valere, nell'ambito di una controversia per responsabilità contrattuale che lo vede opposto ad un altro singolo, la violazione da parte di quest'ultimo» della decisione della Commissione del 25 gennaio 1999, relativa alla procedura per l'attestazione di conformità dei prodotti da costruzione a norma dell'articolo 20, paragrafo 2, della direttiva 89/106/CEE del Consiglio, riguardo a porte, finestre, imposte, persiane, portoni e relativi accessori, C(1999) 117, in GU L, n. 29, del 3 febbraio 1999, 51), giacché quest'ultima «è rivolta agli Stati membri [e] costituisce un atto di portata generale che precisa i tipi di procedure di attestazione di conformità rispettivamente applicabili a porte, finestre, imposte, persiane, portoni e relativi accessori e conferisce mandato al CEN/Cenelec di specificarne il contenuto nelle norme armonizzate pertinenti che saranno poi destinate ad essere trasposte dagli organismi di normalizzazione di ciascuno Stato membro. A norma dell'art. 249 CE, la decisione 1999/93 è quindi unicamente vincolante per gli Stati membri, che, ai sensi dell'art. 4, ne sono i soli destinatari» (cfr. Corte giust 7 giugno 2007, in causa C-80/06, *Carp Snc di L. Moleri e V. Corsi c. Ecorad Srl*, ECLI:EU:C:2007:327, §§ 21-22).

¹⁷⁴² Anche la relazione all'articolo 9 contenuta nella Proposta di regolamento del Consiglio, concernente l'applicazione alle imprese delle regole di concorrenza, cit., chiarisce in effetti che «[l]e imprese destinatarie della decisione della Commissione sono vincolate al rispetto degli impegni ivi contenuti che possono essere invocati dai terzi dinanzi ai giudici nazionali». In altri termini, la decisione finale della Commissione «qualora accetti gli impegni, attribuisce ad essi forza vincolante con effetti giuridici erga omnes» (cfr. G. DEMARTINI, *La definizione del procedimento antitrust*, cit., 921).

¹⁷⁴³ Si osserva infatti che un tribunale arbitrale «may be entrusted with the function to adjudicate the civil law implications of an incomplete or incorrect implementation of commitments which are only behavioural in nature. Indeed, [...] their compliance can be more effectively guaranteed through the implementation of civil law remedies, which do not affect the public powers of the Commission, and, in most cases, do not even need the intervention of the latter» (cfr. S.M. CARBONE, *Antitrust Commitments and Arbitration in European Law*, in V. KRONENBERGER, M.T. D'ALESSIO, V. PLACCO (eds.), *De Rome à Lisbonne*, cit., 423, spec. 432).

¹⁷⁴⁴ In altri termini, «national courts must enforce the commitments through any means provided for by national law, including the adoption of interim measures. The CFI's reasoning in *Alrosa* seems to confirm that third parties who are beneficiaries of a commitment decision have the right to rely on the decision before national courts and national competition authorities» (cfr. M. SIRAGUSA, E. GUERRI, *Antitrust Settlements under EC Competition Law*, cit., 189).

¹⁷⁴⁵ In altri termini, pur premesso che gli impegni sono «in effect, binding promises made to the Commission», si osserva che «presumably other parties will, if necessary, be able to sue in national courts to get the benefit of commitments which have been accepted by the Commission and made binding», anche perché «[a] commitment which was enforceable only at the initiative of the Commission would be worth very little» (cfr. J. TEMPLE LANG, *Commitment Decisions Under Regulation 1/2003*, cit., 351). Del resto, è quasi superfluo ricordare che il principio secondo cui «la vigilanza dei singoli, interessati alla salvaguardia dei loro diritti, costituisce [...] un efficace controllo che si aggiunge a quello che gli articoli [258] e [259] TFUE] affidano alla diligenza della Commissione e degli Stati membri» è stato affermato dalla Corte di giustizia fin dalla celeberrima sentenza resa in causa 26/62, *Van Gend & Loos*, cit.

¹⁷⁴⁶ Cfr. immediatamente *supra* la nota 1727.

contenzioso antitrust, ma si avvicina piuttosto a un'ordinaria controversa contrattuale. I terzi lamentano in effetti il mancato rispetto degli obblighi resi vincolanti dalla decisione della Commissione, e non una diretta violazione degli artt. 101 o 102 TFUE. A seconda delle circostanze, l'oggetto del giudizio civile è quindi rappresentato da una richiesta di adempimento del contenuto degli impegni¹⁷⁴⁷, ovvero da una domanda di risarcimento del danno subito¹⁷⁴⁸. In virtù del diverso onere probatorio, l'avvio di un'azione civile diviene quindi attività meno complessa: (anche¹⁷⁴⁹) in tale prospettiva, le decisioni con impegni possono pertanto favorire lo sviluppo del *private enforcement*, latamente inteso.

3.4.2 Le azioni nei confronti dell'impresa che ha rispettato gli obblighi resi vincolanti da una decisione ex art. 9 reg. (CE) n. 1/2003.

L'ipotesi che le imprese che abbiano dato corretta esecuzione agli obblighi resi vincolanti dalla Commissione possano vedersi convenute dinnanzi ai giudici nazionali appare più controversa. Si è visto infatti che in seguito all'adozione di una decisione con impegni non è solo l'attività di *enforcement* della Commissione (e, come si è appena visto, dei terzi in sede civile) ad avvicinarsi a quella tipica di un'azione "contrattuale", ma anche quella di *self-assessment* delle imprese. In effetti, la loro priorità diviene il rispetto degli specifici obblighi individuati *ex ante* dalla Commissione, piuttosto che quella di valutare se la propria condotta sia conforme agli artt. 101 e 102 TFUE. Il puntuale rispetto di una decisione con impegni può pertanto apparire condizione sufficiente a precludere la possibilità di un successivo contenzioso civile¹⁷⁵⁰. Ciò anche in virtù di diversi principi generali che permeano l'ordinamento dell'Unione, quali ad esempio quelli di legittimo affidamento delle imprese e della certezza del diritto¹⁷⁵¹ e, più in generale, di coerenza e non contraddittorietà

¹⁷⁴⁷ Del resto, «*the essence of any private action seeking to enforce a commitment decision will be to require the addressee to comply with the terms of the terms of the commitment it agreed to*» (cfr. J. DAVIES, M. DAS, *Private Enforcement of Commission Commitment Decisions*, cit., 927).

¹⁷⁴⁸ In tal caso, va chiarito che «*[i]n order to obtain compensation for damages provoked by a behaviour which is in violation of a [c]ommitment [d]ecision, it may be argued that a third party will no longer have to demonstrate that the behaviour was in breach of competition law, but only: (i) that the behaviour is in breach of the [c]ommitment [d]ecision; (ii) that the behaviour caused loss to it; and (iii) the amount of that loss*» (cfr. M. SOUSA FERRO, *Committing to Commitment Decisions*, cit., 454). Del resto, pur ritenendola nel caso di specie «*priva del necessario supporto probatorio*», anche la giurisprudenza nazionale conferma che i terzi eventualmente danneggiati possono chiedere il risarcimento anche per i comportamenti successivi, laddove alleghino che «*il comportamento sia tuttora in essere [e], quindi, il danno continui a prodursi*» (cfr. Trib. Milano, 3 aprile 2014, *Uno Communications c. Vodafone Omnitel*, cit.).

¹⁷⁴⁹ Cfr. *supra* il testo relativo alle note 1546-1547, nel capitolo 4, § 3.2.; alle note 1580-1583, nel capitolo 4, § 3.3.2.; nonché il capitolo 4, § 3.3.5.

¹⁷⁵⁰ Si osserva in tal senso che «*once the Commission has reached the conclusion that the undertakings offered dispel its concerns and adopts a formal decision making these commitments binding, the Commission is effectively determining that the undertaking's future conduct, provided the commitments are respected, is consistent with Community competition law*», anche perché «*it is inconceivable that an undertaking could be obliged to fulfil the commitments that have been made binding by the Commission, and yet simultaneously be found liable under Article [101] or [102 TFUE] by a national court or a NCA when conforming its behavior to the commitment establishes the standard of legality for the conduct subject to the commitments*» (cfr. S. MARTÍNEZ LAGE, R. ALLENDEALAZAR, *Commitment Decisions ex Regulation 1/2003*, cit., 599-600).

¹⁷⁵¹ Per l'applicazione di tali principi generali al settore antitrust, v. fra le più recenti Corte giust. 10 aprile 2014, in cause riunite C-247/11 P e C-253/11 P, *Areva SA e Alstom SA e altri c. Commissione*, ECLI:

dell'ordinamento¹⁷⁵²: la condotta immaginata dalla decisione non potrebbe risolvere le preoccupazioni concorrenziali della Commissione e al tempo stesso violare le regole antitrust.

Anche se tali considerazioni appaiono *prima facie* condivisibili, vi sono argomenti ugualmente convincenti a favore della tesi opposta, secondo cui il rispetto degli impegni non garantisce l'immunità sul piano civilistico¹⁷⁵³. Ad esempio, prima di accogliere gli impegni proposti dalle imprese, la Commissione sarebbe tenuta a verificare che il loro adempimento sia idoneo a prevenire ogni ipotesi di illecito antitrust (presente, futura e anche solo potenziale), e non potrebbe invece limitarsi a considerare risolti i profili problematici inizialmente rilevati¹⁷⁵⁴. Tale prova di un fatto negativo renderebbe pressoché inutilizzabile lo strumento in discussione¹⁷⁵⁵, richiedendo una vera e propria *probatio diabolica*, peraltro di portata prospettica, e quindi persino più intensa rispetto a quella che caratterizza le decisioni di constatazione di inapplicabilità *ex art. 10* reg. (CE) n. 1/2003. La Commissione dovrebbe infatti assicurarsi che il contenuto degli impegni abbia un grado di dettaglio tale da escludere che la discrezionalità (altrimenti inevitabile) delle imprese nel loro adempimento possa dare luogo a una qualsiasi violazione degli artt. 101 e 102 TFUE, anche slegata dalle preoccupazioni concorrenziali rilevate, e anche nel caso in cui si verifichi una modifica nelle condizioni su cui si fonda la decisione. Si è visto infatti che la Commissione non è obbligata ad attivare il meccanismo di autotutela previsto

ECLI:EU:C:2014:257; Trib. 17 maggio 2013, in cause riunite T-147/09 e T-148/09, *Trelleborg Industrie SAS e Trelleborg AB c. Commissione*, ECLI:EU:T:2013:259; Trib. 29 marzo 2012, in causa T-336/07, *Telefónica, SA e Telefónica de España, SA c. Commissione*, ECLI:EU:T:2012:172.

¹⁷⁵² Com'è noto, un riferimento testuale alla coerenza dell'ordinamento dell'Unione si trova all'art. 256(2)(2), (3)(2) e (3)(3) TFUE con riguardo alla possibilità di impugnare dinnanzi alla Corte di giustizia le sentenze del Tribunale. Ma il principio della coerenza dell'ordinamento, e cioè il fatto che le norme che lo compongono non si trovino in situazioni di reciproca incompatibilità, rientra anche fra quelli che compongono le tradizioni costituzionali degli Stati membri.

¹⁷⁵³ Tesi che è in effetti quella più diffusa in letteratura: oltre ai riferimenti di cui alle note successive, v. anche A. SCOGNAMIGLIO, *Decisioni con impegni e tutela civile dei terzi*, cit., 544, dove si osserva che «[i] terzi (consumatori e imprenditori ricorrenti), che in quanto soggetti del mercato sono titolari di un interesse meritevole di tutela, sono legittimati ad agire in sede civile e nei confronti dell'impresa ove dimostrino di aver subito un danno per effetto delle condotte imprenditoriali, poste in essere in esecuzione degli impegni».

¹⁷⁵⁴ Ed infatti, proprio sulla base del fatto che «*the adoption of a commitment decision does not imply that the Commission must have considered that compliance with the commitments makes the agreement or practice compatible with Articles [101] and [102 TFUE], but merely that the Commission must have considered that either there would no longer be an infringement, or action against the remaining infringement would not have fitted into its enforcement priorities, while saving the resources which it would have had to spend to decide which of the two was*», si conferma che «*[t]he fact that the Commission has closed its proceedings through a commitment decision does not [...] in any way prevent interested private parties from bringing private actions in national courts seeking injunctive relief on the basis that the conduct of the addressees of the commitment decision, although in full compliance with the commitments, constitutes an infringement of Article [101] and [102 TFUE]*» (cfr. W.P.J. WILS, *Efficiency and Justice*, cit., 43).

¹⁷⁵⁵ In tal senso, si osserva che «*[i]t is always difficult to prove a negative, and it would make it too difficult for the Commission to adopt commitment decisions if the Commission was required to investigate the facts thoroughly enough to certify definitively that no infringement could continue if the commitment was fully implemented. The Commission does not have to reach such a conclusion even when it adopts a traditional decision and imposes a fine. The purpose of Art. 9 is to enable cases to be dealt with efficiently if the undertaking is willing to make a reasonable commitment. Article 9 is not intended to give absolute guarantees*» (cfr. J. TEMPLE LANG, *Commitment Decisions Under Regulation 1/2003*, cit., 349).

dall'art. 9(2) reg. (CE) n. 1/2003¹⁷⁵⁶: una decisione con impegni può quindi restare efficace anche se un cambio delle condizioni di mercato ne rende anticoncorrenziale l'adempimento¹⁷⁵⁷.

A prescindere dall'eventuale modifica degli elementi di fatto, e in una prospettiva più sistematica, non si può escludere che gli impegni immaginati abbiano di per sé (anche) effetti anticoncorrenziali¹⁷⁵⁸. Il ridotto controllo giurisdizionale sugli esiti del “patteggiamento”, l'inaffidabilità delle imprese quali “controllori”¹⁷⁵⁹, e soprattutto la funzionalizzazione degli impegni a finalità regolamentari rendono infatti tale possibilità tutt'altro che inverosimile: l'autorizzazione di condotte altrimenti anticoncorrenziali è del resto uno degli attributi tipici dell'attività di regolazione¹⁷⁶⁰. La natura negoziale del procedimento riduce inoltre la rilevanza dei principi generali sopra ricordati. Si è visto infatti che il procedimento perde il carattere autoritativo e unilaterale tipico dei modelli pubblicitari, tanto che l'iniziativa spetta all'impresa, che partecipa poi alla definizione del contenuto degli impegni prima che la Commissione li renda vincolanti. Pertanto, se il risultato del “patteggiamento” determina la successiva commissione di un illecito antitrust, ciò è possibile anche grazie al contributo dell'impresa; né il principio della certezza del diritto, né quello del legittimo affidamento impongono pertanto che l'impresa debba andare esente da responsabilità sostenendo di essersi limitata a dare esecuzione a una decisione della Commissione (che, a sua volta, ha perso la sua natura afflittiva e coercitiva), che ha in realtà accettato e contribuito a predisporre¹⁷⁶¹.

Si è visto del resto che il diritto al risarcimento del danno da illecito antitrust discende direttamente dal Trattato e non può dipendere dalle scelte operate dai

¹⁷⁵⁶ Cfr. causa T-342/11, *CEEEES*, cit., §§ 48 e 64.

¹⁷⁵⁷ È chiaro che l'ipotesi può apparire di scuola. Si pensi comunque al caso in cui l'impresa “patteggiante” si impegni a praticare un determinato prezzo alle imprese sue clienti e un cambio nelle condizioni di mercato (ad esempio un aumento dei prezzi degli altri beni o servizi necessari a realizzare il bene o il servizio per cui le imprese clienti acquistano l'*output* dell'impresa “patteggiante”) renda il prezzo “negoziato” idoneo a integrare un'ipotesi di c.d. *margin squeeze*. La Commissione potrebbe certamente agire ai sensi dell'art. 9(2) reg. (CE) n. 1/2003, cit., e ancor più probabilmente negli impegni sarebbe già previsto un meccanismo di modifica. Ma se così non fosse, l'adempimento degli impegni potrebbe dare luogo a un illecito antitrust.

¹⁷⁵⁸ Ad esempio, nell'ipotesi di un c.d. falso positivo: infatti, «*misure eccedenti quanto necessario a correggere l'infrazione potrebbero a loro volta produrre effetti negativi per il corretto funzionamento del mercato [e] un danno alla concorrenza*» (cfr. A. SCOGNAMIGLIO, *Decisioni con impegni e tutela civile dei terzi*, cit., 519).

¹⁷⁵⁹ Infatti, «*[t]he undertakings concerned will weigh their own commercial interests against the reputational and financial risks of awaiting an infringement decision when offering commitments, but do not reliably represent the interest in protecting the competitive process. It cannot, therefore, be excluded that commitments go beyond a tailored remedy for the alleged infringement and restrict competition themselves*» (cfr. H. SCHWEITZER, *Commitment Decisions in the EU and in the Member States*, cit., 3).

¹⁷⁶⁰ L'autorizzazione di comportamenti che sarebbero altrimenti anticoncorrenziali è del resto attribuito tipico dell'attività di regolazione: si osserva infatti che «*[r]egulators can require some behaviour that otherwise would be contrary to Community competition law*», ad esempio «*they can require a dominant company to discriminate in favour of competitors which themselves are investing in infrastructure, in comparison with others that are not*» (cfr. J. TEMPLE LANG, *Competition Law and Regulation Law From an EC Perspective*, cit., 117).

¹⁷⁶¹ Viceversa, e come già ricordato (cfr. *supra* il testo relativo alla nota 1563, nel capitolo 4, § 3.3.1.), il principio del legittimo affidamento impedisce che sia la Commissione ad attivarsi al fine di sanzionare l'anticoncorrenzialità di un comportamento che essa stessa ha reso vincolante per le imprese.

soggetti coinvolti nel versante pubblicistico dell'applicazione delle regole di concorrenza. Tale affermazione non è rimessa in discussione neppure alla luce dei principi dell'effetto utile e del primato del diritto dell'Unione. Riconoscere che il rispetto degli impegni non (sempre) garantisce l'immunità rispetto alle azioni civili dei terzi non pregiudica infatti né il primato né l'effetto utile della decisione con impegni¹⁷⁶². Si tratta piuttosto di risolvere un'antinomia fra norme primarie (*i.e.*, gli artt. 101 e 102 TFUE) e di diritto derivato (*i.e.*, la decisione con impegni) secondo il criterio gerarchico: se è vero che la priorità delle imprese diviene il rispetto degli impegni, è altrettanto vero che un comportamento che integra gli estremi di una violazione degli artt. 101 e 102 TFUE non diviene lecito solo perché posto in essere durante l'esecuzione di una decisione della Commissione. Ma in realtà, quest'ultima osservazione evidenzia che, di regola, non si tratta neppure di risolvere una vera e propria antinomia fra norme: il contrasto non sorge infatti fra gli artt. 101 e 102 TFUE e la decisione della Commissione in quanto tale¹⁷⁶³, ma piuttosto con un determinato comportamento che le imprese "patteggianti" hanno (discrezionalmente) posto in essere nel contesto e nei margini della sua esecuzione.

Riconosciuta (in astratto) la possibilità che i terzi possano adire i giudici nazionali per il risarcimento del danno antitrust cagionato dall'adempimento di una decisione con impegni, resta (in concreto) da vedere quale sia la natura di tale azione, e soprattutto quale valore si debba attribuire alla decisione con impegni. Andando con ordine, si tratta com'è ovvio di un'azione *c.d. stand-alone*, in cui gli attori devono riuscire a dimostrare in modo autonomo che la condotta dell'impresa viola gli artt. 101 e 102 TFUE, ancora prima di provare di aver subito un danno, e che questo è conseguenza della violazione. Ma in realtà, si tratta di un'azione *stand-alone* per così dire "rafforzata": la decisione con impegni non solo non aiuta i potenziali attori a soddisfare tale onere della prova, ma ha (giocoforza) effetti a loro sfavorevoli. Infatti, la circostanza che la Commissione ritenga gli impegni idonei a risolvere le preoccupazioni concorrenziali riscontrate, se non può giustificare l'immunità delle imprese "patteggianti", ben può orientare il convincimento del giudice nazionale circa l'avvenuta violazione delle regole di concorrenza. Atteso che i rimedi accolti dalla Commissione sono stati correttamente eseguiti dall'impresa convenuta, è probabile che il giudice nazionale sia portato a escludere tale possibilità, almeno *prima facie*¹⁷⁶⁴.

¹⁷⁶² Decisione che, peraltro, e come più volte ricordato, non vincola i giudici nazionali, giacché non incluso nel novero dei provvedimenti previsti dall'art. 16 reg. (CE) n. 1/2003, cit.

¹⁷⁶³ Se così fosse, si dovrebbe peraltro valutare la possibilità di agire ai sensi dell'art. 340 TFUE nei confronti della stessa Commissione per aver contribuito a causare l'illecito anticoncorrenziale, anche se l'ipotesi appare piuttosto remota alla luce dell'ampia discrezionalità riconosciuta alla Commissione nel contesto della gestione della politica di concorrenza (per analogia v. nel contesto delle operazioni di concentrazione Corte giust. 16 luglio 2009, in causa C-440/07 P, *Commissione c. Schneider Electric SA*, ECLI:EU:C:2009:459).

¹⁷⁶⁴ In altri termini, «[c]ommitment [d]ecision will not create a presumption of lawfulness; third parties will be free to attempt to demonstrate before a national court that a behaviour, even in abidance with the [c]ommitment [d]ecision, is in breach of [c]ompetition [l]aw [...], except that is likely that the existence of the [c]ommitment [d]ecision will (psychologically) influence the national judge in finding that there is no unlawful behaviour» (cfr. M. SOUSA FERRO, *Committing to Commitment Decisions*, cit., 454).

Conclusioni

Introdotti nell'ordinamento dell'Unione nell'ambito della c.d. «modernizzazione», impegni e accordi transattivi rappresentano oggi, nei rispettivi campi di applicazione, gli strumenti di *enforcement* più diffusi nella prassi decisionale della Commissione. Da un lato, circa il 60% delle decisioni di accertamento relative a cartelli emesse dopo l'adozione del reg. (CE) n. 622/2008 recepisce infatti un accordo transattivo; dall'altro lato, dopo l'entrata in vigore del reg. (CE) n. 1/2003, i provvedimenti con impegni costituiscono più del 60% delle decisioni adottate dalla Commissione con riguardo a infrazioni alle regole antitrust diverse – appunto – dai cartelli orizzontali.

L'intensa diffusione nella prassi di tali procedure influisce in modo significativo sul sistema applicativo degli artt. 101 e 102 TFUE, e quindi sulle modalità di repressione degli illeciti antitrust. Ciò è vero sia nella prospettiva dell'attività di *enforcement* pubblico da parte della Commissione (e delle ANC), sia nel contesto del versante privatistico (a favore del quale è da ultimo intervenuta la dir. n. 2014/104/UE), ed è dovuto essenzialmente alla natura negoziale di tali procedure. Pur con le rispettive differenze, entrambi gli istituti si basano infatti sulla valorizzazione dell'elemento consensuale, e più precisamente su una sorta di “patteggiamento” fra imprese e Commissione. Nel caso degli accordi transattivi, l'oggetto delle “trattative” riguarda l'esistenza di un cartello e l'ammissione di responsabilità da parte delle imprese. Nel caso degli impegni, si “negozia” invece l'elaborazione di rimedi che rendano superflua l'istruttoria della Commissione, senza alcuna discussione in merito all'avvenuta violazione delle regole antitrust. Come contropartita per la disponibilità al “patteggiamento” (e soprattutto alla compressione delle garanzie procedurali e dei diritti di difesa che ciò comporta), impegni e accordi transattivi prevedono la concessione di alcuni benefici a favore delle imprese, che variano a seconda della procedura. Alcuni vantaggi sono tuttavia comuni a entrambi gli istituti: oltre al risparmio di risorse dovuto a economie procedurali, uno dei più significativi è rappresentato dalla possibilità per le imprese di influenzare la Commissione in modo più intenso e pervasivo rispetto a quanto accade nell'ambito della c.d. procedura “ordinaria”.

La natura negoziale di impegni e accordi transattivi comporta un cambio di paradigma rispetto alla modalità “ordinaria” di applicazione delle regole di concorrenza, basata sul carattere unilaterale e autoritativo dell'attività della Commissione. Ciò ha effetti su ciascuno dei tre piani funzionali in cui si sviluppa la repressione delle attività socialmente indesiderate, e quindi anche delle condotte anticoncorrenziali, a prescindere da che tale risultato sia perseguito mediante l'azione delle autorità pubbliche ovvero quella dei privati. Ogni sistema di *enforcement* (pubblico o privato) si caratterizza infatti per tre funzioni principali: individuate le condotte illecite, si deve gestire il rischio della loro potenziale violazione, e infine disciplinarne le eventuali conseguenze.

Il *public enforcement* è meglio strutturato per realizzare la prima funzione: a causa del non perfetto allineamento fra interesse generale e interessi privati nel corso dei giudizi civili, l'azione delle autorità pubbliche viene in genere considerata più idonea a contribuire alla chiarificazione delle regole mediante l'elaborazione di precedenti giurisprudenziali. Ciò è particolarmente vero nell'ordinamento dell'Unione, dove l'applicazione delle regole antitrust si è sviluppata in prevalenza secondo i modelli tipici del diritto pubblico, e in particolare del diritto amministrativo: le decisioni della Commissione si affiancano quindi alle sentenze di Tribunale e Corte di giustizia quali precedenti. Le altre due funzioni possono invece essere perseguite sia per mezzo dell'azione pubblica che mediante il *private enforcement*. Nell'ambito del secondo piano funzionale, azione pubblica e privata sono in effetti complementari: sia le sanzioni pubbliche che i rimedi privati, e in particolare il risarcimento del danno, influenzano l'efficacia deterrente del sistema, alterando il rapporto fra costi e benefici dei potenziali trasgressori. Con riguardo al terzo piano funzionale, il *private enforcement* appare più adatto per compensare le vittime di un illecito (nell'ottica della c.d. giustizia correttiva), mentre il *public enforcement* è più indicato per punire chi commette un'infrazione (nella prospettiva della c.d. giustizia retributiva).

Con riguardo al primo piano funzionale, impegni e accordi transattivi alterano i soggetti, le modalità e i criteri chiamati a individuare gli interessi meritevoli di tutela e, di conseguenza, le condotte vietate. Riducendo le possibilità che le decisioni della Commissione siano oggetto di impugnazione a causa della loro natura negoziale, la diffusione di impegni e (in misura minore) accordi transattivi origina in effetti una sorta di circolo vizioso. La possibilità di "patteggiare" riduce il numero delle decisioni di accertamento. Ciò comporta a sua volta una riduzione delle impugnazioni. Meno precedenti giurisprudenziali significa maggiore incertezza circa il contenuto delle regole antitrust: la diminuzione del contenzioso riduce infatti i margini per la chiarificazione da parte della Corte di giustizia di norme dal contenuto elastico come gli artt. 101 e 102 TFUE. L'incertezza aumenta l'attrattiva delle soluzioni negoziate, e in particolare delle decisioni con impegni. Gli incentivi a "patteggiare" sono infatti maggiori se il caso presenta elementi nuovi o controversi. L'interesse delle imprese per la soluzione negoziata va in effetti di pari passo al grado di aleatorietà circa l'esito della procedura "ordinaria". Nella prospettiva della Commissione, si evita invece il rischio di annullamento, che è proporzionale all'assenza di precedenti, e quindi alla novità delle questioni trattate. Il maggior "fascino" degli accordi transattivi e (soprattutto) degli impegni determina un'ulteriore riduzione delle decisioni di accertamento, rendendo ancora più rari gli appelli dinanzi a Tribunale e Corte di giustizia. E così via, fino a che in determinati settori la prassi si compone di soli provvedimenti patteggiati.

Oltre a pregiudicare l'individuazione delle condotte illecite, l'assenza di un effettivo sindacato giurisdizionale aumenta il potere e la discrezionalità della Commissione. Fra le altre cose, ciò determina (o quantomeno facilita) il passaggio da

un sistema in cui tale istituzione svolge una funzione di tipo quasi-giurisdizionale ad uno in cui la Commissione finisce per esercitare (anche) un potere di regolazione *ex ante* dei mercati, sovrapponendo le proprie competenze a quelle di altri soggetti, o comunque esercitandole in forme diverse da quelle previste dai Trattati; il che solleva più di una preoccupazione in merito al rispetto di alcuni principi fondamentali dell'ordinamento dell'Unione, quali ad esempio quelli di legalità, dello stato di diritto e della separazione dei poteri. Infatti, e in particolare quando viene utilizzato l'art. 9 reg. (CE) n. 1/2003, l'azione della Commissione prescinde (almeno in parte) dal comportamento delle imprese e assume natura proattiva, come ben evidenziato dalle decisioni adottate nel settore dell'energia, dove gli impegni sono utilizzati come strumento di supporto alla liberalizzazione del mercato, ma anche da quei provvedimenti che intervengono (*i.e.*, regolano) sull'elemento per definizione più importante di ogni mercato, e cioè il meccanismo dei prezzi. L'obiettivo diviene in altri termini quello di intervenire su un determinato mercato per determinarne la struttura futura, mediante l'elaborazione di specifici obblighi per le imprese che vi operano, al fine di prevenire potenziali fallimenti di mercato.

Con riguardo al secondo piano funzionale, impegni e accordi transattivi alterano l'effetto deterrente delle regole di concorrenza, così modificando il grado di osservanza da parte delle imprese. Premesso che la razionalità impone di astenersi dal compiere azioni dannose per se stessi, il modo più efficace per prevenire la commissione di illeciti (anche) antitrust si basa infatti sull'alterazione del rapporto costi e benefici in capo ai potenziali trasgressori. La violazione degli artt. 101 e 102 TFUE può quindi venire scoraggiata mediante l'aumento dei costi attesi dall'infrazione. Il valore dei costi attesi si calcola mediante una funzione data dal totale (*i*) delle sanzioni pubbliche e (*ii*) dei rimedi privati che derivano da un'infrazione, moltiplicato per (*iii*) l'inverso della probabilità che questa sia scoperta. Specie nel contesto di una loro applicazione generalizzata, impegni e accordi transattivi interferiscono su ciascuno di questi tre parametri.

Da un lato, si riduce sia la componente pubblica che quella privata dei costi attesi. La riduzione è più marcata nel contesto degli impegni: infatti, il mancato accertamento di una violazione determina, sotto il profilo pubblico, la mancata imposizione di sanzioni e, sotto il profilo privato, la minore probabilità di successo delle azioni di risarcimento. Analoghi rilievi valgono anche con riguardo agli accordi transattivi: la componente pubblica dei costi attesi si riduce infatti (almeno) nella quota pari al 10% della sanzione altrimenti applicabile; la forma semplificata in cui vengono redatte le decisioni transattive ne compromette inoltre la componente privatistica, rendendo più complesso (e quindi meno probabile) l'esperimento di azioni risarcitorie. Con effetti *prima facie* negativi sull'efficacia deterrente del sistema. Dall'altro lato, la maggiore rapidità e le economie procedurali garantite dalle soluzioni "patteggiate" permettono di liberare risorse, che possono venire utilizzate dalla Commissione per scoprire nuovi illeciti, ovvero per gestire fattispecie note che non

verrebbero affrontate a causa del bilanciamento fra priorità e risorse che caratterizza l'azione pubblica. Con effetti *prima facie* positivi sull'effetto deterrente degli artt. 101 e 102 TFUE.

Gli effetti sono quindi potenzialmente speculari, potendo cioè originare sia fenomeni di c.d. sovra-deterrenza che di c.d. sotto-deterrenza. Il discrimine è dato dalle modalità e dai criteri con cui la Commissione sceglie i casi in cui avviare i contatti necessari ad una transazione, ovvero accetta gli impegni proposti dalle imprese. Specie con riguardo all'applicazione dell'art. 9 reg. (CE) n. 1/2003, tali attività possono essere influenzate da un'alterazione degli incentivi e da un *deficit* informativo a danno della Commissione. Può quindi accadere che vengano accettati impegni (*i*) di contenuto più restrittivo rispetto a quanto necessario, e persino (*ii*) in casi in cui non si è verificata alcuna condotta anticoncorrenziale. Si realizza in questo caso un c.d. falso positivo: l'art. 9 reg. (CE) n. 1/2003 viene utilizzato per "rimediare" a situazioni lecite, ovvero per intervenire in modo troppo incisivo rispetto alle preoccupazioni riscontrate. Simmetricamente, può accadere che vengano accettati impegni (*i*) di contenuto meno restrittivo rispetto a quanto necessario, e persino (*ii*) in casi in cui sarebbe opportuna una decisione di accertamento. Non conoscendo i contorni esatti della condotta delle imprese, la Commissione può infatti finire per chiudere il procedimento "al ribasso". Si verifica pertanto una sorta di c.d. falso negativo: comportamenti illeciti, anche gravi, non ricevono alcuna sanzione; oppure, condotte capaci di suscitare preoccupazioni concorrenziali vengono gestite mediante rimedi di portata insufficiente.

Quanto sopra è sufficiente a evidenziare anche la principale linea di contatto fra soluzioni negoziate e terzo piano funzionale. Anche se il "patteggiamento" fra Commissione e imprese non preclude l'avvio di azioni di risarcimento da parte di soggetti terzi, ciò non toglie che i margini di utilità delle decisioni con impegni e degli accordi transattivi al fine di alleviare l'onere della prova che incombe sui potenziali attori in sede civile sono inferiori rispetto a quelli di una decisione di accertamento *ex art. 7 reg. (CE) n. 1/2003*. La portata ridotta dell'istruttoria, la forma semplificata dei provvedimenti conclusivi, e (soprattutto) il mancato accertamento dell'illecito nel caso degli impegni rendono più complessa la proposizione di azioni di risarcimento, stemperando la differenza fra azioni c.d. *stand alone* e azioni c.d. *follow on*. Pertanto, nel caso in cui si verifichi un c.d. falso negativo sul versante pubblicistico, gli effetti si estendono anche al *private enforcement*. Oltre a limitare l'efficacia deterrente del sistema, la riduzione delle azioni di risarcimento finisce così per pregiudicare anche la posizione dei soggetti che hanno subito un danno dalle condotte illecite, compromettendo la funzione compensativa del sistema repressivo (pubblico e privato) delle regole antitrust.

Se ciò è vero in prima approssimazione, la questione appare in realtà molto più complessa. In primo luogo, la giurisprudenza nazionale di diversi Stati membri ha riconosciuto che il diritto al risarcimento del danno da illecito antitrust non può dipendere dalle scelte operate dai soggetti coinvolti nel versante pubblicistico

dell'applicazione delle regole di concorrenza. In virtù di tale affermazione di principio, si è aperto in più di un'occasione alla possibilità di azioni *follow-on* basate esclusivamente su provvedimenti “patteggiati”, e in particolare sulle decisioni con impegni. Si riconosce in altri termini che gli elementi probatori raccolti e le “preoccupazioni concorrenziali” espresse dalla Commissione (o da una ANC) nella valutazione preliminare possono, in certi casi, risultare sufficienti a ritenere che una violazione delle regole antitrust si sia in realtà verificata prima dell'accoglimento degli impegni proposti dalle imprese.

In secondo luogo, la nozione di *private enforcement* non si limita alle sole azioni di risarcimento del danno, ma comprende piuttosto tutte le azioni instaurate dai privati innanzi alle giurisdizioni nazionali per vedere tutelati i diritti ad essi riconosciuti dalla normativa antitrust dell'Unione, e in specie per ottenere l'adozione di rimedi cautelari. In tale prospettiva, le soluzioni negoziate, e in particolare le decisioni con impegni, possono finire per avere effetti persino positivi per il *private enforcement*. Quanto è poco probabile che la chiusura “patteggiata” di un procedimento favorisca le azioni di risarcimento, tanto è verosimile che anche solo il mero avvio di un procedimento pubblico sia sufficiente ad influenzare le scelte dei giudici nazionali in merito alla concessione di misure provvisorie. Nella fase cautelare l'esame della fattispecie è giocoforza meno approfondito: i giudici nazionali sono quindi più inclini a fare affidamento sulle valutazioni già compiute dalla Commissione nel momento in cui ha deciso di avviare l'istruttoria, anche a prescindere dal fatto che questa si sviluppi successivamente seguendo i binari “ordinari” ovvero quelli “patteggiati”.

Infine, non è detto che le azioni di risarcimento riguardino esclusivamente condotte delle imprese poste in essere nel periodo preso in considerazione dal provvedimento emesso al termine di una procedura negoziata. Piuttosto, i giudici nazionali possono essere chiamati a pronunciarsi anche sui rapporti fra decisioni “pateggiate” e condotte poste in essere nel periodo anteriore ovvero successivo alla loro adozione. Il secondo scenario riguarda essenzialmente le decisioni con impegni, e in particolare l'ipotesi in cui l'impresa che ne ha ottenuto l'accoglimento nel corso del procedimento pubblico non vi abbia dato piena esecuzione. Atteso che le imprese che propongono gli impegni sono certamente vincolate dalla decisione che li recepisce, in quanto sue destinatarie, chiunque può invocarne il contenuto nei loro confronti dinnanzi ai giudici nazionali, in virtù del principio dell'effetto diretto del diritto dell'Unione. In questi casi, in linea con l'ipotesi in cui sia la Commissione a reagire al mancato rispetto degli impegni ai sensi dell'art. 9(2) reg. (CE) n. 1/2003, il contenuto dell'azione dei privati non è di regola quello tipico del contenzioso antitrust, ma si avvicina piuttosto a un'ordinaria controversia “contrattuale”. I terzi lamentano in effetti il mancato adempimento degli obblighi resi vincolanti dalla decisione della Commissione, e non una diretta violazione degli artt. 101 o 102 TFUE. Grazie al diverso onere probatorio, l'avvio di un'azione civile diviene quindi attività

meno complessa: anche in tale prospettiva, le decisioni con impegni possono pertanto favorire lo sviluppo del *private enforcement*, latamente inteso.

Bibliografia

Monografie, commentari, opere collettanee e reports istituzionali.

- ADAM R., TIZZANO A., *Manuale di diritto dell'Unione europea*, Torino, 2014.
- ADINOLFI A., AMADEO S., DANIELE L., NASCIMBENE B., *L'applicazione del diritto comunitario della concorrenza*, Milano, 2007.
- ADINOLFI G., LANG A. (a cura di), *Il trattato che adotta un Costituzione per l'Europa: quali limitazioni all'esercizio dei poteri sovrani degli Stati?*, Milano, 2006.
- AKMAN P., *The Concept of Abuse in EU Competition Law*, Oxford, 2012.
- ALTER K., *Establishing the Supremacy of European Law*, Oxford, 2002.
- AMALFITANO C., CONDINANZI M., *Unione europea: fonti, adattamento e rapporti tra ordinamenti*, Torino, 2015.
- AMATO G., *Antitrust and the Bounds of Power*, Oxford, 1997.
- AMATO G., EHLERMANN C.D., *EC Competition Law. A Critical Assessment*, Oxford, 2007.
- ANDREANGELI A., *Private enforcement of antitrust: regulating corporate behaviour through collective claims in the EU and US*, Cheltenham, 2014.
- ASCARELLI T., *Teoria della concorrenza e dei beni immateriali*, Milano, 1960.
- ASSEMBLEE PARLEMENTAIRE EUROPEENNE, *Rapport Deringer*, Documents de Séance, 1961-1962, del 7 settembre 1961, n. 57.
- AUTORITÀ GARANTE DELLA CONCORRENZA E DEL MERCATO, *Relazione sull'attività svolta nel 1997*, 30 aprile 1998.
- BAQUERO CRUZ J., *Between Competition and Free Movement: The Economic Constitutional Law of the European Community*, Oxford, 2002.
- BARUCCI P., RABITTI BEDOGNI C. (a cura di), *Vent'anni di antitrust. L'evoluzione dell'autorità garante della concorrenza e del mercato*, Torino, 2010.
- BASEDOW J. (eds.) *Private enforcement of EC competition law*, Alphen aan den Rijn, 2007.
- BASTIANON S., *Diritto antitrust dell'Unione europea*, Milano, 2011.
- BASTIANON S., *L'abuso di posizione dominante*, Milano, 2001.
- BEATON-WELLS C., TRAN C. (eds.), *Anti-cartel enforcement in a contemporary age: leniency religion*, Oxford, 2015.
- BELLAMY C., CHILD G., *European Union Law of Competition*, Oxford, 2013.
- BERNINI G., *La tutela della libertà di concorrenza*, Milano, 1960.
- BILANCIA P., D'AMICO M. (a cura di), *La nuova Europa dopo il Trattato di Lisbona*, Milano, 2009.
- BIONDI A., EECKHOUT P., RIPLEY S. (eds.) *EU Law After Lisbon*, Oxford, 2012, 213.
- BISHOP S., WALKER M., *The Economics of EC Competition Law: Concepts, Application and Measurement*, Londra, 2010.

- BOMBOIS T., *La protection des droit fondamentaux des entreprises en droit européen répressif de la concurrence*, Bruxelles, 2012.
- BORK R.H., *The Antitrust Paradox: A Policy at War with Itself*, New York, 1978.
- BORK R.H., *The Antitrust Paradox: A Policy at War with Itself*, Oxford, 1993.
- BUTTIGIEG E., *Competition Law: Safeguarding the Consumer Interest. A comparative Analysis of US Antitrust Law and EC Competition Law*, Alphen aan den Rijn, 2009.
- CAIAZZO R., *Antitrust. Profili giuridici*, Milano, 2007.
- CALAMIA A.M., *La nuova disciplina della concorrenza nel diritto comunitario*, 2004.
- CAPUANO V., *Abuso di posizione dominante e proprietà intellettuale nel diritto dell'Unione Europea*, Napoli, 2012.
- CARBONE S.M. (a cura di), *L'Unione europea a vent'anni da Maastricht. Verso nuove regole*, Napoli, 2013.
- CARBONE S.M., *Lo spazio giudiziario europeo in materia civile e commerciale. Da Bruxelles I al regolamento CE n. 805/2004*, Torino, 2009.
- CARBONE S.M., *Organi comunitari, controllo di legittimità ed interessi privati*, Padova, 1972.
- CARPANETO L., *Il diritto comunitario dei trasporti tra sussidiarietà e mercato. Il caso del trasporto ferroviario*, Torino, 2009.
- CARTABIA M., LUPO N., SIMONCINI A., *Democracy and subsidiarity in the EU: national parliaments, regions and civil society in the decision-making process*, Bologna, 2013.
- CATALANO N., *Manuale di diritto delle Comunità europee*, Milano, 1965.
- CATRICALÀ A. (a cura di), *Codice commentato della concorrenza e del mercato*, Torino, 2010.
- CINTIOLI F., DONATI F., *Recenti innovazioni in materia di sanzioni antitrust*, Torino, 2008.
- CISOTTA F., MARQUIS M. (eds.) *Litigation and Arbitration in EU Competition Law*, Cheltenham, 2015.
- CLARK E., HUGHES M., WIRTH D., *Study on the conditions of claims for damages in case of infringement of EC competition rules*, 31 agosto, 2004.
- CLARKE J., *International merger policy: applying domestic law to international markets*, Cheltenham, 2014.
- CLERGERIE J.L., *Le principe de subsidiarité*, Parigi, 1997.
- COMMISSIONE EUROPEA, *Discussion Paper on the Application of Article 82 of the Treaty to Exclusionary Abuses*, Bruxelles, 2005
- COMMISSIONE EUROPEA, *Il risarcimento dei danni derivanti da una violazione degli articoli 85 e 86 del trattato che istituisce la CEE*, Bruxelles, 1966.
- COMMISSIONE EUROPEA, *XIII Relazione sulla politica di concorrenza (1983)*, Bruxelles, 1984.
- COMMISSIONE EUROPEA, *XIV Relazione sulla politica di concorrenza (1984)*, Bruxelles, 1984.
- COMMISSIONE EUROPEA, *XV Relazione sulla politica di concorrenza (1985)*, Bruxelles, 1985.

- CONDINANZI M. (a cura di), *Unione europea e Svizzera tra cooperazione e integrazione*, Milano, 2012.
- CONDINANZI M., MASTROIANNI R., *Il contenzioso dell'Unione europea*, Torino, 2009.
- CORTESE B. (a cura di), *EU Competition Law: Between Public and Private Enforcement*, Alphen aan den Rijn, 2013.
- CURTI GIALDINO C. (diretto da), *Codice dell'Unione europea*, 2012, Napoli.
- D'AGNOLO G., *La sussidiarietà nell'Unione Europea*, Padova, 1998.
- DANIELE L., NASCIMBENE B. (a cura di), *Il ricorso di annullamento nel Trattato istitutivo della Comunità europea*, Milano, 1998.
- DE PASQUALE P., *Il principio di sussidiarietà nella Comunità Europea*, Napoli, 2000.
- DE PASQUALE P., *La tutela della concorrenza oltre i confini comunitari tra applicazione extraterritoriale e cooperazione*, Napoli, 2005.
- DE VITA M., *Il diritto della concorrenza nella giurisprudenza*, Torino, 2009.
- DE WALSCHE A., LEVI L. (eds.), *Mélanges en hommage à Georges Vandensanden — Promenades au sein du droit européen*, Bruxelles, 2008.
- DE WITTE B, MICKLITZ H.W. (eds.), *The European Court of Justice and the Autonomy of the Member States*, Cambridge, 2012.
- DERENNE J., MEROLA M. (eds.), *The Role of the Court of Justice of the European Union in Competition Law Cases*, Bruxelles, 2012.
- DREXL J., IDOT L., MONÉGER J. (eds.), *Economic Theory and Competition Law*, Cheltenham, 2009.
- EHLERMANN C.D., ATANASIU A.I. (eds.), *European Competition Law Annual 2006: Enforcement of Prohibition of Cartels*, Oxford-Portland, 2007.
- EHLERMANN C.D., ATANASIU A.I. (eds.), *European Competition Law Annual 2002: Constructing the EU Network of Competition Authorities*, Oxford-Portland, 2002.
- EHLERMANN C.D., ATANASIU A.I. (eds.), *European Competition Law Annual 2001: Effective Private Enforcement of EC Antitrust Law*, Oxford-Portland, 2003.
- EHLERMANN C.D., ATANASIU A.I. (eds.), *European Competition Law Annual 2003: What is Abuse of a Dominant Position?*, Oxford-Portland, 2006.
- EHLERMANN C.D., MARQUIS M. (eds.), *European Competition Law Annual 2009: The Evaluation of Evidence and its Judicial Review in Competition Cases*, Oxford-Portland, 2011
- EHLERMANN C.D., MARQUIS M. (eds.), *European Competition Law Annual 2008: Antitrust settlements under EC Competition Law*, Oxford-Portland, 2010.
- ESTELLA A., *The EU Principle of Subsidiarity and its Critique*, Oxford, 2002.
- ETRO F., KOKKORIS I. (eds.), *Competition Law and the Enforcement of Article 102*, Oxford, 2010.
- ETRO F., KOKKORIS I. (eds.), *Competition law and the enforcement of Article 102*, Oxford, 2010.
- EZRACHI A. (ed.), *Article 82 EC: Reflections on its Recent Evolution*, Oxford, 2009.
- EZRACHI A. (ed.), *Research Handbook on International Competition Law*, Cheltenham, 2012, 21.

- FALCONI G., MARCHETTI B., (a cura di), *Pubblico e privato nell'organizzazione e nell'azione amministrativa*, Padova, 2013, 109.
- FATTORI P., TODINO M., *La disciplina della concorrenza in Italia*, Bologna, 2010.
- FAULL J., NIKPAY A. (eds.), *The EU Law of Competition*, Oxford, 2014.
- FERRARI E., RAMAJOLI M., SICA M. (a cura di), *Il ruolo del giudice di fronte alle decisioni amministrative per il funzionamento dei mercati*, Torino, 2006.
- FERRARI F., KRÖLL S. (eds), *Conflict of Laws in International Arbitration*, Munich, 2011
- FRATEA C., *Il private enforcement del diritto della concorrenza dell'Unione europea*, Napoli, 2015.
- FRIGESSI DI RATTALMA M., DE CESARI P., *Nuove sfide in tema di concorrenza e aiuti di Stato nell'Unione europea*, Napoli, 2013.
- FRIGNANI A., BARIATTI S. (a cura di), *Disciplina della concorrenza nella UE*, Padova, 2013.
- FRIGNANI A., PARDOLESI R., *La concorrenza*, Torino, 2006.
- FRIGNANI A., WAELBROECK M., *Disciplina della concorrenza nella CE*, Torino, 1996
- G. DI FEDERICO, *La riforma del procedimento antitrust e diritti della difesa*, Napoli, 2008.
- GARAPON A., *Lo Stato minimo*, Milano, 2012.
- GARZANITI L., *Telecommunications, Broadcasting and the Internet: EU Competition Law and Regulation*, Londra, 2003.
- GERADIN D., LAYNE-FARRAR A., PETIT N., *EU Competition Law and Economics*, Oxford, 2012.
- GERADIN D., LIANOS I. (eds.), *Research Handbook on European Competition Law*, Cheltenham, 2013.
- GERBER D.J., *Law and competition in twentieth century Europe*, Oxford, 1998.
- GHOSHAL V., STENNEK J. (eds.), *The Political Economy of Antitrust. Contributions to Economic Analysis Series*, Amsterdam, 2007.
- GIUDICI P., *I prezzi predatori*, Milano, 2000.
- GIUDICI P., *La responsabilità civile nei mercati finanziari*, Milano, 2008.
- GOVAERE I., HANF D., *Scrutinizing Internal and External Dimensions of European Law Liber Amicorum Paul Demaret*, Bruxelles, 2013.
- GOYDER J., ALBORS LLORENS A., *EC Competition Law*, Oxford, 2009.
- HARTLEY T.C., *Constitutional problems of the European Union*, Oxford, 1999.
- HAWK B. (ed.), *2005 Annual Proceedings of the Fordham Corporate Law Institute*, New York, 2006.
- HAWK B. (ed.), *Annual proceedings of the Fordham Corporate Law Institute*, Londra, 1996, 521.
- HAWK B. (ed.), *International Antitrust Law and Police*, New York, 2001
- HILDEBRAND D., *The Role of Economic Analysis in the EC Competition Rules*, Alphen aan den Rijn, 2009.

- INTERNATIONAL COMPETITION NETWORK – CARTEL WORKING GROUP, *Report to the International Competition Network Annual Conference*, Kyoto, aprile 2008.
- IPPOLITO F., *Fondamento, attuazione e controllo del principio di sussidiarietà nel diritto della Comunità e dell'Unione europea*, Milano, 2007
- JOLIET R., *The Rule of Reason in Anti-Trust Law*, The Hague, 1967.
- JONES A., SUFRIN B., *EU Competition Law: Text, Cases, and Materials*, Oxford-New York, 2014.
- JONES A., SUFRIN B., *EU Competition Law: Text, Cases, and Materials*, Oxford-New York, 2014.
- KIIVER P., *The early warning system for the principle of subsidiarity: constitutional theory and empirical reality*, Abingdon, 2012.
- KOMNINOS A.P., *EC Private Antitrust Enforcement. Decentralised Application of EC Competition Law by National Courts*, Oxford-Portland, 2008.
- KORAH V., *An Introduction Guide to EC Competition Law and Practice*, Oxford-Portland, 2007.
- KRONENBERGER V., D'ALESSIO M.T., PLACCO V. (eds.), *De Rome à Lisbonne: les juridictions de l'Union européenne a la croisée des chemins. Mélanges en l'Honneur de Paolo Mengozzi*, Bruxelles, 2013.
- LÉVEQUE F., SHELANKI H. (eds.), *Antitrust and regulation in the EU and US: legal and economic perspectives*, Cheltenham, 2009.
- LIGUSTRO A., SACERDOTI G. (a cura di), *Problemi e tendenze del diritto internazionale dell'economia. Liber amicorum in onore di Paolo Picone*, Napoli, 2011.
- LOVDHAL GORMSEN L., *A Principled Approach to Abuse of Dominance in European Competition Law*, Cambridge, 2010.
- MANZINI P., *L'esclusione della concorrenza nel diritto antitrust comunitario*, Milano, 1994.
- MARABINI F., *L'abuso di posizione dominante nella giurisprudenza comunitaria*, Torino, 2004.
- MARCHETTI P., UBERTAZZI L.C. (a cura di), *Commentario breve al diritto della concorrenza*, Padova, 2007, 2543.
- MELI V., *Lo sfruttamento abusivo di posizione dominante mediante imposizione di prezzi non equi*, Milano 1989.
- MELI V., *Rifuto di contrattare e tutela della concorrenza nel diritto antitrust comunitario*, Torino, 2003.
- MOAVERO MILANESI E., *Diritto della concorrenza dell'Unione europea*, Napoli, 2004.
- MONTI G., *EC Competition law*, Cambridge, 2007.
- MOTTA M., *Competition Policy*, Cambridge, 2004.
- MOTTA M., POLO M., *Antitrust. Economia e politica della concorrenza*, Bologna, 2005.
- MUNARI F., *Il diritto comunitario antitrust nel commercio internazionale: il caso dei trasporti marittimi*, Padova, 1993.
- NAZZINI R., *The Foundations of European Union Competition Law. The Objectives and principles of Article 102*, Oxford, 2011.

- NEGRI M., *Giurisdizione e amministrazione nella tutela della concorrenza. La tutela della concorrenza innanzi al giudice civile*, Torino, 2012.
- NIHOUL P., *Les télécommunications en Europe – Concurrence ou organisation de marché?*, Louvain, 2004.
- O'DONOGHUE R., PADILLA J., *The Law and Economics of Article 82*, New York, 2006.
- ODUDU O., *The Boundaries of EC Competition Law: The Scope of Article 81*, Oxford, 2006.
- ORLANDI M., *L'evoluzione del primato del diritto dell'Unione europea: dalla contrapposizione tra sistemi giuridici al dialogo multilaterale*, Torino, 2012.
- ORTIZ BLANCO L., *Market Power in EU Antitrust Law*, Oxford, 2012;
- OSTI C., *Diritto della concorrenza*, Bologna, 2007.
- OSTI C., *Nuovi obblighi a contrarre*, Torino, 2004.
- P. LAROCHE, *Competition Law and Regulation in European Telecommunications*, Oxford, 2000.
- PACE L.F. (a cura di), *Dizionario sistematico del diritto della concorrenza*, Napoli, 2013.
- PACE L.F. (ed.), *European competition law: the impact of the Commission's guidance on Article 102*, Cheltenham, 2011.
- PACE L.F., *Diritto europeo della concorrenza*, Padova, 2007.
- PANUNZIO S.P., SCISO E. (a cura di), *Le riforme istituzionali e la partecipazione dell'Italia all'Unione Europea*, Milano, 2002.
- PAPPALARDO A., *Il diritto comunitario della concorrenza*, Torino, 2007.
- PATEL K.K., SCHWEITZER H. (eds.), *The Historical Foundations of EU Competition Law*, Oxford, 2013.
- PAUER N.I., *The Single Economic Entity Doctrine and Corporate Group Responsibility in European Antitrust Law*, Alphen aan den Rijn, 2014.
- PEACOCK A., WILLGERODT H. (eds.), *German Neo-liberals and the Social Market Economy*, Londra, 1989.
- PERSANO F., *L'energia fra diritto internazionale e diritto dell'Unione europea: disciplina attuale e prospettive di sviluppo*, Milano, 2012.
- PESCE C., *I nuovi strumenti di public enforcement. Commissione europea e «antitrust» nazionale a confronto*, Napoli, 2012.
- PISTORIO G., *Interpretazione e giudici: il caso dell'interpretazione conforme al diritto dell'Unione europea*, Napoli, 2012.
- PIVA P., *Giudice nazionale e diritto dell'Unione europea*, Napoli, 2008.
- POCAR F. (a cura di), *Commentario breve ai trattati della Comunità e dell'Unione Europea*, Padova, 2001.
- POCAR F., BARUFFI M.C. (a cura di), *Commentario breve ai Trattati dell'Unione europea*, Milano, 2014.
- POCAR F., VIARENGO I., VILLATA F.C. (eds.), *Recasting Brussels I*, Padova, 2012.
- POSNER R.A., *Antitrust Law*, Chicago, 2001.
- POSNER R.A., *Antitrust Law: An Economic Perspective*, Chicago, 1976.

- POSNER R.A., *Antitrust: Cases, Economic Notes and Other Materials*, Saint Paul, 1974.
- PROSPERETTI L., SIRAGUSA M., BERETTA M., MERINI M., *Economia e diritto antitrust*, Roma, 2006.
- RAFFAELLI E.A. (a cura di), *Antitrust tra diritto nazionale e diritto dei consumatori*, Milano, 2009.
- RASMUSSEN H., *On Law and Policy in the European Court of Justice: A Comparative Study in Judicial Policymaking*, Leiden, 1986.
- RASMUSSEN H., *The European Court of Justice*, Copenhagen, 1998.
- ROSSI DAL POZZO F., NASCIMBENE B. (a cura di), *Il private enforcement delle norme sulla concorrenza*, Milano, 2009.
- ROUSSEVA E., *Rethinking Exclusionary Abuses in EU Competition Law*, Oxford, 2010.
- SALERNO F., *Giurisdizione ed efficacia delle decisioni straniere nel regolamento (UE) n.1215/2012 (rifusione)*, Padova, 2015.
- SALERNO F., *Giurisdizione ed efficacia delle decisioni straniere nel regolamento (CE) n. 44/2001: la revisione della Convenzione di Bruxelles del 1968*, Padova, 2006.
- SAULLE R. (a cura di), *Il Trattato di Maastricht*, Napoli, 1995.
- SCHWARTZ W., *Private Enforcement of the Antitrust Laws: An Economic Critique*, Washington, 1981.
- SHAVELL S., *Foundations of Economic Analysis of Law*, Cambridge-Londra, 2004.
- SIRAGUSA M., RIZZA C. (eds.), *EU Competition Law: Cartel Law*, Leuven, 2007.
- SLOT P.J., JOHNSTON A., *An Introduction to Competition Law*, Oxford, 2013.
- SLOT P.J., MC DONNELL A. (eds.), *Procedure and Enforcement in E.C. and U.S. Competition Law*, Londra, 1993.
- STIGLER G.J., *The Organization of Industry*, Chicago, 1968.
- STROZZI G. (a cura di), *Diritto dell'Unione europea. Parte speciale*, Torino, 2015.
- STUYCK J., GILLIAMS H. (eds.), *Modernisation of European Competition Law*, Antwerp, 2002.
- TESAURO G. (a cura di), *Concorrenza ed effettività della tutela giurisdizionale tra ordinamento dell'Unione europea e ordinamento italiano*, Napoli, 2013.
- TESAURO G., D'ALBERTI M. (a cura di), *Regolazione e Concorrenza*, Bologna, 2000.
- TIRIO F., *Le autorità indipendenti nel sistema misto di enforcement della regolazione*, Torino, 2012.
- TIZZANO A. (a cura di), *Il diritto privato dell'Unione europea*, in BESSONE M. (diretto da), *Trattato di diritto privato dell'Unione europea*, Torino, 2000.
- TIZZANO A. (a cura di), *Il diritto privato dell'Unione europea*, in BESSONE M. (diretto da), *Trattato di diritto privato dell'Unione europea*, Torino, 2006.
- TIZZANO A. (a cura di), *Trattati dell'Unione europea*, Milano, 2014.
- TOSATO G.L., BELLODI L. (a cura di), *Il nuovo diritto europeo della concorrenza*, Milano, 2004.
- TOWNLEY C., *Article 81 EC and Public Policy*, Oxford, 2009.

- TREBILCOCK M.J., *The Common Law of Restraint of Trade: A Legal and Economic Analysis*, Toronto, 1986.
- TUO C.E., *La rivalutazione della sentenza straniera nel regolamento Bruxelles I: tra divieti e reciproca fiducia*, Padova, 2012.
- UNIONCAMERE (a cura di), *Comunità economica europea*, Milano, 1958.
- VAN BAELE I., BELLIS J.F., *Il diritto comunitario della concorrenza*, Torino, 2009.
- VAN DEN BERGH R.J., CAMESASCA P.D., *European Competition Law and Economics: A Comparative Perspective*, Londra, 2006.
- VAN ROMPUY B., *Economic efficiency: the sole concern of modern antitrust policy? Non-efficiency considerations under article 101 TFEU*, Alphen aan den Rijn, 2012.
- VARIAN H.R., *Intermediate Microeconomic. A Modern Approach*, New York-Londra, 2003.
- WESSELING R., *The Modernisation of EC Antitrust Law*, Oxford, 2000.
- WHISH R., BAILEY D., *Competition Law*, Oxford-New York, 2015.
- WILS W.P.J., *Efficiency and Justice in European Antitrust Enforcement*, Oxford/Portland, 2008.

Articoli su riviste, working papers e capitoli in opere collettanee.

- , *Le deuxième colloque international de droit européen (La Haye, 24-26 octobre 1963)*, in *Revue internationale de droit comparé*, 1964, 797.
- ADAM R., *Limiti esterni delle norme comunitarie sulla concorrenza*, in *Rivista di diritto internazionale*, 1975, 254.
- ADINOLFI A., *Art. 16 Reg. 1/2003*, in ADINOLFI A., AMADEO S., DANIELE L., NASCIMBENE B., *L'applicazione del diritto comunitario della concorrenza*, Milano, 2007, 189.
- ADINOLFI A., *La Corte di giustizia dell'Unione europea dopo il Trattato di Lisbona*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2010, 45.
- ADOBATI E., *La Corte di giustizia riconosce il diritto dei singoli di far valere il diritto comunitario in un'azione volta ad ottenere il risarcimento dei danni nell'ambito della RC auto*, in *Diritto comunitario e degli scambi internazionali*, 2006, 534.
- AFFERNI G., *Azione di classe e danno antitrust*, in *Mercato Concorrenza Regole*, 2010, 491.
- AFFERNI G., *Il risarcimento del danno per violazione del diritto antitrust italiano: nesso di causalità e prova del danno*, in *Danno e responsabilità*, 2007, 764.
- AFFERNI G., *La traslazione del danno nel diritto antitrust nazionale e comunitario*, in *Concorrenza e Mercato*, 2008, 494.
- AKMAN P., *Searching for the Long-Lost Soul of Article 82*, in *Oxford Journal of Legal Studies*, 2009, 267.
- ALBAEK S., CLAICI A., *The Velux case – an in-depth look at rebates and more*, in *Competition Policy Newsletter*, 2009, 44.

- ALBERTI C., *La disciplina del diritto di accesso nel post Amsterdam tra consacrazione e limitazione*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2003, 55.
- ALBOR LLORENS A., *The standing of private parties to challenge community measures: has the European court missed the boat?*, in *Cambridge Law Journal*, 2003, 75.
- ALEGI AL.M, MURRAY G., *Settling an Appropriate Policy: Reflections on OFT Work in Progress*, in C.D EHLERMANN C.D., MARQUIS M. (eds.), *European Competition Law Annual 2008: Antitrust settlements under EC Competition Law*, Oxford-Portland, 2010, 511.
- ALEIXO M., *An inaugural fine: Microsoft's failure to comply with commitments (case COMP/39530)*, in *European Competition Law Review*, 2013, 466.
- ALEXANDER W., *The domestic courts and article 85 of the Rome Treaty*, in *Common Market Law Review*, 1964, 431.
- ALFARO J., REHER T., *Towards the directive on private enforcement of EC competition law: is the time ripe?*, in *European Antitrust Review*, 2010, 2701.
- AMADEI P., *Il principio di sussidiarietà nel processo di integrazione comunitaria*, in SAULLE R. (a cura di), *Il Trattato di Maastricht*, Napoli, 1995
- AMALFITANO C., *Art. 263 TFUE*, in POCAR F., BARUFFI M.C. (a cura di), *Commentario breve ai Trattati dell'Unione europea*, Milano, 2014, 1298.
- AMALFITANO C., *La protezione giurisdizionale dei ricorrenti non privilegiati nel sistema comunitario*, in *Diritto dell'Unione Europea*, 2003, 13.
- AMALFITANO C., PERSANO F., *Responsabilità dello Stato per violazione del diritto dell'Unione europea e decorrenza del termine di prescrizione dell'azione risarcitoria*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2012, 111.
- AMATO F., *Art. 101 TFUE*, in TIZZANO A. (a cura di), *Trattati dell'Unione europea*, Milano, 2014, 1019.
- AMATO F., *Art. 102 TFUE*, in TIZZANO A. (a cura di), *Trattati dell'Unione europea*, Milano, 2014, 1050.
- AMATO F., DELLA NEGRA A., LIBERATORE F., *La responsabilità della capogruppo per le violazioni al diritto antitrust europeo commesse dalle controllate: presunzione relativa o, di fatto, assoluta?*, in *Contratto e Impresa Europa*, 2014, 334.
- AMTENBRINK F., *European Court of Justice's Approach to Primacy and European Constitutionalism*, in DE WITTE B, MICKLITZ H.W. (eds.), *The European Court of Justice and the Autonomy of the Member States*, Cambridge, 2012.
- ANDREANGELI A., *Courage Ltd v Crehan and the Enforcement of Art. 81 EC before National Courts*, in *European Competition Law Review*, 2004, 758.
- ANDREANGELI A., *Interoperability as an "Essential Facility" in the Microsoft Case – Encouraging Competition or Stifling Innovation*, in *European Law Review*, 2009, 584.
- ANGELI M., *Willing to Define Willingness: The (Almost) Final Word on SEP-Based Injunctions in light of Samsung and Motorola*, in *Journal of European Competition Law & Practice*, 2015, 221.

- ARENA A., *I conflitti “diagonali” tra antitrust e regolamentazione nell’Unione europea: il ruolo ordinatore della corte di giustizia*, in TESAURO G. (a cura di), *Concorrenza ed effettività della tutela giurisdizionale tra ordinamento dell’Unione europea e ordinamento italiano*, Napoli, 2013, 151.
- ARNAUDO L., *L’efficienza nel nuovo controllo comunitario delle concentrazioni*, in *Mercato Concorrenza Regole*, 2003, 309.
- ARNULL A., *Arrêt “Inuit”: la recevabilité des recours en annulation introduits par des particuliers contre des actes réglementaires*, in *Journal de droit européen*, 2014, 14.
- ARNULL A., *Private applicants and the action for annulment since Codorniu*, in *Common Market Law Review*, 2001, 7.
- ARNULL A., *Private applicants and the action for annulment under article 173 of the EC Treaty*, in *Common Market Law Review*, 1995, 7.
- ARNULL A., *The European Court and Judicial Objectivity: A Reply to Professor Hartley*, in *Law Quarterly Review*, 1996, 411.
- ASCIONE A., MOTTA M., *Settlements in Cartel Cases*, in EHLERMANN C.D., MARQUIS M. (eds.), *European Competition Law Annual 2008: Antitrust settlements under EC Competition Law*, Oxford-Portland, 2010, 67.
- AUBERT C., REY P. KOVACIC W. E., *The Impact of Leniency and Whistle-Blowing Programs on Cartels*, in *International Journal of Industrial Organizations*, 2006, 1241.
- AVBELJ M., *Supremacy or Primacy of EU Law – (Why) Does it Matter?*, in *European Law Journal*, 2011, 744.
- AZEVEDO J.P., WALKER M., *Dominance: meaning and measurement*, in *European Competition Law Review*, 2002, 363.
- BACH A., *Negotiated Antitrust Settlement: Some perspective from the Point of View of (Potential) Plaintiffs*, in EHLERMANN C.D., MARQUIS M. (eds.), *European Competition Law Annual 2008: Antitrust settlements under EC Competition Law*, Oxford-Portland, 2010, 251.
- BADEN FULLER C.W., *Article 86 EEC: Economic Analysis of the Existence of a Dominant Position*, in *European Law Review*, 1979, 481.
- BAILEY D., *Restrictions of Competition by Object under Article 101 TFEU*, in *Common Market Law Review*, 2012, 559.
- BAILEY D., *Scope of judicial review under Article 81 EC*, in *Common Market Law Review*, 2004, 1327.
- BALTHASAR S., *Locus standi rules for challenges to regulatory acts by private applicants: the new art. 263(4) TFEU*, in *European Law Review*, 2010, 542.
- BARATTA R., *Il “telos” dell’interpretazione conforme all’“acquis” dell’Unione*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2015, 28.
- BARATTA R., *Quali prospettive in tema di effetti c.d. orizzontali di norme di direttive inattuata?*, in *Rivista di diritto internazionale*, 1994, 487.
- BARBER N.W., *The Limited Modesty of Subsidiarity*, in *European Law Journal*, 2005, 308.

- BARIATTI S., *Commissione europea e autorità nazionale: l'applicazione decentrata del diritto comunitario*, in BARUCCI P., RABITTI BEDOGNI C. (a cura di), *Vent'anni di antitrust. L'evoluzione dell'autorità garante della concorrenza e del mercato*, Torino, 2010, 349.
- BARIATTI S., *I nuovi criteri di competenza per le società estere e la loro incidenza sull'applicazione dei Regolamenti europei n. 44/2001 e n. 1215/2012*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2015, 31.
- BARIATTI S., PERFETTI L., *Prime osservazioni sulle previsioni del "Libro bianco in materia di azioni per il risarcimento del danno per violazione delle norme antitrust" della Commissione e del Codice del consumo*, in ROSSI DAL POZZO F., NASCIBENE B. (a cura di), *Il private enforcement delle norme sulla concorrenza*, Milano, 2009, 3.
- BARIATTI S., *Problemi di giurisdizione e di diritto internazionale privato nell'azione antitrust*, in PACE L.F. (a cura di), *Dizionario sistematico del diritto della concorrenza*, Napoli, 2013, 267.
- BARIATTI S., *The Recognition and Enforcement in the EU of Foreign Judgments in Antitrust Matters: The Case of US and Dutch Judgments and Settlements rendered upon Class Actions*, in DANOV M., BECKER F., BEAUMONT P. (eds.), *Cross-Border EU Competition Law Actions*, Oxford-Portland, 2013, 385.
- BARONE A., *Danni da abuso di posizione dominante*, in *Foro italiano*, 1996, 276.
- BARONE A., *L'efficacia diretta delle direttive CEE nella giurisprudenza della Corte di giustizia e della Corte Costituzionale*, in *Foro italiano*, 1991, 130.
- BARONI L., *Le eccezioni al diritto di accesso nell'ordinamento comunitario*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2007, 312.
- BARTOLONI M.E., *La nozione di "atto regolamentare" nell'interpretazione offerta dalla Corte di giustizia dell'Unione europea e i suoi riflessi sul ricorso individuale di invalidità*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2014, 249.
- BARTON O., *An analysis of the Principle of Subsidiarity in European Union Law*, in *North East Law Review*, 2014, 83.
- BARUFFI M.C., *Art. 5 TUE*, in POCAR F., BARUFFI M.C. (a cura di), *Commentario breve ai Trattati dell'Unione europea*, Milano, 2014, 24.
- BARUFFI M.C., *Art. 5*, in POCAR F. (a cura di), *Commentario breve ai trattati della Comunità e dell'Unione Europea*, Padova, 2001, 100.
- BASEDOW J., *International Antitrust: From Extraterritorial Application to Harmonization*, in *Louisiana Law Review*, 2000, 1037.
- BASEDOW J., *The Modernization of European Competition Law: A Story of Unfinished Concepts*, in *Texas International Law Journal*, 2007, 429.
- BASSAN F., *Norme europee su concorrenza e regolazione e tutela davanti al giudice amministrativo*, in TESAURO G. (a cura di), *Concorrenza ed effettività della tutela giurisdizionale tra ordinamento dell'Unione europea e ordinamento italiano*, Napoli, 2013, 353.
- BASTIANON S., *A proposito della dottrina dell'essential facilities. Tutela della concorrenza o tutela dell'iniziativa economica?*, in *Mercato Concorrenza Regole*, 1999, 149.

- BASTIANON S., *Antitrust e risarcimento del danno tra Cassazione e giurisprudenza di merito* in *Danno e responsabilità*, 2001, 57.
- BASTIANON S., *Antitrust e risarcimento del danno: atto secondo*, in *Danno e responsabilità*, 1997, 602.
- BASTIANON S., *Boicottaggio e diritto antitrust*, in *Danno e responsabilità*, 2004, 658.
- BASTIANON S., *Circa il danno da abuso di posizione dominante*, in *Foro italiano*, 2003, 2474.
- BASTIANON S., FERRARI P.M., *Gli strumenti di cooperazione internazionale in materia antitrust e i rapporti intercorrenti tra l'Unione europea e la Svizzera*, in CONDINANZI M. (a cura di), *Unione europea e Svizzera tra cooperazione e integrazione*, Milano, 2012, 307.
- BASTIANON S., *Il carattere speciale (pro-integrazionista) del diritto antitrust alla luce del Protocollo n. 27*, in FRIGESSI DI RATTALMA M., DE CESARI P., *Nuove sfide in tema di concorrenza e aiuti di Stato nell'Unione europea*, Napoli, 2013, 23.
- BASTIANON S., *Il risarcimento del danno antitrust tra esigenze di giustizia e problemi di efficienza. Prime riflessioni sul Libro verde della Commissione*, in *Mercato Concorrenza Regole*, 2006, 321.
- BASTIANON S., *Intesa illecita e risarcimento del danno a favore della parte debole*, in *Danno e responsabilità*, 2001, 1151.
- BASTIANON S., *L'accordo di cooperazione tra l'Unione europea e la Svizzera in materia di concorrenza*, in *Eurojus.it*, n. 1/2015.
- BASTIANON S., *La Corte di giustizia si pronuncia sul c.d. umbrella effect*, in *Eurojus.it*, n. 2/2014
- BASTIANON S., *La tutela dei privati e l'accesso alle informazioni riservate: recenti sviluppi*, in TESAURO G. (a cura di), *Concorrenza ed effettività della tutela giurisdizionale tra ordinamento dell'Unione europea e ordinamento italiano*, Napoli, 2013, 111.
- BASTIANON S., *Proposta di direttiva sulle azioni risarcitorie antitrust e le prospettive di ricorso ai consensual settlements*, in *Concorrenza e Mercato*, 2014, 331.
- BASTIANON S., *Tutela antitrust del consumatore finale*, in *Danno e responsabilità*, 2006, 1134.
- BAUMOL W.J., ORDOVER J.A., *The Use of Antitrust to Subvert Competition*, in *Journal of Law & Economics*, 1985, 247.
- BEAUMONT P., *Abolition of Exequatur under the Brussels I Regulation as it Affects EU Competition Law*, in DANOV M., BECKER F., BEAUMONT P. (eds.), *Cross-Border EU Competition Law Actions*, Oxford-Portland, 2013, 371.
- BEBCHUK L.A., *Litigation and Settlement under Imperfect Information*, in *RAND Journal of Economics*, 1984, 404.
- BECCARI D., *Il Tribunale di Milano tra mercato delle Pat-Tv e concorrenza tra piattaforme* in *Corriere giuridico*, 2011, 231.
- BECKER G.S., *Crime and Punishment: An Economic Approach*, in *Journal of Political Economy*, 1968, 169.

- BECKER G.S., STIGLER G.J., *Law Enforcement, Malfeasance, and Compensation of Enforcement*, in *Journal of Legal Studies*, 1974, 1
- BELLIS J.F., *General Overview of the EU Cartel Settlement Procedure*, in *Competition Policy International*, 2014, 1.
- BELLODI L., *L'extraterritorialità rivisitata. Brevi riflessioni sulle recenti tendenze*, in *Diritto del Commercio Internazionale*, 2013, 1023-1033.
- BENNET M., GONZALEZ DIAZ F.E., LEUPOLD H., VERNET A., WOODS D., *Horizontal Cooperation Agreements*, in FAULL J., NIKPAY A. (eds.), *The EU Law of Competition*, Oxford, 2014, 883.
- BERNARD N., *The Future of European Economic Law in the Light of the Principle of Subsidiarity*, in *Common Market Law Review*, 1996, 633.
- BERTI G., *Considerazioni sul principio di sussidiarietà*, in *Jus*, 1994, 381
- BERTONE J., MAGGIOLINO M., *L'introduzione dei programmi di clemenza nel diritto antitrust italiano: ragioni e prospettive*, in *Rivista delle società*, 2007, 1370.
- BERTRAND B., *Un principe politique saisi par le droit. La justiciabilité du principe de subsidiarité en droit de l'Union européenne*, in *Revue trimestrielle de droit européen*, 2012, 329.
- BETLEM G., *The doctrine of consistent interpretation: managing legal uncertainty*, in *Oxford Journal of Legal Studies*, 2002, 397.
- BIAMONTI L., *Considerazioni sulla quantificazione del risarcimento del danno nel processo antitrust*, in TESAURO G. (a cura di), *Concorrenza ed effettività della tutela giurisdizionale tra ordinamento dell'Unione europea e ordinamento italiano*, Napoli, 2013, 215
- BIAVATI P., *Il diritto processuale e la tutela dei diritti in materia di concorrenza*, in *Rivista trimestrale di diritto processuale civile*, 2007, 97.
- BIONDI A., *Subsidiarity in the courtroom*, in BIONDI A., EECKHOUT P., RIPLEY S. (eds.) *EU Law After Lisbon*, Oxford, 2012, 213.
- BIONDI A., *The European Court of Justice and certain National Procedural Limitations: not such a tough Relationship*, in *Common Market Law Review*, 1999, 1271.
- BLACK O., *What is an Agreement?*, in *European Law Review*, 2003, 504.
- BLUM U., STEINAT N., VELTINS M., *On the Rationale of Leniency Programs: A Game-theoretical Analysis*, in *European Journal of Law & Economics*, 2008, 209.
- BOCCACCIO M., SAIJA A., *La modernizzazione dell'antitrust. La decisione con impegni*, in *Mercato Concorrenza Regole*, 2002, 285.
- BOGE U., *Leniency programs and the private enforcement of European Competition law*, in BASEDOW J. (eds.) *Private enforcement of EC competition law*, Alphen aan den Rijn, 2007, 217.
- BORK R.H., *The Rule of Reason and the Per Se Concept: Price Fixing and Market Division I*, in *Yale Law Journal*, 1965, 775.
- BORK R.H., *The Rule of Reason and the Per Se Concept: Price Fixing and Market Division II*, in *Yale Law Journal*, 1966, 373.
- BORRELL J.R., JIMÉNEZ J.L., ORDÓÑEZ-DE-HARO J.M., *The leniency programme: obstacles on the way to collude*, in *Journal of Antitrust Enforcement*, 2015, 149.

- BOSCHECK R., *The EU's Third Internal Energy Market Legislative Package: Victory of Politics Over Economic Rationality*, in *World Competition*, 2009, 593.
- BOSCHETTI B.L., *Enforcement del diritto antitrust e risarcimento del danno*, in *Concorrenza e Mercato*, 2013, 27.
- BOTTA M., *Testing the Decentralisation of Competition Law Enforcement: Comment on Toshiba*, in *European Law Review*, 2013, 107.
- BOTTEMAN Y., PATSA A., *The Jurisdictional Reach of EU Anti-Cartel Rules: Unmuddling the Limits*, in *European competition journal*, 2012, 365.
- BOTTEMAN Y., PATSA A., *Towards a More Sustainable Use Of Commitment Decision in Article 102 TFEU Cases*, in *Journal of Antitrust Enforcement*, 2013, 347.
- BOTTINO M., *La recevabilité des recours en annulation en matière d'aides d'État*, in *Diritto dell'Unione Europea*, 2013, 245;
- BOURGEOIS J.H.J., HUMPE C., *The Commission's draft new regulation 17*, in *European Competition Law Review*, 2002, 43.
- BOURGEOIS J.H.J., STRIEVI S., *EU competition Remedies in Consumer Cases: Thinking Out of the Shopping Bag*, in *World Competition*, 2010, 241.
- BOURGEOIS J.H.J., *Undertaking in E.C. Competition Law*, in SLOT P.J., MC DONNEL A. (eds.), *Procedure and Enforcement in E.C. and U.S. Competition Law*, Londra, 1993, 90.
- BREATHNACH S., *Sweetening the carrot: the role of leniency programmes in the fight against cartels*, in *European Competition Law Review*, 2013, 12.
- BRODLEY J.F., *Antitrust Standing in Private Merger Cases: Reconciling Private Interest and Public Enforcement Goals*, in *Michigan Law Review*, 1995, 1.
- BRODLEY J.F., *The Economic Goals of Antitrust: Efficiency, Consumer Welfare, and Technological Progress*, in *New York University Law Review*, 1987, 1020.
- BRONCKERS M., VALLERY A., *No longer presumed guilty? The impact of fundamental rights on certain dogmas of EU competition law*, in *World Competition*, 2011, 535.
- BROUWER O.W., *Antitrust Settlement in the Netherlands: A Useful Source of Inspiration*, in EHLERMANN C.D., MARQUIS M. (eds.), *European Competition Law Annual 2008: Antitrust settlements under EC Competition Law*, Oxford-Portland, 2010, 489.
- BROWN A., *Notification of Agreements to the EC Commission: Whether to Submit to a Flawed System*, in *European Competition Law Review*, 1992, 323.
- BRUZZONE G., BOCCACCIO M., *Identifying Infringements of Competition Rules: The Role of Economic and Legal Thinking*, in RAFFAELLI E.A. (a cura di), *Antitrust tra diritto nazionale e diritto dei consumatori*, Milano, 2009
- BRUZZONE G., *L'abuso di posizione dominante*, in PACE L.F. (a cura di), *Dizionario sistematico del diritto della concorrenza*, Napoli, 2013, 95.
- BRUZZONE G., SAIJA A., *Non varcare quella soglia? Limiti al controllo del giudice sulle decisioni antitrust nell'era della modernizzazione e dell'approccio economico*, in *Mercato Concorrenza Regole*, 2010, 7.

- BRUZZONE G., SAIJA A., *Verso il recepimento della Direttiva sul private enforcement del diritto antitrust*, in *Concorrenza e Mercato*, 2014, 258.
- BUCCIROSSI P., *Is it time for the European Union to legislate in the field of collective redress in antitrust (and how)?*, in *Journal of European Competition Law & Practice*, 2013, 3.
- BUCCIROSSI P., *Riflessioni intorno alla guida pratica per la quantificazione del danno*, in *Concorrenza e Mercato*, 2014, 323.
- BUQUICCHIO M., *Il sindacato del giudice amministrativo sulle sanzioni antitrust: brevi note a margine della sentenza Menarini*, in TESAURO G. (a cura di), *Concorrenza ed effettività della tutela giurisdizionale tra ordinamento dell'Unione europea e ordinamento italiano*, Napoli, 2013, 359.
- BURRICHTER J., *Settlements in Cartel Cases: Practical Experience in Germany*, in EHLERMANN C.D., MARQUIS M. (eds.), *European Competition Law Annual 2008: Antitrust settlements under EC Competition Law*, Oxford-Portland, 2010, 471.
- CAFARI PANICO R., *Il principio di sussidiarietà e il ravvicinamento delle legislazioni nazionali*, in *Jus*, 1994, 381.
- CAFARI PANICO R., *International Arbitration and Reform of the Brussels I Regulation: the Italian Perspective*, in PARISI N., FUMAGALLI MERAVIGLIA M., SANTINI A., RINOLDI D. (a cura di), *Scritti in onore di Ugo Draetta*, Napoli, 2011, 63.
- CAFARI PANICO R., *Jurisdiction and applicable law in the case of so-called pathological arbitration clauses in view of the proposed reform of the Brussels I Regulation*, in FERRARI F., KRÖLL S. (eds.), *Conflict of Laws in International Arbitration*, Munich, 2011, 81.
- CAFARI PANICO R., *Per un'interpretazione conforme*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 1999, 383.
- CAFARI PANICO R., *Principio di sussidiarietà e clausola di flessibilità*, in ADINOLFI G., LANG A. (a cura di), *Il trattato che adotta un Costituzione per l'Europa: quali limitazioni all'esercizio dei poteri sovrani degli Stati?*, Milano, 2006, 99.
- CALABRESI G., MELAMED A.D., *Property Rules, Liability Rules and Inalienability: One view of the Cathedral*, in *Harvard Law Review*, 1972, 1089.
- CALISTI D., *Accesso alle prove nel processo civile tra private enforcement e tutela dei programmi di clemenza dopo il caso Pfleiderer*, in TESAURO G. (a cura di), *Concorrenza ed effettività della tutela giurisdizionale tra ordinamento dell'Unione europea e ordinamento italiano*, Napoli, 2013, 225.
- CALZOLARI L., *I contratti di "interest rate swap"*, in *Le Società*, 2013, 1371.
- CALZOLARI L., *La nozione di "atti regolamentari" ex art. 263 quarto comma TFUE nelle prime sentenze del Tribunale dell'Unione europea*, in *Diritto dell'Unione europea*, 2012, 523.
- CALZOLARI L., *La rinegoziazione dei contratti di "interest rate swap"*, in *Le Società*, 2013, 951.
- CALZOLARI L., *Pari opportunità tra operatori economici e tutela della struttura del mercato: la creazione di mercati concorrenziali come vincolo all'intervento pubblico nella regolazione imposto dagli artt. 106, comma 1, e 102 TFUE*, in *Diritto dell'Unione europea*, 2015, 637.

- CALZOLARI L., *The «clear obscurity» strikes back: the application of Articles 102 and 106(1) TFEU according to the opinion of Advocate General Wahl in the Gullotta case*, *Eurojus.it*, n. 2/2015.
- CALZOLARI L., *The role of national judges in antitrust litigation in the light of the antitrust damages' directive (or the "indirect effects" of directives before the lapse of the implementation period, according to the Corte di Cassazione)*, in *Eurojus.it*, n. 3/2015.
- CALZOLARI L., *Una sentenza in materia di contratti "swap" poco in linea con il diritto nazionale ed europeo*, in *Le Società*, 2014, 448.
- CAMILLERI E., *A decade of EU antitrust private enforcement: chronicle of a failure foretold?*, in *European Competition Law Review*, 2013, 531.
- CAMILLI E.L., CAPRILE P., PARDOLESI R., RENDA A., *Il libro bianco sul danno antitrust: l'anno che verrà*, in *Mercato Concorrenza Regole*, 2008, 229.
- CANNIZZARO E., *Diritto dell'Unione europea e processo civile*, in CARBONE S.M. (a cura di), *L'Unione europea a vent'anni da Maastricht. Verso nuove regole*, Napoli, 2013, 385.
- CANNIZZARO E., PACE L.F., *Le politiche di concorrenza*, in STROZZI G. (a cura di), *Diritto dell'Unione europea. Parte speciale*, Torino, 2015, 322.
- CAPOTORTI F., *Sulla efficacia delle «regole di concorrenza applicabili alle imprese» della Comunità economica europea*, in *Rivista di diritto internazionale*, 1959, 3.
- CAPPELLETTI M., *Is the European Court of Justice Running Wild?*, in *European Law Review*, 1987, 3.
- CAPPELLI F., *La riforma della disciplina comunitaria della concorrenza e i nuovi compiti affidati ai giudici nazionali*, in *Diritto comunitario e degli scambi internazionali*, 2000, 395.
- CARANTA R., *Il diritto di accesso alle informazioni nel diritto europeo*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2003, 870.
- CARANTA R., *Il sindacato giurisdizionale sugli atti dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato*, in FERRARI E., RAMAJOLI M., SICA M. (a cura di), *Il ruolo del giudice di fronte alle decisioni amministrative per il funzionamento dei mercati*, Torino, 2006, 245.
- CARANTA R., *Sull'obbligo dell'amministrazione di disapplicare gli atti di diritto interno in contrasto con disposizioni comunitarie*, in *Il Foro amministrativo*, 1990, 1372.
- CARBONARA L., *Accesso alle informazioni e tutela della concorrenza*, in *Giurisprudenza italiana*, 2011, 1504.
- CARBONE E., *Le regole di concorrenza nel mercato comune*, in UNIONCAMERE (a cura di), *Comunità economica europea*, Milano, 1958, 109.
- CARBONE S.M., *Antitrust Commitments and Arbitration in European Law*, in KRONENBERGER V., D'ALESSIO M.T., PLACCO V. (eds.), *De Rome à Lisbonne: les juridictions de l'Union européenne a la croisée des chemins. Mélanges en l'Honneur de Paolo Mengozzi*, Bruxelles, 2013, 423.
- CARBONE S.M., *Corte costituzionale, pregiudiziale comunitaria e uniforme applicazione del diritto comunitario*, in *Diritto dell'Unione europea*, 2007, 707.

- CARBONE S.M., *Gli accordi di proroga della giurisdizione e le convenzioni arbitrali nella nuova disciplina del regolamento (UE) 1215/2012*, in *Diritto del Commercio Internazionale*, 2013, 651.
- CARBONE S.M., *Le procedure innanzi alla Corte di giustizia a tutela delle situazioni giuridiche individuali dopo il Trattato di Lisbona*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2008, 240.
- CARBONE S.M., MUNARI F., *Principio di sussidiarietà e disciplina comunitaria di porti, aeroporti ed infrastrutture del trasporto*, in *Diritto dell'Unione europea*, 2002, 425.
- CARDONNEL P., *Cartel - Accès aux documents : Le Tribunal de l'UE annule le refus de la Commission de donner accès à la table des matières du dossier «peroxyde d'hydrogène» (CDC HydrogenePeroxide c/ Commission)*, in *Revue des droits de la concurrence*, 2012, 184.
- CARPAGANO M., *Il danno doppio: breve commento alla sentenza del Giudice di Pace di Bitonto nel caso Manfredi*, in *Danno e responsabilità*, 2007, 1280.
- CARPAGNANO M., *Le difese dell'impresa convenuta ed il passing-on*, in PACE L.F. (a cura di), *Dizionario sistematico del diritto della concorrenza*, Napoli, 2013, 299.
- CARPAGNANO M., *Private Enforcement of Competition Law Arrives in Italy: Analysis of the Judgment of the European Court of Justice in Joined Cases C-295-289/04 Manfredi*, in *Competition Law Review*, 2006, 47.
- CARPAGNANO M., *Regole (proposte) sul passing-on e azione degli acquirenti indiretti*, in *Concorrenza e Mercato*, 2014, 273.
- CARPAGNANO M., *Una pietra sopra. Commento alla sentenza della Corte di Cassazione n. 2305/07 in tema di private enforcement* in *Danno e responsabilità*, 2007, 769.
- CARPAGNANO M., *Vent'anni di applicazione giudiziale delle regole di concorrenza in Italia*, in *Concorrenza e Mercato*, 2011, 283.
- CARRIER M., *The Rule of Reason: An Empirical Update for the 21st Century*, in *George Mason Law Review*, 2009, 827.
- CARUSO A., *Leniency Programmes and Protection of Confidentiality: The Experience of the European Commission*, in *Journal of European Competition Law & Practice*, 2010, 453.
- CASORIA M., *L'imputabilità infragruppo delle violazioni antitrust. (Ir)responsabilità e presunzioni*, in *Mercato concorrenza regole*, 2014, 365.
- CASORIA M., PARDOLESI R., *Disciplina della concorrenza, «private enforcement» e attivismo giudiziale: dopo la dottrina, il diritto delle corti?*, in *Foro. Italiano*, 2015, 2752.
- CASORIA M., *Private enforcement: il cuore (del giudice) oltre l'ostacolo?*, in *Mercato Concorrenza Regole*, 2015, 337.
- CASS D.Z., *The word that saves Maastricht? The principle of subsidiarity and the division of powers within the European Community*, in *Common Market Law Review*, 1992, 1107.
- CASSINIS P., *I programmi di leniency e il rilievo per l'antitrust private enforcement*, in PACE L.F. (a cura di), *Dizionario sistematico del diritto della concorrenza*, Napoli, 2013, 397.
- CASSINIS P., *La sentenza della Corte nel caso del "Consorzio industrie fiammiferi" (CIF): la prevalenza del diritto comunitario e tutela della concorrenza in contesti regolamentati*, in *Il Foro amministrativo*, 2004, 291

- CATTABRIGA C., *Il Protocollo sull'applicazione dei principi di sussidiarietà e di proporzionalità*, in *Diritto dell'Unione europea*, 1998, 361.
- CAUFFMAN C., *The Interaction of Leniency Programmes and Actions for Damages*, in *Competition Law Review*, 2011, 181.
- CAVALLONE B., *Azioni di risarcimento del danno per violazione delle norme antitrust comunitarie: problemi dell'istruzione probatoria*, in ROSSI DAL POZZO F., NASCIBENE B. (a cura di), *Il private enforcement delle norme sulla concorrenza*, Milano, 2009, 31.
- CAVANAGH E.D., *Attorney Fees in Antitrust Litigation: Making the System Fairer*, in *Fordham Law Review*, 1988, 51.
- CAVICCHI P., *The European Commission's discretion as to the adoption of Article 9 decisions: lessons from Alrosa*, Discussion Paper No. 3/11, Institute for European integration, Europa Kolleg Hamburg, 2011.
- CEJNAR L., BURGESS R., *Challenging the need for a "global" competition law*, in *European competition law review*, 2014, 461.
- CELLI R., RIIS MADSEN C., *Strengthened Cartel Enforcement in the European Union: Balancing an Effective Leniency Programme with the Desire for Private Enforcement Action*, in *Competition Law International*, 2006, 23.
- CERULLI IRELLI V., "Consenso" e "autorità" negli atti delle autorità preposte alla tutela della concorrenza in BARUCCI P., RABITTI BEDOGNI C. (a cura di), *Vent'anni di antitrust. L'evoluzione dell'autorità garante della concorrenza e del mercato*, Torino, 2010, 325.
- CHIEPPA R., *L'impatto delle nuove regole sull'accesso al fascicolo dell'autorità*, in *Concorrenza e Mercato*, 2014, 279.
- CHIEPPA R., *La cooperazione tra il giudice italiano, l'Autorità garante e la Commissione*, in TESAURO G. (a cura di), *Concorrenza ed effettività della tutela giurisdizionale tra ordinamento dell'Unione europea e ordinamento italiano*, Napoli, 2013, 311.
- CHONÉ P., SOUAM S., VIALFONT A., *On the optimal use of commitments decisions under European competition law*, in *International Review of Law and Economics*, 2014, 169.
- CINTIOLI F., *Le nuove misure riparatorie del danno alla concorrenza: impegni e misure cautelari*, in *Giurisprudenza commerciale*, 2008, 109.
- CINTIOLI F., *Riflessioni sugli impegni antitrust, sulla funzione amministrativa e sull'art. 11 della legge sul procedimento*, in *Giustizia amministrativa*, 2007, 3.
- CINTIOLI F., *The interpretation of competition law between the legal method and the economic approach*, in *Diritto dell'Unione europea*, 2007, 873.
- CISOTTA R., *The evolving framework for antitrust damages actions and collective redress in the European Union: a first assessment*, in *Diritto del Commercio Internazionale*, 2014, 709.
- CIVITARESE MATTEUCCI S., GARDINI G., *Il primato del diritto comunitario e l'autonomia processuale degli Stati membri: alla ricerca di un equilibrio sostenibile*, in *Diritto pubblico*, 2013, 1.
- CLARICH M., *I programmi di clemenza nel diritto antitrust*, in *Diritto amministrativo*, 2007, 265.

- CLARKE J.M., *Toward a concept of workable competition*, in *American Economic Review*, 1940, 241.
- COFFEE J.C., *Paradigms Lost: The Blurring of the Criminal and Civil Law Models – And What Can Be Done About It*, in *Yale Law Journal*, 1992, 1875.
- COFFEE J.C., *Rescuing the Private Attorney General: Why the Model of the Lawyer as Bounty Hunter is Not Working*, in *Modern Law Review*, 1983, 215.
- COLANGELO G., *Aspettando Huawei Technologies: standard, brevetti essenziali ed impegni F/Rand*, in *Mercato Concorrenza Regole*, 2014, 435
- COLANGELO G., *Il margin squeeze in Europa dopo Deutsche Telekom e TeliaSonera*, in *Mercato Concorrenza Regole*, 2011, 367.
- COLANGELO G., *Intese “obtorto collo” e risarcimento del danno: le improbabili acrobazie dell’antitrust comunitario*, in *Corriere giuridico*, 2002, 454.
- COLANGELO G., *Intese restrittive della concorrenza e legittimazione ad agire del consumatore in Danno e responsabilità*, 2003, 1183.
- COLANGELO G., *La concorrenza difficile: i servizi di “handling” nel settore aeroportuale*, in *Foro italiano*, 2000, 2803.
- COLANGELO G., *T-Mobile Netherlands e GlaxoSmithKline. La giurisprudenza comunitaria torna indietro*, in *Mercato Concorrenza Regole*, 2010, 527.
- COLOMBANI A., KLOUB J., SAKKERS E., *Cartels*, in J FAULL J., NIKPAY A. (eds.), *The EU Law of Competition*, Oxford, 2014, 1023
- COLOMO P.I., ART J.Y., *Judicial review in Article 102*, in ETRO F., KOKKORIS I. (eds), *Competition Law and the Enforcement of Article 102*, Oxford, 2010, 99.
- COLOMO P.I., *Exclusionary Discrimination under Article 102 TFEU*, in *Common Market Law Review*, 2014, 141.
- COLOMO P.I., *Market failures, transaction costs and article 101(1) TFEU case law*, in *European Law Review*, 2012, 541.
- COLOMO P.I., *On the Application of Competition Law as Regulation: Elements for a Theory*, in *Yearbook of European Law*, 2010, 263.
- COLOMO P.I., *The Law on Abuses of Dominance and the System of Judicial Remedies*, in *Yearbook of European Law*, 2013, 389.
- COLOMO P.I., *Three Shifts in EU Competition Policy: Towards Standards, Decentralization, Settlements*, in *Maastricht Journal of European & Competition Law*, 2013, 363.
- COMMISSIONE EUROPEA, *To commit or not commit? Deciding between prohibition and commitments*, in *Competition policy brief*, 3/2014, 1.
- CONDINANZI M., *Art. 230 CE*, in POCAR F. (a cura di), *Commentario breve ai trattati della Comunità e dell’Unione Europea*, Padova, 2001, 775.
- CONDINANZI M., *Fonti del terzo pilastro dell’Unione europea e ruolo della Corte costituzionale*, in *Diritto dell’Unione europea*, 2007, 513.
- CONDINANZI M., *Il ricorso diretto ai giudici europei: quadro giurisprudenziale e Costituzione europea*, in *Quaderni costituzionali*, 2004, 628.

- CONDINANZI M., *La responsabilità dello Stato per violazione del diritto dell'Unione europea: prime applicazioni dei recenti orientamenti della Corte di Cassazione*, in *Giurisprudenza di merito*, 2010, 3063.
- CONSOLO C., *I diritti processuali nazionali a vent'anni da Maastricht: introduzione*, in CARBONE S.M. (a cura di), *L'Unione europea a vent'anni da Maastricht. Verso nuove regole*, Napoli, 2013, 369.
- CONSTANTINESCO V., *Who's afraid of Subsidiarity?*, in *Yearbook of European Law*, 1991, 33.
- CONTE G., *Portata e limiti del diritto di accesso ai documenti nell'Unione europea*, in *Diritto dell'Unione europea*, 2013, 293.
- COOK C., PIERGIOVANNI M., *Implications of settling an EU cartel investigation for a perspective civil damages defendant: bad or good?*, in *Global Competition Litigation Review*, 2011, 57.
- COOK C.J., *Commitment Decisions: The Law and Practice under Article 9*, in *World Competition*, 2006, 209.
- COOKE J.D., *Negotiated Settlements under EC Competition Law: A judicial Perspective*, in EHLERMANN C.D., MARQUIS M. (eds.), *European Competition Law Annual 2008: Antitrust settlements under EC Competition Law*, Oxford-Portland, 2010, 261.
- COOTER R., *Prices and Sanctions*, in *Columbia Law Review*, 1984, 1523;
- CORRADI M.C., *GlaxoSmithKline: il diritto antitrust comunitario alla deriva e la necessità di un "salvagente della forma"*, in *Giurisprudenza Commerciale*, 2008, 87.
- CORTÉS MARTIN J.M., *Ubi ius, ibi remedium? – Locus standi of private applicants under article 230(4)EC at a European Constitutional Crossroads*, in *Maastricht journal of European and comparative law*, 2004, 234.
- COWEN T., *The essential facilities doctrine in EC competition law: towards a matrix infrastructure*, in HAWK B. (ed.), *Annual proceedings of the Fordham Corporate Law Institute*, Londra, 1996, 521.
- CRAIG P., *Subsidiarity: A Political and Legal Analysis*, in *Journal of Common Market Studies*, 2012, 72.
- CRANE D.A., *Optimizing Private Antitrust Enforcement*, in *Vanderbilt Law Review*, 2010, 675.
- CSERES K.J., *The Controversies of the Consumer Welfare Standard*, in *Competition Law Review*, 2007, 121.
- CUMMING G.A., *Courage Ltd v. Crehan*, in *European Competition Law Review*, 2002, 199.
- D'ALBERTI S., *Le decisioni con settlement e il rilievo per l'antitrust private enforcement*, in PACE L.F. (a cura di), *Dizionario sistematico del diritto della concorrenza*, Napoli, 2013, 388
- D'ALES T., CONSTANS A., *Les pratiques anticoncurrentielles et l'accès aux preuves devant les juridictions civiles et commerciales – La cour d'appel de Paris rappelle que le demandeur doit prendre ses responsabilités*, in *La Semaine Juridique Entreprise et Affaires*, 2014, 1575.
- D'ALESSIO M.T., *Art. 101 TFUE*, in POCAR F., BARUFFI M.C. (a cura di), *Commentario breve ai Trattati dell'Unione europea*, Milano, 2014, 748.

- D'ALESSIO M.T., *Art. 102 TUE*, in POCAR F., BARUFFI M.C. (a cura di), *Commentario breve ai Trattati dell'Unione europea*, Milano, 2014, 792.
- D'ANTONIO V., *I programmi di clemenza nel diritto antitrust: modelli teorici ed esperienze concrete*, in *Rivista critica di diritto privato*, 2008, 677.
- D'ATENA A., *Modelli federali e sussidiarietà nel riparto delle competenze normative tra l'Unione europea e gli Stati membri*, in *Diritto dell'Unione europea*, 2005, 59.
- D'ATTORRE G., *Una ragionevole concorrenza: il ruolo della "rule of reason" dopo la riforma del diritto antitrust comunitario*, in *Giurisprudenza Commerciale*, 2004, 82.
- D'OSTUNI M., *Il concetto d'intesa*, in PACE L.F. (a cura di), *Dizionario sistematico del diritto della concorrenza*, Napoli, 2013, 69.
- DABBAH M., *The relationship between competition and sector regulators*, in *Cambridge Law Journal*, 2011, 113.
- DALE MATHIS J., *European Competition Law and Multilateral Interchange Fees in the Market for Payment Cards: A Critical Outlook*, in *European Competition Law Review*, 2013, 139.
- DAMRO C., *Building an international identity: the EU and extraterritorial competition policy*, in *Journal of European Public Policy*, 2001, 208.
- DANOV M., BECKER F., *Introduction: Preclusive Effects of Foreign Judgments/Settlements across Europe*, in DANOV M., BECKER F., BEAUMONT P. (eds.), *Cross-Border EU Competition Law Actions*, Oxford-Portland, 2013, 365.
- DAVIES G., *Subsidiary: The Wrong Idea, in the Wrong Place, at the Wrong Time*, in *Common Market Law Review*, 2006, 63.
- DAVIES J., DAS M., *Private Enforcement of Commission Commitment Decisions: A steep Climb Not A Gentle Stroll*, in *Fordham International Law Journal*, 2006, 917.
- DAVOLA A., *Oltre il private enforcement: l'ipotesi di un mercato delle azioni di risarcimento del danno antitrust*, in *Danno e responsabilità*, 2015, 677.
- DE BÛRCA C., *The EU's Supremacy doctrine: Sovereignty by any other Name?*, in N. Walker (eds.), *Sovereignty in Transition*, Oxford, 2003.
- DE LUCIA L., *Le decisioni con impegni nei procedimenti antitrust tra sussidiarietà e paradigma neoliberale*, in FALCONI G., MARCHETTI B., (a cura di), *Pubblico e privato nell'organizzazione e nell'azione amministrativa*, Padova, 2013, 109.
- DE MAESTRI M.E., *La proroga di giurisdizione nel nuovo regolamento Ue n. 1215/2012 (Bruxelles I bis)*, in *Diritto del Commercio Internazionale*, 2014, 607.
- DE MESTRAL A., *The extraterritorial extension of laws: how much has changed?*, in *Arizona journal of international & comparative law*, 2014, 43.
- DE PASQUALE P., *Art. 5 TUE*, in TIZZANO A. (a cura di), *Trattati dell'Unione europea*, Milano, 2014, 44.
- DE PASQUALE P., *CIF: l'applicazione al caso di specie di principi consolidati potenzia il ruolo dell'AGCM*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2004, 449.
- DE PASQUALE P., *Diritto dell'Unione europea e procedimenti davanti alle autorità indipendenti*, in CARBONE S.M. (a cura di), *L'Unione europea a vent'anni da Maastricht. Verso nuove regole*, Napoli, 2013, 433.

- DE PASQUALE P., *L'applicazione extraterritoriale delle regole antitrust*, in PACE L.F. (a cura di), *Dizionario sistematico del diritto della concorrenza*, Napoli, 2013, 144.
- DE SANTIS M., *Il nuovo regolamento Bruxelles I-bis e l'arbitrato: alcune riflessioni*, in *Diritto del Commercio Internazionale*, 2013, 383.
- DE SMET D., *The diametrically opposed principles of US and EU antitrust policy*, in *European Competition Law Review*, 2008, 356.
- DE SMIJTER E., SINCLAIR A., *The Enforcement System under Regulation 1/2003*, in FAULL J., NIKPAY A. (eds.), *The EU Law of Competition*, Oxford, 2014, 91.
- DE SMIJTER E., WOODS D., *The Commission Green Paper on Damages Actions for Breach of the EC Antitrust Rules*, C.D. EHLERMANN, A.I. ATANASIU (eds.), *European Competition Law Annual 2006: Enforcement of Prohibition of Cartels*, Oxford-Portland, 2007, 447.
- DE SOLÀ-MORALES J., VAN DER VEER J.P., *Cartel Damages and More than Full "Pass-On": Who Pays What?*, in *European Competition Law Review*, 2014, 179.
- DE SOUSA E ALVIM M., *The new EU Directive on antitrust damages – a giant step forward?*, in *European Competition Law Review*, 2015, 245.
- DE STEFANO G., *Access of damage claimants to evidence arising out of EU cartel investigations: a fast evolving scenario*, in *Global Competition Litigation Review*, 2012, 95.
- DEKEYSER K., BECKER R., CALISTI D., *Impact of public enforcement on antitrust damages actions: Some Likely Effects of Settlements and Commitments on Private Actions for Damages*, in EHLERMANN C.D., MARQUIS M. (eds.), *European Competition Law Annual 2008: Antitrust settlements under EC Competition Law*, Oxford-Portland, 2010, 677.
- DEKEYSER K., JASPER M., *A New Era of ECN Cooperation. Achievements and Challenges with Special Focus on Work in the Leniency Field*, in *World competition*, 2007, 3.
- DEKEYSER K., ROQUES A., *The European Commission's settlement procedure in cartel cases*, in *The Antitrust Bulletin*, 2010, 819.
- DEMARTINI G., *La definizione del procedimento antitrust tra esigenze di efficienza e tutela degli interessi coinvolti*, in *Diritto del Commercio Internazionale*, 2009, 917.
- DEMEDTS V., *International Competition Law Enforcement: Different Means, One Goal?*, in *Competition Law Review*, 2012, 223-253.
- DENOZZA F., A. TOFFOLETTO, *Contro l'utilizzazione dell'«approccio economico» nell'interpretazione del diritto antitrust*, in *Mercato Concorrenza Regole*, 2006, 563.
- DENOZZA F., *I programmi di clemenza nel diritto antitrust europeo*, in *Giurisprudenza commerciale*, 2008, 1141.
- DENOZZA F., *Il progetto teorico dell'analisi economica del diritto antitrust e il suo fallimento*, in BARUCCI P., RABITTI BEDOGNI C. (a cura di), *Vent'anni di antitrust. L'evoluzione dell'autorità garante della concorrenza e del mercato*, Torino, 2010, 137.
- DENOZZA F., TOFFOLETTI L., *Le funzioni delle azioni private nel libro bianco sul risarcimento del danno antitrust: compensazione, deterrenza e coordinamento con l'azione pubblica*, in ROSSI DAL POZZO F., NASCIBENE B. (a cura di), *Il private enforcement delle norme sulla concorrenza*, Milano, 2009, 101.

- DERINGER A., *The Distribution of Powers in the Enforcement of the Rules of Competition Under the Rome Treaty*, in *Common Market Law Review*, 1963, 30.
- DI MAJO A., *Il risarcimento da adempimento del contratto*, in *Europa e diritto privato*, 2002, 791.
- DI MAJO F.M., *Efficacia diretta delle direttive inattuate: dall'interpretazione conforme del diritto interno alla responsabilità dello Stato per la mancata attuazione delle direttive*, in *Rivista di diritto europeo*, 1994, 501.
- DI VIA L., *Alcune riflessioni sulla rule of reason ed il concetto di consistenza di una restrizione della concorrenza*, in *Diritto del Commercio Internazionale*, 1996, 289.
- DI VIA L., *L'applicazione del principio di sussidiarietà nel diritto della concorrenza italiano e comunitario*, in *Contratto e Impresa Europa*, 1996, 71.
- DI VIA L., *Le decisioni in materia di impegni nella prassi decisionale dell'Autorità garante*, in *Mercato Concorrenza Regole*, 2007, 229.
- DIEHL K.A., *Europe's New Directive on Antitrust Damages*, in *Global Competition Litigation Review*, 2015, 34.
- DOHERTY B., *Just What are Essential Facilities?*, in *Common Market Law Review*, 2001, 397.
- DOMENICUCCI D.P., TACCANI I., *Art. 263 TFUE*, in CURTI GIALDINO C. (diretto da), *Codice dell'Unione europea*, 2012, Napoli, 1845.
- DONÀ G., *Il ricorso di annullamento e le novità introdotte dal Trattato di Lisbona*, in *Diritto del Commercio Internazionale*, 2010, 567.
- DRAETTA U., *Brevi note sul principio di sussidiarietà*, in *Jus*, 1994, 415.
- DRAETTA U., *Il progetto di regolamento di applicazione degli articoli 85 e 86 del Trattato di Roma*, in *Diritto Internazionale*, 1961, 144.
- DRAETTA U., *Il regolamento di applicazione degli articoli 85 e 86 del Trattato istitutivo della C.E.E.*, in *Diritto Internazionale*, 1961, 339.
- DRAETTA U., *Le regole di concorrenza applicabili alle imprese della Comunità economica europea*, in *Diritto internazionale*, 1961, 48.
- DRIGO C., *La Corte di giustizia riafferma il proprio primato: la questione prioritaria di costituzionalità al vaglio dei giudici di Lussemburgo*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2010, 1484.
- DUNNE N., *Commitment decisions in EU competition law*, in *Journal of Competition Law & Economics*, 2014, 399.
- DUNNE N., *It never rains but it pours' Liability for "umbrella effects" under EU competition law in Kone: Case C-557/12, Kone AG and Others v. ÖBB-Infrastruktur AG, Judgment of the Court of Justice (Fifth Chamber) of 5 June 2014*, in *Common Market Law Review*, 2014, 1813.
- EASTERBROOK F.H., *Detrebling antitrust damages*, in *Journal of Law & Economics*, 1985, 445.
- EASTERBROOK F.H., *The Limits of Antitrust*, in *Texas Law Review*, 1984, 1

- ECKES C., *Protecting Supremacy from External Influences: A Precondition for a European Constitutional Legal Order?*, in *Yearbook of European Law*, 2012, 230.
- EDWARDS K., JORGE PADILLA A., *Antitrust Settlements in the EU: Private Incentives and Enforcement Policy*, in EHLERMANN C.D., MARQUIS M. (eds.), *European Competition Law Annual 2008: Antitrust settlements under EC Competition Law*, Oxford-Portland, 2010, 661.
- EHLERMANN C.D., *Implementation of EC Competition Law by National Anti-Trust Authorities*, in *European Competition Law Review*, 1996, 88.
- EHLERMANN C.D., *The Contribution of EC Competition Policy to the Single Market*, in *Common Market Law Review*, 1992, 257.
- EHLERMANN C.D., *The modernization of EC Antitrust Policy: a Legal and Cultural Revolution*, in *Common Market Law Review*, 2000, 537.
- EHRlich I., POSNER R.A., *An Economic Analysis of Legal Rulemaking*, in *Journal of Legal Studies*, 1974, 257.
- EILMANSBERGER T., *The Green Paper on Damages Actions for the Breach of the EC Antitrust Rules and Beyond: Reflections on the Utility and Feasibility of Stimulating Private Enforcement Through Legislative Action*, in *Common Market Law Review*, 2007, 431.
- EILMASBERGER R., *How to distinguish good from bad competition under article 82 EC: in search of clearer and more coherent standards for anti-competitive abuses*, in *Common Market Law Review*, 2005, 129.
- ELHAUGE E., *The failed Resurrection of the Single Monopoly Profit Theory*, in *Competition Policy International*, 2010, 167
- ENCHELMAIER S., *No-One Slips Through the Net? Latest Developments, and Non-Developments, in the European Court of Justice's Jurisprudence on Art. 230(4) EC*, in *Yearbook of European Law*, 2005, 173.
- EZRACHI A., IOANNIDOU M., *Access to Justice in European Competition Law – Public Enforcement as a Supplementary Channel for “Corrective Compensation”*, in *Asia Pacific Law Review*, 2011, 195.
- FABBRINI F., GRANAT K., *“Yellow card, but no foul”: the role of the national parliaments under the subsidiarity protocol and the Commission proposal for an EU regulation on the right to strike*, in *Common Market Law Review*, 2013, 115.
- FAELLA G., *L'incerto status dei prezzi predatori e degli sconti selettivi nel diritto antitrust europeo*, in *Mercato Concorrenza Regole*, 2013, 267.
- FAULL J., KJØLBYE L., LEUPOLD H., NIKPAY A., *Article 101*, in FAULL J., NIKPAY A. (eds.), *The EU Law of Competition*, Oxford, 2014, 183.
- FAVA P., *Punitive damages e ordine pubblico: la Cassazione blocca lo sbarco*, in *Corriere Giuridico*, 2007, 497.
- FERRO LUZZI F., *Prolegomeni in tema di mercato concorrenziale e aurea aequitas (ovvero delle convergenze parallele)*, in *Foro italiano*, 2004, 475.
- FIENGO G., *Tutela antitrust del consumatore: il Libro bianco della Commissione europea e l'azione di classe italiana a confronto*, in *Diritto dell'Unione Europea*, 2010, 357.

- FIRST H., *Is Antitrust Law?*, in *Antitrust*, 1995, 9.
- FITCHEN J., *Choice of Law in International Claims Based on Restrictions of Competition: Article 6(3) of the Rome II Regulation*, in *Journal of private international law*, 2009, 337.
- FOER A.A., *Enhancing Competition Through The Cy Pres Remedy: Suggested Best Practices*, in *Antitrust*, 2010, 86.
- FONDERICO G., *Il caso “Alrosa” e la proporzionalità nelle decisioni con impegni*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2011, 250.
- FONTANA C., *Certezza del diritto ed effettività del primato del diritto europeo nelle procedure di recupero degli aiuti fiscali incompatibili: il ruolo del giudice nazionale*, in *Rivista di diritto tributario*, 2011, 118.
- FONTANA E., *Il ricorso di annullamento dei privati nel Trattato di Lisbona*, in *Diritto dell’Unione Europea*, 2010, 54.
- FORRESTER I., *Creating New Rules? Or Closing Easy Cases? Policy Consequences for Public Enforcement of Settlements under Article 9 of Regulation 1/2003*, in EHLERMANN C.D., MARQUIS M. (eds.), *European Competition Law Annual 2008: Antitrust settlements under EC Competition Law*, Oxford-Portland, 2010, 637.
- FORRESTER I.S., *Complement or Overlap? Jurisdiction of National and Community Bodies in Competition Matters After SABAM*, in *Common Market Law Review*, 1974, 171.
- FORRESTER I.S., NORALL C., *The Laicization of Community Law: Self-help and the rule of reason: how competition law is and could be applied*, in *Common Market Law Review*, 1984, 11.
- FOX E.M., *Can we solve the antitrust problems of globalization by extraterritoriality and cooperation? Sufficiency and legitimacy*, in *Antitrust Bulletin*, 2003, 355.
- FRANCESCHELLI R., *Il primo regolamento di applicazione degli articoli 85 e 86 del Trattato di Roma, in particolare la parte concernente l’applicazione dell’art. 85-3*, in *Rivista di Diritto Commerciale*, 1962, 429
- FRANZINA P., “Lis pendens” involving a third country under the Brussels I-bis regulation: an overview, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2014, 23.
- FRANZINA P., *Litispendenza e connessione tra Stati membri e Stati terzi nel regolamento Bruxelles I bis*, in *Diritto del Commercio Internazionale*, 2014, 621.
- FRESE M.J., *Fines and Damages under EU Competition Law: Implications of the Accumulation of Liability*, in *World Competition*, 2011, 397.
- FRIBOULET A., *Précisions sur la portée du secret de l’instruction devant l’Autorité de la concurrence et ses incidences dans un procès civil*, in *Revue juridique de l’économie publique*, 2010, 677.
- FRIGNANI A., *Diritto della concorrenza. L’insufficienza dei modelli sanzionatori classici e obiettivi dei nuovi modelli. Public and private enforcement*, in *Diritto del Commercio Internazionale*, 2008, 111.
- FRIGNANI A., GENTILE E., ROSSI G., *La devolution dell’antitrust: prime riflessioni intorno al libro bianco sulla modernizzazione*, in *Mercato Concorrenza Regole*, 2000, 171.

- GAJA G., *L'esigenza di interpretare le norme nazionali in conformità con il diritto comunitario*, in PANUNZIO S.P., SCISO E. (a cura di), *Le riforme istituzionali e la partecipazione dell'Italia all'Unione Europea*, Milano, 2002, 133.
- GALETTA D.U., *Rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia UE ed obbligo di interpretazione conforme del diritto nazionale: una rilettura nell'ottica del rapporto di cooperazione (leale) fra giudici*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2012, 431.
- GALLASH S., HÖFT J.C., *The referral of Huawei v ZTE to the CJEU: determining the future of remedies in the context of standard-essential patents*, in *European Competition Law Review*, 2013, 434.
- GAMBARO E., MAZZOCCHI F., *La nuova procedura transattiva nei procedimenti di cartello*, Newsletter Studio legale Santa Maria, n. 33 ottobre 2009.
- GAMBLE R., *Speaking (formally) with the enemy: cartel settlements evolve*, in *European Competition Law Review*, 2011, 449.
- GAMBLE R., *The European embrace of private enforcement: this time with feeling*, in *European Competition Law Review*, 2014, 469.
- GATTINARA G., *La tutela giurisdizionale contro gli atti della Commissione in materia antitrust*, in L.F. PACE (a cura di), *Dizionario sistematico del diritto della concorrenza*, Napoli, 2013, 429.
- GAUER C., DALHEIMER D., KJOLBYE L., DE SMITJER E., *Regulation 1/2003: a modernised application of EC competition rules*, in *Competition policy newsletter*, 2003, 3.
- GAUER C., KJOLBYE L., *Energy*, in FAULL J., NIKPAY A. (eds.), *The EU Law of Competition*, Oxford, 2014, 1581.
- GAUTIER A., PETIT N., *"Settle 'em all": Generalized Commitments and the Under and Over Enforcement of Antitrust Law*, in *Liege Competition and Innovation Institute Policy Brief*, 2014, 1.
- GAUTIER A., PETIT N., *Optimal Enforcement of Competition Policy: The Commitments Procedure under Uncertainty*, Université catholique de Louvain, Center for Operations Research and Econometrics (CORE), Discussion Papers n. 63/2014.
- GEIGER A., *The end of the EU cartel leniency programme*, in *European Competition Law Review*, 2011, 535.
- GENCARELLI B., *Art. 102 TFUE*, in CURTI GIALDINO C. (diretto da), *Codice dell'Unione europea*, 2012, Napoli, 1011.
- GEORGIEV G.S., *Contagious Efficiency: The Growing Reliance on U.S.-Style Antitrust Settlement in EU Law*, in *Utah Law Review*, 2007, 971.
- GERADIN D., *Standards, Intellectual Property and European Competition Policy*, in GOVAERE I., HANF D., *Scrutinizing Internal and External Dimensions of European Law Liber Amicorum Paul Demaret*, Bruxelles, 2013, 589.
- GERARD D.M.B., *Breaking the EU antitrust enforcement deadlock: re-empowering the courts?*, in *European Law Review*, 2011, 457.
- GERARD D.M.B., *Negotiated remedies in the modernization era: the limits of effectiveness*, disponibile su <http://papers.ssrn.com>, 1, anche in LOWE P., MARQUIS M., MONTI

- G. (eds.), *European Competition Law Annual 2013: Effective and Legitimate Enforcement*, Oxford-Portland, 2014.
- GERARDIN D., PETIT N., *Diritto della concorrenza e ricorsi per annullamento nell'era della post-modernizzazione*, in FERRARI E., RAMAJOLI M., SICA M. (a cura di), *Il ruolo del giudice di fronte alle decisioni amministrative per il funzionamento dei mercati*, Torino, 2006, 31.
- GERARDIN D., PETIT N., *Judicial Review in European Union Competition Law: A Quantitative and Qualitative Assessment*, in DERENNE J., MEROLA M. (eds.), *The Role of the Court of Justice of the European Union in Competition Law Cases*, Bruxelles, 2012, 21.
- GERBER D.J., *The Transformation of European Community Competition Law?*, in *Harvard International Law Journal*, 1994, 97.
- GERBER D.J., *Two Forms of Modernization in European Competition Law*, in *Fordham International Law Journal*, 2008, 1235.
- GEULETTE A., *Evaluation of Evidence by the European Courts in Competition Cases*, in CISOTTA F., MARQUIS M. (eds.) *Litigation and Arbitration in EU Competition Law*, Cheltenham, 2015, 105.
- GHEZZI F., *La disciplina italiana degli impegni antitrust, ossia l'uso e l'abuso di uno strumento di decisione (troppo) flessibile*, in *Rivista delle società*, 2012, 447.
- GHEZZI F., *Clemenza e deterrenza nel diritto antitrust: l'utilizzo dei leniency programs nella lotta contro cartelli e intese hard core*, in *Concorrenza e mercato*, 2002, 229.
- GHEZZI F., MAGGIOLINO M., *L'imputazione delle sanzioni antitrust nei gruppi di imprese, tra "responsabilità personale" e finalità dissuasive*, in *Rivista delle Società*, 2014, 1060.
- GHIDINI G., AREZZO E., *L'assalto fallito? Riflessioni sulla proposta rivisitazione in chiave «più economica» dell'abuso di dominanza?*, in *Mercato Concorrenza Regole*, 2010, 115.
- GIANNACCARI A., LANDI C., *Antitrust? Grazie, abbiamo altri impegni!* in *Mercato Concorrenza Regole*, 2012, 231.
- GIANNACCARI A., *Storie minime di sanzioni: delitto e (quale castigo)?*, in *Mercato Concorrenza Regole*, 2013, 473.
- GINSBURG D.H., WRIGHT J.D., *Antitrust Settlement: The Culture of Consent*, George Mason University Law and Economics Research Paper n. 13-18, 2013.
- GINSBURG D.H., WRIGHT J.D., *Antitrust settlement: the culture of consent*, in *Concurrences*, 2013, 56.
- GIORDANO M., *Aeroporti e antitrust al vaglio della Cassazione: un decollo mancato*, in *Foro italiano*, 2000, 2809.
- GIPPINI FOURNIER E., *The elusive standard of proof in EU competition cases*, in *World Competition*, 2010, 187.
- GIRERD P., *Les principes d'équivalence et d'effectivité: encadrement ou désencadrement de l'autonomie procédurale des Etats membres?*, in *Revue trimestrielle de droit européen*, 2002, 75.
- GITTI G., *Gli accordi con le autorità indipendenti*, in *Rivista di diritto civile*, 2011, 173.
- GIUDICI P., *Financial Scandals and the Role of Private Enforcement: The Parmalat Case*, in ARMOUR J., MCCAHERY J. (eds.), *After Enron*, Oxford-Portland, 2006, 159.

- GIUDICI P., *Il private enforcement in caso di elusione dell'obbligo di offerta pubblica di acquisto*, in *Le Società*, 2013, 1451.
- GIUDICI P., *Il private enforcement nel diritto dei mercati finanziari*, in MAUGERI M., ZOPPINI A. (a cura di), *Funzioni del diritto privato e tecniche di regolazione del mercato*, Bologna, 2010, 293.
- GIUDICI P., *Private Antitrust Enforcement in Italy*, in *Competition Law Review*, 2004, 61.
- GIUDICI P., *Private Law Enforcement in a Formalist Legal Environment: the Italian Sai-Fondiarica Case*, ECGI Law Working Paper no. 094/2008.
- GIUSSANI A., *Resistenze al riconoscimento delle condanne al pagamento dei punitive damages: antichi dogmi e nuove realtà* in *Giurisprudenza italiana*, 2007, 395.
- GNES M., *Verso la "comunitarizzazione" del diritto processuale nazionale*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2001, 524.
- GOH J., *Enforcing EC Competition Law in Member States*, in *European Competition Law Review*, 1993, 114.
- GONZALEZ J.P., *The Principle of Subsidiarity*, in *European Law Review*, 1995, 355;
- GREAVES R., *Locus standi under article 173 EEC when seeking annulment of a regulation*, in *European Law review*, 1986, 119.
- GUALCO E., RISSO G., *Il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni nel regolamento Bruxelles I bis*, in *Diritto del Commercio Internazionale*, 2014, 637.
- GUIDI M., *Sulla questione dell'obbligo di interpretazione conforme di una direttiva rispetto al termine della sua entrata in vigore*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2008, 409.
- GUIZZI G., *Struttura concorrenziale del mercato e tutela dei consumatori. Una relazione ancora da esplorare*, in *Foro italiano*, 2004, 479.
- GULLO D., *Art. 101 TFUE*, in CURTI GIALDINO C. (diretto da), *Codice dell'Unione europea*, 2012, Napoli, 990.
- GURIN A., PEEPERKORN L., *Vertical Agreements*, in FAULL J., NIKPAY A. (eds.), *The EU Law of Competition*, Oxford, 2014, 1363.
- GUTTUSO L., *From "mono" to "stereo": fine-tuning leniency and settlement policies*, in *World competition*, 2015, 395.
- GYSELEN L., *Vertical restraints in the distribution process: strength and weakness of the free rider rationale under EEC competition law*, in *Common Market Law Review*, 1984, 647.
- HANSBERRY D., HUMMER C., LE BERRE M. LECLERC M., *Umbrella effect: damages claimed by customers of non-cartelist competitors*, in *Journal of European Competition Law & Practice*, 2014, 196.
- HARDEN I., *The Revision of Regulation 1049/2001 on Public Access to Documents*, in *European Public Law*, 2009, 239.
- HARDING B., *The private Interest in challenging Community action*, in *European Law review*, 1980, 354.
- HARKER M., HVIID M., *Competition law enforcement and incentives for revelation of private information*, in *World Competition*, 2008, 279

- HARLOW C., *Toward a Theory of access for the European Court of Justice*, in *Yearbook of European Law*, 1992, 213.
- HARTLEY T.C., *The European Court. Judicial Objectivity and the Constitution of the European Union*, in *Law Quarterly Review*, 1996, 95.
- HATZOPOULOS V., *The EC Essential Facilities Doctrine*, in AMATO G., EHLERMANN C.D., *EC Competition Law. A Critical Assessment*, Oxford, 2007, 333.
- HAUSFELD M.D., RATNER B.A., CAMPBELL S., *Principles and Objectives of Formal and Informal Settlements in EU Competition Cases: The Claimant's Perspective*, in EHLERMANN C.D., MARQUIS M. (eds.), *European Competition Law Annual 2008: Antitrust settlements under EC Competition Law*, Oxford-Portland, 2010, 237.
- HAWK B., *System Failure: Vertical Restraints and EC Competition Law*, in *Common Market Law Review*, 1995, 973.
- HAWK B., *The American (Anti-Trust) Revolution: Lessons for the EEC?*, in *European Competition Law Review*, 1998, 53.
- HEIMLER A., BRUZZONE G., *Art. 102 TFUE*, in CATRICALÀ A. (a cura di), *Codice commentato della concorrenza e del mercato*, Torino, 2010, 78.
- HELIKOSKI J., LEINO P., *Darkness at the break of noon: the case law on regulation no. 1049/2001 on access to documents*, in *Common Market Law Review* 2006, 735.
- HEMPEL R., *Access to DG Competition's files: an analysis of recent EU court case law*, in *European Competition Law Review*, 2012, 195.
- HILDEBRAND D., *The European School in EC Competition Law*, in *World Competition*, 2002, 3.
- HINDS A.L., *All settled? Some six years of cartel settlement*, in *European Competition Law Review*, 2014, 292.
- HINDS A.L., EATON S., *Commitment Issues: New Developments in EU and Irish Competition Law*, in *European Competition Law Review*, 2014, 33.
- HJELMENG E., *Competition law remedies: striving for coherence or finding new ways?*, in *Common Market Law Review*, 2013, 1007.
- HOFMANN R. MASTROIANNI R., *Principio di sussidiarietà, politiche culturali e libera circolazione dei servizi*, in *Jus*, 1994, 423.
- HOFSTETTER K., LUDESCHER M., *Fines against Parent Companies in EU Antitrust Law: Setting Incentives for "Best Practice Compliance"*, in *World Competition*, 2010, 55.
- HORSLEY T., *Subsidiarity and the European Court of Justice: Missing Pieces in the Subsidiarity Jigsaw?*, in *Journal of Common Market Studies*, 2012, 267.
- HOSSEINIAN F., *Passing on Damages and Community Antitrust Policy: an Economic Background*, in *World Competition*, 2005, 3.
- HOVENKAMP H., *Antitrust Policy After Chicago*, in *University of Michigan Law Review*, 1985, 213.
- HOWARD A., *The Draft Directive on Competition Law Damages – What does it mean for infringers and victims?*, in *European Competition Law Review*, 2014, 51.

- HOWARD A., *Too little, too late? The European Commission's Legislative Proposals on Anti-Trust damages actions*, in *Journal of European Competition Law & Practice*, 2013, 455.
- HUGHES P., *Competition Law Enforcement and Corporate Group Liability – Adjusting the Veil*, in *European Competition Law Review*, 2014, 68.
- HUSCHELRATH K., PEYER S., *Public and Private Enforcement of Competition Law: A Different Approach*, in *World Competition*, 2013, 585.
- HUSCHELRATH K., *The Costs and Benefits of Antitrust Enforcement: Identification and Measurement*, in *World Competition*, 2012, 121
- IANNONE C., *Art. 263 TFUE*, in TIZZANO A. (a cura di), *Trattati dell'Unione europea*, Milano, 2014, 2048.
- IANNONE C., *La Collaborazione tra i giudici nazionali e la Corte di giustizia dell'Unione europea in materia di diritto della concorrenza*, in TESAURO G. (a cura di), *Concorrenza ed effettività della tutela giurisdizionale tra ordinamento dell'Unione europea e ordinamento italiano*, Napoli, 2013, 49.
- IANNUCELLI P., *Il rinvio pregiudiziale e il private enforcement del diritto antitrust dell'UE*, in *Diritto dell'Unione europea*, 2012, 709.
- IANNUCELLI P., *Torniamo al Trattato! Per il superamento della distinzione tra public e private enforcement del diritto della concorrenza*, in *Concorrenza e Mercato*, 2014, 77.
- IBÁÑEZ COLOMO P., *Intel and Article 102 TFEU Case Law: Making Sense of a Perpetual Controversy*, London School of Economics Law, Society and Economy Working Papers n. 29/2014.
- IDOT L., *Coopération entre la Commission et les juridictions nationales*, in *Europe*, 2009, 33.
- IDOT L., *Le règlement n° 1049/2001 doit-il s'appliquer aux "procédures concurrence"? A propos des affaires Technische Glaswerke Ilmenau, Odile Jacob et Agrofert*, in *Europe*, 2010, 5.
- IGLEZAKIS I., *Competition and Antitrust Issues with regard to E-Books*, in *European Competition Law Review*, 2013, 249.
- ILZKOVITZ F., DIERX A., *Ex post evaluation of competition policy enforcement. What can we learn from the literature and from the experience of Competition Authorities?*, in *Competition policy brief*, 4/2015, 1.
- INZITARI B., *Abuso da intesa anticoncorrenziale e legittimazione aquiliana del consumatore per lesione alla libertà negoziale*, in *Danno e responsabilità*, 2005, 498.
- IVALDI P., *Diritto dell'Unione europea e processo costituzionale*, in CARBONE S.M. (a cura di), *L'Unione europea a vent'anni da Maastricht. Verso nuove regole*, Napoli, 2013, 461.
- JACOB R., *UK judge: DG Comp acting "above the law" over patent litigation*, in *Global Competition Review*, 14 giugno 2013.
- JACOBS F.G., DEISENHOFER T., *Procedural Aspects of the Effective Private Antitrust Enforcement of EC Competition Rules: A Community Perspective*, in EHLERMANN C.D., ATANASIU C. (eds.), *European Competition Law Annual 2001: Effective Private Enforcement of EC Antitrust Law*, Oxford/Portland, 2003, 187.

- JACQUEMIN A.P., *The Criterion of Economic Performance in the Anti-Trust Policies of the United States and the European Economic Community*, in *Common Market Law Review*, 1970, 205.
- JAEGER M., *The standard of review in competition cases involving complex economic assessments: towards the marginalisation of the marginal review?*, in *Journal of European Competition Law & Practice*, 2011, 295.
- JENKIS T., *Competition Law in Europe: What to Expect in 2014*, in *European Competition Law Review*, 2014, 274.
- JENNY F., *Worst Decision of the EU Court of Justice: The Alrosa Judgment in context and the Future of Commitment Decisions*, in *Fordham International Law Journal*, 2015, 701.
- JENSEN M.C., MECKLING W.H., *Theory of the Firm: Managerial Behavior, Agency Costs and Ownership Structure*, in *Journal of Financial Economics*, 1976, 305.
- JONES A., *Left Behind by Modernization? Restrictions by Object under Article 101(1)*, in *Antitrust Bulletin*, 2010, 55.
- JONES A., *Resale Price Maintenance: A Debate About Competition Policy in Europe*, in *European Competition Journal*, 2009, 425.
- JONES A.C., *After the Green Paper: The Third Devolution in European Competition Law and Private Enforcement*, in *Competition Law Review*, 2006, 1.
- JONES C.A., *A New Dawn for Private Competition Law Remedies in Europe? Reflections from the US*, in EHLERMANN C.D., ATANASIU A.I. (eds.), *European Competition Law Annual 2001: Effective Private Enforcement of EC Antitrust Law*, 2003, Oxford-Portland, 95.
- JONES C.A., *Private Antitrust Enforcement in Europe: A Policy Analysis and Reality Check*, in *World Competition*, 2004, 13.
- KAKOURIS C., *Do Member States possess judicial procedural "autonomy?"*, in *Common Market Law Review*, 1997, 1389.
- KALBFLEISCH P., *The Dutch Experience with Plea Bargaining/Direct Settlement*, in EHLERMANN C.D., MARQUIS M. (eds.), *European Competition Law Annual 2008: Antitrust settlements under EC Competition Law*, Oxford-Portland, 2010, 481.
- KAPLOW L., *Rules versus Standards*, in *Duke Law Journal*, 1992, 557.
- KAUPER T.E., SNYDER E.A., *Misuse of the Antitrust Laws: The Competitor Plaintiff*, in *Michigan Law Review*, 1991, 551.
- KAUPER T.E., *The Use of Consent Decrees in American Antitrust Cases*, in SLOT P.J., MC DONNELL A. (eds.), *Procedure and Enforcement in E.C. and U.S. Competition Law*, Londra, 1993, 104.
- KELLEHER G.W., *The Common Market Antitrust Laws: The First Ten Years*, in *Antitrust Bulletin*, 1967, 1219.
- KELLEY M., *Settling for Settlement: The European Commission's New Cartel Settlement Procedure*, in *Washington University Global Studies Law Review*, 2010, 699.

- KERSTING C., *Removing the Tension Between Public and Private Enforcement: Disclosure and Privileges for Successful Leniency Applicants*, in *Journal of European Competition Law & Practice*, 2014, 1.
- KESKE S., *Collective Redress – (Too) Great Expectations?*, in CISOTTA F., MARQUIS M. (eds.) *Litigation and Arbitration in EU Competition Law*, Cheltenham, 2015, 47.
- KIIVER P., *The Treaty of Lisbon, the National Parliaments and the Principle of Subsidiarity*, in *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 2008, 77.
- KILLEEN D., *Following in “Uncle Sam’s” Footsteps? The Evolution of Private Antitrust Enforcement in the European Union*, in *European Competition Law Review*, 2013, 480.
- KIST A.W., *Exchange of information: Scope and Limits Seen From the Perspective of the National Competition Authorities*, in EHLERMANN C.D., ATANASIU A.I. (eds.), *European Competition Law Annual 2002: Constructing the EU Network of Competition Authorities*, Oxford-Portland, 2002, 355.
- KJØLBYE L., *The New Commission Guidelines on the application of article 81(3): an economic approach to article 81*, in *European Competition Law Review*, 2004, 566.
- KLAWITER D., *Corporate Leniency in the Age of International Cartels: The American Experience*, in *Antitrust*, 2000, 13.
- KLIMISCH A., KRUEGER B., *Decentralised application of E.C. competition law: current practice and future prospects*, in *European Law Review*, 1999, 463.
- KOCH C., *Locus standi of private applicants under the EU Constitution: preserving gaps in the protection of individuals’ right to an effective remedy*, in *European Law Review*, 2005, 511.
- KOMBOS C., *A Paradox in the Making: Detecting Something Positive in UPA Under the Ten Kate Effect*, in *European Law Journal*, 2009, 506.
- KOMNINOS A.P., *Public and Private Antitrust Enforcement in Europe: Complement? Overlap?*, in *Competition Law Review*, 2006, 5.
- KOMNINOS A.P., *New prospect for private enforcement of EC competition law: “Courage v. Creban” and the Community right to damages*, in *Common Market Law Rev.*, 2002, 447.
- KON S., *Article 85, para. 3: A Case for Application by National Courts*, in *Common Market Law Review*, 1982, 541.
- KORAH V., *From Legal Form Toward Economic Efficiency – Art. 85(1) of the EEC Treaty in Contrast to U.S. Antitrust*, in *Antitrust Bulletin*, 1990, 1009.
- KORTMANN J.S., SWAAK C.R.A., *The EC White Paper on antitrust damage actions: why Member States are (right to be) less than enthusiastic*, in *European Competition Law Review*, 2009, 340.
- KOSTOPOULOS K., *Commitment Decisions: The New Kind of Settlement in European Competition Law – Application in Air Transport*, in *Air & Space Law*, 2009, 13.
- KOVACIC W., *Plea Bargaining and the Enforcement of Competition Law Against Cartels in the United States*, in EHLERMANN C.D., MARQUIS M. (eds.), *European Competition Law Annual 2008: Antitrust settlements under EC Competition Law*, Oxford-Portland, 2010, 349.

- LA MATTINA A., CELLERINO C., *L'arbitrato e il nuovo regolamento (Ue) 1215/2012: vecchie questioni e nuovi problemi aperti*, in *Diritto del Commercio Internazionale*, 2014, 551.
- LACAVALA C., *Misure cautelari, decisioni con impegni, programmi di clemenza: la prima attuazione nel diritto antitrust italiano*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2007, 673.
- LACCHI C., *L'accesso dei soggetti lesi ai documenti acquisiti nei programmi antitrust di clemenza: la sentenza Pfleiderer*, in *Giustizia Civile*, 2011, 2528.
- LAGUNA DE PAZ J.C., *Regulation and Competition Law*, in *European Competition Law Review*, 2012, 77.
- LAINA F., BOGDANOV A., *The EU Cartel Settlement Procedure: Latest Developments*, in *Journal of European Competition Law & Practice*, 2014, 717
- LAINA F., LAURINEN E., *The EU Cartel Settlement Procedure: Current Status and Challenges*, in *Journal of European Competition Law & Practice*, 2013, 302.
- LANDE R.H., *Wealth Transfers as the Original and Primary Concern of Antitrust: the efficiency Interpretation Challenged*, in *Hastings Law Journal*, 1982, 873.
- LANDES W.M., POSNER R.A., *Market Power in Antitrust Cases*, in *Harvard Law Review*, 1981, 937.
- LANDES W.M., POSNER R.A., *The Private Enforcement of Law*, in *Journal of Legal Studies*, 1975, 1.
- LANG A., *Giudice nazionale e Commissione delle Comunità europee: Coesistenza di competenze in materia di concorrenza e strumenti di coordinamento*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 1996, 239.
- LASSERRE B., ZIVY F., *A Principled Approach to Settlements: a Few Open Issues*, in EHLERMANN C.D., MARQUIS M. (eds.), *European Competition Law Annual 2008: Antitrust settlements under EC Competition Law*, Oxford-Portland, 2010, 143.
- LAWRENCE J., *Seeking the Perfect Balance: Some Reflections on the Commission's Green Paper on Damages Actions for Breach of EC Antitrust Rules*, C.D. EHLERMANN, A.I. ATANASIU (eds.), *European Competition Law Annual 2006: Enforcement of Prohibition of Cartels*, Oxford-Portland, 2007, 457.
- LECCHI E., LOGENDRA J., THOMASEN R., *Committing others: the commitment procedure and its effect on third parties*, in *Global Competition Litigation Review*, 2011, 162.
- LECCISI G., *Brevi note in tema di impegni antitrust*, in *Giustizia Amministrativa*, 2007, 13.
- LEMAIRE C., NAUDIN S., *Le Tribunal de commerce de Paris rejette la demande de rétractation de l'Autorité de la concurrence et maintient son injonction de lui communiquer des pièces issues d'une procédure d'engagements dans le cadre d'un contentieux en réparation (Ma Liste de Courses c/ Highbco, DKT International c/ Eco-emballages et Valorplast)*, in *Concurrences*, 2012, 142.
- LEMLEY M., SHAPIRO C., *Patent Holdup and Royalty Stacking*, in *Texas Law Review*, 2007, 1991.
- LENAERTS K., CORTHAUT T., *Of birds and hedges: the role of primacy in invoking norms of EU law*, in *European Law Review*, 2006, 287.

- LENAERTS K., GERARD D., *Decentralisation of EC Competition Law Enforcement: Judges in the Frontline*, in *World Competition*, 2004, 313.
- LEONI A., *La tutela giurisdizionale contro gli atti dell'AGCM in materia antitrust*, in PACE L.F. (a cura di), *Dizionario sistematico del diritto della concorrenza*, Napoli, 2013, 419.
- LEUPOLD B., *Effective enforcement of EU competition law gone to far? Recent case law on the presumption of parental liability*, in *European Competition Law Review*, 2013, 570.
- LIBERTINI M., *La concorrenza degli antichi e la concorrenza dei moderni*, in BARUCCI P., RABITTI BEDOGNI C. (a cura di), *Vent'anni di antitrust. L'evoluzione dell'autorità garante della concorrenza e del mercato*, Torino, 2010, 97.
- LIBERTINI M., *La determinazione del danno risarcibile nella proposta di Direttiva comunitaria sul risarcimento del danno antitrust. Alcune osservazioni preliminari*, in *Concorrenza e Mercato*, 2014, 265.
- LIBERTINI M., *Le decisioni "patteggiate" nei procedimenti per illeciti antitrust*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2006, 1284.
- LIBONATI B., *Responsabilità extracontrattuale per violazione di norme antitrust*, in *Danno e responsabilità*, 2005, 506.
- LOOF R., *Temporal aspects of the duty of consistent interpretation in the First and Third Pillars*, in *European Law Review*, 2007, 888.
- LOPES PEGNA O., *Il regime di circolazione delle decisioni nel regolamento (UE) n. 1215/2012 («Bruxelles I-bis»)*, in *Rivista di Diritto Internazionale*, 2013, 1206.
- LOUDJEVA M., *Ensuring competition in the EU gas market: the role of DG Competition*, in *International Trade Law & Regulation*, 2015, 8.
- M. DE LA MANO, R. NAZZINI, H. ZENGER, *Article 102*, in FAULL J., NIKPAY A. (eds.), *The EU Law of Competition*, Oxford, 2014, 329.
- MACCHI DI CELLERE S., MEZZAPESA G., *The Commission's settlement package: EU-US comparison*, in *European Competition Law Review*, 2009, 604.
- MAES M., *L'accès du public aux documents des institutions de la Communauté européenne: vers une révision du règlement (CE) 1049/2001*, in *Revue du droit de l'Union européenne*, 2007, 411.
- MAES M., *La refonte du règlement (CE) n° 1049/2001 relatif à l'accès du public aux documents du Parlement européen, du Conseil et de la Commission*, in *Revue du droit de l'Union européenne*, 2008, 577.
- MANCINI G.F., *Attivismo e autocontrollo nella giurisprudenza della Corte di giustizia*, in *Rivista di diritto europeo*, 1990, 229.
- MANDRESCU D., *Access to Leniency Programme Documents Based on the Transparency Regulation: The European Commission v. EnBW Energie Baden-Württemberg AG*, in *Legal Issues of Economic Integration*, 2015, 301.
- MANOUSSAKIS S., *Liberalisation of the EU Energy Market: Enough to Power Real Progress?*, in *World Competition*, 2009, 227.
- MANZINI P., *La collusione tra imprese nella disciplina antitrust comunitaria*, in *Diritto del Commercio internazionale*, 2009, 821.

- MANZINI P., *Ricorso di annullamento: riforma e controriforma*, in *Diritto dell'Unione Europea*, 2002, 1.
- MARCHEGIANI M., *L'obbligo di interpretazione conforme alle decisioni quadro: considerazioni in margine alla sentenza Pupino*, in *Diritto dell'Unione europea*, 2006, 563.
- MARCHETTI B., *L'impugnazione degli atti normativi da parte dei privati nell'art. 263 TFUE*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2010, 1471.
- MARINI BALESTRA F., TREMOLADA R., *Il rapporto tra private e public enforcement del diritto antitrust nella giurisprudenza amministrativa*, in *Foro Amministrativo*, 2015, 781.
- MARINIELLO M., *Commitments or prohibition? The EU antitrust dilemma*, in *Bruegel Policy Brief*, 2014, 1
- MARINO S., *La legittimazione attiva dei privati nel ricorso per annullamento: quali novità a seguito del Trattato di Lisbona?*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2014, 1126.
- MARKERT K., *Some Legal and Administrative Problems of the Co-Existence of Community and National Competition Law in the EEC*, in *Common Market Law Review*, 1974, 92.
- MARMO L., *Intese consortili e C.E.E.*, in *Foro italiano*, 1958, 170.
- MARSDEN P., *Public-Private Partnerships for Effective Enforcement: Some "Hybrid" Insights*, in *European Competition Journal*, 2013, 509.
- MARSDEN P., *The Emperor's Clothes Laid Bare: Commitments Creating the Appearance of Law, While Denying Access to Law*, in *CPI Antitrust Chronicle*, 2013, 2.
- MARSDEN P., *Towards an Approach to Commitments that is 'Just Right'*, in *Competition Law International*, 2015, 71.
- MARSDEN P., WHELAN P., *"Consumer Detriment" and its Application in EC and UK Competition Law*, in *European Competition Law Review*, 2006, 569.
- MARTÍNEZ LAGE S., ALLENDESALAZAR R., *Commitment Decisions ex Regulation 1/2003: Procedure and Effects*, in EHLERMANN C.D., MARQUIS M. (eds.), *European Competition Law Annual 2008: Antitrust settlements under EC Competition Law*, Oxford-Portland, 2010, 581.
- MARTINICO G., *Dating Cinderella: On Subsidiarity as a Political Safeguard of Federalism in the European Union*, in *European Public Law*, 2011, 649.
- MARTYNISZYN M., *Legislation Blocking Antitrust Investigations and the September 2012 Russian Executive Order*, in *World Competition*, 2014, 103.
- MARUFFI R., *Il Regolamento (UE) n. 1215/2012 e l'arbitrato*, in *Rivista di diritto processuale*, 2014, 1416.
- MARZUILLO V., *Azione risarcitoria di classe italiana ed effettività della tutela del consumatore contro le violazioni del diritto antitrust nazionale e dell'Unione europea*, in TESAURO G. (a cura di), *Concorrenza ed effettività della tutela giurisdizionale tra ordinamento dell'Unione europea e ordinamento italiano*, Napoli, 2013, 283.
- MASTROIANNI R., *Diritto dell'Unione europea e processo penale*, in CARBONE S.M. (a cura di), *L'Unione europea a vent'anni da Maastricht. Verso nuove regole*, Napoli, 2013, 405.

- MASTROIANNI R., PEZZA A., *Access of Individuals to the European Court of Justice of the European Union Under the New Text of Article 263, para 4, TFEU*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario* 2014, 923.
- MASTROIANNI R., *Poteri e competenze del giudice amministrativo in materia di concorrenza alla luce dei principi dell'Unione europea*, in TESAURO G. (a cura di), *Concorrenza ed effettività della tutela giurisdizionale tra ordinamento dell'Unione europea e ordinamento italiano*, Napoli, 2013, 291.
- MASTRORILLI A., *Illecito antitrust e tutela civilistica*, in *Danno e responsabilità*, 2010, 817.
- MATHONNIERE C., *Droit d'accès aux documents de la Commission*, in *Revue Lamy droit des affaires*, 2012, 43.
- MAUGERI M.R., *Violazione della disciplina antitrust e tutela dei privati: competenza, prescrizione, duplicazione dei danni e deterrenza*, in *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 2008, 166.
- MAZZANTINI G., BERTOLI P., *Gli impegni nel diritto italiano della concorrenza: un'analisi empirica a cinque anni dalla loro introduzione*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 2013, 141.
- MCAFEE R.P., MIALON H., MIALON S., *Private Antitrust Litigation: Procompetitive or Anticompetitive?*, in GHOSHAL V., STENNEK J. (eds.), *The Political Economy of Antitrust. Contributions to Economic Analysis Series*, Amsterdam, 2007.
- MELAMED A.D., *Antitrust: The New Regulation*, in *Antitrust*, 1995, 13.
- MELI M., *Risarcimento del danno e inibitoria per violazione di norme antitrust*, in *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 1996, 752.
- MELI V., *I programmi di clemenza nel diritto antitrust italiano*, in *Mercato Concorrenza Regole*, 2007, 201
- MELI V., *L'autorità garante della concorrenza e del mercato e i programmi di clemenza*, in BARUCCI P., RABITTI BEDOGNI C. (a cura di), *Vent'anni di antitrust. L'evoluzione dell'autorità garante della concorrenza e del mercato*, Torino, 2010, 419.
- MELPIGNANO M., *La prescrizione del diritto al risarcimento danni*, in PACE L.F. (a cura di), *Dizionario sistematico del diritto della concorrenza*, Napoli, 2013, 307
- MEROLA M., ARMATI L., *Brevi riflessioni sui più recenti sviluppi nel diritto della concorrenza dell'Unione europea*, in *Italian Antitrust Review*, 2013, 16.
- MEROLA M., *La cooperazione tra giudici nazionali e Commissione nell'applicazione delle norme comunitarie antitrust*, in *Foro Italiano*, 1993, 418.
- MEROLA M., *Norme comunitarie sulla concorrenza e poteri dei giudici nazionali*, in *Foro Italiano*, 1993, 30.
- MESSINA M., HO J.C.A., *Re-establishing the orthodoxy of commitment decisions under article 9 of Regulation 1/2003: comment on Commission v Alrosa*, in *European Law Review*, 2011, 737.
- METHA K., TIERNO CENTELLA M.L., *EU Settlement Procedure: Public Enforcement Policy Perspective*, in EHLERMANN C.D., MARQUIS M. (eds.), *European Competition Law*

- Annual 2008: Antitrust settlements under EC Competition Law*, Oxford-Portland, 2010, 391.
- MINERVINI V., *Nuove prospettive della funzione sanzionatoria delle autorità indipendenti*, in *Concorrenza e Mercato*, 2013, 163.
- MOK M.R., *The Procedure of the E.E.C.–Commission in antitrust cases*, in *Common Market Law Review*, 1963, 327.
- MONTANARI A., *Programmi di clemenza e azione risarcitoria nella direttiva europea sul risarcimento del danno: convivenza possibile*, in *Concorrenza e Mercato*, 2014, 115.
- MONTANARI M.G., *Gli atti impugnabili dell’Autorità garante della concorrenza e del mercato*, in TESAURO G. (a cura di), *Concorrenza ed effettività della tutela giurisdizionale tra ordinamento dell’Unione europea e ordinamento italiano*, Napoli, 2013, 325.
- MONTEMAGGI S., *Dalla Corte di Giustizia nuovi spunti di riflessione per una tutela effettiva del consumatore vittima di pratiche anticoncorrenziali*, in *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 2007, 634.
- MONTESA A., GIVAJA A., *When Parents Pay for Their Children’s Wrongs: Attribution of Liability for Ec Antitrust Infringements in Parent-Subsidiary Scenarios*, in *World Competition*, 2006, 555.
- MONTI G., *Anticompetitive agreements: the innocent party’s right to damages*, in *European Law Review*, 2002, 282.
- MONTI G., *Article 81 EC and public policy*, in *Common Market law Review*, 2002, 1057.
- MONTI G., *The Concept of Dominance in Article 82*, in *European Competition Journal*, 2006, 31.
- MORBIDELLI G., *Impegni e principio di tipicità degli atti amministrativi*, in CINTIOLI F., DONATI F., *Recenti innovazioni in materia di sanzioni antitrust*, Torino, 2008.
- MORGAN DE RIVERY E., *The French ‘Non-Contest Procedure’: a Practitioner’s Point of View*, in EHLERMANN C.D., MARQUIS M. (eds.), *European Competition Law Annual 2008: Antitrust settlements under EC Competition Law*, Oxford-Portland, 2010, 453.
- MORRIS S., *Iron curtain at the border: Gazprom and the Russian blocking order to prevent the extraterritoriality of EU competition law*, in *European Competition Law Review*, 2014, 601.
- MOSCA V., *Le azioni di private enforcement antitrust nel settore delle comunicazioni elettroniche*, in *Federalismi*, 2-2015, 2.
- MÖSCHE W., *Competition as a Basic Element of the Social Market Economy*, in *European Business Organization Law Review*, 2001, 713.
- MÖSCHEL W., *Competition Policy from an Ordo Point of View*, in PEACOCK A., WILLGERODT H. (eds.), *German Neo-liberals and the Social Market Economy*, Londra, 1989, 142.
- MÖSCHEL W., *The Proper Scope of Government Viewed form an Ordoliberal Perspective: The Example of Competition Policy*, in *Journal of Institutional and Theoretical Economics*, 2001, 4.
- MOTTA M, POLO M., *Leniency Programs and Cartel Prosecution*, in *International Journal of Industrial Organizations*, 2003, 347.

- MOULLET P., *How should Undertakings Approach Commitment Proposal in Antitrust Proceedings*, in *European Competition Law Review*, 2013, 86.
- MUELHERON R., *Cy-près Damages Distribution in England: a New Era for Consumer Redress*, in *European Business Law Review*, 2009, 307.
- MUGUET Poulle P.G., DOMENICUCCI D.P., *Amende infligée par une autorité de concurrence et droit à une protection juridictionnelle effective: les enseignements de l'arrêt Menarini de la CEDH*, in *Revue Lamy de la Concurrence*, 2012, 49.
- MUGUET Poulle P.G., DOMENICUCCI D.P., *Amende infligée par une autorité de concurrence et droit à une protection juridictionnelle effective: les enseignements de l'arrêt Menarini de la CEDH*, in *Revue Lamy de la Concurrence*, 2012, 49.
- MÜLLER U., *Access to the file of a national competition authority*, in *European Law Reporter*, 2011, 56.
- MUNARI F., *Antitrust Enforcement After the Entry into Force of Regulation no. 1/2003: The Interplay among the Commission and the NCAs and the Need for an Enhanced Role of National Courts*, in CORTESE B. (a cura di), *EU Competition Law: Between Public and Private Enforcement*, Alphen aan den Rijn, 2013, 111
- MUNARI F., CELLERINO C., *Art. 103 TFUE*, in TIZZANO A. (a cura di), *Trattati dell'Unione europea*, Milano, 2014, 1073.
- MUNARI F., *Direttive comunitarie non correttamente trasposte e loro effetti nei confronti degli individui: a proposito della sentenza della Corte comunitaria nel caso Berlusconi e altri*, in *Diritto dell'Unione europea*, 2006, 211.
- MUNARI F., *Gli effetti del diritto dell'Unione europea sul sistema delle fonti*, in AA.VV., *Scritti in onore di Giuseppe Tesouro*, Napoli, 2014, 2121.
- MUNARI F., *Il ruolo della Corte di Giustizia dell'Unione europea e il suo rapporto con gli altri organi dell'Unione*, in *Diritto dell'Unione europea*, 2012, 189.
- MUNARI F., *Judicial assessment of anticompetitive behaviour in Italy*, in CISOTTA F., MARQUIS M. (eds.) *Litigation and Arbitration in EU Competition Law*, Cheltenham, 2015, 159.
- MUNARI F., *L'applicazione decentrata delle norme antitrust UE. Primi bilanci, problemi irrisolti e parziali soluzioni*, in *Mercato Concorrenza Regole*, 2010, 147.
- MUNARI F., *L'applicazione del diritto antitrust dopo l'entrata in vigore del Regolamento (CE) n. 1/2003: l'interazione fra Commissione e Autorità nazionali e il necessario rafforzamento del ruolo dei giudici nazionali*, in TESAURO G. (a cura di), *Concorrenza ed effettività della tutela giurisdizionale tra ordinamento dell'Unione europea e ordinamento italiano*, Napoli, 2013, 189.
- MUNARI F., *L'applicazione dell'articolo 85 del Trattato di Roma nei procedimenti davanti ai giudici nazionali*, in *Diritto del Commercio Internazionale*, 1990, 629.
- MUNARI F., *L'entrata in vigore del regolamento "Roma II" e i suoi effetti sul private antitrust enforcement*, in *Diritto del Commercio Internazionale*, 2008, 281.
- MUNARI F., *La legge 10 ottobre 1990, n. 287 e il diritto comunitario della concorrenza*, in *Rivista italiana di diritto internazionale privato e processuale*, 1992, 255.

- MUNARI F., *La legge n. 287/1990 ed i suoi rapporti col diritto comunitario*, in *Diritto del Commercio internazionale*, 1991, 173.
- MUNARI F., *Le intese restrittive della concorrenza*, in TIZZANO A. (a cura di), *Il diritto privato dell'Unione europea*, in BESSONE M. (diretto da), *Trattato di diritto privato dell'Unione europea*, Torino, 2006, 1469.
- MUNARI F., *Le regole di concorrenza nel sistema del Trattato*, in TIZZANO A. (a cura di), *Il diritto privato dell'Unione europea*, in BESSONE M. (diretto da), *Trattato di diritto privato dell'Unione europea*, Torino, 2006, 1451.
- MUNARI F., *Lo sfruttamento abusivo di posizione dominante detenuta sul mercato*, in TIZZANO A. (a cura di), *Il diritto privato dell'Unione europea*, in BESSONE M. (diretto da), *Trattato di diritto privato dell'Unione europea*, Torino, 2006, 1506.
- MURPHY F., *EU Commission proposes new measures re private actions for damages and collective actions*, in *European Competition Law Review*, 2014, 223.
- MUSCOLO G., *Alcune questioni in tema di accesso alla prova nel processo antitrust*, in TESAURO G. (a cura di), *Concorrenza ed effettività della tutela giurisdizionale tra ordinamento dell'Unione europea e ordinamento italiano*, Napoli, 2013, 209.
- MUSCOLO G., *il ruolo del giudice nel governare l'acquisizione delle prove*, in *Concorrenza e Mercato*, 2014, 287.
- NAGY C.I., *Commitments as Surrogates of Civil Redress in Competition Law: the Hungarian Perspective*, in *European Competition Law Review*, 2012, 531.
- NASCIMBENE B., *Aspetti internazionali della politica di concorrenza comunitaria*, in *Diritto del Commercio Internazionale*, 2001, 309.
- NASCIMBENE B., BASTIANON S., *La Corte di giustizia e i poteri dell'Autorità garante della concorrenza*, in *Il Corriere giuridico*, 2003, 1421.
- NASCIMBENE B., *Equo processo e diritti della difesa nel procedimento antitrust avanti alla Commissione: necessità di una riforma*, in TESAURO G. (a cura di), *Concorrenza ed effettività della tutela giurisdizionale tra ordinamento dell'Unione europea e ordinamento italiano*, Napoli, 2013, 63.
- NASCIMBENE B., *Interaction between leniency programmes and damages actions in antitrust law: perspectives for collective redress*, in *World competition*, 2013, 269.
- NASCIMBENE B., *L'interazione tra programmi di clemenza e azione di risarcimento nel diritto antitrust comunitario: prospettive in tema di "collective redress"*, in *Diritto dell'Unione europea*, 2012, 731.
- NASCIMBENE B., ROSSI DAL POZZO F., *L'azione di risarcimento antitrust e la "prescrizione" nel diritto comunitario e nazionale*, in ROSSI DAL POZZO F., NASCIMBENE B. (a cura di), *Il private enforcement delle norme sulla concorrenza*, Milano, 2009, 123.
- NASCIMBENE B., *The European Court of Justice and the Powers of the Italian Antitrust Authority: the CIF Case*, in *European Public Law*, 2004, 623
- NAZZINI R., *Administrative Enforcement, Judicial Review and Fundamental Rights in EU Competition Law: A Comparative Contextual-Functionalist Perspective*, in *Common Market Law Review*, 2012, 971.

- NAZZINI R., *Google and the (Ever-stretching) Boundaries of Article 102 TFUE*, in *Journal of European Competition Law & Practice*, 2015, 301.
- NAZZINI R., *The Evolution of the 'Full Jurisdiction' of the Union Courts in Article 101 and 102 Matters*, in CISOTTA F., MARQUIS M. (eds.) *Litigation and Arbitration in EU Competition Law*, Cheltenham, 2015, 123.
- NEBBIA P., *Antitrust e risarcimento del danno: fra diritto nazionale ed esperienze europee*, in *Giurisprudenza italiana*, 2006, 320.
- NEBBIA P., *Damages actions for the infringement of EC competition law: compensation or deterrence?*, in *European Law Review*, 2008, 23
- NEGRI M., *Il lento cammino della tutela civile antitrust: luci ed ombre di un atteso grand arrêt*, in *Corriere Giuridico*, 2005, 342.
- NEGRI M., *Procedimenti paralleli in materia antitrust: (ir)ragionevoli corollari processuali del vincolo dei giudici nazionali alle decisioni della Commissione CE*, in *Rivista di diritto processuale internazionale e arbitrato internazionale*, 2009, 133.
- NIHOUL P., *The Ruling of the General Court in Intel: Towards the End of an Effect-based Approach in European Competition Law?*, in *Journal of European Competition Law & Practice*, 2014, 521.
- NIKPAY A., WATERS D., *The Emerging Settlement Regime in the UK: The Use of "Settlements" in Competition Act Cases*, in EHLERMANN C.D., MARQUIS M. (eds.), *European Competition Law Annual 2008: Antitrust settlements under EC Competition Law*, Oxford-Portland, 2010, 499.
- NOCE A., *Antitrust e regolazione nelle decisioni con impegni in materia di energia*, in *Mercato Concorrenza Regole*, 2011, 333.
- NYSENS H., PECCHIOLI N., *Il regolamento n. 1/2003 CE: verso una decentralizzazione ed una privatizzazione del diritto della concorrenza*, in *Diritto dell'Unione europea*, 2003, 357.
- O'KEEFFE S., *First among equals: the Commission and the national courts as enforcers of E.C. competition law*, in *European Law Review*, 2001, 301.
- ODUDU O., *Indirect information Exchange: The Constituent elements of Hub and Spoke collusion*, in *European Competition Journal*, 2011, 205.
- OLIARI S., *I danni punitivi bussano alla porta: la Cassazione non apre*, in *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 2007, 981.
- OLSEN G., JEPHCOTT M., *The European Commission's Settlement Procedure. Sharing the benefits of procedural economy*, in *Antitrust*, 2010, 76.
- ORLANDI M., *La Legge per la tutela della concorrenza e del mercato*, in *Giurisprudenza di merito*, 1992, 495.
- ORSELLO G.P., *Il principio di sussidiarietà nella prospettiva del Trattato sull'Unione europea*, Roma, 1993.
- ORTGEA GONZALEZ A., *The cartel settlement procedure in practice*, in *European Competition Law Review*, 2011, 170.
- ORTIZ L., JÖRGENS K., *Spanish Supreme Court rejects appeals brought by Repsol and a Mallorca-based service station owner in extraordinary appeal procedure and puts an end to a court*

- battle about mutual compensation and damages claims regarding anti-competitive agreements for the exploitation of service stations*, in *Global Competition Litigation Review*, 2013, 56.
- OSTI C., *Abuso di posizione dominante e danno risarcibile*, in *Danno e responsabilità*, 1996, 105.
- OSTI C., *Un approccio pragmatico all'attuazione giudiziale delle regole di concorrenza nell'ordinamento italiano*, in *Concorrenza e Mercato*, 2014, 291.
- OTTOLENGHI D., *Le misure cautelari e gli impegni nell'esperienza dell'Autorità garante (2009 e 2010)*, in *Concorrenza e Mercato*, 2011, 151.
- PAGE W.H., *Antitrust Damages and Economic Efficiency: An Approach to Antitrust Injury*, in *University of Chicago Law Review*, 1980, 467.
- PAGE W.H., LOPATKA J., *Antitrust Injury, the Competitor Plaintiff, and Merger Policy*, in *Iowa Law Review*, 1996, 127
- PAGNI I., *La tutela civile antitrust dopo la sentenza n. 2207/05: la Cassazione alla ricerca di una difficile armonia nell'assetto dei rimedi del diritto della concorrenza*, in *Corriere Giuridico*, 2005, 337.
- PALLOTTA O., *Consumatori e concorrenza: le questioni irrisolte nella causa Manfredi*, in *Diritto dell'Unione europea*, 2007, 305.
- PALLOTTA O., *Effetto orizzontale delle direttive? Solo se indiretto*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2005, 505.
- PALLOTTA O., *Interpretazione conforme ed inadempimento dello Stato*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2005, 262.
- PALMIERI A., *Intese restrittive della concorrenza e azione risarcitoria del consumatore finale: argomentazioni "extravagantes" per un illecito inconsistente*, in *Foro italiano*, 2003, 1122.
- PALMIERI A., *L'illecito antitrust e l'aggiramento della prova del nesso causale: ovvero come si rischia di trasformare l'Autorità Garante della concorrenza e del mercato in giudice della responsabilità civile* in *Foro italiano*, 2011, 2685.
- PALMIERI A., PARDOLESI R., *Intesa illecita e risarcimento a favore di una parte: "chi è causa del suo mal ... si lagni e chiedi i danni"*, in *Foro italiano*, 2002, 76.
- PALMIERI A., PARDOLESI R., *L'antitrust per il benessere (e il risarcimento del danno) dei consumatori*, in *Foro italiano*, 2005, 1015.
- PARDOLESI R., *Analisi economica e diritto antitrust*, in BARUCCI P., RABITTI BEDOGNI C. (a cura di), *Vent'anni di antitrust. L'evoluzione dell'autorità garante della concorrenza e del mercato*, Torino, 2010, 123
- PARDOLESI R., *Cartello e contratti dei consumatori: da Leibniz a Sansone?*, in *Foro italiano*, 2004, 469.
- PARDOLESI R., *Complementarietà irrisolte: presidio (pubblico) del mercato e azioni (private) di danno*, in *Mercato Concorrenza Regole*, 2011, 463.
- PARDOLESI R., *Le intese verticali*, in PACE L.F. (a cura di), *Dizionario sistematico del diritto della concorrenza*, Napoli, 2013, 80.
- PARDOLESI R., *Note minime in tema di nesso di causalità*, in *Concorrenza e Mercato*, 2014, 317.

- PARRET L., *Do we (still) know what we are protecting?*, TILEC Discussion Paper 2009-010.
- PEEPKORN L., VEROUDEN V., *The Economics of Competition*, in FAULL J., NIKPAY A. (eds.), *The EU Law of Competition*, Oxford, 2014, 3.
- PERA A., AURICCHIO V., *Consumer Welfare, Standard of Proof and the Objectives of Competition Policy*, in *European Competition Journal*, 2005, 153.
- PERA A., CARPAGNANO M., *The Law and Practice of Commitment Decisions: A Comparative Analysis*, in *European Competition Law Review*, 2008, 669.
- PERA A., CASSINIS P., *Applicazione decentrata del diritto comunitario della concorrenza: la recente esperienza italiana e le prospettive della modernizzazione*, in *Diritto del Commercio Internazionale*, 1999, 701.
- PERA A., *Changing Views of Competition, Economic Analysis and EC Antitrust Law*, in *European Competition Journal*, 2008, 127.
- PERA A., CODACCI PISANELLI G., *Decisioni con impegni e private enforcement nel diritto antitrust*, in *Mercato Concorrenza Regole*, 2012, 69.
- PERA A., *Le decisioni con impegni e il rilievo per l'antitrust private enforcement*, in PACE L.F. (a cura di), *Dizionario sistematico del diritto della concorrenza*, Napoli, 2013 (aggiornamento 2014), 26.
- PERA A., *Le relazioni pericolose: antitrust e interesse dei consumatori*, in BARUCCI P., RABITTI BEDOGNI C. (a cura di), *Vent'anni di antitrust. L'evoluzione dell'autorità garante della concorrenza e del mercato*, Torino, 2010, 1165.
- PERRIN B., *Challenges facing the EU Network of Competition Authorities: insights from a comparative criminal law perspective*, in *European Law Review*, 2006, 540.
- PESCE C., *Il programma di clemenza europeo e la tutela dei singoli*, in *Diritto dell'Unione europea*, 2011, 145.
- PESCE C., *L'indebolimento della posizione procedimentale dei leniency applicants ad opera del giudice dell'Unione: autoincriminazione, divieto di divulgazione volontaria ed accesso al fascicolo istruttorio*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2012, 221.
- PESCE C., *Obbligo di collaborazione e trasparenza amministrativa nei procedimenti antitrust di clemenza dell'Unione*, in TESAURO G. (a cura di), *Concorrenza ed effettività della tutela giurisdizionale tra ordinamento dell'Unione europea e ordinamento italiano*, Napoli, 2013, 169.
- PESCE F., *La tutela dei cd. contraenti deboli nel nuovo regolamento Ue n. 1215/2012 (Bruxelles i bis)*, in *Diritto del Commercio Internazionale*, 2014, 579.
- PETIT N., *New Challenges for 21st Century Competition Authorities*, 2012, spec. 6, disponibile su http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2207886.
- PEYER S., *Injunctive Relief and Private Antitrust Enforcement*, Centre for Competition Policy Working Paper, n. 11-7, 2011, disponibile su http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1861861.

- PEYER S., *The Antitrust Damages Directive – Much Ado About Nothing?*, in CISOTTA F., MARQUIS M. (eds.) *Litigation and Arbitration in EU Competition Law*, Cheltenham, 2015, 33.
- PHEASANT J., *Damages for Breach of the EC Antitrust Rules: the European Commission's Green Paper*, in *European Competition Law Review*, 2006, 365
- PILATI A., *Il cambio di paradigma antitrust dopo il 2003: interpretazione, tempo, strategia*, in BARUCCI P., RABITTI BEDOGNI C. (a cura di), *Vent'anni di antitrust. L'evoluzione dell'autorità garante della concorrenza e del mercato*, Torino, 2010, 63.
- PINELLI C., *Gerarchia delle fonti comunitarie e principi di sussidiarietà e proporzionalità*, in *Diritto dell'Unione europea*, 1999, 725.
- PISTOIA E., *Una nuova pronuncia della Corte costituzionale sui rapporti tra diritto nazionale e diritto europeo*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2011, 79.
- PIZZICAROLI M.E., *L'applicazione della disciplina comunitaria della concorrenza da parte dell'Autorità garante del mercato in Italia*, in *Diritto comunitario e degli scambi internazionali*, 2001, 601.
- POLVERINO F., *Procedure "negoziata" in materia antitrust: impegni e accordi transattivi*, in *Concorrenza e Mercato*, 2008, 411.
- PORCHIA O., *I ricorsi davanti alla Corte di giustizia dell'Unione europea: le modifiche previste dal Trattato di Lisbona*, in BILANCIA P., D'AMICO M. (a cura di), *La nuova Europa dopo il Trattato di Lisbona*, Milano, 2009, 223.
- PORCHIA O., *La dinamica dei rapporti tra norme interne e dell'Unione nel dialogo tra giudici nazionali e Corte di giustizia*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2013, 71.
- POSNER R.A., *A Theory of Negligence*, in *Journal of Legal Studies*, 1972, 29.
- POSNER R.A., *Antitrust Law*, Chicago, 1976. R.A. Posner, *The Social Cost of Monopoly*, in *Journal of Political Economy*, 1975, 807.
- PROSPERETTI L., *I rapporti tra regolazione e tutela della concorrenza. Teoria economica ed esperienze recenti*, in *Mercato Concorrenza Regole*, 2002, 277.
- PROSPERETTI L., *Prova e valutazione del danno antitrust. Una prospettiva economica*, in *Mercato Concorrenza Regole*, 2008, 527.
- RABITTI BEDOGNI C., *L'autorità garante nell'ultimo triennio fra crisi economica e nuovi poteri*, in BARUCCI P., RABITTI BEDOGNI C. (a cura di), *Vent'anni di antitrust. L'evoluzione dell'autorità garante della concorrenza e del mercato*, Torino, 2010, 163.
- RADICATI DI BROZOLO L.G., RUSSO F., *Decisioni di accettazione degli impegni e private enforcement del diritto antitrust*, in *Diritto del Commercio Internazionale*, 2011, 1047.
- RAFFAELLI E.A., *Il difficile equilibrio tra public e private enforcement nell'applicazione del diritto antitrust*, in *Foro Amministrativo: Tar*, 2011, 1926.
- RAGOLLE F., *Access to justice for private applicants in the Community legal order: recent (r)evolutions*, in *European Law Review*, 2003, 92.
- RAMOS J.M., MUHEME D., *The Brussels Court judgment in Commission v Elevators manufactures, or the story of how the Commission lost an action for damages based on its infringement decision*, in *European Competition Law Review*, 2015, 384.

- RASMUSSEN H., *Why is article 173 interpreted against private plaintiffs*, in *European Law Review*, 1980, 112.
- RATLIFF J., *Negotiated Settlements in EC Competition Law: The Perspective of the Legal Profession*, in EHLERMANN C.D., MARQUIS M. (eds.), *European Competition Law Annual 2008: Antitrust settlements under EC Competition Law*, Oxford-Portland, 2010, 305.
- RAUBER M., *Confirming an inappropriate assessment framework for margin squeeze*, in *European Competition Law Review*, 2013, 490.
- REYNOLDS M.J., ANDERSON D.G., *Immunity and Leniency in EU Cartel Cases: Current Issues*, in *European Competition Law Review*, 2006, 82.
- RICHTER M.T., *The settlement procedure in the context of the enforcement tools of European competition law - a comparison and impact analysis*, in *European Competition Law Review*, 2012, 537.
- RILEY A., *EC Antitrust Modernisation: The Commission Does Very Nicely – Thank You! Part one: Regulation 1 and the Notification Burden*, in *European Competition Law Review*, 2003, 604.
- RILEY A., *EC Antitrust Modernisation: The Commission Does Very Nicely – Thank You! Part two: Between the Idea and the Reality: Decentralisation under Regulation 1*, in *European Competition Law Review*, 2003, 657.
- RILEY A.J., *More Radicalism, Please: The Notice on Co-operation between National Courts and the Commission in Applying Articles 85 and 86 of the EEC Treaty*, in *European Competition Law Review*, 1993, 91.
- RINALDI R., *Il regolamento del consiglio n. 1/2003: un primo esame delle principali novità e dei punti aperti della riforma sull'applicazione delle regole comunitarie in tema di concorrenza*, in *Diritto del Commercio Internazionale*, 2003, 143.
- RISHE M., *Antitrust Philosophy of the Common Market-Restraint on Prohibition*, in *DePaul Law Review*, 1967, 144.
- RISHIKESH D., *Extraterritoriality versus Sovereignty in International Antitrust Jurisdiction*, in *World Competition*, 1991, 33.
- RISSO F., *Gli impegni per contrastare gli effetti distorsivi della concorrenza. Qualificazione giuridica e tutela giurisdizionale*, in *Foro amministrativo: Consiglio di Stato*, 2012, 1360.
- RITZER C., RUTTLOFF M., LINHART K., *How to sharpen a dull sword: The principle of subsidiarity and its control*, in *German Law Journal*, 2006, 737.
- RIZZA C., *La posizione dominante collettiva nella giurisprudenza comunitaria*, in *Concorrenza e Mercato*, 2000, 509.
- RIZZA C., *The Duty of National Competition Authorities to Disapply Anti-Competitive Domestic Legislation and the Resulting Limitations on the Availability of the State Action Defence (Case C-198/01 CIF)*, in *European Competition Law Review*, 2004, 126.
- RIZZO A., *Il Regolamento (CE) n. 1049/2001 e la 'nuova' politica comunitaria della trasparenza*, in *La Comunità Internazionale*, 2002, 87.

- ROACH K., TREBILCOCK M.J., *Private Enforcement of Competition Laws*, in *Osgoode Hall Law Journal*, 1996, 461.
- ROBERTI G.M., *Procedure applicative delle regole di concorrenza*, in BESSONE M. (diretta da), *Trattato di diritto privato dell'Unione europea*, Torino, 2000, 1223.
- ROBERTSON V.H.S.E., *Enforcement of standard-essential patents and abuse of dominance: the Samsung, Motorola and Huawei v ZTZ cases*, in *Competition law journal*, 2014, 44.
- RODGER B.J., *The Interface Between Competition Law and Private Law: Article 81, Illegality and Unjustified Enrichment*, in *Edinburgh Law Review*, 2002, 217.
- RODRIGUEZ IGLESIAS G.C., *Sui limiti dell'autonomia procedimentale e processuale degli Stati membri nell'applicazione del diritto comunitario*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2001, 5.
- ROMITO A.M., *Il ricorso per annullamento ed i limiti alla tutela dei ricorrenti non privilegiati*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2013, 525.
- ROSAUER G., *Le regole di concorrenza nel sistema giuridico delle Comunità Europee. Raffronto tra le norme stabilite al riguardo dal trattato C.E.C.A. e dal trattato C.E.E.*, in *Rivista di diritto europeo*, 1964, 30.
- ROSENBERG D., SULLIVAN J.P., *Coordinating private class action and public agency enforcement of antitrust law*, in *Journal of Competition Law & Economics*, 2006, 159.
- ROSSI DAL POZZO F., *La direttiva sul risarcimento del danno da illecito antitrust. Armonizzazione delle regole nazionali in tema di private enforcement o occasione mancata?*, in *Eurojus.it*, n. 3/2014.
- ROSSI DAL POZZO F., *Obbligo di interpretazione conforme al diritto dell'Unione europea e principi generali a tutela del contribuente: alla ricerca di un difficile equilibrio fra interessi (talora) contrapposti*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2013, 847.
- ROSSI G., *"Take Courage"! La Corte di giustizia apre nuove frontiere per la risarcibilità del danno da illeciti antitrust*, in *Foro italiano*, 2002, 90.
- RÜGGERBERG J., SCHINKEL M.P., *Consolidating Antitrust Damages in Europe: A proposal for Standing in Line with Efficient Private Enforcement*, in *World Competition*, 2006, 395.
- SABA P., BOCCACCIO M., MANGIONE G., *Art. 101 TFUE*, in CATRICALÀ A. (a cura di), *Codice commentato della concorrenza e del mercato*, Torino, 2010, 5.
- SABATUCCI A., *Commento al Regolamento (CE) n. 1/2003*, in MARCHETTI P., UBERTAZZI L.C. (a cura di), *Commentario breve al diritto della concorrenza*, Padova, 2007, 2543.
- SABBATINI P., *Interesse privato e interesse pubblico al risarcimento del danno antitrust*, in *Mercato Concorrenza Regole*, 2010, 335
- SAGGIO A., *Appunti sulla ricevibilità dei ricorsi d'annullamento proposti da persone fisiche o giuridiche in base all'art. 173, quarto comma, del Trattato CE*, in *Rivista di diritto Europeo*, 1997, 401.
- SALERNO F., *Il coordinamento tra arbitrato e giustizia civile nel regolamento (UE) n. 1215/2012*, in *Rivista di Diritto Internazionale*, 2013, 1146.

- SALOP S.C., *Question: What is the Real and Proper Antitrust Welfare Standard? Answer: the True Consumer Welfare Standard*, in *Loyola Consumer Law Review*, 2010, 336.
- SÁNCHEZ RYDELSKI M., *Antitrust Enforcement: Tensions between Leniency Programmes and Civil Damage Actions - How Immune is a Leniency Applicant?*, in *European Law Reporter*, 2011, 178.
- SÁNCHEZ-GRAELS A., *Discovery, Confidentiality and Disclosure of Evidence Under the Private Enforcement of EU Antitrust Rules*, IE Working Paper Derecho, 2006.
- SANDERS M., JORDAN E., DIMOULIS C., SCHWEDT K., DI LUIGI B., VAN WISSEN M., *Disclosure of leniency materials in follow-on damages actions: striking "the right balance" between the interests of leniency applicants and private claimants?*, in *European Competition Law Review*, 2013, 174.
- SANSOM M., MORFEY A.M., TEAGUE P., *Recent Developments in Private Antitrust Litigation in Europe*, in *Antitrust*, 2015, 33.
- SANTA MARIA A., *L'azione collettiva risarcitoria conseguente a comportamenti anticoncorrenziali fra libro bianco e legge italiana*, in ROSSI DAL POZZO F., NASCIBENE B. (a cura di), *Il private enforcement delle norme sulla concorrenza*, Milano, 2009, 75.
- SANTINI A., *Il nuovo regime giuridico dell'accesso del pubblico ai documenti: la disciplina di attuazione dell'articolo 255 del Trattato CE*, in *Diritto dell'Unione europea*, 2002, 443.
- SCHARAW B., *Commission proposal for a directive on antitrust damages and recommendation on principles for collective redress: the road towards "private antitrust enforcement" in the European Union?*, in *European Competition Law Review*, 2014, 352.
- SCHETTINO A., *Il difficile rapporto tra "public" e "private enforcement": il caso dell'accesso agli atti nei programmi di clemenza*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2013, 153
- SCHINKEL M.P., *Bargaining in the shadow of the European settlement procedure for cartels*, in *The Antitrust Bulletin*, 2011, 461.
- SCHOLZ U., PURPS S., *The Application of EU Competition Law in the Energy Sector*, in *Journal of European Competition Law & Practice*, 2011, 62.
- SCHREIBER T., *A Short Analysis of the Judgment of the General Court in the Case CDC HP v Commission*, in *Journal of European Competition Law & Practice*, 2012, 268.
- SCHROTER H.G., *Cartelization and Decartelization in Europe, 1870-1995: Rise and Decline of an Economic Institution*, in *Journal of European Economic History*, 1996, 129.
- SCHWARZE J., *Access to documents under European Union law*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2015, 335.
- SCHWEITZER H., *Commitment Decisions in the EU and in the Member States: Functions and risks of a new instrument of competition law enforcement within a federal enforcement regime*, 2012, disponibile su <http://papers.ssrn.com>, 1.
- SCHWEITZER H., *Commitment Decisions under Article 9 of Regulation 1/2003: The Developing EC Practice and Case Law*, in EHLERMANN C.D., MARQUIS M. (eds.), *European Competition Law Annual 2008: Antitrust settlements under EC Competition Law*, Oxford-Portland, 2010, 547.

- SCHWEITZER H., *Tutela della concorrenza e tutela dei consumatori. Due fini confliggenti?*, in *Mercato Concorrenza Regole*, 2009, 384.
- SCODITTI E., *Danni da intesa anticoncorrenziale per una delle parti dell'accordo: il punto di vista del giudice italiano*, in *Foro italiano*, 2002, 84.
- SCODITTI E., *Il consumatore e l'antitrust*, in *Foro italiano*, 2003, 1127.
- SCODITTI E., *L'antitrust dalla parte del consumatore*, in *Foro italiano*, 2005, 1018.
- SCOGNAMIGLIO A., *Decisioni con impegni e tutela civile dei terzi*, in *Diritto Amministrativo*, 2010, 503.
- SCOTT J., *The New EU "Extraterritoriality"* in *Common Market Law Review*, 2014, 1343.
- SCUFFI M., *Tutela antitrust del consumatore e azione di classe*, in *Diritto industriale*, 2009, 341.
- SEGAL I., WHINSTON M., *Public vs. Private Enforcement of Antitrust Law: A Survey*, in *European Competition Law Review*, 2007, 306.
- SHAPIRO C., *Injunctions, Hold-up and Patent Royalties*, in *American Law & Economic Review*, 2010, 280.
- SHAVELL S., *Liability for Harm versus Regulation of Safety*, in *Journal of Legal Studies*, 1984, 357.
- SHAVELL S., *The Level of Litigation: Private Versus Social Optimality of Suit and of Settlement*, in *International Review of Law & Economics*, 1999, 99.
- SHAW J., *Decentralization and Law Enforcement in EC Competition Law*, in *Legal Studies*, 1995, 128.
- SHER B., *Keep Calm – Yes; Carry on – No! A Response to Whish on Intel*, in *Journal of European Competition Law & Practice*, 2015, 219.
- SIMON D., *La panacée de l'interprétation conforme: injection homéopathique ou thérapie palliative?*, in KRONENBERGER V., D'ALESSIO M.T., PLACCO V. (eds.), *De Rome à Lisbonne: les juridictions de l'Union européenne à la croisée des chemins. Mélanges en l'Honneur de Paolo Mengozzi*, Bruxelles, 2013, 279.
- SIRAGUSA M., BERETTA M., *La dottrina delle essential facilities nel diritto comunitario ed italiano della concorrenza*, in *Contratto e Impresa Europa*, 1999, 260.
- SIRAGUSA M., D'OSTUNI M., *A reflection on Some Private Antitrust Law Issues*, in C.D. EHLERMANN, A.I. ATANASIU (eds.), *European Competition Law Annual 2006: Enforcement of Prohibition of Cartels*, Oxford-Portland, 2007, 477.
- SIRAGUSA M., GUERRI E., *Antitrust Settlements under EC Competition Law: The Point of View of the Defendants*, in EHLERMANN C.D., MARQUIS M. (eds.), *European Competition Law Annual 2008: Antitrust settlements under EC Competition Law*, Oxford-Portland, 2010, 185.
- SIRAGUSA M., *L'effetto delle decisioni delle autorità nazionali della concorrenza nei giudizi per il risarcimento del danno: la proposta della Commissione e il suo impatto nell'ordinamento italiano*, in *Concorrenza e Mercato*, 2014, 297.

- SIRAGUSA M., *Le decisioni con impegni*, in BARUCCI P., RABITTI BEDOGNI C. (a cura di), *Vent'anni di antitrust. L'evoluzione dell'autorità garante della concorrenza e del mercato*, Torino, 2010, 385.
- SIRAGUSA M., *Le essential facilities nel diritto comunitario ed italiano della concorrenza*, in RAFFAELLI E.A. (a cura di), *Antitrust fra diritto nazionale e comunitario*, Bruxelles-Milano, 1998, 184.
- SIRAGUSA M., RIZZA C., *Decisioni sanzionatorie adottate dalla Commissione europea in caso di violazione delle regole di concorrenza ed effettività della tutela giurisdizionale dinanzi al giudice UE*, in TESAURO G. (a cura di), *Concorrenza ed effettività della tutela giurisdizionale tra ordinamento dell'Unione europea e ordinamento italiano*, Napoli, 2013, 79
- SIRAGUSA M., RIZZA C., *Violazione delle norme antitrust, sindacato giurisdizionale sull'esercizio del potere sanzionatorio da parte dell'autorità di concorrenza e diritto fondamentale a un equo processo: lo "stato dell'arte" dopo le sentenze Menarini, KME e Posten Norge*, in *Giurisprudenza commerciale*, 2013, 408.
- SLOT P.J., *Does the Pfleiderer judgment make the fight against international cartels more difficult?*, in *European Competition Law Review*, 2013, 197.
- SLOT P.J., *A View From the Mountain: 40 Years of Developments in EC Competition Law*, in *Common market Law Review*, 2004, 443.
- SMITH S., MCCOMB P., *Ebooks - European Commission has closed its anti-trust investigation*, in *Entertainment Law Review*, 2013, 78.
- SOLTESZ U., VON KOCKRITZ C., *EU cartel settlements in practice – the future of EU cartel enforcement?*, in *European Competition Law Review*, 2011, 258.
- SOUSA FERRO M., *Committing to Commitment Decisions – Unanswered Questions on Article 9 Decisions*, in *European Competition Law Review*, 2005, 451.
- SOUSA FERRO M., *Judicial Review: Do European Courts Care about Market Definition?*, in *Journal of European Competition Law & Practice*, 2015, 400.
- SOYEZ V., *The compatibility of MFN clauses with EU competition law*, in *European Competition Law Review*, 2015, 107.
- STEIN E., VINING G.J., *Citizen access to judicial review of administrative action in a transnational and federal context*, in *American Journal of International Law*, 1976, 219
- STEINDORFF E., *Article 85 and the Rule of Reason*, in *Common Market Law Review*, 1984, 639.
- STEINDORFF E., *Article 85, para. 3: No Case for Application by National Courts*, in *Common Market Law Review*, 1983, 125.
- STEPHAN A., *The Direct Settlement of EC Cartel Cases*, in *International and Comparative Law Quarterly*, 2009, 627.
- STIGLER G.J., *The Optimum Enforcement of Laws*, in *Journal of Political Economy*, 1970, 526.
- STROZZI G., *il principio di sussidiarietà nel Trattato di Maastricht*, in *Rivista di diritto internazionale*, 1992, 376.

- STROZZI G., *Il ruolo del principio di sussidiarietà nel sistema dell'Unione europea*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 1993, 59.
- STROZZI G., *Limiti e controlimiti nell'applicazione del diritto comunitario*, in *Diritto dell'Unione europea*, 2009, 23;
- SUBIOTTO QC R., LITTLE D.R., LEPETSKA R., *The Application of Article 102 TFEU by the European Commission and the European Courts*, in *Journal of European Competition Law & Practice*, 2015, 27.
- SVETIEV Y., *Settling or Learning: Commitment Decisions as a Competition Enforcement Paradigm*, in *Yearbook of European Law*, 2014, 466.
- SVETLICINI A., *Parental liability for the antitrust infringements of subsidiaries: a rebuttable presumption or probatio diabolica? ("Arkema SA v European Commission", ECJ (Second Chamber), judgment of 29 September 2011, C-520/09 P; and "Elf Aquitaine SA v European Commission", ECJ (Second Chamber), judgment of 29 September 2011, C-521/09 P)*, in *European Law Reporter*, 2011, 288.
- SWAAK C.R.A., WESSELING R., *Reconsidering the leniency option: if not first in, good reasons to stay out*, in *European Competition Law Review*, 2015, 346.
- TADDEI ELMI G., *Risarcimento dei danni antitrust tra compensazione e deterrenza. Il modello americano e la proposta di Direttiva UE del 2013*, in *Concorrenza e Mercato*, 2014, 183.
- TALADAY J.M., *Implications of International Cartel Settlements for Private Rights of Action*, in EHLERMANN C.D., MARQUIS M. (eds.), *European Competition Law Annual 2008: Antitrust settlements under EC Competition Law*, Oxford-Portland, 2010, 317.
- TAPIA J., MANTZARI D., *The Regulation/Competition Interaction*, in GERADIN D., LIANOS I. (eds.), *Research Handbook on European Competition Law*, Cheltenham, 2013, 588.
- TAVASSI M., CAPRILE P., *Rassegna di giurisprudenza civile in materia antitrust*, in *Concorrenza e Mercato*, 2011, 233.
- TAVASSI M., *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 *Diritto comunitario e degli scambi internazionali*, 2004, 315
- TAVASSI M., *Il risarcimento del danno in materia antitrust nella esperienza dei giudici italiani*, ROSSI DAL POZZO F., NASCIBENE B. (a cura di), *Il private enforcement delle norme sulla concorrenza*, Milano, 2009, 41.
- TEMPLE LANG J., *Commitment Decisions and Settlement with Antitrust Authorities and Private Parties under European Antitrust Law*, in HAWK B. (ed.), *2005 Annual Proceedings of the Fordham Corporate Law Institute*, New York, 2006, 265.
- TEMPLE LANG J., *Commitment decisions under Regulation 1/2003: legal aspects of a new kind of competition decision*, in *European Competition Law Review*, 2003, 347.
- TEMPLE LANG J., *Competition Law and Regulation Law From an EC Perspective*, in *Fordham International Law Journal*, 1999, 117.

- TEMPLE LANG J., *European Competition Policy and Regulation: Differences, Overlaps, and Constraints*, in LÉVEQUE F., SHELANKI H. (eds.), *Antitrust and regulation in the EU and US: legal and economic perspectives*, Cheltenham, 2009, 20.
- TEMPLE LANG J., *Monopolisation and the Definition of "Abuse" of a Dominant Position under Article 86*, in *Common Market Law Review*, 1979, 345.
- TEMPLE LANG J., *National measures restricting competition, and national authorities under Article 10 EC*, in *European Law Review*, 2004, 397.
- TESAURO G., *Costituzione e norme esterne*, in *Diritto dell'Unione europea*, 2009, 195.
- THEMELIS A., *The internet, jurisdiction and EU competition law: the concept of over-territoriality in addressing jurisdictional implications in the online world*, in *World competition*, 2012, 325.
- THOMAS S., *Guilty of A Fault One has not Committed. The Limits of the Group-Based Sanction Policy Carried out by the Commission and the European Courts in EU-Antitrust Law*, in *Journal of European Competition Law & Practice*, 2012, 11.
- THORELLI H., *Antitrust in Europe: National Policies after 1945*, in *University of Chicago Law Review*, 1959, 222.
- TINTO V., *Il diritto di accesso del pubblico agli atti dell'Unione europea*, in *Diritto del Commercio Internazionale*, 2009, 747.
- TIZZANO A., *Ancora sui rapporti tra Corti europee: principi comunitari e controlimiti costituzionali*, in *Diritto dell'Unione europea*, 2007, 734.
- TIZZANO A., *Appunti sulla cooperazione internazionale in tema di concorrenza*, in *Diritto dell'Unione europea*, 1999, 695.
- TIZZANO A., *Il contributo dei giudici dell'Unione europea allo sviluppo del diritto della concorrenza*, in LIGUSTRO A., SACERDOTI G. (a cura di), *Problemi e tendenze del diritto internazionale dell'economia. Liber amicorum in onore di Paolo Picone*, Napoli, 2011, 787.
- TIZZANO A., *L'applicazione «decentrata» degli art. 85 e 86 Ce in Italia*, in *Foro italiano*, 1997, 33.
- TIZZANO A., *La Corte di giustizia e lo sviluppo del diritto antitrust*, in TESAURO G. (a cura di), *Concorrenza ed effettività della tutela giurisdizionale tra ordinamento dell'Unione europea e ordinamento italiano*, Napoli, 2013, 23.
- TIZZANO A., *Le competenze dell'Unione e il principio di sussidiarietà*, in *Diritto dell'Unione europea*, 1997, 229.
- TIZZANO A., *Qualche riflessione sul contributo della Corte di giustizia allo sviluppo del sistema comunitario*, in *Diritto dell'Unione europea*, 2009, 141.
- TONELLI L., *Intesa antitrust e risarcimento dei danni*, in *La responsabilità civile*, 2002, 668.
- TORRE A., *Evaluating Punishment Regimes for Competition Law Offences*, in *European Competition Law Review*, 2013, 309.
- TOTH A.G., *Is subsidiarity justiciable?*, in *European Law Review*, 1994, 268.
- TOTH A.G., *The Principle of Subsidiarity in the Maastricht Treaty*, in *Common Market Law Review*, 1992, 1079.

- TROTTA A., *Il rapporto tra il giudizio civile e gli atti dell'AGCM e della Commissione*, in PACE L.F. (a cura di), *Dizionario sistematico del diritto della concorrenza*, Napoli, 2013, 361.
- TULIBACKA M., *Europeanization of Civil Procedures: in Search of a Coherent Approach*, in *Common Market Law Review*, 2009, 1527.
- USHER J., *Direct and individual concern – an effective remedy or a conventional solution?*, in *European Law Review*, 2003, 576.
- UTZSCHNEIDER Y., GLATZ A., *France: anti-competitive practices – Competition Authority*, in *European Competition Law Review*, 2010, 187.
- VALENTINO L., *Violazione di situazioni giuridiche soggettive di matrice comunitaria: decentrati solo gli obblighi o anche le garanzie?*, in *Rivista di diritto pubblico comparato ed europeo*, 2002, 192.
- VALLERY A., *Les procédures de règlement négocié de la Commission européenne en matière de concurrence: entre flexibilité et sécurité juridique*, in DE WALSCHE A., LEVI L. (eds.), *Mélanges en hommage à Georges Vandensanden — Promenades au sein du droit européen*, Bruxelles, 2008, 735.
- VALLETTE VIALARD H., *France: French Competition Authority ordered by the Paris Commercial Court to disclose documents related to a previous antitrust investigation in the context of a civil action for damages*, in *Global Competition Litigation Review*, 2011, 57
- VALLETTE VIALARD H., *France: order to the French Competition Authority to disclose documents related to a previous antitrust investigation in the context of a civil action for damages confirmed by the Paris Commercial Court*, in *Global Competition Litigation Review*, 2012, 16.
- VAN BAEL I., *The Antitrust Settlement Practice of the EC Commission*, in *Common Market Law Review*, 1986, 61.
- VAN DEN BERGH R., GIANNACCARI A., *L'approccio più economico nel diritto comunitario della concorrenza. Il più è troppo o non (ancora) abbastanza?*, in *Mercato Concorrenza Regole*, 2014, 393.
- VAN DER HOUT R., FIRMENICH M., *Access to documents containing confidential business information: the application of Regulation (EC) 1049/2001 in cartel cases and the need for reform*, in *Zeitschrift für europarechtliche Studien*, 2011, 647
- VAN DER WOUDE M., *Exchange of information within the European Competition Network*, in EHLERMANN C.D., ATANASIU A.I. (eds.), *European Competition Law Annual 2002: Constructing the EU Network of Competition Authorities*, Oxford-Portland, 2002, 369.
- VAN GERVEN W., *Crehan and the Way Ahead*, in *European Business Law Review*, 2006, 269.
- VAN MALLEGHEM P.A., BAETEN N., *Before the law stands a gatekeeper – Or, what is a “regulatory act” in Article 263(4) TFEU?*, in *Common Market Law Review*, 2014, 1187.
- VANDENBORRE I., FRESE M.J., *Most Favoured Nation Clauses Revisited*, in *European Competition Law Review*, 2014, 588.
- VANDENBORRE I., THOMAS S.B., *European Court of Justice provides limited guidance on the disclosure of leniency documents*, in *European Competition Law Review*, 2011, 488.

- VASCOTT D., *EU Cartel settlements: are they working?*, in *Global Competition Review*, 8 aprile 2013, 1.
- VASQUES L., *Private enforcement della disciplina antitrust in Italia: si può fare?*, in *Danno e responsabilità*, 2012, 824.
- VELJANOVSKI C., *Penalties for Price-Fixers: An Analysis of Fines Imposed on 39 Cartels by the EU Commission*, in *European Competition Law Review*, 2006, 510.
- VENIT J.S., *Brave New World; The Modernization and Decentralization of Enforcement under Article 81 and 82 of the EC Treaty*, in *Common Market Law Review*, 2003, 545.
- VENIT J.S., *Case T-286/09 Intel v Commission – The Judgment of the General Court: All Steps Backward and No Steps Forward*, in *European Competition Journal*, 2014, 203.
- VENIT J.S., *The Commission's Opposition Procedure – Between The Scylla of Ultra Vires and the Charybdis of Perfume: Legal Consequences and Tactical Considerations*, in *Common Market Law Review*, 1985, 167.
- VILLA G., *La Direttiva europea sul risarcimento del danno antitrust: riflessioni in vista dell'attuazione*, in *Corriere giuridico*, 2015, 301.
- VILLANI U., *Portata politica e rilevanza giuridica del principio di sussidiarietà*, in *Jus*, 1994, 353.
- VÖLCKER S.B., *Case C-360/09, Pfleiderer AG v. Bundeskartellamt, Judgment of the Court of Justice (Grand Chamber) of 14 June 2011*, in *Common Market Law Review*, 2012, 695.
- VON BOGDANDY A., SCHILL S.W., *Overcoming absolute primacy: respect for national identity under the Lisbon Treaty*, in *Common Market Law Review*, 2011, 1417.
- VON ROSENBERG H., *Unbundling through the back door...the case of network divestiture as a remedy in the energy sector*, in *European Competition Law Review*, 2009, 237.
- VOSSESTEIN A., *Corporate efforts to influence public authorities, and the EC rules on competition*, in *Common Market Law Review*, 2000, 1383.
- WAELEBROECK D., BOMBOIS T., *Des requérants «privilegiés» et des autres...à propos de l'arrêt Inuit et de l'exigence de protection juridictionnelle effective des particuliers en droit européen*, in *Cahiers de droit européen*, 2014, 21.
- WAELEBROECK D., *New forms of settlements of antitrust cases and procedural safeguards: is Regulation 17 falling into abeyance?*, in *European Law Review*, 1986, 268.
- WAELEBROECK D., SLATER D., *The Commission's Green Paper on Private Enforcement: "Americanization" of EC Competition Law Enforcement?*, in EHLERMANN C.D., ATANASIU A.I. (eds.), *European Competition Law Annual 2006: Enforcement of Prohibition of Cartels*, Oxford-Portland, 2007, 425.
- WAGNER VON PAPP F., *Competition Law and Extraterritoriality*, in EZRACHI A. (ed.), *Research Handbook on International Competition Law*, Cheltenham, 2012, 21.
- WAGNER-VON PAPP F., *Best and even better practices in commitment procedures after Alosa: the dangers of abandoning the "struggle for competition law"*, in *Common Market Law Review*, 2012, 929.
- WALLER S.W., *The Incoherence of Punishment in Antitrust*, in *Chicago-Kent Law Review*, 2003, 207.

- WALLER S.W., *Towards a Constructive Public-Private Partnership to Enforce Competition Law*, in *World Competition*, 2006, 367.
- WALSH D., *Carrots and sticks: leniency and fines in EC cartel cases*, in *European Competition Law Review*, 2009, 30.
- WARD A., *Locus Standi under Article 230 (4) of the EC Treaty: Crafting a Coherent Test for a 'Wobbly Polity'*, in *Yearbook of European Law*, 2003, 45.
- WEIDT C.F., *The Directive on actions for antitrust damages after passing the European Parliament*, in *European Competition Law Review*, 2014, 438.
- WEILER J.H.H., *The Court of Justice on Trial*, in *Common Market Law Review*, 1987, 555.
- WEINER M.L., FALLS C.G., *Counseling on MFNs after E-Books*, in *Antitrust*, 2014, 68.
- WERDEN G.J., *Essays on Consumer Welfare and Competition Policy*, Working Paper, 2009, disponibile all'indirizzo <http://ssrn.com/abstract=1352032>.
- WHISH R., *Intel v Commission: Keep Calm and Carry on!*, in *Journal of European Competition Law & Practice*, 2015, 1.
- WHISH R., *Motorola and Samsung: An Effective Use of Article 7 and Article 9 of Regulation 1/2003*, in *Journal of European Competition Law & Practice*, 2014, 603.
- WILKS S., *A political Science Approach: Restorative Justice and the "Fairness Critique"*, in EHLERMANN, C.D., MARQUIS M. (eds.), *European Competition Law Annual 2008: Antitrust settlements under EC Competition Law*, Oxford-Portland, 2010, 93.
- WILLIAMSON O.E., *Economies as an Antitrust Defense: The Welfare Tradeoffs*, in *American Economic Review*, 1968, 18.
- WILS W.P.J., *Should Private Enforcement Be Encouraged in Europe?*, in *World Competition*, 2003, 473.
- WILS W.P.J., *Ten Years of Commitment Decisions Under Article 9 of Regulation 1/2003: Too Much of a Good Thing?*, *Concurrences Journal 6th International Conference "New frontiers of antitrust"* (Parigi, 15 giugno 2015; disponibile su SSRN)
- WILS W.P.J., *The judgment of the EU General Court in Intel and the so-called 'more economic approach' to abuse of dominance*, in *World Competition*, 2014, 405.
- WILS W.P.J., *The relationship between public antitrust enforcement and private actions for damages*, in *Concurrences*, 2007, 1.
- WILS W.P.J., *The Use of Settlements in Public Antitrust Enforcement: Objectives and Principles*, in *World competition*, 2008, 335.
- WINCKLER A., *Parent's Liability: New case extending the presumption of liability of a parent company for the conduct of its wholly owned subsidiary*, in *Journal of European Competition Law & Practice*, 2011, 231.
- WISKING S., DIETZEL K, HERRON M., *European Commission finally publishes measures to facilitate competition law private actions in the European Union*, in *European Competition Law Review*, 2014, 185.
- WISSMANN T., *Decentralised Enforcement of the EC Competition Law and the New Policy on Cartels*, in *World Competition*, 2000, 123

ZILLER J., *La sussidiarietà come principio del diritto amministrativo europeo*, in *Rivista Italiana di diritto pubblico comunitario*, 2006, 285.

ZYGMANTAS J., *The future of collective antitrust redress: is something new under the sun?*, in *Global competition litigation review*, 2015, 14.

Giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea e delle giurisdizioni nazionali

Corte di giustizia.

Sentenza della Corte di giustizia del 6 ottobre 2015, in causa C-23/14, *Post Danmark A/S c. Konkurrencerådet*, ECLI:EU:C:2015:651.

Sentenza della Corte di giustizia del 16 luglio 2015, in causa C-170/13, *Huawei Technologies Co. Ltd c. ZTE Corp. e ZTE Deutschland GmbH*, ECLI:EU:C:2015:477.

Sentenza della Corte di giustizia del 11 settembre 2014, in causa C-382/12 P, *MasterCard Inc. e altri c. Commissione europea*, ECLI:EU:C:2014:2201.

Sentenza della Corte di giustizia del 17 luglio 2014, in causa C-553/12 P, *Commissione c. Dimosia Epicheirisi Ilektrismou AE (DEI)*, ECLI:EU:C:2014:2083.

Sentenza della Corte di giustizia del 5 giugno 2014, in causa C-557/12, *Kone AG e altri c. ÖBB-Infrastruktur AG*, ECLI:EU:C:2014:1317.

Sentenza della Corte di giustizia del 10 aprile 2014, in cause riunite C-247/11 P e C-253/11 P, *Areva SA e Alstom SA e altri c. Commissione*, ECLI:EU:C:2014:257.

Sentenza della Corte di giustizia del 27 febbraio 2014, in causa C-365/12 P, *Commissione europea c. EnBW Energie Baden-Württemberg AG*, ECLI:EU:C:2014:112.

Sentenza della Corte di giustizia del 6 giugno 2013, in causa C-536/11, *Bundeswettbewerbshbehörde c. Donau Chemie AG e altri*, ECLI:EU:C:2013:366.

Sentenza della Corte di giustizia del 6 novembre 2012, in causa C-199/11, *Europese Gemeenschap c. Otis NV e altri*, ECLI:EU:C:2012:684.

Sentenza della Corte di giustizia del 28 giugno 2012, in causa C-477/10 P, *Commissione europea c. Agrofert Holding a.s.*, ECLI:EU:C:2012:394.

Sentenza della Corte di giustizia del 14 giugno 2011, in causa C-360/09, *Pfleiderer AG c. Bundeskartellamt*, ECLI:EU:C:2011:389.

Sentenza della Corte di giustizia del 3 maggio 2011, in causa C-375/09, *Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów c. Tele2 Polska sp. z o.o., devenue Netia SA*, ECLI:EU:C:2011:270.

Sentenza della Corte di giustizia del 17 febbraio 2011, in causa C-52/09, *Konkurrensverket c. TeliaSonera Sverige AB*, ECLI:EU:C:2011:83.

Sentenza della Corte di giustizia del 29 giugno 2010, in causa C-139/07 P, *Commissione europea c. Technische Glaswerke Ilmenau GmbH*, ECLI:EU:C:2010:376.

Sentenza della Corte di giustizia del 29 giugno 2010, in causa C-441/07 P, *Commissione europea c. Alrosa Company Ltd*, ECLI:EU:C:2010:377.

Sentenza della Corte di giustizia del 6 ottobre 2009, in cause riunite C-501, C-513, C-515 e C-519/06 P, *GlaxoSmithKline Services Unlimited c. Commissione*, ECLI:EU:C:2008:738.

Sentenza della Corte di giustizia del 16 luglio 2009, in causa C-440/07 P, *Commissione c. Schneider Electric SA*, ECLI:EU:C:2009:459.

Sentenza della Corte di giustizia del 4 giugno 2009, in causa C-8/08, *T-Mobile Netherlands BV, KPN Mobile NV, Orange Nederland NV e Vodafone Libertel NV c. Raad van bestuur van de Nedelandse Mededingingsautoriteit*, ECLI:EU:C:2009:343.

Sentenza della Corte di giustizia del 20 novembre 2008, in causa C-18/08, *Foselev Sud-Ouest SARL c. Administration des douanes et droits indirects*, ECLI:EU:C:2008:647.

Sentenza della Corte di giustizia del 16 settembre 2008, in cause riunite C-468 e C-478/06, *Sot. Lélos kai Sia EE e altri c. GlaxoSmithKline AEEVE Farmakeftikon Proïonton*, ECLI:EU:C:2007:68.

Sentenza della Corte di giustizia del 7 giugno 2007, in causa C-80/06, *Carp Snc di L. Moleri e V. Corsi c. Ecorad Srl*, ECLI:EU:C:2007:327.

Sentenza della Corte di giustizia del 13 luglio 2006, in cause da C-295/04 a C-298/04, *Vincenzo Manfredi c. Lloyd Adriatico Assicurazioni SpA, Antonio Cannito c. Fondiaria Sai SpA e Nicolò Tricarico e Pasqualina Murgolo c. Assitalia SpA*, ECLI:EU:C:2006:461.

Sentenza della Corte di giustizia del 4 luglio 2006, in causa C-212/04, *Konstantinos Adeneler e altri c. Ellinikos Organismos Galaktos (ELOG)*, ECLI:EU:C:2006:443.

Sentenza della Corte di giustizia del 9 settembre 2003, in causa C-198/01, *Consorzio Industrie Fiammiferi c. Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*, ECLI:EU:C:2003:430.

Sentenza della Corte di giustizia del 20 settembre 2001, in causa C-453/99, *Courage Ltd c. Bernard Crehan e Bernard Crehan c. Courage Ltd e altri*, ECLI:EU:C:2001:465.

Sentenza della Corte di giustizia 14 dicembre 2000, in causa C-344/98, *Masterfoods Ltd c. HB Ice Cream Ltd*, ECLI:EU:C:2000:689.

Sentenza della Corte di giustizia del 1° giugno 1999, in causa C-126/97, *Eco Swiss China Time Ltd c. Benetton International NV*, ECLI:EU:C:1999:269.

Sentenza della Corte di giustizia del 26 novembre 1998, C-7/97, *Oscar Bronner GmbH & Co. KG c. Mediaprint Zeitungs- und Zeitschriftenverlag GmbH & Co. KG, Mediaprint Zeitungsvertriebsgesellschaft mbH & Co. KG e Mediaprint Anzeigengesellschaft mbH & Co. KG*, ECLI:EU:C:1998:569.

Sentenza della Corte di giustizia del 18 dicembre 1997, in causa C-129/96, *Inter-Environnement Wallonie ASBL c. Région wallonne*, ECLI:EU:C:1997:628.

Sentenza della Corte di giustizia del 5 marzo 1996, in cause riunite C-46/93 e C-48/93, *Brasserie du Pêcheur SA c. Bundesrepublik Deutschland e The Queen c. Secretary of State for Transport, ex parte: Factortame Ltd e altri*, ECLI:EU:C:1996:79.

Sentenza della Corte di giustizia del 12 dicembre 1995, in causa C-399/93, *H.G. Oude Luttikhuis e altri c. Verenigde Coöperatieve Melkindustrie Coberco BA*, ECLI:EU:C:1995:434.

Sentenza della Corte di giustizia del 6 aprile 1995, in cause riunite C-241/91 P e C-242/91 P, *Radio Telefis Eireann (RTE) e Independent Television Publications Ltd (ITP) c. Commissione*, ECLI:EU:C:1995:98.

Sentenza della Corte di giustizia del 16 luglio 1992, causa C-67/91, *Dirección General de Defensa de la Competencia c. Asociación Española de Banca Privada (AEB) e altri*, ECLI:EU:C:1992:330.

Sentenza della Corte di giustizia del 19 novembre 1991, in cause riunite C-6/90 e C-9/90, *Andrea Francovich e altri c. Repubblica italiana*, ECLI:EU:C:1991:428.

Sentenza della Corte di giustizia del 28 febbraio 1991, in causa C-234/89, *Stergios Delimitis c. Henninger Bräu AG*, ECLI:EU:C:1991:91.

Sentenza della Corte di giustizia del 22 giugno 1989, in causa 103/88, *F.lli Costanzo c. Comune di Milano*, ECLI:EU:C:1989:256.

Sentenza della Corte di giustizia del 17 novembre 1987, in cause riunite 142 e 156/84, *British-American Tobacco e R. J. Reynolds c. Commissione*, ECLI:EU:C:1987:490.

Sentenza della Corte di giustizia del 28 gennaio 1986, in causa 161/84, *Pronuptia de Paris GmbH c. Pronuptia de Paris Irmgard Schillgallis*, ECLI:EU:C:1986:41.

Sentenza della Corte di giustizia del 11 luglio 1985, in causa 42/84, *Remia and Verenigde Bedrijven Nutricia c. Commissione*, ECLI:EU:C:1985:327.

Sentenza della Corte di giustizia del 10 aprile 1984, in causa 14/83, *Sabine von Colson e Elisabeth Kamann c. Land Nordrhein-Westfalen*, ECLI:EU:C:1984:153.

Sentenza della Corte di giustizia del 9 novembre 1983, in causa 322/81, *N.V. Nederlandsche Banden-Industrie-Michelin c. Commissione*, ECLI:EU:C:1983:313.

Sentenza della Corte di giustizia del 11 ottobre 1983, in causa 210/81, *Demo-Studio Schmidt*, ECLI:EU:C:1983:277.

Sentenza della Corte di giustizia del 7 giugno 1983, in cause riunite da 100/80 a 103/80, *SA Musique Diffusion française e altri c. Commissione*, ECLI:EU:C:1983:158.

Sentenza della Corte di giustizia del 8 giugno 1982, in causa 258/78, *L.C. Nungesser KG e Kurt Eisele c. Commissione*, ECLI:EU:C:1982:211.

Sentenza della Corte di giustizia del 11 dicembre 1980, in causa 31/80, *NV L'Oréal e SA L'Oréal c. PVBA "De Nieuwe AMCK"*, ECLI:EU:C:1980:289.

Sentenza della Corte di giustizia del 10 luglio 1980, in causa 37/79, *Anne Marty SA c. Estée Lauder SA*, ECLI:EU:C:1980:190.

Sentenza della Corte di giustizia del 13 febbraio 1979, in causa 85/76, *Hoffmann-La Roche & Co. AG c. Commissione*, ECLI:EU:C:1979:36.

Sentenza della Corte di giustizia del 14 febbraio 1978, in causa 27/76, *United Brands Company e United Brands Continentaal BV c. Commissione*, ECLI:EU:C:1978:22.

Sentenza della Corte di giustizia del 14 dicembre 1977, in causa 59/77, *Établissements A. De Bloos SPRL c. Société en commandite par actions “Bouyer”*, ECLI:EU:C:1977:207.

Sentenza della Corte di giustizia del 25 ottobre 1977, in causa 26/76, *Metro SB-Großmärkte GmbH & Co. KG c. Commissione*, ECLI:EU:C:1977:167.

Sentenza della Corte di giustizia del 6 marzo 1974, in cause riunite 6 e 7/73, *Istituto Chemioterapico Italiano S.p.A. e Commercial Solvents Corporation c. Commissione*, ECLI:EU:C:1974:18.

Sentenza della Corte di giustizia del 30 gennaio 1974, in causa 127/73, *Belgische Radio en Televisie e société belge des auteurs, compositeurs et éditeurs c. SV SABAM e NV Fonior*, ECLI:EU:C:1974:6.

Sentenza della Corte di giustizia del 21 febbraio 1973, in causa 6/72, *Europemballage Corporation e Continental Can Company Inc. c. Commissione*, ECLI:EU:C:1973:22.

Sentenza della Corte di giustizia del 6 febbraio 1973, in causa 48/72, *SA Brasserie de Haecht c. Wilkin-Janssen. Haect II* ECLI:EU:C:1973:11.

Sentenza della Corte di giustizia del 25 novembre 1971, in causa 22/71, *Béguelin Import c. G.L. Import Export*, ECLI:EU:C:1971:113.

Sentenza della Corte di giustizia del 6 ottobre 1970, in causa 9/70, *Franz Grad c. Finanzamt Traunstein*. ECLI:EU:C:1970:78.

Sentenza della Corte di giustizia del 18 marzo 1970, in causa 43/69, *Brauerei A. Bilger Söhne GmbH c. Heinrich Jehle e Marta Jehle*, ECLI:EU:C:1970:20.

Sentenza della Corte di giustizia del 13 febbraio 1969, *Walt Wilhem c. Bundeskartellamt*, in causa 14/68, ECLI:EU:C:1969:4.

Sentenza della Corte di giustizia del 12 dicembre 1967, in causa 23/67, *S.A. Brasserie de Haecht c. i soci di fatto Wilkin-Janssen*, in ECLI:EU:C:1967:54.

Sentenza della Corte di giustizia del 30 giugno 1966, causa 56/65, *Technique Minière c. Maschinenbau Ulm*, ECLI:EU:C:1966:38.

Sentenza della Corte di giustizia del 15 luglio 1964, in causa 6/64, *Flaminio Costa c. ENEL*, in ECLI:EU:C:1964:66.

Sentenza della Corte di giustizia del 5 febbraio 1963, in causa 26/62, *NV Algemene Transport- en Expeditie Onderneming van Gend & Loos c. Amministrazione olandese delle imposte*, ECLI:EU:C:1963:1.

Sentenza della Corte di giustizia del 6 aprile 1962, in causa 13/61, *Kledingverkoopbedrijf de Geus en Uitdenbogerd c. Robert Bosch GmbH e Maatschappij tot voortzetting van de zaken der Firma Willem van Rijn*, ECLI:EU:C:1962:11.

*

Ricorso proposto il 14 febbraio 2014 da Société Générale, numero di causa T-98/14.

Ricorso proposto il 4 febbraio 2014 da Morningstar, numero di causa T-76/14.

Tribunale.

Sentenza del Tribunale del 20 maggio 2015, in causa T-456/10, *Timab Industries*, ECLI:EU:T:2015:296.

Sentenza del Tribunale del 12 giugno 2014, in causa T-286/09, *Intel Corp. c. Commissione*, ECLI:EU:T:2014:547.

Ordinanza del Tribunale del 30 aprile 2014, in causa T-447/12, *Visa Europe c. Commissione*, ECLI:EU:T:2014:247.

Sentenza del Tribunale del 27 febbraio 2014, in causa T-91/11, *InnoLux Corp. c. Commissione*, ECLI:EU:T:2014:92.

Sentenza del Tribunale del 6 febbraio 2014, in causa T-342/11, *CEEES e AGES c. Commissione*, ECLI:EU:T:2014:60.

Sentenza del Tribunale del 16 settembre 2013, in causa T-386/10, *Aloys F. Dornbracht GmbH & Co. KG c. Commissione*, ECLI:EU:T:2013:450.

Ordinanza del Tribunale del 5 luglio 2013, in causa T-148/10, *SK Hynix c. Commissione*, ECLI:EU:T:2013:358.

Sentenza del Tribunale del 17 maggio 2013, in cause riunite T-147/09 e T-148/09, *Trelleborg Industrie SAS e Trelleborg AB c. Commissione*, ECLI:EU:T:2013:259.

Sentenza del Tribunale del 14 marzo 2013, in causa T-588/08, *Dole Food Company, Inc. e Dole Germany OHG c. Commissione*, ECLI:EU:T:2013:130.

Sentenza del Tribunale del 12 dicembre 2012, in causa T-332/09, *Electrabel c. Commissione*, ECLI:EU:T:2012:672.

Sentenza del Tribunale del 27 settembre 2012, in causa T-362/06, *Ballast Nedam Infra BV c. Commissione*, ECLI:EU:T:2012:492.

Sentenza del Tribunale del 20 settembre 2012, in causa T-169/08, *Dimosia Epicheirisi Ilektrismou AE (DEI) c. Commissione*, ECLI:EU:T:2012:448.

Sentenza del Tribunale del 29 giugno 2012, in causa T-370/09, *GDF Suez SA c. Commissione*, ECLI:EU:T:2012:333.

Sentenza del Tribunale del 24 maggio 2012, in causa T-111/08, *MasterCard, Inc. e altri c. Commissione europea*. ECLI:EU:T:2012:260.

Sentenza del Tribunale del 22 maggio 2012, in causa T-344/08, *EnBW Energie Baden-Württemberg AG c. Commissione europea*, ECLI:EU:T:2012:242.

Sentenza del Tribunale del 29 marzo 2012, in causa T-336/07, *Telefónica, SA e Telefónica de España, SA c. Commissione*, ECLI:EU:T:2012:172.

Sentenza del Tribunale del 14 aprile 2011, in causa T-461/07, *Visa Europe Ltd e Visa International Service c. Commissione*, ECLI:EU:T:2011:181.

Sentenza del Tribunale del 28 aprile 2010, in cause T-456/05 e T-457/05, *Gütermann e Zwicky c. Commissione*, ECLI:EU:T:2010:168.

Ordinanza del Tribunale del 25 ottobre 2007, in causa T-274/06, *Estaser El Mareny c. Commissione*, ECLI:EU:T:2007:323.

Sentenza del Tribunale del 17 settembre 2007, in causa T-201/04, *Microsoft c. Commissione*, ECLI:EU:T:2007:289.

Sentenza del Tribunale del 11 luglio 2007, in causa T-170/06, *Alrosa Company Ltd c. Commissione*, ECLI:EU:T:2007:220.

Sentenza del Tribunale del 8 marzo 2007, in causa T-339/04, *France Télécom SA c. Commissione*, ECLI:EU:T:2007:80.

Sentenza del Tribunale del 27 settembre 2006, in causa T-168/01, *GlaxoSmithKline Services Unlimited c. Commissione*, ECLI:EU:T:2006:265.

Sentenza del Tribunale del 29 novembre 2005, in causa T-33/02, *Britannia Alloys & Chemicals Ltd c. Commissione*, ECLI:EU:T:2005:428.

Ordinanza del Tribunale del 10 marzo 2005, in causa T-184/01, *IMS Health, Inc. c. Commissione*, ECLI:EU:T:2005:95.

Sentenza del Tribunale del 9 luglio 2003, in causa T-224/00, *Archer Daniels Midland e Archer Daniels Midland Ingredients c. Commissione*, ECLI:EU:T:2003:195.

Sentenza del Tribunale del 15 settembre 1998, in cause riunite T-374/94, T-375/94, T-384/94 e T-388/94, *European Night Services Ltd (ENS), Eurostar (UK) Ltd, già European Passenger Services Ltd (EPS), Union internationale des chemins de fer (UIC), NV Nederlandse Spoorwegen (NS) e Société nationale des chemins de fer français (SNCF) c. Commissione*, ECLI:EU:T:1998:198.

Sentenza del Tribunale del 18 settembre 1992, in causa T-24/90, *Automec Srl c. Commissione*, ECLI:EU:T:1992:97.

*

Ordinanza del Presidente del Tribunale 26 ottobre 2001, in causa T-184/01 (R), *IMS Health Inc. c. Commissione*, ECLI:EU:T:2001:259.

Ordinanza del Presidente della Corte dell'11 aprile 2002, in causa C-481/01 P(R), *NDC Health GmbH & Co. KG e NDC Health Corporation c. Commissione e IMS Health Inc.*, ECLI:EU:C:2002:223.

Conclusioni degli avvocati generali.

Conclusioni dell'avvocato generale Wahl, 21 maggio 2015, in causa C-194/14 P, *AC-Treuhand AG*, ECLI:EU:C:2015:350.

Conclusioni dell'avvocato generale Wathelet, 20 novembre 2014, in causa C-170/13, *Huawei Technologies Co. Ltd c. ZTE Corp., ZTE Deutschland GmbH*, ECLI:EU:C:2014:2391.

Conclusioni dell'avvocato generale Mengozzi, 30 gennaio 2014, in causa C-382/12 P, *MasterCard e altri c. Commissione*, ECLI:EU:C:2014:2201.

Conclusioni dell'avvocato generale Pedro Cruz Villalón, 3 ottobre 2013, in causa C-365/12 P, *Commissione c. EnBW Energie Baden-Württemberg*, ECLI:EU:C:2013:643.

Conclusioni dell'Avvocato generale Mazak, 16 dicembre 2010, in causa C-360/09, *Pfleiderer AG c. Bundeskartellamt*, ECLI:EU:C:2010:782.

Conclusioni dell'avvocato generale Kokott, 17 settembre 2009, in causa C-441/07 P, *Commissione c. Alrosa Company Ltd*, ECLI:EU:C:2009:555.

Conclusioni dell'avvocato generale Kokott, 23 febbraio 2006, in causa C-95/04 P, *British Airways plc c. Commissione*, ECLI:EU:C:2006:133.

Conclusioni dell'avvocato generale Van Gerven, 27 ottobre 1993, in causa C-128/92, *H.J. Banks & Co. Ltd c. British Coal Corporation*, ECLI:EU:C:1993:860.

Corte Europea dei Diritti dell'Uomo.

Corte EDU 27 settembre 2011, ricorso n. 43509/08, *A. Menarini Diagnostics S.r.l. c. Italia*.

Giurisprudenza nazionale.

Italia

Giurisprudenza civile

Cass. 4 giugno 2015, n. 11564, *Comi Srl e altre c. Cargest Srl*, in *Foro Italiano*, 2015, 2752.

Trib. Milano 17 ottobre 2014, *Okcom c. Telecom*, in *www.dejure.it*.

Trib. Milano 14 ottobre 2014, *Fastweb c. Vodafone*, in *www.giurisprudenzadelleimprese.it*.

Trib. Milano 23 giugno 2014, *Eutelia c. Telecom*, in *www.dejure.it*.

Trib. Milano 15 aprile 2014, *Uno Communications c. Telecom Italia*, in *www.dejure.it*.

Trib. Milano 3 aprile 2014, *Uno Communications c. Vodafone*, in *www.dejure.it*.

Trib. Milano 3 marzo 2014, *Brennercom c. Telecom Italia*, in *www.dejure.it*.

Trib. Milano 27 dicembre 2013, *Brennercom c. Telecom Italia*, in *www.dejure.it*.

Trib. Milano 1° ottobre 2013, *Teleunit c. Vodafone*, in ec.europa.eu/competition/elojade/antitrust/nationalcourts.

Trib. Milano 13 febbraio 2013, *Okcom c. Telecom Italia*, in ec.europa.eu/competition/elojade/antitrust/nationalcourts.

Cass. 8 febbraio 2012, n. 1781, *Ruffinatti c. Oyola Rosado*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2013, 134.

Cass. 20 giugno 2011, n. 13486, *Allianz assicurazioni c. Palladino*, in *Foro italiano*, 2011, 2674.

Cass. 10 maggio 2011, n. 10211, *Allianz assicurazioni c. D.C.M.*, in *Foro italiano*, 2011, 2674.

Trib. Varese 7 maggio 2010, *F. c. C.*, in *www.dejure.it*.

App. Milano, 24 febbraio 2010, in *Corriere giuridico*, 2011, 231.

Cass. 21 gennaio 2010, n. 993, *Vittoria assicurazioni c. De Rosa*, in *Rivista di diritto industriale*, 2010, 481.

Cass. 18 dicembre 2009, n. 26748, *P.V. c. Axa assicurazioni spa*, in *Danno e responsabilità*, 2010, 815.

App. Milano, 4 novembre 2009, in *Foro Italiano*, 2009, 3497.

Giud. Pace Bitonto 21 maggio 2007, *Manfredi c. Lloyd Adriatico Assicurazioni SpA*, in *Danno e responsabilità*, 2007, 1278.

Cass. 19 gennaio 2007, n. 1183, *P. c. F.*, in *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 2007, 981.

Cass. 2 febbraio 2007, n. 2305, *La Fondiaria Sai assicurazioni c. N.*, in *Danno e responsabilità*, 2007, 755.

App. Napoli 9 febbraio 2006, *N.B. c. Compagnia Assicuratrice Unipol S.p.a.*, in *Danno e responsabilità*, 2006, 1133.

Cass. Sez. Unite 4 febbraio 2005, n. 2207, *Unipol assicurazioni c. Ricciardelli*, in *Corriere Giuridico*, 2005, 333; in *Danno e responsabilità*, 2005, 495; in *Foro italiano*, 2005, 1015.

Trib. Torre Annunziata 26 luglio 2004, *Fondiaria Sai c. Vigna*, in *Foro italiano*, 2005, 259.

App. Milano 10 dicembre 2004, *Inaz Paghe c. Associazione nazionale consulenti del lavoro e altro*, in *Giurisprudenza italiana*, 2006, 320.

Giud. Pace Milano 2 gennaio 2004, *M.S. c. Helvetia assicurazioni*, in *Giudice di pace*, 2004, 310.

Giud. Pace Cosenza 31 ottobre 2003, *G. c. S. G. I.*, in *Foro italiano*, 2005, 259.

Cass. 17 ottobre 2003, n. 15538, *Unipol assicurazioni c. Ricciardelli*, in *Danno e responsabilità*, 2003, 1181.

Giud. pace Albano Laziale 10 settembre 2003, *D'Eramo c. Gan Italia*, in *Foro italiano*, 2004, 466.

App. Milano 11 luglio 2003, *Bluvacanze c. I viaggi del Ventaglio e altro*, in *Danno e responsabilità*, 2004, 646.

Cass. 9 dicembre 2002, n. 17475, *De Gaetanis c. Sara*, in *Foro italiano*, 2003, 1121.

App. Torino 6 luglio 2000, *Indaba Incentive Company c. Juventus F.C.*, in *Danno e responsabilità*, 2001, 44.

App. Milano 16 giugno 2000, *Tramaplast c. Agriplast e altro*, in *Gius*, 2000, 2258.

Cass. 17 maggio 2000, n. 6368, *Unimare c. GE.A.SAR. e altro*, in *Foro italiano*, 2000, 2802.

App. Milano 24 dicembre 1996, *Telesystem c. Sip*, in *Danno e responsabilità*, 1997, 602.

App. Milano 18 luglio 1995, *Telesystem c. Sip*, in *Danno e responsabilità*, 1996, 105.

Giurisprudenza amministrativa

Cons. Stato 22 settembre 2014, n. 4773, *AGCM/Conto TV*.

TAR Lazio 11 aprile 2012, n. 3274, *Vendita al dettaglio di prodotti cosmetici*.

Cons. Stato 20 luglio 2011, n. 4393, *Carte di credito*.

TAR Lazio 11 luglio 2011, n. 6173, *Carte di credito*.

TAR Lazio 9 maggio 2011, n. 3964, *Conto TV/SKY Italia*.

TAR Lazio 16 novembre 2010, n. 33474, *Carte di credito*.

TAR Lazio 10 maggio 2010, n. 10571, *Procedure selettive Lega Calcio*.

Cons. Stato 19 novembre 2009, n. 7307, *FISE/FIEW*.

TAR Lazio 6 giugno 2008, n. 5578, *Gare per la fornitura di dispositivi per la stomia*.

TAR Lazio 8 maggio 2009, n. 4994, *Servizi di soccorso autostradale*.

TAR Lazio 7 aprile 2008, n. 2900, *Tele2/Tim-Vodafone-Wind*.

TAR Lazio 29 dicembre 2007, n. 14157, *Vernici marine*.

TAR Lazio 4 dicembre 2007, n. 12457, *Pannelli truciolari*.

*

Regno Unito

Deutsche Bahn AG and others v Morgan Advanced Materials Plc [2014] UKSC 24.

Order of the President, 21 giugno 2013, in *Moy Park Limited & Ors v Tessenderlo Chemie N.V.*

Competition Appeal Tribunal, 28 novembre 2004, Case 1026/2/3/04, *Wanadoo UK Plc. v. Office of Communications*.

*

Francia

Tribunal de commerce di Parigi, 30 marzo 2015, *DKT International c. Eco-Emballages et Valorplast*.

Cour d'Appel di Parigi, 24 settembre 2014, *Eco-Emballages et Valorplast c. DKT International*.

Tribunal de commerce di Parigi, 16 marzo 2012, *Ma Liste de Courses c. Highco*.

Tribunal de commerce di Parigi, 16 marzo 2012, *DKT International c. Eco Emballages et Valorplast*.

Tribunal de commerce di Parigi 27 dicembre 2012, *Google c. Navx*.

Tribunal de commerce di Parigi, 24 agosto 2011, *Ma Liste de Courses c. Highco*.

Cour de Cassation, 19 gennaio 2010, *Semavem c. JVC*, in *Bull. civ.*, 2010, IV.

*

Spagna

Tribunal Supremo, 8 maggio 2013, n. 272, *Estación de servicio Fontanet c. Repsol*.

Audiencia Provincial di Madrid, 30 settembre 2011, n. 278, *Estación de Servicio Villafria c. Repsol*.

Audiencia Provincial di Madrid, 18 febbraio 2011, n. 44, *Estación de Servicio Camaro c. Repsol*.

Audiencia Provincial di Madrid, 26 luglio 2010, n. 197, *Estación de Servicio Echevarría c. Repsol*.

Juzgado di Madrid, 21 settembre 2010, *Estación de Servicio Villafria c. Repsol*.

Audiencia Provincial delle isole Baleari, 1° settembre 2010, *Estación de servicio Fontanet c. Repsol*.

Juzgado di Palma de Mallorca, 3 marzo 2009, *Estación de servicio Fontanet c. Repsol*.

Juzgado di Madrid, 18 maggio 2007, *Estación de Servicio Echevarría c. Repsol*.

*

Stati Uniti

United States v. Apple Inc, 2nd U.S. Circuit Court of Appeals, No. 13-3741.

United States v. Apple Inc., No. 12 Civ. 2826, 2013 WL 3454986 (S.D.N.Y. July 10, 2013).

Credit Suisse USA LLC. v. Billing, 127 S. Ct. 2383 (2007).

Verizon Comm., Inc. v. Law Offices of Curtis, LLP, 540 US 398 (2004).
United States v. Microsoft, NO. 98 Civ. 1232 (CKK), 2002, U.S. Dist. (Wash. DC, 12 novembre 2002).
Airline Ticket Comm Antitrust Litig Travel Network Ltd v. United Air Lines Inc., 307 F 3d 679, 682 (8th cir 2002).
Virgin Atlantic v. British Airways, 257 F. 3d 256, 259 (2d Cir. 2001).
United States v. Burgstiner, 1991-1 Trade Cas. (CCH) 69,442 (S.D. GA).
United States v. Fleet/Norstar Group, Inc, 1991-2 Trade Cas. (CCH) 68, 481 (W.D. Tex. 1988).
United States v. AT&T, 1989-1 Trade Cas. (CCH) 68,481 (W.D. Tex. 1988).
Illinois Brick Co. v. Illinois, 431 U.S. 720 (1977) § 746.
United States v. ITT Continental Baking Co., 420 U.S. 223, 238 (1975).
Sam Fox Publishing Co. v United States, 366 U.S. 683, (1961).
United States v. Allied Chemical Corp., 1961 Trade Cas. (CCH) 69,923 (D. Mass. 1960).
United States v. Otis Elevator Company, 1906 Antitrust Cases (CCH) (N.D. Cal 1906).

Decisioni della Commissione e delle Autorità nazionali della concorrenza.

Decisioni della Commissione.

Decisioni con impegni

Decisione della Commissione del 12 maggio 2015, AT.39.964 – *Air France-KLM/Delta/Alitalia*.
Decisione della Commissione del 29 aprile 2014, C(2014) 2891, AT.39.939 – *Samsung*.
Decisione della Commissione del 26 febbraio 2014, C(2014) 1199, AT.39.398 – *Visa Europe Limited*.
Decisione della Commissione del 18 dicembre 2013, C(2013) 9194, AT.39.678/AT.39731 – *Deutsche Bahn I/II*.
Decisione della Commissione del 25 luglio 2013, C(2013) 4750, COMP/39.847 – *E-Books (Penguin)*.
Decisione della Commissione del 23 maggio 2013, C(2013) 2836, COMP/AT.39.595 – *Continental/United/Lufthansa/Air Canada*.
Decisione della Commissione del 10 aprile 2013, C(2013) 1997, COMP/39.727 – *Cež*.
Decisione della Commissione del 20 dicembre 2012, C(2012) 9439, COMP/39.230 – *Rio Tinto Alcan*.
Decisione della Commissione del 20 dicembre 2012, C(2012) 9635, COMP/39.654 – *Reuters Instrument Codes (RICs)*.
Decisione della Commissione del della Commissione del 12 dicembre 2012, C(2012) 9288, COMP/39.847 – *E-books*.

Decisione della Commissione del della Commissione del 18 giugno 2012, C(2012) 4028, COMP/39736 – *Siemens/ Areva*.

Decisione della Commissione del 13 dicembre 2011, C(2011) 9245, COMP/39.692 – *IBM servizi di manutenzione*.

Decisione della Commissione del 15 novembre 2011, C(2011) 8209, COMP/39.592 – *Standard & Poor's*.

Decisione della Commissione del dell'8 dicembre 2010, C(2010) 8760, COMP/39.398 – *Visa MIF*.

Decisione della Commissione del 29 settembre 2010, COMP/39.315 – *ENI*.

Decisione della Commissione del 14 luglio 2010, C(2010) 4738, COMP/39.596 – *British Airways/ American Airlines/ Iberia*.

Decisione della Commissione del 4 maggio 2010, COMP/39.317 – *E.ON Gas*.

Decisione della Commissione del 14 aprile 2010, COMP/39.351 – *Swedish Interconnectors*.

Decisione della Commissione del 17 marzo 2010, COMP/39.386 – *Contratti a lungo termine Francia*.

Decisione della Commissione del 16 dicembre 2009, C(2009) 10033, COMP/39.530 – *Microsoft (vendita abbinata)*.

Decisione della Commissione del 9 dicembre 2009, C(2009) 7610, COMP/38.636 – *RAMBUS*.

Decisione della Commissione del 3 dicembre 2009, COMP/39.316 – *Gaz de France*.

Decisione della Commissione del 14 ottobre 2009, C(2009) 7796, COMP/39.416 – *Classificazione delle navi*.

Decisione della Commissione del 18 marzo 2009, COMP/C.39.402 – *RWE Gas Foreclosure*.

Decisione della Commissione del 26 novembre 2008, C(2008) 7367, COMP/39.388 – *Mercato tedesco dell'elettricità all'ingrosso* e COMP/39.389 – *Mercato tedesco di bilanciamento dell'elettricità*.

Decisione della Commissione del dell'11 ottobre 2007, COMP/B-1/37.966 – *Distrigas*.

Decisione della Commissione del 13 settembre 2007, C(2007) 4273, COMP/E-2/39.142 – *Toyota*.

Decisione della Commissione del 13 settembre 2007, C(2007) 4274, COMP/E-2/39.141 – *Fiat*.

Commissione 13 settembre 2007, C(2007) 4275, COMP/E-2/39.140 – *DaimlerChrysler*.

Decisione della Commissione del 13 settembre 2007, C(2007) 4277, COMP/E-2/39.143 – *Opel*.

Decisione della Commissione del 4 ottobre 2006, C(2006) 4350, COMP/C2/38.681 – *Accordo di proroga di Cannes*.

Decisione della Commissione del 12 aprile 2006, C(2006) 1548, COMP/B-1/38.348 – *Repsol CPP*.

Decisione della Commissione del 22 marzo 2006, C(2006) 868, COMP/38.173 – *FA Premier League*.

Decisione della Commissione del 22 febbraio 2006, C(2006) 521, COMP/B-2/38.381 – *De Beers*.

Decisione della Commissione del 22 giugno 2005, C(2005) 1829, COMP/A.39.116/B2 – *Coca-Cola*.

Decisione della Commissione del 19 gennaio 2005, C(2005) 78, COMP/C-2/37.214 – *Bundesliga*.

*

Decisioni che recepiscono un accordo transattivo

Decisione della Commissione del 15 luglio 2015, AT.40098 – *Blocktrains*.

Decisione della Commissione del 17 giugno 2015, COMP/40055 – *Parking Heaters*.

Decisione della Commissione del 10 dicembre 2014, C(2014) 9295, AT.39780 – *Buste*.

Decisione della Commissione del 21 ottobre 2014, C(2014) 7602, AT.39924 – *Derivati su tassi di interesse del franco svizzero* (differenziali bid/ask).

Decisione della Commissione del 21 ottobre 2014, C(2014) 7605, AT.39924 – *Derivati su tassi di interesse del franco svizzero* (LIBOR).

Decisione della Commissione del 25 giugno 2014, C(2014) 4227, AT.39965 – *Funghi*.

Decisione della Commissione del 2 aprile 2014, C(2014) 2074, AT.39792 – *Abrasivi in acciaio*.

Decisione della Commissione del 19 marzo 2014, C(2014) 1788, AT.39922 – *Cuscinetti a sfera*.

Decisione della Commissione del 5 marzo 2014, C(2014) 1204, AT.39952 – *Borse dell'energia elettrica*.

Decisione della Commissione del 29 gennaio 2014, C(2014) 438, AT.39801 – *Schiuma di poliuretano espanso*.

Decisione della Commissione del 4 dicembre 2013, AT.39.861 – *Yen Interest Rate Derivatives*.

Decisione della Commissione del 4 dicembre 2013, AT.39.914 – *Euro Interest Rate Derivatives*.

Decisione della Commissione del 10 luglio 2013, C(2013) 4222, AT.39748 – *Cablaggi per automobili*.

Decisione della Commissione del 27 giugno 2012, C(2012) 4313, COMP/39.611 – *Prodotti per la gestione dell'acqua*.

Decisione della Commissione del 7 dicembre 2011, C(2011) 8923, COMP/39.600 – *Compressori di refrigerazione*.

Decisione della Commissione del 19 ottobre 2011, C(2011) 7436, COMP/39.605 – *Vetro CRT*.

Decisione della Commissione del 13 aprile 2011, C(2011) 2528, COMP/39.579 – *Detersivi per i consumatori*.

Decisione della Commissione del 20 luglio 2010, C(2010) 5004, COMP/38.866 – *Fosfati per mangimi*.

Decisione della Commissione del 19 maggio 2010, C(2010) 3152, COMP/38.511 – *memorie DRAM*.

*

Altre decisioni

Decisione della Commissione del 24 giugno 2015, AT.39563 – *Retail Food Packaging*.

Decisione della Commissione del 4 febbraio 2015, COMP/AT.39861 – *Yen Interest Rate Derivatives*.

Decisione della Commissione del 15 ottobre 2014, COMP/AT.39523 – *Slovak Telekom*.

Decisione della Commissione del 3 settembre 2014, AT.39574 – *Smart Card Chips*.

Decisione della Commissione del 2 settembre 2014 di chiusura del procedimento COMP/C-3/39.840 – *The MathWork*.

Decisione della Commissione del 9 luglio 2014, COMP/AT.39612 – *Perindopril (Servier)*.

Decisione della Commissione del 29 aprile 2014, C(2014) 2892, AT.39.985, *Motorola*.

Decisione della Commissione del 2 aprile 2014, C(2014) 2139, AT.39610 – *Cavi elettrici*.

Decisione della Commissione del 5 marzo 2014, C(2014) 1342, AT.39984 – *OPCOM/CNTEE*.

Decisione della Commissione del 10 dicembre 2013, C(2013) 8870, AT.39685 – *Fentanyl*.

Decisione della Commissione del 27 novembre 2013, C(2013) 8286, AT.39633 – *Gamberetti*.

Decisione della Commissione del 19 giugno 2013, C(2013) 3803, AT.39226 – *Lundbeck*.

Decisione della Commissione del 6 marzo 2013, n. C(2013) 1210, AT.39.530 – *Microsoft (vendita abbinata)*.

Decisione della Commissione del 23 gennaio 2013, C(2013) 306, COMP/39.839 – *Telefónica/Portugal Telecom*.

Decisione della Commissione del 5 dicembre 2012, C(2012) 8839, COMP/39.437 – *Tubi catodici per schermi di televisori e computer*.

Decisione della Commissione del 28 marzo 2012, C(2012) 1959, COMP/39.462 – *Trasporto merci*.

Decisione della Commissione del 28 marzo 2012, C(2012) 2069, COMP/39.452 – *Ferramenta per finestre e porte-finestre.*

Decisione della Commissione del 23 gennaio 2012 di chiusura del procedimento COMP/37.984 – *SkyTeam.*

Decisione della Commissione del 12 ottobre 2011, C(2011) 7273, COMP/39.482 – *Frutta esotica.*

Decisione della Commissione del 22 giugno 2011, C(2011) 4378, COMP/39.525 – *Telekomunikacja Polska.*

Decisione della Commissione dell'8 dicembre 2010, C(2010) 8761, COMP/39.309 – *LCD.*

Decisione della Commissione dell'8 dicembre 2010, C(2010) 8952, COMP/39.510 – *ONP.*

Decisione della Commissione del 9 novembre 2010, C(2010) 7694, C.39258 – *Trasporto aereo.*

Decisione della Commissione del 30 giugno 2010, C(2010) 4387 (come modificata da Commissione 30 settembre 2010, C(2010) 6676) e Commissione 4 aprile, 2011 C(2011) 2269, COMP/38.344 – *Acciaio per Precompresso.*

Decisione della Commissione del 23 giugno 2010, C(2010) 4185, COMP/39.092 – *Ceramiche sanitarie e rubinetteria.*

Decisione della Commissione del 24 novembre 2009 di chiusura del procedimento COMP/39.247 – *Texas Instruments/Qualcomm.*

Decisione della Commissione del 11 novembre 2009, C(2009) 8682, COMP/38.589 – *Stabilizzanti termici.*

Decisione della Commissione del 7 ottobre 2009, C(2009) 7601, COMP/39.129 – *Trasformatori di potenza.*

Decisione della Commissione del 22 luglio 2009, C(2009) 5791, COMP/39.396 – *reagenti a base di carburo di calcio e di magnesio utilizzati nelle industrie siderurgica e del gas.*

Decisione della Commissione dell'8 luglio 2009, C(2009) 5355, COMP/39.401 – *E.ON/GDF.*

Decisione della Commissione del 13 maggio 2009, COMP/C-3/37.990 – *Intel.*

Decisione della Commissione del 28 gennaio 2009, COMP/39.406 – *Tubi marini.*

Decisione della Commissione del 12 novembre 2008, COMP/39.125 – *Vetro destinato al settore auto.*

Decisione della Commissione del 15 ottobre 2008, C(2008) 5955, COMP/39.188 – *Banane.*

Decisione della Commissione del 1° ottobre 2008, C(2008) 5476, COMP/C.39181 – *Cere per candele.*

Decisione della Commissione del 16 luglio 2008, C(2008) 3435, COMP/C-2/38.698 – *CISAC.*

Decisione della Commissione del 18 marzo 2008 di chiusura dei procedimenti COMP/C-2/39.154 – *PO/iTunes* e COMP/C-2/39.174 – *Which/iTunes.*

Decisione della Commissione del 19 dicembre 2007, C(2007) 6474, COMP/34.579 – *MasterCard*, COMP/36.518 – *EuroCommerce*, e COMP/38.580 – *Commercial Cards*.
Decisione della Commissione del 17 ottobre 2007, C(2007) 5060, COMP/D1/38.606 – *Cartes Bancaires*.
Decisione della Commissione del 3 ottobre 2007, C(2007) 4471, COMP/D1/37860 – *Morgan Stanley/Visa International*.
Decisione della Commissione del 18 luglio 2007 di chiusura del procedimento COMP/38.097 – *Follow-up UK International Roaming*.
Decisione della Commissione del 18 luglio 2007 di chiusura del procedimento COMP/38.098 – *Follow-up Germany International Roaming*.
Decisione della Commissione del 4 luglio 2007, COMP/38.784 – *Wanadoo España/Telefónica*.
Decisione della Commissione del 24 gennaio 2007, C(2006) 6762, COMP/38.899 – *Apparecchiature di comando con isolamento in gas*.
Decisione della Commissione del 3 maggio 2006, C(2006) 1766, COMP/F/C.38.620 – *Perossido di idrogeno e perborato*.
Decisione della Commissione del 29 marzo 2006, COMP/E-1/38.113 – *Prokent/Tomra*.
Decisione della Commissione del 5 ottobre 2005, C(2005) 3683, COMP/E2/36623, e 36820, e 37275 – *SEP e altri/Peugeot SA*.
Decisione della Commissione del 15 giugno 2005, COMP/A. 37.507/F3 – *AstraZeneca*.
Decisione della Commissione del 26 ottobre 2004, COMP/38662 – *GDF/ENEL*.
Decisione della Commissione del 26 maggio 2004, C(2004) 1910, COMP/C-3/37.980 – *Souris-Toppis*.
Decisione della Commissione del 24 giugno 2004, C(2004) 2180, COMP/A.38549 – *Ordine belga degli architetti*.
Decisione della Commissione del 2 giugno 2004, C(2004) 1958, COMP/38.096 – *Clearstream*.
Decisione della Commissione del 24 maggio 2004, C(2004) 900, COMP/C-3/37.792 – *Microsoft*.
Decisione della Commissione del 23 luglio 2003, C(2003) 2627, COMP/C.2-37.398 – *Vendita congiunta dei diritti della UEFA Champions League*.
Decisione della Commissione del 30 ottobre 2002, C(2002) 4072, COMP/35.587 – *PO Video Games*, COMP/35.706 – *PO Nintendo Distribution* e COMP/36.321 – *Omega Nintendo*.
Decisione della Commissione del 21 ottobre 1998, C(1998) 3117, IV/35.691/E-4 – *Intesa tubi preisolati*.

*

Comunicato stampa della Commissione del 28 maggio 2015, *Antitrust: Commission sends Statement of Objections to Riberebro alleging participation in canned mushrooms cartel*, IP/15/6055.

Comunicato stampa della Commissione del 4 febbraio 2015, *Antitrust: Commission fines broker ICAP € 14.9 million for participation in several cartels in Yen interest rate derivatives sector*, IP/15/4104.

Comunicato stampa della Commissione del 4 dicembre 2014, *Antitrust: Commission sends Statement of Objections to Pometon for suspected participation in a steel abrasives cartel*, IP/14/2361.

Comunicato stampa della Commissione del 3 settembre 2014, *Smart Card Chips*, IP/14/960.

Comunicato stampa della Commissione del 20 maggio 2014, *Antitrust: Commission sends Statement of Objections to Crédit Agricole, HSBC and JP Morgan for suspected participation in euro interest rate derivatives cartel*, IP/14/572.

Comunicazione a norma dell'articolo 19, paragrafo 3, del regolamento n. 17 del Consiglio Caso COMP/C.2/37.214 – *Vendita congiunta dei diritti mediatici relativi al campionato di calcio tedesco (Bundesliga)*, in GUCE, n. C 261, del 30 ottobre 2003, 13.

Decisioni delle Autorità nazionali della concorrenza.

Italia

AGCM 28 gennaio 2015, n. 25295, I689C – *Organizzazione servizi marittimi nel golfo di Napoli*, in *Boll.*, n. 4/2015.

AGCM 27 febbraio 2014, n. 24823, I760 – *Roche-Novartis/Farmaci Avastin E Lucentis*, in *Boll.*, n. 11/2014.

AGCM 19 febbraio 2014, n. 24804, A443 – *NTV/FS/Ostacoli all'accesso nel mercato dei servizi di trasporto ferroviario passeggeri ad alta velocità*, in *Boll.*, n. 11/2014.

AGCM del 31 gennaio 2013, n. 24190, A442 – *Assofort/adr-servizi aeroportuali*, in *Boll.*, n. 6/2013.

AGCM 6 settembre 2012, n. 23871, A440 – *Mercato italiano dell'approvvigionamento all'ingrosso del gas naturale*, in *Boll.*, n. 36/2012.

AGCM 19 giugno 2012, n. 23677, A426 – *Telecom Italia – gare affidamento servizi telefonia fissa e connettività ip*, in *Boll.*, n. 25/2012.

AGCM 14 marzo 2012, n. 23397, A438 – *Selecta/Poste Italiane*, in *Boll.*, n. 11/2012.

AGCM 15 ottobre 2009, n. 20378, I689 – *Organizzazione servizi marittimi nel golfo di Napoli*, in *Boll.*, n. 41/2009.

AGCM 22 luglio 2009, n. 20116, A418 – *Procedure selettive*, in *Boll.*, n. 3/2010.

AGCM 17 maggio 2007, n. 16808, I651 – *A.D.S. Accertamenti diffusione stampa-Audipress*, in *Boll.* n. 19/2007.

AGCM 18 aprile 2007, n. 16709, I661 – *Accordi interbancari ABI-CO.GE.BAN.*, in *Boll.*, n. 14/2007.

AGCM 21 febbraio 2007, n. 16500, I668 – *Ordine dei medici veterinari di Torino*, in *Boll.*, n. 8/2007.

AGCM 21 febbraio 2007, n. 16474, I651 – *A.D.S. Accertamenti diffusione stampa-Audipress*, in *Boll.*, n. 7/2007.

AGCM 25 gennaio 2007, n. 16380, A357 – *Tele2/TIM-Vodafone-Wind*, in *Boll.* n. 29/2007.

AGCM 26 giugno 2006, n. 15632, A362 – *Diritti calcistici*, in *Boll.*, n. 26/2006.

AGCM 16 novembre 2004, n. 13752, A351 – *Comportamenti abusivi di Telecom Italia*, in *Boll.* n. 47/2004.

AGCM 28 luglio 2000, n. 8546, I377 – *RC Auto*, in *Boll.* n. 30/2000.

*

Regno Unito

Office of Fair Trading 20 novembre 2006, n. CA98/05/2006, *Exchange of information on future fees by certain independent fee-paying schools* – Case CE/2890-03.

*

Belgio

Autorité belge de la Concurrence, del 31 agosto 2006, n. I/O-12, CONC-I/O-00/0049, *Banksys S.A.*

*

Francia

Autorité de la concurrence 27 settembre 2010, n° 10–D–29, *relative à des pratiques mises en œuvre par les sociétés Eco-Emballages et Valorplast dans le secteur de la reprise et de la valorisation des déchets d'emballages ménagers plastiques.*

Autorité de la concurrence 25 giugno 2010, n° 10–D–20, *relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur des coupons de réduction.*

*

Olanda

Nederlandse Mededingingsautoriteit 28 aprile 2004, *Interpay*, n. 2910-700.

*

Ungheria

Gazdasági Versenyhivatal 4 dicembre 2007, n. Vj-41/2006/60, *OTP Bank Nyrt.*

Diritto derivato e altri atti delle istituzioni dell'Unione europea

Atti di diritto derivato.

Regolamento (UE) 2015/1348 della Commissione, del 3 agosto 2015, *che modifica il regolamento (CE) n. 773/2004 relativo ai procedimenti svolti dalla Commissione a norma degli articoli 81 e 82 del trattato CE*, in *GU L*, n. 208, del 5 agosto 2015, 3.

Direttiva n. 2014/104/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 novembre 2014, *relativa a determinate norme che regolano le azioni per il risarcimento del*

danno ai sensi del diritto nazionale per violazioni delle disposizioni del diritto della concorrenza degli Stati membri e dell'Unione europea, in GU L, n. 349, del 5 dicembre 2014, 1.

Regolamento (UE) n. 1215/2012 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 12 dicembre 2012, *concernente la competenza giurisdizionale, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale*, in GU L, n. 351, del 20 dicembre 2012, 1.

Regolamento (UE) n. 1227/2011 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 25 ottobre 2011, *concernente l'integrità e la trasparenza del mercato dell'energia all'ingrosso*, in GU C, n. 326, del 8 dicembre 2011, 1.

Regolamento (UE) n. 330/2010 della Commissione, del 20 aprile 2010, *relativo all'applicazione dell'articolo 101, paragrafo 3, del trattato sul funzionamento dell'Unione europea a categorie di accordi verticali e pratiche concordate*, in GU L, n. 102, del 23 aprile 2010, 1.

Direttiva n. 2009/72/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 13 luglio 2009, *relativa a norme comuni per il mercato interno dell'energia elettrica e che abroga la direttiva 2003/54/CE*, in GU L, n. 211, del 14 agosto 2009, 55.

Direttiva n. 2009/73/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 13 luglio 2009, *relativa a norme comuni per il mercato interno del gas naturale e che abroga la direttiva 2003/55/CE*, in GU L, n. 211, del 14 agosto 2009, 94.

Regolamento (CE) n. 714/2009 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 13 luglio 2009, *relativo alle condizioni di accesso alla rete per gli scambi transfrontalieri di energia elettrica e che abroga il regolamento (CE) n. 1228/2003*, in GU L, n. 211, del 14 agosto 2009, 15.

Regolamento (CE) n. 715/2009 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 13 luglio 2009, *relativo alle condizioni di accesso alle reti di trasporto del gas naturale e che abroga il regolamento (CE) n. 1775/2005*, in GU L, n. 211, del 14 agosto 2009, 36.

Regolamento (CE) n. 713/2009 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 13 luglio 2009, *che istituisce un'Agenzia per la cooperazione fra i regolatori nazionali dell'energia*, in GU L, n. 211, del 14 agosto 2009, 1.

Regolamento (CE) n. 622/2008 della Commissione, del 30 giugno 2008, *che modifica il regolamento (CE) n. 773/2004 per quanto riguarda la transazione nei procedimenti relativi ai cartelli*, in GU L, n. 171, dell'1° luglio 2008, 3.

Regolamento (CE) n. 864/2007 del Parlamento europeo e del Consiglio, dell'11 luglio 2007, *sulla legge applicabile alle obbligazioni extracontrattuali (Roma II)*, in GU L, n. 199, del 31 luglio 2007, 40.

Regolamento (CE) n. 1775/2005 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 28 settembre 2005, *relativo alle condizioni di accesso alle reti di trasporto di gas naturale*, in GU L, n. 289, del 3 novembre 2005, 1.

Direttiva n. 2004/48/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 29 aprile 2004, *sul rispetto dei diritti di proprietà intellettuale*, in GU L, n. 157, del 30 aprile 2004.

Regolamento (CE) n. 773/2004 della Commissione, del 7 aprile 2004, *relativo ai procedimenti svolti dalla Commissione a norma degli articoli 81 e 82 del trattato CE*, in GU L, n. 123, del 27 aprile 2004, 18.

Regolamento (CE) n. 139/2004 del Consiglio, del 20 gennaio 2004, *relativo al controllo delle concentrazioni tra imprese*, in GU L, n. 24, del 29 gennaio 2004, 1.

Direttiva n. 2003/54/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 giugno 2003, *relativa a norme comuni per il mercato interno dell'energia elettrica e che abroga la direttiva 96/92/CE*, in GU L, n. 176, del 15 luglio 2003, 37.

Direttiva n. 2003/55/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 giugno 2003, *relativa a norme comuni per il mercato interno del gas naturale e che abroga la direttiva 98/30/CE*, in GU L, n. 176, del 15 luglio 2003, 57.

Regolamento (CE) n. 1228/2003 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 giugno 2003, *relativo alle condizioni di accesso alla rete per gli scambi transfrontalieri di energia elettrica*, in GU L, n. 176, del 15 luglio 2003, 1.

Regolamento (CE) n. 1/2003 del Consiglio, del 16 dicembre 2002, *concernente l'applicazione delle regole di concorrenza di cui agli articoli 81 e 82 del trattato*, in GU L, n. 1, del 4 gennaio 2003, 1.

Regolamento (CE) n. 1400/2002 della Commissione, del 31 luglio 2002, *relativo all'applicazione dell'articolo 81, paragrafo 3, del trattato a categorie di accordi verticali e pratiche concordate nel settore automobilistico*, in GU L, n. 203, dell'1 agosto 2002, 30.

Regolamento (CE) n. 1049/2001 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 30 maggio 2001, *relativo all'accesso del pubblico ai documenti del Parlamento europeo, del Consiglio e della Commissione*, in GU L, n. 145, del 31 maggio 2001, 43.

Regolamento (CE) n. 44/2001, del Consiglio, del 22 dicembre 2000, *concernente la competenza giurisdizionale, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale*, in GU L, n. 12, 16 gennaio 2001, 1.

Regolamento (CE) n. 2790/1999 della Commissione, del 22 dicembre 1999, *relativo all'applicazione dell'articolo 81, paragrafo 3, del trattato CE a categorie di accordi verticali e pratiche concordate*, in GU L, n. 336, del 29 dicembre 1999, 21.

Direttiva n. 98/30/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 22 giugno 1998, *relativa a norme comuni per il mercato interno del gas naturale*, in GU L, n. 204, del 21 luglio 1998, 1.

Direttiva n. 96/92/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio, del 19 dicembre 1996, *concernente norme comuni per il mercato interno dell'energia elettrica*, in GU L, n. 27, del 30 novembre 1997, 20.

Regolamento (CEE) n. 2821/71 del Consiglio, del 20 dicembre 1971, *relativo all'applicazione dell'articolo 85, paragrafo 3, del trattato a categorie di accordi, di decisioni e di pratiche concordate*, in GU L, n. 285, del 29 dicembre 1971, 46.

Regolamento (CEE) n. 19/65 del Consiglio, del 2 marzo 1965, *relativo all'applicazione dell'articolo 85, paragrafo 3, del Trattato a categorie di accordi e pratiche concordate*, in GU, n. 36, del 6 marzo 1965, 533.

Regolamento (CEE) n. 17/62 del Consiglio, del 6 febbraio 1962, *Primo regolamento d'applicazione degli articoli 85 e 86 del trattato*, in GU, n. 13, del 21 febbraio 1962, 204.

Comunicazioni e altri atti delle istituzioni dell'Unione.

Commission Staff Working Document, SWD(2014) 230/2, *Ten Years of Antitrust Enforcement under Regulation 1/2003*, accompanying the document Communication from the Commission to the European Parliament and the Council *Ten Years of Antitrust Enforcement under Regulation 1/2003: Achievements and Future Perspectives*, 2014.

Proposta della Commissione dell'11 giugno 2013, *per una direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio, relativa a determinate norme che regolamentano le azioni per il risarcimento del danno ai sensi della legislazione nazionale a seguito della violazione delle disposizioni del diritto della concorrenza degli Stati membri e dell'Unione europea*, COM(2013) 404 final.

Comunicazione della Commissione dell'11 giugno 2013, *relativa alla quantificazione del danno nelle azioni di risarcimento fondate sulla violazione dell'articolo 101 o 102 del trattato sul funzionamento dell'Unione europea*, COM(2013) 3440 def., in GU C, n. 167, del 13 giugno 2013.

Guida pratica della Commissione, *relativa alla quantificazione del danno nelle azioni di risarcimento fondate sulla violazione dell'articolo 101 o 102 del trattato sul funzionamento dell'unione europea*, SWD(2013) 203 def.

Raccomandazione della Commissione dell'11 giugno 2013, *relativa a principi comuni per i meccanismi di ricorso collettivo di natura inibitoria e risarcitoria negli Stati membri che riguardano violazioni di diritti conferiti dalle norme dell'Unione*, 2013/396/UE, in GU L, n. 201, del 26 luglio 2013, 60.

Comunicazione della Commissione *sulle migliori pratiche relative ai procedimenti previsti dagli articoli 101 e 102 del TFUE*, (2011/C 308/06), in GU C, n. 308/06 del 20 ottobre 2011.

Comunicazione della Commissione, *Linee direttrici sull'applicabilità dell'articolo 101 del trattato sul funzionamento dell'Unione europea agli accordi di cooperazione orizzontale*, in GU C, n. 11, del 14 gennaio 2011, 1.

Comunicazione della Commissione, *Orientamenti sulle restrizioni verticali*, in GU C, n. 130, del 19 maggio 2010, 1.

Staff working paper della Commissione del 29 aprile 2009, *accompanying the communication from the Commission to the European Parliament and Council, report on the functioning of regulation 1/2003*, SEC(2009) 574.

Risoluzione del Parlamento europeo del 26 marzo 2009, *sul Libro bianco in materia di azioni di risarcimento del danno per violazione delle norme antitrust comunitarie*, in GU C, n. 117, del 6 maggio 2010.

Comunicazione della Commissione, *Orientamenti sulle priorità della Commissione nell'applicazione dell'articolo 82 del trattato CE al comportamento abusivo delle imprese dominanti volto all'esclusione dei concorrenti*, in GU C, n. 45, del 24 febbraio 2009, 7.

Comunicazione della Commissione, *concernente la transazione nei procedimenti per l'adozione di decisioni a norma dell'articolo 7 e dell'articolo 23 del regolamento (CE) n. 1/2003 del Consiglio nei casi di cartelli*, (2008/C 167/01), in GU C, n. 167 del 2 luglio 2008, 1.

Libro bianco della Commissione del 2 aprile 2008, *in materia di azioni di risarcimento del danno per violazione delle norme antitrust comunitarie*, COM(2008) 165 def.

Risoluzione del Parlamento europeo del 25 aprile 2007, *sul Libro verde: "Azioni di risarcimento del danno per violazione delle norme antitrust comunitarie"*, in GU C, n. 74, del 20 marzo 2008.

Comunicazione della Commissione del 10 gennaio 2007, COM(2006) 851, *indagine a norma dell'articolo 17 del regolamento (CE) n. 1/2003 nei settori europei del gas e dell'elettricità*.

Comunicazione della Commissione del 10 gennaio 2007, COM(2006) 851, *indagine a norma dell'articolo 17 del regolamento (CE) n. 1/2003 nei settori europei del gas e dell'elettricità*.

Comunicazione della Commissione al Consiglio e al Parlamento europeo, del 10 gennaio 2007, COM(2006)841, *prospettive del mercato interno del gas e dell'elettricità*.

Comunicazione della Commissione, *relativa all'immunità dalle ammende o alla riduzione del loro importo nei casi di cartelli tra imprese*, in GU C, n. 298, dell'8 dicembre 2006, 17.

Orientamenti per il calcolo delle ammende inflitte in applicazione dell'articolo 23, paragrafo 2, lettera a), del regolamento (CE) n. 1/2003, in GU C, n. 210, del 1° settembre 2006, 2.

Comunicazione della Commissione *riguardante le regole per l'accesso al fascicolo istruttorio della Commissione nei casi relativi all'applicazione degli articoli 81 e 82 del trattato CE, degli articoli 53, 54 e 57 dell'accordo SEE e del regolamento (CE) n. 139/2004 del Consiglio, 2005/C 325/07*, in GUCE C 325/7 del 22 dicembre 2005.

Libro verde della Commissione del 19 dicembre 2005, *azioni di risarcimento del danno per violazione delle norme antitrust comunitarie*, COM(2005) 672 def.

Comunicazione della Commissione, *sulla cooperazione nell'ambito della rete delle autorità garanti della concorrenza*, (2004/C 101/03), in GU C, n. 101, del 27 aprile 2004, 43.

Comunicazione della Commissione del 20 aprile 2004, *relativa a una politica di concorrenza pro-attiva per un'Europa competitiva*, COM(2004)293 def.

Comunicazione della Commissione, *Linee direttrici sull'applicazione dell'articolo 81, paragrafo 3, del trattato*, in GU C, n. 101, del 27 aprile 2004, 97.

Comunicazione della Commissione, *Linee direttrici sull'applicabilità dell'articolo 81 del trattato CE agli accordi di cooperazione orizzontale*, in GU C, n. 3, del 6 gennaio 2001, 2.

Proposta di regolamento del Consiglio *concernente l'applicazione alle imprese delle regole di concorrenza di cui agli articoli 81 e 82 del Trattato recante modifica dei Regolamenti (CEE) n. 1017/68, (CEE) n. 2988/74, (CEE) n. 4056/86 e (CEE) n. 3975/87*, in GU C, n. 365, del 19 dicembre 2000, 284.

Comunicazione della Commissione, *Linee direttrici sulle restrizioni verticali*, in GU C, n. 291, del 13 ottobre 2000, 1.

Libro bianco *sulla modernizzazione delle norme per l'applicazione degli articoli 85 e 86 del Trattato CE*, in GU C, n. 132 del 12 maggio 1999.

Comunicazione della Commissione, *concernente la cooperazione tra la Commissione e le autorità garanti della concorrenza degli Stati membri per l'esame dei casi disciplinati dagli articoli 85 e 86 del Trattato CE*, (97/C 313/03), in GU C, n. 313, del 15 ottobre 1997, 3.

Comunicazione della Commissione, *relativa alla cooperazione tra i giudici nazionali e la Commissione nell'applicazione degli articoli 85 e 86 del trattato CEE*, (93/C 39/05), in GU C, n. 39, del 13 febbraio 1993, 6.

Risoluzione sulla consultazione richiesta all'Assemblea Parlamentare Europea dal Consiglio dei Ministri della C.E.E. in merito alla proposta di un primo regolamento di applicazione degli articoli 85 e 86 del Trattato C.E.E., in GU n. 1410, del 15 novembre 1961.

*

Dichiarazione comune del Consiglio e della Commissione, *sul funzionamento della rete delle autorità garanti della concorrenza*, disponibile all'indirizzo http://ec.europa.eu/competition/ecn/joint_statement_it.pdf.