



SAPIENZA
UNIVERSITÀ DI ROMA

**DOTTORATO DI RICERCA IN
DIRITTO PUBBLICO DELL'ECONOMIA
AMMINISTRAZIONE PUBBLICA EUROPEA E COMPARATA (IUS/10)**

XXIII CICLO

**I POTERI SANZIONATORI NELLA RETE DI
AUTORITÀ GARANTI DELLA CONCORRENZA**

**PROFILI PROBLEMATICI DELL'ESERCIZIO COORDINATO
DELLA FUNZIONE AMMINISTRATIVA COMUNITARIA**

**RELATORE
CH.MA PROF.SSA PAOLA CHIRULLI**

**DOTTORANDO
DOTT. DANIELE CALISTI**

**COORDINATORE
CH.MO PROF. ROBERTO MICCÙ**

Anno Accademico 2010/2011

*Wenn diese Arbeit einen Wert hat, so besteht er in Zweierlei.
Erstens darin, dass in ihr Gedanken ausgedrückt sind, und dieser Wert
wird umso größer sein, je besser die Gedanken ausgedrückt sind.
Hier bin ich mir bewusst, weit hinter dem Möglichen zurückgeblieben zu sein.
Einfach darum, weil meine Kraft zur Bewältigung der Aufgabe zu gering ist.
Mögen andere kommen und es besser machen.*

*Dagegen scheint mir die Wahrheit der hier mitgeteilten Gedanken
unantastbar und definitiv. Ich bin also der Meinung, die Probleme
im Wesentlichen endgültig gelöst zu haben.
Und wenn ich mich hierin nicht irre,
so besteht nun der Wert dieser Arbeit zweitens darin,
dass sie zeigt, wie wenig damit getan ist, dass die Probleme gelöst sind.*

Ludwig Wittgenstein, 1918

INDICE

INTRODUZIONE	p. 1
CAPITOLO I – NORME DI CONCORRENZA DELL’UNIONE, FUNZIONE AMMINISTRATIVA COMUNITARIA E DECENTRAMENTO	
1. Cenni introduttivi	7
a) La concorrenza nei trattati	7
b) L’esercizio della funzione amministrativa a livello comunitario e l’attuazione delle norme di concorrenza	14
c) Fonti delle norme procedurali: dai Trattati al c.d. <i>soft law</i>	23
2. L’evoluzione del sistema di attuazione: decentramento della funzione amministrativa	33
a) Il sistema di <i>enforcement</i> dal Regolamento n. 17 del 1962 al processo di riforma.	33
b) Il regolamento n. 1/2003	39
3. Competenza amministrativa e cooperazione nel regolamento 1/2003	43
a) Competenze parallele e applicazione uniforme del diritto di concorrenza dell’Unione	43
b) Cooperazione orizzontale e verticale; scambio di informazioni	48
c) La cooperazione con le giurisdizioni nazionali: cenni	51

CAPITOLO II – COMPETENZA AMMINISTRATIVA DELLE AUTORITÀ GARANTI E POTERI DELLA COMMISSIONE

1. Diritto applicabile e competenza delle autorità nazionali	p. 56
a) Asimmetria e interdipendenza tra norme procedurali e diritto materiale applicabile.	56
b) Il pregiudizio al commercio tra Stati Membri come criterio giurisdizionale materiale.	62
c) La “posizione idonea” dell’autorità nazionale tra competenza amministrativa in senso tecnico e riparto del lavoro tra membri della rete.	68
d) Esercizio delle competenze tra concentrazione e cooperazione nell’esercizio delle funzioni repressive	75
2. Il ruolo della Commissione	80
a) Competenza della Commissione e posizione idonea	80
b) L’indirizzo della politica della concorrenza dell’Unione: strumenti generali e decisione di casi singoli	86
c) I poteri della Commissione nell’ambito di procedimenti avviati dalle autorità nazionali	92
d) Rilevanza autonoma della rete nell’esercizio della funzione amministrativa	100

CAPITOLO III – IL PROVVEDIMENTO SANZIONATORIO TRANSNAZIONALE NEL RAPPORTO TRA AUTORITÀ AMMINISTRATIVE NAZIONALI

1. Efficacia delle decisioni adottate dai soggetti della rete	p. 104
a) Questione generale dell'efficacia dei provvedimenti sanzionatori.	104
b) Efficacia delle decisioni adottate dalla Commissione	108
c) Atti delle autorità nazionali ed efficacia transnazionale: rilevanza dell'ordinamento di origine e dell'ordinamento comunitario.	112
d) Efficacia dell'atto e tutela giurisdizionale delle situazioni giuridiche soggettive: rilevanza dell'ordinamento di destinazione.	123
2. Esercizio del potere sanzionatorio nel rapporto tra autorità	128
a) La questione del "vincolo interamministrativo".	128
b) Portata del principio del ' <i>ne bis in idem</i> ' nei procedimenti amministrativi antitrust.	130
c) Decisioni della Commissione e competenza decisionale nella rete.	137
d) Decisioni delle autorità nazionali e vincolo interamministrativo.	143
e) La sentenza <i>Tele2 Polska</i> : decisioni di inapplicabilità e ricadute sulla ricostruzione sistematica del vincolo interamministrativo.	148

**CAPITOLO IV – EFFETTIVITÀ DELLE PROIBIZIONI,
TUTELA DELLE SITUAZIONI GIURIDICHE
SOGETTIVE E AUTONOMIA PROCEDURALE**

1. Principio di effettività e ricadute dell’assetto della rete sulle situazioni giuridiche soggettive coinvolte	p. 151
a) Funzionamento della rete e tutela delle parti e dei terzi	151
b) Tutela della riservatezza delle comunicazioni tra l’impresa e il legale interno: rilievo del diritto nazionale del paese in cui l’impresa è stabilita.	156
c) Impugnazione delle decisioni e rilevanza del diritto amministrativo nazionale dell’autorità procedente.	162
d) Diritto d’accesso e bilanciamento degli interessi sottesi dagli articoli 101 e 102 TFUE.	169
e) Lacune strutturali e portata parziale del principio di effettività del diritto dell’Unione nella tutela di situazioni giuridiche soggettive.	177
2. Progressiva erosione del principio di autonomia procedurale in ambito amministrativo.	185
a) Autonomia procedurale o recessività del diritto amministrativo nazionale?	185
b) Vincoli espliciti e vincoli impliciti all’autonomia procedurale degli Stati membri.	190
c) L’erosione dell’autonomia procedurale mediante la cooperazione flessibile nell’ambito della rete. L’esempio dei programmi di clemenza.	195
d) Capacità espansiva dei modelli flessibili di convergenza procedurale.	201

CONCLUSIONI

1. Coordinamento e integrazione nell'esercizio della funzione amministrativa comunitaria. p. 207
2. La concentrazione della funzione repressiva di fronte all'autonomia procedurale: portata del principio di effettività. 211
3. Capacità espansiva dell'integrazione amministrativa: convergenza ed erosione dell'autonomia procedurale 217

BIBLIOGRAFIA

221

INTRODUZIONE

Il regolamento n. 1 del 2003 ha operato una radicale riforma del sistema di attuazione delle norme di concorrenza dell'Unione europea. Benché salutato all'epoca della sua approvazione come “rivoluzione copernicana”, esso si è mosso nel segno della riforma di un sistema in cui le autorità nazionali potevano già affiancare, in certa misura, l'attuazione diretta da parte della Commissione.

L'attuale sistema è caratterizzato, innanzitutto, dall'attribuzione alle autorità nazionali garanti della concorrenza del potere di applicare gli articoli 101 e 102 nella loro integralità alla condotta delle imprese, esercitando in tal modo una funzione originariamente rimessa dal Trattato a una istituzione dell'Unione. In questo contesto, i procedimenti amministrativi che le autorità pongono in essere sono disciplinati in larga parte dal diritto nazionale. Le autorità garanti della concorrenza degli Stati membri formano con la Commissione una “rete” che è stata oggetto di numerose ricostruzioni in quanto modello peculiare di organizzazione amministrativa in funzione repressiva.

Quasi otto anni dopo l'entrata in vigore del regolamento 1/2003, il successo della riforma viene spesso sottolineato sia in senso quantitativo (maggiore numero di pratiche anticoncorrenziali accertate mediante decisioni della Commissione e provvedimenti delle autorità nazionali) che in senso qualitativo (concentrazione dell'*enforcement* sulle pratiche maggiormente distorsive della concorrenza). Tuttavia, la disciplina procedurale dell'azione di soggetti amministrativi nazionali va tuttora rinvenuta in un insieme normativo composto, in cui convivono disposizioni del diritto nazionale e dell'ordinamento comunitario. Le zone d'ombra di tale intersezione restano tuttora numerose, tanto che nella prassi attuativa sono emerse diverse problematiche che investono il rapporto tra ordinamenti, l'autonoma definizione di norme procedurali nazionali da parte degli Stati membri e varie ipotesi di tutela “asimmetrica” delle imprese coinvolte.

Lo scopo del lavoro è quello di svolgere un'analisi critica della complessa interazione tra la disciplina comunitaria e quella nazionale, alla luce dei principi dell'Unione come interpretati nella prassi applicativa, al fine di identificare le questioni problematiche e collocarle in una prospettiva evolutiva del diritto amministrativo europeo. Si cercherà di fornire, ove possibile, un inquadramento sistematico delle norme e degli istituti trattati o, alternativamente, di evidenziare le ragioni che ne ostacolano una ricostruzione coerente. Saranno evidenziati quei lineamenti del sistema che impediscono un esercizio della funzione amministrativa pienamente compatibile con le esigenze di effettività del diritto dell'Unione, di certezza del diritto e di tutela delle situazioni giuridiche soggettive delle parti e dei terzi.

Saranno esaminati, preliminarmente, i nodi problematici riguardanti la disciplina della rete delle autorità garanti della concorrenza e le indicazioni normative in merito all'esercizio della funzione repressiva anche alla luce del principio di autonomia procedurale degli Stati membri. Il ruolo della rete nel coordinamento dell'esercizio delle competenze parallele attribuite dal Regolamento 1/2003 sarà enucleato anche al fine di evidenziare le ricadute dell'assetto organizzativo sull'eventuale efficacia transnazionale degli atti adottati dalle autorità nazionali.

L'efficacia transnazionale e le disposizioni sulla rete verranno in seguito esaminate dalla prospettiva delle parti del procedimento e dei terzi, per ciò che attiene alle esigenze di tutela delle situazioni giuridiche soggettive che sussistono in capo ad essi. Si individueranno, infine, alcuni esempi delle attuali linee di tendenza miranti alla razionalizzazione del sistema di attuazione amministrativa delle norme di concorrenza dell'Unione europea alla luce del concetto di "convergenza", che segna una progressiva erosione dell'autonomia procedurale degli Stati Membri.

Quanto alla struttura del presente lavoro, il primo capitolo si propone di inquadrare, in linea generale, il contesto in cui si inserisce l'attività attuativa da parte delle autorità nazionali. A tal fine si riassumono e illustrano brevemente le nozioni generali rilevanti per l'analisi svolta successivamente. Quanto alle fonti,

un accento particolare viene posto sulla portata e sul significato del *soft law*, che svolge un ruolo di primo piano nell'ambito dell'attuazione amministrativa delle norme di concorrenza dell'UE, in particolare nel vincolare l'attività della Commissione e, indirettamente, delle autorità nazionali. Il ruolo del *soft law* finisce così per surrogare l'assenza di una disciplina compiuta delle modalità procedurali di collaborazione all'interno della rete. La trasformazione del sistema di *enforcement* operata dal regolamento 1/2003 è ripercorsa soltanto brevemente, al fine di porre l'accento sui caratteri innovativi della disciplina attualmente vigente e di inquadrarli nell'ambito di un decentramento della funzione amministrativa operato dall'ordinamento comunitario verso i sistemi amministrativi nazionali, con le esigenze di coordinamento che ciò comporta.

Il secondo capitolo entra nel cuore della questione dei nodi irrisolti dell'organizzazione della rete e delle loro ricadute sull'esercizio della funzione amministrativa. La prima tesi sviluppata è che la principale fonte di problematicità del sistema di competenze parallele deriva dall'asimmetria strutturale tra norme sostanziali applicabili e norme procedurali applicabili. Il problema di applicazione uniforme degli articoli 101 e 102 è risolto a livello normativo operando una separazione tra norme sostanziali applicabili, determinate dal diritto dell'Unione, e norme procedurali (in senso ampio), determinate dal diritto amministrativo nazionale, ad eccezione di quanto prescritto dal regolamento stesso, e di quanto si è reso necessario, in sede interpretativa, al fine di garantire l'effettività delle disposizioni del trattato.

Vengono in seguito illustrati, anche nei loro profili irrisolti, i due criteri che presiedono all'azione amministrativa delle autorità nazionali: il criterio del pregiudizio al commercio tra Stati membri, che determina il diritto applicabile a una pratica anticoncorrenziale, e il criterio della posizione "idonea", che attiene alla competenza della Commissione o delle autorità ad esaminare un caso specifico. Si tratta di criteri che hanno notevoli ricadute sulla disciplina del procedimento, ma che mantengono una significativa flessibilità. Si cercherà, inoltre, di illustrare in che misura i soggetti della rete esercitano una discrezionalità nella loro interpretazione.

In seguito, anche al fine di chiarire i meccanismi di raccordo procedurale e le modalità di soluzione dei conflitti, l'analisi si concentra sulla posizione della Commissione, e sulla sua centralità nell'ambito del sistema attuativo. Questa posizione, anche alla luce della prassi, si manifesta tramite l'esercizio di un potere di orientamento generale o riferito al caso specifico. Tra questi ultimi, si segnala l'emergere di una forma di parere sui casi trattati dalle autorità nazionali, benché non espressamente disciplinato dal regolamento, ma fondato sull'interazione tra l'obbligo di informazione delle autorità e la possibilità per la Commissione di avocare il caso.

Nel terzo capitolo, lo studio adotta la prospettiva degli atti adottati dalla Commissione e dalle autorità nazionali, allo scopo di chiarire i loro profili di efficacia transnazionale. Al di là di alcuni effetti tipici espressamente disciplinati o indirettamente determinati a livello comunitario, il regime di efficacia dei provvedimenti è influenzato dalle disposizioni dell'ordinamento di origine e di quello di destinazione, che esprimono direttamente l'autonomia procedurale degli Stati membri. In questo contesto, l'unico atto emanato da un nodo della rete, la cui efficacia sia normativamente e uniformemente determinata in tutto il territorio dell'Unione, resta la decisione della Commissione. L'analisi dei provvedimenti delle autorità garanti, tuttavia, cerca di mettere in evidenza in che misura l'ordinamento comunitario, che prescrive l'effettività dell'esercizio della funzione amministrativa, incide sulle discrepanze tra ordinamenti nazionali.

Il funzionamento della rete viene chiarito, inoltre, mediante l'analisi del vincolo interamministrativo tra i nodi della rete come risultante dalle disposizioni del regolamento, dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia e dalla prassi applicativa. In particolare, l'esame si concentra sui vincoli che l'adozione di un provvedimento da parte della Commissione o di una autorità nazionale può produrre in capo agli altri soggetti della rete.

Il quarto capitolo mira innanzitutto a ricostruire le conseguenze dell'assetto strutturale della rete e del regime di efficacia degli atti dei suoi nodi rispetto al problema della tutela delle situazioni giuridiche soggettive delle parti del procedimento e dei terzi. La tutela esperibile dall'impresa autrice dell'infrazione, ad esempio, è una delle sfere maggiormente rimesse

all'autonomia procedurale degli Stati Membri. La conseguenza è che la selezione dell'autorità competente ad emanare l'atto ha un forte rilievo sulle possibilità offerte a tutela della posizione giuridica soggettiva di tale impresa.

Lo stesso può dirsi per i terzi, sia per ciò che attiene ai loro diritti procedurali (diversamente disciplinati nel diritto amministrativo degli Stati membri) che per la possibilità di attuazione del diritto al risarcimento del danno riconnesso automaticamente dal diritto dell'Unione europea alla violazione accertata da un'autorità garante. In questo contesto, si sviluppa la tesi secondo cui l'effettiva interoperabilità dei nodi della rete, che sottende il sistema attuativo degli articoli 101 e 102 TFUE, è attualmente perseguita solo sotto il profilo dell'effettività dell'applicazione amministrativa delle norme di concorrenza dell'Unione nell'accertamento dell'infrazione, ma non si estende al diverso trattamento che ne consegue per i destinatari dell'atto e per i terzi quanto alla tutela delle loro situazioni giuridiche soggettive. L'unica eccezione è costituita dalla tutela di quei diritti procedurali che siano funzionali all'attuazione di diritti conferiti ai singoli dalle medesime disposizioni del Trattato che stabiliscono la proibizione di condotte distorsive della concorrenza.

Una volta chiariti i profili problematici del funzionamento della rete dal punto di vista dell'organizzazione, dell'efficacia degli atti e della tutela delle parti e dei terzi, la seconda parte del quarto capitolo illustra l'attuale tendenza al superamento dell'autonomia procedurale degli Stati membri, che potrebbe costituire la risposta alle lacune strutturali evidenziate. Queste ultime sono ricollegate, infatti, alla circostanza sistematica per cui l'attuazione di un uniforme diritto materiale della concorrenza coesiste con discipline procedurali nazionali, a volte divergenti, che governano la sua attuazione.

Il primo esempio di limitazione dell'autonomia procedurale degli Stati membri che viene descritto è quello determinato dallo stesso regolamento 1/2003, il quale, dettando la tipologia di decisioni adottabili dalle autorità nazionali in attuazione degli articoli 101 e 102, ha, di fatto, codificato un vincolo di effettività rispetto all'autonomia procedurale degli Stati Membri. Allo stesso modo, vengono citate le pronunce con cui la Corte di Giustizia si è espressa su alcuni specifici aspetti della disciplina nazionale, per evidenziare la loro

incompatibilità con l'esigenza di effettività del diritto della concorrenza dell'Unione.

Oltre a questi interventi di limitazione “rigida” dell'autonomia procedurale, si propone anche l'esame dell'ulteriore tendenza alla convergenza tra le discipline nazionali secondo un modello di integrazione “flessibile”. Il modello di programma di clemenza, adottato a livello di rete e successivamente recepito nella legislazione di quasi tutti gli Stati membri, viene citato come esempio della dinamica appena descritta.

Tra gli ulteriori esempi rinvenuti, si analizzano anche fenomeni di convergenza procedurale dal basso, operata direttamente per impulso degli ordinamenti nazionali, che tendono ad uniformare la disciplina del diritto procedurale della concorrenza, o la sua interpretazione, al paradigma attuativo in sede comunitaria. Tutti questi fenomeni inducono a ritenere che la convergenza procedurale abbia una certa capacità espansiva, favorita dall'esistenza stessa di una rete di soggetti che attuano disposizioni di ordine pubblico dell'Unione europea, nell'esercizio di una funzione amministrativa la cui responsabilità ultima ricade, ai sensi del trattato, su un'istituzione dell'Unione.

CAPITOLO I

NORME DI CONCORRENZA DELL'UNIONE, FUNZIONE AMMINISTRATIVA COMUNITARIA E DECENTRAMENTO

1. Cenni introduttivi

a) *La concorrenza nei trattati*

Per inquadrare l'esercizio della funzione amministrativa dell'Unione Europea nel settore antitrust¹ è utile partire dalla radice delle norme primarie che ne determinano il contesto e ne definiscono gli obiettivi. Dopo l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona,² come è noto, la Comunità europea è stata abolita in favore dell'istituzione dell'Unione europea come persona giuridica dotata di un proprio assetto istituzionale.

Il trattato sull'Unione europea³ (in seguito "TUE"), dopo un preambolo di natura storico-programmatica, si apre con l'articolo che istituisce l'Unione e precisa che gli Stati membri⁴ attribuiscono ad essa competenze finalizzate al conseguimento dei loro obiettivi comuni. Già a partire dalla sua radice, pertanto l'Unione prefigura un ordinamento "di scopo", volto a conseguire determinati obiettivi di interesse generale definiti dai trattati (articolo 3): in questo contesto,

¹ Nel resto del lavoro si utilizzerà l'espressione antitrust nella sua accezione più frequente, con riferimento sia alla disciplina, che all'attività di attuazione degli articoli 101 e 102 del trattato. Per ciò che concerne l'uso del vocabolo inglese, non va dimenticato che le espressioni "concorrenza" (*competition*) nel diritto europeo e *antitrust* nel diritto statunitense possono avere accezioni distinte, v. V. FRANCESCHELLI, *Concorrenza e antitrust: profili generali*, in M. P. CHITI, G. GRECO (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo europeo*, Milano, 1997, Tomo I, p. 522.

² Trattato di Lisbona che modifica il trattato sull'Unione europea e il trattato che istituisce la Comunità europea, firmato a Lisbona il 13 dicembre 2007, pubblicato in GUUE C 306 del 17 dicembre 2007 p. 1, entrato in vigore il 1 Dicembre 2009.

³ Versione consolidata del trattato sull'Unione europea, in GUUE C 83/13 del 30 Marzo 2010.

⁴ Sul significato degli Stati membri come parti contraenti e soggetti che pongono in essere i trattati (nell'accezione classica di "Signori dei trattati" o *Heren der Vertraeten* si noti ad esempio che, come nelle precedenti versioni dei trattati istitutivi, e peraltro come anche nel progetto di Costituzione europea, sono gli Stati a dar vita all'Unione come nuovo soggetto giuridico, mentre i riferimenti ai popoli sono confinati nel preambolo. Per alcune osservazioni in merito v. T. BALLARINO, *Manuale breve di diritto dell'Unione europea*, Padova, 2004, pp. 31 ss. e 111 ss.

le competenze ad essa attribuite⁵ sono funzionalizzate al perseguimento di tali obiettivi (articoli 4 e 5).

L'articolo 3 paragrafo 3, in particolare, affida all'Unione l'obiettivo della creazione di un mercato interno, cui è associato il perseguimento di finalità socio-economiche quali lo sviluppo sostenibile fondato su una crescita equilibrata e sulla stabilità dei prezzi, nonché su un'economia sociale di mercato mirante alla piena occupazione e al progresso sociale. E' utile sottolineare il rilievo primario assunto dal concetto di "mercato" già in sede di definizione degli obiettivi dell'Unione: esso è al tempo stesso uno degli "scopi" cui tende l'integrazione tra Stati e strumento di realizzazione di ulteriori obiettivi di carattere generale. L'evoluzione storica del processo di integrazione e di attuazione delle politiche comunitarie ne è una ulteriore testimonianza.

Il concetto di "concorrenza" non compare espressamente come elemento qualificante del mercato interno tra le disposizioni appena citate. Questa è una delle differenze che vengono alla luce se si confronta il testo dei trattati come modificati dal trattato di Lisbona con il testo del c.d. 'Trattato costituzionale',⁶ siglato nel 2004 e mai entrato in vigore. Il venir meno dell'espresso riferimento alla concorrenza come predicato del mercato interno è stato uno dei principali punti delle negoziazioni che hanno preceduto l'adozione del trattato di Lisbona. Il testo che ne è risultato cerca di dare maggiore enfasi ad alcuni dei tratti

⁵ Secondo il principio delle competenze di attribuzione, oggi codificato all'articolo 5 paragrafo 1 e definito al paragrafo 2, in virtù del quale 'L'Unione agisce esclusivamente nei limiti delle competenze che le sono attribuite dagli Stati membri nei trattati per realizzare gli obiettivi da questi stabiliti. Qualsiasi competenza non attribuita all'Unione nei trattati appartiene agli Stati membri'. Sul principio di attribuzione v. in generale G. GAJA, A. ADINOLFI, *Introduzione al diritto dell'Unione Europea*, Bari, 2010. Quanto alla sua valenza nella ricostruzione dei vincoli dell'azione amministrativa dell'Unione, v. G. DELLA CANANEA, C. FRANCHINI, *I principi dell'amministrazione europea*, Torino, 2010, p. 82.

⁶ Il 'trattato che adotta una Costituzione per l'Europa' si occupava degli obiettivi dell'Unione all'articolo I-3, il cui secondo paragrafo espressamente stabiliva che 'L'Unione offre ai suoi cittadini uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia senza frontiere interne e un mercato interno nel quale la concorrenza è libera e non è falsata'. Sul significato di tale formulazione rispetto a una politica della concorrenza originariamente sviluppata come strumentale ad altri obiettivi v. le osservazioni di G. COLANGELO, *La politica europea della concorrenza alla luce del progetto della nuova costituzione*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2005, p. 1129. Non va dimenticato che parte della dottrina riteneva che la formulazione accolta dal c.d. trattato costituzionale avrebbe potuto comportare una "attenuazione della funzionalità del mercato comune e delle sue istituzioni economiche rispetto al raggiungimento di obiettivi di politica sociale", cfr. L. ARNAUDO, *Costituzione e concorrenza: note a margine della recente giurisprudenza costituzionale*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2005, p. 390.

qualificanti del modello europeo di economia sociale di mercato, talvolta percepito come in “tensione dialettica” rispetto a una rigida applicazione delle norme di concorrenza.

La portata della modifica, tuttavia, non va sopravvalutata. A livello positivo, la correlazione tra il mercato e la concorrenza come suo elemento essenziale “riappare” innanzitutto nel Protocollo n. 27 allegato ai trattati, nel quale le alte parti contraenti, “considerando che il mercato interno ai sensi dell’Articolo 3 del trattato sull’Unione europea comprende un sistema che assicura che la concorrenza non sia falsata hanno convenuto che a tal fine l’Unione adotta, se necessario, misure in base alle disposizioni dei trattati, ivi compreso l’articolo 352 del trattato sul funzionamento dell’Unione europea”.

Il riferimento all’articolo 352 (già articolo 308 TCE), mediante il quale il Consiglio può adottare disposizioni su azioni necessarie a realizzare uno degli obiettivi dei trattati,⁷ fa chiaramente ritenere che lo scopo primario del protocollo in questione sia quello di evitare che venga meno la base giuridica necessaria alla sopravvivenza e all’eventuale modifica del regolamento mediante il quale è stato disciplinato a livello dell’Unione il controllo delle concentrazioni di dimensione comunitaria.⁸ Tuttavia, la disposizione appare utile anche nel fornire un’ulteriore indice sistematico della portata delle regole di concorrenza come stabilite dal Trattato sul funzionamento dell’Unione europea⁹ (in seguito ‘TFUE’ o ‘Trattato’), nel senso di una loro immutata centralità nell’ambito delle politiche

⁷ Si tratta della disposizione sui cosiddetti poteri impliciti dell’Unione, che consente al Consiglio di adottare, all’unanimità e su proposta della Commissione, disposizioni in merito ad azioni necessarie a realizzare gli obiettivi dei trattati nel quadro delle politiche da esse definiti. In dottrina qualcuno ha preferito parlare a tal proposito di “competenza supplementare” dell’Unione, in quanto l’articolo 308 costituisce una vera e propria base giuridica, piuttosto che di “poteri impliciti”, di cui si potrebbe parlare quando l’Unione deve esercitare poteri necessari all’esercizio di una competenza attribuita, o di “competenza implicita”, che costituirebbe invece una vera e propria competenza necessaria a integrare una competenza espressamente prevista. Tale distinzione è illustrata da K. LENAERTS e P. VAN NUFFEL, *Constitutional law of the European Union*, London, 2005, p. 92.

⁸ Da ultimo Regolamento (CE) n. 139/2004 del Consiglio del 20 Gennaio 2004, pubblicato in GUUE L 24 del 29 Gennaio 2004. Tale regolamento è stato adottato in base agli articoli 83 e 308 TCE, attualmente 103 e 352 TFUE: si comprende quindi la necessità di esplicitare che la concorrenza è sussumibile nell’obiettivo dell’istituzione del mercato interno perché possano essere adottate disposizioni nel quadro della politica di concorrenza in assenza di poteri di azione espressamente previsti.

⁹ Versione consolidata del trattato sul funzionamento dell’Unione europea, in GUUE C83/47 del 30 Marzo 2010.

dell'Unione e delle funzioni amministrative di cui gli Stati membri l'hanno dotata per il conseguimento degli obiettivi cui è preposta.¹⁰ Il protocollo n. 27, in altri termini, chiarisce che la concorrenza non falsata tra imprese è un attributo tipico di quel “mercato” cui fanno riferimento le disposizioni programmatiche del Trattato UE.

Questo legame stretto è ulteriormente esplicitato dai trattati allorché essi offrono una elencazione espressa delle competenze dell'Unione.¹¹ Tra le competenze esclusive elencate dall'articolo 3 TFUE, alla lettera *c*) si rinviene infatti la “definizione delle regole di concorrenza necessarie al funzionamento del mercato interno”. Il trattato conferma in tal modo, mediante l'attribuzione di una competenza normativa esclusiva, che la tutela della concorrenza svolge un ruolo primario nel conseguimento degli obiettivi dell'Unione e di cruciale importanza per il funzionamento di quel mercato interno¹² la cui disciplina è invece generalmente rimessa a una competenza concorrente (di cui all'articolo 4 paragrafo 2 lettera *a*) TFUE). La concorrenza continua, pertanto, a costituire uno dei tratti fondamentali della stessa costituzione economica dell'Unione europea, con ampie ricadute sulla costituzione economica degli Stati membri.¹³

¹⁰ E' stato osservato che l'importanza del mercato interno come obiettivo dell'Unione, e delle forze di mercato a esso sottese, ha fatto sì che i Trattati limitassero e disciplinassero non soltanto “l'esercizio delle potestà spettanti alle istituzioni pubbliche, onde evitare che esse alterino la capacità di generare ricchezza che le forze del mercato – se regolate, non guidate – sono ritenute in grado di esprimere” ma anche “i poteri privati esorbitanti: monopoli, abusi di posizione dominante, pratiche collusive”. A quest'ultimo fine, tuttavia, il diritto amministrativo europeo deve avvalersi di funzioni rimesse ai pubblici poteri stessi, v. G. DELLA CANANEA, *Diritto amministrativo europeo*, Milano, 2008, p. 9.

¹¹ Il trattato di Lisbona ha in questo modo raccolto l'innovazione del Trattato costituzionale della elencazione delle competenze dell'Unione. Il previgente trattato CE, all'articolo 3, elencava piuttosto una serie di settori di attività che ‘l'azione della Comunità comporta’. Tra di essi, il ben noto articolo 3(g) inseriva ‘un regime inteso a garantire che la concorrenza non sia falsata nel mercato interno’.

¹² Allo stesso tempo, l'obiettivo dell'istituzione di un mercato interno tra gli Stati membri ha fortemente influenzato le priorità di attuazione delle norme di concorrenza ed ha costituito un riferimento fondamentale nella loro interpretazione sostanziale. Sull'importanza di tale obiettivo, in particolare nei primi anni dell'integrazione europea, P. J. SLOT., *A view from the mountain: 40 years of developments in EC Competition law*, in *Common Market Law Review*, 2004, p. 445.

¹³ V. ad es. S. CASSESE *La costituzione economica europea* in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2001, p. 919, dove l'Autore sostiene che nonostante l'incidenza variabile delle politiche comunitarie su diversi settori, il ruolo dominante di integrazione svolto dall'Unione rende difficile l'identificazione di una costituzione economica a livello nazionale come distinta da quella europea, dato che esse sono ormai “innestate” l'una nell'altra. V. anche M. ANTONIOLI, *Concorrenza e Antitrust: aspetti pubblicistici*, in CHITI-GRECO 1997, cit., p. 609; I. BORRELLO, E. CASSESE, E. CHITI, *Il mercato unico e le politiche comunitarie*, in S. CASSESE (a cura di), *La nuova costituzione economica*, Bari, 2007, p. 54.

Occorre tuttavia ammettere che, parallelamente al progressivo incremento dell'incidenza delle politiche dell'Unione sull'attività degli Stati membri in campo economico, sono emersi profili di criticità che spiegano la scelta politico-programmatica di non esplicitare la concorrenza come obiettivo dell'Unione in quanto tale, ma piuttosto come elemento necessario al conseguimento di altre finalità di interesse generale.

Il ruolo delle disposizioni che stabiliscono la proibizione per le imprese di porre in essere condotte distorsive della concorrenza (di cui agli attuali articoli 101 e 102 del trattato) non è mai stato posto in discussione, in un contesto in cui, al contrario, tutti gli Stati membri si sono progressivamente dotati di analoghe discipline attinenti le condotte anticoncorrenziali di portata nazionale. La funzione amministrativa esercitata a livello comunitario in quest'ambito si è di conseguenza rafforzata nel tempo, con un approccio sempre più interventista dell'istituzione cui essa è in principio demandata (la Commissione europea), largamente avallato dalla Corte di Giustizia.

Gli stessi Stati membri, mediante il Consiglio come sede istituzionale della rappresentazione dei loro interessi, hanno approvato riforme strutturali del sistema di attuazione amministrativa delle disposizioni citate al fine di incrementarne l'efficienza e l'efficacia complessiva. Tali riforme hanno comportato, ad esempio, una maggiore incisività dei poteri di indagine, tali da oltrepassare, in alcuni casi, quelli paralleli attribuiti alle amministrazioni nazionali che esercitano analoghe funzioni. Inoltre, il più recente regolamento di attuazione adottato dal Consiglio ha configurato un sistema originale nella disciplina dei rapporti tra l'amministrazione comunitaria e le amministrazioni nazionali, che ha esercitato e continua ad esercitare una forte influenza sul diritto amministrativo nazionale.¹⁴

¹⁴ L'influenza esercitata, a tal proposito, può ricondursi ai due paradigmi dell'effetto di conformazione e dell'effetto di imitazione come definiti da S. CASSESE, *Diritti amministrativi comunitari e nazionali*, in M. P. CHITI, G. GRECO (a cura di) *Trattato di diritto amministrativo europeo*, Milano, 2007, pp. 9 ss. Una delle modalità tipiche in cui il diritto amministrativo comunitario agisce sui diritti amministrativi nazionali è quella di stabilire principi e modelli procedurali ai quali questi ultimi devono attenersi. Questo a sua volta permette il verificarsi dell' "effetto di conformazione" (in base al quale i sistemi nazionali tendono a conformarsi al sistema amministrativo comunitario anche laddove ciò non sia normativamente prescritto) e dell' "effetto di imitazione" (per cui la progressiva assimilazione di alcuni istituti attraverso i diversi sistemi nazionali di diritto amministrativo, realizzata mediante l'incidenza del diritto

Tutto ciò è stato possibile grazie al conferimento, da parte dei Trattati stessi, di una funzione amministrativa diretta in capo ad un'istituzione dell'Unione, che in primo luogo ha avuto ricadute importanti nella disciplina delle attività economiche svolte dai privati e nel rapporto tra il loro potere negoziale e il potere autoritativo dell'amministrazione, e, in secondo luogo, grazie ad atti di diritto derivato, ha dato impulso ad importanti modifiche che interessano il diritto amministrativo (attinenti in particolare all'organizzazione amministrativa, ai poteri dell'amministrazione, alla disciplina del procedimento e alla tutela giurisdizionale).

Più complesso è stato il percorso attuativo della proibizione di aiuti concessi alle imprese dagli Stati membri e che falsino o rischino di falsare la concorrenza (oggi articolo 107 TFUE). Tali norme hanno infatti determinato un potenziale attrito tra l'esercizio della discrezionalità della Commissione nel constatare l'incompatibilità degli aiuti col mercato interno ai sensi dell'articolo 108 e il perseguimento di obiettivi di politica industriale ed economica da parte degli Stati stessi.¹⁵ Oltre a numerosi contenziosi dinanzi alla Corte di Giustizia, la vicenda attuativa degli articoli in parola ha rivelato il diverso atteggiarsi della funzione amministrativa comunitaria in un settore altrettanto importante per lo stabilimento di un mercato interno, ma ritenuto inevitabilmente più sensibile dagli Stati membri. In particolare, il Consiglio è stato dotato dai trattati di poteri procedurali capaci di vincolare la discrezionalità della Commissione. Tali poteri sono evidentemente diversi dalla funzione squisitamente normativa riservata al Consiglio nell'ambito della concorrenza tra imprese, e sfociano in un diretto intervento capace di condizionare l'esercizio della funzione amministrativa da parte della Commissione.¹⁶ D'altro canto, e per le medesime ragioni, un

amministrativo comunitario, rende a sua volta più semplice l'importazione di ulteriori istituti propri di altri ordinamenti nazionali).

¹⁵ Alcuni hanno rilevato, ad esempio, che benché la modifica della parte iniziale del Trattato non abbia diretta incidenza sul ruolo della concorrenza nell'ambito dell'assetto delle politiche dell'Unione, "it brings to the fore sensitivities around competition law arising out of different conceptions of the role of the state in the market", cfr. I. MAHER, *Competition law modernisation: an evolutionary tale?*, in P. CRAIG, G. DE BURCA (a cura di), *The evolution of EU law*, Oxford, 2011, p. 724.

¹⁶ Si vedano ad esempio le considerazioni svolte da P. J. SLOT, *Procedural aspects of State Aids: the guardian of competition versus the subsidy villains?*, in *Common Market Law Review*, 1990, p. 743; G. DELLA CANANEA, *Il ruolo della Commissione nell'attuazione del diritto comunitario: il controllo sugli*

significativo decentramento della relativa funzione si è dimostrato finora impossibile.

Analoghe controversie si sono succedute intorno al ruolo della Commissione nell'attuazione delle norme di concorrenza rispetto alle imprese pubbliche e alle imprese che detengono diritti speciali o esclusivi, le imprese incaricate della gestione di servizi di interesse economico generale o aventi carattere di monopolio fiscale, di cui tratta l'articolo 106 TFUE, che è stato a ragione definito come la disposizione più criptica dei trattati.¹⁷ La giurisprudenza della Corte di Giustizia è stato l'unico criterio di orientamento nella ricostruzione della disciplina sostanziale in questo campo, e ha ulteriormente precisato l'estensione dei poteri amministrativi della Commissione, la cui competenza decisionale si è tradotta progressivamente in una competenza normativa.¹⁸

Il presente lavoro si concentrerà sul modello di esercizio della funzione amministrativa comunitaria come emerso nell'ambito dell'attuazione degli articoli 101 e 102. La trattazione dell'esercizio della funzione amministrativa in

aiuti statali alle imprese in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 1993, p. 426 e O. PORCHIA, *Il procedimento di controllo degli aiuti pubblici alle imprese tra ordinamento comunitario e ordinamento interno*, Napoli, 2001. Per quanto riguarda conflitti tra Commissione e Consiglio nell'esercizio delle rispettive competenze attribuite dal trattato si consideri l'emblematica vicenda dell'aiuto agli allevatori portoghesi deciso nella Sentenza 29 Giugno 2004, *Commissione c. Consiglio*, causa C-110/02, in *Racc.* p. I-6333.

¹⁷ Nelle sue conclusioni del 13 Febbraio 1990 nel caso Francia c. Commissione, causa C-202/88, in *Racc.* p. I-1223, l'allora avvocato generale Tesauro riassunse magistralmente i termini della questione con un'espressione largamente citata dalla dottrina. Egli parlò di "chiara oscurità" dell'articolo 106, che "non è certamente dovuta al caso o ad un'improvvisa difficoltà di penna, bensì all'oggettiva difficoltà di conciliare l'idea stessa di un monopolio o di un'impresa beneficiaria di diritti esclusivi con un regime di libera concorrenza e di mercato comune", dovuta a sua volta alla "contraddizione di fondo dell'intero disegno comunitario così come consegnato nel Trattato, tra la previsione puntuale di un mercato comune e di un regime di libera concorrenza, da un lato, e il mantenimento delle scelte di politica economica in capo agli Stati membri, salvo coordinamento, dall'altro". Di G. TESAURO si veda anche *Intervento pubblico nell'economia e articolo 90, n. 2, del Trattato CE*, in *Il diritto dell'Unione europea*, 1996, p. 731.

¹⁸ Si pensi in particolare al potere della Commissione di adottare direttive o decisioni ai sensi dell'articolo 106 paragrafo 3: nel caso delle direttive si tratta di un'attribuzione quantomeno singolare nell'economia delle procedure di adozione di atti comunitari. Dopo l'adozione della direttiva trasparenza (80/723) la Corte ebbe modo di pronunciarsi chiarendo che la Commissione aveva il potere di adottare disposizioni di portata generale al fine di esplicarne il dovere di vigilanza, cfr. sentenza 6 Luglio 1982, *Francia, Italia e Regno Unito c. Commissione*, cause riunite 188-190/80, in *Racc.* p. 2545. Tuttavia, a seguito dell'adozione di direttive relative al settore delle telecomunicazioni, fu chiaro che la Commissione non si limitava ad esercitare un potere normativo strettamente funzionale al dovere di vigilanza, ma stabiliva specifici obblighi a carico degli Stati. La Corte avallò largamente l'esercizio di tale potere, annullando solo le disposizioni in cui la Commissione non aveva sufficientemente definito quali diritti fossero speciali ed in che modo essi fossero contrari al diritto comunitario, cfr. la sentenza 19 Marzo 1991, *Francia c. Commissione*, causa C-202/88, in *Racc.* p. I-1223.

ambiti diversi dell'attuazione delle norme di concorrenza del trattato in senso stretto¹⁹ esula dagli obiettivi del presente lavoro, e verrà richiamata a scopo meramente comparativo allorché si vorranno sottolineare i tratti qualificanti dell'esercizio della funzione amministrativa nel settore antitrust.

b) L'esercizio della funzione amministrativa a livello comunitario e l'attuazione delle norme di concorrenza

Gli articoli 101 e 102 TFUE trattano rispettivamente del divieto di intese restrittive della concorrenza (accordi, decisioni di associazioni di imprese e pratiche concordate) e degli abusi di posizione dominante. Tali disposizioni dettano, in altre parole, il diritto materiale della concorrenza dell'Unione Europea. Come rilevato in precedenza, esse assumono un'importanza centrale nell'ambito delle politiche e degli obiettivi dell'Unione, determinandone l'opzione in favore di un modello di organizzazione economica fondato su un mercato interno in regime di libera concorrenza.

Il diritto antitrust dell'Unione europea, come codificato nei trattati, si è mantenuto sostanzialmente invariato fin dalla loro originaria stesura nel 1957,²⁰ quando nel Trattato CEE furono introdotte norme di concorrenza applicabili a tutte le attività economiche rette dal trattato. In precedenza, una disciplina della concorrenza era stata inserita anche nel Trattato istitutivo della Comunità europea del carbone e dell'acciaio. Tale scelta è tanto più significativa quanto più si consideri che il diritto antitrust, che negli Stati Uniti si era sviluppato fin

¹⁹ Si fa qui riferimento alla nozione di concorrenza in senso ampio, e cioè nell'accezione adottata al capo I del Titolo VII del Trattato, ricomprensivo non soltanto le regole applicabili alle imprese (tra cui figura anche l'appena citato articolo 106), ma anche le disposizioni in merito agli aiuti concessi dagli Stati.

²⁰ Dopo oltre cinquanta anni dall'entrata in vigore dei trattati di Roma, vi sono soltanto marginali differenze tra l'originaria formulazione degli articoli 85 e seguenti del Trattato CEE e i vigenti articoli 101 e seguenti del TFUE. Nelle disposizioni che dettano il diritto materiale della concorrenza, si può ravvisare soltanto la modifica dell'espressione "mercato comune" in "mercato interno". Quanto agli articoli successivi, l'abilitazione del Consiglio ad adottare regolamenti e direttive, di cui all'articolo 103 paragrafo 1, è mutata solo nel riferimento aggiornato al Parlamento europeo (in luogo dell'Assemblea) e per la caduta del termine per la loro adozione (che doveva avvenire entro tre anni dall'entrata in vigore del trattato di Roma), mentre nell'articolo 105 è stato esplicitato il potere della Commissione di adottare regolamenti concernenti le categorie di accordi per le quali il Consiglio ha adottato un regolamento o una direttiva.

dalla fine del secolo precedente grazie allo *Sherman Act* del 1890,²¹ era largamente sconosciuto negli ordinamenti europei.²²

Le novità più significative che hanno accentuato la valenza e l'operatività stessa di tali disposizioni durante la vigenza del Trattato CEE sono dovute alla giurisprudenza della Corte di Giustizia, e sono fundamentalmente due. La prima è l'affermazione dell'effetto diretto delle disposizioni in esame,²³ in quanto esse costituiscono direttamente in capo ai singoli situazioni giuridiche soggettive (cui le corti nazionali hanno il dovere di dare attuazione). In secondo luogo, più recentemente, la Corte di Giustizia ha chiarito che il ruolo peculiare delle norme di concorrenza nel funzionamento del mercato interno, pertanto al cuore di quello che è stato tradizionalmente l'ambito di elaborazione e sviluppo privilegiato delle politiche comunitarie, fa sì che esse vadano qualificate come disposizioni d'ordine pubblico²⁴ dell'Unione europea, con importanti ricadute nei sistemi giuridici degli Stati membri.

L'evoluzione sostanziale del diritto della concorrenza dell'Unione non rileva in questa sede. E' invece essenziale rivolgere l'attenzione a come i trattati stessi strutturano e disciplinano in linea generale l'attuazione di tali norme in sede amministrativa. A tal fine, occorre preliminarmente ricordare che nel sistema comunitario come originariamente configurato dai trattati era controversa la distinzione delle funzioni delle istituzioni comunitarie in funzioni legislative e vere e proprie funzioni amministrative.²⁵ Ciò si deve innanzitutto alla circostanza

²¹ *Sherman Act*, 2 Luglio 1890, ch. 647, 26 Stat. 209, titolo 15 United States Code, §1-7. Sull'evoluzione dell'azione di attuazione amministrativa nel sistema statunitense v. ad es. M. MARQUIS, *La Federal trade commission e la Section 5 del Federal trade commission act: aspetti istituzionali e penombra giurisdizionali*, in *Mercato concorrenza regole*, 2010, p. 385.

²² Un'interessante ricostruzione dello sviluppo industriale e commerciale in Europa e delle risposte giuridiche adottate dagli ordinamenti europei prima dell'entrata in vigore dei Trattati CECA e CEE, oltretutto della genesi delle norme di concorrenza da essi previste, può rinvenirsi in L. F. PACE, *I fondamenti del diritto antitrust europeo*, Milano, 2005.

²³ Sentenza 30 Gennaio 1974, *BRT c. SABAM*, causa 127/73, in *Racc.*, p. 51.

²⁴ Sentenza *Eco-Swiss*, causa C-126/97, in *Racc.* p. I-3055, punti 36 e 39; sentenza 13 luglio 2006, *Manfredi*, cause riunite C-295-298/04, in *Racc.* p. , punto 31. V. F. ANGELINI, *Ordine pubblico e integrazione costituzionale europea*, Padova, 2007, p. 194, secondo la quale la giurisprudenza della Corte ha in tal modo riconosciuto che un mercato in regime di concorrenza non distorta è un principio fondamentale dell'ordine pubblico economico comunitario, e, da un punto di vista funzionale, ha imposto ai giudici nazionali di considerare i principi di ordine pubblico comunitario come principi fondamentali dell'ordinamento nazionale in base ad una "integrazione automatica e obbligatoria".

²⁵ Questa è stata identificata, nell'ambito della disciplina offerta dal Trattato istitutivo della Comunità Europea, come una caratteristica peculiare del diritto amministrativo europeo, con

che i trattati definivano obiettivi e politiche della Comunità (successivamente dell'Unione), e ne determinavano le competenze stabilendo basi giuridiche per il loro esercizio.²⁶ La base giuridica non stabiliva soltanto l'ambito d'esercizio di una competenza in sede comunitaria, ma anche le procedure d'adozione, che variavano notevolmente a seconda della politica di riferimento. In questo contesto, l'identificazione per analogia delle funzioni tipiche degli Stati in capo all'Unione è sempre risultata problematica nonché scarsamente rilevante. La questione centrale in sede comunitaria è stata ed è largamente a tutt'oggi, piuttosto, quella di definire il ruolo delle istituzioni (e quindi degli interessi che esse rappresentano e definiscono) nell'ambito delle diverse politiche comunitarie mediante la definizione delle loro procedure di adozione, e l'estensione dei poteri normativi conferiti all'Unione.

Un'altra rilevante peculiarità concerne gli atti tipici adottabili dalle istituzioni comunitarie, che sono sempre stati definiti in modo concettualmente diverso rispetto agli ordinamenti nazionali. Ciò ne ha impedito una coerente distinzione tra atti legislativi e atti amministrativi paragonabili a quelli adottati negli ordinamenti degli Stati membri. Il tradizionale inquadramento degli atti giuridici in una gerarchia, la loro tipizzazione a seconda del soggetto adottante, la definizione di una procedura tipica di adozione riferita all'atto e la conseguente produzione di effetti tipici nell'ambito dell'ordinamento non è generalmente riferibile agli atti di diritto comunitario. Gli atti comunitari vincolanti sono stati infatti disciplinati, in primo luogo, a partire dalle modalità con cui essi si impongono e reclamano attuazione o applicazione negli ordinamenti degli Stati membri o da parte dei soggetti cui sono indirizzati. In questo contesto, parlare di regolamento, direttiva o decisione rinvia all'eventuale necessità di implementazione dell'atto, alla tipologia di destinatari che esso può avere, e non identifica né un contenuto tipico quale espressione di una funzione (legislativa o

una omogenea definizione dei caratteri degli atti in quanto tali (quali l'obbligo di motivazione); v. G. DELLA CANANEA, *Diritto amministrativo europeo*, cit., p. 13, dove si sottolinea che, coerentemente con tale assetto, anche quando il diritto comunitario fa riferimento a norme dell'ordinamento nazionale, esso "mette sullo stesso piano [le regole giuridiche] emanate negli atti legislativi, regolamenti, amministrativi" senza distinzione in base al tipo di fonte.

²⁶ Per una prospettiva evolutiva del rapporto tra funzioni legislative e amministrative, soprattutto nelle recenti riforme dei trattati, v. ad es. P. CRAIG, *Institutions, power and institutional balance*, in P. CRAIG, G. DE BURCA, *The evolution of EU law*, cit., p. 72.

amministrativa), né una specifica istituzione adottante, né una peculiare procedura di adozione. Nonostante il tentativo di superare tale assetto nel progetto di costituzione europea, tale carattere si è mantenuto sostanzialmente immutato anche dopo l'entrata in vigore del trattato di Lisbona, con le eccezioni di cui si dirà in seguito.

La vicenda dell'amministrazione a livello comunitario ha pertanto seguito un percorso ricostruttivo complesso. Questo spiega anche, a livello dottrinario, le problematiche di ricostruzione dei tratti fondamentali del diritto amministrativo europeo e le sue tendenze evolutive.²⁷ Quanto al fenomeno dell'amministrazione comunitaria, esso è tuttavia sempre esistito, secondo caratteri talvolta disomogenei. In un panorama di competenze di natura preminentemente legislativa conferite dagli Stati, il problema del rinvenimento di una vera e propria funzione amministrativa nei trattati si è innanzitutto concentrato sull'identificazione di modalità di esecuzione del diritto dell'Unione,²⁸ attività amministrativa tradizionalmente svolta in modo diretto o mediante l'apporto delle amministrazioni nazionali.

Quanto alla norma delle competenze di attuazione, l'esecuzione delle misure di natura legislativa previste dai trattati era soggetta in precedenza al regime dettato dagli articoli 202 e 212 TCE. Tali disposizioni identificavano nella

²⁷ Ci si riferisce qui alla nozione di diritto amministrativo europeo come fenomeno autonomo sia nell'accezione di "diritto che disciplina i problemi amministrativi di applicazione ed esecuzione in seno all'Unione europea" sia in senso lato come "diritto che ha avuto come conseguenza un processo di armonizzazione del diritto amministrativo in Europa al di là degli ordinamenti giuridici dell'Unione europea e degli Stati membri" (trad. dello scrivente) come richiamato da J. SCHWARZE, *L'entrée en matière*, in *L'état actuel et les perspectives du droit administratif européen*, Bruxelles, 2010, p. 11, ove l'Autore ne ricostruisce succintamente l'evoluzione e le prospettive di sviluppo. Non va dimenticato, tuttavia, che storicamente un'autorevole dottrina ha argomentato nel senso dell'inesistenza di un diritto amministrativo comunitario, in particolare in ragione del fatto che l'ordinamento comunitario non ha finalità generale, e che i privati non hanno una "pienezza di riferibilità virtuale di ogni situazione giuridica soggettiva", essendo così figure soggettive dell'ordinamento, e non soggetti veri e propri, cfr. M. S. GIANNINI, *Profili di un diritto amministrativo delle comunità europee*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 2003, p. 985.

²⁸ Tanto che la funzione amministrativa, a differenza degli ordinamenti statali in cui si qualifica come "il complesso dei compiti attribuiti all'amministrazione, che sono destinati alla realizzazione degli interessi pubblici, come definiti dalla funzione politica e di governo", a livello comunitario è stata invece qualificata come "concretizzazione dei fini che sono stati fissati con la funzione costituzionale e con la funzione normativa" da M.P. CHITI, *Diritto amministrativo europeo*, Milano, 2011, p. 233.

Commissione²⁹ il soggetto di regola deputato ad attuare le misure legislative adottate dalla Comunità, ma subordinava tale funzione ad una delega da parte del Consiglio, il quale poteva eccezionalmente riservare a sé alcune competenze di esecuzione. La delega poteva stabilire modalità procedurali volte ad assicurare un controllo del Consiglio, di norma tramite l'intervento di comitati. Si è assistito, in seguito, ad una progressiva uniformazione delle modalità procedurali di esecuzione, consolidata nelle c.d. decisioni comitatologia,³⁰ attraverso cui il Consiglio ha codificato in linea generale la pratica per cui le misure di attuazione dovevano essere sottoposte a comitati a tal uopo istituiti, composti da esperti delle amministrazioni degli Stati membri, e il cui parere aveva valenza diversa a seconda della procedura adottata. Il progressivo aumento del ruolo del Parlamento Europeo in sede legislativa ha fatto sì che anche questa istituzione ha ottenuto, a partire dal 2006, maggiori competenze quanto al controllo delle misure di attuazione.

Il trattato di Lisbona ha offerto una nuova sistemazione alla materia in esame: le disposizioni di cui agli articoli 202 e 212 TCE non hanno un corrispondente né nella definizione generali dei compiti del Consiglio e della Commissione agli Articoli 16 e 17 TFUE (quest'ultimo stabilisce soltanto che la Commissione esercita funzioni di esecuzione alle condizioni stabilite dai Trattati), né tra le disposizioni istituzionali dedicate a queste istituzioni nella parte VI del TFUE. Per trovare disposizioni relative all'attuazione e all'esecuzione delle misure di carattere legislativo adottate dalle istituzioni comunitarie occorre invece rivolgersi alla sezione dedicata agli atti giuridici dell'Unione, una novità sistematica che va nel senso di una maggiore chiarezza e

²⁹ Sul ruolo della Commissione e sulle prospettive di riforma dell'assetto dei suoi poteri in un'ottica di diritto amministrativo, con riferimento in particolare all'abbandonato progetto di Costituzione europea, si rinvia a G. GRECO, *Profili di diritto amministrativo e ruolo della Commissione nel progetto di Costituzione europea*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2005, pp. 1113 ss.

³⁰ Si tratta in particolare della decisione del Consiglio 13 luglio 1987 n 87/373/CE, successivamente sostituita dalla decisione del Consiglio 99/468 del 28 Giugno 1999, ulteriormente modificata dalla decisione del Consiglio 2006/512/CE del 17 luglio 2006. Sulla legittimità delle procedure di esecuzione stabilite dal Consiglio in quanto non violano le prerogative istituzionali derivanti dal trattato, si veda ad esempio Corte di Giustizia, sentenza 24 ottobre 1989, *Commissione c. Consiglio*, causa 16/88, in *Racc.* p. 3457.

di una crescente attenzione alla natura degli atti adottati a livello di Unione Europea,³¹ benché la loro forma tipica sia rimasta sostanzialmente invariata.³²

Innanzitutto, l'articolo 290 si occupa di atti non legislativi di portata generale, che possono essere adottati dalla Commissione in base ad una delega contenuta in un atto legislativo. La delega deve tuttavia specificarne obiettivi, contenuto, portata e durata (atti delegati).

Il successivo articolo 291, invece, si occupa dell'attuazione (o esecuzione) degli atti giuridicamente vincolanti. Tale disposizione si apre con un paragrafo che stabilisce in linea generale che l'attuazione degli atti giuridicamente vincolanti dell'Unione spetta agli Stati Membri, che a tal fine devono adottare tutte le misure di diritto interno necessarie. Il paragrafo 2 stabilisce che solo nel caso in cui siano necessarie condizioni uniformi di esecuzione degli atti giuridicamente vincolanti dell'Unione, questi conferiscono competenze di esecuzione alla Commissione (o al Consiglio, in casi specifici debitamente motivati). Le regole e i principi secondo cui gli Stati membri possono esercitare il controllo dell'esercizio delle competenze di esecuzione attribuite alla Commissione sono stabilite da regolamenti del Parlamento e del Consiglio.³³

Da quest'ultima disposizione emerge più chiaramente già a livello dei Trattati che in linea generale l'esecuzione delle politiche dell'Unione Europea come definite da atti vincolanti adottati dalle sue istituzioni spetta in primo

³¹ Secondo alcuni, la maggiore innovazione del trattato di Lisbona in questo senso è l'aver chiaramente identificato la funzione legislativa dell'Unione europea, esercitata dal consiglio e dal Parlamento, in modo distinto dalle altre funzioni pubbliche dell'Unione. La funzione di esecuzione è così confinata all'esecuzione degli atti di natura legislativa e sembra sussistere in principio (di norma in capo alla Commissione) solo nella misura in cui questi ne prevedano l'esercizio, cfr. L. AZOULAI *Pour un droit de l'exécution de l'Union Européenne*, in J. DUTHEIL DE LA ROCHÈRE, *L'exécution du droit de l'Union entre mécanismes communautaires et droits nationaux*, Bruxelles, 2009, p. 7. L'Autore, tuttavia, sottolinea che ciò non rende più semplice il problema della comprensione della nozione di "esecuzione" nel diritto dell'Unione, che riposa sul confine incerto tra le misure di cui agli articoli 290 e 291 del Trattato.

³² Il trattato di Lisbona riprende tuttavia alcuni elementi del progetto di Costituzione, articolando l'adozione degli atti giuridici vincolanti tipici previsti dal trattato in tre livelli: atti di natura legislativa, atti delegati e atti di esecuzione, come sottolineato ad es. da H. HOFMANN, *Legislation, delegation and implementation under the Treaty of Lisbon: Typology meets reality*, in *European Law Journal*, 2009, p. 486.

³³ Il 16 febbraio 2011 è stato adottato il Regolamento (UE) n. 182/2011 del Parlamento europeo e del Consiglio che stabilisce le regole e i principi generali relativi alle modalità di controllo da parte degli Stati membri dell'esercizio delle competenze di esecuzione attribuite alla Commissione.

luogo agli Stati Membri e ne impegna le relative amministrazioni.³⁴ L'intervento in sede di esecuzione da parte delle istituzioni comunitarie, e tra esse prevalentemente la Commissione, va invece espressamente previsto in quei casi in cui si renda necessario al fine di assicurare "condizioni uniformi" di esecuzione. In tal senso la disposizione in esame si salda con i principi generali dell'Unione quali generalmente ricordati nelle disposizioni iniziali del TUE. In particolare, il principio di leale collaborazione di cui all'articolo 4 paragrafo 3 impone agli Stati membri di adottare ogni misura "di carattere generale o particolare" atta ad assicurare l'esecuzione degli obblighi derivanti dai trattati o conseguenti agli atti delle istituzioni dell'Unione. Il successivo articolo 5 paragrafo 3, inoltre, si occupa espressamente del principio di sussidiarietà, da cui fa derivare un vincolo per l'Unione, che interviene nei settori che non sono di competenza esclusiva soltanto se e in quanto gli obiettivi dell'azione prevista non possono essere conseguiti in misura sufficiente dagli Stati membri ma possono, a motivo della portata o degli effetti dell'azione in questione, essere conseguiti meglio a livello di Unione.³⁵

Dopo aver considerato il quadro generale che attiene all'esecuzione del diritto dell'Unione europea, è possibile mettere in rilievo la peculiare configurazione della funzione amministrativa preposta all'esecuzione delle norme di concorrenza del Trattato. Nell'economia di un sistema che richiede primariamente agli Stati membri di attivare la propria funzione legislativa e amministrativa in esecuzione del diritto dell'Unione, va rilevato che, in un settore di competenza esclusiva quale quello dell'attuazione degli articoli 101 e

³⁴ Va a tal proposito menzionata una ulteriore innovazione del Trattato di Lisbona, e più precisamente l'articolo 197 TFUE. In un titolo dedicato alla "cooperazione amministrativa", infatti, il Trattato ribadisce che "L'attuazione effettiva del diritto dell'Unione da parte degli Stati membri, essenziale per il buon funzionamento dell'Unione, è considerata una questione di interesse comune". Il paragrafo 2, inoltre, offre una base giuridica per iniziative atte a migliorare la capacità amministrativa degli Stati membri di attuare il diritto dell'Unione, benché gli Stati membri non siano vincolati ad avvalersi di tale sostegno, e nonostante la specifica esclusione di "qualsiasi armonizzazione delle disposizioni legislative e regolamentari degli Stati membri". Sul rapporto tra tale disposizione e il precedente *acquis* v. ad es. E. CHITI, *La cooperazione amministrativa*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2010, p. 245.

³⁵ La difficoltà di delineare una linea di demarcazione tra la funzione legislativa e la funzione amministrativa a livello comunitario ha posto interessanti questioni sull'ambito effettivo del principio di sussidiarietà, e in particolare sulla sua applicabilità nel contesto dell'attività di esecuzione delle politiche dell'Unione, cfr. J. ZILLER, *La sussidiarietà come principio del diritto amministrativo europeo*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2006, p. 286.

102, il trattato stesso deroga a questo assetto in virtù della centralità della funzione in questione e al suo ruolo cruciale in vista della realizzazione di un obiettivo centrale dell'integrazione europea (un mercato interno caratterizzato dagli elementi che si sono ricordati in precedenza).³⁶

Già all'articolo 103 si può rilevare che la base giuridica offerta dal trattato ai fini dell'applicazione delle norme di concorrenza dell'UE prefigura l'assetto che il sistema preposto alla tutela della concorrenza dovrà avere. Il paragrafo 2 lettera d), in particolare, chiarisce che le direttive e i regolamenti che articoleranno il sistema di *enforcement* dovranno definire i compiti della Commissione e della Corte di giustizia dell'Unione europea nell'applicazione delle disposizioni contemplate dal paragrafo in esame. Il Consiglio è l'attore centrale della funzione legislativa esclusiva in materia di norme di concorrenza dell'Unione, essendo abilitato ad adottare atti giuridici che possono determinare non solo le modalità applicative, ma anche il campo di applicazione dei divieti di cui agli articoli 101 e 102 rispetto ai vari settori economici. Tuttavia, esso è vincolato dal trattato stesso a demandare la corrispondente funzione amministrativa, preposta alla garanzia dell'osservanza di tali divieti, alla Commissione, subordinata al controllo esercitato dalla Corte di Giustizia. I tratti fondamentali di tale funzione sono peraltro ulteriormente definiti dal successivo articolo 105. Esso attribuisce direttamente alla Commissione³⁷ compiti di vigilanza in merito al rispetto dei principi fissati dagli articoli 101 e 102. Questa attribuzione è in sé espressione della generale funzione di vigilanza sull'applicazione del diritto dell'Unione sancita in generale dall'articolo 17 primo paragrafo TUE. Tuttavia, l'articolo 105 precisa ulteriormente che la

³⁶ A tal proposito, il già citato regolamento 182/2011, nel disciplinare regole e principi generali sul controllo dell'attività esecutiva della Commissione espressamente riconosce al considerando (22) che "Il presente regolamento non pregiudica le competenze della Commissione relative all'attuazione delle norme di concorrenza, previste dal trattato sul funzionamento dell'Unione Europea". Tale indicazione conferma ulteriormente che è il trattato stesso, e non la legislazione derivata, ad esigere che la Commissione abbia la responsabilità dell'attuazione degli articoli 101 e 102 TFUE.

³⁷ Tale disposizione è considerata come un paradigma di esecuzione diretta ad esempio da E. CHITI, il quale sottolinea che la vicenda attuativa che ha visto il decentramento di funzioni in capo alle autorità nazionali non inficia il carattere della funzione stessa, qualificato piuttosto dalla circostanza che è le prerogative di esercizio della funzione amministrativa in capo alla Commissione sono garantite dal trattato stesso, v. *The administrative implementation of European Union law*, in H. C. H. HOFMANN, A. TURK, *Legal challenges in EU administrative law*, Cheltenham and Northampton, 2009, p. 26.

Commissione “istruisce, a richiesta di uno Stato membro o d’ufficio e in collegamento con le autorità competenti degli Stati membri che le prestano la loro assistenza, casi di presunta infrazione ai principi suddetti. Qualora essa constati l’esistenza di un’infrazione, propone i mezzi atti a porvi termine”. Si tratta della diretta attribuzione alla Commissione, da parte del trattato stesso, di una funzione amministrativa che deve essere esercitata mediante provvedimenti motivati nella forma tipica della decisione.

Nell’assetto complessivo del trattato, la materia della concorrenza rileva pertanto a livello di funzione amministrativa dell’Unione perché è un caso in cui è il trattato stesso ad esigere che essa sia demandata alla Commissione secondo modalità di esercizio ulteriormente specificate dal Consiglio.³⁸ Ciò rileva non soltanto per ciò che concerne l’identificazione della istituzione comunitaria competente ad esercitare la funzione. Il trattato, infatti, in primo luogo detta esso stesso norme immediatamente precettive in capo ai singoli. In secondo luogo attribuisce al Consiglio una funzione legislativa per ciò che concerne l’ulteriore definizione di tali norme rispetto a vari settori economici e la specifica disciplina di attuazione. Infine, esso stabilisce che la funzione amministrativa necessaria alla loro attuazione sia affidata in linea di principio ad una istituzione dell’Unione stessa e non alle amministrazioni nazionali, diversamente dalla norma dei rapporti tra Unione e Stati membri nell’esecuzione degli atti giuridici vincolanti adottati in base al trattato.³⁹ Vale anche la pena ricordare, in merito alla funzione amministrativa, che essa è stata affidata alla Commissione già in origine, a partire dai trattati istitutivi delle Comunità europee, molto prima che

³⁸ Non può a rigore parlarsi neanche di “trasferimento” di una funzione amministrativa alle istituzioni dell’Unione in quanto tale funzione era estranea, con l’eccezione della Germania, al novero di quelle esercitate dagli apparati degli Stati membri prima dell’entrata in vigore dei trattati, come segnalato da G. DELLA CANANEA, *Diritto amministrativo europeo*, cit., p. 99.

³⁹ A ben vedere, il tratto peculiare delle disposizioni esaminate risiede anche nel fatto che il Trattato non si occupa in questo caso solo della competenza legislativa in materia di concorrenza, ma ne disciplina in nuce l’attuazione amministrativa, riservandola in linea di principio ad un’istituzione dell’Unione. Non può parlarsi in tal senso di una vera e propria deroga ai principi generali dell’esecuzione che emergono dall’articolo 291 in quanto tale disposizione disciplina l’attuazione di atti normativi adottati dalle istituzioni dell’Unione mentre il caso della concorrenza è un’ipotesi di diretta esecuzione delle norme del trattato. Va ulteriormente precisato che la competenza esercitata dalla Commissione non deriva dall’abilitazione di un atto di diritto derivato del Consiglio, quale il regolamento di attuazione, bensì dal Trattato stesso. Il ruolo del regolamento riguarda soltanto la definizione delle modalità di esercizio e gli altri aspetti elencati all’articolo 101 paragrafo 3.

la stessa dottrina si interrogasse sull'effettiva estensione dell'attività svolta a livello comunitario che potesse essere qualificata come esercizio di una funzione amministrativa tipica.

La disciplina dettata dal trattato è quindi il primo elemento fondamentale in vista dell'analisi dell'assetto secondo cui tale funzione è stata in seguito disciplinata, storicamente, dalle specifiche disposizioni adottate dal Consiglio (di cui alla sezione successiva del presente capitolo), nonché per l'esame delle particolari problematiche che esse sollevano in relazione alla competenza attuativa demandata agli Stati membri.

c) Fonti delle norme procedurali: dai Trattati al c.d. soft law

Tra i cenni preliminari utili allo sviluppo del lavoro è utile occuparsi brevemente di alcuni specifici profili concernenti le fonti nell'ordinamento comunitario. Nell'ambito della funzione di controllo dell'osservanza delle norme di concorrenza dell'Unione, infatti, la questione delle fonti assume un peculiare rilievo per comprendere le linee di tendenza secondo cui l'esercizio della funzione amministrativa va strutturandosi non solo a livello comunitario, ma anche a livello nazionale.

Occorre innanzitutto precisare che, con il riferimento alle norme di tipo "procedurale", si intende tutto il complesso di disposizioni che disciplinano l'esercizio della funzione amministrativa dal punto di vista della competenza dell'istituzione o autorità, del diritto applicabile alla condotta in questione, degli strumenti di indagine, dei requisiti procedurali strettamente intesi, delle tipologie di decisioni adottabili, delle garanzie offerte alle parti e ai terzi nonché dei mezzi di impugnazione in sede giurisdizionale.

Si è già visto che in alcuni tratti qualificanti è il trattato stesso a fornire alcune norme qualificabili come "procedurali". Le disposizioni contenenti le proibizioni di intese e abusi restrittivi della concorrenza, innanzitutto, dettano un criterio "giurisdizionale" relativo all'ambito di applicazione del diritto dell'Unione, che si impone per ogni infrazione di dimensione comunitaria, intesa come condotta capace di "pregiudicare" o "essere pregiudizievole" al commercio tra Stati

membri. Si è visto inoltre che il trattato affida al Consiglio, su proposta della Commissione e previa consultazione del Parlamento europeo, il compito di dettare la disciplina dettagliata di procedure e vincoli mediante atti giuridici vincolanti che possono assumere la forma di direttive o regolamenti.

Il primo regolamento emanato dal Consiglio in base all'articolo 103 primo paragrafo è stato il regolamento n. 17 del 1962,⁴⁰ sostituito successivamente dal regolamento n. 1 del 2003,⁴¹ che è alla base del decentramento della funzione amministrativa nell'esercizio di poteri sanzionatori, e più in generale di poteri di vigilanza su pratiche potenzialmente lesive della concorrenza. Entrambi questi regolamenti hanno autorizzato la Commissione ad adottare ulteriori disposizioni utili ai fini della loro applicazione. L'articolo 33 del regolamento 1/2003, in particolare, specifica che tali disposizioni possono riguardare le modalità di presentazione e rigetto delle denunce, lo scambio di informazioni e la consultazione tra Commissione e autorità garanti e le audizioni delle parti.

La Commissione ha così adottato il regolamento n. 773 del 2004,⁴² strutturalmente subordinato al regolamento 1,⁴³ che disciplina in dettaglio diversi elementi del procedimento innanzi alla Commissione, anche al di là di quelli menzionati all'articolo 33, come l'avvio del procedimento, i poteri esercitati nell'ambito delle indagini svolte dalla Commissione, nonché l'accesso al fascicolo e il trattamento delle informazioni riservate. Per un quadro complessivo degli atti vincolanti adottati in merito all'attuazione degli articoli 101 e 102 del trattato occorre infine citare la decisione⁴⁴ mediante la quale la

⁴⁰ Regolamento (CEE) 17/62 del Consiglio del 6 Febbraio 1962, GUCE 13 del 21 Febbraio 1962, p. 204/62.

⁴¹ 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 GUUE L 1 del 4 Gennaio 2003, p. 1.

⁴² 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 GUUE L 123 del 24 Aprile 2004.

⁴³ La subordinazione gerarchica tra gli atti di diritto derivato è generalmente estranea alla disciplina di tali atti come posta dai trattati, tuttavia in questo caso la subordinazione discende tecnicamente dalla circostanza che la Commissione è abilitata ad adottare un proprio regolamento in base al regolamento del Consiglio e alle condizioni determinate da quest'ultimo.

⁴⁴ Decisione della Commissione del 23 Maggio 2001, notificata con il numero C (2001) 1461, in GUUE L 162 del 19 Giugno 2001. Il mandato del consigliere-auditore è stato recentemente rivisto mediante la Decisione del presidente della Commissione europea del 13 ottobre 2011 relativa alla funzione e al mandato del consigliere-auditore per taluni procedimenti in materia di concorrenza, 2011/695/UE, pubblicata in GUUE L 275 del 20 ottobre 2011, p. 29.

Commissione ha disciplinato il mandato dei consiglieri-auditori, figura atipica nell'ambito del procedimento antitrust comunitario. Il loro ruolo è stato infatti caratterizzato, per quanto possibile, dall'attributo della terzietà a fini di garanzia dei diritti procedurali delle parti, sebbene tale terzietà sia giuridicamente predicabile rispetto ai servizi precedenti nell'ambito della Commissione, e non rispetto alla Commissione stessa.⁴⁵

Quanto ai procedimenti svolti dalle autorità nazionali deputate alla garanzia della concorrenza, essi sono retti dal diritto nazionale in virtù del principio dell'autonomia procedurale degli Stati membri, in virtù del quale l'attuazione da parte degli Stati membri del diritto dell'Unione, nonché delle situazioni giuridiche soggettive da esso riconosciute, è disciplinata a livello procedurale (inteso in senso ampio) dal diritto interno, salvi i vincoli posti dai principi di effettività e di equivalenza.⁴⁶ In virtù di questi principi, gli Stati membri hanno l'obbligo di garantire in primo luogo che il diritto dell'Unione riceva efficace applicazione e l'esercizio dei diritti da esso conferiti non sia reso praticamente impossibile o eccessivamente difficile, e in secondo luogo che le situazioni giuridiche soggettive conferite dall'ordinamento comunitario non siano disciplinate o trattate meno favorevolmente rispetto alle analoghe situazioni giuridiche soggettive di diritto interno. L'incidenza di tali principi (essenzialmente di carattere negativo)⁴⁷ sul diritto interno e le conseguenze per quanto riguarda la disciplina dell'attività amministrativa svolta dalle autorità nazionali sarà l'oggetto dell'ultimo capitolo del presente studio. In questa sede occorre ricordare che in realtà il diritto dell'Unione pone vincoli all'autonomia procedurale anche di tipo positivo: basti pensare a disposizioni quali l'articolo 5 del regolamento 1/2003, che sotto la rubrica "competenze delle autorità garanti

⁴⁵ Essi dipendono funzionalmente dal Commissario per la concorrenza. Nonostante alcune proposte emerse nel processo di riforma, volte a far dipendere il consigliere-auditore direttamente dalla Commissione o dal Presidente, l'articolo 2 paragrafo 2 della decisione appena citata stabilisce che "Il consigliere-auditore dipende amministrativamente dal commissario per la concorrenza."

⁴⁶ Sull'origine del principio di autonomia procedurale e le conseguenze dei principi di effettività ed equivalenza si rinvia al Capitolo 4.

⁴⁷ Nella giurisprudenza della Corte di Giustizia, in genere, tali principi tipicamente "ostano" all'applicazione di una disposizione nazionale alle situazioni giuridiche soggettive coinvolte, piuttosto che suggerire "positivamente" una disciplina specifica compatibile con essi, benché nel caso del principio di equivalenza è evidente che questa deve corrispondere quantomeno alla disciplina applicabile alle analoghe situazioni del diritto nazionale, se più favorevole.

della concorrenza degli Stati membri” disciplina in realtà la tipologia di decisioni che esse “possono” adottare.

Le fonti fin qui ricordate, che si iscrivono nell’alveo degli atti giuridici vincolanti tipizzati dal trattato ex articolo 288 TFUE, cui si affiancano le disposizioni di diritto interno⁴⁸ che disciplinano l’attività delle autorità nazionali, non danno tuttavia il quadro completo dei riferimenti normativi utili ai fini di una ricostruzione compiuta del complesso di vincoli procedurali che regolano l’attività amministrativa di *enforcement* da parte degli attori della rete di autorità garanti della concorrenza. Ad esse occorre infatti aggiungere il variegato novero di atti riassumibili sotto la dicitura di “*soft law*”, generalmente adottati dalla Commissione⁴⁹ sotto le più svariate diciture (quali linee direttrici, comunicazioni, documenti di orientamento).⁵⁰ Il ricorso a tali atti, che vanno qualificati come vere e proprie fonti atipiche, è particolarmente significativo nell’ambito della politica di concorrenza dell’Unione. E’ pertanto utile soffermarsi sulla natura giuridica del *soft law* e sulla sua capacità di produrre effetti vincolanti.

Gli strumenti di *soft law* si sono moltiplicati con l’evolversi dell’attuazione della disciplina antitrust dei trattati, ma non sono mai stati codificati come una fonte del diritto vera e propria: in quanto tali essi non possono essere considerati atti di diritto derivato, e tantomeno possono pregiudicare la funzione della Corte di Giustizia quale istituzione competente in via esclusiva a fornire un’interpretazione vincolante dei trattati e degli atti posti in essere dalle istituzioni dell’Unione (ex art 267 TFUE e art 19 TUE).

In primo luogo si possono adottare due criteri distintivi nell’ambito della ricostruzione del panorama degli atti di *soft law*. Il primo criterio riguarda il loro

⁴⁸ A titolo esemplificativo si ricordano, nella loro più recente versione, in Germania il Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen del 15 Luglio 2005 (BGBl. I 2005 p. 2114), in Francia gli articoli da L.410-1 a 470-8 del Code de Commerce, nel Regno Unito il Competition Act del 1998 e la Legge n. 287 del 1990 in Italia.

⁴⁹ Tra le più importanti eccezioni vi è un atto atipico della Commissione e dal Consiglio che ha fortemente influenzato la definizione delle modalità operative della rete, si tratta di un comunicato congiunto del 3 Marzo 2003: *Dichiarazione comune del Consiglio e della Commissione sul funzionamento della rete delle autorità garanti della concorrenza*.

⁵⁰ Nella dottrina di lingua italiana ci si riferisce spesso a tali atti in senso generico come “comunicazioni”, termine che verrà impiegato con questa accezione nel prosieguo della trattazione.

contenuto, e permette di distinguere da un lato gli atti mediante i quali la Commissione chiarisce concetti o esprime orientamenti concernenti le modalità di attuazione delle norme di concorrenza, e quelli in cui essa si occupa invece del contenuto sostanziale di tali norme, incidendo quindi sull'oggetto dell'attività.

Il secondo criterio elaborato dalla dottrina distingue gli atti di *soft law* in atti informativi, atti interpretativi e atti decisionali. Il primo tipo di atti si risolve in comunicazioni mediate le quali le istituzioni dell'Unione strutturano il proprio dialogo nell'abito di procedimenti volti all'emanazione di veri e propri atti giuridici vincolanti (e in quanto tali possono essere inquadrati nell'alveo dell'attività preparatoria). Le comunicazioni c.d. interpretative offrono chiarimenti riguardo ad alcuni concetti tecnici impiegati dal diritto dell'Unione, che sono elaborati alla luce della giurisprudenza della Corte di Giustizia e della politica generale perseguita dalla Commissione. Le comunicazioni decisorie sono invece atti di *soft law* con cui la Commissione codifica una prassi esistente o ne preannuncia un'innovazione quanto all'applicazione del diritto della concorrenza nei suoi profili procedurali o sostanziali.⁵¹

La portata di tali distinzioni è meramente descrittiva, e bisogna chiarire che le classificazioni degli strumenti di *soft law* non hanno una corrispondenza esatta nella prassi della Commissione: le comunicazioni adottate dalla Commissione spesso contengono elementi al tempo stesso ricognitivi e decisori,⁵² in un contesto in cui l'interpretazione della Corte di Giustizia viene spesso ricordata e ulteriormente sviluppata come strumento di politica generale. Tali classificazioni, inoltre, non chiariscono la ragion d'essere dello strumento né in

⁵¹ E' stato anche osservato che, in particolare nel settore degli aiuti di Stato, dove per molti anni sono state assenti norme di diritto secondario relative al procedimento e ai criteri di valutazione adottati dalla Commissione, gli strumenti di *soft law* hanno realizzato non soltanto una razionalizzazione amministrativa, ma hanno costituito anche strumenti di indirizzo politico che possono preludere all'adozione di veri e propri atti di diritto derivato, cfr. ad es. N. RUBIO, *Les instruments de soft law dans les politiques communautaires: vecteur d'une meilleure articulation entre la politique de concurrence et la politique de cohésion économique et sociale?*, in *Revue Trimestrielle de Droit Européen*, 2007, p. 600.

⁵² In un caso recente, sentenza del Tribunale del 20 Maggio 2010, *Germania c- Commissione*, causa T-258/06, riguardante una comunicazione interpretativa della Commissione, il Tribunale ha precisato che i ricorsi avverso un atto interpretativo della Commissione sono ricevibili nella misura in cui esso stabilisca obblighi specifici e nuovi (punto 31), e ha in seguito effettuato tale analisi rispetto ai singoli punti della comunicazione oggetto di censura da parte dei ricorrenti (v. ad esempio punto 72).

che modo esso possa finire per costituire un vero e proprio vincolo dell'azione amministrativa della Commissione e, di riflesso, delle autorità nazionali.

I trattati e gli strumenti di diritto derivato concernenti l'attuazione delle norme antitrust, disciplinano la funzione amministrativa comunitaria preordinandola a obiettivi codificati dal diritto primario, dotandola di poteri e strumenti di indagine, prevedendo la possibilità di adottare atti tipici motivati e stabilendo vincoli procedurali di norma posti a garanzia delle parti e dei terzi. Entro questi confini l'attività della Commissione è caratterizzata dall'adozione di scelte discrezionali⁵³ in merito a numerosi aspetti sostanziali e procedurali dell'attuazione delle norme di concorrenza.

Tale ambito di discrezionalità è apprezzabile già a partire dall'avvio del procedimento, e segnatamente nella decisione della Commissione di concentrare la propria attività di indagine su determinate pratiche o determinati settori economici.⁵⁴ Nell'esclusivo perseguimento dell'interesse dell'Unione la Commissione può avviare procedimenti d'ufficio o sulla base di denunce che essa stessa ha la facoltà di rigettare con decisione motivata. La stessa competenza ad esaminare una condotta potenzialmente lesiva della concorrenza in sede amministrativa è posta dal regolamento 1/2003 in capo alla Commissione e alle autorità nazionali senza che vengano specificati a livello di diritto positivo i criteri secondo i quali il riparto debba effettuarsi *ab origine* tra la prima e le seconde, o criteri positivi in base ai quali la Commissione può decidere di aprire un procedimento e privare pertanto di competenza l'autorità procedente.⁵⁵ L'irrogazione di sanzioni pecuniarie è definita soltanto nel suo limite massimo, entro il quale spetta alla Commissione determinare

⁵³ Sulle diverse accezioni di discrezionalità di cui la Commissione dispone nel diritto dell'Unione sia consentito rinviare all'analisi di P. CRAIG, *EU Administrative Law*, Oxford, 2006, p. 433 ss.

⁵⁴ La Corte ha sottolineato che il compito di vigilanza di cui la Commissione è investita dal trattato la rende responsabile dell'attuazione e dell'orientamento della politica comunitaria della concorrenza, un compito per svolgere il quale essa dispone di un potere discrezionale. Tale discrezionalità trova vincoli nell'obbligo di motivazione e nella funzione stessa di vigilanza, nel senso che la Commissione "non può considerare escluse a priori dalla sua sfera d'azione determinate situazioni rientranti nel ruolo assegnatole dal Trattato". V. Sentenza 4 Marzo 1999, *UFEX*, causa C-119/97 P, in *Racc.* p. I-1371.

⁵⁵ Articolo 11 paragrafo 6 del regolamento 1/2003.

l'ammontare.⁵⁶ L'accettazione di impegni da parte delle imprese con decisione,⁵⁷ anche qualora essi rispondano alle preoccupazioni espresse nella valutazione preliminare, è prevista come facoltà per la Commissione, e subordinata ad una valutazione discrezionale di quest'ultima. Vanno inoltre ricordati quei casi in cui l'applicabilità delle norme di concorrenza dell'Unione è subordinata al sussistere di alcuni attributi della condotta definiti dai trattati mediante criteri flessibili: si pensi alle nozioni di pregiudizio al commercio tra Stati membri,⁵⁸ al concetto di posizione dominante, che in quanto tale va apprezzato a partire da un mercato di riferimento la cui determinazione è rimessa a considerazioni tecniche fondate su modelli che trascendono la definizione normativa e dipendono invece dalla teoria economica applicabile al mercato di riferimento,⁵⁹ o all'inapplicabilità della proibizione di intese restrittive a quelle condotte che rispondano ai criteri generali di efficienza definiti dall'articolo 101 paragrafo 3.

In virtù di questo ampio spazio di azione che in alcuni casi si traduce in una vera e propria discrezionalità amministrativa in senso tecnico, la Commissione ha storicamente ritenuto opportuno definire i propri orientamenti di politica generale pubblicizzandoli mediante comunicazioni.⁶⁰ Le comunicazioni hanno riguardato i più vari aspetti dell'attività attuativa degli articoli 101 e 102, da

⁵⁶ Articoli 23 e 24 del regolamento 1. V. ad es. P. MANZINI, M. F. PORTINCASA, *La discrezionalità della Commissione nella determinazione delle ammende antitrust*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 2007, p. 559. Quanto ai problemi di sindacato giurisdizionale del margine di apprezzamento rimesso alle autorità amministrative nel settore della concorrenza, v. ad es. 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, p. 7.

⁵⁷ Articolo 9 del regolamento 1/2003.

⁵⁸ Il pregiudizio al commercio tra Stati membri è stato definito dalla Corte come un requisito che limita il campo di applicazione delle norme di concorrenza del Trattato. Il pregiudizio va valutato come questione riguardante la condotta, e in particolare se essa possa incidere, "direttamente o indirettamente, in potenza o in atto, sulla libertà del commercio tra Stati Membri". V. ad es. una delle più risalenti pronunce, sentenza 16 luglio 1966, *Consten e Grundig*, cause riunite 56 e 58/64, in *Racc.* p. 461.

⁵⁹ Sulla nozione di mercato rilevante e le problematiche relative alla sua definizione nel caso specifico si veda ad esempio R. WHISH, *Competition law*, Oxford, 2008, p. 25.

⁶⁰ A tal proposito M.P. CHITI ha rilevato che la crescente diffusione delle comunicazioni della Commissione può essere dovuta anche alla crescente integrazione che si verifica nell'ambito dell'Unione e "rende necessarie nuove forme di coordinamento ed indirizzo espresse con atti diversi da quelli tipizzati nei Trattati, di carattere eminentemente amministrativo, rivolti ai vari organismi comunitari e/o alle amministrazioni nazionali operanti in senso comunitario", cfr *Diritto amministrativo europeo*, cit., p. 201.

quelli di natura sostanziale (quali la definizione del mercato rilevante,⁶¹ l'applicazione dell'articolo 101 paragrafo 3,⁶² l'ammontare delle ammende,⁶³ la nozione di pregiudizio al commercio tra Stati membri),⁶⁴ e svariati elementi procedurali immediatamente rilevanti per l'oggetto dello studio.⁶⁵

In tal modo, la Commissione ha elaborato strumenti atipici capaci da un lato di incrementare la certezza giuridica dei singoli e strutturare più dettagliatamente la procedura di attuazione degli articoli 101 e 102 e la cooperazione con le autorità e le corti nazionali ben al di là di quanto disciplinato da atti giuridici vincolanti. Ciò non si pone in contrasto con gli attributi tipici di un ordinamento caratterizzato dal principio delle competenze di attribuzione in quanto la Commissione ha esclusivamente codificato e reso più certe le modalità secondo cui essa intende esercitare tali competenze: in tal senso può sostenersi che, nel rispetto del principio di legalità dell'azione amministrativa come esso si atteggia peculiarmente nell'ordinamento comunitario, la Commissione ha stabilito ulteriori vincoli alla sfera discrezionale di cui dispone predeterminando in linea generale l'equilibrio tra gli interessi alla cui tutela essa è preposta e specificando ulteriormente le concrete modalità di esercizio di tale tutela.⁶⁶

Questa ricostruzione non è priva di conseguenze che finiscono per incidere indirettamente sull'efficacia stessa di tali strumenti atipici. La manifestazione ai

⁶¹ Comunicazione della Commissione sulla definizione del mercato rilevante ai fini dell'applicazione del diritto comunitario in materia di concorrenza, in GUCE C 372 del 9/12/1997 p. 5.

⁶² Comunicazione della Commissione – linee direttrici sull'applicazione dell'articolo [101] paragrafo 3 del trattato, in GUUE C 101 del 27 aprile 2004 p. 97.

⁶³ Si vedano da ultimo gli Orientamenti per il calcolo delle ammende inflitte in applicazione dell'articolo 23, paragrafo 2, lettera *a*) del regolamento (CE) n. 1/2003, in GUUE C 210 del 1 settembre 2006, p. 2.

⁶⁴ Comunicazione della Commissione – linee direttrici sulla nozione di pregiudizio al commercio tra Stati membri di cui agli articoli [101] e [102] del trattato, in GUUE C 101 del 27 aprile 2004, p. 81.

⁶⁵ Basti ricordare la Comunicazione della Commissione sulla cooperazione nell'ambito della rete delle autorità garanti della concorrenza, in GUUE C 101 del 27 aprile 2004, p. 43; la Comunicazione della Commissione sulla procedura applicabile alle denunce presentate alla Commissione ai sensi degli articoli [101] e [102] del Trattato, in GUUE C 101 del 27 aprile 2004, p. 65; Comunicazione della commissione sull'orientamento informale per questioni nuove relative agli articoli [101] e [102] del Trattato sollevate da casi individuali (lettere di orientamento), in GUUE C 101 del 27 aprile 2004, p. 78.

⁶⁶ V. anche H. C. HOFMANN, *Negotiated and non-negotiated administrative rule-making: the example of EC Competition Policy*, in *Common Market Law Review*, 2006, p. 160. Secondo Hofmann, in particolare, deve ritenersi che da un punto di vista procedurale, la base giuridica dell'attività di elaborazione di norme e vincoli di diritto amministrativo mediante strumenti di *soft law* è lo stesso potere discrezionale della Commissione.

terzi di specifiche modalità di azione sostanziali e procedurali è capace di far sorgere in capo a questi ultimi un legittimo affidamento,⁶⁷ in quanto tale tutelato dai principi generali del diritto dell'Unione e suscettibile di tutela.⁶⁸ La Commissione non potrà discostarsi dall'orientamento espresso in un atto di *soft law* a pena di ledere tale principio: in tal modo gli strumenti di *soft law* diventano vincolanti per l'istituzione che li ha emanati.⁶⁹ E' pacifico che tale vincolo non può pregiudicare l'attuazione di funzioni conferite dal trattato alla Commissione, e pertanto le comunicazioni della Commissione non potranno avere come effetto quello di restringere il campo di applicazione dei trattati o di escludere l'efficacia pratica dei divieti da esso istituiti (ma in tal senso, l'affidamento degli autori di una condotta vietata dal trattato non potrebbe acquisire il carattere della legittimità). Il vincolo consiste pertanto nel dovere di attenersi alla condotta enunciata nella comunicazione, non potendosi discostare nel caso singolo finché la comunicazione stessa non sia stata emendata.⁷⁰

Questi profili sono estremamente rilevanti in alcune ipotesi, quali l'irrogazione di sanzioni: in questo caso la giurisdizione delle Corti sull'ammenda irrogata dalla Commissione ha finito per configurarsi anche come

⁶⁷ Sulla tutela del legittimo affidamento nell'ordinamento comunitario si veda T. C. HARTLEY, *The foundations of European Community Law*, Oxford, 2003, pp. 149 ss.

⁶⁸ Mentre è pacifico che la manifestazione a terzi degli orientamenti della Commissione ne vincoli la discrezionalità, i principi giuridici da cui tale conseguenza discende possono essere molteplici. H.C. H. HOFMANN, in *Negotiated and non-negotiated administrative rule-making*, cit., ne rinviene almeno tre tra le argomentazioni elaborate dalla Corte di Giustizia nel censurare la divergenza tra l'orientamento generale espresso dalla Commissione e le sue determinazioni in casi individuali: il principio di non discriminazione, il principio del legittimo affidamento e più in generale la garanzia di certezza giuridica. Tra le sentenze rilevanti a questo proposito si vedano ad esempio sentenza del 28 Giugno 2005, *Dansk Rørindustri*, cause riunite C-189, 202, 208, 213/02, in *Racc.* p. I-5425 par. 211; *Italia c. Commissione*, causa C-310/99, in *Racc.* p. I-2289, par. 52; *Vlaamse Gewest*, causa T-214/95, in *Racc.* p. II-717, par. 79.

⁶⁹ Sulla generale rilevanza del principio del legittimo affidamento nel diritto dell'Unione rispetto all'esercizio della discrezionalità della Commissione, cfr. A. MASSERA, *I principi generali*, in CHITI-GRECO 2007, cit., p. 322, secondo cui il principio del legittimo affidamento "vale a introdurre un limite, anche di ordine temporale, alla latitudine del potere discrezionale dell'autorità, con l'obbligo per quest'ultima di confrontare in concreto l'interesse comunitario con l'affidamento legittimamente maturato dal privato e quindi a consentire una diversa ripartizione del rischio derivante dalle varie possibilità di sopravvenienze rispetto a quella in cui incorrerebbe il soggetto privato in assenza del limite stesso".

⁷⁰ E' per questa ragione che alcuni elementi di flessibilità sono stati introdotti in alcune comunicazioni, come il punto 37 degli orientamenti sul calcolo delle ammende. Per un esempio di recente applicazione v. G. BERGER, M. SCHMILLEN, *Reduced fines outside the scope of the Leniency Notice: the Power Transformers case*, in *Competition policy newsletter*, 2010/3, p. 33. Sulla flessibilità delle comunicazioni come elemento volto a evitare il consolidarsi di un vincolo sulla discrezionalità della Commissione v. anche P. CRAIG, *EU Administrative law*, cit., p. 648.

controllo del rispetto nel caso specifico dei criteri stabiliti a priori e in linea generale in una comunicazione della Commissione.⁷¹ Analoga vicenda hanno avuto le questioni relative alla definizione del mercato rilevante.

Per ciò che attiene ai profili procedurali disciplinati da comunicazioni,⁷² che maggiormente incidono sul funzionamento della rete di autorità garanti della concorrenza, essi hanno immediata rilevanza per quel che concerne la disciplina dei rapporti tra la Commissione e le autorità nazionali. Se e in che modo essi possano finire per vincolare anche le autorità garanti nella propria attività di attuazione da un punto di vista procedurale oltre che sostanziale, con un parziale superamento del principio dell'autonomia procedurale degli Stati membri, è una questione che verrà esaminata nell'ultimo capitolo.

⁷¹ In materia di discrezionalità della Commissione, ammontare delle ammende e poteri della Corte di Giustizia si veda ad es. W. WILS, *The Commission's 2006 Guidelines on Fines*, in *Efficiency and Justice in antitrust enforcement*, Portland and Oxford, 2008, p. 82, ove l'Autore rileva che nei primi decenni di attuazione delle norme di concorrenza, in assenza di linee guida generali, la Commissione specificava soltanto un certo numero di fattori nella decisione, ma non indicava il metodo con il quale essi erano stati presi in considerazione per il calcolo dell'ammenda irrogata. A ciò suppliva eventualmente fornendo alcune indicazioni alla Corte allorché le decisioni venivano impugnate.

⁷² Le comunicazioni vanno pertanto considerate unitamente ai regolamenti di attuazione al fine di ricostruire il quadro normativo dell'attuazione delle norme di concorrenza, configurabile come un vero e proprio codice di procedura relativo a uno specifico settore, in tal senso v. P. CRAIG, *EU administrative law. The acquis*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2011, p. 345.

2. L'evoluzione del sistema di attuazione: decentramento della funzione amministrativa

a) Il sistema di enforcement dal Regolamento n. 17 del 1962 al processo di riforma.

Il trattato di Roma prevedeva esso stesso, a livello primario, un regime transitorio di attuazione delle norme di concorrenza. In particolare, fino all'entrata in vigore delle disposizioni adottate dal Consiglio a tal scopo, spettava alle autorità degli Stati membri decidere sull'ammissibilità di intese e sugli abusi di posizione dominante. Tale competenza degli Stati membri (la cui formulazione è ancora oggi recepita nel Trattato all'articolo 104) era stata stabilita *in assenza* di una disciplina dell'azione della Commissione in questo settore.

Il primo regolamento di attuazione degli articoli 101 e 102 è stato emanato dal Consiglio nel 1962. La Commissione, coerentemente con l'architettura di funzioni disegnata dai trattati e ricordata in precedenza, si vedeva attribuito il monopolio nell'attuazione delle norme di concorrenza, da esercitarsi mediante poteri di indagine e poteri sanzionatori disciplinati dal regolamento stesso. Tuttavia, l'estensione di tale competenza esclusiva della Commissione va ulteriormente chiarita.⁷³

In primo luogo, le norme di concorrenza dovevano essere applicate a casi specifici anche dalle giurisdizioni nazionali. Le proibizioni di cui agli articoli 101 paragrafo 1 e 102, infatti, si indirizzano direttamente alle imprese, con una formulazione tale da consentire alla Corte di Giustizia di dichiararne l'effetto diretto. Da ciò discende direttamente che le corti nazionali, dinanzi a una condotta che integrasse una violazione di tali disposizioni, avevano l'obbligo di dichiararne l'illegittimità: nel caso di intese, ciò ne comportava la nullità di pieno diritto ai sensi dell'articolo 101 par. 2. La statuizione della corte per cui tali proibizioni sono norme di ordine pubblico dell'Unione (allora Comunità) ha

⁷³ Per una esposizione del rapporto tra Commissione e autorità nazionali come si è evoluto prima dell'entrata in vigore del regolamento di riforma si veda L. F. PACE, *L'evoluzione della tutela amministrativa della concorrenza nel diritto antitrust nazionale e comunitario*, in *Il diritto dell'Unione europea*, 1999, p. 355.

comportato inoltre che esse dovessero essere applicate anche d'ufficio dai giudici, compatibilmente con il sistema procedurale di riferimento nel diritto nazionale.⁷⁴

Il rispetto delle norme di concorrenza doveva inoltre essere osservato anche dalle autorità amministrative degli Stati membri,⁷⁵ cui entro certi limiti spettava anche l'attuazione. In particolare, l'articolo 9 del regolamento 17, rubricato "competenza", chiariva che le autorità degli Stati membri restavano competenti (quindi anche dopo la fine del regime transitorio) per l'applicazione delle proibizioni in questione, nei limiti in cui la Commissione non avesse iniziato un procedimento.⁷⁶

Il vero monopolio della Commissione, a ben vedere, si riduceva quindi alla possibilità di dichiarare l'inapplicabilità della proibizione di intese restrittive ad accordi, decisioni o pratiche che soddisfacessero le condizioni di cui all'articolo 101 paragrafo 3 del trattato, come chiarito dal primo paragrafo dell'articolo 9, che qualifica la relativa competenza come "esclusiva". Da un punto di vista procedurale, per ottenere la dichiarazione di inapplicabilità, le imprese erano soggette a un obbligo di notifica preventiva, in base al quale esse erano tenute a notificare preventivamente alla Commissione ogni accordo, decisione di

⁷⁴ Il complesso degli effetti delle norme di concorrenza del trattato negli ordinamenti nazionali e il ruolo delle giurisdizioni nazionali come discende direttamente da esso è stato efficacemente riassunto dalla Corte nella sua attuale vigenza in risposta a diversi quesiti pregiudiziali nella sentenza 13 Luglio 2006, *Manfredi*, cause riunite C-295-298/04, in *Racc.* p. I-6619, *passim*.

⁷⁵ Le autorità nazionali dovevano garantire rispetto delle norme comunitarie di concorrenza anche in assenza di un'espressa previsione in tal senso da parte del diritto nazionale: a tal proposito deve condividersi l'opinione di chi riteneva sufficiente, a tal fine, l'effetto diretto delle proibizioni di cui agli articoli 101 e 102 del trattato, v. ad esempio G. TESAURO, *Applicazione del diritto comunitario della concorrenza da parte delle autorità nazionali*, in E. A. RAFFAELLI, *Antitrust tra diritto nazionale e diritto comunitario*, Bruxelles – Milano, 2000, p. 6. L'Autore riconosceva tuttavia la peculiarità dell'attuazione delle disposizioni di cui agli articoli 101 e 102, in quanto esse richiedono "un'attività complessa di accertamento e di valutazione tecnica molto rilevante". A tal fine si riteneva utile una abilitazione specifica da parte del legislatore nazionale, che prima dell'entrata in vigore del regolamento 1 era occorsa in otto Stati membri. Più in generale, la dottrina ha anche rivolto l'attenzione sulla capacità dell'effetto diretto di rendere più efficace e capillare la sanzione giuridica di infrazioni di norme del Trattato, elemento essenziale in un sistema quale quello comunitario, v. ad es. P. CRAIG, *Once upon a time in the West: Direct effect and the Federalization of EEC Law*, in *Oxford Journal of Legal Studies*, 1999, p. 455.

⁷⁶ E' stato giustamente osservato che il regolamento 17 conteneva anche disposizioni in merito al raccordo con l'azione amministrativa delle autorità nazionali *antitrust*, anche garantendo "flussi di informazione" sulle notifiche e i procedimenti in corso. Le autorità, pertanto, potevano "completare" l'azione amministrativa della Commissione, cfr. P. CRAIG, *Amministrazione comunitaria. Storia, tipologia e "accountability"*, in D'ALBERTI, M. (a cura di), *Le nuove mete del diritto amministrativo*, Bologna, 2010, p. 15.

associazioni di imprese e pratica concordata affinché la Commissione ne valutasse la possibile esenzione ai sensi dell'articolo 101 paragrafo 3. La dichiarazione di inapplicabilità è stata quindi configurata come una autorizzazione, da cui dipendeva la validità stessa delle intese, altrimenti da considerarsi nulle di pieno diritto per effetto dell'articolo 101 paragrafo 2. L'efficacia della dichiarazione di inapplicabilità decorreva dal momento indicato nella dichiarazione stessa, e non poteva in alcun caso dispiegarsi prima che l'intesa in questione fosse stata notificata alla Commissione.

Questa scelta è particolarmente significativa non solo nel campo dei rapporti tra Stati membri e Comunità ma soprattutto nell'economia dell'incidenza dell'attività amministrativa di un'istituzione comunitaria sulla sfera rimessa al potere negoziale dei privati. La validità di qualunque accordo tra imprese che integrasse una delle fattispecie menzionate all'articolo 101 paragrafo 1 era subordinata all'esito di un procedimento amministrativo. Per comprendere la *ratio* di tale previsione si deve ricordare che quando il regolamento 17 entrò in vigore il diritto della concorrenza era largamente assente negli ordinamenti nazionali, e pertanto l'attuazione amministrativa di tali norme non rientrava tra le funzioni tipicamente rimesse alle amministrazioni statali. Inoltre, la centralità dell'obiettivo dell'instaurazione di un mercato interno in regime di libera concorrenza imponeva che le scelte di politica generale sottese dalla dichiarazione di inapplicabilità di cui all'articolo 101 par. 3 dovessero essere demandate a un'istanza comunitaria al fine di assicurare un'omogeneità di fondo del quadro regolatorio, ai fini del corretto funzionamento del mercato stesso.⁷⁷ In altre parole, emergeva già in nuce l'esigenza non solo di un'attuazione efficace, ma anche di una *applicazione uniforme* delle norme di concorrenza come pilastro del funzionamento del mercato interno (all'epoca mercato comune) che gli Stati membri avevano inteso istituire mediante i trattati.

Un'esigenza concorrente di tale approccio era tuttavia quella di garantire certezza giuridica ai singoli e, dal punto di vista dell'amministrazione

⁷⁷ Sul "dogma" normativo e culturale del monopolio della Commissione in merito alla dichiarazione di inapplicabilità di cui all'articolo 101 par. 3 v. C. D. EHLERMANN, *The modernisation of EC antitrust policy: a legal and cultural revolution*, in *Common Market Law Review*, 2000, p. 538.

comunitaria, quella di non oberare la Commissione di un numero eccessivo di notifiche che potessero compromettere l'efficienza del sistema (i parametri della "sorveglianza efficace" e della semplificazione del controllo amministrativo erano peraltro già previsti dall'articolo 101 par 3 lett. b) del Trattato). Il Consiglio si è quindi avvalso della previsione di cui all'articolo 101 par 3 lett. c), ed ha abilitato la Commissione ad adottare regolamenti di esenzione per alcune categorie di intese, già a partire dal 1965.⁷⁸

Le intese rientranti nell'ambito di un regolamento di esenzione non erano soggette all'obbligo di notifica, con una significativa riduzione delle notifiche che la Commissione doveva esaminare. Nella prassi, tali regolamenti hanno progressivamente iniziato ad indicare quelle clausole tipicamente presenti in alcune tipologie di accordi che venivano ritenute compatibili con l'esenzione (c.d. *white list*) e quelle invece ritenute incompatibili (c.d. *black list*). Per semplificare i procedimenti innanzi alla Commissione, alcuni regolamenti di esenzione prevedevano inoltre una procedura semplificata (anche detta 'procedura di opposizione') in virtù della quale le intese rientranti nella categoria individuata dal regolamento venivano notificate alla Commissione che aveva il potere di fare opposizione entro sei mesi.⁷⁹ Sempre con lo scopo di far fronte al crescente carico di notifiche che la Commissione riceveva, è stata infine elaborata la prassi delle c.d. *comfort letters*, atti informali che permettevano alla Commissione di chiudere i casi meno rilevanti nelle ipotesi in cui la proibizione di cui all'articolo 101 par. 1 non fosse applicabile o in cui si ritenevano sussistenti le condizioni per una esenzione.⁸⁰

Le misure appena elencate costituivano strumenti per rendere più flessibile una disciplina che era stata concepita in modo molto rigido quanto al ruolo

⁷⁸ Regolamento n. 19/65/CEE del Consiglio del 2 Marzo 1965, pubblicato in GUCE P36 del 6 Marzo 1965.

⁷⁹ In dottrina è stata sottolineata la dubbia legittimità di tali procedure, in quanto attraverso di esse la Commissione si sarebbe appropriata di un potere di esenzione individuale senza rispettare le garanzie procedurali previste dal regolamento di attuazione a vantaggio dei terzi. Così A. FRIGNANI, M. WAELBROECK, *Disciplina della concorrenza nella CE*, Torino, 1996, p. 380.

⁸⁰ Le *comfort letters* erano atti tecnicamente non vincolanti, ed essendo resi soltanto in base ad una valutazione sommaria, non esprimevano in modo definitivo (almeno da un punto di vista normativo) una determinazione della Commissione. Si vedano le considerazioni di A. FRIGNANI, E. GENTILE, G. ROSSI, *La devolution dell'antitrust. Prime riflessioni intorno al 'Libro bianco' sulla modernizzazione*, in *Mercato, Concorrenza, Regole*, 2000, p. 186.

dell'amministrazione nel controllo di operazioni di mercato. La rigidità, peraltro, non corrispondeva necessariamente a una maggiore effettività della tutela amministrativa della concorrenza, in quanto le violazioni più gravi dell'articolo 101, quali i cartelli, non essendo di norma notificate, potevano significativamente alterare le condizioni concorrenziali del mercato senza che a ciò corrispondesse un sufficiente impegno repressivo da parte dell'amministrazione. Le risorse della Commissione, infatti, erano nei fatti impiegate in larga parte nell'esame di intese notificate e cui la proibizione dell'articolo 101 par 1 era inapplicabile nella quasi totalità dei casi.⁸¹ Le criticità delle modalità di esercizio accentrato e preventivo della funzione amministrativa comunitaria in questo settore sono ulteriormente aumentate con l'aumento del numero di Stati membri della Comunità, tanto da rendere necessaria una profonda riforma del sistema di attuazione delle norme di concorrenza dell'UE.

La riforma dell'architettura del sistema fu immediatamente preceduta da tentativi di renderlo più efficiente nell'ambito dell'articolazione della funzione amministrativa come disciplinata all'epoca.⁸² Nel 1999 fu infatti adottato un regolamento di esenzione per categoria concernente gli accordi verticali nella loro generalità⁸³ (salvo quelli contenenti restrizioni ritenute particolarmente gravi). Allo stesso tempo la Commissione lanciò una consultazione su un Libro bianco sulla modernizzazione delle norme per l'applicazione degli articoli 101 e 102 TFUE.⁸⁴ Gli obiettivi identificati nel libro bianco erano in primo luogo la semplificazione e la garanzia dell'efficacia del controllo amministrativo delle pratiche restrittive della concorrenza. Va sottolineato sin d'ora che tra i problemi

⁸¹ Tra le tante osservazioni critiche della dottrina si rinvia per questo profilo a F. GHEZZI, *La modernizzazione delle norme antitrust comunitarie*, in *Rivista delle Società*, 2000, p. 1098, il quale sottolinea come nei primi quaranta anni di applicazione delle norme di concorrenza della Comunità, tra le centinaia di migliaia di intese notificate alla Commissione soltanto nove sono state vietate in quanto non compatibili con una dichiarazione di inapplicabilità ex art. 101 par. 3.

⁸² E' stato osservato come l'adozione di regolamenti di esenzione, senza la previsione di speciali procedure quali la procedura di opposizione, costituisce di per sé un elemento di decentramento dell'applicazione delle norme di concorrenza, dal momento che il regolamento di esenzione è direttamente applicabile dai giudici. V. R. NAZZINI, *Parallel and sequential proceedings in Competition Law: an Essay on the Modes of interaction between Community and National Law*, in *European Business Law Review*, 2005, p. 250.

⁸³ 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 GUCE L 336 del 29 dicembre 1999 p. 21.

⁸⁴ Programma della Commissione n. 99/027 del 28 Aprile 1999.

identificati in tale sede dalla Commissione non vi era soltanto l'onere di un controllo preventivo delle intese, ma anche l'approccio "centralistico": la Commissione riconosce già nel libro Bianco che eventuali misure di semplificazione sarebbero comunque risultate insufficienti se inserite in un sistema mantenente forti elementi di accentramento dell'esercizio della funzione amministrativa in capo alla Commissione. Va anche rilevato che dopo decenni di attuazione delle norme di concorrenza dell'Unione, la cultura della concorrenza si era notevolmente affermata in Europa anche a livello di legislazioni degli Stati membri, e ciò rendeva in principio possibile una riflessione in merito ad un più significativo trasferimento delle competenze a livello nazionale. Il libro bianco pertanto suggerì un radicale cambiamento che ruotasse attorno a due misure complementari: il passaggio da un regime di notifica preventiva a un regime di eccezione legale e un sostanziale ulteriore decentramento della funzione amministrativa di attuazione delle norme antitrust.

Le riflessioni della Commissione vennero tradotte in una proposta⁸⁵ per un nuovo regolamento del Consiglio di attuazione delle norme di concorrenza dell'Unione, successivamente adottato come regolamento n. 1 del 2003 del Consiglio ed entrato in vigore il 1 Maggio 2004, giorno che coincideva con l'ulteriore allargamento dell'Unione a dieci nuovi Stati Membri.

⁸⁵ Proposta di regolamento del Consiglio concernente l'applicazione alle imprese delle regole di concorrenza di cui agli articoli [101] e [102] del Trattato recante modifica dei regolamenti (CEE) n. 1017/68, (CEE) n. 2988/74, (CEE) n. 4056/86 e (CEE) n. 2975/87.

b) *Il regolamento n. 1/2003*

Il regolamento 1/2003 ha radicalmente innovato le modalità di esercizio della funzione amministrativa comunitaria nel settore della concorrenza agendo su diversi fronti. Da un punto di vista della struttura della funzione, il passaggio dal sistema di notifica al sistema di eccezione legale costituisce l'innovazione più importante.⁸⁶ Nel rispetto dell'autonomia negoziale dei privati,⁸⁷ essi possono pertanto contrarre liberamente valutando essi stessi la compatibilità della propria condotta con gli obiettivi perseguiti dal Trattato.⁸⁸ In altre parole l'azione amministrativa non si configura come elemento di fatto necessario, e supportato da un onere di notifica, ai fini della validità dell'intesa tra privati, ma come intervento eventuale di carattere repressivo, volto alla constatazione e sanzione di eventuali infrazioni della disciplina sostanziale, in particolar modo quelle più gravi (c.d. *hardcore infringements*).⁸⁹

Questa innovazione comporta che spetta ai privati valutare in prima istanza la compatibilità delle condotte che essi pongono in essere con il diritto di concorrenza dell'Unione.⁹⁰ La Commissione, d'altro canto, ha moltiplicato gli

⁸⁶ A. FRIGNANI, E. GENTILE, G. ROSSI, *Prime riflessioni intorno al "libro bianco" sulla modernizzazione*, in *Mercato concorrenza regole*, 2000, p. 180, dove si sottolinea che il passaggio da un sistema di esenzione amministrativa a un sistema di eccezione legale "finisce con il riverberarsi sull'interpretazione e l'applicazione del diritto sostanziale".

⁸⁷ Il mutato ruolo dell'autorità pubblica rispetto a fenomeni posti in essere da imprese che operano sul mercato è stato addirittura definito da alcuni come "privatizzazione" del diritto della concorrenza dell'UE, H. NYSSSENS, N. PECCHIOLI, *Il regolamento n. 1/2003 CE: verso una decentralizzazione ed una privatizzazione del diritto della concorrenza*, in *Il diritto dell'Unione europea*, 2003, p. 361.

⁸⁸ Molti in dottrina hanno sottolineato che questo non comporta una sostanziale riduzione della certezza del diritto per le imprese, in quanto anche nel sistema di notifica esse valutavano la legittimità delle proprie condotte. Al contrario, all'onere di notifica si aggiungeva l'incertezza quanto al fatto che in esito al procedimento la Commissione si sarebbe pronunciata con una decisione formale o semplicemente con una *comfort letter*. V. ad es. A. TURK, *Modernisation of EC antitrust enforcement*, in H. C. H. HOFMANN, A. TURK, *EU Administrative Governance*, Cheltenham and Northampton, 2006, p. 219. *Contra* v. M. SIRAGUSA, *A critical review of the White Paper on the Reform of the EC Competition Law Enforcement Rules*, in *Fordham international law journal*, 2000, p. 1095.

⁸⁹ Cfr. J. S. VENIT, *Brave new world: the modernisation and decentralisation of the enforcement under articles 81 and 82 of the EC Treaty*, in *Common Market Law Review*, 2003, p. 552.

⁹⁰ Da questo punto di vista, il sistema inaugurato dal regolamento 1/2003 potrebbe addirittura costituire un passo in avanti rispetto a taluni problemi applicativi riscontrati in altri sistemi avanzati di attuazione di norme antitrust, come ad esempio negli Stati Uniti, come sostiene K. PIJETLOVIC, *Reform of EC antitrust enforcement: criticism of the new system is highly exaggerated*, in *European Competition law review*, 2004, p. 367.

interventi di *soft law* e quelli di orientamento della politica di concorrenza espressamente previsti dal regolamento anche al fine di garantire maggiore certezza giuridica alle imprese in ordine ai propri orientamenti attuativi e alle proprie priorità di *enforcement*.⁹¹

Per ciò che concerne il decentramento della funzione amministrativa comunitaria, la portata del regolamento 1/2003 va precisata rispetto all'ormai invalsa percezione che esso abbia operato una vera e propria rivoluzione copernicana della funzione amministrativa in favore di una sua attribuzione alle autorità nazionali.⁹²

Si è già menzionato che le autorità nazionali erano anche in precedenza competenti ad applicare il diritto di concorrenza dell'Unione in virtù non soltanto di principi generali attinenti l'effettività delle disposizioni di riferimento, ma anche in base a precise indicazioni normative, tra cui il precitato articolo 9 del regolamento 17 del 1962. La più rilevante novità sostanziale concerne invece la dichiarazione di inapplicabilità ex articolo 101 paragrafo 3, che aveva storicamente costituito uno dei principali strumenti di attuazione di una vera e propria politica di concorrenza nel mercato interno da parte della Commissione.⁹³

⁹¹ Un chiaro esempio è dato dalla 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 GUUE C 45 del 24 febbraio 2009, p. 7.

⁹² Più che di rivoluzione del sistema di attuazione dovrebbe parlarsi di evoluzione coerente con alcuni elementi che già la caratterizzavano nel sistema previgente, come sottolineano A. PERA, V. FALCE, *The modernisation of EC Competition law and the role of National Competition Authorities – Revolution or Evolution?*, in *Il diritto dell'Unione europea*, 2003, p. 454.

⁹³ Non sono mancate autorevoli critiche in dottrina alla legittimità degli assi portanti della riforma. L. F. PACE ha sostenuto che l'effetto diretto di una norma del trattato, quale l'articolo 101 par. 3, non può essere determinato da un atto di diritto derivato, dato che esso dipende dalla formulazione della disposizione stessa. L'autore fa notare altresì che la precedente giurisprudenza della Corte di Giustizia aveva negato l'effetto diretto della disposizione in esame. Inoltre, il *tenet* del terzo paragrafo, nel sottolineare che le intese di cui all'articolo 101 par. 1 "possono essere dichiarate inapplicabili" sembrerebbe sottendere l'esigenza di un controllo preventivo. Cfr. *La politica di decentramento del diritto antitrust CE come principio organizzatore del regolamento 1/2003: luci ed ombre del nuovo regolamento di applicazione degli articoli 81 e 82 TCE*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2004, pp. 186 ss. Altri autori svalutano la portata della giurisprudenza precedente della corte come frutto di un'impostazione sistematica cambiata proprio in virtù dell'evoluzione del sistema di attuazione delle norme in esame, v. ad es. C. D. EHLERMANN, *The modernisation of EC Antitrust Policy*, cit., pp. 557 ss, mentre quanto alla lettera del paragrafo 3 si rileva la differenza del TCE/TFUE dalla formulazione adottata nel trattato CECA, articolo 65 par. 2, che espressamente sancisce che "L'Alta autorità *autorizza*" (corsivo aggiunto).

La pur sostanziale innovazione, tuttavia, non spiega il vero significato né la portata del decentramento della funzione amministrativa che si è avuto a partire dall'entrata in vigore del nuovo regolamento, che si è intensificato anche per quanto concerne gli abusi di posizione dominante ex art. 102 in relazione ai quali la competenza come normativamente prevista potrebbe ritenersi sostanzialmente immutata.

Va sottolineato, innanzitutto, che nell'ambito di un sistema incentrato su una notifica preventiva, la questione della competenza per ciò che concerne le intese poteva risolversi, come spesso accadeva, in una opzione a disposizione delle imprese, la cui notifica effettuata alla Commissione ne consolidava per ciò stesso la competenza. E' stato infatti rilevato in dottrina come il meccanismo della notifica, unito alla clausola di prevalenza della competenza della Commissione di cui all'articolo 9, spingeva le imprese ad effettuare notifiche alla Commissione cristallizzandone la competenza, spesso con finalità dilatorie.

Il passaggio al sistema di eccezione legale ha invece comportato l'accentuazione del ruolo di indagine dell'autorità amministrativa competente, sollecitandone l'attivo intervento⁹⁴ nel controllo di pratiche poste in essere da operatori sul mercato capaci di provocare distorsioni del corretto svolgimento delle dinamiche concorrenziali. L'efficacia della vigilanza su intese e pratiche poste in essere da imprese è direttamente dipendente dalla disponibilità di risorse sufficienti all'esame delle denunce ricevute, alla generale vigilanza sul mercato in vista di interventi d'ufficio e allo svolgimento di procedimenti. Il contributo delle autorità nazionali diventa pertanto determinante nello svolgere tali funzioni su un mercato che si è intanto ampliato a 27 paesi membri.

Allo stesso tempo, l'esercizio della funzione amministrativa in un panorama in cui si accentua il contributo di diversi soggetti amministrativi esige che il coordinamento della loro attività fosse espressamente disciplinato. Per questa ragione, il regolamento di attuazione, che nel testo del regolamento 17 si limitava alla previsione di una competenza in capo all'amministrazione

⁹⁴ Secondo gli stessi membri del Direttorato Generale per la Concorrenza della Commissione europea, il significato dell'abolizione dell'obbligo di notifica unito al decentramento avrebbe comportato un maggiore "focus on pro-active enforcement". V. C. GAUER, D. DALHEIMER, L. KJOLBYE, E. DE SMIJTER, *Regulation 1/2003: a modernised application of EC competition rules*, in *Competition policy newsletter*, 2003/1, p. 4.

nazionale (articolo 9) e a una succinta menzione di meccanismi di collegamento (articolo 10) e cooperazione (articolo 13) si è spinto sino a strutturare in maniera più penetrante sia i rapporti tra le autorità garanti, e tra queste e la Commissione, sia i poteri di cui le autorità degli Stati membri devono poter disporre per assolvere i compiti loro affidati.

Quest'ultimo elemento, in particolar modo, costituisce la radice di una compressione dell'autonomia procedurale degli Stati membri, non soltanto in base al classico criterio dell'effettività, ma anche (e qui risiede l'innovazione più importante) per l'esigenza di uniforme applicazione delle norme di concorrenza dell'Unione, che se per un verso è emanazione del principio appena menzionato, per altro verso ha finito per assumere autonoma rilevanza. Come si cercherà di illustrare nel prosieguo del presente studio, il maggiore rilievo assunto dall'attività amministrativa svolta dalle autorità nazionali in diretta attuazione delle norme comunitarie, in un settore di cruciale importanza ai fini dell'integrazione europea, ha fatto sì che principi e norme del diritto amministrativo comunitario hanno finito per avere una sempre maggiore incidenza sull'attività delle amministrazioni nazionali. Questa tendenza alla convergenza amministrativa da un lato tende al superamento dell'autonomia procedurale degli Stati membri per ciò che concerne alcuni importanti istituti del diritto amministrativo interno, dall'altro manifesta palesi elementi di criticità nella misura in cui tale convergenza non si è ancora pienamente realizzata.

Prima di esaminare in dettaglio i profili problematici qui ricordati ed offrire una ricostruzione del fenomeno in atto dal punto di vista del diritto amministrativo comunitario e del diritto amministrativo degli Stati membri è tuttavia necessario, preliminarmente, passare in rassegna sommaria la disciplina dei rapporti tra la Commissione e le autorità nazionali garanti della concorrenza come risultante dalle indicazioni positive fornite dal regolamento 1/2003.

3. Competenza amministrativa e cooperazione nel regolamento 1/2003.

a) *Competenze parallele e applicazione uniforme del diritto di concorrenza dell'Unione.*

L'articolo 5 del regolamento 1 sancisce in termini generali la competenza delle autorità garanti della concorrenza degli Stati membri nell'applicare gli articoli 101 e 102. La medesima disposizione disciplina anche le tipologie di decisioni che tali autorità possono adottare nell'esercizio di tale competenza (ordini di cessazione, misure cautelari, accettazioni di impegni e adozione di sanzioni). A queste deve aggiungersi la possibilità di revocare il beneficio di un regolamento di esenzione ai sensi dell'articolo 29 paragrafo 2. La competenza delle autorità nazionali si salda con quella della Commissione sancita dall'articolo 4. Il primo rilievo fondamentale è che la competenza per l'esercizio della funzione amministrativa è fissata dal regolamento in termini generali, e cioè senza che a livello di norme positive stabilite dal Consiglio siano definiti criteri tassativi in ordine al riparto di tale competenza.⁹⁵

In altri termini, il regolamento di attuazione istituisce un sistema in cui la funzione amministrativa prevista dal trattato viene attribuita a diversi soggetti istituzionali, ma non determina criteri rigidi di riparto in senso stretto. I criteri di coordinamento stabiliti dal regolamento suppliscono a questa lacuna solo limitatamente, e in particolare per quanto riguarda la determinazione verticale della competenza (in favore della Commissione) o strumenti di raccordo procedurale qualora diverse autorità si trovino ad esaminare una stessa condotta. Il raccordo ed il coordinamento, pertanto, operano soltanto *ex post*, e cioè in una situazione in cui una competenza si è già radicata in capo ad una autorità garante in virtù di circostanze fattuali (l'autorità riceve una denuncia) o altrimenti largamente rimesse a valutazioni discrezionali dell'autorità stessa (apertura d'ufficio di un procedimento).

⁹⁵ Diversamente da ciò che avviene, ad esempio, nel regolamento concentrazioni (139/2004), che oltre a definire le ipotesi in cui una concentrazione ha dimensione comunitaria (articolo 1), che in quanto tale va notificata alla Commissione (articolo 4), stabilisce meccanismi di collegamento (articolo 19) e disciplina espressamente la possibilità di rinvio sia in senso discendente (articolo 9) che ascendente (articolo 22).

L'unica ipotesi di criterio rigido di fissazione della competenza espressamente disciplinato dal regolamento è quella in cui la Commissione avvii un procedimento: ciò priva di competenza le autorità nazionali ai sensi dell'articolo 11 paragrafo 6. Nel caso in cui una di esse stia già procedendo in relazione alla medesima infrazione, la competenza viene trasferita ugualmente alla Commissione dal regolamento, essendo necessaria a tal fine soltanto la consultazione dell'autorità procedente.⁹⁶ Per ciò che concerne tutte le altre situazioni, e cioè quelle in cui a procedere sia una autorità nazionale, l'articolo 13 prevede la facoltà per le altre autorità o per la Commissione di sospendere il procedimento o rigettare la denuncia, ma non è sufficiente a radicare in modo esclusivo la competenza in capo a tale autorità.

Il pieno parallelismo delle competenze della Commissione pone già in origine questioni di natura organizzativa e sostanziale sull'esercizio della funzione amministrativa. Quanto alle prime, si è cercato di supplire alla lacuna mediante strumenti di *soft law* che hanno meglio precisato l'ambito di esercizio di competenze da parte dei vari soggetti coinvolti e coniato il concetto stesso di "rete" delle autorità garanti della concorrenza, che assume rilevanza centrale ai fini della ricostruzione del modello organizzativo sotteso dal regolamento. L'esame critico delle soluzioni adottate mediante comunicazioni e nella prassi sarà l'oggetto del secondo capitolo.

E' invece interessante rilevare sin d'ora che dal regolamento stesso emerge la necessità di risolvere a livello normativo le problematiche sostanziali sollevate da un sistema di competenze parallele nell'applicazione delle norme di concorrenza dell'Unione. In tale contesto, infatti, diventa determinante assicurare che tali norme siano applicate uniformemente. Il concetto di uniforme applicazione emerge già nel primo considerando del regolamento 1 come obiettivo della riforma del sistema di *enforcement*.⁹⁷

⁹⁶ L'autorità può richiedere inoltre che l'esame del caso in questione sia iscritto all'ordine del giorno del Comitato consultivo ai sensi dell'articolo 14 paragrafo 7.

⁹⁷ "Per istituire un sistema che impedisca distorsioni della concorrenza nel mercato comune occorre provvedere all'applicazione efficace e uniforme degli articoli 81 e 82 del trattato nella Comunità [...]". L'uniformità dell'applicazione delle norme di concorrenza era stata sollecitata come esigenza fondamentale anche dal Parlamento europeo, onde evitare una ri-nazionalizzazione del diritto della concorrenza, come evidenziato da E. DE SMIJTER, L.

L'istituzione di competenze parallele comporta infatti come conseguenza che rispetto ad una determinata condotta posta in essere da imprese, l'autorità che può aprire un procedimento non è una sola. Più precisamente, l'autorità che ha legittimamente competenza a indagare una pratica posta in essere da operatori privati non è definibile *a priori*. L'esigenza di uniformità in questo contesto comporta che una stessa pratica non possa essere oggetto di valutazioni divergenti nella sostanza da parte di diversi soggetti tra quelli legittimati ad esercitare la funzione amministrativa. Se si considera inoltre la competenza delle giurisdizioni nazionali ad applicare le norme di concorrenza dell'Unione in casi concernenti l'esercizio di diritti soggettivi conferiti dall'ordinamento comunitario, l'uniforme applicazione esige anche che l'attuazione amministrativa e l'applicazione giurisdizionale delle norme alle medesime pratiche non possa condurre a risultati divergenti.

In questo primo senso, l'uniforme applicazione delle norme di concorrenza dell'Unione europea può considerarsi un corollario dell'*effet utile*⁹⁸ delle disposizioni del trattato, la cui effettività⁹⁹ sarebbe compromessa da aporie attuative. E' in questa accezione che il regolamento detta norme espressamente mirate all'applicazione uniforme, innanzitutto all'articolo 16. Detto articolo sancisce il carattere vincolante della determinazione sostanziale assunta dalla Commissione in sede amministrativa sulle possibili decisioni da parte di giurisdizioni nazionali¹⁰⁰ o autorità amministrative nazionali sulle medesime condotte.

KJOLBYE, *The enforcement system under Regulation 1/2003*, in FAULL & NIKPAY, *The EC law of competition*, Oxford, 2007, p. 156.

⁹⁸ Sul concetto di effetto utile e sulle sue ricadute si veda ad esempio G. TESAURO, *Diritto Comunitario*, Padova, 2005, p. 109.

⁹⁹ Il concetto di effettività del diritto comunitario sostanziale si distingue da quello di "efficacia" della sua applicazione, che riguarda appunto l'attività esecutiva ed è richiamato anch'esso al primo considerando del regolamento 1 accanto al criterio di uniformità.

¹⁰⁰ Il rapporto tra la decisione della Commissione e un procedimento innanzi ad una giurisdizione nazionale era stato già affrontato dalla Corte di Giustizia nella nota sentenza *Masterfoods*, sentenza del 14 Dicembre 2000, causa C-344/98, in *Racc.* p. I-1139, punti 48 e ss., in cui fu ribadito che quando un giudice nazionale si pronuncia su una condotta la cui compatibilità col Trattato è già oggetto di una decisione della Commissione, non può adottare una decisione contrastante con questa, e nel caso in cui tale decisione sia oggetto di ricorso di annullamento, egli il giudice deve valutare l'opportunità di sospendere il procedimento pendente innanzi a lui. La Corte ricordò altresì che l'esigenza di non adottare decisioni contrastanti discende dal principio generale della certezza del diritto (v. anche sentenza 28 Febbraio 1991, causa C-234/89, *Delimitis*, in *Racc.* p. I-935, punto 47).

Il significato dell'uniforme applicazione non si esaurisce tuttavia nell'adozione di decisioni coerenti, o nell'evitare l'adozione di decisioni discordanti, rispetto a una stessa pratica o intesa. L'uniforme applicazione va interpretata come un'esigenza che si spinge oltre il caso singolo e investe l'esercizio della funzione amministrativa in generale, come espressione di una politica di concorrenza funzionale alla piena attuazione delle norme del trattato.¹⁰¹ L'attuazione di una vera e propria politica di concorrenza (nell'accezione di *policy*) nel mercato interno mediante l'esercizio della funzione amministrativa conferitale dai trattati era stato un tratto fondamentale dell'azione della Commissione,¹⁰² la cui attività non può ridursi esclusivamente all'applicazione delle disposizioni del trattato a casi singoli (anche in virtù dell'ampia formulazione dell'articolo 105 e del vasto potere discrezionale di cui è dotata a tal fine). In un sistema imperniato sul decentramento come precedentemente individuato, e cioè come accentuazione del ruolo delle autorità nazionali e fine del monopolio della Commissione quanto alla dichiarazione di inapplicabilità ex articolo 101 par. 3, la definizione di una politica di concorrenza coerente è altrettanto fondamentale da un punto di vista sistematico quanto l'uniforme applicazione delle norme al caso singolo.

E' solo in questo secondo, più ampio, significato del principio di uniforme applicazione che può cogliersi la *ratio* di previsioni tendenti a rafforzare i poteri di indirizzo della Commissione anche in quelle ipotesi in cui non vi è rischio di determinazioni divergenti tra soggetti della rete o tra questi e le giurisdizioni nazionali.

¹⁰¹ Rilevano ad esempio le diverse problematiche connesse a due tipi distinti di "uniforme applicazione" (sistematica e al caso singolo) D. J. GERBER e P. CASSINIS, *The modernisation of European Community Competition Law: Achieving Consistency in enforcement*, in *European Competition law review*, 2006, p. 10 (*part 1*) e p. 51 (*part 2*). L'uniforme applicazione può anche essere riassunta, *a priori*, come l'esigenza che il risultato dell'azione amministrativa sia lo stesso a prescindere dall'autorità procedente, definito come scopo ideale di un sistema ottimale di applicazione decentrata da J. TEMPLE LANG, *Decentralised application of Community Competition Law*, in *World Competition*, 1999, p. 14.

¹⁰² L'importanza dell'attività di *policy* della Commissione in materia di concorrenza si è accentuata a tal punto che a partire dal 1971, in virtù di una risoluzione del Parlamento europeo, la Commissione è tenuta a presentare una relazione sulla politica di concorrenza distinta e autonoma rispetto alla relazione generale sulla propria attività. V. ad es. V. FRANCESCHELLI, *Concorrenza e antitrust: profili generali*, in CHITI-GRECO 1997, cit., p. 521.

Un primo esempio riguarda quelle situazioni in cui le giurisdizioni nazionali applicano le norme di concorrenza dell'Unione a casi specifici. Si è già detto che ove la Commissione abbia già adottato una decisione sulla stessa condotta, le giurisdizioni non possono adottare decisioni contrastanti con essa (uniforme applicazione al caso singolo). Tuttavia, al di là di questa ipotesi, è possibile che le giurisdizioni nazionali si trovino ad adottare decisioni che possono pregiudicare l'uniformità dell'applicazione del diritto della concorrenza dell'Unione in quanto tale: è per questo che l'articolo 15 paragrafo 3 prevede che la Commissione possa intervenire di propria iniziativa presentando osservazioni.

Quanto all'attuazione in sede amministrativa, i poteri di indirizzo della Commissione finalizzati ad un'applicazione uniforme del diritto della concorrenza si sostanziano innanzitutto negli strumenti di cooperazione previsti dall'articolo 11. La stessa possibilità di aprire un procedimento su una condotta oggetto di un procedimento da parte di un'autorità garante della concorrenza privando quest'ultima della competenza ad applicare gli articoli 101 e 102 del trattato si spiega nell'esigenza di riconoscere alla Commissione una preminenza strutturale nell'esercizio della funzione amministrativa comunitaria in materia di concorrenza. La possibilità di avocare a sé un caso, infatti, non attiene in senso stretto ad un mero rischio di decisioni contrastanti (e pertanto non risponde all'esigenza di uniforme applicazione al caso singolo), ma testimonia piuttosto a livello procedurale che la Commissione conserva in ultima analisi la responsabilità dell'esercizio della funzione amministrativa nel caso singolo, anche a fini di definizione della politica di concorrenza dell'Unione.

Viene in rilievo a questo proposito anche l'articolo 10 del regolamento: nel contesto di un sistema strutturato in funzione repressiva, una decisione "positiva" che constati espressamente l'inapplicabilità dell'articolo 101 o 102 ad una determinata condotta è da interpretarsi come eccezionale, e adottabile soltanto qualora richiesto dall'interesse pubblico comunitario. Tale tipologia di decisioni può pertanto essere adottata soltanto dalla Commissione, e al di là della definizione del caso singolo, costituisce anch'essa uno strumento di indirizzo.

Quanto ad altri strumenti tecnici volti a garantire un'applicazione uniforme, non è un caso che alla riforma si sia associata la proliferazione di strumenti di *soft law* relativi all'applicazione sostanziale degli articoli 101 e 102, che sono volti non solo ad offrire maggior certezza giuridica ai singoli, ma anche a orientare l'attività di *enforcement* da parte di tutti i soggetti della rete. I regolamenti di esenzione, infine, hanno cambiato ruolo strutturale nell'ambito della riforma del sistema di *enforcement*. Nel vecchio sistema, questa tipologia di regolamenti aveva l'effetto di esentare le imprese dall'obbligo di notifica qualora le loro intese soddisfacessero i requisiti previsti dai regolamenti stessi. Con l'abolizione dell'obbligo di notifica, invece, la finalità sistematica dei regolamenti d'esenzione è mutata: essi sono diventati uno strumento della politica di concorrenza, mediante il quale la Commissione offre maggiore certezza del diritto alle imprese specificando che non eserciterà l'attività repressiva in presenza di determinate circostanze, e vincolando le autorità nazionali a conformarsi a tale orientamento.

b) Cooperazione orizzontale e verticale; scambio di informazioni

La cooperazione tra la Commissione e le autorità nazionali nell'esercizio delle competenze parallele attribuite dagli articoli 4 e 5 è disciplinata dagli articoli 11 e seguenti del regolamento. Il primo comma dell'articolo 11 sancisce in termini generali la "stretta collaborazione" tra i soggetti della rete al fine dell'applicazione delle regole di concorrenza.

Tale collaborazione si struttura innanzitutto in senso verticale, in ossequio alla preminenza funzionale riconosciuta alla Commissione ai fini dell'efficace e uniforme attuazione delle regole e della politica di concorrenza dell'Unione. La cooperazione è resa possibile, in primo luogo, dalla circolazione di informazioni, in senso ampio, nell'ambito della rete. Le autorità nazionali hanno l'obbligo di informare la Commissione dell'avvio di un'indagine (prima o immediatamente dopo la prima misura formale adottata) e della decisione che intendono adottare, al più tardi 30 giorni prima dell'adozione. Queste informazioni possono essere rese disponibili anche alle altre autorità garanti, unitamente a ogni altra

informazione necessaria alla valutazione di un caso. E' utile precisare fin d'ora che nessuna forma di parere obbligatorio della Commissione è espressamente prevista dal regolamento in queste ipotesi: il quinto paragrafo dell'articolo 11 prevede solo come facoltà per le autorità nazionali, in linea generale, la consultazione della Commissione su qualsiasi caso implicante l'applicazione delle norme di concorrenza dell'Unione.

Ne consegue che l'unica attività da parte della Commissione esplicitamente disciplinata dal regolamento e conseguente alla trasmissione di informazioni di cui all'articolo 11 è la possibilità di aprire un procedimento privando della competenza a procedere le autorità nazionali che abbiano già aperto un procedimento concernente la stessa condotta. E' importante sottolineare che dall'entrata in vigore del regolamento 1/2003, tale disposizione non è stata mai applicata. Sarà pertanto utile cercare di comprendere quali conseguenze e forme di collaborazione siano state sviluppate nella prassi applicativa del regolamento 1 tra la Commissione e le autorità nazionali in seguito alla trasmissione di informazioni sulle procedure in corso innanzi a queste ultime.¹⁰³

L'articolo 12 del regolamento disciplina, invece, la trasmissione di informazioni tra le autorità nazionali e tra queste e la Commissione al fine del loro utilizzo come mezzo di prova (e non, come nell'articolo 11, a fini di cooperazione e raccordo procedurale).¹⁰⁴ Il criterio determinante ai fini dell'utilizzabilità delle informazioni è quello della finalità per le quali esse sono state raccolte dall'autorità trasmittente: in particolare, esse possono essere utilizzate come prova di un'infrazione se raccolte ai fini dell'applicazione degli articoli 101 e 102 del Trattato. Esse possono essere utilizzate anche per procedimenti relativi all'attuazione delle norme di concorrenza dello Stato

¹⁰³ Si fa riferimento all'interazione tra il paragrafo 4 e il paragrafo 6 del regolamento 1/2003, che verrà approfondita nel secondo capitolo.

¹⁰⁴ L'importanza della trasmissione di informazioni a scopo istruttorio assume maggior rilievo se si considera che essa avviene in un quadro in cui le garanzie procedurali nei procedimenti delle autorità garanti rimangono largamente rimesse alla disciplina nazionale. Sottolineano questo aspetto K. DEKEYSER e E. DE SMIJTER, *The exchange of evidence within the ECN*, in *Legal issues of economic integration*, 2005, p. 173.

membro se applicate in parallelo al diritto comunitario, e qualora ciò non conduca ad un risultato diverso.¹⁰⁵

La preminenza della Commissione nel suo ruolo di orientamento e indirizzo, come consolidata inoltre dalla sua posizione centrale nell'ambito della rete di autorità garanti della concorrenza, non deve tuttavia far trascurare un altro aspetto della stretta collaborazione nell'attuazione delle norme di concorrenza. Va infatti precisato che le autorità nazionali da un lato assicurano l'esecuzione del diritto di concorrenza dell'Unione mediante l'attuazione delle norme in casi individuali, d'altro canto esse partecipano più in generale all'elaborazione di quella politica generale in cui si sostanzia la centralità della Commissione.

Va innanzitutto considerato, in questo contesto, che un obbligo di informazione sui casi trattati in attuazione degli articoli 101 e 102 grava anche sulla Commissione per effetto dell'articolo 11 paragrafo 2 del regolamento, che prevede che la Commissione trasmetta alle autorità nazionali copia dei principali documenti raccolti nell'ambito delle proprie indagini, ai fini dell'adozione delle decisioni di cui al regolamento stesso. Ciò si rende necessario per permettere alle autorità nazionali di "valutare" la pratica trattata dalla Commissione, e a tal fine esse possono richiedere anche copia di altri documenti da essa raccolti o prodotti.

Tuttavia, la cooperazione con le autorità nazionali avviene anche mediante un coinvolgimento di queste ultime in senso ascendente, che si svolge di norma tramite un Comitato consultivo, già disciplinato dal regolamento 17/62, e che ha acquistato maggiore rilevanza nel regolamento 1/2003. L'articolo 14 ne determina la composizione (rappresentanti delle autorità garanti della concorrenza degli Stati membri): tutti i membri della rete sono rappresentati nel Comitato, che costituisce, pertanto, la sede in cui acquisire l'opinione dei diversi soggetti nazionali sulle questioni affrontate a livello di Commissione o rilevanti ai fini del funzionamento della rete.¹⁰⁶ Oltre alla discussione di questioni generali

¹⁰⁵ Ulteriori cautele sono previste qualora le informazioni siano usate come prova ai fini della comminazione di sanzioni a persone fisiche ai sensi del paragrafo 3 dell'articolo 12.

¹⁰⁶ Quanto al funzionamento, il Comitato può svolgere la propria attività sia nel corso di una riunione convocata dalla Commissione, sia mediante la procedura scritta, a meno che anche una sola autorità non chieda la convocazione di una riunione. Le riunioni non possono svolgersi prima di quattordici giorni dall'invio della convocazione.

concernenti il diritto comunitario della concorrenza, il Comitato può essere sentito in merito a procedimenti condotti da una autorità nazionale, e deve essere consultato prima dell'adozione di una decisione da parte della Commissione.

L'incidenza delle valutazioni espresse dal comitato non è tale da mettere in discussione la responsabilità primaria della Commissione nell'attuazione della disciplina antitrust come codificata nei trattati. Tuttavia, il regolamento stesso stabilisce che i pareri del comitato debbono essere tenuti in massima considerazione, e la Commissione deve informare il comitato del modo in cui ha tenuto conto del parere. Inoltre, se formulati per iscritto, i pareri devono essere allegati alla proposta di decisione della Commissione, con la possibilità che ne sia data pubblicità a cura di quest'ultima ove il Comitato ne abbia raccomandato la pubblicazione. L'apporto del Comitato, quindi, non solo consente alle autorità nazionali di esprimere la propria posizione, in particolar modo sui casi trattati dalla Commissione, ma contribuisce più in generale anche alla trasparenza dell'azione della Commissione, poiché essa è di fatto obbligata a esprimere le ragioni in base alle quali ha eventualmente adottato una decisione discordante dal parere ricevuto.¹⁰⁷

c) La cooperazione con le giurisdizioni nazionali: cenni

Benché l'oggetto del presente studio si concentri sull'attività della Commissione e delle autorità garanti nell'attuazione amministrativa delle norme di concorrenza del trattato, occorre tuttavia, in sede preliminare, accennare al ruolo delle giurisdizioni nazionali nel quadro del sistema applicativo di tali norme. Il ruolo delle giurisdizioni nazionali, infatti, verrà in rilievo in sede di

¹⁰⁷ In questo senso PACE, L. F., *L'applicazione decentrata*, in TOSATO, G. L., BELLODI, L., *Il nuovo diritto europeo della concorrenza - aspetti procedurali*, Milano, 2004, p. 247, il quale sottolinea che il ruolo del comitato, tra cui la discussione di problemi generali riguardanti il diritto comunitario della concorrenza, attribuisce ad esso un potere di influire indirettamente sulla politica di concorrenza della Commissione. Si potrebbe qui ravvisare una ipotesi in cui le amministrazioni nazionali sono integrate nell'espressione di orientamenti inerenti a una funzione amministrativa direttamente conferita dal Trattato all'Unione, come rilevato ad esempio da K. CAUNES, *Et la fonction exécutive européenne créa l'administration à son image: retour vers le futur de la comitologie*, in *Revue trimestrelle de droit européen*, 2007, p. 310.

definizione degli effetti delle decisioni adottate dai soggetti della rete e quando si cercherà di stabilire l'effettiva incidenza del sistema attuativo istituito dal regolamento 1 sulla tutela uniforme delle situazioni giuridiche soggettive delle parti e dei terzi anche nel suo risvolto giurisdizionale.

L'articolo 6 del regolamento 1 stabilisce la competenza delle giurisdizioni nazionali ad applicare gli articoli 101 e 102 del Trattato. Si è già detto che l'effetto diretto dei divieti di condotte lesive della concorrenza stabiliti da tali disposizioni già impegnava le giurisdizioni nazionali a garantirne l'attuazione. Il vero mutamento introdotto dal regolamento 1 è l'aver reso le giurisdizioni nazionali competenti ad applicare tali disposizioni nella loro integralità, ivi compresa, dunque, la dichiarazione di inapplicabilità ex articolo 101 par. 3.

Parte della dottrina ha criticato tale scelta, in quanto si riteneva che al di là di considerazioni sistematiche sull'effetto delle norme del trattato, le valutazioni di cui all'articolo 101 par. 3 sottendono complesse valutazioni che possono sfociare nell'esercizio di una discrezionalità incompatibile con un'attuazione in sede giurisdizionale. La Commissione, dal canto suo, già nel libro bianco ha cercato di svalutare la portata discrezionale delle scelte operate in base all'articolo 101 paragrafo 3, e di sottolinearne invece la possibile applicazione in sede giurisdizionale, in virtù di considerazioni di tipo economico.¹⁰⁸

Al di là della fondatezza di tale approccio, resta il fatto che le valutazioni di bilanciamento tra gli effetti anticoncorrenziali e quelli pro-competitivi di un'intesa¹⁰⁹ è un esercizio che può porre problemi strutturali e funzionali di adeguatezza del controllo giurisdizionale, dati anche dalla necessità di unire

¹⁰⁸ Nel libro bianco la Commissione sottolinea, in particolare, che il quadro normativo in materia di concorrenza si è progressivamente chiarito e consolidato nei primi decenni di attuazione, e ciò permetterebbe anche alle autorità e alle giurisdizioni nazionali di attuare unitariamente entrambi i paragrafi primo e terzo dell'articolo 101. L'orientamento espresso in tal senso dalla Commissione tende a svalutare la centralità della funzione di applicare l'articolo 101 paragrafo 3, e il conseguente monopolio applicativo codificato nel regolamento 17 del 62, come rilevato anche da A. TURK, *Modernisation of EC antitrust enforcement*, cit., p. 219.

¹⁰⁹ Si tratta della cosiddetta "rule of reason", che oltre alla sua valenza sostanziale, ha acquisito un'importanza cruciale nel nuovo sistema di attuazione delle norme di concorrenza, dopo essere stata rifiutata in Europa (a differenza degli Stati Uniti) proprio per ragioni di politica generale, esaminate in dettaglio e in chiave comparativa da G. D'ATTORRE, *Una 'ragionevole' concorrenza: il ruolo della "rule of reason" dopo la riforma del diritto antitrust comunitario*, in *Giurisprudenza commerciale*, 2004, p. 92/I. V. anche P. MANZINI, *The european rule of reason – Crossing the sea of doubt*, in *European Competition Law Review*, 2002, p. 392.

considerazioni economiche a quelle più squisitamente giuridiche.¹¹⁰ Ciò comporta anche rischi ai fini dell'applicazione uniforme delle norme di concorrenza, come precedentemente definita. E' per queste ragioni che il regolamento ha rafforzato i meccanismi di collaborazione tra la Commissione e le giurisdizioni nazionali.

L'articolo 15 del Regolamento 1, la cui portata è stata ulteriormente chiarita da un'apposita comunicazione della Commissione,¹¹¹ prevede innanzitutto la possibilità per i giudici nazionali di chiedere l'assistenza della Commissione. Le giurisdizioni nazionali possono infatti, nell'ambito di procedimenti per l'applicazione degli articoli 101 e 102, chiedere alla Commissione di trasmettere informazioni (quali documenti o informazioni di natura procedurale) o veri e propri pareri in merito a questioni relative all'applicazione delle norme di concorrenza dell'Unione.

L'articolo 15 prevede innanzitutto la possibilità per i giudici nazionali di chiedere l'assistenza della Commissione, mediante l'invio di informazioni che quest'ultima possiede, o sollecitando pareri.¹¹² E' evidente che il parere fornito dalla Commissione dovrà avere ad oggetto elementi giuridici ed economici, senza affrontare il merito della controversia.¹¹³ E' anche utile precisare che tale parere non può assolutamente considerarsi come giuridicamente vincolante, neanche per i profili di interpretazione del diritto dell'Unione, a differenza delle pronunce rese dalla Corte di Giustizia in sede di rinvio pregiudiziale.

Oltre a questa collaborazione su richiesta dei giudici, tuttavia, la Commissione e le autorità garanti della concorrenza hanno anche la possibilità

¹¹⁰ V. ad esempio M. TAVASSI, *Towards the application of Article 81(3) by national courts in Italy*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2001, p. 123.

¹¹¹ Comunicazione della Commissione relativa alla cooperazione tra la Commissione e le giurisdizioni degli Stati membri dell'UE ai fini dell'applicazione degli articoli 81 e 82 del Trattato CE, in GUUE C 101 del 27 Aprile 2004.

¹¹² Nell'ordinamento italiano, questa possibilità può essere inquadrata nella previsione della richiesta d'ufficio di informazioni alla pubblica amministrazione da parte del giudice, ex articolo 213 del codice di procedura civile. V. ad es. NAZZINI, R., *Procedure comunitarie e nazionali in materia antitrust. Sui profili processuali del rapporto tra diritto comunitario e diritti interni*, in *Il diritto dell'Unione Europea*, 2006, p. 122.

¹¹³ Come precisa la stessa Commissione nella comunicazione sulla cooperazione con le giurisdizioni nazionali, al punto 29, allorché precisa che "si limiterà a fornire alla giurisdizione nazionale gli elementi di fatto o i chiarimenti economici o giuridici richiesti senza entrare nel merito della controversia sottoposta alla giurisdizione nazionale". Si veda anche l'analogo punto 32 in merito alla presentazione d'ufficio di osservazioni da parte della Commissione.

di intervenire nel giudizio su questioni relative all'applicazione degli articoli 101 e 102. Tale intervento si svolge presentando osservazioni scritte al giudice dinanzi a cui pende la controversia. Le osservazioni possono anche essere espresse in forma orale se il giudice lo autorizza.

Questo strumento è stato previsto per consentire alla Commissione di esercitare il suo ruolo di promozione dell'uniforme interpretazione del diritto dell'Unione, anche quando questo è applicato in sede giurisdizionale. L'intervento della Commissione non va confuso con l'istituto dell'intervento nel processo da parte di chi è portatore di un interesse sostanziale. Nella circostanza descritta, infatti, l'istituzione comunitaria assume piuttosto il ruolo di *Amicus Curiae*, che presenta le proprie osservazioni nell'interesse della corretta e uniforme applicazione delle regole di concorrenza dell'Unione.

La finalità dell'uniforme applicazione non è, al contrario, esplicitata con riguardo alla possibilità di intervento riservata alle autorità nazionali, mentre è configurata come vincolo per la Commissione. Quest'ultima, quindi, può intervenire soltanto se la presentazione di osservazioni sia qualificabile come "necessaria" ai fini dell'applicazione uniforme delle norme di concorrenza dell'Unione. La Corte di giustizia ha avuto modo di pronunciarsi a questo riguardo, precisando che tale criterio può ricorrere anche allorché l'oggetto della controversia non riguardi direttamente profili di attuazione del diritto della concorrenza dell'Unione, ma la questione dell'applicazione degli articoli 101 e 102 TFUE sia comunque rilevante al fine della sua risoluzione.¹¹⁴ Le concrete modalità di intervento non sono disciplinate dal regolamento, ma vanno attuate dagli Stati membri nell'ambito dei loro sistemi processuali.

¹¹⁴ Sentenza 11 giugno 2009, *Inspecteur van de Belastingdienst*, causa C-429/07. La controversia concerneva la possibilità di un'impresa di dedurre a fini tributari ammende inflitte dalla Commissione in attuazione delle norme antitrust. La Commissione era intervenuta nel procedimento dinanzi alla giurisdizione nazionale presentando osservazioni, e quest'ultima aveva sollevato una questione pregiudiziale, dubitando che la possibilità di intervento offerta dall'articolo 15 del regolamento 1/2003 si estendesse alla materia in esame. La Corte, argomentando preliminarmente che l'efficacia delle sanzioni inflitte dalla Commissione è funzionale all'efficacia dell'attuazione delle norme di concorrenza, ha concluso che un procedimento vertente sulla deducibilità fiscale di tali sanzioni è idoneo a incidere sulla loro efficacia, e pertanto rileva dell'uniforme applicazione del diritto di concorrenza dell'Unione (v. in particolare punti 37 e seguenti).

Va infine precisato che, ai fini dell'operatività dei meccanismi di cooperazione tra la Commissione e le giurisdizioni nazionali, gli Stati membri sono tenuti a trasmettere copia di qualunque sentenza in cui queste ultime si siano pronunciate in merito all'applicazione delle norme di concorrenza dell'Unione.¹¹⁵

¹¹⁵ Articolo 15 paragrafo 2 del regolamento 1/2003.

CAPITOLO II

COMPETENZA AMMINISTRATIVA DELLE AUTORITÀ GARANTI E POTERI DELLA COMMISSIONE

1. Diritto applicabile e competenza delle autorità nazionali

a) *Asimmetria e interdipendenza tra norme procedurali e diritto materiale applicabile.*

Quando si considera il ruolo delle autorità nazionali garanti della concorrenza nell'esercizio della funzione amministrativa comunitaria, il primo elemento che va sottolineato è che le fonti che ne regolano l'attività si collocano su diversi piani. Occorre innanzitutto distinguere, a questo proposito, tra il diritto materiale della concorrenza e le norme procedurali che ne disciplinano l'attuazione amministrativa.

Oltre alle norme di concorrenza dell'Unione, gli Stati membri si sono dotati di discipline nazionali applicabili alle condotte anticoncorrenziali poste in essere nel loro territorio, ma che non rientrano nel campo di applicazione del trattato. L'attuazione amministrativa di tali norme è di regola demandata alla medesima autorità competente per l'attuazione delle norme comunitarie. Le norme procedurali che disciplinano l'attuazione del diritto materiale della concorrenza sono dettate, in linea di principio, dagli Stati membri, non solo in relazione alle violazioni del diritto nazionale, ma anche alle infrazioni del diritto dell'Unione, in virtù del già ricordato principio di autonomia procedurale degli Stati membri.

L'interazione tra questo complesso di disposizioni delinea un sistema in cui si riscontra una asimmetria di fondo della disciplina dell'attività amministrativa delle autorità nazionali, che a seconda della pratica in questione dovranno attuare norme sostanziali di diritto nazionale o comunitario, ma restando soggette in ogni caso alla disciplina procedurale dettata a livello dello Stato membro. Così definita, tale asimmetria non è atipica, in quanto risponde al

disegno generale dell'ordinamento comunitario, da cui discendono situazioni giuridiche soggettive la cui concreta attuazione dipende in larga parte dall'azione degli apparati amministrativi degli Stati membri o dalla tutela giurisdizionale dinanzi ai giudici nazionali. In tal senso, il vincolo principale a carico dello Stato membro, che può avere ampie ricadute nella disciplina procedurale di situazioni rette dal diritto dell'Unione, è piuttosto un vincolo di scopo.¹¹⁶ Lo Stato membro, infatti, deve assicurare l'effettività delle disposizioni comunitarie attuate, mentre il risultato dell'attuazione di situazioni giuridiche soggettive conferite dal trattato non può essere meno favorevole a quello che si otterrebbe in caso di analoghe situazioni rette dal diritto nazionale.

La stessa esistenza dei principi di effettività e di equivalenza nell'ordinamento comunitario come temperamento del principio di autonomia procedurale rende impossibile operare una netta separazione tra le fonti del diritto materiale, da un lato, e le fonti del diritto procedurale, dall'altro. Il principio di effettività, in particolare, comporta l'esplicito riconoscimento del fatto che le modalità di attuazione non sono neutre rispetto all'esigenza di effettiva attuazione del diritto materiale dell'Unione.

A questo rilievo generale si affianca una considerazione peculiare al diritto della concorrenza dell'Unione. Siamo infatti in presenza di un settore in cui la funzione amministrativa è stata configurata *ab origine*, nella stessa disciplina dei trattati, come una competenza esclusiva della Commissione. La sua attuazione mediante procedimenti amministrativi nazionali soggetti al diritto procedurale degli Stati membri è il risultato di un decentramento disposto e disciplinato da un atto del diritto comunitario derivato.

In questo contesto è inevitabile che le sue esigenze di effettività del diritto dell'Unione siano particolarmente stringenti, e finiscano per incidere direttamente sull'assetto procedurale disposto a livello nazionale. Nel campo dell'attuazione amministrativa delle norme di concorrenza dell'Unione, il

¹¹⁶ V. ad es. L. TORCHIA, *Il governo delle differenze. Il principio di equivalenza nell'ordinamento europeo*, Bologna, 2006, p. 51, "La predeterminazione dell'equivalenza sul piano delle regole e dei risultati comporta l'assunzione di obblighi comuni giuridicamente rilevanti in capo all'autorità incaricata dell'applicazione della disciplina e rende, per altro verso, giuridicamente irrilevanti nello spazio giuridico europeo le differenze che pure permangono, sul piano organizzativo – relativamente alla struttura dell'autorità – e sul piano funzionale, soprattutto per quel che riguarda la disciplina procedimentale e i mezzi di tutela".

fenomeno è accentuato anche dal principio di applicazione uniforme, che caratterizza il sistema di competenze parallele di cui al regolamento 1/2003.

Tra le disposizioni comunitarie direttamente incidenti su aspetti procedurali dell'attività svolta dalle autorità nazionali va ricordato, innanzitutto, l'articolo 35, che si inserisce tra le disposizioni transitorie di modifica e finali. Esso dispone che gli Stati membri devono espressamente designare l'autorità o le autorità garanti della concorrenza responsabili dell'applicazione negli Stati membri, e dispone che esse debbano essere dotate del potere di applicare gli articoli 101 e 102 entro la data di entrata in vigore del regolamento.¹¹⁷

Nello stesso senso va letto l'articolo 5, che elenca la tipologia di decisioni che possono essere adottate dalle autorità nazionali agendo d'ufficio o in seguito a denuncia, cui si affianca il potere di revoca di regolamenti di esenzione in casi specifici disciplinato dall'articolo 29 paragrafo 2.¹¹⁸ L'articolo 15 paragrafo 3, inoltre, conferisce direttamente alle autorità nazionali la possibilità di intervenire davanti alle giurisdizioni nazionali del rispettivo Stato membro presentando osservazioni sull'applicazione del diritto della concorrenza dell'Unione. Occorre infine menzionare le disposizioni sui meccanismi di cooperazione nell'ambito della rete (in particolare gli articoli 11, 12 e 13), inclusa la possibilità di compiere accertamenti o altre attività istruttorie previste dal diritto nazionale su richiesta di un'altra autorità nazionale (articolo 22). Questo panorama di norme procedurali è applicabile soltanto in quei casi in cui l'autorità procede in relazione a violazioni del diritto di concorrenza dell'Unione.

Il quadro normativo "asimmetrico" è ulteriormente articolato da due possibilità rimesse all'autonoma scelta del legislatore nazionale. Il diritto nazionale può, innanzitutto, disciplinare diversamente esso stesso l'attuazione delle norme nazionali e di quelle comunitarie di concorrenza, benché si tratti di un'ipotesi non frequente. Accade più spesso, invece, che le norme procedurali di

¹¹⁷ Sulla possibilità di demandare l'attuazione delle norme di concorrenza dell'Unione a giurisdizioni nazionali e sulle conseguenze di tale possibilità quanto all'efficacia degli atti da esse adottati, si rinvia al Capitolo 3.

¹¹⁸ Tale disposizione precisa che il beneficio può essere revocato da un'autorità garante di uno Stato membro sul territorio del proprio Stato qualora la condotta produca effetti incompatibili con l'articolo 101 paragrafo 3 su tale territorio, o parte di esso, e questo abbia le caratteristiche di un mercato geografico distinto.

origine comunitaria¹¹⁹ non sono tradotte dal legislatore nazionale in un sistema di norme procedurali speciali per l'attuazione degli articoli 101 e 102 TFUE. Al contrario, un unico sistema di norme attuative è generalmente previsto per l'azione dell'autorità garante della concorrenza. Le norme procedurali prescritte dall'ordinamento comunitario sono quindi applicate anche ai procedimenti della stessa autorità relativi a infrazioni del diritto di concorrenza dello Stato membro. In tal senso, l'incidenza del diritto dell'Unione va oltre la mera compressione dell'autonomia procedurale dello Stato membro, di cui può parlarsi solo in relazione all'attuazione di situazioni regolate dal diritto comunitario, e finisce per incidere sugli istituti del diritto amministrativo nazionale anche quando essi si applicano a situazioni che non rientrano nel campo d'applicazione del trattato. Si può parlare, in tal senso, di una tendenza alla "simmetria" tra diritto materiale e diritto procedurale applicabile in virtù di esigenze sistematiche di omogeneità del diritto nazionale. Un'analogia tendenza alla "simmetria normativa" si riscontra per il diritto materiale della concorrenza. In linea generale, il diritto nazionale e il diritto dell'Unione coesistono e vengono applicati, separatamente o in parallelo, a seconda del carattere dell'intesa o pratica esaminata dall'autorità nazionale. Per ciò che concerne le condotte che non rientrano nel campo di applicazione del trattato, in quanto non capaci di pregiudicare il commercio tra Stati membri, non si pone il problema, in quanto gli Stati membri restano in principio liberi di dettare (o non dettare) norme specifiche attinenti a tali fattispecie.

Tuttavia, quando si è in presenza di infrazioni di rilevanza comunitaria, le autorità nazionali hanno l'obbligo di applicare le norme di concorrenza dell'Unione. Negli Stati membri in cui non è possibile un'applicazione parallela delle disposizioni di concorrenza comunitarie e nazionali,¹²⁰ questo si traduce nell'inapplicabilità del diritto nazionale a pratiche di rilevanza comunitaria. Quando l'applicazione parallela è consentita, non vi sono problemi di conflitti

¹¹⁹ Si pensi ad esempio all'ipotesi in cui il legislatore nazionale attribuisca *tout court* all'autorità nazionale garante della concorrenza, quindi anche nei casi di condotte che violano soltanto il diritto nazionale, i poteri previsti all'articolo 5 del regolamento.

¹²⁰ Nell'ordinamento Italiano l'applicazione parallela non è consentita, dato che le norme di diritto materiale nazionale della concorrenza si applicano soltanto alle condotte che non rientrano nell'ambito di applicazione dei trattati, come disposto dall'articolo 1 comma 1 della l. 287/90.

normativi nell'attuazione se il diritto nazionale della concorrenza è stato modellato su quello comunitario, come accade in molti Stati membri, anche per quanto concerne la sua interpretazione.¹²¹

Nei casi in cui non vi è questa omogeneità, possono verificarsi situazioni in cui la condotta è consentita dal diritto nazionale e vietata dal diritto comunitario, e viceversa. Nel primo caso, l'autorità dovrà intervenire a tutela della concorrenza in base al diritto dell'Unione europea, dal momento che una condotta in contrasto con esso non può essere considerata legittima per effetto del diritto nazionale. Più complesso è invece il caso in cui la condotta sia compatibile con il diritto comunitario, ma non con il diritto nazionale. In tal caso l'autorità nazionale dovrebbe poter attuare il diritto nazionale (più restrittivo) rispetto alla condotta, anche se non è vietata dal diritto comunitario.

L'articolo 3 del regolamento 1, che si occupa del rapporto tra gli articoli 101 e 102 e le legislazioni nazionali in materia di concorrenza, tuttavia, accoglie tale soluzione soltanto in caso di pratiche unilaterali delle imprese (abuso di posizione dominante ai sensi dell'articolo 102 TFUE). Esso detta invece una disciplina diversa per ciò che concerne le intese, producendo una convergenza sostanziale.¹²² Infatti, nel caso in cui un'intesa non sia distorsiva della

¹²¹ Alcuni Stati membri, accanto all'omogenea formulazione delle disposizioni di concorrenza nazionale rispetto alla disciplina comunitaria, prevedono infatti un vincolo di interpretazione del proprio diritto materiale della concorrenza in linea con i principi elaborati in sede comunitaria. E' il caso dell'articolo 1 comma 4 della legge 287/90 in Italia (ove tuttavia non è possibile un'applicazione parallela), o dell'articolo 60 del Competition Act nel Regno Unito.

¹²² Tale convergenza sostanziale è stata oggetto di alcuni rilievi critici. E' stato sottolineato, infatti, che l'articolo 3 paragrafo 2, disciplinando il rapporto tra diritto nazionale e diritto dell'Unione, ha stabilito una "competenza esclusiva di fatto" del diritto comunitario in merito alle intese rientranti nel campo di applicazione del trattato, già durante la vigenza del Trattato CE. Si è inoltre dubitato che il Consiglio, mediante un regolamento emanato sulla base dell'articolo 103 del trattato, possa regolare i rapporti tra diritto dell'Unione e diritto nazionale al di là di quanto necessario per conseguire la finalità di una concorrenza non falsata nel mercato interno, obiettivo all'epoca codificato nell'articolo 3 paragrafo 2 del trattato CE, mentre la finalità perseguita dalla Commissione tramite la norma di convergenza sarebbe stata quella di agevolare le attività commerciali in Europa, con conseguente violazione del principio di proporzionalità, v. L. F. PACE, *La politica di decentramento del diritto antitrust CE come principio organizzatore del Regolamento 1/2003, luci ed ombre del nuovo regolamento di applicazione degli Artt. 81 e 82 CE*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2004, pp. 186 ss. La portata della regola di convergenza contenuta nel regolamento va tuttavia meglio precisata: essa è sostanzialmente innovativa soltanto per ciò che concerne le intese che possano pregiudicare il commercio tra Stati membri ma non violano l'articolo 101 paragrafo 1, in quanto l'impossibilità per il diritto nazionale di vietare intese cui si applica l'articolo 101 paragrafo 3 era già stata sancita dalla Corte di Giustizia come conseguenza del primato del diritto comunitario nella sentenza 13 Febbraio 1969, *Walt Wilhelm*, causa 14/68, in Racc. p. 1.

concorrenza ai sensi del diritto dell'Unione, o che soddisfi le condizioni per una dichiarazione di inapplicabilità ai sensi dell'articolo 101 paragrafo 3 (anche in virtù di un regolamento di esenzione), è fatto espresso divieto alle autorità nazionali di applicare il diritto nazionale in parallelo se ciò conduce a una conclusione più restrittiva.¹²³ L'ottavo considerando del regolamento specifica che la convergenza sostanziale in questo caso è necessaria a creare condizioni eque per le intese nel mercato interno.¹²⁴

In ultima analisi, l'applicabilità del diritto comunitario ad una fattispecie esaminata da un'autorità nazionale determina conseguenze non solo in merito al diritto materiale applicabile (con ipotesi di inapplicabilità del diritto nazionale che possono discendere dal diritto nazionale stesso¹²⁵ o dal diritto comunitario),¹²⁶ ma anche in merito alle norme procedurali, con l'applicazione di talune regole prescritte dall'ordinamento comunitario.¹²⁷ Tuttavia, occorre rilevare sin d'ora che importanti aspetti, quali la disciplina del procedimento, i diritti delle parti e dei terzi e la tutela giurisdizionale contro i provvedimenti dell'autorità restano disciplinati dal diritto nazionale, salvi i fenomeni di progressiva convergenza che saranno descritti nell'ultimo capitolo.

¹²³ E' stato rilevato in dottrina che la convergenza ha fatto seguito a una progressiva tendenza, già emersa prima dell'entrata in vigore del regolamento 1/2003, ad una sorta di perdita di indipendenza dei sistemi antitrust statali. Così L. F. PACE, *I fondamenti del diritto antitrust europeo*, Milano, 2005, p. 268. L'Autore rileva tra le cause di questa tendenza una possibile lettura dell'effetto utile del diritto comunitario, in base al quale il diritto nazionale deve conformarsi al diritto comunitario vietando ciò che quest'ultimo vieta, benché si deve osservare che il fenomeno si verifica soltanto per le condotte rientranti nell'ambito d'applicazione del trattato. La progressiva realizzazione del mercato interno e la contestuale riduzione dell'ambito di azione del legislatore nazionale sulla materia antitrust avrebbe inoltre relegato il diritto nazionale alla disciplina di pratiche sempre più residuali, limitando quindi l'incidenza del diritto nazionale sul mercato nazionale stesso. Il decentramento dell'attuazione delle norme di concorrenza comunitarie a partire dagli anni '80, infine, avrebbe comportato una sensazione di sostanziale "assorbimento" dell'attività di tutela amministrativa della concorrenza nell'alveo della politica della concorrenza a livello comunitario.

¹²⁴ La mancata adozione di un'analoga clausola di convergenza in relazione alle pratiche unilaterali, benché giustificata da ragioni politiche emerse durante le negoziazioni sul testo del regolamento 1, ha poca ragion d'essere da un punto di vista sistematico, cfr. L. DANIELE, *Rapporto fra gli articoli 81 e 82 e le legislazioni nazionali in materia di concorrenza*, in A. ADINOLFI, L. DANIELE, B. NASCIBENE, S. AMADEO, *L'applicazione del diritto comunitario della concorrenza – Commentario al regolamento (CE) n. 1/2003 del Consiglio del 16 dicembre 2002*, Milano, 2007, p. 51.

¹²⁵ Ci si riferisce al divieto di applicazione parallela disposto dal diritto nazionale, precedentemente discusso, che si riscontra in alcuni ordinamenti nazionali.

¹²⁶ Convergenza sostanziale imposta dall'articolo 3 del regolamento nel caso di intese.

¹²⁷ Si fa qui riferimento alle norme procedurali disciplinate a livello dell'Unione come le disposizioni che regolano la cooperazione tra Commissione e autorità garanti.

b) Il pregiudizio al commercio tra Stati Membri come criterio giurisdizionale materiale

Nel precedente paragrafo si è sottolineato come il fatto che una pratica unilaterale o un'intesa rientri nel campo di applicazione del diritto comunitario determina importanti conseguenze in merito al diritto applicabile alla fattispecie, non solo da un punto di vista materiale, ma anche da quello procedurale. Dato che il campo di applicazione del diritto materiale della concorrenza dell'Unione è definito dalla possibilità che la condotta arrechi un pregiudizio al commercio tra Stati membri, è utile soffermarsi su tale nozione.

Il pregiudizio al commercio tra Stati membri è un concetto che ricorre sia nell'articolo 101 che nell'articolo 102 del trattato. La Corte di giustizia ha interpretato il requisito in parola come un vero e proprio criterio giurisdizionale materiale per determinare l'ambito di applicazione del diritto di concorrenza dell'Unione.¹²⁸ Analogamente a tutti i concetti da cui dipende l'applicabilità del trattato ad una determinata fattispecie, il pregiudizio al commercio è stato interpretato in modo elastico.¹²⁹ La Corte ha altresì precisato quali sono gli elementi che concorrono all'interpretazione di tale nozione: il commercio tra Stati membri, il potenziale pregiudizio e l'apprezzabilità dello stesso.

La nozione di commercio si estende non soltanto a scambi di beni e servizi tra Stati membri, ma ad ogni attività economicamente apprezzabile che abbia una dimensione economica transfrontaliera, compresi i casi in cui la condotta sia capace di alterare la struttura concorrenziale di un mercato.¹³⁰ La dimensione transfrontaliera può sussistere anche allorché la dimensione geografica della

¹²⁸ Lo scopo della nozione di pregiudizio al commercio tra Stati membri, infatti, è quello di "delimitare, in materia di disciplina della concorrenza, il campo di applicazione del diritto comunitario rispetto a quello dei diritti nazionali", v. sentenza 31 maggio 1979, *Hugin Kassaregister AB*, causa 22/78 in Racc. p. 1869, e l'ancor più risalente sentenza 13 luglio 1966, *Consten e Grundig*, cause riunite 56 e 58/64, in Racc. p. 458.

¹²⁹ L'interpretazione elastica del criterio del pregiudizio al commercio tra Stati membri elaborata dalla Corte di Giustizia ha di fatto esteso l'ambito di applicazione degli Articoli 101 e 102 del trattato, cfr. R. WHISH, *Competition Law*, London, 2008, p. 142.

¹³⁰ V. ad es. sentenza 6 marzo 1974, *Commercial solvents*, cause riunite 6-7/73, in Racc. p. 223, punto 23.

condotta sia limitata soltanto ad uno Stato membro.¹³¹ Il pregiudizio sussiste non solo quando questo si sia effettivamente verificato, ma anche quando è possibile “prevedere, con sufficiente probabilità, in base ad un insieme di elementi oggettivi di fatto o di diritto, che esso sia atto ad incidere, direttamente o indirettamente, effettivamente o potenzialmente, sulle correnti commerciali fra Stati membri, in modo da poter nuocere alla realizzazione degli obiettivi di un mercato unico fra Stati”.¹³² Questa ampia formulazione qualitativa, in base alla quale ben poche condotte lesive della concorrenza non avrebbero quantomeno un impatto indiretto e potenziale sul commercio tra Stati membri, è stata corretta dalla Corte mediante un criterio quantitativo, in base al quale il possibile pregiudizio non deve essere trascurabile. Esso deve infatti comportare, almeno in modo potenziale, una incidenza “sensibile” sul commercio.¹³³ Nonostante l’ampiezza del criterio qualitativo, tuttavia, si può notare, che il limite quantitativo è stabilito a prescindere da riferimenti certi ed effettivamente quantificabili. Anche in questo caso l’apprezzamento deve essere svolto tenendo in considerazione tutte le circostanze del caso in questione.¹³⁴

Viene in rilievo, a tal proposito, la netta differenza che vi è tra il regolamento 1/2003 e il regolamento 139/2004 in materia di concentrazioni. Quest’ultimo definisce in modo molto più preciso, a livello positivo, i criteri quantitativi in presenza dei quali una operazione di concentrazione tra imprese possa definirsi di dimensione comunitaria.¹³⁵ Una possibile spiegazione di questa differenza

¹³¹ Al contrario, se la distorsione della concorrenza si estende a tutto il territorio di uno Stato membro essa è capace di provocare, per sua stessa natura, la compartimentazione del mercato a livello nazionale, ostacolando l’integrazione economica perseguita dai trattati, cfr. sentenza 17 ottobre 1972, *Cementhandelaren*, causa 8/72, in Racc. p. 977. V. anche la giurisprudenza del Tribunale nella sentenza 14 dicembre 2006, *Raiffeisen Zentralbank*, cause riunite T-259 a 264/02 e T-271/02, in Racc. p. II-5169. La presunzione che un’infrazione che incide sull’intero territorio di uno Stato membro possa arrecare per ciò stesso un pregiudizio al commercio tra Stati membri non è tuttavia assoluta, come emerge ad esempio dalla sentenza 21 gennaio 1999, *Bagnasco*, cause riunite C-215 e 216/96, in Racc. p. I-135.

¹³² Sentenza 11 luglio 1985, *Remia c. Commissione*, causa 42/84, in Racc. p. 2545, punto 22.

¹³³ La Corte aveva rilevato già nella sentenza 9 luglio 1969, *Völk c. Vervaecke*, causa 5/69, in Racc. p. 297, punto 7, che un accordo non rientra nel campo di applicazione dell’articolo 101 in ragione di criteri quantitativi qualora il pregiudizio al mercato sia irrilevante.

¹³⁴ Non soltanto la sussistenza del pregiudizio al commercio tra Stati membri va valutata in base alle specifiche circostanze del caso, ma essa dipende da valutazioni spesso complesse di natura sia economica che giuridica, cfr. C. KERSE, N. KHAN, *EC Antitrust procedure*, London, 2005, p. 14.

¹³⁵ Una comparazione con il regolamento concentrazioni è svolta anche da S. BRAMMER, *Concurrent jurisdiction under Regulation 1/2003 and the issue of case allocation*, in *Common market law*

risiede nel fatto che la competenza amministrativa per il controllo delle concentrazioni non era inizialmente prevista dal trattato, e l'attribuzione alla Commissione di competenze necessarie alla realizzazione della politica di concorrenza dell'Unione è stata pertanto definita in modo preciso dallo stesso regolamento che l'ha posta in essere.¹³⁶ La nozione di pregiudizio al commercio tra Stati membri, invece, è una nozione prevista dal Trattato, che è storicamente stata interpretata dalla Corte di giustizia in un panorama di assoluta preminenza della funzione amministrativa comunitaria, con una conseguente tendenza espansiva della nozione stessa.

La nozione di pregiudizio al commercio tra Stati membri non è soltanto rilevante ai fini dell'esercizio della funzione amministrativa in relazione all'interpretazione di tale concetto, poiché vi sono anche questioni di natura procedurale che derivano dalla sua applicazione. Nell'ambito dell'attuazione decentrata delle norme di concorrenza, la verifica dell'incidenza di un'infrazione sul commercio tra Stati membri è svolta, in primo luogo, dall'autorità procedente, cui può sovrapporsi la valutazione dell'istanza giurisdizionale presso cui il provvedimento amministrativo è impugnato. Qualora si verificano controversie in sede giurisdizionale concernenti la sua corretta interpretazione, sarà possibile ottenere una pronuncia della Corte di giustizia in sede di rinvio pregiudiziale, ai sensi dell'articolo 267 TFUE.

Questo elemento è interessante dal punto di vista del rapporto tra le autorità garanti della concorrenza, e tra queste e la Commissione. I meccanismi di cooperazione previsti dal regolamento per un caso trattato dall'autorità nazionale, infatti, entrano in gioco soltanto nella misura in cui l'autorità stia agendo in applicazione del diritto dell'Unione, e quindi qualora essa abbia ravvisato che la fattispecie esaminata integra gli elementi richiesti dal criterio giurisdizionale. In altre parole, qualora un'autorità nazionale ritenga *ab origine*

review, 2005, p. 1385. Tuttavia, l'Autrice cita la mancanza di criteri quantitativi paragonabili a quelli del regolamento 139/2004 sotto il profilo della determinazione della competenza dell'autorità procedente.

¹³⁶ Occorre anche ricordare che una definizione più precisa della "dimensione comunitaria" delle concentrazioni rileva anche ai fini delle specifiche modalità procedurali positivamente definite relative al rinvio dell'esame di una concentrazione dalle autorità nazionali alla Commissione e viceversa, cfr. ad es. M. MEROLA, L. ARMATI, *La riforma del controllo comunitario delle concentrazioni: gli aspetti di procedura*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 2004, pp. 144 ss.

che la condotta rispetto a cui procede non rientra nell'ambito di applicazione del Trattato, non trovano applicazione le disposizioni del regolamento 1/2003 in merito alla cooperazione ed ai poteri di indirizzo della Commissione. Quest'ultima non deve così neanche essere informata dell'avvio del procedimento.

Può pertanto dirsi che la cooperazione tra l'autorità procedente e la Commissione su diversi aspetti dell'applicazione del diritto dell'Unione al caso non può strutturalmente aver luogo ogniqualvolta l'autorità nazionale ritenga che la condotta non è capace di arrecare un pregiudizio sensibile al commercio tra Stati membri. In tale situazione, ad esempio, la Commissione non ha strumenti procedurali per verificare *a priori* che l'autorità si sia conformata all'obbligo di applicazione del diritto comunitario sancito dall'Articolo 3 del Regolamento 1.¹³⁷ La corretta interpretazione del criterio è rilevante anche ai fini dell'impugnazione del provvedimento dell'autorità garante davanti ad una giurisdizione nazionale, per ciò che concerne la correttezza della scelta di applicare gli articoli 101 e 102 TFUE in luogo della disciplina nazionale.¹³⁸

Al fine di chiarire ulteriormente la portata del concetto di pregiudizio al commercio tra Stati membri, e fornire criteri più certi per la sua applicazione da parte delle autorità e delle giurisdizioni nazionali, la Commissione ha emanato un'apposita comunicazione.¹³⁹ E' interessante rilevare che, in questa comunicazione, oltre a ripercorrere la giurisprudenza interpretativa della Corte, la Commissione ha anche indicato specifici casi di applicazione dei principi generali in questione ad alcuni tipi ricorrenti di infrazioni, e fornito delle vere e proprie presunzioni (positive e negative) di pregiudizio sensibile al commercio

¹³⁷ Qualora l'autorità garante di uno Stato membro, o le giurisdizioni competenti per l'impugnazione dei provvedimenti che essa adotta interpretino il concetto in modo tale da sottrarre determinate condotte al campo di applicazione del diritto dell'Unione, la Commissione potrebbe, eventualmente, promuovere una procedura di infrazione nei confronti dello Stato membro ai sensi dell'articolo 258 TFUE.

¹³⁸ A questo proposito, la Commissione stessa ha rilevato come l'applicazione in parallelo del diritto nazionale e del diritto dell'Unione si sia progressivamente affermata, negli Stati membri in cui è consentita dall'ordinamento, al fine di rafforzare la base giuridica di decisioni la cui validità sarebbe altrimenti rimessa all'interpretazione di un concetto che, in alcuni casi, risulta di difficile applicazione.

¹³⁹ Comunicazione della Commissione – Linee direttrici sulla nozione di pregiudizio al commercio tra Stati membri di cui agli articoli 81 e 82 del trattato, in GUUE C 101 del 27 aprile 2004, p. 81.

tra Stati membri fondate su soglie quantitative di semplice applicazione.¹⁴⁰ Queste presunzioni vanno interpretate come criteri di massima, da considerare unitamente ad altre circostanze rilevanti del caso.

La corretta applicazione della nozione è cruciale innanzitutto per un'esigenza di effettiva applicazione del diritto di concorrenza dell'Unione da parte delle autorità e delle giurisdizioni nazionali. Si potrebbe obiettare che le ricadute sostanziali possono essere limitate, in pratica, in tutti quei casi in cui l'attuazione del diritto materiale della concorrenza dell'Unione o dello Stato membro conduca a risultati omogenei. In queste ipotesi, se l'autorità ha applicato le norme in parallelo, la questione potrebbe perdere rilevanza. Anche in sede di impugnazione il provvedimento che applica parallelamente le proibizioni nazionali e comunitarie potrebbe sopravvivere ad eventuali censure di inapplicabilità del diritto dell'Unione. Tuttavia, la corretta interpretazione del criterio del pregiudizio al commercio non può ridursi ad una mera opzione tra basi giuridiche che legittimano un'attività dell'amministrazione che condurrebbe a risultati sostanzialmente identici, proprio a causa delle eventuali ricadute procedurali precedentemente illustrate, con particolare riguardo alla possibilità di utilizzare i meccanismi procedurali di cooperazione previsti dal Regolamento 1/2003.¹⁴¹

Per illustrare queste problematiche, è utile prendere ad esempio un caso recentemente deciso dall'autorità di concorrenza francese e oggetto di un'interessante vicenda in sede di impugnazione. L'autorità nazionale francese aveva adottato una decisione che constatava l'infrazione dell'articolo 101 da parte di alcune società attive nel principale aeroporto di uno dei dipartimenti d'oltre mare della Repubblica Francese (l'isola della Réunion) nell'attività di

¹⁴⁰ Tali soglie appaiono peraltro molto basse, e addirittura inferiori a orientamenti precedentemente espressi dalla Commissione. Ciò conferma la tendenza ad estendere il campo di applicazione potenziale del diritto comunitario, come osservato da L. IDOT, *Le nouveau système communautaire de mise en oeuvre des articles 81 et 82 CE (Règlement 1/2003 et projets de textes d'application)*, in *Cahiers de Droit Européen*, 2003, p. 311.

¹⁴¹ In tal senso non può condividersi l'opinione di chi sostiene che la possibilità di applicare il diritto dell'Unione e il diritto nazionale in parallelo rende irrilevante, in pratica, il criterio del pregiudizio al commercio tra Stati membri, per via della possibilità di conservazione degli effetti del provvedimento in seguito al controllo di legittimità che dovesse rilevare l'erronea applicazione di una delle due basi giuridiche. V. ad es. S. BRAMMER, *Co-operation between National Competition Agencies in the Enforcement of EC Competition Law*, Oxford and Portland, 2009, p. 61.

rifornimento di carburante di velivoli per il trasporto aereo.¹⁴² L'autorità aveva avviato il procedimento in base al diritto dell'Unione (infrazione dell'articolo 101 TFUE), ritenendo che, benché la condotta fosse limitata soltanto ad una parte del territorio di uno Stato membro, sussistevano elementi sufficienti per un pregiudizio sensibile al commercio tra Stati membri (quali l'importanza economica dei gruppi di imprese cui appartenevano gli autori dell'infrazione, o la circostanza che lo scalo in questione assicurasse il trasporto di passeggeri provenienti da diversi Stati membri, che pertanto potevano subire gli effetti dell'infrazione). Tale impostazione è stata avallata dalla Corte d'appello di Parigi (competente per l'impugnazione dei provvedimenti dell'Autorité de Concurrence francese).¹⁴³

Le parti, tuttavia, hanno proposto un ulteriore ricorso presso la Cour de Cassation sulla questione di diritto riguardante l'interpretazione della nozione di pregiudizio al commercio tra Stati membri, e il ricorso è stato accolto con rinvio.¹⁴⁴ La Cour de Cassation ha argomentato nel senso di una interpretazione restrittiva dei criteri orientativi prospettati dalla Commissione nelle proprie linee direttrici, in particolare quelli relativi a infrazioni concernenti soltanto parte del territorio di uno Stato membro. Essa ha pertanto censurato la sentenza impugnata nella misura in cui fondava l'apprezzamento del pregiudizio al commercio su criteri diversi dal volume delle vendite realizzate dalle imprese nella porzione di territorio interessata dall'infrazione.

Il caso in esame, che dovrà essere nuovamente esaminato dalla Corte d'Appello, è interessante per due diversi motivi. Innanzitutto esso evidenzia che le controversie interpretative relative all'applicabilità del diritto comunitario sussistono anche in presenza, e addirittura in ragione, degli orientamenti di *soft law* espressi dalla Commissione. Essi stessi, infatti, si prestano a diverse possibili applicazioni da parte dei soggetti della rete e delle giurisdizioni nazionali. Inoltre, nonostante la controversia interpretativa in questione, la suprema

¹⁴² Autorité de la Concurrence, décision 08-D-30 du 4 décembre 2008, relative à des pratiques mises en oeuvre par les sociétés des Pétroles Shell, Esso SAF, Chevron Global Aviation, Total Outre Mer et Total Réunion, v. par. 166 ss.

¹⁴³ Cour d'Appel de Paris, arrêt n. 94 du 24 Novembre 2009, répertoire général 2009/00315.

¹⁴⁴ Cour de Cassation, Chambre commerciale, financière et économique, arrêt n. 200 du 1 Mars 2011.

giurisdizione francese ha ritenuto di poter decidere il ricorso senza esperire un rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia.

In secondo luogo, il caso appena citato esprime lo stretto collegamento che sussiste tra il criterio giurisdizionale (e quindi il diritto materiale applicabile) e le norme procedurali che regolano i meccanismi di cooperazione. L'autorità nazionale, infatti, aveva fondato la propria decisione su risultanze istruttorie ottenute mediante accertamenti effettuati, su sua richiesta, da un'autorità di concorrenza in un diverso Stato membro, ai sensi dell'articolo 22 del regolamento 1/2003. Questo caso rende palese che l'inapplicabilità del diritto sostanziale dell'Unione, che dipende dall'applicazione di un criterio elastico oggetto di controversie interpretative, può non soltanto privare la decisione della propria base giuridica, ma anche degli elementi istruttori assunti in virtù di meccanismi di cooperazione. La sua interpretazione, pertanto, risulta cruciale anche nei casi di parallela applicazione del diritto nazionale e del diritto dell'Unione.

c) La “posizione idonea” dell'autorità nazionale tra competenza amministrativa in senso tecnico e riparto del lavoro tra membri della rete.

Una volta stabilito secondo quale criterio le norme di concorrenza dell'Unione devono essere applicate ad un'intesa o ad una pratica unilaterale, è necessario affrontare la questione della competenza dell'autorità procedente. Nell'ambito del funzionamento della rete, questa è una delle questioni maggiormente aperte e soggette a valutazioni discrezionali della rete stessa.

Il regolamento 1/2003 sancisce all'articolo 5 la competenza delle autorità nazionali ad applicare le norme di concorrenza dell'Unione. Tale competenza è stabilita in termini generali senza che il regolamento stesso specifichi alcun criterio di collegamento funzionale o territoriale (correlato ad esempio al luogo di stabilimento delle imprese, o agli effetti dell'infrazione).¹⁴⁵ La stessa formulazione generale è utilizzata per la Commissione, senza che la sua

¹⁴⁵ Cfr. ad es. L. TORCHIA, *Il governo delle differenze*, cit., p. 29.

competenza amministrativa in materia di concorrenza sia subordinata ad espresse valutazioni di sussidiarietà.

Il regolamento ha pertanto istituito un sistema di competenze parallele. Dal punto di vista dell'esercizio dei poteri sanzionatori in conformità al parametro normativo, non è possibile stabilire *a priori*, per una specifica infrazione, quale autorità è competente ad avviare un procedimento. Questa considerazione vale non solo per il riparto di competenze in senso verticale, e cioè nel caso in cui sia la Commissione sia un'autorità nazionale intendano occuparsi di una infrazione, ma anche in senso orizzontale, allorché un'infrazione presenti criteri di collegamento con diversi Stati membri e diverse autorità garanti ritengano di poter intervenire.

Il regolamento 1/2003 affronta la questione dell'allocazione delle competenze soltanto *ex post*, e cioè stabilendo criteri di coordinamento ed eventuale riallocazione delle competenze una volta che una o più autorità abbiano avviato un procedimento.¹⁴⁶ Ciò emerge, in particolare, dall'obbligo di informazione di cui all'articolo 11 e dalla possibilità di sospendere o chiudere il procedimento ai sensi dell'articolo 13. Quest'ultima disposizione conferisce ad un'autorità garante della concorrenza (nonché alla Commissione) la facoltà di sospendere il procedimento o respingere una denuncia qualora l'autorità di un altro Stato membro stia esaminando il caso o abbia già adottato una decisione a tal riguardo.¹⁴⁷ Non si tratta, tuttavia, di un criterio rigido di competenza in quanto esso non impedisce all'autorità di continuare il procedimento.

A ben vedere, nel regolamento 1 esiste soltanto un criterio rigido di competenza,¹⁴⁸ ed è quello verticale in favore della Commissione sancito

¹⁴⁶ E' stato rilevato a tal proposito che la questione del riparto del lavoro nell'ambito della rete non è propriamente una questione di "allocazione", bensì una questione di "riallocazione", v. S. BRAMMER, *Concurrent jurisdiction under Regulation 1/2003 and the issue of case allocation*, cit., p. 1387.

¹⁴⁷ Affinché un'autorità possa procedere alla sospensione o alla chiusura, l'articolo 13 richiede solamente che l'altra autorità stia trattando o abbia già trattato la stessa intesa o pratica. E' stato osservato, tuttavia, che la comunicazione sulla rete pone condizioni più stringenti al punto 21, laddove esige anche che vi sia identità del "problema di concorrenza" trattato, e che pertanto l'intesa o pratica dia luogo alle "medesime infrazioni sul medesimo mercato rilevante del prodotto e geografico", cfr. E. DE SMIJTER, L. KJOLBYE, *The enforcement system under regulation 1/2003*, cit., p. 138,

¹⁴⁸ V. anche L. DE LUCIA, *Amministrazione transnazionale e ordinamento europeo*, Torino, 2009, p. 196.

dall'articolo 11 paragrafo 6. In tal caso, l'azione della Commissione priva le autorità nazionali della loro competenza, anche se hanno già avviato un procedimento in relazione alla medesima condotta. L'eventuale provvedimento di un'autorità garante della concorrenza su un'intesa o pratica oggetto di un procedimento della Commissione sarebbe pertanto viziato da incompetenza.

Entro questi limiti, i problemi relativi a quale autorità debba occuparsi di un caso sono configurati come problemi di allocazione del lavoro, e non vere e proprie questioni di competenza, in un quadro in cui le autorità nazionali mantengono, in linea generale, la possibilità di occuparsi di una determinata condotta all'esame di un'altra autorità. Per trovare indicazioni in merito a tale riparto occorre rivolgere l'attenzione agli atti di *soft law* che esprimono l'orientamento delle istituzioni dell'Unione in merito all'ottimale allocazione dei casi tra diversi soggetti della rete egualmente competenti.

La prima comunicazione relativa a questo aspetto è la dichiarazione congiunta della Commissione e del Consiglio, pubblicata contestualmente all'approvazione del Regolamento 1/2003.¹⁴⁹ La dichiarazione congiunta, nelle intenzioni delle istituzioni che l'hanno emanata, è di natura politica, e non intendeva istituire alcun nuovo diritto o obbligo (punto 3). E' di tutta evidenza, ad ogni modo, quanto la successiva specificazione delle modalità attuative del regolamento, come precisata da ulteriori atti di *soft law*, sia stata modellata sui criteri stabiliti in questa sede, definiti come "principi" di funzionamento della rete accolti dalla Commissione e da tutti gli Stati Membri rappresentati nel Consiglio.

Si tratta del primo atto in cui compare la nozione di "rete" delle autorità garanti della concorrenza (punto 2) come struttura deputata a garantire una stretta cooperazione nell'applicazione delle norme di concorrenza dell'unione al fine di assicurare l'efficacia e la coerenza del sistema inaugurato dal regolamento stesso.¹⁵⁰ Il punto 11 della dichiarazione ribadisce che, salva l'ipotesi di cui

¹⁴⁹ Dichiarazione comune del Consiglio e della Commissione sul funzionamento della rete delle autorità garanti della concorrenza, del 3 Marzo 2003, documento n. 15435/02 ADD 1.

¹⁵⁰ Benché la nozione di "rete" sia prefigurata anche dal considerando (15) del regolamento: "La Commissione e le autorità garanti della concorrenza degli Stati membri dovrebbero formare insieme una rete di pubbliche autorità che applicano le regole di concorrenza comunitarie in stretta cooperazione".

all'articolo 11 paragrafo 6 del regolamento, tutti i soggetti della rete hanno competenza piena e parallela nell'applicazione degli Articoli 101 e 102. In questo sistema, pertanto, i principi che sottendono l'allocazione dei casi sono rubricati genericamente non come questioni di competenza, ma come meri criteri di "divisione del lavoro". La codificazione e l'applicazione di tali criteri è ritenuta necessaria per garantire certezza del diritto a vantaggio delle imprese e altre parti interessate, soprattutto per ciò che concerne la presentazione di denunce (punto 13). Allo stesso tempo, la Commissione e il Consiglio ribadiscono che l'adeguatezza dell'allocazione di un caso ad un'autorità garante non pregiudica la discrezionalità degli altri membri della rete nel decidere se procedere ad investigare un determinato caso (punto 14).

Quanto ai criteri di allocazione dei casi, essi si strutturano intorno alla nozione di "posizione idonea" dell'autorità procedente. E' proprio questo il concetto chiave che è stato ripreso dalla Commissione quando ha emanato una propria comunicazione relativa al funzionamento della rete di autorità garanti della concorrenza.¹⁵¹ Quest'ultima resta a tutt'oggi l'unica fonte di indicazioni concrete riguardanti i criteri di ripartizione del lavoro tra la Commissione e le autorità garanti (in senso verticale), nonché tra queste ultime (in senso orizzontale). Si può rilevare che si tratta di un atto emanato dalla Commissione, e quindi da un solo soggetto della rete, che non pregiudica pertanto le modalità di esercizio delle competenze attribuite dal regolamento agli altri soggetti. Tuttavia, la Commissione ha sollecitato le autorità nazionali a sottoscrivere una dichiarazione mediante la quale esse prendono atto dei principi stabiliti nella comunicazione e si impegnano ad aderirvi, ai fini di una stretta cooperazione nell'attuazione delle norme di concorrenza dell'Unione, e con una speciale attenzione alla tutela delle imprese che richiedono di beneficiare di un regime di trattamento favorevole.

La seconda parte della comunicazione si occupa espressamente della divisione del lavoro tra i soggetti della rete. Viene tenuto fermo il principio secondo cui, al di là dell'efficace divisione del lavoro, ciascun membro della rete

¹⁵¹ Comunicazione della Commissione sulla cooperazione nell'ambito della rete delle autorità garanti della concorrenza, in GUUE C 101 del 27 aprile 2004, p. 43, in seguito anche "Comunicazione sulla rete".

può decidere se avviare un procedimento in relazione ad un caso. In questo quadro, e tenendo a mente l'articolo 11 paragrafo 6, sono possibili tre diverse situazioni, e cioè la trattazione di un caso da parte della Commissione, da parte di una sola autorità garante o da parte di più autorità garanti nazionali in parallelo. Coerentemente con quanto sopra esposto in merito alla competenza amministrativa, la ripartizione del lavoro tra soggetti della rete opera *ex post*, e cioè quando uno o più procedimenti siano già stati avviati da soggetti della rete. Inoltre, viene espressamente riconosciuto (punto 6) che in generale è l'autorità che ha avviato il procedimento (d'ufficio o su denuncia) a conservare la responsabilità del caso. Pertanto, i criteri di divisione del lavoro sono in linea di principio correlati all'esercizio di una competenza, sulla base della decisione discrezionale dell'autorità che la esercita di avviare un procedimento.

La "posizione idonea" dell'autorità procedente viene in rilievo soltanto *ex post*. I criteri di determinazione dell'idoneità della posizione dell'autorità garante procedente hanno un legame diretto con la portata territoriale della condotta esaminata,¹⁵² e uno indiretto con la questione dell'efficacia dei provvedimenti che l'autorità stessa può adottare in relazione al caso. Infatti, il punto 8 della Comunicazione stabilisce tre criteri cumulativi di idoneità. Il primo concerne la condotta, e in particolare il territorio in cui essa ha origine o viene attuata, e la circostanza che può produrre effetti sensibili diretti, attuali o prevedibili, sulla concorrenza nello Stato membro dell'autorità garante. Gli altri due criteri fanno invece riferimento alla prevedibile efficacia dell'azione repressiva dell'autorità garante, con particolare riferimento alla possibilità che essa possa efficacemente condurre l'istruttoria,¹⁵³ e alla capacità dell'autorità di adottare provvedimenti i cui effetti siano sufficienti a far cessare o sanzionare l'infrazione.¹⁵⁴

¹⁵² Questo elemento è definito dal punto 9 della Comunicazione come "legame sostanziale tra l'infrazione ed il territorio dello Stato membro".

¹⁵³ In questo contesto sembra superfluo il riferimento alla possibilità prevista da tale criterio di raccogliere prove con l'assistenza di altre autorità, dal momento che tutti i soggetti della rete hanno la possibilità di valersi di tale strumento procedurale previsto espressamente dal regolamento 1.

¹⁵⁴ Questo criterio si salda strettamente con le questioni relative alla possibile efficacia transnazionale dei provvedimenti adottati da soggetti della rete, che verranno trattate nel successivo Capitolo 3.

Si ricorderà che quando un'autorità avvia un procedimento in attuazione degli articoli 101 e 102 del Trattato, questa deve informare la Commissione ai sensi dell'articolo 11 paragrafo 3 del regolamento. La medesima disposizione prevede la facoltà di rendere l'informazione disponibile anche alle altre autorità. Da questo punto di vista emerge chiaramente che la comunicazione sul funzionamento della rete aggiunge un elemento di raccordo che può dipendere da una valutazione collettiva dei nodi della rete. La possibilità che un caso sia riallocato in favore dell'autorità in posizione idonea per assicurare la sua efficace trattazione va valutata, infatti, non soltanto dall'autorità procedente e dalla Commissione, ma dall'intera rete di autorità. Questo elemento è significativo perché dimostra che grazie alle modalità concrete di esercizio del potere repressivo come codificate nella comunicazione, la rete viene in rilievo autonomamente, come organizzazione strutturalmente capace di garantire gli obiettivi dell'attuazione efficace e coerente delle norme di concorrenza.

Il punto 17 della comunicazione chiarisce a questo proposito che le autorità garanti della concorrenza sono tenute ad informarsi "reciprocamente" ai fini di una rapida ed efficiente riallocazione del caso. La comunicazione interpreta così la disposizione del regolamento in modo estensivo, configurando l'informazione delle altre autorità come un obbligo procedurale piuttosto che come una mera facoltà rimessa alla Commissione.¹⁵⁵ La comunicazione spiega, inoltre, che l'interpretazione in parola si rende necessaria perché la "base" della disposizione del regolamento è "l'esigenza di permettere alla rete di rilevare l'esistenza di procedimenti multipli e di risolvere eventuali problemi di riattribuzione dei casi non appena un'autorità avvii le indagini". Tale formulazione appare quantomeno singolare, perché cerca di ancorare al regolamento, come criterio procedurale normativamente imposto, quello che è invece un mero orientamento attuativo condiviso dalla Commissione e dalle autorità nazionali. Il regolamento stesso, infatti, non solo non prescrive l'obbligo di informazione delle altre autorità nazionali, ma non fa riferimento espresso alla possibilità di

¹⁵⁵ Il punto 17 della comunicazione chiarisce infatti che "L'informazione *deve* pertanto essere fornita alle autorità garanti della concorrenza e alla Commissione prima o immediatamente dopo l'adozione di provvedimenti analoghi alle misure di indagine che la Commissione può adottare ai sensi degli articoli da 18 a 21" (enfasi aggiunta).

riallocazione¹⁵⁶ dei casi né istituisce formalmente la cosiddetta “rete” di autorità garanti della concorrenza,¹⁵⁷ limitandosi a esprimere un obbligo di cooperazione.¹⁵⁸

Un ultimo elemento che occorre menzionare è che l’eventuale riallocazione del caso non deve pregiudicare la tempestiva ed efficace attuazione delle norme di concorrenza. Dal punto 7 si desume che questo è necessario per non comportare ritardi nelle indagini in corso in seguito all’avvio del procedimento da parte di una autorità. A tal fine il punto 18 stabilisce in linea generale un termine per la riattribuzione di due mesi dalla data della prima informazione inviata alla rete, trascorso il quale, di norma, l’autorità che ha avviato il procedimento continuerà a trattare il caso (circostanza che non esclude, peraltro, la possibilità per un’altra autorità di avviare un procedimento in parallelo).

¹⁵⁶ La ripartizione ottimale dei casi è riferita dal considerando 18 del regolamento alla sola ipotesi della sospensione o chiusura del caso da parte di un’autorità ove un’altra autorità se ne stia già occupando o lo abbia già trattato.

¹⁵⁷ Il concetto di rete emerge al considerando (15) del regolamento, che illustra l’articolo 11 del regolamento, chiarendo che “la Commissione e le autorità garanti della concorrenza degli Stati membri dovrebbero formare insieme una rete di pubbliche autorità che applicano le regole di concorrenza comunitarie in stretta cooperazione [...]”. Il regolamento fornisce, altrimenti, soltanto la disciplina del raccordo procedurale tra le autorità che la compongono. Vale la pena ricordare, in proposito, le osservazioni di natura generale sulla valenza organizzativa dei procedimenti comunitari svolte da G. DELLA CANANEA, *I procedimenti amministrativi dell’Unione Europea*, in CHITI-GRECO, *Trattato di diritto amministrativo europeo*, cit., 2007, p. 508: “Poiché nell’ordine giuridico europeo non vi sono uffici periferici dell’amministrazione comunitaria [...], il procedimento serve a completare l’organizzazione. Esso consente ai vari pubblici uffici di assolvere i rispettivi compiti, di scambiarsi informazioni, di collaborare, a volte in modo dialettico. In questo senso, può dirsi che il procedimento abbia una valenza organizzativa”.

¹⁵⁸ Si noti che l’intenzione di configurare il processo di informazione e riallocazione nell’ambito della rete come naturale conseguenza del sistema decentrato di attuazione emerge anche dalla nota al punto 17, in cui la Commissione osserva che “l’intento di rendere disponibili e facilmente accessibili a tutti i membri della rete le informazioni scambiate ai sensi dell’articolo 11 del regolamento è *comunque* espresso nella dichiarazione comune sul funzionamento della rete [...]” (enfasi aggiunta). Anche il riferimento alla dichiarazione non è tuttavia sufficiente a configurare l’obbligo di informazione della rete come vincolo procedurale normativamente prescritto dal regolamento.

d) *Esercizio delle competenze tra concentrazione e cooperazione nell'esercizio delle funzioni repressive*

Il concreto esercizio della funzione amministrativa da parte dei soggetti della rete risente di due linee di tendenza, entrambe sottese dal sistema decentrato instaurato dal regolamento 1/2003. Da un lato, il decentramento della funzione amministrativa e la previsione di competenze parallele hanno come corollario l'assenza di specifiche previsioni normative in merito alla competenza dei soggetti della rete rispetto a un caso singolo, con l'eccezione dei procedimenti avviati dalla Commissione. Dall'altro, l'esigenza di uniforme applicazione e l'efficace funzionamento del sistema di attuazione delle norme di concorrenza tendono verso una concentrazione della funzione repressiva rispetto ad un singolo caso in capo ad una sola autorità. Questa deve di norma risultare la più idonea alla luce di criteri di collegamento territoriale e di efficacia procedurale dell'azione repressiva. Questi criteri di funzionamento sono ripresi, come si è avuto modo di osservare, nella Comunicazione sul funzionamento della rete, allorché si precisa che tutte le autorità mantengono la competenza in relazione a casi specifici (punto 5), ma, allo stesso tempo, un'unica autorità nazionale garante della concorrenza è, in linea generale, nella posizione idonea per trattare il caso (punto 7).

La possibilità di riallocare il caso non risolve stabilmente la tensione creata dalla coesistenza del principio di concentrazione dell'attività repressiva e del principio del parallelismo di competenze. Ciò dipende dal fatto che i meccanismi di riallocazione del caso (miranti alla concentrazione della funzione) sono da inquadrarsi in generale nell'attività di cooperazione tra le autorità nazionali, disciplinata da strumenti di *soft law*, e a cui non corrispondono meccanismi rigidi di soluzione di eventuali conflitti. Questo avviene soltanto in senso verticale, a favore della Commissione, che ha così in ultima analisi la responsabilità di assicurare l'uniforme applicazione delle norme di concorrenza, potendo a tal fine esercitare la propria competenza e garantire l'esercizio unitario della funzione amministrativa in relazione ad un caso singolo.

Nei rapporti orizzontali, invece, in caso di conflitto prevale il principio delle competenze parallele, per effetto del quale la possibilità di riallocazione e l'esercizio stesso della funzione restano rimessi largamente all'apprezzamento della singola autorità. In tal senso è stato sottolineato che vi è innanzitutto un problema di assenza di metodi procedurali rigidi di risoluzione dei conflitti positivi tra autorità nazionali (allorché più autorità intendano esercitare la propria competenza in assenza dell'avvio di un procedimento da parte della Commissione). I conflitti possono, tuttavia, avere anche una dimensione negativa (allorché nessuna autorità si ritenga in posizione idonea per procedere all'esame del caso).¹⁵⁹

Date queste premesse, anche in base alla prassi attuativa che si è sviluppata, è possibile definire tre tipologie di casi. Vi sono innanzitutto condotte distorsive della concorrenza che, per loro stessa natura, incidono preminentemente e sostanzialmente sul territorio di un solo Stato membro, ma che nonostante ciò sono capaci di pregiudicare il commercio tra Stati membri. A questo caso devono aggiungersi quelle condotte che presentano soltanto effetti ancillari o secondari in un diverso Stato membro e quelle che riguardano una porzione limitata di uno Stato membro che possa tuttavia essere ritenuta una parte sostanziale del mercato interno.¹⁶⁰ In questi casi è possibile effettuare un giudizio prognostico sul concreto atteggiarsi della competenza attuativa delle norme di concorrenza dell'Unione, che viene di norma esercitata dall'autorità dello Stato membro che presenta maggiori indici di collegamento con l'infrazione. Per ciò

¹⁵⁹ V. in questo senso S. BRAMMER, *Co-operation between National Competition Agencies*, cit., pp. 174 ss. Per ciò che concerne i conflitti negativi, l'Autrice sottolinea che non sussiste in tal caso un obbligo della Commissione di intervenire in caso di pratiche anticoncorrenziali portate alla sua attenzione tramite la rete, sulla base di un ragionamento *a fortiori* rispetto alla circostanza che anche quando è investita di una denuncia, la Commissione può rigettarla per mancanza di interesse comunitario. L'Autrice stessa ammette che in tal caso proprio la lacuna attuativa potrebbe, in questa situazione, essere costitutiva di tale interesse, benché uno degli obiettivi del decentramento alla base del regolamento stesso, e cioè la possibilità per la Commissione di concentrare la propria azione attuativa sui casi di maggior rilievo nell'interesse comunitario, militi contro tale conclusione. Sul rapporto tra conflitti nell'esercizio della competenza e la posizione dei denunciatori si tornerà ampiamente allorché si esamineranno le problematiche della rete dal punto di vista delle parti e dei terzi (cfr. Capitolo 4).

¹⁶⁰ Si pensi alle ipotesi di infrazioni concernenti, ad esempio, porti e aeroporti, che in quanto tali possono in sé costituire una parte rilevante del mercato interno (ai sensi delle linee direttrici sul concetto di pregiudizio al commercio tra Stati membri, punto 98). V. ad es. il procedimento dell'autorità garante della concorrenza e del mercato sull'organizzazione dei servizi marittimi nel golfo di Napoli, Provvedimento n. 19117 del 13 novembre 2008, in Bollettino 43/2008.

che concerne il rapporto orizzontale tra soggetti della rete, si tratta anche delle ipotesi in cui più probabilmente si potrà verificare una vera e propria riallocazione qualora il procedimento sia stato avviato da una diversa autorità. Quanto al rapporto verticale, la possibilità che il caso sia trattato dalla Commissione sarà limitata ai casi che presentano un certo interesse dal punto di vista della politica di concorrenza dell'Unione.¹⁶¹

La seconda tipologia di casi è quella che comprende condotte considerabili unitariamente e aventi effetti su tutto il territorio dell'Unione o su una molteplicità di Stati, in relazione alle quali sarà la Commissione ad esercitare la competenza attuativa degli Articolo 101 e 102.¹⁶²

Restano fuori da questo binomio una serie di situazioni di portata transnazionale per le quali, invece, non è possibile determinare con un giudizio prognostico l'autorità in posizione idonea per la trattazione. Queste situazioni possono riassumersi in una terza tipologia di casi, nei quali saranno fattori esogeni alla rete a determinare l'esercizio in prima istanza della competenza da parte di una autorità (quali la presentazione di una denuncia o l'anteriore avvio d'ufficio di un procedimento). Si tratta di situazioni per cui diverse autorità si trovano tecnicamente in una posizione idonea, e in cui la competenza tende strutturalmente a consolidarsi in capo all'autorità che ha avviato per prima un procedimento.¹⁶³ Tali casi sono anche quelli in cui l'esercizio parallelo delle competenze a livello orizzontale può verificarsi, a prescindere dall'effettiva capacità di una sola autorità di porre efficacemente fine all'infrazione, in ragione di un *self-restraint* delle autorità, che si esprimono limitatamente agli effetti che la condotta ha prodotto sul proprio territorio nazionale.¹⁶⁴

¹⁶¹ Si rinvia a tal proposito alle considerazioni in merito al diverso significato che il concetto di "posizione idonea" assume in relazione all'azione della Commissione, di cui alla seconda parte del presente capitolo.

¹⁶² Tra gli esempi più recenti, il cosiddetto "cartello dei detersivi", che stando alla Commissione riguardava almeno otto Stati membri, accertato e sanzionato con la decisione 13 aprile 2011, caso COMP/39579, C(2011) 2528 final.

¹⁶³ Può condividersi l'opinione di chi ritiene che il funzionamento del sistema si fonda sull'implicito assunto che l'autorità che ha ricevuto la denuncia o ha avviato un procedimento d'ufficio sia per ciò stesso in posizione idonea, cfr. C. KERSE, N. KHAN, *EC Antitrust procedure*, cit., p. 68.

¹⁶⁴ Sulla dimensione territoriale dell'efficacia dei provvedimenti dell'autorità nazionale si rinvia al successivo capitolo 3.

La mancata concentrazione dell'attività repressiva in ragione di considerazioni discrezionali può prodursi, con caratteri diversi, anche in senso verticale, al di là della competenza rigida della Commissione ex articolo 11 paragrafo 6. In questi casi, tuttavia, affinché sussista anche una competenza delle autorità nazionali, vi devono essere quantomeno condotte normativamente distinguibili, o condotte analoghe poste in essere da soggetti distinti. E' accaduto ad esempio che una condotta avente incidenza su tutto il mercato interno sia stata sanzionata dalla Commissione, mentre le pratiche connesse aventi prevalentemente effetto sui singoli mercati nazionali sono state oggetto di procedimenti avviati dalle autorità nazionali. Si tratta di una sorta di "parcellizzazione" dell'*enforcement* in senso verticale, in relazione a infrazioni che avrebbero invece potuto essere sanzionate nel contesto di un unico procedimento della Commissione di portata più ampia. La competenza delle autorità nazionali, pertanto, sussiste in virtù della scelta di limitare l'oggetto del procedimento a livello comunitario.

Per comprendere la portata di questo fenomeno, si può citare il recente esempio dei procedimenti avviati contro la società Mastercard per violazione dell'articolo 101 del Trattato. La Commissione ha avviato per prima un procedimento volto ad accertare la sospetta infrazione del divieto di intese restrittive della concorrenza in relazione alla fissazione delle tariffe (Multilateral Interchange Fees, o 'MIF') che devono essere corrisposte tra banche in seguito a pagamenti transfrontalieri (pagamenti effettuati in uno Stato membro con strumenti di pagamento emessi in un altro Stato membro da banche licenziate di Mastercard). Con una decisione del 19 Dicembre 2007,¹⁶⁵ la Commissione ha ordinato la cessazione dell'infrazione mediante la rimozione della tariffa. L'applicazione dell'articolo 101 è stata possibile perché la Commissione ha ritenuto che, in virtù della sua organizzazione, Mastercard fosse da ritenere un'associazione di imprese, e la fissazione delle tariffe costituiva pertanto una decisione di associazione di imprese vietata da tale disposizione.¹⁶⁶

¹⁶⁵ Decisione del 19 dicembre 2007 C(2007) 6474, caso COMP/34.579.

¹⁶⁶ Per una più dettagliata esposizione delle circostanze del caso e delle rilevanti considerazioni di diritto sostanziale si veda ad es. L. REPA, A. MALCZEWSKA, A. C. TEIXEIRA e E.

La fissazione di multilateral interchange fees, tuttavia, può avvenire anche per transazioni effettuate in un medesimo Stato membro, ed in taluni casi la tariffa “nazionale” veniva stabilita da Mastercard con riferimento a quella applicata a transazioni transfrontaliere. Durante e dopo il procedimento condotto dalla Commissione, è così avvenuto che diverse autorità garanti della concorrenza hanno avviato anch’esse procedimenti contro Mastercard in relazione alla tariffa stabilita a livello nazionale.¹⁶⁷ E’ cruciale rilevare che, in relazione al tipo di attività e al fatto che tale condotta investe gli Stati membri nella loro interezza, le autorità hanno applicato anche alla condotta nazionale il diritto di concorrenza dell’Unione, isolatamente o in parallelo al diritto nazionale. Il fatto che a livello nazionale sussistessero condotte tecnicamente distinguibili da quella esaminata dalla Commissione fa sì che non si possa considerare questo esercizio della competenza come una violazione dell’articolo 11 paragrafo 6 del regolamento. Tuttavia si può rilevare che, almeno nei casi in cui la tariffa nazionale era stabilita *per relationem* rispetto alla tariffa intracomunitaria,¹⁶⁸ essa avrebbe potuto essere contestualmente esaminata dalla Commissione.

Questo esempio illustra che anche in senso verticale, benché il parallelismo delle competenze non possa esercitarsi in relazione alla medesima condotta, ci può essere una certa dinamica di ripartizione delle competenze rispetto a condotte che, pur collegate, sono distinguibili a diversi livelli. Nel caso di specie, la decisione della Commissione si è occupata di una sola condotta di rilevanza comunitaria fornendo un modello attuativo (ad esempio per quanto concerne la qualificazione di Mastercard come associazione di imprese) successivamente ripreso dalle autorità nazionali per l’esame di condotte collegate a livello nazionale, ma egualmente qualificabili come di rilevanza comunitaria.

MARTINEZ RIVERO, *Commission prohibits MasterCard’s multilateral interchange fees for cross-border card payments in the EEA*, in *Competition Policy Newsletter*, 2008, p. 1.

¹⁶⁷ Ad esempio Autorità Garante della concorrenza e del mercato, Provvedimento n. 21768 del 3 Novembre 2010, in Bollettino 43/2010. Altre autorità che hanno adottato una decisione contro Mastercard per le tariffe stabilite a livello nazionale sono l’autorità polacca e quella ungherese. Tra le autorità che hanno avviato procedimenti nei confronti di Mastercard (alcuni dei quali non sono ancora stati decisi in attesa che la Corte di Giustizia adotti si pronunci sulla decisione della Commissione) vi sono le autorità di Francia, Germania, Slovacchia, Regno Unito.

¹⁶⁸ V. ad es. la decisione dell’Autorità Garante della concorrenza e del mercato, cit. nota precedente, punto 86.

2. Il ruolo della Commissione

a) Competenza della Commissione e posizione idonea

Dopo aver esaminato alcuni profili concernenti la competenza delle autorità nazionali ad applicare il diritto di concorrenza dell'Unione europea, è possibile esaminare gli elementi distintivi che caratterizzano il ruolo della Commissione all'interno della rete.

Innanzitutto è evidente che la questione dell'asimmetria tra fonti del diritto materiale e diritto procedurale applicabile non sussiste per la Commissione, che può agire soltanto in attuazione delle norme di concorrenza dell'Unione, e secondo norme procedurali stabilite dal diritto comunitario. Le norme procedurali, a tal proposito, sono quelle definite, in primo luogo, dal regolamento 1/2003, che ha anche abilitato la Commissione a emanare disposizioni più dettagliate (oggi previste dal regolamento 773/2004). A questo complesso di fonti si deve aggiungere la giurisprudenza del Tribunale e della Corte di giustizia, nonché svariate comunicazioni, mediante le quali sono state ulteriormente specificate le modalità di esercizio della funzione amministrativa da parte della Commissione.

L'esistenza di un procedimento compiutamente disciplinato a livello comunitario e applicabile alle intese o pratiche unilaterali di rilevanza comunitaria poste in essere in qualsiasi parte del mercato interno, nella misura in cui la Commissione eserciti la funzione amministrativa, è capace di produrre una forte influenza sul diritto amministrativo nazionale. Analogamente a quanto è accaduto per il diritto materiale, la progressiva affermazione dell'azione della Commissione e del decentramento attuativo, con il conseguente assorbimento dell'azione amministrativa delle autorità nazionali a fini di esecuzione del diritto dell'Unione, ha fatto sì che il regime procedurale comunitario assurgesse a una sorta di modello di esecuzione del diritto della concorrenza. Diversi elementi di tale modello si sono così propagati al diritto procedurale nazionale, anche al di fuori dei casi in cui questo è richiesto da esigenze di effettività e uniformità (e

quindi quando le autorità nazionali applicano il diritto dell'Unione), fino a incidere perfino su situazioni disciplinate interamente dal diritto interno.¹⁶⁹

Per quanto riguarda il criterio giurisdizionale del pregiudizio al commercio tra Stati membri, questo ha una rilevanza ancora maggiore riguardo all'azione della Commissione, in quanto non rinvia, come per le autorità garanti, alla necessità di determinare il diritto applicabile a una specifica condotta, ma limita la sfera stessa del potere amministrativo che la Commissione può esercitare.

La competenza della Commissione nell'attuazione degli articoli 101 e 102 può essere fatta discendere direttamente dal Trattato. A tal proposito si noti la formulazione sensibilmente diversa dell'articolo 4 del regolamento 1/2003¹⁷⁰ rispetto al successivo articolo 5 che stabilisce la competenza delle autorità garanti della concorrenza degli Stati membri.¹⁷¹ L'esistenza di una *competenza* attuativa in capo alla Commissione appare come una circostanza sottintesa dalla disposizione del regolamento, che a tal fine attribuisce *competenze* (al plurale) da intendersi come poteri istruttori, decisionali e sanzionatori strumentali al suo esercizio.

Dal momento che è il trattato stesso a rimettere in capo alla Commissione la responsabilità ultima dell'attuazione dei principi di cui agli articoli 101 e 102, la competenza della Commissione è un elemento necessario del sistema di attuazione amministrativa delle norme antitrust. A tal proposito, la dichiarazione congiunta del 2003 chiarisce che per effetto del regolamento la Commissione, benché debba condividere il proprio ruolo con le autorità nazionali, mantiene la responsabilità ultima di sviluppare gli indirizzi di politica generale e di assicurare l'efficienza e la coerenza del sistema attuativo in virtù del suo ruolo di guardiano dei trattati.¹⁷² Questa considerazione è posta alla base dei poteri attribuiti rispettivamente alla Commissione e alle autorità che, pur

¹⁶⁹ L'esame di questa tendenza e della capacità espansiva del diritto procedurale dell'Unione anche al di là dei criteri di effettività sarà oggetto del quarto capitolo.

¹⁷⁰ "Ai fini dell'applicazione degli articoli [101] e [102] del trattato, alla Commissione sono attribuite le competenze previste dal presente regolamento".

¹⁷¹ "Le autorità garanti della concorrenza degli Stati membri sono competenti ad applicare gli articoli [101] e [102] del trattato in casi individuali."

¹⁷² Punto 9 della dichiarazione congiunta "La Commissione, nella sua qualità di custode del trattato, ha la responsabilità ultima ma non esclusiva di sviluppare la politica e salvaguardare l'efficacia e la coerenza[...]"

nell'ambito di un sistema di competenze che dal punto di vista della mera applicazione degli articoli 101 e 102 sono perfettamente parallele, non sono tuttavia simmetriche quanto alle modalità di esercizio e ai poteri che esse sottendono. In altre parole, pur condividendo la *competenza amministrativa*, le *competenze* nel senso di attribuzioni di poteri di varia natura, di cui all'articolo 4 del regolamento, presentano molteplici divergenze. Ciò si riflette necessariamente anche sulla competenza amministrativa strettamente intesa, che, come si cercherà di dimostrare, è propriamente parallela soltanto in senso orizzontale (e cioè se considerata dal punto di vista delle autorità nazionali garanti della concorrenza).

Il primo elemento strutturale che si pone in contrasto con un parallelismo perfetto in senso verticale è la norma rigida di competenza codificata dall'articolo 11 paragrafo 6 del regolamento. Nell'ambito di questa disposizione possono distinguersi due situazioni concettualmente distinte: l'esercizio della competenza da parte della Commissione quando nessuna autorità nazionale garante abbia iniziato un'indagine, e l'avvio di un procedimento quando un'autorità garante stia già esaminando un caso. Questa seconda ipotesi configura un vero e proprio potere di avocazione, che può considerarsi come la massima espressione del potere di indirizzo della Commissione in un caso singolo.¹⁷³

Il secondo elemento riguarda invece il concetto di posizione idonea, di cui alla comunicazione sulla rete, per come si applica all'azione della Commissione. Tenendo a mente gli elementi sottesi dalla valutazione della posizione idonea, che implicano valutazioni di collegamento sostanziale-territoriale con la condotta anticompetitiva e la potenziale efficacia dell'azione repressiva dell'autorità procedente, si può dire che la Commissione, in base a questi criteri, è sempre in posizione idonea per affrontare un caso particolare in virtù della propria posizione strutturale. Questa è la ragione per cui la ripartizione del lavoro nella rete a livello verticale risponde a due ulteriori criteri, menzionati ai punti 14 e 15 della comunicazione.

¹⁷³ V. *infra* paragrafo c), dedicato ai poteri della Commissione nell'ambito di procedimenti avviati dalle autorità nazionali.

Il primo di essi sancisce che la Commissione è nella posizione più idonea quando la condotta o le condotte incidono sulla concorrenza in più di tre Stati membri. Questa formulazione sembrerebbe rinviare a un criterio di sussidiarietà nel riparto verticale del lavoro, dato che riposa su un giudizio di adeguatezza e di efficienza dell'azione amministrativa. Quando un'infrazione incide principalmente sul territorio di due o tre Stati membri, il punto 12 prevede che l'azione parallela di due o tre autorità nazionali può configurarsi come "adeguata" qualora l'azione di un'unica autorità non sia sufficiente a far cessare l'infrazione o sanzionarla. Tuttavia, se già l'azione in parallelo di diverse autorità garanti può porre problemi di coordinamento al fine di assicurare una soluzione efficace ed uniforme al tempo stesso, vi possono essere casi in cui l'azione di una o più autorità non sia sufficiente a tal fine, o che una soluzione efficiente da parte di più di tre autorità sia eccessivamente gravosa nel livello di coordinamento richiesto e nell'eccessivo dispendio di risorse amministrative nell'accertamento e repressione della pratica. Per questo motivo il criterio di massima è che in tali casi è opportuna una riallocazione in senso verticale.

Il quindicesimo punto della comunicazione fa riferimento, infine, a due ulteriori ipotesi, sussumibili nella sussistenza di un interesse comunitario che è preminente rispetto alla valutazione sia delle ricadute prevalenti della condotta sul territorio di uno o più stati membri che dell'idoneità dell'azione repressiva delle autorità nazionali. Tale interesse può sussistere qualora il caso presenti una stretta relazione con altre disposizioni del diritto dell'Unione per la cui applicazione la Commissione ha competenza esclusiva o di cui essa può assicurare una più efficace applicazione, e nei casi che presentano un particolare rilievo per l'adeguamento della politica di concorrenza a casi nuovi. Il punto 15 menziona anche l'esigenza di assicurare un "rispetto effettivo" delle norme di concorrenza dell'Unione, un criterio formulato in modo vago e residuale che rinvia alla possibilità che l'azione di una o più autorità nazionali possa pregiudicare l'effettiva attuazione degli articoli 101 e 102 (e si ricollega quindi al potere di avocazione).

Ci si può interrogare sull'effettiva rispondenza dei criteri appena menzionati al parametro della sussidiarietà nei rapporti verticali tra i soggetti della rete. E'

vero che, in prima analisi, tutte queste ipotesi si fondano in qualche modo sulla supposta inadeguatezza dell'azione a livello di autorità nazionali. Tuttavia, la trattazione di questioni nuove o particolarmente rilevanti per l'interesse comunitario evidenzia che l'intervento della Commissione non è giustificato solo da esigenze di effettività e uniformità dell'attuazione, ma anche in virtù della funzione di indirizzo e sviluppo della politica di concorrenza dell'Unione di cui essa è, in ultima analisi, responsabile.

Più in generale si deve rilevare che dalla comunicazione sulla rete non può derivare alcuno scostamento significativo dalla competenza generale della Commissione ad applicare gli articoli 101 e 102 a qualsiasi condotta anticompetitiva di rilevanza comunitaria. Il regolamento non pone a tal proposito alcun vincolo normativo di sussidiarietà all'azione della Commissione rilevabile in sede di impugnazione,¹⁷⁴ subordinandola piuttosto alla soddisfazione delle esigenze di efficace e uniforme applicazione del diritto di concorrenza dell'Unione. In sede di definizione dei criteri di ripartizione mediante un atto di *soft law*, la Commissione ha fornito indicazioni volte ad aumentare la prevedibilità dell'allocazione in capo ad essa di un determinato caso, senza peraltro strettamente vincolarsi alle stesse. Ciò si evince innanzitutto dal punto 15, che tempera l'effettiva portata del criterio di adeguatezza di cui al punto 14 mediante la previsione di interessi più generali, l'ultimo dei quali formulato con evidente genericità (il "rispetto effettivo delle regole di concorrenza"). In secondo luogo, come è stato già evidenziato, la Commissione precisa nella comunicazione che le indicazioni ivi fornite sono meri criteri di

¹⁷⁴ L'unico riferimento alla sussidiarietà presente nel regolamento è quello del secondo capoverso del considerando 34, in base al quale "Conformemente ai principi di sussidiarietà e di proporzionalità enunciati all'articolo 5 del trattato, il presente regolamento non va al di là di quanto necessario per raggiungere il proprio obiettivo, che è quello di permettere un'applicazione efficace delle regole di concorrenza comunitarie". La sussidiarietà di cui si fa menzione, pertanto, è quella nell'esercizio delle competenze normative da parte dell'Unione. Si tratta, peraltro, di un'ipotesi alquanto singolare, dal momento che la disciplina della concorrenza nel mercato interno è oggi espressamente, in virtù dell'articolo 3 paragrafo 1 lettera b) TFUE una competenza esclusiva dell'Unione, mentre la sussidiarietà cui si riferisce il regolamento dovrebbe trovare applicazione nelle materie di competenza concorrente. Durante la vigenza del Trattato CE il riferimento alla sussidiarietà da parte del regolamento 1 era stato interpretato da parte della dottrina come un indice del riconoscimento, da parte del Consiglio che l'ha adottato, che la disciplina della concorrenza nel mercato interno fosse una materia di competenza concorrente, contrariamente a quanto sempre sostenuto dalla Commissione.

ripartizione, e come tali non capaci di inficiare la possibilità di esercitare la propria competenza.

La questione è stata affrontata anche dal Tribunale nel noto caso *Wanadoo*,¹⁷⁵ che riguardava una decisione della Commissione impugnata per l'asserita violazione del sistema di riparto delle competenze previsto dal regolamento. Il Tribunale ha riconosciuto che il sistema instaurato dal regolamento 1 è informato dal principio di sussidiarietà, ma che questo “non rimette in causa la competenza generale che la giurisprudenza riconosce alla Commissione”, la quale resta “autorizzata in ogni caso a decidere l'avvio di un procedimento in relazione a un'infrazione”.¹⁷⁶

Il Tribunale, inoltre, ha espressamente sancito che, benché ispirato ad un principio di stretta collaborazione tra la Commissione e le autorità garanti, le cui modalità specifiche sono stabilite dalla Commissione, il regolamento non detta alcun criterio di ripartizione delle competenze in virtù del quale la competenza amministrativa in attuazione degli Articoli 101 e 102 a un caso specifico potrebbe essere preclusa all'istituzione comunitaria. In merito alla comunicazione, è stato espressamente riconosciuto che i criteri sono meramente una possibilità di ripartizione del lavoro, e che la Commissione non si è quindi vincolata a non trattare un caso nell'ipotesi in cui un'autorità nazionale sia in posizione idonea per esaminarlo. Infine, quanto al principio di sussidiarietà, il Tribunale ha fatto riferimento¹⁷⁷ all'allora vigente protocollo sull'applicazione dei principi di sussidiarietà e proporzionalità, il quale precisava che tale principio non rimette in discussione le competenze conferite alla Comunità dal Trattato.¹⁷⁸

¹⁷⁵ Sentenza del Tribunale 8 Marzo 2007, *Wanadoo (France Télécom c. Commissione)*, causa T-339/04, in Racc. p. II-521

¹⁷⁶ *Ibidem*, punto 79.

¹⁷⁷ *Ibidem*, punto 89.

¹⁷⁸ L'attuale formulazione del Protocollo N. 2 allegato ai Trattati, sull'applicazione dei principi di sussidiarietà e di proporzionalità, in GUUE C 83 del 30 marzo 2010, p 206, non contiene la disposizione citata dal Tribunale, ma si occupa di atti legislativi (in quanto tale non è d'applicazione alla materia della concorrenza). Per ciò che concerne la funzione amministrativa, invece, deve ritenersi ancora valida l'interpretazione nel senso dell'impossibilità che il principio di sussidiarietà comprometta le competenze affidate dal trattato alla Commissione, in particolare quelle menzionate all'articolo 105 TFUE. Può anche argomentarsi che la lettera dell'articolo 103 TFUE, interpretata anche alla luce del predetto articolo 105, osta all'adozione da parte del consiglio di atti legislativi che privino la Commissione del potere di tutela amministrativa della concorrenza compromettendone la responsabilità di vigilare sull'attuazione dei principi sanciti agli articoli 101 e 102.

Il Tribunale ha quindi confermato, dopo l'entrata in vigore del regolamento 1/2003, la peculiare posizione della Commissione¹⁷⁹ anche nel senso della sua generale competenza per qualsiasi caso di infrazione agli articoli 101 e 102 del Trattato, come espressamente definita dalla Corte di Giustizia prima dell'entrata in vigore del regolamento, nel noto caso *Masterfoods*.¹⁸⁰

b) L'indirizzo della politica della concorrenza dell'Unione: strumenti generali e decisione di casi singoli.

L'appena citata sentenza *Masterfoods* aveva già chiarito in termini inequivoci la posizione di centralità della Commissione nell'attuazione delle norme di concorrenza dell'Unione di cui è direttamente investita dall'articolo 105 del Trattato.¹⁸¹ Al di là della questione della competenza ad adottare provvedimenti rispetto a casi singoli, il ruolo della Commissione si estende anche alla più generale responsabilità nell'attuazione e nell'orientamento della politica di concorrenza dell'Unione. Nell'economia del sistema istituito dal regolamento 1/2003, questo potere generale di orientamento può essere definito come un potere di indirizzo della politica della concorrenza, con importanti conseguenze sull'attività degli altri soggetti deputati all'attuazione delle proibizioni stabilite dal Trattato. Questo potere di indirizzo può essere esercitato dalla Commissione non soltanto mediante strumenti di portata generale, ma anche tramite provvedimenti adottati in casi specifici.

Il primo strumento di natura generale è un vero e proprio potere normativo: si tratta dei regolamenti di esenzione per categoria alla cui adozione la Commissione è stata abilitata dal Consiglio. I regolamenti di esenzione hanno tuttavia cambiato natura in virtù del passaggio ad un sistema di eccezione

¹⁷⁹ E' stata espressa l'opinione che la sentenza in parola non consolida una centralizzazione del sistema applicativo, quanto una sua ulteriore asimmetria, anche per quanto concerne i poteri di indagine, cfr. F. RIZZUTO, *Parallel competence and the power of the EC Commission under Regulation 1/2003 according to the Court of First Instance*, in *European Competition Law Review*, 2008, p. 297.

¹⁸⁰ Sentenza 14 dicembre 2000, *Masterfoods*, causa C-344/98, in Racc. p. I-11369, punto 46.

¹⁸¹ Oltre alla diretta attribuzione da parte del Trattato della funzione amministrativa, il ruolo centrale e di orientamento della Commissione emerge anche dalla "preminenza informativa" in cui essa è posta nell'ambito della rete in virtù delle disposizioni del regolamento d'attuazione, v. in tal senso L. DE LUCIA, *Amministrazione transnazionale e ordinamento europeo*, cit. p. 197.

legale.¹⁸² Mentre prima dell'entrata in vigore del regolamento 1/2003 essi avevano l'effetto di esentare categorie di accordi dall'obbligo di notifica alla Commissione in vista della dichiarazione di inapplicabilità di cui all'articolo 101 paragrafo 3, nell'attuale sistema i regolamenti svolgono piuttosto una funzione di orientamento dell'azione delle autorità e delle giurisdizioni nazionali. Essi, infatti, individuano categorie di intese, o specifiche clausole, cui non si applica la proibizione di cui al primo paragrafo dell'articolo 101. I regolamenti di esenzione, pertanto, vincolano la valutazione di determinate intese da parte delle autorità nazionali, e continuano ad assicurare certezza del diritto per le imprese. Al di fuori delle ipotesi previste dai regolamenti d'esenzione spetta invece all'autorità procedente (o al giudice nazionale) la verifica della sussistenza delle condizioni di cui all'articolo 101 paragrafo 3.¹⁸³

L'altro importante strumento generale di cui la Commissione dispone è l'emanazione di comunicazioni su diversi aspetti riguardanti l'applicazione delle norme di concorrenza, quali la stessa applicabilità dell'articolo 101 paragrafo 3, l'interpretazione di regolamenti di esenzione, la definizione del mercato rilevante, o la nozione del pregiudizio al commercio tra Stati membri. Queste comunicazioni riguardano direttamente aspetti del diritto sostanziale applicabile da parte delle autorità nazionali. A rigore, come chiarito nel primo capitolo, la Commissione manifesta mediante tali atti il proprio orientamento attuativo, e non può produrre un'interpretazione giuridicamente vincolante delle norme di concorrenza dell'Unione che si imponga all'attuazione di altri soggetti, incluse le autorità nazionali garanti della concorrenza. Tuttavia, occorre tener presente che, al fine di garantire il principio di uniforme applicazione del diritto della concorrenza, la Commissione potrebbe intervenire, anche in un caso singolo, in sede di cooperazione all'interno della rete qualora un'autorità intendesse

¹⁸² V. ad es. C. D. EHLERMANN, *The modernisation of EC antitrust policy: a legal and cultural revolution*, in *Common Market Law Review*, 2000, p. 566.

¹⁸³ Dal punto di vista delle imprese, il fatto che l'intesa rientri in un regolamento di esenzione le esonera dall'onere della prova di cui all'articolo 2 del Regolamento 1/2003. Tale disposizione, infatti, stabilisce che l'onere della prova della soddisfazione delle condizioni di cui all'articolo 101 paragrafo 3 incombe sulla parte che ne invoca l'applicazione. V. in tal senso A. NUCARA, *I regolamenti di esenzione*, in G. L. TOSATO, L. BELLODI, *Il nuovo diritto europeo della concorrenza – aspetti procedurali*, Milano, 2004, p. 217.

discostarsi da tali orientamenti.¹⁸⁴ Diversa valenza hanno le comunicazioni di natura procedurale, che tendono a precisare aspetti relativi ai procedimenti di attuazione a livello comunitario, e non producono particolari conseguenze in capo alle autorità nazionali, salvi gli effetti di imitazione e convergenza di cui si parlerà in seguito. Analogamente, le comunicazioni mediante le quali la Commissione precisa le proprie priorità attuative, come nel caso delle pratiche abusive ai sensi dell'articolo 102, non mettono in discussione la competenza delle autorità in merito alle condotte anticompetitive ritenute non prioritarie da parte della Commissione.

Oltre ai casi di adozione di strumenti generali, nell'ambito del Regolamento 1 possono ravvisarsi ipotesi in cui il provvedimento emanato in un caso specifico svolge anche una funzione di indirizzo dell'attività attuativa degli altri soggetti della rete. La Commissione, infatti, non esprime il proprio orientamento soltanto mediante atti di natura generale, ma anche tramite la propria prassi interpretativa e decisionale,¹⁸⁵ o addirittura mediante scelte interpretative adottate in un unico caso.¹⁸⁶ La rilevanza delle decisioni a fini di indirizzo è espressamente riconosciuta dal regolamento.

Una prima ipotesi è quella dell'adozione di un provvedimento in relazione a questioni che presentano caratteri innovativi, e che richiedono un adeguamento della politica di concorrenza dell'Unione. Questa ipotesi è espressamente riconosciuta, come già ricordato, come uno dei casi in cui la Commissione si considera in posizione più idonea per l'esercizio della competenza attuativa, in virtù del proprio ruolo.

La seconda fattispecie è espressamente disciplinata dal regolamento all'articolo 29 paragrafo 1, e costituisce un complemento dell'emanazione di

¹⁸⁴ Altri hanno sottolineato, invece, che gli orientamenti espressi dalla Commissione nella sua prassi attuativa si imporrebbero alle autorità nazionali in quanto principi generali sull'attuazione degli articoli 101 e 102 TFUE, ma solo nella misura in cui le decisioni della Commissione siano confermate dalla Corte di giustizia, cfr. N. D'ERRICO, N. GIGIO, V. DITTRICH, *Il regolamento CE n. 1/2003*, in P. MARCHETTI, L. C. UBERTAZZI, *Commentario breve al diritto della concorrenza*, Padova, 2004, p. 2105.

¹⁸⁵ Le comunicazioni della Commissione spesso codificano in linea generale una prassi attuativa già in atto, oltre a manifestare *ex ante* orientamenti che l'istituzione intende seguire in futuro.

¹⁸⁶ Si può sostenere che le decisioni della Commissione siano in tal senso una fonte generale di stabilità nell'interpretazione delle norme di concorrenza dell'Unione, come osservato da D. J. GERBER, P. CASSINIS, *The 'Modernisation' of European Community Competition Law: achieving consistency in enforcement – part I*, in *European Competition law review*, 2006, p. 14

regolamenti di esenzione. Qualora accada che un'intesa, astrattamente riconducibile alle ipotesi per cui il regolamento prevede un'esenzione, abbia in concreto effetti incompatibili con l'articolo 101 paragrafo 3, la Commissione ha la possibilità di revocare tale beneficio. Il paragrafo 2 autorizza anche le autorità nazionali a revocare l'esenzione in casi individuali, ma subordina tale possibilità a specifiche condizioni, che non sarebbero invece necessarie per il generico esercizio della competenza amministrativa. In particolare, perché un'autorità nazionale possa revocare il beneficio è necessario che gli effetti dell'intesa si producano sul territorio di uno Stato membro o su una parte di esso, e questo abbia tutte le caratteristiche di un mercato geografico distinto.¹⁸⁷

La terza fattispecie non riguarda direttamente l'azione delle autorità nazionali garanti della concorrenza, bensì casi individuali di applicazione degli articoli 101 e 102 del trattato da parte delle giurisdizioni nazionali, in cui la Commissione ha la possibilità di presentare pareri o osservazioni intervenendo su richiesta del giudice o d'ufficio, in virtù dell'articolo 15 del regolamento. La portata di tale previsione è di indirizzo nel singolo caso piuttosto che di indirizzo generale, anche in virtù del fatto che, a tutt'oggi, le osservazioni presentate dalla Commissione in base all'articolo 15 non sono pubblicate in modo sistematico. Un'incidenza sull'attuazione da parte delle autorità nazionali può aversi, sebbene indirettamente, qualora l'intervento della Commissione davanti a una giurisdizione nazionale avvenga in sede di impugnazione di un provvedimento emanato da un'autorità.

Un ulteriore potere di indirizzo nel caso singolo è disciplinato espressamente dall'articolo 10 del regolamento. Mentre la tipologia di decisioni adottabili dalle autorità garanti in base all'articolo 5 è fedelmente ricalcata negli articoli da 7 a 9 (nell'ordine, constatazione ed eliminazione di delle infrazioni, misure cautelari e accettazione di impegni), e 22 e 23 (irrogazione di ammende e penalità di mora), tale simmetria non si riscontra per quanto riguarda l'articolo 10. Esso abilita la Commissione ad adottare decisioni di segno positivo, e cioè a constatare mediante decisione l'inapplicabilità dell'articolo 101 paragrafo 1 o 102 a una

¹⁸⁷ Per alcune considerazioni sostanziali sui requisiti in parola, v. S. GOBBATO, *Revoca in casi specifici*, in A. ADINOLFI, L. DANIELE, B. NASCIMBENE, S. AMADEO, *Commentario*, cit., p. 370.

specifica intesa (primo capoverso) o pratica unilaterale (secondo capoverso). La ragione per cui questo tipo di decisioni non può essere adottato dalle autorità nazionali deve rinvenirsi nella sua eccezionalità rispetto al sistema instaurato dal regolamento. Esso è funzionale all'azione repressiva da parte delle autorità nazionali e della Commissione, e pertanto la competenza amministrativa può essere esercitata nella misura in cui ciò sia necessario alla tutela della concorrenza (per quanto riguarda le intese, ciò è coerente con l'instaurazione di un sistema di eccezione legale), e quindi mediante provvedimenti inibitori, sanzionatori, o di accettazione di impegni.

Nel caso in cui l'autorità ravvisi che non vi sono elementi per constatare un'infrazione, essa può semplicemente decidere di non avere motivo per intervenire, secondo quanto previsto dall'ultimo capoverso dell'articolo 5. Nel successivo capitolo, relativo agli effetti dei provvedimenti adottati dai soggetti della rete, si evidenzierà come, nell'ambito di un sistema di competenze parallele e alla luce della necessità di evitare decisioni contraddittorie, tale scelta normativa è funzionale a non compromettere la possibilità che un altro soggetto della rete eserciti la propria competenza in relazione alla medesima condotta.¹⁸⁸ In questa sede va intanto chiarito che la Commissione può, invece, adottare tali decisioni in virtù del proprio potere di indirizzo.¹⁸⁹ Anch'essa, infatti, non può adottare una decisione positiva in esito a un procedimento per la mera insussistenza delle condizioni per un divieto. Al contrario, devono sussistere specifiche ragioni di interesse pubblico comunitario perché possa pronunciarsi espressamente nel senso della legittimità della condotta alla luce delle norme di concorrenza dell'Unione.¹⁹⁰ Fino ad oggi tali decisioni non sono mai state

¹⁸⁸ Cfr. anche Sentenza 3 maggio 2011, *Tele 2 Polska*, causa C-375/09, su cui si tornerà più ampiamente in seguito.

¹⁸⁹ Questo è confermato dal fatto che l'articolo 27 paragrafo 4 del regolamento prevede che nell'ipotesi di adozione di una decisione ex articolo 10, la Commissione pubblica un'esposizione sommaria dei fatti e il contenuto essenziale dell'azione proposta al fine di permettere ai terzi interessati di presentare osservazioni. Questa disposizione esplicita il fatto che le decisioni ex articolo 10 sono veri e propri strumenti di elaborazione della politica generale della concorrenza dell'Unione, come sostenuto ad esempio da D. J. GERBER, P. CASSINIS, *The 'Modernisation' of European Community Competition Law*, cit., p. 16.

¹⁹⁰ La necessità che sussista l'interesse pubblico comunitario, secondo alcuni, fa sì che esse possano essere adottate esclusivamente su iniziativa della Commissione, cfr. E. DE SMIJTER, L. KJOLBYE, *The enforcement system under regulation 1/2003*, cit., p. 132. *Contra*, v. C. KERSE, N. KHAN, *EC antitrust procedure*, cit., p. 110, secondo cui la dichiarazione di inapplicabilità *ex art.*

adottate, ma è possibile prevedere che potrà farsene uso in modo strumentale all'espressione di un orientamento generale in merito a condotte di particolare novità o complessità,¹⁹¹ o al fine di risolvere eventuali contrasti attuativi che dovessero manifestarsi nell'attività delle autorità nazionali.

Esiste, infine, un'ipotesi residuale che è soltanto accennata nel regolamento. Nel considerando (35), esso prefigura la possibilità per la Commissione di fornire un orientamento informale a singole imprese in caso di incertezza dovuta all'insorgere di quesiti nuovi o non risolti riguardanti l'attuazione degli articoli 101 e 102. Il considerando (35) è peculiare per due diverse ragioni. Innanzitutto, si tratta di una previsione che non è riconnessa direttamente ai criteri generali di efficace e uniforme applicazione, ma è espressamente collegata all'esigenza di certezza del diritto delle imprese.

In secondo luogo, al considerando non corrisponde alcuna disposizione vincolante nel corpo del regolamento. Si deve ritenere, pertanto, che l'orientamento informale va ricompreso tra gli atti di *soft law* e non comporta l'esercizio da parte della Commissione di un potere tale da incidere sulle situazioni giuridiche soggettive dei singoli. Mediante un orientamento informale, la Commissione può vincolare soltanto sé stessa. Nella misura in cui non vi è esercizio della competenza, tuttavia, resta problematico stabilire in che misura anche le autorità garanti siano vincolate da un orientamento così espresso. Tale vincolo può essere soltanto indiretto, e cioè le autorità non sono private della possibilità di esercitare la propria competenza, ma, ove ciò accada, è ragionevole ritenere che la Commissione potrà far valere il proprio orientamento in sede di cooperazione ed eventuale esercizio dei propri poteri (avvio di un procedimento ex articolo 11 paragrafo 6 ed eventualmente decisione ex articolo 10).

La Commissione ha emanato un'apposita comunicazione,¹⁹² in cui precisa da un lato che le imprese possono presentare una richiesta alla Commissione senza

10 regolamento 1/2003 sarebbe l'unico residuo dell'esenzione individuale concessa nel precedente sistema, e tale decisione potrebbe essere sollecitata da un'impresa mediante una semplice richiesta, in assenza di procedure formali di notificazione.

¹⁹¹ Cfr. S. AMADEO, *Constatazione di inapplicabilità*, in A. ADINOLFI, L. DANIELE, B. NASCIMBENE, S. AMADEO, *Commentario*, cit., p. 135.

¹⁹² Comunicazione della Commissione sull'orientamento informale per questioni nuove relative agli articoli 81 e 82 del Trattato CE, sollevate da casi individuali (lettere di orientamento), in GUUE C 101 del 27 aprile 2004, p. 78.

particolari formalità (punti 12 e 14), e che l'opportunità di inviare una lettera di orientamento sarà valutata alla luce della novità della questione e del significato economico della condotta segnalata (criteri specificati al punto 8). E' inoltre interessante che la Commissione si è espressa (punto 24) nel senso che l'invio di una lettera non pregiudica la possibilità di avviare successivamente un procedimento sulla stessa condotta, in particolare in seguito alla presentazione di una denuncia, all'emergere di nuovi elementi, di giurisprudenza sopravvenuta da parte della Corte di Giustizia o, semplicemente, di un mutamento nel proprio indirizzo di politica generale.¹⁹³

c) I poteri della Commissione nell'ambito di procedimenti avviati dalle autorità nazionali

Dopo aver esaminato i casi in cui la Commissione esercita i propri poteri di indirizzo tramite strumenti generali o propri provvedimenti in casi individuali, occorre invece analizzare in che modo essa esercita poteri in relazione a procedimenti trattati dalle autorità nazionali in virtù della sua responsabilità, in ultima istanza, nell'assicurare l'uniforme ed efficace applicazione della disciplina della concorrenza dettata dal trattato. Possono ravvisarsi, in questo contesto, tre ipotesi previste dall'articolo 11. In due casi l'esercizio di un potere da parte della Commissione è espressamente disciplinato, mentre nel terzo esso deriva dalla lettura sistematica della disposizione in esame.

La prima ipotesi si iscrive nell'ambito della cooperazione in senso stretto tra soggetti della rete, ed è disciplinata dal paragrafo 5. Si tratta di un parere facoltativo che può essere richiesto da un'autorità garante nel corso di un procedimento in cui essa debba fare applicazione del diritto dell'Unione. Si può notare che la disposizione non qualifica ulteriormente il diritto applicato riferendolo all'ambito della concorrenza, o agli articoli 101 e 102 come di norma avviene nel testo del regolamento. Questa diversa formulazione non può, tuttavia, essere interpretata nel senso che essa consente all'autorità di richiedere

¹⁹³ In tal caso, tuttavia, alla luce dei principi generali, si deve concludere che sarebbe preclusa alla Commissione la possibilità di irrogare ammende nella misura in cui va tutelato il legittimo affidamento delle imprese.

un parere anche quando debba applicare disposizioni diverse da quelle di concorrenza.¹⁹⁴ Ciò sembrerebbe escluso dalla base giuridica in base a cui il regolamento è stato adottato, che consente al Consiglio di adottare disposizioni necessarie per l'applicazione degli articoli 101 e 102 del trattato, e dall'interpretazione sistematica della disposizione. Non è escluso, ad ogni modo, che il parere richiesto alla Commissione, purché nell'ambito di un procedimento per l'attuazione degli articoli 101 e 102, possa riguardare anche altri aspetti di diritto dell'Unione rilevanti ai fini dell'esame della condotta (si immagina la possibilità che le medesime condotte si pongano in contrasto con disposizioni attinenti alle libertà fondamentali nel mercato interno).

La seconda ipotesi espressamente prevista è il potere di avocazione previsto dal successivo paragrafo 6. Il primo capoverso di questa disposizione prevede, come noto, che ogniquale volta la Commissione agisce avviando un procedimento,¹⁹⁵ le autorità garanti sono private della competenza ad applicare gli articoli 101 e 102¹⁹⁶ alla medesima fattispecie. Il secondo capoverso chiarisce che tale meccanismo opera anche nel caso in cui un'autorità nazionale stia già svolgendo un procedimento, e in questo senso può parlarsi di avocazione. Il paragrafo 6 prevede, come unico vincolo procedurale all'esercizio di tale potere, la consultazione dell'autorità procedente.¹⁹⁷ Questa, a sua volta, può chiedere che il caso sia iscritto all'ordine del giorno del comitato consultivo, secondo

¹⁹⁴ Anche la comunicazione sulla rete non fa riferimento a questa possibilità. Il parere facoltativo è, invece, configurato come un mezzo con cui investire la Commissione di questioni che non sono soggette all'obbligo di trasmettere informazioni di cui al paragrafo 4, e cioè quando l'autorità nazionale intenda respingere una denuncia, chiudere il procedimento d'ufficio o adottare misure cautelari.

¹⁹⁵ Non è sufficiente a tal fine la ricezione di una denuncia, essendo invece necessario un atto con cui la Commissione manifesti la propria volontà in tal senso, cfr. ad es. S. BASTIANON, *Cooperazione tra la Commissione e le autorità garanti della concorrenza degli Stati Membri*, in A. ADINOLFI, L. DANIELE, B. NASCIMBENE, S. AMADEO, *Commentario*, cit., p. 148, in riferimento alla Sentenza della Corte di Giustizia 6 febbraio 1973, *Brasserie de Haecht (II)*, causa 48/72, in Racc. p. 77.

¹⁹⁶ E' stato rilevato che la portata di tale previsione può avere effetti che sfociano anche nell'attuazione del diritto nazionale. Nella pratica, infatti, se l'autorità nazionale della concorrenza aveva avviato un procedimento per l'attuazione in parallelo del diritto nazionale e del diritto dell'Unione, in seguito all'avocazione essa sarà portata a sospendere anche il procedimento riguardante l'applicazione del diritto nazionale in attesa della decisione della Commissione che definisca il caso in sede comunitaria, v. ad es. G. L. TOSATO in G. L. TOSATO, L. BELLODI, *Il nuovo diritto europeo della concorrenza*, cit., p. 38.

¹⁹⁷ Nella comunicazione sulla rete, tuttavia, la Commissione si è impegnata a comunicare per iscritto i motivi che supportano la decisione di avviare un procedimento, non solo all'autorità procedente, ma anche agli altri membri della rete, cfr. punto 55.

quanto disposto dall'articolo 14 paragrafo 7. Ai sensi della stessa disposizione, trattandosi di un caso trattato in quel momento da un'autorità nazionale, il comitato non emette un parere, che in questa fase sarebbe altrimenti un parere sull'esercizio della competenza da parte della Commissione, di cui essa non può comunque essere privata. Tuttavia, ove la Commissione ritenga di adottare una decisione in esito al procedimento nel caso avvocato, il comitato potrà esprimere un parere su tale decisione secondo le regole generali di cui all'articolo 14 paragrafo 3.

L'avocazione è un potere che allo stesso tempo si può configurare come strumento di cooperazione e strumento di risoluzione di eventuali conflitti in seno alla rete. Nella prima accezione, essa può essere il risultato di una riallocazione del caso nell'ambito della rete, dopo l'avvio di un procedimento da parte di una o più autorità nazionali. Se infatti le stesse autorità, d'accordo con la Commissione, ritengano che sia più adeguato l'intervento di quest'ultima, la competenza può essere riallocata mediante il semplice avvio di un procedimento a livello comunitario, e la conseguente automatica cessazione dei procedimenti a livello nazionale.¹⁹⁸ In questi casi l'avocazione avrà luogo di norma entro il periodo di due mesi previsto per la riallocazione del caso.

Nella seconda accezione, qualora un'autorità intenda adottare un provvedimento che la Commissione non ritiene coerente con l'effettiva applicazione del diritto dell'Unione (anche in caso di un conflitto interpretativo), o qualora vi sia un rischio di applicazione difforme da parte di più autorità, il conflitto è risolto mediante l'accentramento della competenza in senso verticale in capo al soggetto della rete che ha la responsabilità ultima dell'efficace e uniforme attuazione degli Articoli 101 e 102, e la cui decisione potrà essere impugnata davanti al Tribunale e alla Corte di Giustizia.¹⁹⁹

¹⁹⁸ Questo può avvenire anche in seguito al trascorrere del periodo iniziale di attribuzione, come emerge dal punto 54 lettera *e*), in base al quale la Commissione interviene dopo tale periodo anche nel caso in cui le autorità nazionali non si oppongono.

¹⁹⁹ Tra i casi di avvio di un procedimento da parte della Commissione anche dopo il periodo iniziale di attribuzione, elencati al punto 54, rientrano in questa categoria quelli previsti alla lettera *a* (rischio di decisioni contrastanti sullo stesso caso), *b* (decisioni palesemente in conflitto con la giurisprudenza comunitaria o con gli orientamenti espressi dalla Commissione). L'indebito prolungamento del procedimento da parte delle autorità nazionali, di cui alla lettera *c*, va invece ricondotto all'esigenza di attuazione efficace.

La comunicazione sulla rete, tuttavia, cita un ulteriore motivo in base al quale la Commissione intende esercitare il potere di avocazione dopo il periodo di riallocazione, e cioè quando ciò si rende necessario per sviluppare la politica comunitaria della concorrenza o assicurarne l'effettiva applicazione.²⁰⁰ In questo senso, il ricorso all'articolo 11 paragrafo 6 è strumentale all'esercizio di poteri di indirizzo e può farsi rientrare tra le ipotesi discusse nel precedente paragrafo.

La terza ed ultima ipotesi di intervento della Commissione nel caso singolo non è invece espressamente disciplinata dal regolamento, ma si può ritenere implicitamente prevista in base a considerazioni sistematiche. In particolare, l'articolo 11 stabilisce, in capo alle autorità nazionali, due fattispecie di obbligo di trasmettere informazioni. Il paragrafo 3 prevede l'obbligo delle autorità informare la Commissione dopo la prima misura formale di indagine. Questa ipotesi va chiaramente ricollegata alla possibilità di riallocazione del caso, a vantaggio della Commissione o di altre autorità garanti, e in questo senso si è già illustrato che la comunicazione sulla rete ha esteso l'obbligo di informazione anche a vantaggio di queste ultime.

L'articolo 11 paragrafo 4 stabilisce invece un obbligo di informazione in esito al procedimento, in base al quale l'autorità garante deve informare la Commissione dell'intenzione di adottare una decisione mediante la quale ordina la cessazione di un'infrazione, accetta impegni o revoca l'applicazione di un regolamento di esenzione. La trasmissione deve avvenire, al più tardi, 30 giorni prima della sua adozione. L'autorità deve fornire una presentazione del caso unitamente alla decisione che intende adottare o, in alternativa, ogni altro documento che esponga la linea proposta. L'autorità deve altresì produrre ogni altro documento che la Commissione richieda ai fini della valutazione della pratica. Mentre l'informazione fornita ai sensi del paragrafo 3 riguarda semplicemente la condotta oggetto dell'indagine e comporta una valutazione sulla possibilità che esso possa essere più efficacemente trattato da un altro

²⁰⁰ Tra le ragioni alla base di una avocazione non espressamente citate dalla comunicazione sulla rete può inoltre inserirsi la necessità di prevenire che in un determinato caso siano favoriti interessi nazionali, cfr. N. D'ERRICO, N. GIGIO, V. DITTRICH, *Il regolamento CE n. 1/2003*, cit., p. 2116.

soggetto della rete,²⁰¹ l'obbligo di informazione permette un ben più penetrante controllo sulla determinazione concretamente assunta dall'autorità in fase decisoria.

Così configurato, l'obbligo di informazione di cui al paragrafo 4 è immediatamente funzionale al paragrafo 6, e cioè permette alla Commissione di avere tutti gli elementi necessari al fine di valutare l'opportunità di avocare a sé il caso in base ad uno dei motivi che essa stessa ha individuato nella comunicazione sulla rete. Il punto 46 della comunicazione precisa che, trascorsi i trenta giorni senza che la Commissione abbia avviato un procedimento, l'autorità può adottare il provvedimento.

A questo punto occorre sottolineare che tutti i meccanismi di cooperazione fin qui citati riguardano in primo luogo la ripartizione del lavoro e l'applicazione uniforme nell'ambito della rete. Se si resta alla lettera del regolamento 1/2003, l'esigenza di applicazione uniforme è soddisfatta in modo abbastanza rigido. Infatti, nel caso in cui la Commissione abbia riserve sulla linea proposta o sul provvedimento che l'autorità ha predisposto in esito alla fase decisoria, in particolare per ciò che concerne l'interpretazione e l'efficace applicazione delle norme di concorrenza, essa ha solo la possibilità di avviare un nuovo procedimento.²⁰² Questa scelta appare ispirata dall'intento di mantenere l'assetto della rete come entità composta di soggetti distinti e autonomi, dotati di competenze parallele, e impegnati in una cooperazione che a ben vedere, stando alla lettera del regolamento, si esercita più sulla ripartizione del lavoro e nella collaborazione in fase istruttoria, piuttosto che su un dialogo in merito alle determinazioni concretamente assunte.

Nel silenzio del regolamento, tuttavia, questa forma di cooperazione (che, a rigore, somiglia più a un potere di controllo da parte della Commissione) si è sviluppata nella prassi, dando vita ad un distinto meccanismo procedurale. Una prima indicazione può desumersi dal punto 46 della comunicazione sulla rete,

²⁰¹ In tal senso, la decisione di trasmettere l'informazione alla Commissione implica una valutazione che, spesso, ha natura prognostica. La condotta, infatti, è esaminata in questo contesto dall'autorità garante prima del compimento della fase istruttoria.

²⁰² L'attività dell'autorità precedente non è vanificata nella misura in cui le informazioni da essa raccolte in sede istruttoria possono essere trasmesse, entro i limiti precisati dal regolamento, alla Commissione.

allorché si prevede che “la Commissione può presentare osservazioni scritte sul caso prima dell’adozione della decisione da parte dell’autorità nazionale. L’autorità nazionale garante della concorrenza e la Commissione adottano tutti gli opportuni provvedimenti per assicurare un’applicazione uniforme del diritto comunitario”. Il successivo punto 47, inoltre, chiarisce che la Commissione si impegna ad “esprimersi” sul caso nel più breve tempo possibile.

Questo fenomeno è di grande importanza per inquadrare il ruolo svolto dalla Commissione nella rete, perché prefigura l’espressione di un parere, che può incidere sulla fase decisoria del procedimento dinanzi alle autorità nazionali. Del resto, è di tutta evidenza che le concrete modalità di cooperazione si sono sviluppate in questa lacuna del regolamento. Basti considerare che la Commissione non ha mai fatto ricorso all’articolo 11 paragrafo 6 dopo la trasmissione di informazioni da parte dell’autorità garante ai sensi del paragrafo 4 del medesimo articolo.²⁰³ Inoltre, in assenza di qualunque altra opportunità di discussione sul caso specifico, se non vi fosse alcuna forma di reazione alle precitate informazioni, la Commissione verrebbe meno alla responsabilità di assicurare l’uniforme applicazione delle norme di concorrenza .

In conclusione, la comunicazione e la prassi applicativa hanno pertanto “letto” nell’articolo 11 paragrafo 4 la previsione di un parere sulla linea d’azione proposta dall’autorità nazionale. Non si tratta, tuttavia, di un parere obbligatorio, in quanto non è imposto da alcuna norma che disciplina la cooperazione tra la Commissione e le autorità nazionali.²⁰⁴ A tal proposito, per verificare la conformità del procedimento alla disciplina del regolamento è sufficiente per l’autorità l’aver trasmesso le informazioni previste dall’articolo 11 paragrafo 4.²⁰⁵

²⁰³ Il dato è significativo se si considera che, stando ai dati pubblicati dalla rete, nei primi sette anni di applicazione del regolamento 1/2003, le autorità nazionali hanno trasmesso informazioni alla Commissione ai sensi dell’articolo 11 paragrafo 4 in ben 496 casi, su un totale di 1346 investigazioni di cui la rete è stata informata.

²⁰⁴ *Contra* E. DE SMIJTER, L. KJOLBYE, *The enforcement system under regulation 1/2003*, cit., p. 157 ss, i quali parlano di un vero e proprio obbligo di consultazione della Commissione da parte delle autorità nazionali, piuttosto che di obbligo di trasmettere informazioni.

²⁰⁵ Affinché le parti possano verificare il rispetto dell’obbligo previsto all’articolo 11 paragrafo 4, il direttorato generale della concorrenza della Commissione europea certifica l’avvenuta ricezione delle informazioni. Vedi Commission Staff Working Paper accompanying the Communication from the Commission to the European Parliament and Council – Report on the

E' difficile ricostruire la portata effettiva dei pareri della Commissione emessi in questa sede dal momento che le comunicazioni tra questa e le autorità nazionali nell'ambito della rete non sono accessibili per le parti del procedimento. Si tratta, tuttavia, di un vero e proprio potere della Commissione nell'ambito dei procedimenti condotti dalle autorità nazionali, e si affianca in tal senso al potere di avocazione e al parere facoltativo.

Per avere qualche ulteriore indicazione si può far riferimento al documento di lavoro dei servizi della Commissione che è stato pubblicato unitamente alla Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo sul funzionamento del regolamento 1/2003. In questa sede, i servizi della Commissione hanno fornito ulteriori elementi per inquadrare questa cruciale attività di cooperazione,²⁰⁶ che sfocia nel controllo da parte della Commissione della decisione che l'autorità intende adottare.

Il documento prodotto dal direttorato generale della concorrenza ricostruisce la prassi instaurata nei primi cinque anni di applicazione del regolamento 1. In seguito alla ricezione delle informazioni ai sensi dell'articolo 11 paragrafo 4, il direttorato generale trasmette osservazioni alle autorità garanti della concorrenza, che possono riguardare taluni aspetti della decisione che essa intende adottare, quali la definizione del mercato rilevante, il coordinamento con casi afferenti lo stesso settore trattati dalla Commissione, o la giurisprudenza del Tribunale e della Corte.

Nel rapporto si menziona espressamente che lo scopo delle osservazioni non è in alcun caso quello di trasmettere ulteriore materiale probatorio, caso in cui tali osservazioni dovrebbero essere necessariamente portate all'attenzione delle parti. Le parti del procedimento, invece, non sono mai messe al corrente delle osservazioni trasmesse dal direttorato generale per la concorrenza, che non sono in linea generale menzionate neanche nel provvedimento. Tali osservazioni

functioning of Regulation 1/2003, SEC(2009) final, punto 255. Secondo la dottrina, la violazione di tale obbligo potrebbe costituire un vizio del provvedimento tale da comportarne l'annullamento, cfr. E. DE SMIJTER, L. KJOLBYE, *The enforcement system under regulation 1/2003*, cit., p. 160, dove si cita per analogia la sentenza della Corte di Giustizia 30 aprile 1996, *CIA International*, causa C-194/94, in Racc. p. I-2201, punti 150 ss. In questa sede, in merito all'obbligo di comunicazione di bozze di regolamenti tecnici, la Corte aveva infatti stabilito che la mancata notifica rende le disposizioni inapplicabili e non opponibili ai singoli.

²⁰⁶ *Ibidem*, punti 257 ss.

avvengono di regola in forma orale, ma anche quando sono trasmesse per iscritto esse sono ritenute comunicazioni interne alla rete e, come tali, non vengono rese pubbliche né note alle parti, coerentemente con l'articolo 27 paragrafo 2 del regolamento che esclude specificamente dal diritto di accesso le comunicazioni e gli scambi di corrispondenza tra la Commissione e le autorità nazionali. La ragione di questa scelta è quella di preservare lo spazio di riflessione e discussione interno alla rete. Va osservato, quindi, che il rapporto tra la Commissione e le autorità nazionali non si configura come un rapporto con un diverso organo di cui occorre acquisire il parere (affinché le parti possano verificare la rispondenza o la divergenza tra questo e il provvedimento adottato): la consultazione della Commissione viene invece considerata quasi alla stregua di un'attività interna alla stessa autorità ai fini della formazione del provvedimento nella fase decisoria.

Il direttorato generale per la concorrenza sottolinea, a tal proposito, che le osservazioni che sottopone all'autorità nazionale mirano ad attrarre l'attenzione dell'autorità su alcuni particolari elementi affinché essa possa considerarli prima di consolidare il proprio orientamento. Le autorità, in altre parole, manterrebbero la piena responsabilità dell'adozione della decisione. Questo appare come un argomento abbastanza debole, allorché si consideri che qualora l'autorità non intenda conformarsi alle eventuali indicazioni ricevute, la Commissione ha la possibilità di avocare il caso, anche se questa ipotesi, tenendo conto delle risorse relativamente limitate di cui dispone, può ricorrere soltanto nei casi più gravi. Non è un caso che lo stesso documento di lavoro, dopo aver ricordato la responsabilità esclusiva dell'autorità nazionale nella definizione dei propri procedimenti, ricorda la "speciale responsabilità della Commissione di assicurare che le regole vengano applicate in maniera coerente ed uniforme", e annuncia che nel caso in cui vi sia un rischio di incoerenza nell'applicazione delle norme di concorrenza, "la Commissione deve adottare le misure necessarie per evitare tale risultato".²⁰⁷ Il direttorato generale della concorrenza, peraltro, sottolinea che sono stati pochissimi i casi in cui l'autorità

²⁰⁷ *Ibidem*, punto 258, trad. nostra.

nazionale non abbia tenuto conto delle osservazioni della Commissione, e soltanto in ragione delle specifiche circostanze del caso.

d) Rilevanza autonoma della rete nell'esercizio della funzione amministrativa

Una volta chiariti i confini delle competenze delle autorità nazionali garanti della concorrenza e il diverso ruolo strutturale svolto dalla Commissione, è possibile trarre tre conclusioni preliminari sul sistema di attuazione amministrativa istituito dal regolamento 1/2003, prima di procedere all'esame della problematica complementare degli effetti delle decisioni adottate dai membri della rete.

La prima osservazione riguarda quella che è stata definita come "interoperabilità orizzontale e verticale" nell'ambito della rete.²⁰⁸ Questo concetto indica il fatto che autorità di diversi Stati membri (interoperabilità orizzontale) e la Commissione (interoperabilità verticale) applicano lo stesso diritto materiale della concorrenza alle condotte aventi rilevanza comunitaria. L'interoperabilità, a ben vedere, riguarda pertanto i sistemi antitrust, che in astratto devono essere capaci di assicurare l'attuazione degli articoli 101 e 102 in modo efficace e uniforme su tutto il mercato interno. Essa è il risultato, al tempo stesso, della previsione di competenze parallele e dell'obbligo di applicare il diritto dell'Unione a situazioni di rilevanza comunitaria.

Vi è tuttavia un'interessante questione che deriva dal fatto che l'interoperabilità qualifica la competenza e il diritto materiale applicabile, ma non si estende in linea generale alle norme procedurali che disciplinano l'attuazione delle norme di concorrenza dell'Unione da parte dei diversi soggetti della rete. Ciò consente di comprendere il limite intrinseco dell'interoperabilità tra sistemi antitrust, che si ricollega alla circostanza che la disciplina delle modalità di attuazione è rimessa in linea generale, e salvo limiti espliciti, al diritto amministrativo dettato da ciascuno degli Stati membri (e dalle istituzioni comunitarie per quanto concerne l'attuazione da parte della Commissione).

²⁰⁸ L'espressione si deve a L. F. PACE, v. ad es. *L'applicazione decentrata*, in G. L. TOSATO, L. BELLODI, *Il nuovo diritto europeo della concorrenza*, cit., p. 231.

Questo carattere della rete è a sua volta cruciale per l'analisi dei profili problematici più evidenti nell'attuazione decentrata della funzione amministrativa, e cioè la possibilità di un regime di efficacia (soprattutto transnazionale) diverso a seconda dell'autorità procedente, e la possibile disparità nei diritti procedurali e nelle modalità di tutela riconosciute alle parti ed ai terzi. Questi profili verranno affrontati nei successivi capitoli, dove si cercherà di dimostrare che la disparità può essere corretta nell'ambito di un sistema di attuazione decentrata nella misura in cui l'esigenza di applicazione efficace e uniforme si riferisce alla vigenza e all'operatività delle proibizioni di diritto materiale.

Il secondo rilievo è che la comprensione del modello di esercizio della funzione repressiva nell'ambito della tutela amministrativa della concorrenza richiede che la rete stessa venga considerata come uno dei suoi elementi. Le disposizioni del regolamento 1/2003 non istituiscono la rete come organo autonomo. Le indicazioni positive del regolamento, infatti, stabiliscono esclusivamente la competenza della Commissione e delle autorità nazionali quali soggetti dell'ordinamento degli Stati membri, disciplinandone la cooperazione come elemento essenziale per l'attuazione efficace ed uniforme degli articoli 101 e 102 del Trattato. Si è altresì evidenziato che i meccanismi previsti dal regolamento, tuttavia, sarebbero insufficienti allo scopo se considerati isolatamente.

Il corretto funzionamento delle competenze parallele è stato determinato, tuttavia, dalle modalità più informali di cooperazione entro gli scarsi vincoli procedurali stabiliti dal regolamento, come assicurate dall'azione di concerto della Commissione e delle autorità nazionali proprio nell'ambito della rete, piuttosto che dai poteri che tali soggetti possono esercitare individualmente o nell'ambito del Comitato consultivo espressamente disciplinato dal regolamento.

Si fa qui riferimento alla rete come definita dalla relativa comunicazione, e cioè quel "foro di discussione e di co-operazione in materia di applicazione e di vigilanza sul rispetto della politica comunitaria della concorrenza". La rete costituisce lo strumento di maggiore garanzia dell'uniforme applicazione, in quanto spazio di discussione informale delle problematiche poste dall'attuazione

decentrata e parallela del diritto di concorrenza dell'unione, e sede di prevenzione di possibili incoerenze del sistema.²⁰⁹ Il funzionamento di questo modulo organizzativo è reso possibile dal continuo flusso di informazioni tra i diversi soggetti, e lo scambio di esperienze tra diversi soggetti deputati all'attuazione delle medesime norme sostanziali. L'esistenza di tale foro di discussione ha permesso anche il consolidarsi di un approccio comune rispetto alle problematiche che afferiscono all'elaborazione di una politica della concorrenza dell'Unione.

Non stupisce, pertanto, che la rete si sia progressivamente strutturata in modo molto articolato e a prescindere dalle esigenze di trattazione di specifici problemi connessi a casi individuali. Il documento di lavoro della Commissione che accompagna il rapporto sul funzionamento del regolamento 1/2003 menziona, ad esempio,²¹⁰ che nei primi cinque anni di attuazione di tale regolamento, la rete ha sviluppato un'organizzazione informale a quattro livelli: incontri annuali dei direttori generali delle autorità di concorrenza (concernenti principalmente le questioni di orientamento della politica generale), riunioni plenarie (per la discussione di questioni di interesse comune), gruppi di lavoro orizzontali (normalmente deputati alla discussione di questioni economiche, giuridiche o procedurali) e ben 15 sottogruppi (suddivisi per settori economici). L'esperienza della rete arricchisce così il sistema di una diffusa cultura della concorrenza dell'Unione tra i soggetti responsabili dell'attuazione, nonché di un'accentuata consapevolezza dei rispettivi ruoli.

A questo si collega il terzo ed ultimo rilievo. Nonostante la preminenza della Commissione come consolidata dalle disposizioni del regolamento e della prassi, e ispirata alla responsabilità di assicurare l'applicazione efficace ed uniforme, l'espressione dell'orientamento generale della politica di concorrenza dell'Unione ha finito per subire un processo di progressiva partecipazione da parte delle amministrazioni nazionali. L'esistenza della rete, resa possibile dal

²⁰⁹ L. DE LUCIA, *Amministrazione transnazionale e ordinamento europeo*, cit., p. 199, sottolinea a tal proposito che l'appartenenza alla rete è un elemento cruciale per il funzionamento del sistema di attuazione decentrata, soprattutto in ragione del "pieno coinvolgimento (informativo) di tutti i nodi interessati al caso".

²¹⁰ Staff Working Paper accompanying the Report on the functioning of Regulation 1/2003, cit., punti 248 ss.

decentramento, colloca strutturalmente la Commissione in una posizione di dialogo con le autorità nazionali,²¹¹ al di là dei limitati vincoli procedurali espressamente previsti.²¹² La discussione generale di problemi concernenti anche i casi trattati dalle autorità, resa possibile dall'estensione dell'obbligo di informazione sull'avvio del procedimento anche a vantaggio delle altre autorità, permette che anche i casi trattati a livello nazionale possano essere pienamente utilizzati a fini di sviluppo della politica di concorrenza.²¹³

Infine, nell'elaborazione di strumenti generali, la consultazione costante della rete consente agli apparati nazionali di prospettare la propria posizione in fase ascendente, anziché semplicemente subire la preminenza della Commissione in fase discendente. Questo spiega anche perché i fattori di cooperazione nell'ambito del regolamento abbiano nella prassi prevenuto l'insorgere di conflitti e il conseguente esercizio di strumenti procedurali rigidi finalizzati alla loro risoluzione (quali l'avocazione prevista dall'articolo 11 paragrafo 6).

²¹¹ In tal senso è stato rilevato che al di là delle incertezze sulla concreta rilevanza dell'operato della rete sulla politica di attuazione delle norme di concorrenza, dovuta all'impossibilità di conoscere il contenuto degli atti della rete, questa configura tuttavia un "contrappeso" al ruolo centrale e preminente della Commissione europea, cfr. S. SCREPANTI, *La dimensione ultrastatale delle autorità indipendenti: i "sistemi comuni" europei e globali*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2009, p. 917.

²¹² Quali l'obbligo di trasmettere alle autorità nazionali copia dei principali documenti raccolti ai fini dell'adozione di una decisione, previsto dall'articolo 11 paragrafo 2 del regolamento, o la consultazione del comitato.

²¹³ La dottrina aveva già rilevato all'epoca dell'approvazione del regolamento come il decentramento potesse consentire anche alle autorità di "testare" interpretazioni evolutive del diritto di concorrenza dell'Unione nell'ambito dei casi da esse trattati, cfr. J. VENIT, *Brave new World: the modernisation and decentralisation of enforcement under Articles 81 and 82 of the EC Treaty*, in *Common Market Law Review*, 2003, p. 557.

CAPITOLO III
IL PROVVEDIMENTO SANZIONATORIO
TRANSNAZIONALE NEL RAPPORTO TRA AUTORITA'
AMMINISTRATIVE NAZIONALI

1. Efficacia delle decisioni adottate dai soggetti della rete

a) Questione generale dell'efficacia dei provvedimenti sanzionatori

Dopo l'analisi dell'assetto della rete e dei meccanismi che consentono il coordinamento delle autorità che la compongono, occorre esaminare qual è la disciplina dei provvedimenti adottati da tali autorità, e l'eventuale incidenza dell'organizzazione sul loro regime di efficacia. Prima di affrontare le diverse questioni, occorre preliminarmente chiarire le prospettive secondo cui l'efficacia dell'atto amministrativo può essere esaminata.

Le considerazioni di natura generale in questa sede sono analoghe a quelle svolte in relazione al procedimento e all'organizzazione amministrativa delle autorità garanti della concorrenza. Si è già visto che, in relazione agli atti amministrativi, il regolamento 1/2003 si occupa esclusivamente di elencare le tipologie di atti che le autorità possono adottare. Coerentemente con i principi generali del rapporto tra l'ordinamento comunitario e gli ordinamenti nazionali, gli atti amministrativi nazionali sono disciplinati, sia per ciò che concerne i loro requisiti che per il loro regime di efficacia nell'ordinamento "domestico", dal diritto nazionale. Gli atti della Commissione, invece, trovano una completa disciplina nell'ordinamento comunitario, e le loro ricadute sono analoghe in tutti gli ordinamenti giuridici degli Stati membri.

Anche in questo caso, pertanto, deve ravvisarsi una asimmetria strutturale nella disciplina dell'attività amministrativa dei nodi della rete, data dalla coesistenza del diritto dell'Unione e del diritto amministrativo nazionale. Più precisamente, l'esercizio della competenza amministrativa a livello di autorità nazionali è retto dal diritto nazionale non soltanto per ciò che concerne l'attività

procedimentale, ma anche in relazione allo statuto degli atti mediante cui tale competenza si realizza. Del resto, così come l'appartenenza alla rete finisce per avere, direttamente o indirettamente, ricadute sull'attività delle autorità nazionali, bisogna studiare in che misura ciò avvenga anche in relazione all'efficacia degli atti amministrativi adottati dalle autorità in ordinamenti diversi da quello di origine.

Il sistema di enforcement disciplinato dal regolamento 1/2003 comporta la già esaminata coesistenza di due tendenze inverse che rilevano ai fini della ricostruzione dei profili di efficacia dell'atto. Da un lato, il principio della concentrazione della funzione repressiva²¹⁴ presuppone che una condotta che viola gli articoli 101 o 102 del Trattato e produce effetti in più di uno Stato membro deve di norma essere esaminata da una sola autorità garante della concorrenza. Questo principio conduce alla conclusione che l'atto amministrativo adottato in esito al procedimento nell'esercizio della funzione comunitaria dovrebbe spiegare la propria efficacia anche al di là dell'ordinamento in cui si colloca l'autorità che lo emana. La concentrazione della funzione repressiva in capo ad un unico soggetto della rete, infatti, presuppone che esso possa efficacemente esercitare la funzione amministrativa istituita per vigilare sull'osservanza delle norme sostanziali del trattato, con un unico procedimento repressivo della condotta anticoncorrenziale, senza la necessità dell'intervento di altre autorità qualora alcuni elementi della fattispecie presentino un criterio di collegamento con il loro territorio.

D'altro canto, in sede di individuazione dell'autorità in posizione idonea ad avviare un procedimento, uno dei criteri determinanti è la capacità dell'autorità di far efficacemente cessare l'infrazione.²¹⁵ Si tratta di una sorta di circolarità nella individuazione dell'autorità competente, dal momento che la concentrazione della funzione repressiva esige concettualmente che l'autorità possa adottare atti che efficacemente esauriscano la competenza amministrativa

²¹⁴ Cfr. L. F. PACE, *La politica di decentramento del diritto antitrust CE come principio organizzatore del regolamento 1/2003*, cit., p. 156.

²¹⁵ Come specificato dal punto 8 della Comunicazione sulla rete, ai sensi del quale (par. 2) "l'autorità è in grado di far cessare efficacemente l'infrazione nel suo complesso, vale a dire che può emettere un ordine di porre termine all'infrazione i cui effetti siano sufficienti a far cessare la stessa. Inoltre, l'autorità può, qualora lo ritenga opportuno, sanzionare adeguatamente l'infrazione".

in relazione alla specifica condotta, ma allo stesso tempo quest'ultima esigenza è condizione dell'idoneità dell'autorità procedente. L'immediata conseguenza è che resta aperta l'ipotesi in cui più di una autorità procedano parallelamente in relazione a una infrazione. In questo caso si ha come risultato che la funzione amministrativa può essere parcellizzata, nella misura in cui vi è un *self-restraint* delle autorità nell'esaminare una pratica soltanto relativamente agli effetti che essa produce sul proprio territorio di riferimento.²¹⁶

E' necessario, pertanto, l'esame a livello sistematico del collegamento territoriale tra l'azione repressiva e la condotta, per comprendere se esso è influenzato dal regime di efficacia dell'atto secondo i principi del diritto amministrativo dell'ordinamento d'origine (quello in cui l'atto è emanato) e di quello di destinazione (quello in cui l'atto deve spiegare i propri effetti) qualora essi non coincidano. Questo è il presupposto per comprendere l'eventuale efficacia transnazionale che gli atti adottati da una autorità nazionale possono spiegare in virtù del collegamento tra ordinamenti, che è reso possibile dall'attuazione di norme dell'ordinamento comunitario e dall'esercizio di una funzione amministrativa che ha origine in esso.

L'analisi verrà innanzitutto svolta in relazione agli atti adottati dalla Commissione europea, che non presentano questi profili problematici, essendo atti dell'ordinamento comunitario. Le decisioni della Commissione verranno pertanto assunte come riferimento paradigmatico di atti che necessariamente esauriscono l'esercizio della funzione e non hanno limiti strutturali quanto alla portata territoriale dell'azione amministrativa in seno al mercato interno. In seguito, si sposterà l'attenzione sugli atti adottati dalle autorità nazionali. Si cercherà di dimostrare che a livello normativo non vi è un'efficacia tipica

²¹⁶ La rilevanza del territorio su cui la condotta produce effetti non è sconosciuta nell'ordinamento comunitario, essendo stata posta dalla stessa Commissione alla base della possibilità di applicare gli articoli 101 e 102 alla condotta di imprese stabilite al di fuori del territorio dell'Unione, cfr. il caso *Dyestuffs*, decisione della Commissione del 24 Luglio 1969 n. 69/243/CEE in GUCE L195 del 7 Agosto 1969, p. 11. Per una rassegna di altre decisioni in cui la Commissione si è avvalsa della dottrina degli effetti della pratica per applicare il diritto dell'Unione, su cui peraltro la Corte di Giustizia non si è mai espressamente pronunciata, si rinvia a I. VAN BAEL, *Due process in EU Competition Proceedings*, London, 2011, p. 39. Si tratta, tuttavia, di una situazione parzialmente diversa in quanto nell'ambito dell'Unione è indubbio che tali disposizioni vadano applicate, e si discute piuttosto della competenza attuativa parallela di diverse autorità nazionali alla luce dei criteri generali stabiliti dal loro ordinamento nazionale.

necessaria e uniforme dell'atto amministrativo adottato da un nodo della rete diverso dalla Commissione. La concreta produzione di effetti giuridici "transnazionali" di un atto amministrativo nazionale, pertanto, dipende dal concorso di elementi propri di tre ordinamenti: l'ordinamento d'origine dell'atto, quello di destinazione, e l'ordinamento comunitario.

Un'ultima precisazione preliminare concerne i profili di efficacia transnazionale che verranno contestualmente esaminati. L'efficacia dell'atto non sarà affrontata esclusivamente dal punto di vista dell'esercizio della funzione amministrativa nella rete, ma anche con riguardo alla possibilità di autorità di altri Stati membri di conoscere in sede amministrativa del rapporto giuridico in relazione al quale l'atto si è pronunciato. Si esamineranno, infatti, anche i profili di efficacia dell'atto rispetto alla tutela delle situazioni giuridiche coinvolte, con particolare riferimento all'attuazione dei diritti ed obblighi che discendono dal trattato direttamente in capo agli autori dell'infrazione, e alle parti eventualmente danneggiate da essa.

Questo collegamento è reso possibile dal fatto che gli articoli 101 e 102 del Trattato fanno discendere diritti ed obblighi direttamente in capo agli individui. La giurisprudenza della Corte di Giustizia ha chiarito a più riprese che tra i diritti soggettivi, ad esempio, rientra il diritto al risarcimento del danno subito a causa di pratiche lesive della concorrenza.²¹⁷ Il trattato stesso conferisce questo diritto direttamente in capo ai soggetti danneggiati, e, di conseguenza, esso deve essere pienamente attuato negli ordinamenti nazionali al fine di assicurare la piena efficacia delle norme di concorrenza dell'Unione.²¹⁸ Qualora l'azione di risarcimento venga proposta in seguito all'adozione di una decisione da parte di una autorità di concorrenza, è di piena evidenza il potenziale rilievo di quest'ultima in sede di tutela giurisdizionale di situazioni giuridiche soggettive di terzi.

²¹⁷ Sentenza 13 luglio 2006, *Manfredi*, cause riunite C-295-298/04, in Racc. I-6619, punto 61.

²¹⁸ Sentenza 20 settembre 2001, *Courage c. Crehan*, causa C-453/99, in Racc. I-06297, punto 26, dove la Corte ha precisato che negare la possibilità di ottenere un risarcimento per chiunque abbia subito un danno causato da un'infrazione delle norme di concorrenza dell'Unione equivarrebbe a mettere in discussione l'effetto utile di tali disposizioni del Trattato.

b) Efficacia delle decisioni adottate dalla Commissione

La Commissione può adottare diversi tipi di decisione in esito ad un procedimento attuativo degli articoli 101 o 102 del trattato. In prima battuta, l'attività di tutela della concorrenza si realizza mediante l'adozione di provvedimenti che constatano l'infrazione delle norme del trattato e ne ordinano la cessazione, eventualmente imponendo rimedi comportamentali o strutturali (articolo 7 del Regolamento 1/2003) o irrogando ammende e penalità di mora (articoli 23 e 24). A norma dell'articolo 288 del trattato, la decisione è obbligatoria in tutti i suoi elementi nei confronti dei destinatari che designa. L'eventuale esecuzione della decisione della Commissione in sede nazionale²¹⁹ si impone nell'ordinamento dello Stato membro in virtù del primato del diritto dell'Unione. Non si rende necessario nessun assenso da parte delle autorità nazionali alla produzione di effetti giuridici rispetto ad un atto che rientra nella piena competenza della Commissione nell'esercizio della funzione amministrativa attribuitale dal trattato stesso.

In linea con le disposizioni generali sul funzionamento dell'Unione, e in particolare con il quarto paragrafo dell'articolo 263 TFUE,²²⁰ l'impugnazione della decisione può avvenire dinanzi alla Corte di Giustizia (in prima istanza davanti al Tribunale)²²¹ nel termine di due mesi. Inoltre, nel caso in cui la questione concernente la legittimità della decisione della Commissione si presenti come questione incidentale in un procedimento pendente innanzi ad un giudice nazionale, è possibile per questo sollevare una questione pregiudiziale di

²¹⁹ L'esecuzione in sede nazionale si potrebbe rendere necessaria, ad esempio, per assicurare l'effettiva corresponsione della sanzione o l'attuazione degli obblighi che essa impone in capo alle imprese, data l'assenza di *imperium* in capo alla Commissione, come efficacemente ricordato da L. IDOT, *L'exécution forcée des mesures communautaires: exemples en matière de concurrence*, in J. DUTHEIL DE LA ROCHÈRE, *L'exécution du droit de l'Union entre mécanismes communautaires et droits nationaux*, Bruxelles, 2009, p. 270.

²²⁰ La decisione può essere impugnata dal destinatario, ma anche da coloro che la decisione riguarda direttamente e individualmente. Sull'evoluzione dell'approccio della Corte di Giustizia in relazione ai concorrenti dell'impresa destinataria della decisione v. D. GERADIN, N. PETIT, *Droit de la concurrence et recours en annulation à l'ère post-modernisation*, in *Revue trimestrielle de Droit Européen*, 2005, p. 814. Le modifiche apportate dal Trattato di Lisbona, benché capaci di incidere sull'impugnazione di atti di natura regolamentare, non hanno riguardato l'impugnazione di decisioni, cfr. E. FONTANA, *Il ricorso di annullamento dei privati nel Trattato di Lisbona*, in *Il diritto dell'Unione Europea*, 2010, p. 53, *passim*.

²²¹ Articolo 256 paragrafo 1 TFUE.

validità innanzi alla Corte di Giustizia in virtù dell'articolo 267 del Trattato,²²² benché tale possibilità non sussista per coloro che avrebbero potuto ricorrere direttamente alla Corte in base all'articolo 263.²²³

Da un punto di vista sistematico, la decisione ex articolo 7, che è un atto dell'ordinamento comunitario, si pronuncia in merito a infrazioni che possono essere poste in essere o avere effetti in uno o più Stati membri. L'atto crea immediatamente obblighi in capo alle imprese, ovunque esse siano stabilite. Il primato del diritto comunitario come criterio risolutivo di eventuali conflitti inter-ordinamentali rafforza lo statuto di tale atto, che si impone anche all'amministrazione nazionale nella misura in cui la definizione di rapporti giuridici dipenda dalla soluzione di questioni sulle quali è intervenuta la determinazione della Commissione, come eventualmente confermata o corretta dalle istanze giurisdizionali comunitarie.

Per ciò che concerne il profilo dell'efficacia della decisione rispetto alle controversie aventi ad oggetto situazioni giuridiche soggettive conferite dagli articoli 101 e 102, la decisione della Commissione beneficia dell'espressa previsione dell'articolo 16 del regolamento 1. Tale disposizione, vincolando le giurisdizioni nazionali a non adottare determinazioni in contrasto con una decisione adottata dalla Commissione, permette che l'accertamento dell'infrazione da parte di quest'ultima si imponga anche in sede civile. Si è parlato a tal proposito di "effetto vincolante" della decisione della Commissione, in quanto ciò comporta che la decisione fa piena prova dell'esistenza della condotta delle imprese e della sua qualificazione come infrazione degli articoli

²²² La possibilità di un rinvio pregiudiziale da parte di chi non può impugnare l'atto in via diretta è una norma di chiusura del sistema, consentendo la creazione di "una maglia da cui niente, almeno teoricamente, può sfuggire, posto che per ogni provvedimento comunitario è prevista, a favore di chi ne sia lesa, la possibilità di avvalersi di un rimedio giurisdizionale che, direttamente o indirettamente, garantisce una pronuncia da parte del giudice europeo", v. N. BASSI, *Mutuo riconoscimento e tutela giurisdizionale – la circolazione degli effetti del provvedimento amministrativo straniero fra diritto europeo e protezione degli interessi del terzo*, Milano, 2008, p. 51.

²²³ Cfr Sentenza 9 marzo 1994, *TWD Textilwerke Deggendorf c. Germania*, causa C-188/92, in Racc. p. I-833. Se ciò è vero per una decisione adottata nei confronti di un soggetto determinato, la questione potrebbe variare quanto agli atti di portata generale, v. ad es. B. MARCHETTI, *L'impugnazione degli atti normativi da parte dei privati nell'art. 263 TFUE*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2010, p. 1485. Per un'ampia rassegna della Corte sul punto e alcune questioni aperte in merito a un rinvio pregiudiziale nell'ambito di una controversia in cui solo alcune ma non tutte le parti in giudizio avrebbero potuto impugnare l'atto, si rinvia a K. LENAERTS, D. ARTS, I. MASELIS, *Procedural law of the European Union*, London, 2006, pp. 358 ss.

101 o 102. Nel contesto di eventuali azioni di risarcimento del danno aventi come fondamento una violazione accertata in una decisione della Commissione, pertanto, non si potrà mettere in questione l'esistenza storica della condotta e la sua qualificazione come infrazione, in un contesto in cui al giudice nazionale è rimessa esclusivamente la valutazione degli effetti della condotta in capo ai soggetti danneggiati, la sussistenza di un nesso di causalità, e l'eventuale quantificazione dell'ammontare del danno.

L'effettiva estensione di tale effetto va tuttavia circoscritta. La possibilità che una decisione di una giurisdizione nazionale sia in conflitto con una decisione adottata dalla Commissione sussiste solo nella misura in cui quest'ultima si sia pronunciata sulla condotta in questione, e quindi nel caso in cui la decisione abbia constatato una infrazione ex articolo 7, abbia constatato l'inapplicabilità degli articoli 101 o 102 ex articolo 10 del Regolamento, o abbia revocato il beneficio dell'esenzione ex articolo 29 primo paragrafo. Eventuali misure cautelari, archiviazioni, rigetto delle denunce o decisioni di accettazione di impegni, non pronunciandosi stabilmente sulla condotta, non sono vincolanti rispetto alle giurisdizioni nazionali.²²⁴ Inoltre, anche nel caso di una constatazione dell'infrazione, il vincolo sussiste soltanto rispetto alla parte dispositiva della decisione, e cioè nei limiti dell'esercizio della competenza amministrativa in senso stretto.²²⁵

Le questioni fin qui elencate sono state recentemente affrontate, nell'ordinamento italiano, in una vicenda avente ad oggetto un'intesa oggetto di una decisione ex articolo 7 da parte della Commissione. Si tratta del c.d. caso "Butadiene", in cui la Commissione aveva constatato un'infrazione dell'articolo

²²⁴ 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, *European Competition law annual 2008: Antitrust Settlements under EC Competition Law*, Oxford and Portland, 2009; C. J. COOK, *Commitment decisions: the law and practice under Article 9*, in *World Competition*, 2006, p. 210.

²²⁵ La Corte ha, tuttavia, sottolineato in altri contesti lo stretto legame che esiste tra gli elementi adottati dalla Commissione in ossequio al proprio obbligo di motivazione e la parte dispositiva della decisione, che va pertanto letta alla luce di essi, cfr. ad es. Sentenza del Tribunale 8 Luglio 1999, *Vlaamse Televisie Maatschappij NV c. Commissione*, causa T-266/97, in Racc. p. II-2329, punto 151, e sentenza della Corte 16 Dicembre 1975, *Suiker Unie*, cause riunite 40-48/73, in Racc. p. 1663, punto 123.

101 in un cartello tra produttori di alcune varietà di gomma.²²⁶ Diverse imprese produttrici di pneumatici hanno citato in giudizio le imprese autrici dell'infrazione davanti alla High Court di Londra, dal momento che la disciplina processuale civile inglese è particolarmente favorevole ai soggetti danneggiati (in materia ad esempio di mezzi di prova) e in virtù di norme particolarmente estensive concernenti la giurisdizione delle corti inglesi in questo tipo di azioni. Tra le imprese sanzionate dalla Commissione figurava la società ENI, che ha adito il Tribunale di Milano anteriormente alla presentazione dell'azione di risarcimento da parte dei produttori di pneumatici presso la High Court di Londra.²²⁷ L'azione di ENI era volta ad ottenere una pronuncia dichiarativa da parte del Tribunale, innanzitutto in merito al fatto che non sussisteva alcuna violazione dell'articolo 101, in subordine che ENI ed altre imprese non avevano posto in essere alcuna condotta vietata dal trattato nell'ambito del medesimo cartello, e in ogni caso che il cartello non aveva inciso sui prezzi dei prodotti e pertanto non sussisteva alcun diritto al risarcimento del danno in capo alle imprese citate innanzi al Tribunale.

Il Tribunale di Milano²²⁸ ha risolto la controversia valendosi dell'articolo 16 paragrafo 1 del regolamento 1/2003, specificando che in base all'obbligo di non adottare decisioni in contrasto con decisioni della Commissione, le questioni sottoposte ai fini di una pronuncia dichiarativa erano inammissibili, con l'eccezione del diritto al risarcimento del danno. Il caso in esame è di interesse perché nel rilevare che anche la domanda relativa all'efficacia della condotta anticoncorrenziale sui prezzi è inammissibile, il Tribunale non ha esaminato nel

²²⁶ Decisione della Commissione 29 Novembre 2006, Caso COMP/F/38.638 *Gomma butadiene e gomma stirene e butadiene del tipo emulsione*, C(2006) 5700 def., sommario della decisione in GUUE C 7 del 12 Gennaio 2008, p. 11.

²²⁷ Si tratta di una tipologia di azioni, anche definite *torpedo actions*, diffuse nel settore della proprietà intellettuale e sperimentate per la prima volta, in questo caso, nell'ambito del diritto della concorrenza. L'azione per ottenere una pronuncia dichiarativa negativa, infatti, è considerata omogenea (medesimo oggetto e titolo) alla domanda di risarcimento ai fini delle norme sulla competenza giurisdizionale ai sensi dell'articolo 27 del Regolamento 44/2001. Tale articolo dispone, in questa situazione, che il giudice adito successivamente deve sospendere d'ufficio il procedimento in attesa dell'accertamento della competenza del primo giudice, o, nel caso in cui questa sia stata accertata, dichiarare la propria incompetenza. La preventiva azione dichiarativa, pertanto, permette alla parte che dovrebbe risarcire il danno di consolidare la competenza giurisdizionale, come nel caso qui riportato, in uno Stato membro in cui i procedimenti siano tipicamente più lunghi o meno favorevoli per il soggetto danneggiato dal punto di vista dei mezzi procedurali.

²²⁸ Tribunale di Milano, sentenza 29 Aprile 2009, Eni ed altri contro Pirelli ed Altri.

merito i concreti effetti della condotta, avallando una interpretazione più ampia dell'articolo 16 del regolamento. Esso finirebbe per ricomprendere, in tal modo, anche la motivazione della Commissione, dato che le considerazioni sull'incidenza della condotta sul mercato esulano dal mero accertamento dell'infrazione.

c) Atti delle autorità nazionali ed efficacia transnazionale: rilevanza dell'ordinamento di origine e dell'ordinamento comunitario.

Lo statuto degli atti adottati dalle autorità nazionali è sensibilmente diverso da quello delle decisioni della Commissione, in quanto questi sono soggetti a una disciplina talora difforme, e si inseriscono nella dinamica dei rapporti tra ordinamenti nazionali, che non è disciplinata in modo organico e uniforme come avviene per i rapporti tra l'ordinamento degli Stati membri e l'ordinamento comunitario. In questo contesto, un atto adottato da una autorità nazionale è innanzitutto caratterizzato dalla disciplina dettata dal diritto amministrativo interno dello stato in questione (disciplina dello stato di origine), e gli effetti che spiega in altri Stati membri dipendono altresì dalla disciplina dettata da questi ultimi (disciplina dello stato di destinazione). Un elemento di omogeneizzazione degli effetti potrebbe discendere, tuttavia, proprio dal diritto comunitario, per la circostanza che l'adozione di tali atti avviene nell'ambito dell'esercizio di una funzione amministrativa comunitaria: in tale contesto si comprende la necessità di garantire l'effettiva attuazione delle norme sostanziali stabilite dal trattato.

Il diritto amministrativo nazionale dello Stato di origine dell'atto incide sul regime della sua efficacia disciplinando innanzitutto la competenza decisionale dell'autorità preposta all'attuazione amministrativa delle norme di concorrenza. Il diritto nazionale, infatti, non soltanto istituisce e disciplina il soggetto responsabile dell'attuazione, ma lo dota anche di competenze decisionali che si uniformano ai principi generali applicabili all'adozione di atti amministrativi. Questo potrebbe determinare un vincolo interno all'azione amministrativa dell'autorità o altro apparato, che si sostanzia nella necessità di un collegamento tra l'autorità e i limiti entro cui lo Stato membro esercita la propria sovranità. In

questo senso, la circostanza che l'attività attuativa è rimessa ad una autorità nazionale rinvia, in prima istanza, ai limiti insiti nella competenza territoriale di tale autorità.²²⁹

E' indubbio che, dal punto di vista di un determinato Stato membro, una pratica posta in essere da imprese stabilite in altri Stati membri, e i cui effetti non incidano sul territorio del predetto Stato, non possa essere oggetto di un procedimento amministrativo delle sue autorità volto ad accertare una infrazione, neanche in applicazione della disciplina di concorrenza dell'Unione.²³⁰ Ciò che interessa in questa sede, tuttavia, è una serie di situazioni intermedie, in cui la portata della condotta (per ciò che attiene al luogo di stabilimento delle imprese che la pongono in essere o allo spazio di diffusione dei suoi effetti anticompetitivi) incide su più di uno Stato membro.

Dal punto di vista dell'autorità di uno degli Stati interessati, si pone la questione dell'effettiva estensione dei poteri decisionali di cui questa dispone. E' indubbio che potrà adottare una decisione in relazione a tale condotta nella misura in cui si siano prodotti effetti sul mercato geografico cui essa è preposta. Si è già evidenziato, tuttavia, come in queste ipotesi l'autorità prenda in considerazione una condotta di dimensione ultrastatale ed eserciti i propri poteri repressivi soltanto limitatamente agli effetti appena definiti.²³¹ Ciò può riguardare innanzitutto i rimedi imposti mediante una decisione che constata l'infrazione,

²²⁹ V. ad. es. L. IDOT, *Le nouveau système de communautaire de mise en oeuvre des articles 81 et 82 CE*, cit., p. 324, secondo la quale l'azione delle autorità ha un carattere necessariamente territoriale, e ciò giustificerebbe la sussistenza di procedimenti paralleli. Secondo l'Autrice, tale vincolo deriva dall'applicazione delle regole di diritto internazionale che, in assenza di contrarie pattuizioni tra gli Stati, impongono che le decisioni amministrative abbiano portata limitata al territorio dello Stato. Quest'ultimo rilievo non sembra condivisibile, dal momento che non tiene conto della rilevanza del diritto comunitario e delle sue esigenze di effettiva attuazione, che pongono l'autorità nazionale in una peculiare posizione in ragione della sua appartenenza alla rete.

²³⁰ Comunicazione sulla rete, punto 8 paragrafo 1, ai sensi del quale l'autorità è in posizione idonea quando "l'accordo o la pratica produce sensibili effetti diretti, attuali o prevedibili, sulla concorrenza nell'ambito del suo territorio; viene attuato o ha origine nel suo territorio".

²³¹ Ciò è da molti ritenuto insoddisfacente benché consentito dal Regolamento 1/2003, interpretato alla luce della Comunicazione sulla rete. In particolare, l'idoneità dell'azione repressiva dell'autorità può venire in questione anche in relazione all'entità delle sanzioni che essa può comminare. V. ad es. M. MEROLA, D. WAELBROECK, (a cura di), *Towards an optimal enforcement of Competition rules in Europe. Time for a Review of Regulation 1/2003?*, Bruxelles, 2010, p. 301 ss., ove gli Autori sostengono che "A policy allowing NCAs to impose fines only for domestic effects (this arguably leading to a structure of "parallel enforcement") would also run counter to the foundations of the system provided for by Regulation 1".

la calibrazione delle eventuali sanzioni irrogate, o l'estensione degli impegni che vengono resi vincolanti mediante una decisione.

Si è argomentato in precedenza, nell'esame del caso *Mastercard*, che tale impostazione può essere frutto di un *self restraint* da parte dell'autorità procedente. La questione è ora quella di stabilire, al di là della prassi attuativa, se i limiti sistematici dei poteri di cui l'autorità è dotata in base alla propria legislazione nazionale possono essere superati nell'ambito dell'applicazione delle norme di concorrenza, in virtù del fatto che l'autorità esercita una funzione amministrativa in virtù del diritto dell'Unione, rispetto alla cui attuazione i vincoli di natura territoriale all'esercizio della funzione stessa sono più elastici.

La questione rileva non soltanto per la portata degli effetti della condotta anticoncorrenziale, ma anche relativamente alla possibilità per un'autorità garante della concorrenza di svolgere la propria attività in relazione a soggetti stabiliti in un altro Stato membro.²³² Questo carattere delle decisioni delle autorità nazionali è stato efficacemente descritto come efficacia transnazionale connessa al destinatario dell'atto amministrativo.²³³

Nel rapporto tra l'ordinamento di origine e l'ordinamento di destinazione dell'atto, pertanto, è cruciale comprendere il ruolo dell'ordinamento comunitario,²³⁴ e in che misura i caratteri della funzione amministrativa sostanzialmente delegata alle autorità nazionali possa ritenersi permanente e prevalente rispetto ai limiti derivanti dal fatto che la disciplina procedimentale e

²³² Tra gli esempi in cui una autorità nazionale ha esercitato la propria funzione nei confronti di imprese stabilite in altri stati membri si può citare il recente caso *Google* esaminato dall'autorità garante della concorrenza e del mercato, Provvedimento n. 21959 del 22 Dicembre 2010, A420 – *FIEG – Federazione Italiana Editori Giornali/Google*, in Bollettino n. 51/2010. Accanto a *Google Italy S.r.l.*, il procedimento è stato infatti avviato nei confronti di *Google Ireland limited*. Il procedimento si è concluso con una decisione di accettazione di impegni.

²³³ Cfr. L. DE LUCIA, *Amministrazione transnazionale e ordinamento europeo*, cit., p. 198.

²³⁴ L'incidenza dell'ordinamento comunitario sull'ordinamento amministrativo nazionale è rilevante anche sotto profili ulteriori rispetto a quelli esaminati in questa sede. La definizione di "funzioni e modalità operative" delle autorità in sede comunitaria, nonostante quanto già detto sull'autonomia degli Stati di designare l'apparato amministrativo competente, costituisce un fattore di "disaggregazione" dello Stato, così ad es. S. CASSESE, *L'autorità garante della concorrenza e del mercato nel "sistema" delle autorità indipendenti*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2011, p. 103. Oltre ai profili procedurali trattati in questa sede, si può menzionare anche un profilo sostanziale di incidenza dell'ordinamento comunitario sull'attività di *enforcement*, attinente al bilanciamento effettuato dalle autorità nazionali allorché si trovino a valutare interessi pubblici che esulano dallo stretto ambito dell'attuazione delle norme di concorrenza, cfr. ad es. S. LAVRIJSEN, *What role for national competition authorities in protecting non-competition interests after Lisbon?*, in *European Law Review*, 2010, p. 636.

gli strumenti tipici di tale attività finiscono per sottostare a norme dettate dal diritto amministrativo nazionale.²³⁵

Il primo elemento da considerare è la statuizione in linea generale della competenza delle autorità nazionali ad attuare gli articoli 101 e 102 del Trattato. La concentrazione delle funzioni repressive, cui mirano le norme sulla riallocazione di un caso in seno alla rete, in virtù dei criteri di efficacia e uniformità dell'azione amministrativa, avvalorata senza dubbio l'opinione per cui l'Unione attribuisce alle autorità nazionali una propria competenza amministrativa, in base alla quale esse hanno un margine di azione più ampio rispetto all'attività amministrativa svolta in attuazione del diritto amministrativo nazionale.

E' altrettanto vero, tuttavia, che tale modello non viene portato alle sue estreme conseguenze dal regolamento 1/2003. I criteri di collegamento territoriale tra l'autorità procedente e la condotta o le imprese che la pongono in essere continuano a sussistere come criteri di allocazione ottimale della competenza. La piena fungibilità tra le autorità che presentano criteri di collegamento con la condotta in questione presupporrebbe che ciascuna di esse sia in grado di adottare atti la cui efficacia è sufficiente a portare a termine l'infrazione ed irrogare eventuali ammende.²³⁶ Dal momento che l'efficacia dei provvedimenti va invece verificata preliminarmente ai fini dell'identificazione dell'autorità in posizione idonea,²³⁷ si ha l'impressione che, a livello positivo, tale efficacia è considerata come un predicato dei poteri dell'autorità in base alla propria legislazione nazionale piuttosto che un attributo necessario e compiutamente definito a livello comunitario. La fungibilità tra le autorità

²³⁵ V. anche L. F. PACE, *I fondamenti del diritto antitrust europeo*, cit., p. 358, il quale con un'efficace espressione sottolinea il legame tra l'interoperabilità dei soggetti della rete e l'esercizio della funzione amministrativa, evidenziando che l'interoperabilità determina "il sostanziale superamento dei limiti della dimensione statale in cui le Autorità nazionali agiscono (...) proiettando le stesse Autorità in un sistema in parte distinto dal primo, prettamente "comunitario" e disciplinato da proprie regole".

²³⁶ Più in generale, anche in altri ambiti dell'amministrazione comunitaria, è stato osservato che "se la potenziale instabilità degli effetti del provvedimento transnazionale costituisce una ragione di incertezza per i privati [...], queste normative tuttavia non danno luogo a forme di 'anarchia regolatoria'. Al contrario, il concetto stesso di unione di settore rappresenta uno strumento per garantire l'esecuzione coerente e bilanciata del diritto comunitario", v. L. DE LUCIA, *Autorizzazioni transnazionali e cooperazione amministrativa nell'ordinamento europeo*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2010, p. 787.

²³⁷ V. il già citato punto 8 paragrafo 2 della Comunicazione sulla rete.

nazionali, pertanto, diventa un criterio astratto per l'allocazione ottimale delle competenze in vista di una concentrazione della funzione repressiva, piuttosto che un predicato necessario della capacità decisionale della rete in relazione a ciascun caso. Gli atti di esercizio del potere repressivo restano, da questo punto di vista, atti tipici dell'ordinamento nazionale.

Una risposta alle indicazioni e alle tendenze espresse dal regolamento 1/2003 ai fini dell'inquadramento dell'efficacia degli atti adottati dall'autorità nazionale può emergere, tuttavia, da un'analisi sistematica delle disposizioni che disciplinano l'attività della rete e del suo ruolo nell'attuazione delle norme di concorrenza dell'Unione.

A livello positivo, occorre soffermarsi ancora una volta sull'articolo 5 del regolamento. Tale disposizione prevede la tipologia di atti che le autorità nazionali possono adottare in attuazione della competenza amministrativa. Diverse letture sono possibili a tal proposito: da un lato questa può essere considerata la norma paradigmatica del decentramento di una competenza amministrativa. Ciò risolverebbe la questione nella misura in cui fosse il diritto dell'Unione, e cioè il regolamento, ad attribuire direttamente alle autorità nazionali i poteri decisionali di cui all'articolo 5.²³⁸ Secondo una diversa lettura, l'articolo 5 fornisce invece il novero delle decisioni che le autorità *possono* adottare²³⁹ (l'articolo 5 opererebbe pertanto come limite esterno all'autonomia procedurale degli Stati membri), mentre definisce positivamente anche nel loro contenuto tipico e condizioni di adozione soltanto le decisioni adottabili dalla Commissione.

²³⁸ In alternativa, si potrebbe interpretare il regolamento come se imponesse un obbligo in capo agli Stati membri di dotare le autorità nazionali garanti della concorrenza di *tutti* i poteri decisionali previsti dall'articolo 5 del regolamento. In tal senso il "possono adottare" di cui all'articolo 5 andrebbe interpretato nel senso di "devono poter adottare".

²³⁹ V. ad es. E. DE SMIJTER, L. KJOLBYE, *The enforcement system under regulation 1/2003*, cit., p. 114. Gli autori sostengono che il paradigma dell'articolo 5 del regolamento 1/2003, quanto ai poteri di cui uno Stato membro può dotare l'autorità, è "nulla di più, forse di meno", intendendo la disposizione nell'accezione appena ricordata. Tuttavia, essi sottolineano che esistono due limiti all'autonomia degli Stati membri nel disciplinare gli atti che possono essere adottati da una autorità nazionale, e in particolare l'obbligo di leale cooperazione degli Stati membri nel garantire l'effettiva attuazione del diritto dell'Unione (e quindi la necessità di poter adottare decisioni di constatazione di un'infrazione accompagnate da sanzioni effettive, proporzionate e sufficientemente deterrenti) unito al principio di equivalenza, che opera in questo caso soltanto nella misura in cui le decisioni che le autorità nazionali possono adottare in relazione ad infrazioni del diritto nazionale rientrino tra quelle "consentite" dall'articolo 5 del regolamento.

Occorre osservare che questa seconda lettura è avallata dalla prassi secondo cui gli Stati membri hanno adottato specifiche disposizioni per dotare l'autorità nazionale dei poteri menzionati all'articolo 5.²⁴⁰ Al di là dell'espressa previsione di tale disposizione, tuttavia, si può argomentare che almeno tre delle quattro tipologie di decisioni adottabili dalle autorità nazionali sono una conseguenza necessaria del principio di effettività dell'ordinamento comunitario.

E' evidente che l'attuazione amministrativa operata da una autorità nazionale non sarebbe compatibile con tale principio se essa non potesse ordinare la cessazione di un'infrazione o comminare ammende o altre sanzioni deterrenti.²⁴¹ Lo stesso vale per l'adozione di misure cautelari qualora sussista un danno grave e irreparabile per la concorrenza.²⁴² Un discorso diverso vale invece per l'accettazione di impegni, che è tipicamente rimessa alla discrezionalità dell'autorità e permette di chiudere il procedimento senza giungere ad una constatazione di infrazione.

Un ulteriore indice testuale che alcuni fanno valere come apparentemente contrario all'efficacia transnazionale delle decisioni delle autorità nazionali è l'articolo 22, che limita la possibilità di effettuare accertamenti presso le imprese

²⁴⁰ Tra le prime ricostruzioni dottrinarie che prevedevano la necessità di un intervento abilitante degli Stati in tal senso v. ad es. G. L. TOSATO, *Il processo di modernizzazione*, in TOSATO, BELLODI, *Il nuovo diritto europeo della concorrenza*, cit., p. 46.

²⁴¹ La possibilità di irrogare sanzioni, inoltre, va espressamente prevista mediante una norma di legge nell'ordinamento nazionale, considerazione che milita in favore della necessità che siano gli Stati a dover implementare l'articolo 5, come rilevato da L. F. PACE, *I fondamenti del diritto antitrust europeo*, cit., p. 338.

²⁴² La stessa Corte di Giustizia ha argomentato in tal senso, allorché ha riconosciuto espressamente alla Commissione il potere di adottare misure cautelari in ragione di esigenze di effettività delle norme di concorrenza. Sul dibattito relativo all'estensione di tale potere all'autorità italiana in base alle medesime esigenze, v. ad es. F. IPPOLITO, *Competenze delle autorità garanti degli Stati membri*, in ADINOLFI, DANIELE, NASCIMBENE, AMADEO, *Commentario*, cit., p. 71. Le misure cautelari sono state, inoltre, il banco di prova nell'ordinamento italiano della possibilità per l'Autorità garante di adottare decisioni direttamente in base all'articolo 5 del regolamento. Ciò è avvenuto nel caso Merck del 2005, cioè prima che il d.l. 233/2006 conferisse espressamente tale potere all'AGCM. L'autorità ha disposto una misura cautelare fondando il proprio potere direttamente sul regolamento e sull'articolo 7 comma 2 della l. 241/90, con un'argomentazione accolta dal TAR Lazio, nonostante l'articolo 33 della l. 287/90 stabilisse la competenza della Corte d'appello per i ricorsi intesi ad ottenere provvedimenti di urgenza. Cfr. L. ARNAUDO, *Le misure cautelari nel diritto antitrust comunitario e nazionale*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2006, p. 998 e G. OLIVIERI, *I nuovi poteri cautelari dell'AGCM tra diritto comunitario e diritto interno*, in *Mercato concorrenza regole*, 2007, p. 57.

da parte dell'autorità al suo territorio di riferimento.²⁴³ A ben vedere, questa disposizione costituisce, al contrario, un indice positivo del fatto che un'autorità nazionale possa occuparsi di condotte anticoncorrenziali anche quando i loro autori siano stabiliti, o i loro effetti incidano, sul territorio di altri Stati membri. E' infatti questa la ragione per cui si rende principalmente necessario procedere ad un accertamento in altri Stati membri. Salve alcune ipotesi residuali,²⁴⁴ questo strumento consente principalmente all'autorità di effettuare efficacemente la propria attività istruttoria anche quando le parti del procedimento siano stabilite in altri Stati membri.

Non può invece inferirsi un parallelismo tra il limite territoriale dell'attività istruttoria e quello della capacità decisionale dell'autorità. Lo svolgimento di attività istruttoria è infatti rimesso all'autonomia procedurale degli Stati membri, salvi i vincoli di effettività ed equivalenza, ed è strumentale all'attività provvedimentale, che costituisce invece il fulcro dell'esercizio della funzione amministrativa di tutela della concorrenza. Si può anche argomentare, *a contrario*, che il limite territoriale è espressamente previsto per l'effettuazione di attività istruttoria mentre non è posto come vincolo allorché il regolamento conferisce la competenza attuativa generale nell'articolo 5 del regolamento.

Da un punto di vista sistematico, l'autorità procedente rileva come soggetto amministrativo disciplinato dal diritto nazionale stante il principio di autonomia procedurale. Tuttavia, va accolta la tesi secondo cui le autorità nazionali, nell'attuazione amministrativa necessaria di norme d'ordine pubblico dell'Unione ha una capacità provvedimentale maggiore rispetto a quella che sarebbe consentita dal suo mero statuto di autorità amministrativa di uno Stato membro.²⁴⁵ L'incidenza dell'ordinamento comunitario sulla capacità provvedimentale delle autorità nazionali dipende innanzitutto dal carattere

²⁴³ V. A. FUCHS, *Kontrollierte Dezentralisierung: der europäischen Wettbewerbsaufsicht*, in *Europarecht*, 2005, p. 103, come richiamato e confutato da L. DE LUCIA, *Amministrazione transnazionale e ordinamento europeo*, cit., p. 197.

²⁴⁴ Si pensi al caso in cui l'autorità di uno Stato membro abbia avviato un procedimento contro una impresa stabilita nel suo territorio, ma la cui società madre, presso cui devono essere effettuati accertamenti, si trovi in un diverso Stato membro. Appare improbabile anche in questo caso, tuttavia, che la società madre stabilita all'estero non sia tra le parti contro cui l'autorità ha avviato il procedimento.

²⁴⁵ In tal senso L. DE LUCIA, *Amministrazione transnazionale e ordinamento europeo*, cit., p. 197.

precipuo degli Articoli 101 o 102, che si occupano di condotte capaci per loro natura di avere una dimensione “comunitaria” attuale o potenziale, e in tal senso ultrastatale, anche allorché tutti gli elementi della condotta e gli effetti investano l’ambito territoriale di competenza di una sola autorità. Inoltre, l’efficacia transnazionale degli atti adottati dalle autorità nazionali si rende sistematicamente necessaria allorché si consideri che la funzione amministrativa esercitata non appartiene agli Stati membri in linea generale, ma ha origine nell’ordinamento comunitario, a partire dal quale essa viene decentrata a vantaggio delle autorità nazionali.

L’obiettivo dell’attuazione delle norme, in questo contesto, resta quello di garantire che condotte illecite non provochino una distorsione della concorrenza nel mercato interno globalmente considerato. Nonostante la possibilità dell’attuazione parallela sia comunque consentita, essa finisce per costituire un’ipotesi residuale,²⁴⁶ in cui l’uniformità dell’azione deve essere, peraltro, assicurata mediante i meccanismi di raccordo procedurale stabiliti dalla rete. Nelle altre ipotesi, con il supporto dei membri della rete nella fase preliminare, o la loro collaborazione in sede istruttoria, spetta ad un’unica autorità l’esercizio della funzione repressiva. Non occorre a tal fine alcun assenso dell’autorità di un altro Stato membro perché la decisione produca effetti in capo a imprese in esso stabilite, né l’autorità di un altro Stato membro può effettuare un controllo di merito o legittimità sull’atto qualora esso debba ricevere esecuzione sul suo territorio (si pensi a eventuali rimedi comportamentali e strutturali, o all’esecuzione degli impegni resi vincolanti dall’autorità di altro Stato membro).

Come è stato giustamente rilevato,²⁴⁷ l’intervento di autorità diverse rispetto a quella che ha avviato il procedimento può eventualmente verificarsi *in seno* alla rete, essendo in tal caso determinante la comune appartenenza ad essa. Il

²⁴⁶ Si è a tal punto avanzata la tesi che la previsione di cui all’articolo 13 paragrafo 1, consentendo la sospensione del procedimento o il rigetto della denuncia ad autorità nazionali diverse da quella procedente, è la vera fonte del principio di concentrazione della competenza antitrust, volto a scongiurare che più di una autorità nazionale possa esercitare contemporaneamente la competenza, cfr. L. F. PACE, *L’applicazione decentrata*, in TOSATO, BELLODI, *Il nuovo diritto europeo della concorrenza*, cit., p. 227.

²⁴⁷ Cfr. L. DE LUCIA, *Amministrazione transnazionale e ordinamento europeo*, cit. p. 199, secondo il quale “la comune appartenenza degli uffici nazionali alla rete è una circostanza decisiva per la funzionalità di questo modello”.

contributo dell'autorità dello Stato di destinazione, pertanto, può avvenire in sede di riallocazione della competenza, allorché vi siano ragioni che giustifichino la sua idoneità ad intervenire in relazione alla specifica condotta, o l'eventuale azione parallela di entrambe le autorità. In questo contesto, la cooperazione tra le autorità è necessariamente preventiva, nonostante possa avvenire anche una volta che l'autorità precedente abbia trasmesso alla Commissione la decisione che essa intende adottare.

Una volta esercitata la funzione, nel rispetto dei vincoli posti esclusivamente a livello comunitario, eventuali vizi potranno essere censurati nell'ordinamento di origine mediante l'impugnazione, mentre le controversie concernenti l'interpretazione del Trattato potranno essere rimesse alla Corte di giustizia in sede di rinvio pregiudiziale. Il controllo di legittimità o, eventualmente, di merito rispetto all'atto appartiene pertanto esclusivamente all'ordinamento di origine,²⁴⁸ come potenzialmente coadiuvato dall'ordinamento comunitario.²⁴⁹ Non è possibile, al contrario, un ulteriore controllo da parte di altre autorità amministrative appartenenti alla rete, e cioè un controllo rispetto a parametri di un diverso ordinamento nazionale. A ben vedere, un controllo da parte delle autorità amministrative dello stato di destinazione non è consentito neanche rispetto ai parametri dell'ordinamento comunitario.

Coerentemente con questa impostazione, si può ulteriormente osservare che la stessa Commissione, pur dotata di diversi poteri procedurali in virtù della sua primaria responsabilità attuativa, può intervenire soltanto prima che la funzione sia esercitata, avviando un procedimento e avocando la competenza decisionale. In seguito all'adozione dell'atto da parte di una autorità nazionale, invece, essa

²⁴⁸ Nel panorama dell'efficacia transnazionale degli atti amministrativi in virtù del diritto comunitario, peraltro, l'adozione di provvedimenti repressivi costituisce un caso abbastanza pacifico in cui "il provvedimento a contenuto negativo deve sempre poter essere impugnato avanti il giudice dello Stato dell'autorità pubblica che lo ha assunto", così N. BASSI, *Mutuo riconoscimento e tutela giurisdizionale*, cit., p. 67.

²⁴⁹ La Corte di Giustizia stessa, oltre a pronunciarsi sull'interpretazione del Trattato o del regolamento in sede di rinvio pregiudiziale, non può esercitare alcun sindacato sull'atto nazionale, né diretto, né indiretto. Anche in sede di procedura di infrazione, di cui si dirà tra breve, la Corte esamina l'atto come elemento della violazione, non mirando al suo annullamento. Sulla separazione tra ordinamento comunitario e ordinamento nazionale come separazione di giurisdizione rigida v. ad es. G. FALCON, *Separazione e coordinamento tra giurisdizioni europee e giurisdizioni nazionali nella tutela avverso gli atti lesivi di situazioni giuridiche soggettive europee*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2004, p. 1156.

può esclusivamente promuovere (benché si tratti di un'ipotesi remota) una procedura di infrazione a carico dello Stato membro in questione, che peraltro non incide direttamente sull'effettiva validità dell'atto emanato dal nodo della rete interessato.

L'atto emanato da un'autorità nazionale, in tal modo, consolida l'espressione della funzione amministrativa di tutela della concorrenza ex articoli 101 e 102 del Trattato. Gli obiettivi dell'efficace e uniforme attuazione di queste disposizioni costituiscono la peculiarità fondamentale del decentramento attuativo operato mediante l'istituzione della rete, che ha conseguenze più penetranti del mero principio di mutuo riconoscimento²⁵⁰ quanto alla competenza ad adottare provvedimenti. La competenza amministrativa, infatti, è stabilita in modo generale, e i criteri territoriali fungono da presupposto piuttosto che da vincolo al suo esercizio. Il principio di applicazione uniforme non assicura soltanto che diversi soggetti astrattamente competenti ad applicare le norme possano giungere ad adottare determinazioni diverse in relazione alla medesima condotta, ma consente anche che essa venga esaminata unitariamente.

Prima di passare ad esaminare ulteriori profili di efficacia degli atti adottati dalle autorità garanti della concorrenza degli Stati membri, è opportuno menzionare un'ipotesi, benché marginale, in cui l'ordinamento nazionale di origine e il diritto nazionale di riferimento hanno immediata incidenza sul regime di efficacia dell'atto, o piuttosto sulla stessa natura dell'atto. Non va dimenticato, infatti, che l'organizzazione dell'attuazione delle norme di concorrenza viene rimessa dal regolamento agli Stati membri. Nonostante tutti i soggetti che fanno parte della rete siano autorità amministrative in senso stretto o soggetti dell'amministrazione statale, non tutti possono adottare direttamente decisioni di constatazione di un'infrazione o irrogare sanzioni. Si deve far riferimento, a tal proposito, all'articolo 35 del Regolamento 1, che tra le autorità

²⁵⁰ Oltre al già citato L. DE LUCIA, *Amministrazione transnazionale e ordinamento europeo*, cit. p. 37 ss., v. anche M. GAUTIER, *Acte administratif transnational*, in J.-B. AUBY, J. DUTHEIL DE LA ROCHÈRE, *Droit administratif européen*, Bruxelles, 2007, p. 1074, secondo la quale "En tout état de cause, et quelle que soit l'origine jurisprudentielle ou textuelle du principe de reconnaissance mutuelle, son application conduit obligatoirement à la transformation de certains actes administratifs nationaux en actes administratifs transnationaux".

designate dagli Stati membri come responsabili dell'applicazione degli articoli 101 e 102, inserisce anche le giurisdizioni nazionali.

In alcuni Stati membri, l'attuazione delle norme di concorrenza dell'Unione è stata strutturata, in effetti, secondo il modello di una autorità amministrativa che si occupa della fase istruttoria e promuove un'azione dinanzi ad un organo giurisdizionale, al quale spetta invece l'adozione di una decisione.²⁵¹ In tali casi, a norma dell'articolo 35 paragrafo 4, l'unica questione procedurale disciplinata a livello comunitario è l'operatività dell'articolo 11 paragrafo 6, che si applica all'autorità responsabile della fase istruttoria.²⁵²

Vale la pena osservare, pertanto, che vi sono alcune ipotesi in cui nella rete, per effetto dell'autonomia procedurale degli Stati membri, l'adozione di decisioni di constatazione di un'infrazione è considerata un atto di esercizio di potere giurisdizionale per espressa previsione dell'ordinamento di origine. Lo statuto dell'atto in tal modo emanato ne risente sostanzialmente: ferme restando le considerazioni relative all'uniforme applicazione e all'esercizio decentrato di una funzione amministrativa comunitaria, si deve concludere che tali atti giurisdizionali, quanto all'efficacia nell'ordinamento di destinazione, non potranno sottrarsi alle regole espressamente dettate in tema di riconoscimento e attuazione di sentenze emanate da autorità giudiziarie di un altro Stato membro ai sensi del regolamento 44/2001.²⁵³ In tali circostanze, tuttavia, si deve ritenere impossibile che nell'ordinamento di destinazione non sia data esecuzione all'atto in virtù di motivi di ordine pubblico.²⁵⁴

²⁵¹ Questo caso va distinto da quelle ipotesi in cui i soggetti che esercitano l'attività istruttoria o decisoria sono distinti ma entrambi autorità amministrative, una sorta di autorità di concorrenza duale, attualmente presente in Belgio e in Lussemburgo, mentre in altri Stati membri, come la Spagna, il modello duale è stato sostituito dal modello prevalente di una singola autorità di concorrenza. L'adozione di decisioni da parte di una autorità giudiziaria avviene attualmente, nel senso appena descritto, in Austria e Irlanda.

²⁵² La disposizione precisa che, in caso di avvio di un procedimento da parte della Commissione, tale autorità revoca l'azione promossa davanti all'autorità giudiziaria.

²⁵³ Regolamento (CE) n. 44/2001 del Consiglio, del 22 dicembre 2001, concernente la competenza giurisdizionale, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale, in GUUE L 12 del 16 Gennaio 2001, p. 1. Ai fini dell'esecuzione delle sentenze rese dall'autorità giudiziaria di un diverso Stato membro, il diritto della concorrenza rientra nelle materie commerciali di cui all'articolo 1 del medesimo regolamento, come sottolineato da L. IDOT, *L'exécution forcée des mesures communautaires: exemples en matière de concurrence*, in J. DUTHEIL DE LA ROCHÈRE, *L'exécution du droit de l'Union*, p. 267.

²⁵⁴ L'eccezione di ordine pubblico in sede di riconoscimento ed esecuzione di sentenze di autorità giudiziarie di altri Stati membri è prevista in generale all'articolo 34 del regolamento 44/2001.

d) *Efficacia dell'atto e tutela giurisdizionale delle situazioni giuridiche soggettive: rilevanza dell'ordinamento di destinazione.*

Quanto esposto finora non tiene conto dell'ulteriore dimensione dell'efficacia degli atti adottati da autorità amministrative nazionali. In particolare, va esaminata la questione delle conseguenze che la constatazione di un'infrazione può avere sulla definizione di controversie su situazioni giuridiche soggettive riconnesse dal trattato all'infrazione delle norme di concorrenza. Si pensi ad esempio alla possibilità di ottenere una tutela inibitoria o risarcitoria rispetto a una violazione degli Articoli 101 o 102 del Trattato. L'applicazione di norme di concorrenza da parte delle giurisdizioni nazionali in sede di tutela di diritti soggettivi viene comunemente riassunta nell'espressione *private enforcement*.²⁵⁵

L'azione di soggetti privati per la tutela delle proprie situazioni giuridiche soggettive può avvenire indipendentemente dall'esistenza di un atto amministrativo che abbia constatato l'infrazione (c.d. *stand alone actions*). Tuttavia, nella maggior parte dei casi, perlomeno per ciò che concerne la tutela risarcitoria, l'azione viene proposta a seguito dell'adozione di una decisione da parte della Commissione o di una autorità nazionale (c.d. *follow on actions*). Occorre innanzitutto precisare che l'atto adottato dall'autorità garante non è costitutivo del diritto, che discende direttamente dalla violazione delle norme del Trattato. Ove l'autorità abbia constatato la sussistenza di una condotta e l'abbia qualificata come un'infrazione del diritto di concorrenza dell'Unione, l'effetto prodotto dalla decisione non si esaurisce, però, nell'obbligo per le imprese autrici dell'infrazione di portare a cessazione la condotta lesiva (ed eventualmente corrispondere la sanzione pecuniaria irrogata). Essa fornisce indirettamente un titolo ai soggetti danneggiati per agire in giudizio a tutela dei propri diritti, nel caso in cui sussistano anche altri elementi quali il danno e il nesso di causalità tra questo e la condotta.

²⁵⁵ Per una rassegna dei fenomeni attinenti al c.d. *private enforcement* e delle problematiche che essi sollevano anche in relazione all'attuazione amministrativa delle norme di concorrenza dell'Unione, si rinvia a A. P. KOMNINOS, *EC Private Antitrust Enforcement. Decentralised Application of EC Competition Law by National Courts*, Oxford and Portland, 2008, *passim*.

In prima analisi, la possibilità di fondare l'azione su un atto amministrativo adottato da un'autorità garante potrebbe apparire come una mera questione attinente il valore probatorio degli atti amministrativi adottati dalle autorità nazionali. Tuttavia, a ben vedere, la questione riguarda l'efficacia stessa dell'atto amministrativo adottato e la sua incidenza sulle situazioni giuridiche soggettive coinvolte. Infatti, una volta portato all'attenzione di una giurisdizione nazionale, anche di un diverso Stato, l'atto amministrativo, può accadere che tale giurisdizione assuma una diversa determinazione rispetto alla condotta che fonda il diritto al risarcimento delle parti in giudizio ed è allo stesso tempo l'oggetto dell'accertamento effettuato dall'atto.

Una volta escluso che nell'ordinamento di destinazione abbiano cittadinanza valutazioni relative alla legittimità dell'atto adottato in un diverso ordinamento, occorre piuttosto interrogarsi sulla possibilità che l'efficacia di questo sia indirettamente compromessa dall'adozione di determinazioni diverse circa la fattispecie storica che ha costituito l'oggetto del procedimento amministrativo. In altri termini, ci si deve interrogare sull'esistenza e la portata di un'efficacia degli atti amministrativi adottati dai soggetti della rete rispetto alle giurisdizioni nazionali, paragonabile a quella stabilita dall'articolo 16 del regolamento 1 per le decisioni della Commissione, e cioè l'impossibilità per le giurisdizioni nazionali di uno Stato membro di adottare decisioni che contrastino su un piano sostanziale con la determinazione assunta da una autorità garante della concorrenza. Questo effetto, infatti, non è previsto in linea generale dal regolamento 1/2003.

Nell'ambito dell'ordinamento degli Stati membri è stato da più parti rilevato che un atto amministrativo non può pregiudicare il libero apprezzamento, da parte del giudice, degli elementi probatori prodotti dalle parti.²⁵⁶ Si è anche

²⁵⁶ V. ad es. E. L. CAMILLI, P. CAPRILE, R. PARDOLESI, A. RENDA, *Il libro bianco sull'antitrust: l'anno che verrà, in Mercato concorrenza regole*, 2008, p. 245. Gli autori mettono in rilievo come tale opzione "investa, da un lato, le relazioni fra potere amministrativo e potere giudiziario, dall'altro la collocazione istituzionale delle ANC fra diritto comunitario e diritto nazionale". V anche 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 quanto alle relazioni tra procedimenti antitrust e giurisdizione*, in F. ROSSI DAL POZZO, B. NASCIMBENE, *Il private enforcement delle norme sulla concorrenza*, Milano, 2009, p. 22, ove si cita la dottrina secondo cui gli atti delle autorità, essendo realizzati in contraddittorio, potrebbero essere considerati come atti pubblici efficaci a fini probatori ai sensi

addotta la diversa finalità dell'azione amministrativa e della tutela giurisdizionale,²⁵⁷ in virtù della quale sussisterebbe una lesione dei diritti di difesa delle imprese a carico delle quali è stato avviato il procedimento amministrativo, qualora esse non possano mettere in discussione la sussistenza dell'infrazione in sede civile in contraddittorio con le parti che richiedono il risarcimento del danno che ne è derivato.²⁵⁸

L'esame del panorama normativo sembra confermare questa impostazione, dal momento che in gran parte degli Stati membri la constatazione di una infrazione da parte dell'autorità nazionale può soltanto fungere da elemento probatorio rimesso all'apprezzamento del giudice (ma non facente piena prova dell'esistenza storica della condotta e del fatto che costituisce un'infrazione). Ciò vale non soltanto per le decisioni adottate da autorità garanti di diversi Stati membri, ma anche per le decisioni dell'autorità del medesimo Stato membro in cui la domanda è stata promossa. Sono pochi gli ordinamenti che prevedono che la constatazione di un'infrazione da parte di una autorità garante della concorrenza non possa essere messa in discussione in sede civile mediante l'adozione di una determinazione difforme circa la condotta posta a fondamento dell'azione di risarcimento.²⁵⁹

Tale soluzione è evidentemente problematica se confrontata con le esigenze di effettività del diritto dell'Unione e il disegno attuativo ispirato al principio di

dell'articolo 2700 civ., ma si conclude nel senso di un valore di prova di tali atti più simile al provvedimento amministrativo utilizzato come prova documentale nel giudizio ordinario.

²⁵⁷ Tale diversità rileva anche per ciò che concerne la possibilità di sospendere il procedimento giurisdizionale in pendenza del procedimento amministrativo, come sottolineato da S. BARIATTI, L. PERFETTI, *Prime osservazioni sulle previsioni del "libro bianco"*, cit., p. 15.

²⁵⁸ Argomentazione confutata da W. P. J. WILS, *The relationship between public antitrust enforcement and private actions for damages*, in *World Competition*, 2008, p. 21, il quale osserva che, al contrario, le garanzie a vantaggio delle imprese in relazione all'accertamento di un'infrazione sono più estese nell'ambito dei procedimenti amministrativi, e che nell'attuare le norme di concorrenza dell'Unione, le autorità nazionali devono assicurare i diritti fondamentali riconosciuti dall'ordinamento comunitario.

²⁵⁹ Tra le rilevanti eccezioni, tuttavia, si possono citare l'Ungheria, il Regno Unito e la Germania. In quest'ultimo ordinamento è attribuito carattere vincolante non solo alle decisioni dell'autorità tedesca ma anche delle autorità degli altri Stati membri dell'Unione (Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, §33 paragrafo 4). In Italia, pur non essendovi alcuna specifica disposizione in materia, nelle azioni risarcitorie in sede civile i giudici non hanno quasi mai adottato decisioni contrastanti con l'esito dell'accertamento dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato, cfr. P. CASSINIS, *I nuovi poteri dell'Autorità nell'ambito della dialettica tra public e private enforcement*, in *Contratto e impresa: Europa*, 2006, p. 739, il quale cita un unico caso di esiti divergenti.

applicazione uniforme.²⁶⁰ Va rilevata, innanzitutto, l'evidente disparità nella regolazione dell'efficacia di atti adottati nell'esercizio della medesima funzione amministrativa a seconda che il soggetto adottante sia la Commissione o un altro membro della rete di autorità di concorrenza. In quest'ultimo caso, l'efficacia della decisione nello statuire e consolidare l'esercizio della funzione rispetto alla medesima fattispecie storica sarebbe subordinata alle norme vigenti nell'ordinamento di destinazione. Nell'ipotesi in cui queste non riconoscano tale efficacia agli atti adottati da una autorità amministrativa, o da una autorità amministrativa diversa da quella del medesimo Stato membro, sarebbe astrattamente possibile che la condotta sia oggetto di una pronuncia difforme, anche in sede incidentale.

Al di là dell'espressa disposizione di cui all'articolo 16 paragrafo 1 del regolamento, il diverso statuto di efficacia delle decisioni della Commissione potrebbe essere spiegato alla luce di considerazioni sistematiche. Queste non risiedono tanto nel primato del diritto dell'Unione, quanto nel peculiare ruolo attribuito dal trattato alla Commissione in sede attuativa delle norme di concorrenza. Questa, infatti, sembra la motivazione principale che ha spinto la Corte di Giustizia a riconoscere tale vincolo nel già citato caso *Masterfoods*,²⁶¹ successivamente recepito negli stessi termini dalla disposizione appena citata.

Tuttavia, in una precedente pronuncia,²⁶² la Corte aveva piuttosto fondato la propria statuizione sull'esigenza di effettività e uniforme applicazione del diritto materiale della concorrenza dell'Unione. La giurisprudenza appena citata, inoltre, è intervenuta precedentemente all'approvazione ed entrata in vigore del

²⁶⁰ Sulla rilevanza dell'applicazione uniforme ai fini del riconoscimento dell'efficacia vincolante delle decisioni delle autorità nazionali v. ad es. E. TRULI, *White Paper on Damages Actions for Breach of the EC Antitrust Rules: the Binding Effect of Decisions adopted by National Competition Authorities*, in *European Competition Journal*, 2009, p. 797.

²⁶¹ Sentenza 14 Dicembre 2000, *Masterfoods*, causa C-344/98, in Racc. p. I-11427, punti 46 ss., dove la Corte attribuisce particolare rilievo alla responsabilità attuativa della Commissione come discendente dal Trattato.

²⁶² Sentenza 28 Febbraio 1991, *Delimitis*, causa C-234/89, in Racc. p. I-935, punto 47, dove la necessità di evitare decisioni contraddittorie in merito all'attuazione degli articoli 101 e 102 è declinata come garanzia del principio di certezza del diritto. Si veda anche il considerando n. (22) del Regolamento 1, dove si menziona a supporto di tale necessità, oltre al principio di certezza del diritto, il principio di applicazione uniforme delle norme di concorrenza dell'Unione.

Regolamento 1/2003.²⁶³ Nel sistema da esso istituito possono ravvisarsi esigenze sistematiche di coerenza non soltanto nella posizione di responsabilità ultima della Commissione nell'attuazione degli articoli 101 e 102 TFUE (che attiene piuttosto all'esercizio della funzione amministrativa), quanto nell'esigenza che non vi siano aporie interpretative di norme centrali per il funzionamento del mercato interno, in un contesto in cui esse sono applicate da una pluralità di soggetti sia in sede amministrativa che in sede giurisdizionale.

La Commissione europea ha recentemente preso atto di questa lacuna del sistema,²⁶⁴ e, sebbene sulla scorta di un'argomentazione sistematica fondata su esigenze ulteriori,²⁶⁵ ha indicato la propria intenzione di integrare questo profilo di efficacia degli atti adottati dalle autorità nazionali, esplicitandolo mediante l'adozione di specifiche previsioni vincolanti a livello comunitario. Qualora ciò avvenisse, si avrebbe un'ulteriore ipotesi di comunitarizzazione delle norme che presiedono all'attuazione degli articoli 101 e 102. Ciò confermerebbe, inoltre, la tendenza alla convergenza strutturale non solo rispetto ai vincoli procedurali, ma anche per ciò che concerne l'efficacia degli atti adottati dai soggetti della rete. Il carattere necessario di tale tendenza nell'economia di un sistema decentrato di attuazione amministrativa di norme dell'Unione, rimesse dal trattato alla competenza ultima dell'ordinamento comunitario, verrà ulteriormente esaminato nel prossimo capitolo.

²⁶³ C-344/98, *Masterfoods*, cit., punto 47, dove si sottolinea la (allora) competenza esclusiva della Commissione nell'attuazione dell'articolo 101 paragrafo 3.

²⁶⁴ Libro Bianco del 2 Aprile 2008 in materia di azioni di risarcimento del danno per violazione delle norme antitrust comunitarie, COM (2008) 165 def.

²⁶⁵ Nel libro bianco la finalità del riconoscimento del valore vincolante delle decisioni delle autorità nazionali non rileva soltanto in chiave di uniforme applicazione delle norme di concorrenza dell'Unione. Vi è infatti l'ulteriore interesse di politica generale di facilitare le azioni di risarcimento del danno antitrust ai fini di garantire la completa attuazione degli articoli 101 e 102 del Trattato, che presuppone l'effettività del diritto al risarcimento. Si vedano le osservazioni del direttorato generale della concorrenza della Commissione europea, *Commission staff working paper accompanying the White paper on damages actions for breach of the EC antitrust rules*, COM(2008)165 final, Capitolo 4, *passim*, e, tra gli altri, D. CALISTI, F. KUBIK. C. VOLLRATH, *Taking compensation seriously as part of an effective antitrust enforcement: the White Paper and beyond*, in *Österreichische Zeitschrift für Kartell- und Wettbewerbsrecht*, 2008, pp. 3 e 6.

2. Esercizio del potere sanzionatorio nel rapporto tra autorità

a) *La questione del “vincolo interamministrativo”*

L'adozione di provvedimenti sanzionatori nell'esercizio della funzione amministrativa nell'ambito della concorrenza, come decentrata dal diritto dell'Unione in capo alle autorità amministrative degli Stati membri, va ora esaminata in relazione alle condizioni di esercizio della loro competenza. In altri termini occorre verificare entro che limiti l'esercizio della competenza da parte di una autorità mediante un atto sanzionatorio agisca sui criteri di riparto della competenza nell'ambito della rete. Questo rapporto tra l'atto e l'organizzazione della competenza è stato efficacemente definito come “vincolo interamministrativo”,²⁶⁶ espressione che designa un vincolo giuridico in capo agli altri soggetti competenti a non esercitare il proprio potere sanzionatorio. Gli atti sanzionatori delle autorità nazionali, in questo senso, non avrebbero soltanto una valenza sostanziale, ma anche organizzativa della rete.

L'esistenza di un vincolo interamministrativo così definito è espressamente disciplinata dal regolamento soltanto in relazione agli atti adottati dalla Commissione. Ai sensi dell'articolo 11 paragrafo 6 del regolamento, l'avvio di un procedimento da parte della Commissione priva le altre autorità della competenza ad esaminare la medesima condotta in relazione ad una potenziale violazione delle norme di concorrenza del trattato.

Tale disposizione è stata in precedenza esaminata come criterio rigido di competenza della Commissione. La sua *ratio* è stata spiegata in termini di esigenza strutturale rispondente al primato della Commissione come soggetto responsabile in ultima istanza dell'attuazione delle norme di concorrenza dell'Unione. Questo elemento è peraltro decisivo per comprendere la circostanza che un vincolo interamministrativo sussiste non soltanto una volta che la decisione sia stata adottata, ma anche qualora la Commissione abbia semplicemente avviato un procedimento in relazione ad una determinata

²⁶⁶ L'espressione appartiene a L. DE LUCIA, *Amministrazione transnazionale e ordinamento europeo*, cit., p. 44.

condotta. Tuttavia, se questa è l'esigenza sistematica che sorregge l'articolo 11 paragrafo 6 del regolamento, è indubbio che non può essere applicata per analogia alle decisioni adottate da autorità nazionali garanti della concorrenza in virtù del loro diverso ruolo strutturale nell'esercizio della funzione amministrativa come precedentemente illustrato.

Ciononostante, vi è un ulteriore elemento sistematico relativo all'adozione di provvedimenti di natura sanzionatoria, astrattamente capace di porre un simile vincolo all'attività di altre autorità della rete nell'esercizio della funzione. Esso consiste nel principio di *ne bis in idem*, che impedisce che una medesima condotta sia oggetto di molteplici procedimenti repressivi da parte della stessa o di diverse autorità. Il principio di *ne bis in idem* permette di osservare l'attività dei soggetti della rete da una prospettiva diversa, e cioè quella delle imprese contro cui sia stato avviato il procedimento. L'unicità dell'esercizio del potere sanzionatorio rispetto ad una medesima condotta, che discende da tale principio, si associa inoltre alla parallela esigenza di assicurare l'uniforme applicazione del diritto di concorrenza dell'Unione.

L'uniforme applicazione è un'esigenza di effettiva attuazione della disciplina sostanziale, che per esigenze strutturali, vista anche la centralità della politica di concorrenza nell'assicurare condizioni uniformi per le imprese che operano nel mercato interno, sarebbe compromessa da determinazioni divergenti adottate da diverse autorità in relazione alla medesima condotta. La tutela delle parti rileva soltanto indirettamente, sotto il profilo della certezza del diritto che deve essere assicurata agli operatori del mercato.

Il principio del *ne bis in idem*, invece, è posto direttamente a tutela dei privati rispetto all'azione repressiva dell'amministrazione. Esso rileva dunque, in via primaria, ai fini della tutela dei diritti fondamentali dei soggetti dell'ordinamento, piuttosto che configurare un paradigma di unicità dell'azione repressiva in quanto tale.²⁶⁷ In questo caso è l'azione dell'amministrazione a venire in rilievo indirettamente e a trovare un vincolo nell'atto emanato da un

²⁶⁷ Sempre nell'esame dell'attività amministrativa da un punto di vista della tutela delle parti, ai fini dell'applicazione del principio di *ne bis in idem*, può essere rilevante anche la tutela della certezza del diritto e del legittimo affidamento delle parti, cfr. R. NAZZINI, *Concurrent proceedings in Competition law – Procedure, evidence and remedies*, Oxford, 2004, p. 118.

altro soggetto in virtù della tutela di diritti fondamentali dei soggetti cui esso è indirizzato. Il principio del *ne bis in idem*, pertanto, una volta definito rispetto alla tipologia di decisione adottata, potrebbe egualmente applicarsi non solo alle decisioni della Commissione, ma anche a quelle adottate dalle autorità nazionali. Nei paragrafi che seguono si affronteranno, nell'ordine, la portata generale del principio nei procedimenti attuativi delle norme di concorrenza, e il significato che esso assume, assieme ai principi sulla competenza dei soggetti della rete, nel delineare un vero e proprio vincolo interamministrativo conseguente all'adozione di decisioni da parte della Commissione, da un lato, e delle autorità garanti della concorrenza, dall'altro. Allo stesso tempo si cercherà di stabilire se un vincolo interamministrativo esiste anche in relazione a tipologie di decisioni diverse dai provvedimenti sanzionatori.

b) Portata del principio del 'ne bis in idem' nei procedimenti amministrativi antitrust

Il principio di *ne bis in idem* è un principio da tempo riconosciuto nell'ambito dell'ordinamento comunitario. La carta dei diritti fondamentali dell'Unione, da ultimo, codifica in via generale all'articolo 50 il diritto a non esser giudicati o puniti due volte per lo stesso reato.²⁶⁸ Nonostante, per espressa previsione del regolamento 1/2003, le sanzioni irrogate per violazioni delle norme di concorrenza dell'Unione non abbiano natura penale, è pacifico che il principio in parola si applica anche ad esse, in virtù della loro natura punitiva e deterrente.²⁶⁹

²⁶⁸ “Nessuno può essere perseguito o condannato per un reato per il quale è già stato assolto nell'Unione a seguito di una sentenza penale definitiva conformemente alla legge”. Va notato a tal proposito che il *tenet* della disposizione in esame risulta più ampio dei termini in cui il diritto è sancito dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, che proibisce la duplice persecuzione nell'ambito della medesima giurisdizione (Protocollo 7, Articolo 4 “Nessuno potrà essere perseguito o condannato penalmente dalla giurisdizione dello stesso Stato per un'infrazione per cui è già stato scagionato o condannato a seguito di una sentenza definitiva conforme alla legge ed alla procedura penale di tale Stato”). Rileva tale circostanza W. P. J. WILS, *The principle of 'Ne bis in Idem' in EC Antitrust Enforcement: a legal and economic analysis*, in *World Competition*, 2003, p. 138.

²⁶⁹ La natura dei provvedimenti sanzionatori delle violazioni delle norme di concorrenza, pur rientrando nell'esercizio di una funzione amministrativa, è stata da molti ritenuta ambigua. Quest'ambiguità è spesso esaminata in rapporto ai parametri stabiliti dalla Convenzione europea

La questione della rilevanza del principio di *ne bis in idem* nei procedimenti condotti dalla Commissione e dalle autorità nazionali²⁷⁰ è stata affrontata per la prima volta dalla Corte di Giustizia nel noto caso *Walt Wilhelm*.²⁷¹ La questione riguardava, tuttavia, un problema distinto rispetto all'oggetto del presente capitolo, e cioè la possibilità per la Commissione e le autorità nazionali di irrogare sanzioni in virtù, rispettivamente, del diritto dell'Unione e del diritto nazionale antitrust in relazione alla medesima infrazione. Vale tuttavia la pena di rammentare le argomentazioni della Corte, che sono senz'altro rilevanti anche nell'esaminare il rapporto tra la Commissione e le autorità nazionali nell'attuazione delle medesime disposizioni del Trattato.

Nel caso in esame, la Corte svolse alcune considerazioni relative all'efficace e uniforme applicazione del diritto dell'Unione in chiave di risoluzione dei rapporti tra le disposizioni sostanziali dell'ordinamento nazionale e quelle dell'ordinamento comunitario. Tali considerazioni non sono tuttavia risolutive ai fini della questione della possibilità di irrogare una duplice sanzione in relazione alla medesima condotta. La Corte si pronunciò su questa specifica questione, piuttosto, sottolineando la diversa finalità svolta dal diritto nazionale e dal diritto dell'Unione, che non coesistono in un rapporto di conferenza, ma considerano le pratiche restrittive della concorrenza sotto diversi aspetti.²⁷² Il fatto che le norme presiedono alla tutela di beni giuridici diversi è decisivo nel ragionamento della Corte, la quale ha consentito che esse vengano applicate anche alla medesima fattispecie. Tuttavia, la Corte ha riconosciuto che esigenze generali di equità implicano che all'atto di determinare l'ammenda per una condotta distorsiva della concorrenza si tenga conto di eventuali altre decisioni repressive anteriormente adottate in relazione alla medesima condotta.²⁷³

dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, specialmente in relazione alla natura e al grado di severità delle sanzioni irrogate, cfr. I. VAN BAEL, *Due process in EU competition proceedings*, cit., p. 101.

²⁷⁰ Per una dettagliata analisi dei vincoli internazionali e dell'interpretazione fornita dalla Corte di Giustizia dell'applicazione del principio di *ne bis in idem*, anche al fine di trarre criteri rilevanti per l'irrisolta questione della sua applicazione all'attuazione parallela delle medesime disposizioni in seno all'Unione, si rinvia alla dettagliata analisi di S. BRAMMER, *Co-operation between National Competition Agencies in the Enforcement of EC Competition Law*, cit., p. 344 ss.

²⁷¹ Sentenza 13 Febbraio 1969, *Walt Wilhelm c. Bundeskartellamt*, causa 14/68, in Racc. p. 1.

²⁷² *Ibid.* punto 3.

²⁷³ *Ibid.* punto 11.

Nella sua giurisprudenza successiva, la Corte ha chiarito a più riprese che l'applicazione del principio del *ne bis in idem* è soggetta a tre condizioni, che devono ricorrere cumulativamente. Esse sono “l'identità dei fatti, l'unità del contravventore e [l']unità dell'interesse giuridico tutelato”.²⁷⁴

Si può osservare, da un lato, che le considerazioni circa le finalità perseguite dai divieti e dalle sanzioni irrogate in relazione alla loro violazione, non è direttamente risolutiva della questione circa il vincolo interamministrativo tra i soggetti della rete, in quanto il presupposto dell'analisi è che essi agiscono in attuazione degli stessi divieti previsti dall'ordinamento comunitario, e cioè gli Articoli 101 e 102 del trattato. Occorre quindi domandarsi se una diversa finalità dell'attività repressiva possa sussistere allorché diversi soggetti della rete intervengano in relazione alla medesima condotta e sulla base delle medesime disposizioni. In altri termini, la questione rilevante è se il vincolo del *ne bis in idem* agisce in relazione alla finalità delle norme attuate o piuttosto in relazione all'oggetto del procedimento e dell'azione repressiva che si fonda su tali norme.

La portata di tale distinzione è di primaria importanza perché, in un contesto come quello della rete delle autorità garanti della concorrenza, l'azione repressiva dell'autorità amministrativa precedente può avere come obiettivo la rimozione di una distorsione della concorrenza di portata comunitaria soltanto per ciò che concerne gli effetti anticompetitivi di questa sul proprio territorio di riferimento.²⁷⁵ Va innanzitutto rilevato che la coesistenza dell'azione repressiva di diverse autorità nazionali è, come già ribadito, contemplata come possibilità dal regolamento in sede di regolazione della competenza delle autorità stesse. L'articolo 13 del regolamento, infatti, dà solo facoltà alle autorità di sospendere un procedimento o di rigettare una denuncia in ragione dell'avvio di un procedimento da parte di un'altra autorità.²⁷⁶ Benché tale disposizione sia volta a

²⁷⁴ V. ad es. Sentenza del 7 Gennaio 2004, *Aalborg Portland e altri c. Commissione*, cause riunite C-204-5/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P e C-219/00 P, in Racc. I-123, punto 338.

²⁷⁵ Questo argomento è spesso invocato per giustificare la non lesione del principio del *ne bis in idem*, v. ad es. E. SAKKERS, *Report on international cooperation in Antitrust enforcement*, in M. MEROLA, D. WAELBROECK, *Towards an optimal enforcement of Competition rules in Europe*, cit., p. 501.

²⁷⁶ V. F. ROSSI DAL POZZO, *Sospensione o chiusura del procedimento*, in ADINOLFI, DANIELE, NASCIMBENE, AMADEO, *Commentario*, cit., p. 162, il quale sottolinea tuttavia come in caso di riallocazione, generalmente le autorità dovrebbero individuare una sola autorità in posizione idonea.

evitare l'adozione di più di una decisione in relazione alla medesima condotta, essa non sancisce un divieto di procedimenti paralleli, analogamente a quanto accade per l'articolo 11 paragrafo 6. Va nuovamente ricordato, inoltre, che la comunicazione sulla rete prevede espressamente la possibilità di azione parallela di diversi soggetti della rete.²⁷⁷

Queste considerazioni in merito alla disciplina positiva sembrano militare in favore dell'interpretazione del principio di *ne bis in idem* come appena enunciata: allorché la condotta abbia effetti anticoncorrenziali che presentano un legame con il territorio di riferimento di più di una autorità garante della concorrenza, vi possono essere situazioni in cui l'ottimale esercizio dell'azione repressiva richiede che i poteri sanzionatori siano esercitati in parallelo.²⁷⁸ Non si avrà lesione del principio nella misura in cui le sanzioni, pur facendo riferimento alla medesima condotta, modulino la deterrenza rispetto agli effetti che questa ha prodotto.

Il principio di *ne bis in idem*, ed il conseguente vincolo interamministrativo sull'azione delle altre autorità, andrebbe pertanto configurato come un vincolo che agisce sulla possibilità di irrogare sanzioni rispetto a una condotta: le sanzioni dovrebbero essere proporzionate alla sua gravità in relazione al territorio di riferimento dell'autorità procedente.²⁷⁹ Il potere sanzionatorio che

²⁷⁷ Punto 12 della Comunicazione sulla rete. E' stato giustamente osservato che la comunicazione non fornisce, tuttavia, alcuna indicazione rispetto alla possibilità di irrogare sanzioni, v. M. MESSINA, *La rete europea delle autorità garanti della concorrenza tra Convenzione europea dei diritti dell'uomo e Carta di diritti fondamentali*, in *Il Diritto dell'unione Europea*, 2008, p. 741. La Comunicazione si occupa piuttosto dell'efficacia e del coordinamento dell'azione delle autorità che agiscono in parallelo.

²⁷⁸ Questa situazione sembra essersi verificata, finora, in un solo caso, in cui l'autorità tedesca e quella belga hanno esaminato un cartello concernente un prodotto chimico (Benzyl-Buthyl-Phtalat) ed avente effetti sulla globalità del mercato interno, stando a quanto indicato dal direttorato generale della Concorrenza, cfr. *Commission Staff Working paper accompanying the Communication from the Commission to the European Parliament and Council – Report on the functioning of Regulation 1/2003*, COM (2009) 206 final del 29 Aprile 2009, punto 223. In entrambi i casi le autorità hanno irrogato ammende. L'autorità belga, che è stata la seconda ad adottare un provvedimento sanzionatorio, ha fatto espresso riferimento al principio del *ne bis in idem*, sostenendo che l'ammenda, calcolata sugli introiti delle imprese in Belgio, poteva essere applicata in relazione ai soli effetti della condotta sul territorio belga.

²⁷⁹ In questa prospettiva, il *ne bis in idem* si applicherebbe nel contesto di una medesima "giurisdizione", intesa come ambito territoriale di competenza per l'attuazione delle disposizioni del trattato, cfr. M. PETR, *The "ne bis in idem" principle in competition law*, in *European Competition Law Review*, 2008, p. 395. L'Autore cita espressamente il parallelismo con le situazioni in cui diverse autorità a livello internazionale intervengano nell'attuazione di norme di concorrenza di ordinamenti diversi rispetto a quello comunitario. Si è già precisato che tale parallelismo non può

residua in capo alle altre autorità implicherebbe semplicemente un onere di tenere in conto l'ammenda già irrogata dalla prima autorità. Tale ricostruzione, pur coerente con l'impianto della rete disegnato dal regolamento 1/2003 e con la prassi di esercizio delle competenze parallele da parte delle autorità nazionali, presenta tuttavia alcuni profili problematici, che vanno esaminati dal punto di vista della rete e da quello delle imprese.

Dal punto di vista della rete, l'incompiutezza del principio di concentrazione della funzione repressiva, che vedrebbe in capo a una sola autorità la competenza per una singola e medesima condotta, impedisce una piena ottimizzazione dell'esercizio della funzione amministrativa. Il problema non riguarda esclusivamente la determinazione dell'ammontare dell'ammenda. E' possibile, infatti, che l'ammenda irrogata sia commisurata all'infrazione al fine della deterrenza²⁸⁰ anche se si considerano soltanto alcuni elementi dell'incidenza della condotta sul mercato, lasciando ad altra sede, o meglio ad altra autorità, la definizione della sanzione efficacemente deterrente rispetto ad ulteriori effetti.

La teoria economica, a tal proposito, ha ampiamente esaminato diversi profili relativi alla sanzione perché essa possa raggiungere un carattere di

essere accolto acriticamente, dal momento che, in seno all'Unione, le autorità si occupano dell'attuazione delle stesse disposizioni. Tuttavia, sembra interessante citare il rilievo secondo cui la stessa Corte di giustizia ha enfatizzato l'ambito di competenza territoriale, piuttosto che le disposizioni attuate, come elemento rilevante nella valutazione della portata del principio, v. ad. es. sentenza 18 Maggio 2006, *Archer Daniels Midland CO c. Commissione*, causa C-397/03, in Racc. p. I-4429, para. 69, che vale la pena riportare "A tale riguardo si deve osservare che, allorché la sanzione inflitta nello Stato terzo riguarda solo le applicazioni o gli effetti dell'intesa sul mercato di tale Stato e la sanzione comunitaria solo le applicazioni o gli effetti di quest'ultima sul mercato comunitario, non c'è identità dei fatti".

²⁸⁰ Sottolinea l'importanza della finalità di deterrenza nell'applicazione del principio di *ne bis in idem*, ad esempio, J. SCHWARZE, *Les sanctions imposées pour les infractions au droit européen de la concurrence selon l'article 23 du règlement n. 1/2003 CE à la lumière des principes généraux du droit*, in *Revue trimestrelle de droit européen*, 2007, p. 19, con riferimento alla Sentenza 29 Giugno 2006, *Showa Denko c. Commissione*, causa C-289/04 P, in Racc. p. I-5859, para. 61: "[...] nel valutare il carattere dissuasivo di un'ammenda da infliggere per una violazione delle dette norme, la Commissione non è tenuta a tener conto di eventuali sanzioni inflitte ad un'impresa in ragione della violazione delle norme sulla concorrenza di Stati terzi". E' stato anche notato che la sentenza in questione fa emergere "una percezione ancora territoriale nella gestione del fenomeno anticoncorrenziale", cfr. M. BENEDETTI, *Il principio ne bis in idem nella materia anti-trust*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2007, p. 293.

deterrenza ottimale nell'ambito dell'attuazione delle norme di concorrenza.²⁸¹ La commisurazione dell'ammenda a criteri economici di deterrenza in rapporto agli effetti (attuali o potenziali) della condotta sul mercato, coerentemente con l'approccio più sensibile agli aspetti economici della condotta che l'attuazione delle norme di concorrenza è andato progressivamente assumendo, permetterebbero in astratto questa "parcellizzazione" dell'esame dei profili della condotta rispetto ai diversi mercati interessati da essa. Al contrario, la configurazione della sanzione come mero elemento punitivo riconnesso ad una infrazione, potrebbe difficilmente sfuggire all'applicazione del principio di *ne bis in idem*. Ciò che rileva dal punto di vista della rete è che la coesistenza di procedimenti in relazione alla medesima condotta, ancorché compatibile con il sistema di competenze parallele e con la portata del potere sanzionatorio conferito alle autorità, non consente la piena fungibilità delle autorità nell'esercizio della funzione amministrativa e potenzialmente comporta un dispendio di risorse scarsamente compatibile con le esigenze di efficienza nell'attuazione delle norme di concorrenza.

Si tratta, in ultima analisi, di una interpretazione sostanzialistica del principio: esso si applicherebbe soltanto allorché la sanzione o le sanzioni irrogate raggiungano un livello ottimale di deterrenza, e non sarebbe, invece, ricollegato alla mera esistenza di un atto sanzionatorio adottato da un nodo della rete.²⁸² Va subito detto che questa soluzione, suggerita dalle disposizioni sulla rete, appare insoddisfacente. Attenta dottrina ha infatti rilevato che la portata del principio di *ne bis in idem* è più ampia, dato che questo principio presuppone piuttosto l'impossibilità che un'impresa debba affrontare più di un procedimento in relazione alla medesima condotta, come espressamente riconosciuto, ad esempio, nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo.²⁸³ In tale

²⁸¹ Per un'analisi giuridica degli aspetti economici della deterrenza si rinvia, per tutti, a W. P. J. WILS, *Optimal Antitrust Fines: Theory and Practice*, in *Efficiency and Justice in European Antitrust Enforcement*, Oxford and Portland, 2008, p. 49 ss.

²⁸² Vi è inoltre il problema del possibile "underfining", e cioè del fatto che l'adozione di un provvedimento da parte di una autorità nazionale possa non essere sufficiente a fini di deterrenza, in relazione al problema generale dell'applicazione di una sanzione anche per quegli effetti che esulano dal territorio dell'autorità procedente. Cfr. S. BRAMMER, *Co-operation between National Competition Agencies in the Enforcement of EC Competition Law*, cit., p. 437.

²⁸³ La giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo è brevemente ricordata da W. P. J. WILS, *The principle of 'ne bis in idem' in EC Antitrust enforcement*, cit., che sottolinea come la

contesto, l'esercizio di poteri repressivi in relazione a una specifica condotta dovrebbe esaurire la funzione amministrativa non solo in capo all'autorità procedente, ma in capo a tutti i soggetti della rete, a prescindere dagli effetti che sono stati considerati nel procedimento attuativo.²⁸⁴

Questa impostazione, che appare più corretta dal punto di vista delle esigenze di tutela dei diritti fondamentali, è anche più coerente con la corretta interpretazione dell'attività amministrativa in ambito antitrust. Si pensi ad esempio a quelle condotte che violano le norme di concorrenza *per se*, e cioè a prescindere dall'effettiva valutazione degli effetti che hanno prodotto o possono produrre sul mercato.²⁸⁵ E' il caso dei cartelli, accordi aventi per oggetto restrizioni della concorrenza del tipo di quelle menzionate dall'articolo 101. Qualora un'autorità nazionale sanzioni una di tali infrazioni, è difficile non ravvisare nell'eventuale azione repressiva attivata da un'altra autorità una lesione del principio del *ne bis in idem* al di là della possibilità di ricostruzioni più o meno dogmatiche della portata degli effetti potenziali della condotta su diversi mercati di riferimento.²⁸⁶

Più in generale, le norme di concorrenza dell'Unione presuppongono una violazione che per sua stessa natura deve proiettare i propri effetti al di là della mera distorsione di un mercato nazionale, dovendo invece rilevare come

modulazione della deterrenza in diversi procedimenti aventi lo stesso oggetto sembra comunque incompatibile con il principio, cfr. *Franz Fischer c. Austria*, Sentenza del 29 Maggio 2001, ricorso n. 37950/97.

²⁸⁴ Appare pertanto comprensibile, benché evidentemente contraria alle disposizioni del regolamento, la giurisprudenza della corte competente per l'impugnazione degli atti adottati dall'autorità di concorrenza della Repubblica Ceca, secondo la quale il territorio dell'Unione costituisce una giurisdizione unica ai fini dell'applicazione del diritto di concorrenza, escludendo non solo la possibilità di applicare il diritto nazionale e il diritto dell'Unione in parallelo, ma anche escludendo un'attività attuativa parallela da parte di più autorità nazionali, cfr. l'analisi di M. PETR, *The "ne bis in idem" principle in competition law*, cit., p. 396.

²⁸⁵ V. ad es. sentenza 30 giugno 1966, *Société technique minière*, causa 56/65, in Racc. p. 281, e la sentenza 17 Luglio 1997, *Ferriere Nord Spa c. Commissione*, causa C-219/95 P, in Racc. p. I-4411, in cui si è ribadito che i requisiti dell'oggetto e dell'effetto anticoncorrenziale non sono cumulativi, benché la versione italiana dell'allora articolo 85 del Trattato CEE (oggi articolo 101 TFUE) utilizzasse la congiunzione "e" (punto 31).

²⁸⁶ Da un punto di vista generale, tuttavia, se la considerazione separata del territorio su cui la condotta ha prodotto effetti viene configurata come una questione di non identità dei fatti, non si ha il problema di esaminare l'identità del bene giuridico tutelato, che sarebbe in ogni caso la tutela della concorrenza nel mercato interno mediante l'attuazione degli articoli 101 e 102. Tale ricostruzione è criticata da W. P. J. WILS, *The principle of 'Ne bis in Idem' in EC Antitrust Enforcement*, p. 142, il quale ritiene che in presenza di una singola condotta, i fatti considerati sarebbero identici, a prescindere da considerazioni in merito agli effetti che essi hanno avuto o avrebbero potuto avere in altre parti del territorio dell'Unione.

potenzialmente capace di alterare il commercio tra Stati membri, ed avere quindi un'incidenza più ampia, almeno potenziale, sul mercato interno. La parcellizzazione degli effetti di una condotta ai fini dell'esercizio di poteri sanzionatori si pone paradossalmente in contrasto con l'obiettivo stesso di un efficace sistema di *enforcement*, che dovrebbe essere quello di rimuovere e sanzionare le condotte capaci di ledere la concorrenza nel più ampio contesto del mercato interno considerato unitariamente, e non deve dipendere dall'artificiosa suddivisione di esso in tante parti quanti sono gli ambiti della competenza amministrativa esercitata dalle autorità degli Stati membri.

c) Decisioni della Commissione e competenza decisionale nella rete.

Per quanto concerne le decisioni della Commissione, la questione del rapporto con la competenza delle autorità garanti è apparentemente semplice da affrontare, in presenza di esplicite disposizioni del regolamento. L'azione della Commissione può configurarsi in tal senso come l'unico esempio compiuto di concentrazione necessaria della funzione amministrativa, dal momento che una decisione adottata dalla Commissione in relazione ad una condotta priva di competenza le autorità nazionali. Parallelamente a quanto detto in materia di efficacia delle decisioni della Commissione, ciò avviene nei limiti in cui la decisione della Commissione si pronuncia formalmente, nella sua parte dispositiva, sull'esistenza dell'infrazione o sulla sua assenza. In tal senso le decisioni della Commissione che constatano un'infrazione delle norme di concorrenza dell'Unione impediranno alle autorità nazionali di avviare procedimenti attuativi in relazione alla stessa condotta. Apparentemente, sembrerebbe soddisfatto il principio di *ne bis in idem* anche come divieto di svolgere molteplici attività procedurali in relazione alla medesima condotta che si suppone lesiva della concorrenza.

L'articolo 11 paragrafo 6, tuttavia, riconnette il vincolo interamministrativo all'avvio del procedimento da parte della Commissione, e non all'adozione di una decisione. L'efficacia di una decisione rispetto alla competenza delle autorità nazionali va analizzata tenendo in considerazione anche il successivo

articolo 16 paragrafo 2, che permette di ampliare e correggere l'analisi. Tale disposizione stabilisce che l'adozione di una decisione da parte della Commissione impone alle autorità nazionali di non adottare decisioni in contrasto con essa quando si pronunciano sulla medesima condotta.

Il combinato disposto delle due disposizioni rivela un elemento sistematico fondamentale: il regolamento, infatti, non esclude che le autorità nazionali possano occuparsi di una condotta che è già stata oggetto di una decisione della Commissione, anzi prevede espressamente tale possibilità, ai fini di vincolare le autorità a non adottare determinazioni contrastanti con essa. Ciò rivela che il nucleo del rapporto tra l'esercizio del potere della Commissione e la competenza delle autorità nazionali, a livello positivo, non risiede soltanto nel principio di *ne bis in idem*, quantomeno nella sua accezione riferita all'avvio di procedimenti in relazione alla medesima condotta, ma anche nel principio di uniforme applicazione delle norme di concorrenza.

Per superare questo rilievo, occorrerebbe considerare la disposizione come concernente “tipologie” di accordi o pratiche vietate dal Trattato, e quindi non necessariamente la medesima condotta storica. Questa interpretazione, tuttavia, appare insoddisfacente. Il paragrafo 2 dell'articolo 16 ha un tenore letterale analogo a quello del primo paragrafo della medesima disposizione, concernente il rapporto tra la Commissione e le giurisdizioni nazionali. Tale disposizione, a sua volta, come già ricordato, riprende la formulazione della Corte di Giustizia allorché questa aveva statuito su una ipotesi in cui la condotta all'attenzione dell'autorità giurisdizionale di uno Stato membro era la medesima esaminata dalla Commissione nell'ambito di un proprio procedimento.²⁸⁷

Anche per ciò che riguarda le decisioni della Commissione, pertanto, le disposizioni del regolamento non sembrano uniformarsi a una lettura ampia del principio di *ne bis in idem* applicato ai procedimenti antitrust. Il vincolo conseguente all'adozione di una decisione della Commissione, infatti, si

²⁸⁷ Si pensi ad esempio ad una situazione in cui la Commissione abbia constatato un'infrazione consistente in un'intesa tra imprese concorrenti sui prezzi da applicare in alcuni Stati membri. Qualora successivamente emerga che l'intesa concerneva un ulteriore Stato membro, la relativa autorità nazionale potrebbe teoricamente aprire un procedimento per accertare questo ulteriore elemento dell'infrazione, atteso che non si pronuncerà in maniera difforme rispetto alla Commissione circa la sussistenza dell'infrazione ai sensi dell'articolo 16 par. 2 del regolamento.

arricchisce dell'apporto del principio di uniforme applicazione delle norme di concorrenza. Il regolamento, ancora una volta, predilige la prospettiva dell'azione attuativa da parte della rete nel segno dell'effettività degli articoli 101 e 102, preoccupandosi di esplicitare un vincolo con la finalità primaria di scongiurare decisioni non coerenti da parte di diversi nodi della rete una volta che la Commissione abbia assunto una determinazione *sostanziale* sull'applicazione delle disposizioni appena citate. Per ciò che riguarda i provvedimenti sanzionatori, pertanto, nella misura in cui l'estensione della condotta esaminata sia la stessa, l'attività procedimentale delle autorità nazionali non potrebbe concretizzarsi in una decisione difforme rispetto a quella della Commissione concernente la sostanza dell'infrazione, ed è pertanto esclusa.

Il discorso va ora ampliato al di là dell'esercizio della funzione amministrativa mediante provvedimenti sanzionatori, per ricomprendere anche le altre tipologie di decisione che la Commissione può adottare in base al Regolamento 1/2003. Alla luce di quanto appena esposto, l'adozione di un provvedimento sanzionatorio da parte della Commissione priva le autorità nazionali della possibilità di intervenire con propri provvedimenti repressivi in relazione alla medesima condotta, nella misura in cui la sua estensione sia la medesima considerata in sede comunitaria.

Analogamente, qualora la Commissione adotti una decisione con cui constata l'inapplicabilità degli articoli 101 o 102 ad una determinata fattispecie, le autorità non potranno avviare procedimenti finalizzati all'accertamento di un'infrazione in relazione alla medesima condotta. Anche in questo caso, infatti, la Commissione assume una decisione che incide sul rapporto giuridico esaminato, qualificandolo in modo vincolante per tutti i soggetti della rete. Di conseguenza, anche in questa circostanza, il principio di applicazione uniforme finisce per coincidere con la lettura sostanziale del principio di *ne bis in idem*, e le autorità nazionali non avranno la possibilità di avviare procedimenti in relazione alla medesima condotta.

Vi è poi l'ipotesi in cui la Commissione chiuda il procedimento adottando una decisione che rende vincolanti gli impegni proposti dalle parti. In questo caso la Commissione non si pronuncia sull'infrazione, e pertanto in astratto non

vi è un vincolo preclusivo rispetto alla possibilità per le autorità nazionali di constatare che la medesima condotta costituisce un'infrazione degli articoli 101 o 102.²⁸⁸ Tale vincolo sussisterebbe se si interpretasse il principio di *ne bis in idem* rispetto all'attività procedimentale (come un divieto di una molteplicità di procedimenti a carico della stessa impresa per la stessa condotta). Anche in questo caso, tuttavia, occorre far riferimento alla concreta possibilità per un soggetto della rete di avviare il procedimento dal punto di vista del principio di applicazione uniforme.

La Commissione può adottare una decisione ex articolo 9 del regolamento soltanto ove ritenga che gli impegni stessi siano adeguati a rispondere alle preoccupazioni che essa ha espresso. La circostanza che la Commissione non si è pronunciata sull'esistenza dell'infrazione fa sì che l'eventuale accertamento dell'infrazione da parte di una autorità nazionale non sarebbe "in contrasto" con l'accettazione degli impegni stessi. Questo rilievo è confermato dal considerando n. (13) del regolamento 1/2003, che espressamente chiarisce che "le decisioni concernenti gli impegni non pregiudicano la facoltà delle autorità garanti della concorrenza e delle giurisdizioni degli Stati membri di procedere a detto accertamento".

Tale soluzione non è esente da alcuni rilievi critici di natura sistematica. Si è infatti in presenza di una situazione in cui la Commissione ha condotto un procedimento e adottato una decisione, ritenendo che l'accettazione degli impegni è sufficiente ad esaurire il proprio esercizio della funzione attuativa delle norme di concorrenza in sede amministrativa.²⁸⁹ Alla chiusura del procedimento si accompagna una decisione che fa sorgere obblighi specifici in capo alle imprese. E' pertanto insoddisfacente dal punto di vista del *ne bis in idem*, anche alla luce del principio di applicazione uniforme, il fatto che una autorità possa

²⁸⁸ In tal senso, L. DE LUCIA, *Amministrazione transnazionale e ordinamento europeo*, cit., p. 205.

²⁸⁹ Solleva un argomento diverso S. BRAMMER, *Co-operation between National Competition Agencies in the Enforcement of EC Competition Law*, cit., p. 413. L'autrice conclude che le decisioni di accettazioni di impegni non costituiscono un vincolo interamministrativo a capo degli altri soggetti della rete, benché sottolinei che lo scopo dell'accettazione di impegni è quello di porre fine al procedimento. Nonostante sia fondato su ragioni diverse rispetto ai rilievi critici qui sollevati, questo argomento potrebbe rilevare ai fini della tutela dell'affidamento delle parti che hanno offerto impegni al fine di evitare l'accertamento dell'infrazione da parte dell'autorità procedente.

avviare un procedimento per accertare che la condotta posta in essere dall'impresa costituisce un'infrazione. Atteso che si tratta di una infrazione anche se non è stata constatata dalla Commissione, che i suoi effetti sono verosimilmente cessati in virtù dell'esecuzione degli impegni, e che la distorsione non è tale da giustificare l'irrogazione di sanzioni (caso in cui la Commissione non potrebbe accettare impegni),²⁹⁰ sarebbe più corretto da un punto di vista sistematico che le autorità nazionali non avessero il potere di avviare un procedimento in relazione alla medesima condotta, eventualmente sovrapponendo la propria valutazione discrezionale a quella espressa dalla Commissione. La soluzione adottata dal regolamento, pertanto, non è ottimale da un punto di vista sistematico, tanto più se si considera che in questo caso, in seguito all'accettazione di impegni, residua in capo alle autorità nazionali una capacità provvedimentale che nel caso specifico non è riconosciuta neanche alla Commissione, dal momento che quest'ultima può riaprire il procedimento soltanto nei casi tassativamente previsti dal paragrafo 2 dell'articolo 9.²⁹¹

Incidentalmente occorre notare, invece, che non vi sono problemi di coerenza sistematica qualora la medesima condotta sia qualificata come infrazione da parte di una giurisdizione nazionale nel corso di procedimenti per l'applicazione degli articoli 101 e 102: in questo contesto, la mera constatazione che la condotta costituisce un'infrazione del trattato potrebbe essere necessaria ai fini della tutela risarcitoria dei soggetti eventualmente danneggiati da essa. Una tale decisione da parte dell'autorità giudiziaria non si porrebbe in contrasto con l'articolo 16 paragrafo 1 del regolamento.²⁹²

Va infine esaminata la situazione in cui il procedimento si conclude senza una constatazione in merito alla condotta né la costituzione di obblighi in capo

²⁹⁰ Come indicato dal considerando n. (13) del regolamento 1/2003, in virtù del quale "le decisioni concernenti gli impegni non sono opportune nei casi in cui la Commissione intende comminare un'ammenda".

²⁹¹ Secondo il quale la Commissione può riaprire il procedimento "a) se si modifica la situazione di fatto rispetto a un elemento su cui si fonda la decisione; b) se le imprese interessate contravvengono agli impegni assunti; oppure c) se la decisione si basa su informazioni trasmesse dalle parti che sono incomplete, inesatte o fuorvianti".

²⁹² Ciononostante, v. R. NAZZINI, *Concurrent proceedings in Competition law*, cit., p. 185, il quale fa notare che l'obbligo per le giurisdizioni nazionali di non adottare decisioni in conflitto con la decisione della Commissione potrebbe comportare che esse non possono imporre rimedi comportanti la violazione degli impegni assunti dalle imprese nei confronti della Commissione.

alle imprese. La decisione di rigetto della denuncia da parte della Commissione non implica l'esercizio della funzione repressiva, e pertanto lascia impregiudicata a tutti gli effetti la possibilità per le autorità nazionali, o per la stessa Commissione, di avviare in seguito un procedimento rispetto alla stessa condotta. Certo è che in sede di motivazione del rigetto la Commissione potrebbe esprimere valutazioni in merito alla condotta, benché in linea generale una denuncia viene rigettata per carenza di interesse comunitario al riguardo. In ogni caso, le motivazioni eventualmente addotte dalla Commissione non vincolano la capacità delle autorità di adottare un provvedimento.

Questa ipotesi si è recentemente verificata nel c.d. "caso diamanti". La società De Beers, produttrice di diamanti grezzi, nel 2003 introdusse un sistema di distribuzione che escludeva dalla distribuzione una società (che era stata attiva sul mercato per quasi settanta anni). Quest'ultima presentò una denuncia presso la Commissione Europea. Con due decisioni del 2007 e del 2008,²⁹³ la Commissione rigettò la denuncia per carenza di interesse comunitario, osservando tra l'altro che, in base ad una sommaria analisi, vi era una scarsa probabilità che gli accertamenti complessi che sarebbero stati necessari in sede istruttoria avrebbero portato alla constatazione di una infrazione. Nel 2009 la stessa società ha introdotto una denuncia anche presso l'autorità della concorrenza belga, che il 25 Novembre 2010 ha adottato una decisione²⁹⁴ con cui ha disposto misure cautelari (ordine a carico di De Beers di fornire i diamanti alla società in questione), osservando che la valutazione *prima facie* della condotta indicava la concreta possibilità che De Beers avesse commesso un abuso di posizione dominante ai sensi dell'articolo 102 TFUE.²⁹⁵

²⁹³ E' opportuno rilevare, inoltre, che la società De Beers è stata anche destinataria di un procedimento della Commissione in relazione al suo sistema di distribuzione, che si è concluso con l'accettazione di impegni da parte dell'impresa, cfr. Commission decision of 22 February 2006 relating to a proceeding pursuant to Article 82 of the EC Treaty and Article 54 of the EEA Agreement, case COMP(B-2/38.381 – De Beers, versione non confidenziale pubblicata in GUUE L 205 del 27 Luglio 2006, p. 24.

²⁹⁴ Decisione n. 2010 – V/M 47, del 25 Novembre 2010, Zaak MEDE – V/M – 09/0020: Diamanthandel A. Spira BVBA / De Beers UK Limited en Diamdel NV als vereffenaar vn Diamond Trading Company (PTY) Limited NV.

²⁹⁵ Va inoltre menzionato che la società che ha introdotto la denuncia ha presentato due ricorsi contro il rigetto della denuncia da parte della Commissione, e che le misure cautelari cesseranno di efficacia qualora il Tribunale rigetti i ricorsi contro le decisioni della Commissione, o l'autorità belga rigetti la denuncia. La prima ipotesi può ritenersi collegata alla possibilità che il Tribunale

In conclusione, le decisioni della Commissione producono un vincolo a carico delle autorità nazionali garanti della concorrenza. Esso è sorretto da due elementi, e più precisamente non soltanto dal principio di *ne bis in idem*, ma anche dal principio di uniforme applicazione degli articoli 101 e 102. Il vincolo all'esercizio della competenza da parte delle autorità nazionali sussiste in caso di provvedimenti in cui la Commissione accerta un'infrazione e nell'ipotesi in cui essa abbia constatato l'inapplicabilità delle norme di concorrenza ad una determinata condotta. Negli altri casi, la decisione della Commissione di rigettare una denuncia o accettare impegni non preclude in generale la possibilità per una autorità di avviare un procedimento in relazione alla stessa condotta. In sostanza, si può riscontrare un vincolo derivante dall'adozione di una decisione da parte della Commissione soltanto nella misura in cui essa abbia esercitato la funzione amministrativa adottando un atto che consolida lo statuto giuridico della condotta storica rispetto alla quale ha avviato un procedimento. Nelle altre ipotesi, la disposizione di cui all'articolo 11 paragrafo 6 impedisce la contemporanea coesistenza di procedimenti a livello comunitario e nazionale, ma non ha effetto preclusivo dell'esercizio della competenza qualora la Commissione non si pronunci sulla condotta.²⁹⁶

d) Decisioni delle autorità nazionali e vincolo interamministrativo

Una volta chiarita l'estensione e l'esigenza sistematica del vincolo prodotto da una decisione della Commissione, si può esaminare in che misura possa sussistere un vincolo interamministrativo in seguito all'adozione di una decisione da parte di una autorità nazionale. Si esamineranno, nell'ordine, le decisioni di rigetto delle denunce, i provvedimenti sanzionatori, e le decisioni di accettazione degli impegni.

potrebbe pronunciarsi sugli elementi sostanziali che hanno portato la Commissione ad escludere l'eventuale esistenza di un'infrazione.

²⁹⁶ Cfr. L. F. PACE, *I fondamenti del diritto antitrust europeo*, cit., p. 345, il quale osserva che “la conclusione del procedimento della Commissione ri-attribuisce alle Autorità nazionali la competenza (competenza avocata nel momento dell'apertura del procedimento della Commissione, art. 11(6) reg. 1/03).”

Analogamente a quanto osservato per le decisioni della Commissione, non vi sono particolari problemi nel ritenere che le decisioni con cui le autorità nazionali rigettano una denuncia non costituiscono alcun vincolo all'esercizio della competenza delle altre autorità, che potranno quindi avviare procedimenti e adottare provvedimenti repressivi nel caso di infrazioni delle norme di concorrenza dell'Unione. Anche in questo caso la circostanza decisiva è che non vi è un vero e proprio esercizio della funzione amministrativa, né possono ritenersi vincolanti le motivazioni eventualmente addotte dall'autorità procedente a sostegno del rigetto.

Il discorso è parzialmente diverso, invece, per ciò che riguarda l'adozione di provvedimenti repressivi. Non vi è dubbio che, qualora il provvedimento concerna la condotta nell'integralità dei suoi effetti e commini una sanzione sufficientemente deterrente in relazione agli stessi, l'impresa non potrà essere ulteriormente sanzionata da altre autorità in virtù del principio di *ne bis in idem*. Tuttavia, a differenza delle decisioni adottate dalla Commissione, questo carattere è solo eventuale, in virtù dei persistenti limiti di collegamento territoriale, esaminati in precedenza, che ostacolano la piena operatività del principio di concentrazione della funzione repressiva.

Finché le autorità garanti della concorrenza esercitano le funzioni di tutela della concorrenza in senso restrittivo, in una tendenza alla permanenza della limitazione dell'ambito territoriale degli effetti della condotta ai fini dell'esercizio delle proprie competenze, e finché l'azione parallela di più autorità della concorrenza non sia espressamente esclusa dal regolamento di attuazione come interpretato dalla Commissione e dalle autorità nazionali, le decisioni di un'autorità nazionale non potranno pienamente spiegare un'efficacia vincolante della competenza delle altre autorità.²⁹⁷ Benché tale soluzione sia insoddisfacente

²⁹⁷ Sembrano invece soddisfatti dell'attuale assetto, più flessibile ma che offre meno certezza del diritto, E. PAULIS, C. GAUER, *Le règlement 1/2003 et le principe du ne bis in idem*, in *Revue du Droit de la Concurrence*, 2005, p. 40, i quali adottano una diversa prospettiva ricostruttiva a partire dal sistema di competenze parallele, sostenendo che "Si les juridictions communautaires devaient se départir de leur jurisprudence traditionnelle concernant la notion de "idem" [...], le système de compétences parallèles deviendrait impraticable. [...]". Essi sostengono inoltre che l'attribuzione alle autorità nazionali della competenza ad adottare sanzioni relative a tutti gli effetti dell'infrazione nel territorio dell'Unione non è possibile in assenza di una riforma del Regolamento 1/2003.

da un punto di vista sistematico, qualora una condotta abbia prodotto distorsioni della concorrenza in più di uno Stato membro, se un'autorità nazionale ha irrogato una sanzione soltanto relativamente agli effetti prodottisi sul suo territorio di riferimento, non si potrà impedire che un'altra autorità proceda a constatare l'infrazione e adottare una decisione sanzionatoria in relazione agli ulteriori effetti.²⁹⁸

Ciò vale, in linea generale ed astratta, anche per la possibilità che l'azione dell'autorità nazionale costituisca un vincolo interamministrativo in capo alla Commissione. Nel caso in cui, infatti, una autorità abbia constatato un'infrazione soltanto relativamente agli effetti che essa ha prodotto nel proprio territorio, non si può escludere che sia la Commissione ad accertare l'infrazione con riguardo agli effetti di portata più ampia. Questa ipotesi, tuttavia, salvi i casi in cui gli elementi fattuali non siano emersi in sede istruttoria nell'ambito del procedimento originario, può essere scongiurata grazie ai meccanismi di coordinamento nella rete.

Nel caso dei rapporti tra una autorità e la Commissione o tra più autorità nazionali, infatti, una volta chiarita la portata della condotta, in sede di avvio del procedimento o in seguito alla fase istruttoria, l'ottimale allocazione della competenza in seno alla rete permette di evitare la molteplicità di interventi attuativi, favorendo il pieno esercizio della funzione, e il susseguente dispiegarsi del vincolo interamministrativo. Nel caso in cui la condotta abbia una portata territoriale particolarmente ampia (e sempre, di norma, quando riguardi più di tre Stati membri), la Commissione eserciterà la propria competenza, evitando conflitti nell'ambito della rete e producendo in esito al procedimento un provvedimento amministrativo capace di spiegare pienamente in capo alle autorità nazionali il vincolo di non poter attivare la propria competenza attuativa.

²⁹⁸ Il principio del *ne bis in idem* può così risultare insufficiente a imporre a una autorità di tener conto di altre sanzioni già inflitte, alla luce del fatto che concorrono ad assicurare una deterrenza ottimale complessiva. E' stato pertanto suggerito che, stante la giurisprudenza della Corte di Giustizia in merito a tale principio, l'eventuale decurtazione delle sanzioni potrebbe essere fondata su diversi principi, quali quello di proporzionalità, cfr. M. F. PORTINCASA, *Il principio ne bis in idem nel diritto antitrust comunitario*, in *Il diritto dell'Unione Europea*, 2007, p. 120.

Quando la competenza sia, invece, da allocare ad una o più autorità in posizione idonea, la rete funge piuttosto, sotto la vigilanza della Commissione, da foro di risoluzione preventiva di conflitti. Nei casi in cui più autorità agiscono in parallelo, l'appartenenza alla rete e i meccanismi di raccordo procedurale consentono di soddisfare non solo l'esigenza di applicazione uniforme, ma anche il rispetto del principio del *ne bis in idem*, garantendo l'eventuale modulazione delle sanzioni in vista dell'obiettivo di un livello ottimale di deterrenza.²⁹⁹

Le decisioni di accettazione di impegni possono essere esaminate in modo analogo. Quanto si è detto per le decisioni della Commissione ex articolo 9 non è integralmente applicabile all'accettazione di impegni da parte delle autorità nazionali. Le condizioni alle quali queste ultime, infatti, possono accettare impegni non sono definite a livello comunitario, bensì dal diritto nazionale. Tuttavia, nell'attuale panorama normativo, non può escludersi la possibilità per una autorità nazionale di avviare il procedimento anche dopo che un'altra autorità abbia accettato gli impegni delle imprese.

Va peraltro precisato che il problema di ricostruzione sistematica esposto in merito alle decisioni di accettazione degli impegni da parte della Commissione può rilevare anche in questo contesto. Esso si pone qualora una autorità abbia reso vincolanti impegni proposti dalle imprese che non sono atti a far cessare l'infrazione in relazione agli effetti che essa produce nel territorio di un altro Stato membro. Vi sono, a questo proposito, due possibilità. Qualora gli impegni concernano esclusivamente gli effetti della condotta sul territorio dell'autorità che li ha resi vincolanti con una decisione, non può precludersi la possibilità dell'avvio di un procedimento da parte di un'altra autorità, senza il quale le norme di concorrenza dell'Unione non riceverebbero effettiva attuazione nel mercato interno. Se gli impegni, invece, costituiscono obblighi relativamente alla condotta delle imprese globalmente considerata, non potrà aggiungersi ad essi

²⁹⁹ Nel caso in cui il conflitto persista, tuttavia, la Commissione potrà esclusivamente intervenire avviando essa stessa un procedimento. Tale soluzione è insoddisfacente nelle situazioni in cui si reputi che la decisione già adottata da una autorità abbia esaurito la funzione in relazione alla condotta esaminata, dal momento che per arrestare il procedimento dell'autorità che intenda agire non conformandosi al vincolo interamministrativo la Commissione si troverebbe nella posizione paradossale di dover avviare essa stessa un procedimento. Considerando l'inefficacia di tale rimedio, si può concludere che in tali casi l'eventuale violazione del vincolo dovrà essere rilevata in sede di impugnazione dell'atto.

un'ulteriore azione repressiva per gli stessi motivi per cui ciò non sarebbe consentito nel caso di impegni resi vincolanti dalla Commissione. L'attitudine degli impegni a rispondere alle preoccupazioni espresse dall'autorità in relazione ai loro effetti nel mercato interno, in questo caso, dovrà essere verificata dalla Commissione stessa. Quest'impostazione sistematica appare coerente con l'espressa previsione dell'articolo 11 paragrafo 4 secondo cui anche le decisioni di accettazione di impegni vanno notificate alla Commissione 30 giorni prima della loro adozione da parte di una autorità nazionale.

In conclusione, si possono sottolineare due rilievi concernenti il vincolo interamministrativo per come esso emerge nel caso di decisioni adottate dalle autorità nazionali. Innanzitutto, le questioni lasciate aperte dalla possibilità di agire in parallelo limitano la portata del vincolo, ma soltanto nella misura in cui la decisione adottata non esaurisca l'esercizio della funzione amministrativa di tutela della concorrenza, e cioè nelle ipotesi in cui, per esigenze strutturali o valutazioni discrezionali dell'autorità procedente, essa si concentri esclusivamente su una "porzione" della condotta, da intendersi come la portata degli effetti sul territorio di riferimento dell'autorità stessa. Qualora l'autorità, invece, si pronunci sulla condotta e i suoi effetti nella loro globalità, esigenze sistematiche di uniforme attuazione delle norme di concorrenza e di osservanza del principio del *ne bis in idem* impediscono che altre autorità esercitino la propria competenza. Il coordinamento (e il controllo) reso possibile dall'appartenenza alla rete è volto alla soddisfazione di tali esigenze, sia che esse attengano alla sfera procedurale (superfetazione di procedimenti in relazione a una condotta già esaminata) sia alla sfera sostanziale (rischio di adozione di decisioni non coerenti).

Da questa necessità sistematica emerge anche un ulteriore importante elemento. La rilevanza comunitaria dell'azione delle autorità nazionali e il principio di concentrazione della funzione repressiva esigono che l'ipotesi normale di esercizio della funzione repressiva sia l'attuazione soltanto da parte di una sola autorità, sia essa la Commissione o una autorità nazionale. Eventuali esigenze di contestuale intervento di più autorità nazionali potranno essere giustificate da ragioni di efficacia dell'azione amministrativa: si pensi a tal

proposito a violazioni chiaramente distinguibili rispetto agli effetti che producono nel territorio di diversi Stati membri, o all'esigenza di attività di accertamento particolarmente onerose da effettuare da parte di una sola autorità anche in altri Stati membri, nonostante la possibilità di ottenere una cooperazione delle altre autorità in virtù dell'articolo 22 del regolamento 1/2003.³⁰⁰

Ciò che non è decisivo in sé, tuttavia, è il luogo di stabilimento dell'impresa: benché eventuali accertamenti in altri Stati membri vadano svolti dalla corrispondente autorità a norma dello stesso articolo 22, il luogo di stabilimento non rileva invece (né a livello di disposizioni espresse, né a livello sistematico) come limite all'adozione di provvedimenti sanzionatori. Tali provvedimenti, infatti, nella misura in cui la condotta abbia prodotto effetti nel territorio dell'autorità procedente, devono poter efficacemente rimuovere l'infrazione indirizzandosi anche a soggetti stabiliti in altri Stati membri, ai fini dell'effettiva attuazione delle disposizioni del Trattato.

e) La sentenza Tele2 Polska: decisioni di inapplicabilità e ricadute sulla ricostruzione sistematica del vincolo interamministrativo.

Nel precedente paragrafo, a differenza di ciò che accade per la Commissione, non sono state esaminate eventuali decisioni di constatazione di inapplicabilità degli articoli 101 e 102. Le autorità nazionali, infatti, non possono adottare tali decisioni, che non sono previste dall'articolo 5 del regolamento 1/2003, il quale regola l'attribuzione di competenze attuative alle autorità nazionali. L'ultimo capoverso di tale disposizione sancisce espressamente che nel caso in cui non sussistano le condizioni per constatare un'infrazione, le autorità possono semplicemente decidere di non avere motivo di intervenire. Ciò si salda con l'inquadramento sistematico delle decisioni di inapplicabilità, discusso nel precedente capitolo, e consistente in uno strumento di indirizzo della politica di

³⁰⁰ Questa sembra essere la ragione per gli unici tre casi di riallocazione tra autorità nazionali verificatisi finora, come riconosciuto dal direttorato generale della concorrenza, cfr. *Commission Staff Working paper accompanying the Communication from the Commission to the European Parliament and Council – Report on the functioning of Regulation 1/2003*, cit., punto 220.

concorrenza, come tale adottabile soltanto dalla Commissione e a condizione che sussistano motivi di interesse pubblico comunitario.³⁰¹

Nella recente pronuncia nel caso *Tele2 Polska*, la Corte di giustizia ha avuto modo di confermare questa impostazione in un rinvio pregiudiziale nell'ambito del giudizio di impugnazione di una decisione adottata dall'autorità di concorrenza polacca.³⁰² La Corte ha altresì precisato che l'articolo 5 del regolamento 1/2003 è direttamente applicabile, ed impedisce l'applicazione di una disposizione del diritto nazionale che imponga all'autorità di porre termine al procedimento mediante una decisione che constata l'assenza di violazioni del Trattato.

La sentenza è particolarmente rilevante in questa sede, tuttavia, anche per la motivazione addotta dalla Corte, che non si è limitata all'esame letterale dell'articolo 5 del regolamento, ma ha fornito anche alcune indicazioni sistematiche utili a ricostruire la portata del vincolo interamministrativo.

La Corte, infatti, ha fatto riferimento al sistema di attuazione decentrata istituito dal regolamento 1/2003, e, in particolare, ai meccanismi di cooperazione che esso istituisce, in relazione agli obiettivi dell'attività di *enforcement*. Essa spiega che la possibilità di adottare una decisione di inapplicabilità da parte di una autorità nazionale minerebbe tale cooperazione e, più in particolare, i poteri della Commissione in questo contesto. La Corte ha argomentato³⁰³ che una decisione "negativa" concernente il merito della condotta esaminata comprometterebbe l'obiettivo dell'uniforme applicazione degli articoli 101 e 102, dal momento che "potrebbe" precludere la successiva constatazione, da parte della Commissione, che la condotta costituisce un'infrazione delle predette disposizioni.

Il percorso argomentativo della Corte prefigura due fondamentali considerazioni circa l'esistenza del vincolo amministrativo e il suo fondamento. Innanzitutto, nell'*obiter dictum*, essa precisa la sussistenza di un vincolo

³⁰¹ Come tale, l'adozione di tali decisioni si configura come eccezionale anche per la Commissione, nell'economia del sistema attuativo degli articoli 101 e 102 come strutturato dal Regolamento. Il carattere di eccezionalità di questa ipotesi è corroborato dal considerando n. (14).

³⁰² Sentenza 3 Maggio 2011, *Tele2 Polska*, causa C-375/09, non ancora pubblicata.

³⁰³ *Ibidem*, punto 28.

interamministrativo anche in senso verticale ascendente, e cioè tra le decisioni di un'autorità nazionale e il successivo esercizio della competenza repressiva da parte della Commissione. L'esistenza di tale vincolo è il presupposto dell'argomento, dato che, ragionando *a contrario*, la sentenza indica che proprio in ragione dell'esistenza di un vincolo interamministrativo che si produrrebbe anche in caso di constatazioni di inapplicabilità, queste ultime non possono essere adottate dalle autorità nazionali. *A fortiori*, tale vincolo deve esistere nel caso di provvedimenti mediante i quali una autorità nazionale constati l'infrazione delle disposizioni del Trattato.

La maggiore problematicità di una decisione "negativa" rispetto a un provvedimento sanzionatorio, quanto all'effetto preclusivo che produce in capo alla Commissione, potrebbe ravvisarsi nella circostanza che nel caso del provvedimento sanzionatorio la Commissione può comunque esercitare i propri poteri una volta che esso sia stato notificato anteriormente alla sua adozione, ai sensi dell'articolo 11 paragrafo 4 del Regolamento. Una constatazione di inapplicabilità da parte di una autorità nazionale, al contrario, precluderebbe l'esercizio dei poteri della Commissione, non essendo soggetta all'obbligo di notifica.

Quanto al fondamento del vincolo, inoltre, la Corte non fa riferimento al principio di *ne bis in idem*, che resta confinato alla giurisprudenza in materia di irrogazione di sanzioni (e come tale sembra rilevare solo nella sua accezione più ristretta e non anche in quanto divieto di procedimenti multipli a carico della stessa impresa per la stessa condotta). Il caso in esame sottolinea piuttosto che, nell'interpretazione fornita dalla Corte, il vincolo interamministrativo discende direttamente dalla struttura del sistema attuativo, e dalla particolare circostanza che esso è ispirato al criterio dell'applicazione uniforme, intesa come convergenza sostanziale delle determinazioni adottate dai soggetti della rete.

CAPITOLO IV

EFFETTIVITÀ DELLE PROIBIZIONI, TUTELA DELLE SITUAZIONI GIURIDICHE SOGGETTIVE E AUTONOMIA PROCEDURALE DEGLI STATI MEMBRI

1. Principio di effettività e ricadute dell'assetto della rete sulle situazioni giuridiche soggettive coinvolte.

a) Funzionamento della rete e tutela delle parti e dei terzi

L'attività della rete di autorità garanti della concorrenza va ora esaminata da una prospettiva complementare, e cioè dal punto di vista della tutela delle parti del procedimento e dei terzi. Come si avrà modo di osservare, l'attuazione amministrativa delle norme di concorrenza dell'Unione, infatti, è strutturata in modo tale da non garantire uno standard comune di tutela. Questa carenza, a sua volta, impedisce il pieno sviluppo delle dinamiche del decentramento della funzione amministrativa, ed è una delle ragioni che sono a fondamento della necessità intrinseca di convergenza tra i diversi sistemi nazionali.

Va subito precisato che la causa prima del fenomeno è la convivenza delle disposizioni di diritto amministrativo di diversi ordinamenti nazionali con norme sostanziali di diritto comunitario.³⁰⁴ L'attuazione decentrata, come già ampiamente discusso, si regge su un presupposto di interoperabilità dei soggetti legittimati a esercitare la funzione amministrativa. Considerando che l'azione di tali soggetti è disciplinata dal diritto nazionale, vi è anche un presupposto di interoperabilità tra i sistemi amministrativi nazionali. Questi, tuttavia, possono prevedere disposizioni che garantiscono in diversa misura le parti del procedimento e i terzi.

³⁰⁴ La questione è stata altrimenti posta, nell'ambito dello stesso ordinamento comunitario, come il problema di individuare se esso offra sufficiente tutela, anche da un punto di vista procedurale, alle situazioni giuridiche soggettive che conferisce. Tale tutela, in assenza di una competenza procedurale generale dell'Unione, è spesso rimessa all'equilibrio tra ordinamenti nazionali, come temperati dai principi dell'ordinamento comunitario. V. ad es. L. AZOULAI, *La protection juridique en matière d'exécution nationale du droit communautaire*, in J. SCHWARZE (a cura di), *L'état actuel et les perspectives du droit administratif européen*, Bruxelles, 2010, p. 331.

La zona grigia dell'attuazione delle norme di concorrenza dell'Unione da parte della rete si situa pertanto all'intersezione tra il decentramento di una funzione amministrativa comunitaria strettamente connessa con fenomeni che attengono al funzionamento del mercato interno e l'esistenza del principio di autonomia procedurale degli Stati membri, che regge anche la disciplina della posizione dei singoli di fronte a varie vicende dell'azione amministrativa. Il paradigma di un'attuazione uniforme, una volta decentrata la funzione, esigerebbe che le norme secondo cui la competenza amministrativa è esercitata siano equivalenti o, in altre parole, garantiscano un medesimo standard procedurale, anche al di là delle esigenze di effettività delle norme sostanziali.

In linea generale, il collegamento tra l'effettività delle norme di diritto materiale dell'Unione e gli aspetti procedurali connessi alla loro attuazione nei sistemi amministrativi nazionali è reso possibile dal principio di effettività³⁰⁵ come vincolo all'autonoma disciplina dei fenomeni amministrativi nazionali da parte degli Stati membri. Esso dovrebbe applicarsi al diritto dell'Unione non solo per ciò che concerne l'attuazione delle proibizioni di condotte lesive della concorrenza, ma anche quanto alla tutela dei diritti fondamentali riconosciuti dall'ordinamento dell'Unione.

La tutela delle parti e dei terzi non rientra in senso stretto negli obiettivi di cui alle proibizioni degli articoli 101 paragrafo 1 e dell'articolo 102. Essa può rilevare, in senso lato, in quanto questione di effettività dei diritti riconosciuti

³⁰⁵ Il principio di effettività non va considerato in questo contesto nell'accezione stretta secondo la quale gli ordinamenti nazionali non devono rendere impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio di situazioni giuridiche soggettive tutelate dall'ordinamento comunitario. Il termine di effettività o efficace attuazione verrà utilizzato nella sua accezione più ampia, e rilevante, di vincolo in base al quale l'ordinamento nazionale non può mettere a rischio l'efficacia delle proibizioni stabilite dal Trattato, la loro attuazione o la tutela delle situazioni giuridiche soggettive ad esse riconnesse. In quest'accezione ampia si parlerà di effettività anche in relazione all'effetto utile delle proibizioni stabilite dagli articoli 101 e 102 del Trattato. Secondo un'efficace espressione, si considererà quindi l'effettività anche in quanto "effetto utile dell'effetto diretto" delle disposizioni del Trattato, cfr. D.-U. GALETTA, *L'autonomia procedurale degli Stati membri dell'Unione europea: Paradise lost? – Studio sulla c.d. autonomia procedurale: ovvero sulla competenza procedurale funzionalizzata*, Torino, 2009, p. 21. Per alcuni spunti critici sull'utilizzo del principio di effettività per assicurare l'effetto utile delle disposizioni di diritto dell'Unione si veda ad es. G. GRECO, *Il potere amministrativo nella (più recente) giurisprudenza del giudice comunitario*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2009, p. 848, ove l'Autore sostiene che "il canone della garanzia dell'effetto utile finisce per togliere ogni capacità selettiva ai predetti criteri [di effettività ed equivalenza], perché di per sé tendenzialmente impone il travolgimento di qualunque limite di diritto nazionale, correlato soprattutto alla certezza del diritto e alla tutela dell'affidamento".

dall'ordinamento comunitario alle parti del procedimento e a soggetti terzi.³⁰⁶ I diritti della difesa, in particolare, trovano espressa tutela nella Carta dei diritti dell'Unione europea,³⁰⁷ e sono stati già in passato applicati in quanto principi generali dell'ordinamento comunitario e interpretati alla luce delle tradizioni comuni agli Stati membri.³⁰⁸

Le esigenze di effettiva attuazione delle proibizioni e di effettiva tutela delle situazioni giuridiche soggettive coinvolte, tuttavia, possono entrare in conflitto, ed in tal caso sarà necessario effettuare un bilanciamento. Quando il conflitto sussiste interamente in seno all'ordinamento comunitario, esso può essere risolto unicamente in quella sede. Tuttavia, se il conflitto si svolge su diversi piani, e cioè tra l'effettività del diritto materiale dell'Unione e la tutela delle parti come espressa dal diritto procedurale di uno Stato membro, ci si può interrogare su quale sia la sede ordinamentale deputata alla sua soluzione.

Nei paragrafi che seguono si individueranno alcuni esempi in cui è evidente che il principio di effettività è primariamente utilizzato come strumento di rafforzamento dell'effetto utile delle proibizioni di cui agli articoli 101 e 102 del Trattato, a scapito dell'eventuale maggiore tutela riconosciuta alle parti del procedimento dalla disciplina nazionale.³⁰⁹ Questo fenomeno segna anche uno scarto tra i due principi che limitano l'autonomia procedurale degli Stati membri. Il principio di equivalenza, infatti, imporrebbe che la tutela delle parti

³⁰⁶ In dottrina è stata avanzata l'ipotesi per cui la tutela riconosciuta dall'ordinamento comunitario alla posizione delle parti mediante la previsione di garanzie procedurali sia frutto di considerazioni utilitaristiche e strumentali all'effettività dell'attuazione delle norme di concorrenza, cfr. W. P. J. WILS, *Powers of investigation and procedural rights and guarantees: the interplay between European and National Legislation and case law*, in *id.*, *Efficiency and Justice in European Antitrust Enforcement*, cit., p. 14.

³⁰⁷ V. in particolare l'articolo 48 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, benché nel contesto dei procedimenti antitrust siano rilevanti pressoché tutti i diritti sanciti al Capo VI della Carta dedicato alla Giustizia.

³⁰⁸ Cfr. sentenza 12 novembre 1969, *Stauder v. City of Ulm*, causa 29/69, in Racc. p. 419, punto 7, e sentenza 17 dicembre 1970, *Internationale Handelsgesellschaft*, causa 11/70, in Racc. p. 1125, punto 4.

³⁰⁹ Preliminarmente occorre ricordare anche che immediatamente dopo l'approvazione del Regolamento 1/2003 non era sfuggito alla dottrina che già a livello positivo "il regolamento si è preoccupato, ove complessivamente considerato, più di rafforzare i poteri d'indagine della Commissione che di costruire i diritti di difesa delle imprese interessate" v. ad es. J. SCHWARZE, *I principi dello Stato di diritto per l'azione amministrativa nella "vecchia" e nella "nuova" Unione Europea*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2004, p. 1291. Questo assetto spiega anche la maggiore incisività del principio di effettività ove riferito alle proibizioni di diritto materiale della concorrenza piuttosto che ai diritti procedurali delle parti come riconosciuti dall'ordinamento comunitario.

del procedimento accordata in virtù del diritto procedurale nazionale si estenda anche alle situazioni in cui è il diritto dell'Unione ad essere attuato in sede amministrativa. Tuttavia, qualora ciò possa ostacolare la piena attuazione del diritto materiale dell'Unione, è il principio di effettività di quest'ultimo a prevalere. In ogni caso, il bilanciamento tra questi tipi di esigenze è di norma effettuato a livello comunitario e si impone all'autonomia procedurale degli Stati membri.

Il discorso cambia sensibilmente quando la situazione giuridica soggettiva tutelata da norme procedurali nazionali sia conferita in capo ai singoli dalle stesse disposizioni che disciplinano la proibizione di intese o abusi di posizione dominante. Si tratta, ad esempio, della posizione di quei soggetti che sono stati danneggiati da una condotta lesiva della concorrenza, e intendano esercitare diritti procedurali riconosciuti dall'ordinamento nazionale strumentalmente all'esercizio del diritto al risarcimento conferito loro dal Trattato. Si pensi alla tutela del denunciante o della possibilità per i terzi di ottenere l'accesso al fascicolo dell'autorità nazionale per sostanziare la propria eventuale richiesta di risarcimento. In questo caso, entrambe le esigenze tutelate sono in realtà aspetti diversi delle medesime disposizioni del trattato, e cioè degli articoli 101 e 102 TFUE. Sarà interessante esaminare in che modo il bilanciamento da effettuare possa condurre ad esiti diversi rispetto a ciò che avviene per i diritti delle parti del procedimento, riconosciuti dall'ordinamento comunitario, ma non riconnessi a esigenze attuative delle norme di concorrenza.³¹⁰

L'esame di alcuni casi emblematici rivelerà come, ad oggi, la tutela delle parti e dei terzi sia tuttavia ampiamente rimessa alla sfera dell'autonomia procedurale degli Stati membri. La questione dell'effettiva attuazione e dell'elaborazione di uno standard imposto dal diritto comunitario è, in altre parole, limitata alle proibizioni di cui all'articolo 101 e 102 del Trattato e non è immediatamente estesa alle questioni di tutela delle situazioni giuridiche soggettive delle parti del procedimento e dei terzi interessati. In altri termini,

³¹⁰ Sono infatti in gioco, in questo caso, equilibri interni all'attuazione del diritto di concorrenza dell'unione in sede amministrativa e in sede di tutela di diritti soggettivi (c.d. rispettivamente *public enforcement* e *private enforcement*). Si vedrà che la Corte è più sensibile nel riconoscere autonomia agli ordinamenti nazionali in questo caso piuttosto che per ciò che concerne la tutela di diritti posti esclusivamente a tutela delle parti.

l'uniformità tra gli ordinamenti nazionali, e tra questi e l'ordinamento comunitario, come progressivamente realizzata dal principio di effettività del diritto dell'Unione si estende soltanto all'attuazione del diritto materiale strettamente inteso, e non anche ai problemi di tutela delle parti e dei terzi rispetto al procedimento amministrativo.

In definitiva, il quadro che si cercherà di delineare è caratterizzato dal fatto che, in un panorama di estrema attenzione alle esigenze sostanziali di applicazione delle proibizioni in materia di concorrenza, vi è una differenza fondamentale tra efficace attuazione delle proibizioni ed efficace tutela delle situazioni giuridiche soggettive riconosciute ai singoli in relazione al procedimento amministrativo, che incide anche sui rapporti tra le disposizioni di diritto amministrativo dettate a livello comunitario e quelle del diritto nazionale. Per ciò che concerne l'azione attuativa delle autorità nazionali precedentemente esposta vi è una sorta di obbligo di risultato, che consiste in *massimo comune denominatore* di efficacia dell'azione delle autorità nazionali, il cui *standard* è definito dal procedimento condotto dalla Commissione come disciplinato dal diritto dell'Unione. Rispetto ad esso, la tutela delle situazioni giuridiche soggettive configura piuttosto un *minimo comune denominatore*. Sarà pertanto possibile, per gli Stati membri, disciplinare il procedimento in senso più favorevole, nella misura in cui ciò non ostacoli l'effettiva capacità dell'autorità nazionale di esercitare la funzione decentrata dall'ordinamento comunitario.

Questo risultato consente una divergenza in merito agli standard di tutela delle parti e dei terzi riconosciuta dagli ordinamenti nazionali che è a sua volta problematico. Dato che l'estensione della tutela offerta alle imprese nei diversi Stati membri può variare a seconda dell'autorità procedente, la questione dell'allocazione della competenza nell'ambito della rete potrebbe risultare in sé produttiva di effetti apprezzabili rispetto alle loro situazioni giuridiche soggettive. Tuttavia, nel disegno del regolamento 1/2003, non è espressamente prevista la possibilità di ottenere un sindacato giurisdizionale sui criteri in base ai quali si ritenga che una autorità è in posizione idonea per esercitare la funzione amministrativa. Va anche ricordato che le stesse attività della rete come foro di discussione ed eventuale risoluzione dei conflitti, finalizzate all'uniforme

attuazione delle norme di concorrenza, sembrano sfuggire ugualmente alla possibilità di un sindacato.

I problemi relativi ai rapporti tra l'ordinamento comunitario e l'ordinamento nazionale nella tutela di situazioni giuridiche soggettive verranno esaminati mediante alcune questioni emblematiche che sono state affrontate dalla Corte di Giustizia o dalle giurisdizioni nazionali. L'esame del deficit di tutela dovuto ai meccanismi di funzionamento della rete, invece, sarà affrontato da un punto di vista sistematico, dato che non è ancora giunto all'attenzione della Corte, benché sia molto dibattuto in dottrina.

b) Tutela della riservatezza delle comunicazioni tra l'impresa e il legale interno: rilievo del diritto nazionale del paese in cui l'impresa è stabilita.

Le asimmetrie nella tutela delle parti nell'intersezione tra diritto dell'Unione e diritto interno possono spiegarsi secondo diversi modelli di interazione. Il postulato è in ogni caso dato da una divergenza tra la disciplina dell'attività di enforcement della Commissione e quella delle autorità nazionali disciplinata dal diritto amministrativo nazionale. Tale divergenza può essere parzialmente sanata nella misura in cui lo standard di tutela offerto dal diritto comunitario sia più elevato, e il suo rispetto sia considerato funzionale all'esigenza di effettività del diritto dell'Unione. In questo modo, le previsioni del diritto dell'Unione si impongono anche a livello nazionale all'attività delle autorità garanti della concorrenza.

Tuttavia vi sono altre situazioni in cui le divergenze persistono in quanto non strettamente funzionali alla realizzazione di interessi connessi all'effettiva attuazione del diritto dell'Unione *tout court*. Si può verificare, in tal modo, la coesistenza di diversi standard di tutela. L'esempio più chiaro di questo fenomeno è dato dai limiti che si impongono agli accertamenti da effettuare ai fini dell'applicazione degli articoli 101 e 102 del trattato in virtù della necessità di tutelare le comunicazioni tra le imprese coinvolte in un procedimento attuativo e i loro avvocati.

La riservatezza delle comunicazioni tra l'avvocato e l'impresa è un elemento che rileva ai fini della protezione dei diritti fondamentali, e più in particolare ai fini della tutela del diritto di difesa. Come è noto, il fulcro del problema risiede nel fatto che mentre in molti sistemi giuridici esso è riconosciuto soltanto ove l'avvocato sia iscritto ad un albo professionale,³¹¹ in altri ordinamenti tale garanzia si estende anche ai legali dell'impresa.³¹²

Già negli anni ottanta si pose la questione di determinare, a partire da questo panorama eterogeneo negli Stati membri, se esistesse e quale fosse lo standard di tutela da riconoscere alle parti nel caso di un accertamento effettuato dalla Commissione in virtù dei poteri ad essa conferiti dal diritto comunitario.³¹³ La Corte di giustizia, durante la vigenza del regolamento 17/62, stabilì quindi che i poteri di accertamento attribuiti alla Commissione non escludevano la possibilità di tutelare la riservatezza della corrispondenza fra un avvocato e il suo cliente, tutelata da pressoché tutti gli Stati allora membri. Dato che la tutela offerta da questi ultimi aveva una portata difforme,³¹⁴ la Corte elaborò uno standard autonomo³¹⁵ per l'ordinamento comunitario, riconoscendo la possibilità di tutelare la corrispondenza qualora ricorressero i requisiti della funzionalità all'esercizio del diritto alla difesa e dell'indipendenza dell'avvocato.³¹⁶ La Corte adottò come standard, in altri termini, il *minimo* comune denominatore della tutela offerta negli Stati membri.

La questione è stata ulteriormente chiarita, più di recente, in relazione ad un accertamento effettuato dalla Commissione in esercizio dei poteri di cui dispone in base al regolamento 1/2003, e concernente l'acquisizione di corrispondenza con un legale iscritto all'ordine professionale degli avvocati di uno Stato

³¹¹ Benché si possono distinguere le ipotesi in cui la tutela è riconosciuta soltanto a patto che l'avvocato, pur iscritto ad un albo professionale, non sia in rapporto di impiego con l'impresa.

³¹² Possono citarsi ad esempio il Regno Unito, l'Irlanda, la Finlandia e la Svezia.

³¹³ Per una ricostruzione della progressiva definizione dei contorni del *legal professional privilege* nell'ordinamento da parte della Corte di Giustizia e del suo ambito materiale e temporale si rinvia a G. MORGESE, *La tutela del legal privilege nel diritto comunitario della concorrenza*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2008, p. 311.

³¹⁴ Sentenza 18 maggio 1982, *AM&S c. Commissione*, causa 155/79, in Racc. p. 1575, punto 18.

³¹⁵ Anche rispetto alle condizioni procedurali di esercizio del diritto alla riservatezza, la Corte riconobbe espressamente che, in caso di controversia, l'interpretazione dei confini entro cui il diritto deve essere tutelato è una questione da risolvere nell'ambito dell'ordinamento comunitario, trattandosi di una disciplina che incide sull'azione della Commissione in un settore fondamentale per il funzionamento del mercato interno, cfr. *ibidem*, punto 30.

³¹⁶ *Ibidem*, punto 22.

membro, e tuttavia inquadrato come dipendente dell'impresa. Tali documenti sarebbero stati coperti dall'eccezione di riservatezza in base al diritto nazionale dello Stato membro in cui l'impresa era stabilita (il Regno Unito).³¹⁷ Tuttavia, la Corte ha sancito che essi non sono coperti da riservatezza rispetto ad accertamenti da parte della Commissione, dal momento che l'avvocato era inquadrato nell'organizzazione dell'impresa.³¹⁸

A prescindere dalla conclusione cui la Corte è giunta, è interessante rilevare con quali argomenti essa ha respinto le censure relative al principio di certezza del diritto e di autonomia procedurale degli Stati membri.³¹⁹ Il principio di certezza del diritto era stato invocato in relazione alla circostanza che, specie in seguito all'istituzione di un sistema di competenze parallele, le imprese non potevano essere soggette ad un diverso standard di tutela a seconda dell'autorità procedente. La Corte ha rilevato, a tal proposito, che non vi è lesione del principio di certezza del diritto, dato che, nell'eventualità di un accertamento da parte della Commissione, le imprese possono chiaramente determinare il contenuto dei propri diritti ed obblighi sia nei confronti dell'autorità procedente che in relazione al diritto applicabile, e cioè, nel caso di specie, di determinare che esse non possono beneficiare del principio della riservatezza delle comunicazioni relativamente alla corrispondenza con i propri legali interni.³²⁰ Se ne può quindi desumere che la certezza del diritto va interpretata come possibilità di determinare *ex ante* i diritti spettanti alle parti in un determinato procedimento, anche in riferimento all'autorità procedente. Non è invece

³¹⁷ L'avvocato in questione, invece, era iscritto all'ordine forense olandese. Nei Paesi Bassi il privilegio è riconosciuto anche al legale dell'impresa a patto che esso sia iscritto all'albo professionale.

³¹⁸ Sentenza 14 settembre 2010, *Akzo Nobel c. Commissione*, causa C-550/07 P, non ancora pubblicata in Racc., punto 44, ove si esclude che possa essere tutelata la riservatezza delle comunicazioni allorché sussista un rapporto di impiego tra l'avvocato e l'impresa.

³¹⁹ Si possono tralasciare, in questa sede, gli argomenti relativi alla supposta tendenza all'uniformazione della protezione della riservatezza delle comunicazioni tra i giuristi e le imprese nel diritto nazionale degli Stati membri, non riscontrata dalla Corte, nonché quelli concernenti la necessità che le imprese si dotassero di giuristi interni per poter valutare la conformità delle proprie condotte al diritto di concorrenza dell'Unione, in linea con l'assetto del sistema di eccezione legale istituito dal regolamento 1/2003. La Corte ha sancito che in nessun modo il regolamento 1/2003 impone una parificazione tra legali interni ed esterni, in un contesto in cui, al contrario, sono aumentati i poteri di accertamento riconosciuti alla Commissione.

³²⁰ Causa C-550/07 P, *Akzo Nobel*, cit., punto 104.

rilevante la circostanza che, a seconda dell'autorità procedente e del diritto applicabile, lo standard di tutela potrebbe variare.

Quanto all'incidenza dell'autonomia procedurale degli Stati membri, le parti avevano invocato tale argomento in relazione all'articolo 22 del regolamento 1/2003 che, come precedentemente esposto, prevede che le autorità nazionali devono esercitare i propri poteri di accertamento in conformità al diritto nazionale.³²¹ La Corte ha risolto la questione soltanto per ciò che concerne i procedimenti condotti dalla Commissione, per i quali ha rilevato che non vi è alcun rinvio al diritto nazionale, sottolineando altresì la necessità che gli accertamenti della Commissione si svolgano secondo le medesime modalità a prescindere dal luogo in cui essi sono effettuati, in ragione del principio dell'applicazione uniforme e della parità di trattamento per le imprese interessate.³²² In questi casi il diritto nazionale può venire in rilievo solo indirettamente, nella misura in cui sia richiesta la cooperazione delle autorità nazionali nello svolgimento degli accertamenti. Tale cooperazione, tuttavia, non incide sulla possibilità per la Commissione di acquisire corrispondenza tra l'impresa e un legale interno.³²³

La soluzione elaborata dalla Corte è interessante anche per ciò che non dice in merito ai rapporti che esistono, invece, tra il trattamento assicurato alle imprese stabilite in diversi Stati membri allorché sia una autorità nazionale a svolgere l'accertamento. Resta pacifico che in questi casi è il diritto nazionale a

³²¹ Articolo 22 paragrafo 1 del regolamento 1, "Per stabilire l'esistenza di un'infrazione all'articolo 81 o all'articolo 82 del trattato l'autorità garante della concorrenza di uno Stato membro può procedere, *sul proprio territorio*, a qualsiasi accertamento o altra misura di acquisizione dei fatti *prevista dalla legislazione nazionale* in nome e per conto dell'autorità garante della concorrenza di un altro Stato Membro. Qualsiasi scambio o uso delle informazioni raccolte è effettuato ai sensi dell'articolo 12" (enfasi aggiunte).

³²² Non può condividersi la ricostruzione di chi vede nella cooperazione dell'autorità nazionale un elemento di incidenza dell'ordinamento interno sul potere spettante alla Commissione, anche in relazione all'intervento eventuale di giurisdizioni nazionali, cfr. M. MACCHIA, *L'attività ispettiva dell'amministrazione europea in materia di concorrenza*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 2007, p. 207. Rileva a tal fine soltanto l'aspetto coercitivo, che deve svolgersi con la collaborazione necessaria delle autorità nazionali. In tal senso v. anche, G. DELLA CANANEA, *I procedimenti amministrativi dell'Unione Europea*, in CHITI-GRECO, *Trattato di diritto amministrativo europeo*, cit., 2007, p. 499, secondo il quale "L'unica intermediazione statale riguarda la garanzia dell'esecutività, l'uso della forza". Si deve ricordare, tuttavia, che l'obbligo di sottoporsi ad accertamenti disposti da una decisione della Commissione (articolo 20 paragrafo 4 del regolamento 1/2003) può essere autonomamente sanzionato da quest'ultima mediante l'irrogazione di una penalità di mora ex articolo 24 paragrafo 1 lettera e).

³²³ Causa C-550/07 P, *Akzo Nobel*, cit., punto 119.

determinare le condizioni alle quali il diritto alla riservatezza delle comunicazioni deve essere tutelato. Tale conclusione è singolare in quanto l'uniformità delle condizioni a cui l'accertamento è effettuato (intesa nel senso di standard di tutela assicurato alle imprese) è riferita all'autorità nazionale procedente piuttosto che al diritto materiale dell'Unione che essa è chiamata ad attuare. Per ciò che concerne i procedimenti attuativi da parte della Commissione, l'argomentazione della Corte sembra invece ricollegare l'esigenza di uniformità delle norme procedurali a parametri di uniforme applicazione del diritto sostanziale.³²⁴ Per questo motivo è discutibile che la barriera dell'autonomia procedurale sussista rispetto alla possibilità che la riservatezza sia tutelata anche per le comunicazioni con legali *in house* quando ciò è previsto dal diritto interno. A ben vedere, inoltre, ciò che rileva in questo caso non è tanto il diritto dell'autorità che svolge il procedimento, quanto il diritto dell'autorità che effettua l'accertamento, e pertanto il diritto dello Stato membro in cui l'impresa è stabilita. Questa conseguenza è dovuta al fatto che quando il procedimento è condotto da una autorità nazionale, l'accertamento presso una impresa stabilita in un altro Stato membro va effettuato mediante i meccanismi di cooperazione di cui all'articolo 22 paragrafo 1, e quindi dall'autorità dello Stato membro in cui l'impresa è stabilita, in base alle corrispondenti previsioni del diritto nazionale del paese di destinazione.

La necessaria conclusione è che nella vicenda della riservatezza delle comunicazioni tra l'avvocato e l'impresa, gli standard applicati continuano ad essere diversi a seconda dell'autorità procedente (e delle norme procedurali dettate dal diritto amministrativo nazionale che vincolano l'autorità), ma non costituiscono un limite all'esercizio di poteri istruttori da parte della Commissione. La Commissione agisce, infatti, secondo le norme procedurali

³²⁴ Questa osservazione conduce a concludere nel senso che le esigenze di uniforme applicazione del diritto materiale dell'Unione prevalgono sull'autonoma determinazione, da parte degli Stati membri, del diritto procedurale che regola gli accertamenti svolti dalle autorità nazionali, allorché esse agiscano in virtù degli articoli 101 e 102 del Trattato. Si consideri inoltre quanto sottolineato da G. DI FEDERICO, *The impact of the Lisbon Treaty on EU Antitrust Enforcement: Enhancing procedural Guarantees through Article 6 TEU*, in *Il diritto dell'Unione europea*, 2010, p. 818, secondo il quale le esigenze di effettiva attuazione degli articoli 101 e 102 sembrano prevalere anche sui diritti della difesa, nella misura in cui una loro compressione è necessaria al fine di garantire il rispetto di norme vitali per il funzionamento del mercato interno.

dettate a livello comunitario, e deve disporre di poteri equivalenti a prescindere dal luogo in cui effettua un accertamento. Lo standard di tutela che è tenuta ad assicurare, di fatto, è il *minimo* comune denominatore tra quelli previsti dal diritto nazionale, anche in ragione di esigenze di effettività del diritto sostanziale.

Quando l'autorità che effettua l'accertamento è una autorità nazionale, al contrario, a prescindere dal fatto che essa agisca nell'ambito di un proprio procedimento o su richiesta dell'autorità di un diverso Stato membro, viene in rilievo il diritto procedurale nazionale autonomamente stabilito dal rispettivo Stato membro.

Questa soluzione è problematica sotto diversi punti di vista: innanzitutto tutte le imprese stabilite nel mercato interno subiranno un medesimo trattamento rispetto all'attività attuativa della Commissione. Lo stesso non vale, tuttavia, per l'attività delle autorità garanti nazionali, perché qualora siano esse a procedere, prevale il diritto amministrativo nazionale dello Stato di stabilimento, sia che esso coincida, sia che esso diverga dal diritto amministrativo nazionale dello Stato di riferimento dell'autorità nazionale procedente. E' pertanto del tutto singolare che, proprio per effetto del collegamento territoriale effettuato dall'articolo 22 del regolamento, le esigenze di uniforme applicazione non si estendono alla previsione di una parità di mezzi istruttori per l'autorità procedente, analogamente a quanto accade per la Commissione. In questo caso, mentre non cambia il quadro dell'interazione tra l'ordinamento comunitario e l'ordinamento interno di uno Stato membro (procedimenti condotti dalla Commissione secondo norme procedurali dettate a livello comunitario), l'ordinamento interno mantiene intatta la propria autonomia procedurale rispetto all'azione di autorità nazionali. L'eventuale decisione che dispone un accertamento non ha efficacia transnazionale comparabile a quella riconnessa a uno degli atti tipici dell'esercizio della funzione in sede decisoria, ed elencati all'articolo 5 del regolamento 1/2003, dovendo essere attuata dalla competente autorità dello Stato di destinazione secondo le tutele più o meno estese da esso riconosciute alle imprese stabilite nell'ambito del proprio territorio.

Gli effetti “asimmetrici” dell’autonomia procedurale in sede di previsione di tutele per le imprese risultano tanto più peculiari alla luce della possibilità di scambio di informazioni nell’ambito della rete. E’ stato infatti segnalato in dottrina³²⁵ che l’autorità di uno Stato membro che non consente l’acquisizione di conversazioni tra l’impresa e i suoi legali *in house* possa tuttavia acquisire a fini probatori questo genere di informazioni se le ottiene tramite lo scambio di informazioni disciplinato dall’articolo 12 del regolamento.³²⁶ Quest’ipotesi può rilevare allorché lo scambio delle informazioni avvenga dalla Commissione verso l’autorità di uno Stato membro in cui sia riconosciuta la riservatezza delle comunicazioni tra impresa e avvocati *in house*.

c) Impugnazione delle decisioni e rilevanza del diritto amministrativo nazionale dell’autorità procedente.

Nel caso appena descritto si è osservato che lo standard di tutela offerto alle imprese non è uniforme, ma può dipendere dal diritto procedurale nazionale del luogo in cui è stabilita l’impresa presso cui gli accertamenti devono essere svolti, ad eccezione delle ipotesi in cui sia la Commissione ad effettuare gli accertamenti. In quest’ultimo caso, infatti, si applica il diritto procedurale dell’Unione come elaborato dalla Corte di giustizia, che ha determinato un minimo comune denominatore a partire dai tratti comuni ai sistemi nazionali, tale da assicurarne la compatibilità con le esigenze di uniforme applicazione del diritto sostanziale dell’Unione.

In altre ipotesi, invece, ciò che rileva è il diritto procedurale nazionale dell’autorità procedente. Questa è la situazione tipica per ciò che concerne, ad esempio, le modalità di esercizio dei diritti di difesa nel procedimento e la

³²⁵ V. ad es. A. ANDRENANGELI, *The impact of modernisation regulation on the guarantees of due process in competition proceedings*, in *European law review*, 2006, p. 355.

³²⁶ Sono state mosse critiche a tale soluzione nell’ambito dell’esame delle disposizioni che consentono lo scambio di informazioni nell’ambito della rete di autorità garanti della concorrenza, in particolare perché consentirebbero, per le ragioni appena esposte, una elusione della tutela dei diritti fondamentali offerta dagli ordinamenti nazionali. Contro tale critica v. ad. es. W. P. J. WILS, *EU Antitrust enforcement powers and procedural rights and guarantees: the Interplay between EU Law, National Law, the Charter of Fundamental Rights of the EU and the European Convention on Human Rights*, in *World Competition*, 2011, p.211, secondo il quale ai fini della tutela dei diritti fondamentali rileva l’appartenenza di tutti gli Stati membri dell’Unione alla CEDU, elemento che garantirebbe comunque il rispetto dei diritti fondamentali delle imprese coinvolte.

possibilità di impugnare la decisione adottata dall'autorità nazionale. Se si tiene in considerazione il regime di efficacia transnazionale degli atti adottati dalle autorità nazionali in attuazione degli articoli 101 e 102 del Trattato, queste disposizioni del diritto amministrativo di uno Stato membro potranno imporsi anche alle imprese stabilite in altri Stati membri. L'ambito di tutela di queste ultime, pertanto, per ciò che concerne gli aspetti appena ricordati, potrà essere determinato dalle disposizioni di un ordinamento diverso, e cioè quello in cui l'atto è stato o deve essere emanato.

Il problema dell'impugnativa potrebbe risultare meno semplice di ciò che appare. E' pacifico che il sindacato giurisdizionale sull'atto adottato da una autorità nazionale spetta alle competenti giurisdizioni dello Stato membro d'origine dell'atto. L'efficacia transnazionale viene qui in rilievo quanto alla possibilità che i destinatari dell'atto siano stabiliti in altri Stati membri: nella misura in cui la decisione incide sulla loro situazione giuridica, essi potranno impugnare l'atto soltanto nell'ordinamento in cui esso è stato emanato e alle condizioni da quest'ultimo stabilite.

Innanzitutto, vi sono alcuni elementi essenziali rispetto ai quali esiste una convergenza in termini di tutela dei diritti fondamentali. Si pensi in tal senso all'esistenza stessa di un'istanza giurisdizionale deputata all'impugnazione degli atti di natura repressiva adottati in attuazione degli articoli 101 e 102 del Trattato. Tuttavia, oltre agli elementi procedurali relativi all'impugnativa, vi possono essere discrepanze significative rispetto al tipo di sindacato esercitato dal giudice in sede di impugnazione, o alla possibilità stessa per i terzi di essere parte in giudizio, specie per ciò che concerne il denunciante.³²⁷

Tra gli esempi più significativi emersi in sede applicativa, vale la pena ricordare una recente vicenda avente ad oggetto la nozione di atto impugnabile. E' pacifico che si sia in presenza di un tale atto ogni qual volta una autorità nazionale adotti una delle decisioni tipizzate all'articolo 5 del regolamento

³²⁷ Per alcune considerazioni critiche sulla giurisprudenza amministrativa in Italia in merito alla possibilità per il denunciante di impugnare il provvedimento, in relazione al diverso orientamento espresso nell'ordinamento comunitario, anche prima dell'entrata in vigore del regolamento 1/2003. v. ad es. S. BONI, *La tutela dei diritti di coloro che denunciano violazioni del diritto antitrust: ordinamento comunitario e italiano a confronto*, in *Il diritto dell'Unione Europea*, 2003, p. 45, e I. SATTA, *La tutela giurisdizionale in Italia*, in TOSATO, BELLODI, *Il nuovo diritto europeo della concorrenza*, cit., p. 551

1/2003. Tuttavia, proprio nell'ordinamento italiano, si è prodotta una interessante controversia che fornisce uno spunto di riflessione utile a valutare come le indicazioni dell'ordinamento comunitario possono spingere verso un progressivo superamento delle asimmetrie strutturali degli ordinamenti nazionali.

La questione è sorta nell'ambito del già citato caso *Mastercard*, nel quale l'Autorità garante della concorrenza e del mercato ha constatato un'infrazione dell'articolo 101 del Trattato. Nell'ambito del procedimento, le parti avevano proposto degli impegni ex articolo 10-ter della legge 287/90. L'autorità aveva adottato una delibera con cui rigettava tali impegni ritenendoli inidonei e insufficienti a far venir meno i profili anticoncorrenziali che essa aveva individuato. Prima che l'autorità adottasse la decisione di constatazione dell'infrazione, con cui ha chiuso il procedimento, le imprese che avevano proposto impegni hanno impugnato la delibera di rigetto degli impegni davanti al TAR Lazio.

Va premesso che la Corte di Giustizia si era appena pronunciata sull'accettazione di impegni a livello comunitario con la sentenza *Alrosa*,³²⁸ in cui, annullando una precedente sentenza del Tribunale, essa ha chiarito alcune importanti questioni interpretative dell'articolo 9 del Regolamento 1/2003, tra cui l'estensione del sindacato giurisdizionale esercitabile dal Tribunale in tale contesto.³²⁹ La Corte aveva rilevato che tale disposizione del regolamento è ispirata ad esigenze di economia processuale, "e consente alle imprese di prendere pienamente parte al procedimento, proponendo le soluzioni che esse

³²⁸ Sentenza 29 Giugno 2010, *Commissione c. Alrosa*, causa C-441/07 P, non ancora pubblicata in Racc.

³²⁹ Preliminarmente, va anche ricordata la tendenza della Commissione, seguita in tal senso anche dalle autorità nazionali, a chiudere un vasto numero di procedimenti (esclusi i cartelli) accettando impegni, anche al fine di non perseguire istruttorie particolarmente complesse e incerte negli esiti, e ridisegnando a volte la struttura dei mercati interessati. Particolarmente attiva in tal senso negli ultimi anni è stata l'Autorità garante della concorrenza e del mercato, v. ad es. L. DI VIA, *Le decisioni in materia di impegni nella prassi decisionale dell'Autorità garante*, in *Mercato concorrenza regole*, 2007, p. 236 ss. Segnala i rischi di questa tendenza G. AMATO, *La legge antitrust venti anni dopo*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 2010, p. 935, sostenendo che "è la stessa funzione di aggiudicazione ad essere sostanzialmente accantonata, a beneficio di un ruolo di negoziazione, che previene ed evita l'accertamento e la condanna dei fatti accaduti, e genera una sorta di regolazione dei comportamenti futuri". Secondo l'Autore ciò potrebbe permettere l'improprio bilanciamento delle esigenze della concorrenza con quelle di altre politiche, oltre a un fondamentale svantaggio per i consumatori nel non definire la vicenda in merito all'infrazione, non costituendo così un presupposto per azioni di risarcimento del danno.

ritengono più appropriate e adeguate per rispondere alle citate preoccupazioni della Commissione”.³³⁰ In questo contesto, il principio di proporzionalità che deve ispirare l’azione amministrativa della Commissione ha una portata diversa rispetto alla constatazione di un’infrazione. In particolare, la Commissione deve limitarsi alla verifica del fatto che gli impegni rispondano alle preoccupazioni che ha espresso, e che le imprese non abbiano proposto impegni meno onerosi parimenti idonei a tale scopo, nel rispetto degli interessi dei terzi.³³¹ Il sindacato giurisdizionale, in questo contesto, può unicamente concernere la verifica dell’erroneità della valutazione della Commissione. Il Tribunale, quindi, in primo luogo non può valutare la decisione della Commissione alla stregua del principio di proporzionalità come esso si applicherebbe nel caso di una constatazione di un’infrazione mediante la quale vengono imposti rimedi, giacché mediante gli impegni le imprese possono coscientemente proporre concessioni che eccedono ciò che la Commissione stessa potrebbe imporre.

D’altro canto, la Corte ha ribadito che, nel valutare gli impegni, la Commissione dispone di un margine discrezionale. In sede di controllo giurisdizionale, il Tribunale può verificare se la valutazione della Commissione è viziata da errore manifesto, senza tuttavia poter sostituire ad essa una propria valutazione di circostanze economiche complesse.³³² Occorre ricordare, tuttavia, che in questo caso si è in presenza di una situazione in cui la Commissione aveva ritenuto insufficienti gli impegni originariamente proposti dalle parti e le aveva invitate a proporre ulteriori impegni. Di conseguenza, la valutazione dell’idoneità degli impegni originariamente proposti rileva sotto il profilo della proporzionalità dell’azione della Commissione poiché essa ha sollecitato ulteriori impegni, piuttosto che per la definizione di un obbligo generale di accettare impegni ogniqualvolta questi rispondano alle preoccupazioni. L’obiettivo dell’economia processuale e della collaborazione con le parti del procedimento non può ritenersi in tal senso prevalente rispetto all’obbligo che incombe sulla Commissione di attuare gli articoli 101 e 102 TFUE e, ove ravvisi ragioni di interesse pubblico comunitario, di constatare l’infrazione con

³³⁰ *Alrosa*, causa C-441/07 P, cit., punto 35.

³³¹ *Ibidem*, punti 41 e 42.

³³² *Ibidem*, punto 67.

decisione anche se le parti hanno proposto impegni.³³³ Va ulteriormente chiarito che la decisione impugnata davanti al Tribunale era la decisione con cui la Commissione rendeva vincolanti gli impegni successivamente proposti, e pertanto una decisione di accettazione di impegni.³³⁴

Alla luce di queste considerazioni si può ora esaminare la pronuncia del TAR Lazio nel caso appena citato, che concerneva invece una delibera con cui l'autorità italiana rigettava gli impegni proposti.³³⁵ Non rileva in questa sede ricordare i motivi che hanno condotto il TAR ad annullare la delibera, quanto le considerazioni svolte per giungere alla conclusione che essa sia autonomamente impugnabile dalle parti. Il TAR ha riconosciuto che l'espreso rinvio ai limiti posti dall'ordinamento comunitario nell'articolo 14-ter della l. 287/90 comporta un esame dell'istituto alla luce del regolamento 1/2003 come interpretato dalla Corte di Giustizia, evidenziando la sua finalità di fornire una risposta rapida all'interesse pubblico al mantenimento di un mercato concorrenziale. Pur ravvisando che nell'ordinamento comunitario la Commissione dispone di un'ampia discrezionalità nel valutare se accettare gli impegni, il TAR ha rilevato che, pur nell'ambito di una analoga discrezionalità, l'Autorità deve accettare gli impegni o rigettarli una volta ravvisata la loro idoneità o inidoneità a rispondere

³³³ In questo senso, anche la decisione del Tribunale annullata dalla Corte di Giustizia aveva concesso che “la Commissione non è mai tenuta, in forza dell'art. 9, n. 1, del regolamento n. 1/2003, a decidere di rendere obbligatori degli impegni piuttosto che ad agire ai sensi dell'art. 7 del medesimo regolamento. Non è pertanto tenuta a fornire le ragioni per le quali degli impegni non le sembrano idonei ad essere resi obbligatori in modo da concludere il procedimento”, cfr. sentenza 11 luglio 2007, *Alrosa c. Commissione*, causa T-170/06, in Racc. p. II-2601, punto 130. La motivazione del Tribunale, benché censurata dalla Corte, aveva enfatizzato l'aspetto unilaterale della decisione di accettazione di impegni, come esercizio di un potere autoritativo da parte della Commissione volto all'attuazione amministrativa delle norme *antitrust*, e pertanto soggetto a un vincolo di proporzionalità analogo a quello sussistente per le decisioni di constatazione di infrazioni ai sensi dell'articolo 7, v. ad es. H. SCHWEITZER, *Commitment Decisions under Art. 9 of Regulation 1/2003: The Developing EC Practice and Case Law*, in *EUI Working Papers*, Law 2008/22, p. 19.

³³⁴ In dottrina, tuttavia, l'approccio della Corte alla discrezionalità di cui la Commissione dispone nel valutare e decidere di rendere vincolanti gli impegni è stato criticato come alcuni come eccessivamente deferenziale, con una potenziale lesione del principio di legalità, benché si sia ammesso che la situazione degli impegni è del tutto peculiare da un punto di vista procedimentale. Infatti, e in particolare in quelle situazioni in cui gli impegni siano proposti ancor prima che la Commissione abbia inviato una comunicazione degli addebiti, non vi sono sufficienti elementi in base ai quali ricostruire la valutazione economica e giuridica assunta dalla Commissione, che può accettare impegni in base all'articolo 9 del regolamento anche qualora non abbia ancora provato l'esistenza di un'infrazione, cfr. F. CENGIZ, *Judicial review and the rule of law in the EU Competition Law regime after Alrosa*, in *European Competition Journal*, 2011, p. 129.

³³⁵ TAR Lazio, sez. I, 16 novembre 2010, n. 2203.

alle preoccupazioni da essa espresse. Quanto alle imprese, in caso di accettazione di impegni, l'autorità chiude il procedimento non applicando sanzioni: il provvedimento di accettazione è, in altre parole, produttivo di specifiche conseguenze in capo ad esse, che sono quindi titolari di situazioni giuridiche tutelabili. Il TAR, di conseguenza, alla luce di esigenze di "coerenza logico-giuridica" ha concluso che tale situazione può ravvisarsi anche nel caso di una delibera di rigetto degli impegni, che può essere pertanto autonomamente impugnata. Avendo pertanto ravvisato un eccesso di potere sotto i profili dell'omessa considerazione di circostanze di fatto e di diritto rilevanti, e di inadeguatezza della motivazione, il TAR ha annullato la delibera dell'Autorità.

La decisione del TAR è stata recentemente annullata dal Consiglio di Stato proprio in relazione a questo profilo, e cioè l'autonoma impugnabilità del rigetto degli impegni.³³⁶ Nella motivazione, il Consiglio di Stato ha infatti ritenuto che la fase di valutazione degli impegni ha un carattere endo-procedimentale, ed è caratterizzata dalla leale collaborazione e dal dialogo costruttivo tra i soggetti coinvolti. Nell'evoluzione della prassi attuativa a livello comunitario, inoltre, il Consiglio di Stato ha ravvisato una tendenza ad un dialogo collaborativo flessibile ed informale,³³⁷ che ha portato addirittura ad una "de-procedimentalizzazione" della fase di valutazione degli impegni.³³⁸ In questo contesto è stato riconosciuto che l'ordinamento interno non si può muovere in senso opposto rispetto alla linea di tendenza dell'ordinamento comunitario. Pertanto, mentre la decisione di accettazione di impegni resta uno dei mezzi di esercizio di un potere autoritativo dell'autorità, il Consiglio di Stato ha riconosciuto che la delibera con cui essa rigetta gli impegni deve mantenere un

³³⁶ Consiglio di Stato, sez. VI, 20 Luglio 2011 n. 4393.

³³⁷ A tal proposito è opportuno rilevare che il Consiglio di Stato ha anche citato le *Best practices on the conduct of proceedings concerning Articles 101 and 102 TFUE* del Marzo 2010, che raccolgono le esperienze attuative della Commissione, ma sono un mero documento di consultazione elaborato peraltro dai suoi servizi (Direttorato generale della concorrenza).

³³⁸ V. anche R. CHIEPPA, *Le nuove forme di esercizio del potere e l'ordinamento comunitario*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2009, p. 1347, secondo il quale gli impegni in materia antitrust costituiscono una forma di concertazione atipica, benché permanga il carattere della decisione di accettazione di impegni come atto di "esercizio di un potere unilaterale diretto a dare valore giuridico esterno ad un atto endoprocedimentale di parte". Evidenzia invece il carattere flessibile e non unilaterale dello strumento degli impegni in seguito alla citata sentenza della Corte di Giustizia M. KELLERBAUER, *Playground instead of playpen: the Court of Justice of the European Union's Alrosa judgment on article 9 of Regulation 1/2003*, in *European Competition Law Review*, 2011, p. 8.

carattere endo-procedimentale. Eventuali lesioni della sfera giuridica delle imprese coinvolte potranno esser fatte comunque valere, ma in sede di impugnazione del provvedimento finale con cui l'autorità accerta l'infrazione.

La vicenda appena ricordata è di notevole interesse non soltanto perché conferma la possibilità che la tutela offerta dagli ordinamenti nazionali (e in questo caso dall'ordinamento di origine dell'atto) può avere esiti divergenti quanto all'estensione della tutela dei soggetti coinvolti, ma anche perché segnala una tendenza alla convergenza delle soluzioni elaborate dal diritto amministrativo nazionale in ragione dell'incidenza dell'ordinamento comunitario.³³⁹ Questa tendenza sarà ampiamente esaminata nella seconda parte del presente capitolo, allorché si esaminerà come essa opera anche al di fuori di vincoli rigidi di effettività. Lo stesso Consiglio di Stato, nella pronuncia citata, ha rilevato che le tendenze evolutive del diritto comunitario non sono in quanto tali passibili di alterare il sistema di tutela giurisdizionale offerto dall'ordinamento nazionale, né il fatto che i ricorsi in materia antitrust sono soggetti al regime generale di impugnativa previsto per gli atti amministrativi. Si potrebbe aggiungere che ciò è possibile proprio in ragione del fatto che l'ordinamento nazionale resta in quest'ambito legittimato a definire soluzioni procedurali autonome. Tuttavia, l'elemento "comunitario", dato dal modello di attuazione da parte della Commissione, può fungere da criterio interpretativo per l'applicazione dei principi e degli istituti di diritto interno.³⁴⁰

Vi sono invece altre situazioni, sempre attinenti alla tutela giurisdizionale contro gli atti delle autorità nazionali, in cui il diritto dell'Unione può avere una funzione determinante nel conformare l'ordinamento nazionale in modo

³³⁹ Sulla convergenza in sede di controllo giurisdizionale quale momento di integrazione amministrativa v. D. DE PRETIS, *La tutela giurisdizionale amministrativa in Europa fra integrazione e diversità*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2005, p. 13. L'Autrice individua come fattori conducenti alla convergenza in tale settore non soltanto le pronunce della corte di giustizia, ma anche gli studi comparatistici tra diverse tradizioni amministrative.

³⁴⁰ Vale la pena notare, in tal senso, che il Consiglio di Stato ha ravvisato la sussistenza della legittimazione ad agire come "titolarità di un interesse sostanziale dedotto in giudizio che si assume leso e che il ricorrente tende a realizzare", ma non l'interesse ad agire quale "utilità a far ripristinare la situazione giuridica lesa dall'atto impugnato". Sembra di essere in presenza di una delle ipotesi in cui l'autonomia procedurale degli Stati membri viene "funzionalizzata" per il perseguimento dell'effettività del diritto comunitario tramite un'interpretazione conforme degli istituti di diritto interno, secondo la ricostruzione dell'autonomia procedurale come "competenza procedurale funzionalizzata" proposta da D.-U. GALETTA, *L'autonomia procedurale degli Stati membri dell'Unione europea: Paradise Lost?*, cit. p. 58.

“rigido”, e cioè in ragione del principio di effettività del diritto dell’Unione, che si pone come vincolo all’autonomia procedurale degli Stati membri. Un esempio recentemente affrontato dalla Corte di Giustizia concerne la legittimazione passiva dell’autorità garante della concorrenza in sede di impugnazione di un suo provvedimento. Tuttavia, dato che tali profili non rilevano strettamente ai fini dell’inquadramento della tutela delle parti, esso verrà esaminato in seguito, in sede di analisi dell’incidenza dei principi di effettiva e uniforme applicazione del diritto dell’Unione sull’autonomia procedurale degli Stati membri.

*d) Diritto d’accesso e bilanciamento degli interessi sottesi dagli articoli 101 e 102
TFUE*

Le ipotesi discusse nei precedenti paragrafi configurano situazioni in cui l’ordinamento comunitario consente che la tutela delle parti sia rimessa a diversi standard a seconda dell’ordinamento nazionale, rispettivamente, dello Stato di stabilimento dell’impresa e dello Stato dell’autorità nazionale procedente, che spesso coincidono. L’effetto uniformante del principio di effettività del diritto comunitario non agisce in questi casi salvo che in quelle ipotesi in cui sia la Commissione a condurre il procedimento. Non è pertanto necessario che lo standard sia uniforme per ciò che concerne la tutela delle parti nel procedimento. Queste ipotesi lasciano intravedere, in altre parole, la diversa valenza delle proibizioni di cui agli articoli 101 e 102, la cui effettività viene assicurata mediante una compressione dell’autonomia procedurale degli Stati membri, rispetto alla tutela delle situazioni giuridiche soggettive delle parti del procedimento amministrativo, che può essere più o meno estesa nel caso in cui il procedimento sia condotto da una autorità nazionale.

In linea di principio, la situazione non cambia se si considera la posizione dei terzi. Questi possono essere di norma clienti o concorrenti delle imprese nei cui confronti è stato avviato il procedimento. Lo statuto dei terzi, la loro possibilità di partecipare al procedimento e di impugnare la decisione adottata in esito ad esso sono elementi rimessi interamente all’autonomia dell’ordinamento

dell'autorità procedente, sia esso l'ordinamento comunitario o un ordinamento nazionale.³⁴¹

Per ciò che concerne il diritto dell'Unione, la posizione riconosciuta ai terzi come espressamente disciplinata dal diritto derivato è particolarmente limitata, e sostanzialmente riconnessa a un requisito procedurale: la presentazione di una denuncia alla Commissione. Il denunciante gode infatti di una serie limitata di diritti procedurali, quali il diritto di ottenere una decisione motivata nel caso in cui la Commissione intenda rigettare la denuncia.³⁴² Qualora, invece, il procedimento sia avviato dalla Commissione, si prevede all'articolo 6 del regolamento 773/2004 che ai denunciati sia inviata una versione non confidenziale della comunicazione degli addebiti inviata alle imprese, e la Commissione ha la facoltà di consentire che partecipino all'audizione delle parti del procedimento qualora sia stato richiesto nelle osservazioni scritte.

In caso di rigetto della denuncia, il denunciante ha anche la possibilità di ottenere l'accesso ai documenti su cui si fonda la valutazione provvisoria della Commissione, fatti salvi i segreti aziendali (articolo 8). Diversa è invece la disciplina dell'ipotesi in cui la Commissione avvia un procedimento e invia una comunicazione degli addebiti alle parti: in questo caso il diritto d'accesso al fascicolo è espressamente previsto solo per i destinatari della comunicazione (articolo 15).

Vale la pena soffermarsi sulle problematiche relative all'accesso al fascicolo dell'autorità procedente, poiché le esigenze di tutela possono in questo caso essere rafforzate da ragioni di effettività del diritto sostanziale. L'accesso al fascicolo dell'autorità procedente è retto dal diritto dell'Unione soltanto quando essa sia la Commissione. Nel caso in cui il procedimento sia condotto da una

³⁴¹ Vi è chi sostiene, tuttavia, che il decentramento attuativo comporta, tuttavia, "l'applicabilità da parte delle autorità nazionali non solo degli artt. [101] e [102 TFUE] ma anche delle disposizioni strettamente correlate a dette norme, se non altro nei casi in cui la normativa interna non preveda una disciplina analoga a quella comunitaria che, come nel caso in esame, conferisce uno specifico diritto ad un soggetto", cfr. P. TROIANELLO, *Le situazioni giuridiche di chi denuncia violazioni antitrust tra diritto comunitario e nuovo procedimento amministrativo interno*, in *Diritto comunitario e degli scambi internazionali*, 2006, p. 17.

³⁴² Più precisamente, alla luce dell'articolo 7 del regolamento 773/2004, la Commissione è tenuta a rigettare la denuncia con decisione nel caso in cui il denunciante abbia presentato osservazioni scritte entro il termine da essa fissato dopo aver informato il denunciante delle ragioni per cui ritiene che non sussistano motivi sufficienti ad agire.

autorità nazionale, gli esiti possono essere diversi. Si pensi, ad esempio, al diverso trattamento del denunciante nei diversi ordinamenti nazionali rispetto a quello comunitario.

Il diverso grado di tutela dei terzi nel procedimento, a differenza delle situazioni precedentemente citate di tutela dei destinatari della comunicazione degli addebiti, può presentare problemi peculiari. Occorre infatti riflettere sulla possibilità che i terzi intendano esercitare diritti procedurali strumentalmente all'esercizio dei diritti sostanziali riconosciuti loro direttamente dagli articoli 101 e 102 del trattato come interpretati dalla Corte di Giustizia.

Con il progressivo aumento delle azioni di risarcimento del danno antitrust, si sta verificando sempre più spesso che la domanda di accesso a documenti raccolti dalle autorità della rete sia presentata da soggetti che lamentano un danno derivante dall'infrazione, ai fini di sostanziare la richiesta di risarcimento in sede civile. Si può già intravedere che questa tendenza è latrice di una possibile contrapposizione tra l'efficace attuazione del diritto dell'Unione in sede amministrativa e la tutela in giudizio di diritti soggettivi collegati alla medesima infrazione.³⁴³ Non soltanto questi ultimi sono conferiti direttamente agli individui dalle medesime disposizioni del Trattato che dispongono una proibizione di condotte distorsive della concorrenza: la Corte ha infatti espressamente riconosciuto che la loro attuazione è necessaria ai fini della garanzia dell'effettività complessiva delle proibizioni stesse.³⁴⁴ Per apprezzare la portata "conflittuale" di tali esigenze complementari si pensi all'ipotesi in cui un soggetto danneggiato chieda di avere accesso a informazioni che l'autorità detiene in ragione della cooperazione delle imprese autrici dell'infrazione, che le hanno fornite al fine di ottenere l'immunità dalle ammende o una riduzione del loro importo. Il problema è cruciale qualora si tratti delle dichiarazioni mediante cui le imprese danno atto della propria partecipazione all'infrazione, suffragate da documenti volontariamente prodotti.

³⁴³ La sussistenza di interessi potenzialmente confliggenti è stata colta, ad esempio, negli Stati Uniti, dove vi è una più forte tradizione di tutela risarcitoria in caso di violazioni delle norme *antitrust*. A livello positivo, la contrapposizione è stata risolta dal *Department of Justice* prevedendo che il beneficio della *corporate leniency* sia concesso soltanto qualora l'impresa che ne beneficia si adoperi, ove possibile, per risarcire o compensare i soggetti danneggiati.

³⁴⁴ Cfr. la già citata sentenza C-453/99, *Courage Crehan*, punto 26.

Mentre il soggetto danneggiato ha un chiaro interesse ad ottenere tali informazioni come prova dell'infrazione e dell'eventuale danno subito (nonché del suo ammontare e del nesso di causalità che lo lega all'infrazione), la Commissione può vantare un interesse a proteggere tali informazioni per preservare l'efficacia dei propri programmi di clemenza, dal momento che le imprese sarebbero scoraggiate dal collaborare qualora le informazioni "auto-incriminanti" che esse forniscono al fine di ottenere un trattamento favorevole possano essere utilizzate contro di loro in sede di giudizio civile.³⁴⁵

Quando la questione è affrontata dal punto di vista procedurale comunitario, la soluzione potrebbe apparire semplice. L'accesso pubblico al fascicolo dell'indagine antitrust della Commissione in base al regolamento 1049/2001³⁴⁶, infatti, può essere escluso in virtù delle eccezioni espressamente previste dal regolamento stesso.³⁴⁷ Il quadro giuridico concernente l'accesso pubblico ai documenti delle istituzioni si è recentemente evoluto sulla scorta di pronunce del Tribunale e della Corte di Giustizia nell'ambito del controllo delle

³⁴⁵ L'importanza degli incentivi alla cooperazione delle imprese in questo contesto è fondamentale, poiché è stato giustamente rilevato che nei programmi di clemenza "si instaura un rapporto collaborativo connotato da una maggior simmetria. E ciò per il fatto che all'interesse dell'impresa che ha violato la normativa antitrust a conseguire l'immunità totale o parziale, corrisponde l'interesse dell'autorità a incentivare la presentazione di istanze suscettibili di essere accolte, che consentano, così, di sanzionare il maggior numero possibile di cartelli (...). Potrebbe anzi emergere una asimmetria di segno contrario, nel senso che nei programmi di clemenza è l'amministrazione ad avere maggior necessità di ottenere collaborazione delle imprese", così M. CLARICH, *I programmi di clemenza nel diritto antitrust*, in *Diritto amministrativo*, 2007, p. 285. La prospettiva della Commissione è ulteriormente chiarita da S. SUURNAKKI, M. L. TIERNO CENTELLA, *Commission adopts revised Leniency Notice to reward companies that report hard-core cartels*, in *Competition Policy Newsletter*, 2007/1, p. 14.

³⁴⁶ 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 GUUE L 145 del 31 maggio 2001, p. 43.

³⁴⁷ In particolare, l'articolo 4 paragrafo 2 e paragrafo 3 del regolamento, i quali dispongono, *inter alia*, che le istituzioni possono rifiutare l'accesso qualora la divulgazione arrechi pregiudizio alla tutela degli interessi commerciali di una persona fisica o giuridica o degli obiettivi delle attività ispettive, a meno che non sussista un interesse pubblico. L'accesso a un documento elaborato per uso interno, inoltre, può essere rifiutato qualora sia relativo ad una questione su cui l'istituzione non abbia ancora adottato una decisione, e la divulgazione ne pregiudicherebbe gravemente il processo decisionale. Va rilevato che la Corte di Giustizia non ha ancora avuto modo di pronunciarsi espressamente sul limite entro cui le eccezioni sono applicabili al fascicolo dell'autorità garante della concorrenza. Vi sono, tuttavia, diverse cause attualmente pendenti innanzi al Tribunale che vertono su tale questione: Causa T-344/08 *EnBW Energie Baden-Württemberg c. Commissione*, causa T-380/08, *Paesi Bassi c. Commissione*, Causa T-437/08, *CDC Hydrogene Peroxide c. Commissione*.

concentrazioni³⁴⁸ e dei procedimenti sugli aiuti di Stato.³⁴⁹ Ciononostante, la Corte non si è ancora espressamente pronunciata in merito all'applicazione del regolamento 1049/2001 in relazione a procedimenti antitrust.³⁵⁰

Vi è un'altra modalità prevista dal regolamento mediante la quale i soggetti danneggiati potrebbero ottenere accesso a documenti raccolti dalla Commissione, e in particolare l'articolo 15 paragrafo 1 del regolamento 1/2003.³⁵¹ Qualora i soggetti danneggiati (e pertanto anche il denunciante) abbiano promosso una azione in sede civile, il giudice potrà richiedere la trasmissione delle informazioni da parte della Commissione in virtù dei principi di cooperazione tra questa e le giurisdizioni nazionali in applicazione degli articoli 101 e 102 TFUE. Per ciò che concerne i documenti relativi ai programmi di clemenza, la loro sensibilità e il loro ruolo nel processo di efficace attuazione delle proibizioni del trattato è citato nella comunicazione sulla cooperazione con le giurisdizioni nazionali, al fine di escludere espressamente che essi possano essere trasmessi, in virtù dell'eccezione di tutela dell'esercizio delle funzioni attribuite dal trattato alla Commissione.³⁵²

³⁴⁸ Le sentenze nel settore delle concentrazioni hanno chiarito l'ambito entro cui l'accesso può essere negato, anche alla stregua di un criterio temporale, in relazione all'eccezione di protezione di un'indagine della Commissione, cfr. ad es. Sentenza 9 giugno 2010, *Editions Odile Jacob c. Commissione*, causa T-237/05, non ancora pubblicata in Racc.

³⁴⁹ Nel caso degli aiuti di Stato la Corte si è pronunciata con la sentenza 29 giugno 2010, *Technische Glaswerke Ilmenau*, causa C-139/07 P, in cui ha tra l'altro evidenziato la circostanza che la specifica disciplina del procedimento in materia di aiuti di Stato non prevede un diritto di accesso per soggetti diversi dallo Stato membro in questione. Occorre tener conto di tale circostanza nell'interpretare le eccezioni stabilite dal regolamento 1049/2001 sull'accesso pubblico agli atti delle istituzioni (punto 58). Inoltre, la Corte ha evidenziato che vi può essere una diversa ampiezza della tutela del diritto di accesso a seconda che si sia in presenza di esercizio di funzioni legislative (accesso più ampio) o amministrative da parte delle istituzioni comunitarie (punto 60).

³⁵⁰ Sono state sottolineate, ad esempio, le problematiche dell'applicabilità *ratione temporis* dell'eccezione relativa al pregiudizio delle attività ispettive della Commissione, in particolare quando questa abbia già adottato una decisione divenuta definitiva. Si può ragionevolmente sostenere che la tutela dell'indagine possa essere interpretata anche come tutela generale dei poteri di indagine, che potrebbero subire un pregiudizio nella successiva prassi attuativa qualora la Commissione, divulgando alcune tipologie di documenti, minasse il clima di collaborazione con le imprese (essenziale ai fini della loro partecipazione a programmi di clemenza), cfr. 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 *Revue Europe*, 2010, p. 7.

³⁵¹ Richiesta di informazioni alla Commissione nell'ambito di procedimenti per l'applicazione degli articoli 101 e 102 TFUE davanti alle giurisdizioni degli Stati membri.

³⁵² Il punto 26 della comunicazione sulla cooperazione con le giurisdizioni nazionali stabilisce espressamente che "la Commissione non trasmetterà alle giurisdizioni nazionali le informazioni presentate volontariamente da un'impresa che abbia richiesto un trattamento favorevole senza il consenso di quest'ultima". Questa è una puntualizzazione del più generale principio di leale

La differenza tra queste situazioni e le problematiche generali di tutela di situazioni giuridiche soggettive risiede nel fatto che l'esercizio di diritti procedurali è qui funzionale all'esercizio di diritti soggettivi conferiti dagli articoli 101 e 102 del trattato, come sottolineato in precedenza. Negare l'accesso a documenti essenziali per l'attuazione di tali diritti potrebbe minare l'effettiva attuazione del trattato in sede civile, allo stesso modo in cui la divulgazione ne metterebbe a repentaglio l'attuazione in sede amministrativa. Le limitazioni stabilite da atti di *soft law* non sono sufficienti a dirimere la questione, dal momento che la Commissione non può vincolare sé stessa al di là del proprio margine di discrezionalità, e a maggior ragione in potenziale lesione dei diritti conferiti dalle norme alla cui attuazione è preposta.³⁵³ E' chiaro che il bilanciamento deve essere effettuato in una sede diversa, ed a lungo si è atteso che la Corte di Giustizia si pronunciasse in materia.

La questione è rilevante anche per ciò che concerne le norme relative al diritto di accesso negli ordinamenti nazionali, nella misura in cui la questione non concerne meramente la tutela delle situazioni giuridiche soggettive dei terzi, ma investe la dimensione di effettività delle norme di concorrenza dell'Unione. Ed è proprio in relazione ad un procedimento attuativo a livello nazionale che la questione è stata recentemente sollevata. Nell'ordinamento tedesco, in particolare, i soggetti danneggiati dall'infrazione, siano essi o meno denunciatori, hanno diritto di ottenere l'accesso al fascicolo dell'autorità garante tedesca (Bundeskartellamt) per ottenere le informazioni necessarie ad attuare i propri diritti, grazie ad una interpretazione analogica delle disposizioni relative alla tutela risarcitoria delle vittime nell'ambito di procedimenti penali.³⁵⁴

collaborazione tra la Commissione e le giurisdizioni nazionali, che può venir meno, come chiarito dalla Corte, allorché sussistano motivi attinenti alla necessità di evitare che venga compromesso l'assolvimento dei compiti che le sono affidati dal Trattato, cfr. sentenza 26 Novembre 2002, *First e Franex*, causa C-275/00, in Racc. p. I-10943, punto 49. Tra tali compiti rientra senz'altro l'efficace attuazione delle norme di concorrenza in sede amministrativa.

³⁵³ Nella misura in cui sia in gioco la tutela di situazioni giuridiche conferite dal Trattato, non può pertanto condividersi l'opinione secondo cui la Commissione, e tantomeno le autorità garanti, possono validamente stabilire un vincolo relativo alla protezione delle dichiarazioni delle imprese alla luce del principio di legittimo affidamento, come sembrano sostenere ad es. S. BLAKE e D. SCHNICHELS, *Leniency following Modernisation: safeguarding Europe's leniency programmes*, in *Competition Policy Newsletter*, 2004/2, p. 10.

³⁵⁴ Art. 406 del codice di procedura penale (*Strafprozessordnung*).

E' così accaduto che un'impresa che lamentava un danno causato da un'infrazione accertata dal Bundeskartellamt, ha chiesto di esercitare il diritto d'accesso ai documenti raccolti nell'ambito del procedimento avviato contro le imprese autrici dell'infrazione. Tra le informazioni contenute nel fascicolo dell'autorità vi erano documenti e dichiarazioni prodotti da tali imprese nel contesto della partecipazione volontaria ad un programma di clemenza, rispetto ai quali il Bundeskartellamt ha negato l'accesso. Il giudice nazionale cui l'impresa si è rivolta contro tale diniego ha sollevato la questione dinanzi alla Corte di giustizia in sede di rinvio pregiudiziale.

Nella sua sentenza,³⁵⁵ la Corte di Giustizia ha dovuto innanzitutto affrontare la rilevanza dell'ordinamento comunitario nella disciplina di un aspetto procedurale dell'attuazione delle norme di concorrenza. Essa ha innanzitutto ribadito che la disciplina relativa al diritto di accesso dei soggetti danneggiati da una infrazione è rimessa in linea di principio all'autonomia procedurale degli Stati membri, citando tuttavia il principio di effettiva applicazione degli articoli 101 e 102 del trattato come limite a tale autonomia.³⁵⁶ In seguito, la Corte ha declinato il principio di effettività nella sua duplice valenza di effettiva attuazione delle norme di concorrenza in sede amministrativa, favorita dall'esistenza di programmi di clemenza, e di effettiva possibilità per i soggetti danneggiati di ottenere un risarcimento del danno in seguito a una violazione delle stesse norme.³⁵⁷ Essendo in presenza di una situazione in cui questi due interessi tutelati dall'ordinamento comunitario erano in conflitto, la Corte ha riconosciuto quindi l'esigenza di effettuare un bilanciamento, rimettendolo tuttavia al giudice nazionale alla luce delle circostanze specifiche del caso. Questa soluzione non è affatto inedita nell'ambito del rapporto tra la Corte di Giustizia e le giurisdizioni nazionali, ma è degno di nota che essa non fornisce alcun criterio specifico alla luce del quale il bilanciamento deve essere effettuato,

³⁵⁵ Sentenza 14 giugno 2011, *Pfleiderer c. Bundeskartellamt*, causa C-360/09, non ancora pubblicata in Racc.

³⁵⁶ *Ibidem*, punti 23 e 24.

³⁵⁷ Vale la pena ricordare che la stessa Comunicazione della Commissione relativa all'immunità dalle ammende sottolinea, al punto 39, che "La concessione dell'immunità da un'ammenda o della riduzione del suo importo non sottrae l'impresa alle conseguenze sul piano del diritto civile derivanti dalla sua partecipazione ad un'infrazione dell'articolo [101 TFUE]".

oltre al fatto che esso deve essere operato dai giudici “sulla base del loro diritto nazionale”.³⁵⁸

Si può apprezzare, in questo contesto, una certa differenza rispetto agli altri esempi di tutela di situazioni giuridiche soggettive precedentemente esaminati. La sentenza *Pfleiderer*, infatti, enuncia chiaramente una duplice esigenza di effettività del diritto dell’Unione, che può ricomprendere l’efficacia dei diritti procedurali conferiti a terzi dall’ordinamento nazionale se riconnessi all’attuazione di diritti soggettivi discendenti dal trattato. Inoltre, la Corte rinvia alle giurisdizioni nazionali la soluzione di eventuali conflitti tra interessi tutelati dall’ordinamento comunitario. Il riferimento al diritto nazionale, tuttavia, non deve trarre in inganno quanto all’estensione dell’autonomia di cui gli Stati membri dispongono in questo caso. Alla stregua del requisito di effettuare il bilanciamento “caso per caso” tenendo conto di tutti gli elementi della fattispecie, potrebbe ritenersi preclusa la possibilità per gli Stati membri di adottare soluzioni legislative che determinino *ex ante* il risultato di tale bilanciamento, negando integralmente il diritto di accesso a informazioni volontariamente fornite nell’ambito di programmi di clemenza o, al contrario, consentendolo in ogni caso.

In conclusione, nella peculiare situazione esaminata, l’autonomia procedurale degli Stati membri nel definire le condizioni di accesso dei terzi al fascicolo dell’autorità nazionale può essere limitata da esigenze di bilanciamento dettate dalla sussistenza di una questione di effettività del diritto dell’Unione. Ciò potrebbe avere ricadute anche nell’ambito dell’ordinamento comunitario, per ciò che concerne le informazioni raccolte dalla Commissione, qualora soggetti danneggiati da un’infrazione chiedano di ottenere l’accesso, o qualora un giudice nazionale ne richieda la trasmissione ai sensi dell’articolo 15 paragrafo 1 del regolamento 1/2003.

³⁵⁸ *Pfleiderer c. Bundeskartellamt*, causa C-360/09, cit., punto 32.

e) *Lacune strutturali e portata parziale del principio di effettività del diritto dell'Unione nella tutela di situazioni giuridiche soggettive.*

I problemi emersi finora riguardano questioni di tutela asimmetrica delle situazioni giuridiche soggettive coinvolte, e sono dovuti alla coesistenza di vincoli procedurali all'azione amministrativa previsti a livello di ordinamento comunitario e di ordinamento interno. I problemi citati sono acuiti dall'esigenza di assicurare l'effettività delle proibizioni del diritto dell'Unione mediante un'azione amministrativa, che va bilanciata con l'esigenza di tutela delle situazioni giuridiche soggettive di parti e terzi, nonché dall'esistenza di soluzioni eterogenee nell'ordinamento interno e nell'ordinamento comunitario. La questione della tutela delle parti e dei terzi nell'ambito dell'attività attuativa svolta dalla rete si pone, tuttavia, anche se si considera esclusivamente l'ordinamento comunitario. Vi sono a tal proposito due ordini di questioni da affrontare.

Un primo nucleo di carenze strutturali riguarda i diritti delle parti del procedimento, e più segnatamente i diritti di difesa delle imprese nei cui confronti sia stato avviato un procedimento da parte della Commissione. Si tratta di una serie di lacune del sistema di *enforcement* segnalate in diverse occasioni dalla dottrina e recentemente confluite nel dibattito sul *due process* garantito dalla Commissione. Esse riguardano la struttura dell'esercizio della funzione amministrativa esercitata dalla Commissione, alla luce della sua organizzazione e delle competenze attribuite dal Regolamento 1/2003. In particolare, negli ultimi anni si è spesso lamentato che nell'applicazione di sanzioni particolarmente incisive (da un punto di vista deterrente e punitivo) e onerose per le imprese, tanto da assumere un carattere quasi penale,³⁵⁹ la Commissione non offre le garanzie di terzietà che andrebbero assicurate ai fini del rispetto dei diritti fondamentali degli individui di fronte al soggetto che può adottare tali sanzioni.

³⁵⁹ Molti citano, a tal proposito, le conclusioni dell'avvocato generale Vesterdorf (del 10 luglio 1991) nel caso *Rhone Poulenc c. Commissione*, causa T-1/89, in Racc. II-867, punto 85.

Nel sistema di *enforcement* a livello comunitario, come è stato argomentato, la Commissione si occupa della fase istruttoria e, al contempo, adotta decisioni sulla base dell'attività che essa stessa ha svolto.³⁶⁰ Si è inoltre criticato il fatto che le imprese hanno la possibilità di esporre i propri argomenti soltanto dinanzi ai funzionari del direttorato generale della concorrenza e ai consiglieri-auditori, ma non dinanzi al collegio dei Commissari che è il soggetto istituzionalmente deputato all'adozione di una decisione.³⁶¹ Si può obiettare, tuttavia, che tale sistema è coerente con l'impostazione generale del trattato e che, in realtà, non sussistono esigenze ulteriori rispetto ai caratteri tipici dell'azione amministrativa, soprattutto alla luce del fatto che la Corte di Giustizia esercita un sindacato giurisdizionale delle decisioni adottate dalla Commissione.³⁶² Nonostante ciò, quest'ultima ha ritenuto opportuno adottare una serie di misure (anche in questo caso, di *soft law*)³⁶³ mediante cui venire incontro alle esigenze spesso manifestate dalle imprese.

³⁶⁰ Cfr. W. WILS, *The combination of the investigative and prosecutorial function and adjudicative function in EC Antitrust enforcement: a Legal and Economic Analysis*, in *World Competition: 2003*, p. 201.

³⁶¹ Cfr. A. RILEY, *The Modernisation of EU Anti-Cartel enforcement: will the Commission grasp the opportunity?*, CEPS Special Report, January 2010; I. S. FORRESTER, *Due process in EC competition cases: a distinguished institution with flawed procedures*, in *European Law Review*, 2009, p. 817, il quale sottolinea che di norma la quasi totalità dei Commissari non ha neanche modo di conoscere effettivamente, di norma, i fondamenti istruttori della decisione da adottare.

³⁶² L'articolo 31 del regolamento stabilisce in particolare che, per ciò che concerne le sanzioni, la Corte di giustizia ha competenza giurisdizionale anche di merito, e può estinguere, ridurre o aumentare l'ammenda irrogata. Tale competenza giurisdizionale nel merito è attribuita dal regolamento in conformità con l'articolo 261 TFUE. Quanto al sindacato sulla complessa dimensione economica dei fenomeni valutati dalla Commissione, la Corte, dal canto suo, ha a più riprese chiarito che "sebbene la Corte riconosca alla Commissione un potere discrezionale in materia economica (...) [il giudice comunitario] è tenuto in particolare a verificare non solo l'esattezza materiale degli elementi di prova addotti, la loro attendibilità e la loro coerenza, ma altresì ad accertare se tali elementi costituiscano l'insieme dei dati rilevanti che devono essere presi in considerazione per valutare una situazione complessa e se siano di natura tale da corroborare le conclusioni che se ne traggono", cfr. sentenza 15 febbraio 2005, *Tetra Laval*, Causa C-12/03 P, in Racc. p. I-987, punto 39.

³⁶³ Queste non sono state formalmente adottate dalla Commissione, bensì dal Direttorato generale della concorrenza (*Best Practices on the conduct of proceedings concerning Articles 101 and 102 TFUE* e *Best practices for the submission of economic evidence and data collection in cases concerning the application of Articles 101 and 102 TFUE and in merger cases*), nonché dai consiglieri-auditori (*Guidance on procedures of the Hearing officer in proceedings relating to Articles 101 and 102 TFUE*), tutte pubblicate, ai fini della consultazione pubblica, sul sito della direzione generale concorrenza all'indirizzo http://ec.europa.eu/competition/consultations/2010_best_practices/index.html [consultato il 10 Agosto 2011]. Va segnalato che la consultazione ha portato alla recentissima adozione della Comunicazione della Commissione sulle migliori pratiche relative ai procedimenti previsti dagli articoli 101 e 102 del TFUE, in GUUE C 308 del 20 Ottobre 2011, p. 6; nonché una decisione che rivede il mandato dei consiglieri-auditori, cfr. Decisione del presidente della Commissione europea del 13 ottobre 2011 relativa alla funzione e al mandato

Gli esempi appena citati, tuttavia, sono di scarso rilievo ai fini della ricostruzione che si sta effettuando, dal momento che riguardano soltanto i caratteri procedurali dell'esercizio della funzione amministrativa a livello comunitario, come disciplinati dal diritto dell'Unione. Vi è invece una seconda tipologia di problemi che riguarda più da vicino il presente studio perché concerne l'attuazione decentrata del diritto dell'Unione e il modo in cui essa viene assicurata nell'ambito della rete di autorità garanti della concorrenza. Si tratta di questioni rispetto alle quali l'esistenza di autonome determinazioni procedurali da parte degli Stati membri non è l'oggetto, bensì la causa di un deficit di tutela che riguarda l'ordinamento comunitario.

Come si è visto, l'azione delle autorità nazionali può essere soggettivamente neutra dal punto di vista dell'applicazione del diritto materiale della concorrenza dell'Unione e dei suoi esiti attuativi, anche grazie ai meccanismi di raccordo procedurale previsti dal regolamento. Tuttavia, se si esamina la questione dal punto di vista delle imprese che possono vedere alterate le proprie situazioni giuridiche soggettive in esito all'attività dell'amministrazione, non è affatto indifferente quale sia l'autorità che agisce in attuazione degli articoli 101 e 102. Gli esempi citati nei precedenti paragrafi costituiscono altrettante ipotesi in cui le parti o i terzi possono essere diversamente tutelati a seconda dell'autorità procedente, quanto ai loro diritti nel procedimento e alla tutela giurisdizionale che possono esperire avverso il provvedimento finale.

Da questo punto di vista, l'esercizio della competenza da parte di una specifica autorità, o la sua eventuale riallocazione, può incidere sulle situazioni giuridiche soggettive coinvolte. Ciò imporrebbe l'esigenza di poter attivare una tutela giurisdizionale anche in relazione alla questione di competenza dell'autorità procedente.³⁶⁴ In altri termini, dovrebbe essere consentito un

del consigliere-auditore per taluni procedimenti in materia di concorrenza, 2011/695/UE, pubblicata in GUUE L 275 del 20 ottobre 2011, p. 29.

³⁶⁴ V. ad es. L. DE LUCIA, *Amministrazione transnazionale e ordinamento europeo*, cit., p. 208, il quale ritiene che in questa ipotesi l'esigenza di certezza del diritto sia particolarmente rigorosa, "anche al fine di rendere noto *ex ante*, ai privati quale sia l'autorità competente ad avviare il procedimento. Il contesto ordinamentale e procedimentale incide infatti sulla posizione di coloro che sono sottoposti ad indagine (o che presentano una denuncia); con la conseguenza che il cambio di amministrazione procedente (e il mutamento delle norme applicabili) non può essere considerato irrilevante per costoro".

sindacato giurisdizionale anche in relazione ai criteri secondo cui la posizione dell'amministrazione è ritenuta idonea all'esercizio della competenza nel caso concreto.³⁶⁵

A tal proposito è stato proposto un interessante parallelo con il regolamento concentrazioni (regolamento 139/2004), e in particolare con la possibilità di impugnare la decisione con cui il caso viene trasferito dalla Commissione ad uno stato membro e viceversa. La questione è stata affrontata dal Tribunale nel caso *Royal Philips*,³⁶⁶ in cui il esso ha riconosciuto che il trasferimento del caso alle autorità nazionali era in grado di incidere sulla situazione delle imprese coinvolte. Rispetto a questa ipotesi, tuttavia, vi è una fondamentale differenza: mentre il rinvio all'autorità di uno Stato membro nel campo delle concentrazioni comporta anche un rinvio al diritto *sostanziale* dell'ordinamento nazionale, nel quadro del diritto antitrust tutti i nodi della rete agiscono in attuazione del diritto dell'Unione.³⁶⁷

Del resto, anche gli scarsi indici positivi sull'allocazione della competenza sembrano deporre in favore della non sindacabilità dell'allocazione del riparto dei casi in seno alla rete. Il punto 31 della comunicazione sulla rete, infatti, chiarisce che l'attribuzione dei casi costituisce un semplice criterio di divisione del lavoro in base al quale alcune autorità si astengono dall'agire, e che ciò non implica che le imprese acquisiscano il diritto di vedere il proprio caso trattato da una specifica autorità. Tale statuizione può apparire impropria in un documento di *soft law*, che non può, in quanto tale, comportare l'elisione di diritti di cui le

³⁶⁵ L'opacità delle procedure di riallocazione ha spinto alcuni a manifestare l'esigenza che esse vengano formalizzate, al fine di rendere tracciabili le decisioni sulla competenza in seno alla rete, perché soggette al diritto d'accesso in base al regolamento 1049/2011. Cfr. F. MUNARI, *L'applicazione decentrata delle norme antitrust UE. Primi bilanci, problemi irrisolti e parziali soluzioni*, in *Mercato concorrenza regole*, 2010, p. 466. Benché in tal caso un accesso ristretto alle parti secondo le procedure del regolamento 773/2004 appare più appropriato, va comunque chiarito che l'accesso non garantirebbe in sé la sindacabilità di tali determinazioni alla luce delle considerazioni che seguono.

³⁶⁶ Sentenza 3 aprile 2003, *Royal Philips Electronics c. Commissione*, causa T-119/02, in Racc. p. II-1433, punto 276.

³⁶⁷ V. ad es. A. ANDRENANGELI, *The impact of modernisation regulation on the guarantees of due process in competition proceedings*, cit., p. 351, secondo la quale, tuttavia, quella appena menzionata non è una differenza sufficiente a giustificare la conseguente non impugnabilità delle decisioni di riallocazione in seno alla rete, stante in particolar modo il fatto che tale riallocazione potrebbe incidere sul diritto a un procedimento equo da parte delle imprese coinvolte. Questo problema è ritenuto dall'Autrice ancora più urgente nel caso delle richieste di trattamento favorevole nell'ambito dei cartelli.

imprese dispongono in virtù dell'ordinamento comunitario. La sua *ratio* va piuttosto rinvenuta nell'esame sistematico dei criteri di allocazione delle competenze nell'ambito del regolamento 1/2003, come esaminati nel secondo capitolo.

Il regolamento, nell'operare un decentramento attuativo, ad eccezione dell'ipotesi di procedimenti condotti dalla Commissione, ha stabilito un parallelismo pieno delle competenze delle autorità amministrative nazionali. Dal punto di vista dell'ordinamento comunitario, pertanto, l'autorità procedente è legittimata ad esercitare la propria competenza conformemente al regolamento qualora sussistano due condizioni cumulative: la condotta nei cui confronti avvia il procedimento può costituire un'infrazione degli articoli 101 e 102, e la Commissione non ha avviato un procedimento in relazione alla medesima.

L'esistenza di criteri per la determinazione della posizione idonea deriva invece da un atto di *soft law* emanato dalla Commissione, e sottoscritto dalle autorità nazionali, che pertanto hanno vincolato la propria possibilità di agire soltanto nella misura ivi stabilita. Nel momento in cui la Commissione e, indirettamente, le autorità configurano le questioni di allocazione della competenza come meramente poste a presidio dell'efficienza dell'azione attuativa, esse rendono manifesto che la previsione di criteri di idoneità ed efficienza non intende in alcun modo vincolare l'esercizio della competenza di cui dispongono a vantaggio delle imprese coinvolte.³⁶⁸

L'inter-operabilità delle autorità nazionali, come è stato già ricordato in precedenza, riposa a sua volta su un postulato di inter-operabilità dei sistemi amministrativi nazionali, con il loro corollario di disposizioni procedurali

³⁶⁸ Date le rilevanti conseguenze che riguardano anche le sanzioni che l'autorità nazionale può irrogare, la dottrina ha suggerito che le parti dovrebbero quantomeno avere la possibilità di esprimere le proprie osservazioni in merito all'autorità ritenuta in posizione idonea, qualora ciò non pregiudichi l'investigazione eventualmente in corso, cfr. S. BRAMMER, *Co-operation between National Competition Agencies in the Enforcement of EC Competition Law*, in *Tijdschrift voor Belgische Mededinging / Revue de la Concurrence Belge*, 2009/4, p. 216. La stessa autrice ritiene che, al di là dell'analisi della questione dal punto di vista dell'ordinamento comunitario, le parti potrebbero sollevare la questione dell'allocazione del caso in sede di impugnativa del provvedimento finale. Tuttavia, sembra difficile che il sindacato delle giurisdizioni nazionali possa giungere a restringere l'ambito della competenza dell'autorità nazionale a fronte dell'ampia statuizione di competenze parallele da parte dell'articolo 5 del regolamento 1/2003. Si rinvia, in proposito, alla possibilità che l'esercizio della funzione amministrativa sia riconnesso a elementi di collegamento territoriale da parte dell'ordinamento nazionale, questione discussa nel precedente capitolo.

potenzialmente divergenti. E' evidente che, sotto molti profili, anche ulteriori rispetto alle esigenze di tutela delle parti e dei terzi, un'approssimazione delle discipline procedurali può rendere piena l'inter-operabilità, ed è per questa ragione che si assiste ad una tendenza al superamento dell'autonomia procedurale degli Stati membri che verrà meglio descritta nella seconda parte di questo capitolo. Tuttavia, *rebus sic stantibus*, l'ordinamento comunitario consente un certo tasso di discrepanza tra le discipline nazionali, a patto che esse garantiscano uno standard *minimo* di tutela dei diritti fondamentali e uno standard *massimo* di effettività dell'azione attuativa del diritto di concorrenza dell'Unione.³⁶⁹

Tale approccio è confermato in maniera sporadica dalle pronunce della Corte di giustizia, più incisive nel limitare l'autonomia procedurale degli Stati membri quando sia in gioco la portata dei divieti di cui agli articoli 101 e 102, ma più flessibile nel consentire una disciplina divergente in materia di tutela offerta alle situazioni giuridiche soggettive coinvolte.³⁷⁰ In sintesi, in materia di concorrenza, la preminenza dell'effettività dei divieti sull'omogeneità della tutela delle parti fa sì che si è ancora lontani da quel "sommovimento delle placche tettoniche" dell'Unione che dovrebbe progressivamente condurre alla prevalenza strutturale della tutela dei singoli rispetto all'autonomia procedurale degli Stati membri.³⁷¹

³⁶⁹ E' stato osservato, tuttavia, che l'eventuale adesione dell'Unione alla CEDU potrebbe avere un impatto notevole sull'interpretazione delle garanzie procedurali cfr. M. COCCONI, *Il giusto procedimento come banco di prova di un'integrazione delle garanzie procedurali a livello europeo*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2010, p. 1140. Ciò potrebbe comportare anche una progressiva uniformità nell'interpretazione dei diritti riconosciuti alle parti ed ai terzi, nella misura in cui il vincolo dell'effettività sia anche riferito alla tutela dei diritti riconosciuti dall'ordinamento comunitario.

³⁷⁰ E a patto che la divergenza non incida sull'uniforme attuazione delle norme procedurali direttamente dettate dall'ordinamento comunitario, quali quelle relative ai procedimenti della Commissione. Il rapporto tra effettività degli articoli 101 e 102 e la tutela delle situazioni giuridiche soggettive è stato efficacemente definito come "one-sided approach to enforcement of competition law", cfr. D. REICHEL, *To what extent does the co-operation within the european competition network protect the rights of undertakings?*, in *Common market law review*, 2005, p. 782.

³⁷¹ Cfr. A. ARNULL, *The principle of effective judicial protection in EU law: an unruly horse?*, in *European Law Review*, 2011, p. 68: "the tectonic plates of Union law may be in the process of shifting again. The general principle of effective judicial protection seems to have established itself as hierarchically superior to that of national procedural autonomy". L'analisi dell'Autore, tuttavia, è incentrata su altre politiche dell'Unione, quali la protezione dei consumatori, la disciplina degli appalti pubblici, la libera circolazione delle persone e la parità di trattamento tra uomini e donne.

Questo sembra prevalere anche rispetto a esigenze di tutela della certezza del diritto. La vicenda della riservatezza delle comunicazioni tra impresa e avvocato nella più recente giurisprudenza della Corte, infatti, benché relativa ai poteri di accertamento e non a questioni di competenza, consente un'interpretazione di tale principio compatibile con l'impostazione strutturale appena spiegata. Sembra infatti che la Corte ritenga garantita la certezza del diritto non tanto quando il contenuto dei diritti e degli obblighi di una impresa sia il medesimo a prescindere dall'autorità procedente, bensì quando essa sia in grado di determinare i propri diritti ed obblighi in relazione ad una specifica autorità procedente.³⁷²

Prima di passare ad esaminare le dinamiche di convergenza tra gli ordinamenti nazionali e quello comunitario in relazione a questi ed altri profili, vale la pena citare un secondo aspetto problematico per la tutela delle parti del procedimento, che trae anch'esso origine dai meccanismi di funzionamento della rete. Vi sono diverse ipotesi in cui i soggetti della rete possono esprimersi in relazione ad un procedimento avviato da uno di essi. Nel caso della Commissione, in base all'articolo 11 del regolamento, essa può anche pronunciarsi sulla linea d'azione proposta da una autorità nazionale prima dell'adozione delle decisioni citate al paragrafo 4 o su ogni altra questione

³⁷² Si vedano in particolare i punti 104 e 105 della già citata sentenza C-550/07 P, *Akzo Nobel*, "Conseguentemente, le imprese [...] sono in grado di determinare i propri diritti ed i propri obblighi nei confronti delle autorità competenti e del diritto applicabile [...]. Le imprese possono quindi orientarsi utilmente in funzione delle competenze delle suddette autorità e dei loro poteri concreti in materia di raccolta di documenti. Il principio della certezza del diritto non impone dunque il ricorso, per i due tipi di procedimento di cui sopra, a criteri identici per quanto riguarda la riservatezza delle comunicazioni tra avvocati e clienti". V. altresì, nello stesso procedimento, le conclusioni dell'avvocato generale Kokott del 29 Aprile 2010, in particolare punti 130-134, "Le ricorrenti sostengono che è inaccettabile far dipendere la sorte di un medesimo documento interno all'impresa dal fatto che a chiederne l'acquisizione nel corso di un'ispezione sia un'autorità nazionale garante della concorrenza oppure la Commissione. Benché tale rilievo esprima una preoccupazione assolutamente condivisibile, tuttavia sul piano giuridico esso non risulta fondato. Né il principio di certezza del diritto, né i diritti della difesa esigono che il diritto dell'Unione e il diritto nazionale adottino, nei rispettivi ambiti di applicazione, i medesimi parametri [...]. Senz'altro si approderebbe ad una semplificazione della disciplina giuridica se le disposizioni processuali applicabili alle ispezioni in materia di concorrenza [...] fossero rese uniformi all'interno dell'Unione. Una siffatta armonizzazione completa, tuttavia, allo stato attuale del diritto dell'Unione non esiste. Se essa debba essere realizzata, è questione di politica del diritto [...]; le imprese interessate comunque non possono farsi da sé una tale armonizzazione invocando i diritti della difesa e il principio della certezza del diritto".

concernente l'applicazione del diritto comunitario ai sensi del successivo paragrafo 5.

Ci si potrebbe interrogare sulla possibilità per le imprese coinvolte di avere conoscenza di tali pareri ai fini dell'esercizio dei propri diritti di difesa, ma vi è una espressa previsione che preclude tale ipotesi all'articolo 27 paragrafo 2 del regolamento, in base al quale "sono esclusi specificamente dal diritto di accesso gli scambi di corrispondenza fra la Commissione e le autorità garanti della concorrenza degli Stati membri". Benché tale disposizione disciplini soltanto i procedimenti della Commissione, si è già ricordato che nella maggior parte dei casi la Commissione trasmette le proprie osservazioni alle autorità nazionali in maniera informale, per lo più orale.

E' stato giustamente osservato che questo elemento potrebbe costituire una lesione dei diritti della difesa nel caso in cui il soggetto che adotta la decisione sia una autorità giudiziaria.³⁷³ Il regolamento 1/2003, pertanto, non violerebbe esigenze fondamentali della tutela delle parti soltanto se le autorità giudiziarie fossero sottratte ai meccanismi di raccordo summenzionati. E' da ritenersi insufficiente, pertanto, l'articolo 35 del regolamento 1/2003, allorché esso esenta le autorità giudiziarie responsabili dell'adozione di provvedimenti di cui all'articolo 5 soltanto dall'applicazione dell'articolo 11 paragrafo 6 (che si applica quindi solo alle rispettive autorità nazionali responsabili della fase istruttoria), ma non stabilisce una deroga esplicita anche per l'onere previsto dall'articolo 11 paragrafo 4.³⁷⁴

³⁷³ Per un esame di tali profili alla luce della tutela dei diritti fondamentali garantita dalla CEDU, cfr. M. MESSINA, *La Rete europea delle autorità garanti della concorrenza tra Convenzione europea dei diritti dell'uomo e Carta dei diritti fondamentali*, cit., p. 762. Secondo G. DI FEDERICO, *The impact of the Lisbon Treaty on EU Antitrust Enforcement: Enhancing procedural Guarantees through Article 6 TFUE*, cit., p. 831, invece, la restrizione assoluta del diritto di accesso per ciò che concerne le comunicazioni interne alla rete è in ogni caso potenzialmente lesiva dei diritti della difesa delle parti del procedimento.

³⁷⁴ Un ulteriore profilo di criticità è stato rilevato da, D. REICHELDT, *To what extent does the co-operation within the european competition network protect the rights of undertakings?*, cit., p. 760, il quale sottolinea il problema della trasmissione "verticale" di informazioni dall'autorità alla Commissione. Qualora l'autorità non possa trasmettere la decisione che essa prevede di adottare, essa dovrà trasmettere, infatti, "qualsiasi altro documento che esponga la linea d'azione proposta", oltre ad ogni altro elemento necessario alla valutazione della pratica se richiesto dalla Commissione. L'autore sottolinea che la definizione ampia di quest'obbligo di trasmissione impedisce che le imprese possano essere a conoscenza di quali specifiche informazioni siano state trasmesse dall'autorità alla Commissione.

2. Progressiva erosione del principio di autonomia procedurale in ambito amministrativo

a) Autonomia procedurale o recessività del diritto amministrativo nazionale?

Il principio di autonomia procedurale è uno dei pilastri che regge i rapporti tra l'ordinamento comunitario e l'ordinamento nazionale per ciò che attiene all'attuazione del diritto dell'Unione da parte delle autorità degli Stati membri. Nel corso della trattazione si è avuto modo di enunciare, benché in modo occasionale, alcune delle conseguenze e dei limiti di tale principio per ciò che concerne l'applicazione del diritto della concorrenza dell'Unione tramite i sistemi amministrativi nazionali. E' pertanto opportuno esplorarne i confini nell'ambito delle funzioni amministrative esercitate dalla rete ed esaminare le conseguenze del suo progressivo superamento. L'esercizio della funzione amministrativa comunitaria nella rete, inoltre, può fornire un modello dell'evoluzione delle dinamiche di interazione tra il diritto amministrativo comunitario, come paradigma attuativo del diritto materiale dell'Unione, e il diritto amministrativo nazionale, che ne è fortemente limitato ed influenzato nel disciplinare l'attuazione a livello nazionale, benché formalmente ricompreso nella sfera dell'autonomia degli Stati membri.

Il punto di partenza dell'analisi è l'esame del complesso intreccio di discipline di diversa origine che impedisce una netta demarcazione dei confini delle rispettive sfere di incidenza del diritto amministrativo nazionale e del diritto materiale dell'Unione. Alla base dei rapporti tra gli ordinamenti come disciplinati dai principi di primato del diritto dell'Unione, di effetto diretto delle disposizioni di cui agli articoli 101 e 102 del trattato, e dal principio di autonomia procedurale, si dovrebbe postulare un sistema in cui il diritto dell'Unione stabilisce nel proprio ambito di competenza le norme sostanziali (in questo caso, i divieti di condotte distorsive della concorrenza), e vincola gli Stati membri alla loro attuazione e alla tutela delle situazioni giuridiche soggettive che conferisce ai soggetti dell'ordinamento secondo modalità stabilite dal diritto nazionale.

Il diritto della concorrenza dell'Unione, tuttavia, a livello primario prevede anche che la responsabilità dell'esercizio della funzione amministrativa necessaria a vigilare e reprimere le condotte distorsive della concorrenza spetta in primo luogo (o meglio in ultima istanza) alle istituzioni dell'Unione stessa. A livello di diritto derivato, inoltre, si stabiliscono i confini e le modalità secondo le quali l'attuazione amministrativa può essere decentrata in capo alle autorità amministrative degli Stati membri.

Se, in linea generale, i vincoli all'autonomia procedurale degli Stati membri si riconnettono all'effettività delle norme di diritto materiale dell'Unione,³⁷⁵ in questo caso la signoria degli Stati membri nell'ambito del diritto amministrativo è invece destinata a comprimersi anche in virtù di opzioni prettamente procedurali che rispondono ad esigenze ulteriori, quali l'applicazione efficace ed uniforme del diritto di concorrenza dell'Unione. Il decentramento amministrativo e l'applicazione uniforme vanno in tal senso di pari passo, e sono il presupposto della previsione di modalità e vincoli nell'esercizio della funzione amministrativa a livello nazionale. In altre parole, nel diritto dell'Unione si realizza uno stretto legame tra l'effettività delle norme sostanziali stabilite dal Trattato e l'effettività degli strumenti procedurali mediante i quali esse debbono essere attuate.

Si possono individuare, a questo proposito, alcune modalità tipiche di limitazione dell'autonomia procedurale degli Stati membri, per evidenziare che esse sono la conseguenza di un'opzione di integrazione amministrativa fondata sul decentramento. Il processo di creazione della rete amministrativa che ne consegue, tuttavia, ha allo stesso tempo innescato una ulteriore tendenza all'erosione dell'autonomia procedurale degli Stati membri. Questa si realizza in modo più flessibile ed è capace di far evolvere il modello verso una convergenza del diritto amministrativo nazionale e comunitario anche al di là di ciò che è strettamente necessario all'attuazione effettiva degli articoli 101 e 102 TFUE.

³⁷⁵ In questo contesto si farà esclusivamente riferimento al criterio di effettività del diritto sostanziale. La questione dell'equivalenza è, infatti, meno decisiva nell'economia dello studio del superamento dell'autonomia procedurale dei sistemi amministrativi degli Stati membri. Per un'analisi dell'interazione tra i due principi, anche in una prospettiva di elaborazione storica di essi da parte della Corte si rinvia a P. GIRERD, *Les principes d'équivalence et d'effectivité: encadrement ou désencadrement de l'autonomie procédurale des Etats membres*, in *Revue Trimestrelle du droit européen*, 2002, p. 81.

Il fenomeno del superamento dell'autonomia procedurale degli Stati membri in ambito amministrativo può essere letto secondo fasi distinte. Il primo momento logico di questa tendenza è dato dall'opzione strutturale per un sistema di applicazione decentrata caratterizzato da competenze parallele. Il regolamento 1/2003 disciplina esso stesso alcuni elementi procedurali, in una accezione ampia, dell'azione amministrativa delle autorità nazionali, che sono strettamente funzionali allo scopo di un'effettiva attuazione delle norme dell'Unione. Questo primo livello è il livello dell'approssimazione dei diritti amministrativi nazionali in virtù di esigenze strutturali di effettività, mediante la previsione di modalità procedurali di attuazione che si impongono anche al diritto amministrativo nazionale.

Il secondo livello si riconnette strettamente, invece, all'esigenza di uniforme applicazione, la quale, pur potendo essere ricompresa nell'ampia definizione di effettività delle disposizioni sostanziali, ha una sua statura autonoma.³⁷⁶ Tra gli esempi possono inserirsi le disposizioni relative alla sospensione di procedimenti pendenti innanzi ad una autorità nazionale, o al rigetto della denuncia in virtù dell'esercizio della competenza amministrativa da parte di un'altra autorità nazionale, nonché tutti i meccanismi di raccordo procedurale in seno alla rete volti ad assicurare l'uniforme interpretazione ed applicazione del diritto dell'Unione ad un caso specifico.

Queste due tipologie di limitazioni al principio di autonomia procedurale degli Stati membri sono accomunate dal carattere della rigidità con cui operano rispetto all'ordinamento nazionale.³⁷⁷ Si è di fronte a veri e propri vincoli procedurali all'azione delle autorità amministrative nazionali (o meglio alla capacità del diritto amministrativo nazionale di disciplinare autonomamente tali fenomeni). Da un punto di vista tecnico, tale vincolo rigido è reso possibile dal

³⁷⁶ Si fa qui riferimento a tutte le dimensioni dell'uniforme applicazione, ovvero l'uniforme applicazione delle norme di concorrenza alla medesima fattispecie e l'uniformità complessiva dell'interpretazione degli articoli 101 e 102 nell'attività attuativa dei nodi della rete, cfr. il già citato D. J. GERBER, P. CASSINIS, *The "Modernisation" of European Community Competition law: achieving consistency in enforcement*, cit., *passim*.

³⁷⁷ Esse manifestano, in altre parole, quella "funzionalizzazione" dell'autonomia procedurale degli Stati membri, per cui quest'ultima si pone "in funzione servente" rispetto all'obbligo di garantire l'effettività del diritto materiale dell'Unione, cfr. D.-U. GALETTA, *Riflessioni sulla più recente giurisprudenza comunitaria in materia di giudicato nazionale (ovvero sull'autonomia procedurale come competenza procedurale funzionalizzata)*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 2009, p. 963.

primato del diritto comunitario e dal principio di effetto utile. Oltre alle disposizioni del regolamento, tale limitazione del diritto procedurale nazionale può avvenire anche per effetto di interventi della Corte di Giustizia, allorché essa sia chiamata a pronunciarsi su determinate disposizioni del diritto nazionale che regolano l'attività attuativa posta da parte dei soggetti dell'ordinamento nazionale.

I criteri di superamento dell'autonomia procedurale appena citati sono funzionali all'instaurazione di una vera e propria rete che attua parallelamente gli articoli 101 e 102 del trattato in sede amministrativa. Si è visto, tuttavia, che ciò non è di per sé sufficiente a un sistema pienamente caratterizzato dall'interoperabilità dei soggetti della rete, perché permangono distinzioni a livello dell'efficacia dell'azione delle autorità nazionali e del livello di tutela che esse devono assicurare alle parti ed ai terzi. Tali distinzioni possono variare, come si è osservato nel precedente capitolo e nella prima sezione di questo capitolo, a seconda delle diverse modalità di interazione tra gli ordinamenti nazionali coinvolti e la diversa intensità con cui l'ordinamento comunitario incide sui limiti insiti nell'esercizio di una funzione amministrativa a livello nazionale, favorendo l'uniformità degli esiti applicativi.

Lo spazio entro cui possono svilupparsi tali divergenze, pertanto, coincide pienamente con lo spazio di autonomia procedurale che residua in capo agli Stati membri. L'autonomia procedurale, nella misura in cui permette il verificarsi di divergenze attuative a livello nazionale, impedisce la piena fungibilità delle autorità nazionali nell'attuazione di norme che attengono al mercato interno, che è uno spazio giuridico transnazionale per sua stessa natura. In altre parole, l'interoperabilità delle autorità amministrative nazionali nell'esercizio di una funzione amministrativa comunitaria decentrata non può definirsi piena nella misura in cui l'autonomia degli Stati membri può condurre a soluzioni procedurali diverse, benché vincolate dall'effettività dei divieti sostanziali attuati.

Gli interventi rigidi dell'ordinamento comunitario a limitazione dell'autonomia procedurale che sono stati discussi finora tendono ad appianare tali divergenze, ma soltanto nella misura in cui esse possano minare l'effetto utile

delle proibizioni stabilite dal trattato, anche nel senso di una loro applicazione difforme. Minore attenzione è rivolta, tuttavia, alle ricadute dell'autonomia degli ordinamenti nazionali sul grado di tutela offerto ai singoli, come si è visto nella prima parte del presente capitolo. Allo stesso tempo, le questioni di mera "efficienza" delle diverse soluzioni amministrative a livello nazionale non sono di per sé sufficienti a legittimare un intervento dell'ordinamento comunitario che possa renderle omogenee.

E' per questi motivi che si sta sviluppando, nell'ambito della rete, una tendenza alla convergenza flessibile delle norme procedurali. Questo terzo momento del superamento dell'autonomia procedurale può essere qualificato come erosione dal basso dell'autonomia procedurale in luogo della compressione operata d'autorità da parte dell'ordinamento comunitario. Va notato innanzitutto che l'erosione avviene *in ragione* dell'esistenza della rete, e non ai fini della sua instaurazione (come accade invece per il secondo tipo di compressione dell'autonomia procedurale). Essa trova così motivo e occasione di svilupparsi proprio in virtù della coesistenza di procedimenti amministrativi disciplinati dal diritto comunitario e da diversi insiemi normativi di diritto nazionale che convivono al fine dell'attuazione delle medesime norme sostanziali. La rete, in altri termini, autoalimenta la tendenza alla convergenza, fungendo non soltanto da foro di discussione sulle problematiche sostanziali dell'applicazione del diritto di concorrenza dell'Unione, ma anche delle problematiche procedurali della sua attuazione, rendendo l'ambito di autonomia del diritto amministrativo nazionale intrinsecamente recessivo.

b) Vincoli espliciti e vincoli impliciti all'autonomia procedurale degli Stati membri

La compressione dell'autonomia procedurale degli Stati membri necessaria a dar vita e ad assicurare il funzionamento della rete di autorità garanti della concorrenza è assicurata, innanzitutto, da una serie di norme che sono state già ricordate, in altre parti della trattazione. Vale la pena, in questa sede, evidenziarne alcuni caratteri in modo riassuntivo.

Per ciò che concerne l'articolo 5 del regolamento 1/2003 si è già detto che esso dispone un elenco di poteri di decisione da attribuire alle autorità nazionali. Dal punto di vista dell'autonomia procedurale questo stabilisce allo stesso tempo un vincolo positivo e negativo. Il fatto che l'elenco costituisca un limite ai poteri attribuibili alle autorità nazionali, non consentendo ad esempio l'adozione di decisioni di segno positivo nel senso dell'inapplicabilità degli articoli 101 e 102 a una determinata condotta, costituisce un vincolo negativo all'autonomia degli Stati, determinando una sfera di attribuzioni che essi non possono conferire alle autorità nazionali. Allo stesso tempo, almeno per ciò che concerne la constatazione di un'infrazione, l'irrogazione di sanzioni, e l'adozione di misure cautelari, si è anche in presenza di un vincolo positivo, dal momento che in assenza di tali attribuzioni non potrebbe essere assicurata l'effettiva tutela della concorrenza rispetto a condotte potenzialmente distorsive poste in essere dalle imprese. Il risultato complessivo è quello di favorire una certa omogeneizzazione degli strumenti tramite cui le autorità amministrative possono esercitare il proprio potere repressivo in seno al mercato interno.

La seconda tipologia di vincoli individuati, funzionali al principio di uniforme applicazione, può essere ugualmente rinvenuta nel regolamento 1/2003. Questi vincoli attengono tutti allo svolgimento del procedimento da parte delle autorità nazionali, e servono allo scopo di permettere il funzionamento della rete sia per ciò che concerne l'attuazione delle proibizioni del Trattato, sia per garantire l'efficienza dell'azione amministrativa condotta dalla rete considerata globalmente, e cioè l'esercizio della funzione amministrativa secondo l'esigenza di concentrazione della funzione amministrativa.

A questo proposito si può citare innanzitutto l'articolo 13 del regolamento, che consente ad una autorità nazionale di sospendere il proprio procedimento o di rigettare una denuncia qualora un'altra autorità abbia avviato il procedimento. Sempre al fine di favorire la concentrazione attuativa, va ricordato l'onere di effettuare accertamenti su richiesta di un'altra autorità nazionale nell'ambito dell'attività istruttoria che essa sta svolgendo (articolo 22). Allo scopo di favorire l'uniforme applicazione sostanziale, inoltre, sono previste disposizioni relative alla possibilità di consultare la Commissione su qualsiasi questione concernente l'applicazione degli articoli 101 e 102 del Trattato o l'obbligo di esporre ad essa la linea di azione proposta per alcune tipologie di decisioni, almeno 30 giorni prima che esse siano adottate da parte di una autorità nazionale (articolo 11).

I vincoli dell'ordinamento comunitario funzionali ad una applicazione uniforme ed efficace, tuttavia, non si esauriscono in quanto espressamente disciplinato dal regolamento. L'autonomia procedurale degli Stati membri potrebbe subire ulteriori, incisive limitazioni di carattere rigido (e cioè prescritto da ragioni di effettività dell'ordinamento comunitario) ogni qual volta una disposizione del diritto amministrativo nazionale sia di ostacolo non soltanto all'efficace esercizio della funzione amministrativa di tutela della concorrenza prevista dal trattato, ma anche al suo esercizio secondo il modello della rete di autorità amministrative retto dal diritto derivato (regolamento 1/2003). In questo caso, la compressione dell'autonomia procedurale degli Stati membri può avvenire per effetto di sentenze della Corte di Giustizia.³⁷⁸

Un primo esempio di questo fenomeno è già stato citato a proposito della possibilità per le autorità nazionali di adottare, nell'esercizio della propria competenza amministrativa, una decisione di constatazione di inapplicabilità degli Articoli 101 o 102 del Trattato mediante la quale chiudere un procedimento avviato.³⁷⁹ La Corte ha chiarito in quel caso un vincolo negativo, consistente nel

³⁷⁸ Va accolta la ricostruzione secondo cui, mediante i propri interventi, la Corte di Giustizia in questi casi "si può spendere in un'opera di vera e propria creazione di una produzione giuridica del tutto nuova, atteso che la disapplicazione di una norma processuale nazionale, o l'integrazione per via giurisprudenziale del suo precetto, non possono se non dare luogo alla nascita di norme giuridiche prima inesistenti", come sostenuto da G. VITALE, *L' "autonomia procedurale" nel caso Janecek e le possibili ricadute sull'ordinamento giuridico italiano*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 2009, p. 412.

³⁷⁹ Sentenza 3 Maggio 2011, *Tele2 Polska*, causa C-375/09, cit.

fatto che qualora l'autorità nazionale non ravvisi che vi siano sufficienti elementi per un intervento di natura repressiva, essa deve limitarsi a decidere di non aver motivo di intervenire (in qualunque forma consentita dal diritto amministrativo nazionale, ad esempio chiudendo il procedimento con decisione), senza poter prendere una posizione negativa in merito all'applicabilità delle proibizioni di intese e abusi di posizione dominante alla fattispecie esaminata.³⁸⁰

Una situazione analoga si è presentata di recente in una controversia avente ad oggetto una specifica disposizione del diritto amministrativo belga. Si tratta del caso *VEBIC*, concernente una condotta anticompetitiva posta in essere da una associazione di panificatori. L'associazione aveva impugnato la decisione dell'autorità belga per ottenerne l'annullamento, ma il Ministero dell'Economia non si era costituito come amministrazione resistente. La legge belga non prevedeva la possibilità per l'autorità di concorrenza di costituirsi come convenuto in sede di impugnazione delle decisioni che essa adotta. A quest'ultima, pertanto, era preclusa la possibilità di presentare osservazioni in tale sede in base al diritto nazionale. Il giudice aveva di conseguenza esperito un rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia, per verificare se l'assenza di legittimazione passiva in capo all'autorità garante nazionale fosse incompatibile con il diritto dell'Unione.

La Corte di Giustizia³⁸¹ non ha ritenuto decisivo l'articolo 15 del regolamento, che consente alle autorità nazionali di intervenire in procedimenti concernenti l'applicazione degli articoli 101 e 102, dal momento che la situazione in questione concerneva un procedimento innanzi a un giudice nazionale in cui l'autorità avrebbe dovuto comparire in quanto convenuto per difendere la legittimità della decisione che essa stessa aveva adottato, piuttosto che come *amicus curiae*.

La Corte ha invece osservato che, benché l'articolo 35 del regolamento non si pronunciasse espressamente sulla questione, richiedendo soltanto che gli Stati membri designino l'autorità deputata all'attuazione delle norme di concorrenza, "il fatto di non riconoscere all'autorità nazionale garante della concorrenza i

³⁸⁰ Benché questo vincolo avrebbe potuto ritenersi già espressamente sancito dal Regolamento 1/2003, e dalla struttura delle competenze decisionali disciplinate dal suo articolo 5.

³⁸¹ Sentenza del 7 Dicembre 2010, *VEBIC*, causa C-439/08, non ancora pubblicata in Raccolta.

diritti quale parte della controversia e, quindi, di impedirle di difendere la decisione da essa adottata nell'interesse generale comporta il rischio che il giudice adito sia del tutto "prigioniero" dei motivi e degli argomenti svolti dall'impresa o dalle imprese ricorrenti" e che "l'esistenza stessa di un rischio simile è atta a compromettere l'adempimento dell'obbligo specifico che, a norma del regolamento, incombe alle autorità nazionali garanti della concorrenza di garantire l'efficace applicazioni degli artt. 101 TFUE e 102 TFUE",³⁸² anche in ragione della complessità delle valutazioni giuridiche ed economiche coinvolte.

La Corte non è arrivata a prevedere che l'intervento in giudizio sia obbligatorio, ma ha rimesso all'autorità la valutazione della necessità e dell'opportunità dell'intervento ai fini dell'efficace applicazione del diritto di concorrenza dell'Unione. In ogni caso, la Corte ha aggiunto che "una non comparizione quasi sistematica di tali autorità sarebbe atta a compromettere l'effetto utile" delle proibizioni stabilite dal trattato.³⁸³

La pronuncia in esame è particolarmente incisiva rispetto all'effettiva estensione del principio di autonomia procedurale degli Stati membri. La Corte ha citato espressamente il principio per ribadire che spetta agli Stati membri determinare le modalità di attuazione degli obblighi che incombono sulle autorità nazionali ai sensi del trattato e del regolamento, e che pertanto essi restano competenti a designare "gli organi appartenenti all'autorità nazionale garante della concorrenza che dispongono della facoltà di partecipare, in quanto parte convenuta, ad un procedimento, dinanzi ad un organo giurisdizionale nazionale, rivolto contro la decisione che promana da detta autorità".³⁸⁴

A ben vedere, tuttavia, l'autonomia procedurale che residua allo Stato membro è fortemente limitata,³⁸⁵ dal momento che la Corte giudica

³⁸² *Ibidem*, punto 58.

³⁸³ *Ibidem*, punto 61.

³⁸⁴ *Ibidem*, punto 63.

³⁸⁵ Questo è tanto più significativo nella misura in cui la Corte ha argomentato che l'assenza della previsione in questione fosse contraria non soltanto agli Articoli 101 e 102 del Trattato, ma anche all'articolo 35 del regolamento, che invece appariva tutelare l'autonomia procedurale residua degli Stati membri nel contesto dell'attuazione amministrativa delle norme di concorrenza quantomeno per ciò che concerne i profili di organizzazione amministrativa. In tal senso si può condividere l'opinione che la sentenza in questione marca la netta prevalenza del principio di effettività sul principio di autonomia procedurale, cfr. N. PETIT, *The Judgement of the Court of Justice of the EU in the VEBIC case: a tale of two statutory loopholes*, Brussels school of Competition

insoddisfacente che il diritto interno attribuisca tale facoltà soltanto all'amministrazione statale di norma competente a costituirsi in controversie di questo genere (nel caso di specie, il ministero dell'Economia belga), quando questa non coincide con l'autorità di concorrenza. Il diritto dell'Unione, pertanto, esige che le autorità nazionali siano dotate dall'ordinamento interno di legittimazione passiva nei procedimenti di impugnazione dei loro atti, atteso che essi siano stati adottati in attuazione degli articoli 101 e 102 TFUE, benché residui in capo allo Stato membro la possibilità di decidere quale organo appartenente all'autorità sia competente a tal fine.³⁸⁶ In tal modo, il diritto amministrativo nazionale perde terreno rispetto non soltanto nella disciplina dei procedimenti amministrativi di attuazione da parte dell'autorità, ma anche relativamente ad un profilo strettamente concernente la disciplina procedurale³⁸⁷ del sindacato giurisdizionale esercitato sugli atti da essa adottati.

Più in generale, occorre condividere la lettura secondo cui la sentenza della Corte nel caso *VEBIC* segna un passo avanti nella tipologia di limiti imposti dal diritto dell'Unione all'autonoma definizione da parte degli Stati membri delle disposizioni di diritto amministrativo che reggono i procedimenti attuativi del diritto comunitario, quantomeno nel settore della concorrenza.³⁸⁸ Per apprezzare questa evoluzione si può ad esempio comparare la pronuncia in questione con la

Working Paper Series, n. 1/2011, p. 5, apparso come *The Judgment of the European Court of Justice in VEBIC: filling a gap in Regulation 1/2003*, in *Journal of European Competition law and practice*, 2001, p. 1.

³⁸⁶ Questa precisazione della Corte si può probabilmente spiegare alla luce del fatto che nell'ordinamento belga la competenza amministrativa è suddivisa tra la *Direction générale de la concurrence* (funzioni investigative) e il *Conseil de la Concurrence* (adozione delle decisioni), che si suddivide a sua volta in una *Assemblée générale* che discute i casi sulla base di rapporti motivati sottoposti da un *Auditorat*. Un analogo problema quanto alla legittimazione passiva poteva ravvisarsi anche nell'ordinamento francese, prima della riforma del *Code du Commerce* del 2009.

³⁸⁷ Quanto all'estensione di tale sindacato, la Corte di Giustizia ha sempre dimostrato maggiore *self restraint*, come sottolinea ad esempio R. CHIEPPA, *Le nuove forme di esercizio del potere e l'ordinamento comunitario*, cit. p. 1366. V. anche M. MORETTI, *Valutazioni economiche complesse in materia antitrust e self restraint dei giudici dell'U.E.*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 2009, p. 315.

³⁸⁸ La pronuncia, infatti, sembra incidere in modo strutturale e positivo su una questione di tutela giurisdizionale rispetto ad atti amministrativi. La tradizionale tendenza della Corte in questi casi, invece, era stata segnata da interventi "negativi". Si tratta di interventi con cui la Corte censura una determinata disposizione del diritto nazionale come potenzialmente lesiva dell'efficacia pratica delle norme del Trattato, senza compromettere la possibilità per lo Stato membro in questione di porvi rimedio secondo autonome soluzioni. Su questa tendenza come segno di sopravvivenza di "diversità rispettate" nel metodo di intervento della Corte, v. ad es. D. DE PRETIS, *La tutela giurisdizionale amministrativa in Europa fra integrazione e diversità*, cit., p. 16.

precitata sentenza *Akzo Nobel*³⁸⁹ sulla riservatezza delle comunicazioni tra l'impresa e il proprio avvocato. In quel caso, pur definendo uno standard autonomo per i procedimenti condotti da parte della Commissione, la Corte ha lasciato agli Stati membri la facoltà di disciplinare tali procedimenti in senso più garantista nei confronti delle imprese alla luce del principio di autonomia procedurale.³⁹⁰ In questo caso, invece, la Corte interviene a sancire che le ragioni di effettività del diritto materiale della concorrenza dell'Unione finiscono per plasmare anche il diritto procedurale che ne regge l'attuazione da parte delle autorità nazionali.

c) L'erosione dell'autonomia procedurale mediante la cooperazione flessibile nell'ambito della rete. L'esempio dei programmi di clemenza.

Va ora esaminata la tendenza che vede l'autonomia procedurale progressivamente erosa per effetto dell'esistenza di una rete di autorità garanti della concorrenza, la quale esercita in parallelo competenze amministrative previste dal diritto dell'Unione. Questa modalità di superamento dell'autonomia procedurale si distingue dalle ipotesi ricordate al paragrafo precedente per la circostanza che essa non avviene in modo normativamente rigido nel rapporto tra ordinamento comunitario e ordinamento nazionale, ma piuttosto mediante una dinamica flessibile di convergenza, resa possibile dal foro di discussione sull'applicazione del diritto di concorrenza dell'Unione costituito dalla rete stessa.

L'esempio più compiuto di questo meccanismo di superamento "dal basso" dell'autonomia procedurale degli Stati membri è senza dubbio dato dallo sviluppo di programmi di clemenza a livello nazionale. Il programma di

³⁸⁹ Causa C-550/07 P, *Akzo Nobel*, cit.

³⁹⁰ Cfr. F. RIZZUTO, *The procedural implications of "VEBIC"*, in *European Competition Law Review*, 2011, p. 291. Un elemento interessante sottolineato dall'Autore è che la Corte lascia aperta la questione di come l'esigenza di effettività vada attuata nell'ordinamento nazionale, dal momento che la pronuncia non sembra indicare che la possibilità per l'autorità nazionale di costituirsi sia "self-executing". Ciò renderebbe necessario che lo Stato membro in questione modifichi le norme che disciplinano l'attività dell'autorità di concorrenza. Benché tale soluzione sembra un residuo ossequio all'autonomia procedurale dello Stato membro, sembra più corretto ritenere che il giudice del rinvio dovrà fornire un'interpretazione del diritto nazionale compatibile con quanto prescritto dal diritto dell'Unione.

clemenza è uno strumento che è stato elaborato dalla Commissione, la cui disciplina si rinviene esclusivamente in un atto di *soft law*: la Comunicazione della Commissione relativa all'immunità delle ammende o alla riduzione del loro importo nei casi di cartelli tra imprese³⁹¹ (in seguito anche *leniency notice*). Tale comunicazione si inserisce nell'ambito del processo di aumento dell'efficienza dell'attività amministrativa della Commissione, in linea con l'obiettivo di concentrare l'attuazione delle disposizioni del Trattato sulle infrazioni più distorsive della concorrenza, quali i cartelli orizzontali proibiti dall'articolo 101 paragrafo 1 TFUE. L'incremento dei poteri di indagine della Commissione nel quadro del regolamento 1/2003, infatti, avrebbe potuto risultare insufficiente allo scopo di perseguire efficacemente tali violazioni, che nella quasi totalità dei casi si presentano in forma di accordi segreti tra le imprese. Vi sono pertanto specifiche difficoltà quanto alla scoperta della loro esistenza e alla possibilità di rinvenire elementi utili per fondare la constatazione dell'infrazione e l'eventuale irrogazione di sanzioni.³⁹²

La Commissione ha deciso di utilizzare l'ampia discrezionalità di cui dispone nello stabilire l'ammontare delle ammende al fine di creare un incentivo alla cooperazione da parte delle imprese che hanno preso parte all'infrazione. In particolare, la *leniency notice* prevede che la prima impresa che coopera efficacemente con la Commissione, dando notizia dell'esistenza di un cartello e fornendo elementi utili alla sua sanzione, può ottenere il beneficio dell'immunità dalle ammende.³⁹³ Per le imprese che cooperino successivamente è prevista una riduzione progressiva dell'ammontare dell'ammenda. Tipicamente, nelle decisioni con cui constata l'infrazione in questi casi, la Commissione effettua una constatazione anche in relazione alle imprese che hanno collaborato, stabilisce le ammende che intende comminare coerentemente con la comunicazione sull'ammontare delle stesse, e in seguito applica una riduzione, che nel caso dell'impresa che ottiene l'immunità è integrale.

L'implementazione del programma di clemenza ha notevolmente incrementato, negli anni recenti, l'incisività dell'azione della Commissione. I

³⁹¹ In GUUE C 298 dell'8 Dicembre 2006, p. 17.

³⁹² *Leniency notice*, punto 3.

³⁹³ *Ibidem*, punto 8.

cartelli tra concorrenti hanno inerenti fattori di instabilità, e la prospettiva dell'esenzione da ammende per l'impresa che contatta per prima la Commissione, aggiungendo un incentivo ulteriore a lasciare il cartello, ha consentito la scoperta e la sanzione di numerose intese proibite dall'articolo 101 e l'irrogazione di ammende dell'ammontare complessivo di diversi miliardi di euro.³⁹⁴ In questa sede, tuttavia, va rilevato che l'immunità dalle ammende in sé non è un carattere necessario dell'attività di *enforcement*. Benché sia in grado di renderla più efficace, il trattamento favorevole consiste semplicemente nella modulazione della deterrenza delle sanzioni stabilite discrezionalmente dalla Commissione in sede amministrativa in relazione a un comportamento delle imprese, ma non è un elemento necessariamente inerente all'esercizio della funzione amministrativa o all'attuazione delle proibizioni sancite dal trattato.

Ciononostante, con lo sviluppo del processo di decentramento avvenuto in seguito all'entrata in vigore del regolamento 1/2003, ci si è interrogati sulla possibilità che anche le autorità nazionali si dotassero di simili programmi, quando essi non erano già previsti dalla legislazione nazionale. Si tratta di un caso in cui non sono in questione, in senso stretto, né l'effettività degli articoli 101 e 102 del trattato, né la loro uniforme applicazione in senso sostanziale. La definizione delle sanzioni da attuare è completamente rimessa all'autonomia procedurale degli Stati membri dallo stesso articolo 5 del regolamento,³⁹⁵ così come le modalità procedurali di attuazione di eventuali modalità di cooperazione delle imprese autrici di infrazioni al procedimento condotto dalle

³⁹⁴ A titolo di esempio, nel solo caso del cartello tra produttori di vetri per automobili, la Commissione ha irrogato ammende per un importo complessivo di 1383 milioni di euro, cfr. S. MONKE, L. PIAZZA, S. SIMON, *Commission imposes the highest-ever cartel fine (more than EUR 1.3 billion) on four car glass manufacturers*, in *Competition Policy Newsletter*, 2009/1, p. 59.

³⁹⁵ La disparità di livello delle sanzioni che possono essere inflitte dalle autorità nazionali pone problemi significativi quanto all'effettività dell'azione decentrata. Vale la pena notare che in alcuni ordinamenti, quali il Regno Unito, sono previste anche sanzioni penali per gli individui che pongono in essere violazioni particolarmente gravi delle norme di concorrenza, benché ciò non rilevi immediatamente a livello di attuazione decentrata in quanto si è fuori dall'ambito dell'attuazione amministrativa. E' stato tuttavia sottolineato che anche le sanzioni di natura penale, innescando livelli di deterrenza fortemente diversi rispetto a condotte distorsive della concorrenza nel mercato interno, possono mettere in discussione la tenuta del principio di autonomia procedurale. Cfr. S. BRAMMER, *Severe criminal punishment or modest fines for the same transgression? – Why sanctions for EC competition law infringements should be harmonised*, cit. p. 12. Pur non rientrando nell'alveo del regolamento 1/2003, infatti, esse possono creare forti problemi di disparità di trattamento tra soggetti del mercato interno e cittadini dell'Unione, riconnessi all'attuazione delle medesime norme di diritto sostanziale.

autorità nazionali. La sostanza delle proibizioni e la loro effettiva vigenza non è, in altri termini, messa in questione dall'eventuale assenza di programmi di clemenza, che pertanto non giustifica una compressione dell'autonomia procedurale degli stati membri in senso rigido come definita precedentemente.

La possibilità che le autorità nazionali si dotassero di programmi di clemenza poteva suscitare alcuni interrogativi quanto al funzionamento dei programmi stessi. In un quadro di competenze parallele, infatti, da un lato le imprese potevano essere spinte a rivolgersi ad autorità che offrirono immunità dalle ammende, tra cui la Commissione. D'altro canto, in presenza di più programmi di clemenza a livello nazionale oltre a quello disponibile a livello comunitario, occorre che vi fosse una certa convergenza quanto alle modalità e alle conseguenze riconnesse alla cooperazione con l'autorità procedente, anche al fine di aumentare la certezza giuridica delle imprese, in particolare in quelle ipotesi in cui vi è una maggiore incertezza quanto all'autorità che potrebbe esercitare la competenza in relazione ad una determinata condotta.³⁹⁶

Per rispondere a queste esigenze, la questione dei programmi di clemenza è stata discussa nell'ambito della rete, ed ha portato all'adozione del cosiddetto *ECN Leniency Model Programme*. Si tratta di una sorta di modello di programmi di clemenza volto ad assicurare che essi siano attuati in modo simile dalle autorità che scelgono di ricorrervi in base al proprio ordinamento nazionale, al fine di incoraggiare le imprese a collaborare poiché possono contare su un quadro uniforme di applicazione dei programmi di clemenza.

La prima circostanza da sottolineare è che il *model programme* è stato pubblicato come un documento elaborato dalla rete, senza avere neanche la veste formale di una comunicazione della Commissione. Il modello elaborato dalla rete non è immediatamente produttivo di conseguenze sulle situazioni giuridiche soggettive delle imprese, né vincola le autorità nazionali ad adottare un particolare corso d'azione nell'attuazione dei propri procedimenti. Tuttavia, esso disegna una sorta di percorso comune che le autorità nazionali intendono

³⁹⁶ Le esigenze da tutelare, in quest'ambito, possono anche derivare dal principio del *ne bis in idem* nonché dalla tutela del legittimo affidamento in relazione all'esercizio della discrezionalità da parte dell'autorità procedente in sede di esercizio del potere sanzionatorio.

percorrere per ravvicinare, in modo flessibile, i caratteri procedurali dell'attività di attuazione del diritto di concorrenza dell'Unione.

Quanto ai suoi contenuti, il documento riconosce, innanzitutto, che nel quadro delle competenze parallele delle autorità nazionali, la domanda di trattamento favorevole presentata in adesione ad un programma di clemenza ad una autorità della rete non ha effetti giuridici sull'attuazione da parte di una diversa autorità.³⁹⁷ Nei suoi tratti essenziali, inoltre, il programma-modello riprende molte delle caratteristiche del programma di clemenza attuato dalla Commissione. Si elencano, ad esempio, le condizioni di massima in presenza delle quali sarà l'autorità procedente potrà concedere ad un'impresa il beneficio dell'immunità dalle ammende o una riduzione del loro ammontare. Tali condizioni attengono, da un lato, alle informazioni che le imprese devono fornire all'autorità e, dall'altro, al comportamento cui si devono attenere (terminazione immediata della partecipazione all'infrazione, e piena cooperazione con l'autorità).

Il programma-modello fornisce indicazioni anche su alcuni elementi procedurali della cooperazione tra l'impresa e l'amministrazione. Ad esempio, sono indicate le modalità con cui rivolgersi all'autorità procedente (con la possibilità di mantenere inizialmente l'anonimato) o ottenere la priorità nella richiesta di trattamento favorevole nel caso in cui più imprese intendano cooperare.³⁹⁸ Il modello suggerisce, infine, alcuni requisiti relativi alla forma

³⁹⁷ Non si è pertanto risposto all'esigenza di configurare il sistema della domanda di trattamento favorevole come uno "one-stop shop", e cioè la possibilità di effettuare una sola richiesta in tal senso presso una autorità della rete che valga per tutte le autorità della rete. Le imprese continuano ad avere l'onere di richiedere un trattamento favorevole a tutte le autorità che potrebbero esercitare la competenza attuativa. L'onerosità di tale assetto è stata contestata, in maniera non convincente, da C. GAUER, M. JASPERS, *Designing a European solution for a "one stop leniency shop"*, in *European Competition law review*, 2006, p. 688, secondo le quali il contatto diretto tra l'impresa e l'autorità procedente favorisce la preparazione dell'investigazione in special modo in rapporto ai suoi obiettivi. L'onere è solo parzialmente temperato dalla possibilità di presentare richieste sommarie alle autorità nazionali qualora una richiesta sia stata già inoltrata alla Commissione, con una tendenza inevitabilmente accentratrice. Cfr. anche D. ANDERSON, R. CUFF, *Cartels in the EU: procedural fairness for defendants and claimants*, in *Annual proceedings of the Fordham Corporate law institute*, 2010, p. 208.

³⁹⁸ Si tratta della nota procedura del *marker*, in base alla quale l'impresa ottiene per un certo periodo di tempo la priorità nell'ordine in cui ci si è rivolti alla Commissione, in modo da consentirle di raccogliere le informazioni necessarie ad una richiesta formale di trattamento favorevole senza correre il rischio che, nel frattempo, un'altra impresa effettui tale richiesta e ottenga l'immunità.

delle richieste, codificando la prassi della Commissione che di norma le riceve in forma orale,³⁹⁹ al fine di evitare, ad esempio, che copia dei documenti contenenti la dichiarazione dell'impresa possa essere richiesta da giurisdizioni terze.

Il carattere più innovativo del programma-modello è che con esso la rete tende a conformare il diritto nazionale che regola l'attività dei suoi nodi in maniera più uniforme, favorendo l'adozione di soluzioni sperimentate in altri ordinamenti (siano essi l'ordinamento comunitario o altri ordinamenti nazionali) e ritenute adeguate come *standard* procedimentale da parte della rete. In alcuni casi la convergenza tende anche a stabilire ulteriori vincoli rispetto a quelli espressamente previsti dal regolamento. Si pensi, ad esempio, al fatto che il programma-modello prevede che le informazioni fornite nell'ambito di una richiesta orale da parte di una impresa saranno scambiate tra le autorità non solo se ricorrono tutti i requisiti previsti dall'articolo 12 del regolamento, ma anche se sussiste un'ulteriore condizione: la previsione di meccanismi equivalenti di protezione contro la divulgazione di tali informazioni nell'ordinamento dell'autorità ricevente rispetto a quello dell'autorità che ha ricevuto la richiesta.⁴⁰⁰

³⁹⁹ In tal modo il documento contenente le dichiarazioni dell'impresa relative alla propria partecipazione all'infrazione è un documento della Commissione (che trascrive le dichiarazioni orali rese dall'impresa) e non un documento dell'impresa. Ciò rileva in modo particolare in tutti quei casi in cui l'infrazione si è estesa al di là del territorio dell'Unione. Non è infrequente, infatti, che giurisdizioni di Stati terzi (in particolare gli Stati Uniti) richiedano alle imprese di esibire i documenti trasmessi alla Commissione nel quadro di una richiesta di trattamento favorevole. Trattandosi invece di documenti della Commissione, essa può opporsi all'ordine di esibizione invocando le proprie prerogative nel quadro del principio di *Comity* in diritto internazionale pubblico. La Commissione è intervenuta ripetutamente come *amicus curiae* in tal senso presso giurisdizioni statunitensi, cfr. ad es. *United States District Court of Northern District of California*, in Re: *Methionine Antitrust Litigation*, case No. C-99-3491 CRB MDL n. 1311.

⁴⁰⁰ Ciò sembra coerente con le finalità di tutela dei programmi di clemenza già espresse nella comunicazione sulla rete, punti 37-42. Tuttavia, mentre il programma-modello si preoccupa di tutelare le informazioni rispetto a una loro divulgazione potenzialmente "pregiudizievole" per l'impresa, la comunicazione sulla rete tende piuttosto ad evitare che l'impresa subisca sanzioni da parte di un'altra autorità in base alle informazioni che essa stessa ha volontariamente fornito, cfr. K. DEKEYSER, E. DE SMIJTER, *The exchange of evidence within the ECN*, in *Legal Issues of Economic integration*, 2005, p. 166.

d) *Capacità espansiva dei modelli flessibili di convergenza procedurale.*

Il programma-modello ha ad oggetto un elemento sensibile dell'attuazione amministrativa del diritto di concorrenza dell'Unione, tuttavia sarebbe errato ritenerlo un caso eccezionale.⁴⁰¹ Le sue finalità permettono di svolgere alcune considerazioni sul processo innescato dalla creazione della rete e delle sue ricadute anche in ambiti tradizionalmente rimessi all'autonomia procedurale degli Stati membri, nell'ambito della disciplina di diritto amministrativo nazionale relativa all'attuazione di disposizioni del diritto dell'Unione.

Va innanzitutto ribadito che non si è in presenza di una delle classiche ipotesi in cui l'effettività del diritto sostanziale dell'Unione richiede la previsione di determinati meccanismi procedurali (limitazione rigida dell'autonomia procedurale). E' infatti pacifico, stando anche alle più recenti pronunce della Corte di Giustizia, che i programmi di clemenza possono essere un elemento importante ma certamente non indefettibile dell'attuazione amministrativa delle norme di concorrenza dell'Unione.⁴⁰² Tuttavia, l'efficienza dell'azione decentrata in un sistema di competenze parallele spinge a questa convergenza tra regimi procedurali nazionali, piuttosto secondo i canoni dell'influenza reciproca che della rigida armonizzazione dettata da esigenze riconnesse al primato del diritto dell'Unione.

In secondo luogo, si è qui di fronte a una esigenza di convergenza procedurale che non attiene all'istituzione della rete (come accade invece per alcune limitazioni rigide dell'autonomia procedurale descritte in precedenza), ma al suo ulteriore sviluppo. L'esistenza della rete, e in particolare di competenze parallele e di meccanismi per lo scambio di informazione, tuttavia, possono creare situazioni di difficile coordinamento tra efficiente allocazione del lavoro, concentrazione della funzione repressiva e legittimo affidamento delle parti coinvolte. Questa situazione è notevolmente sensibile dal punto di vista

⁴⁰¹ V. ad es. C. GAUER, M. JASPERS, *The European Competition Network, achievements and challenges – a case in point: leniency*, in *Competition policy newsletter*, 2006/1, p. 9.

⁴⁰² Questa conclusione sembra suffragata dalla già citata sentenza 14 giugno 2011, *Pfleiderer c. Bundeskartellamt*, causa C-360/09, in particolare punti 20 ss.

della tutela delle imprese allorché si richiede la loro cooperazione mediante la volontaria produzione di elementi probatori, che potrebbero in teoria essere utilizzati in procedimenti avviati contro di loro da altre autorità. E' naturale, quindi, che il primo esempio compiuto di convergenza procedurale flessibile cui la rete ha mirato, si sia verificato nel campo dei programmi di trattamento favorevole, con lo scopo esplicito di assicurare una maggiore certezza del diritto alle imprese, e allo stesso tempo una migliore funzionalità dei programmi di clemenza in quegli ordinamenti che li prevedono.⁴⁰³

Non è altresì rilevante, ai fini dell'analisi della flessibilità di questo modello di convergenza, la circostanza che i programmi di clemenza siano previsti a livello comunitario in atti di *soft law*. L'attuazione dei programmi di clemenza negli ordinamenti nazionali, infatti, non è rimessa esclusivamente alla discrezionalità dell'autorità nello stabilire l'ammontare delle ammende (come accade per la Commissione),⁴⁰⁴ ma nella quasi totalità dei casi è stata codificata in atti tipici (per lo più legislativi) degli ordinamenti nazionali perché potesse essere importata nei sistemi amministrativi di questi ultimi.⁴⁰⁵

Quanto alle ricadute negli ordinamenti nazionali, il programma-modello elaborato dalla rete ha fatto sì che, a cinque anni dalla sua adozione, la quasi totalità degli Stati membri prevede nella propria legislazione programmi di clemenza, che sono stati progressivamente adattati al modello elaborato dalla rete.⁴⁰⁶ Va anche osservato che, pur mantenendo formalmente inalterato il

⁴⁰³ Sulla capacità espansiva del processo di convergenza per ciò che attiene al piano procedurale, in riferimento ad alcune novità legislative introdotte nell'ordinamento francese, v. ad es. L. IDOT, *Nouvel épisode de l'adaptation du droit français au règlement 1/2003: convergence confirmée, mais surtout centralisation surprenante*, in *Europe*, 2011, p. 2.

⁴⁰⁴ Nell'ordinamento italiano l'autorità garante è stata espressamente abilitata dal legislatore ad adottare un provvedimento generale per definire i casi in cui essa può concedere l'immunità, benché vi fosse già un precedente in cui essa aveva concesso l'immunità dall'ammenda ad un'impresa che aveva segnalato un cartello cui aveva preso parte, cfr. M. CLARICH, *I programmi di clemenza nel diritto antitrust*, cit., p. 276, secondo il quale, tuttavia, ciò avrebbe potuto porsi in contrasto con il principio di doverosità dell'applicazione delle sanzioni *antitrust*.

⁴⁰⁵ Di estremo interesse per comprendere la natura giuridica dei programmi di clemenza negli Stati membri, tra disposizioni di natura legislativa, decisioni unilaterali delle autorità garanti e atti di *soft law*, è la tavola comparativa prodotta dalla rete ECN, che è stata allegata al rapporto sullo stato della convergenza, reperibili sul sito della direzione generale della concorrenza all'indirizzo http://ec.europa.eu/competition/ecn/model_leniency_programme_annex1.pdf [consultato il 9 settembre 2011]. V. anche V. JUKNEVICIUTE, J. CAPIAU, *The state of ECN leniency convergence*, in *Competition Policy Newsletter*, 2010/1, p. 13.

⁴⁰⁶ Attualmente, l'unica autorità che non opera un programma di clemenza è quella maltese.

sistema di competenze parallele, in virtù del quale una richiesta di trattamento favorevole presso un'autorità non può valere anche per le altre, la previsione della possibilità di effettuare una richiesta in forma semplificata⁴⁰⁷ presso le autorità nazionali, qualora si sia già effettuata una richiesta di trattamento favorevole presso la Commissione, tende a rimarcare il ruolo centrale di quest'ultima. Per semplificare gli oneri amministrativi,⁴⁰⁸ le imprese tenderanno infatti a conformarsi a questo "modello nel modello", trasmettendo la richiesta alla Commissione, che può così mantenere un efficace ruolo di coordinamento dell'azione della rete.

Vi sono tutti gli elementi per ritenere che il caso dell'*ECN leniency model programme* non sia destinato a rimanere un modello isolato. La rete, istituita come strumento di discussione dei problemi attuativi del diritto sostanziale dell'Unione in materia di concorrenza, ha infatti elaborato una vera e propria struttura e, oltre alle questioni concernenti tipologie di pratiche anticoncorrenziali e l'ottimale allocazione della competenza ai fini dell'efficace attuazione amministrativa, è divenuta anche la sede per il confronto di esperienze attuative a cavallo tra il diritto amministrativo comunitario e nazionale. Del resto, i numerosi problemi lasciati aperti dalla lacunosa disciplina del regolamento e della comunicazione sulla rete offrivano numerose questioni destinate a cadere nell'orbita di un paradigma sempre più simile di attuazione amministrativa a livello comunitario e nazionale.

La rete costituisce, quindi, un volano per l'ulteriore convergenza del diritto amministrativo nazionale anche al di là di quanto necessario per l'effettiva attuazione delle norme di concorrenza dell'Unione. Da un lato, infatti, gli interventi rigidi che limitano l'autonomia procedurale degli Stati membri stanno sfociando in un'espressa disciplina di fenomeni del diritto amministrativo nazionale e di opzione di determinati modelli di organizzazione amministrativa.

⁴⁰⁷ Cfr. *ECN leniency model programme*, punti 22-25, da cui si evince, tuttavia, che nelle intenzioni originarie la possibilità di "*summary application*" doveva essere circoscritta ai casi in cui la Commissione fosse in posizione "particolarmente" idonea ad affrontare il caso alla luce del punto 14 della comunicazione sulla rete.

⁴⁰⁸ Oltre alla riduzione degli oneri gravanti sulle imprese, la richiesta in forma semplificata permette una maggiore efficienza nella gestione del sistema di "priorità" nella richiesta qualora diverse autorità siano in posizione idonea ad intervenire, cfr. V. MELI, *I programmi di clemenza nel diritto antitrust italiano*, in *Mercato concorrenza regole*, 2007, p. 223.

Dall'altro, l'incidenza del diritto comunitario per "emulazione" finisce per conformare il diritto amministrativo nazionale al diritto amministrativo comunitario anche quando, come nel caso dei programmi di clemenza, gli Stati membri restano formalmente titolari di autonomia nel disciplinare alcuni aspetti del procedimento attuativo.

Questi fenomeni possono avvenire anche al di fuori dell'impulso della rete, come si è visto nel caso dell'impugnabilità delle delibere di rigetto degli impegni nell'ordinamento italiano. Tuttavia, essi sono comunque resi possibili dall'appartenenza alla rete, oltre che dai numerosi richiami all'ordinamento comunitario nell'ambito di disposizioni di diritto amministrativo interno, che rendono possibile la convergenza delle soluzioni interpretative degli istituti di diritto nazionale⁴⁰⁹ verso il modello primario costituito dal procedimento attuativo delle norme di concorrenza da parte della Commissione.

La convergenza procedurale, come modello di completamento della forma di integrazione amministrativa inaugurata dalla rete, è divenuto uno dei temi maggiormente discussi in seno alla rete stessa.⁴¹⁰ La convergenza, come obiettivo della futura evoluzione del sistema attuativo, connota il diritto amministrativo nazionale di un carattere quasi recessivo, poiché esso non solo deve uniformarsi a criteri di effettività di una disciplina sostanziale dettata a livello comunitario, ma tende anche a ristrutturarsi secondo modelli procedurali definiti in sede comunitaria.

Occorre menzionare, inoltre, che la capacità espansiva della convergenza della rete ha iniziato anche a superare gli argini sostanziali entro cui essa è stata istituita. Il regolamento 1/2003, infatti, attribuisce competenze attuative alle autorità nazionali ed istituisce la rete ai fini dell'attuazione decentrata di specifiche disposizioni del trattato concernenti intese restrittive della concorrenza e abusi di posizione dominante. Nel caso delle concentrazioni (o degli aiuti di

⁴⁰⁹ La legge 287/90, ad esempio, non pone un vincolo interpretativo soltanto in relazione alla sostanza delle proibizioni di cui al primo titolo della legge (articolo 1 comma 4), ma anche in relazione a importanti elementi procedurali quali l'accettazione di impegni (articolo 14-ter comma 1, 2° cpv) o la previsione di ipotesi di trattamento favorevole (articolo 15 comma 2-bis).

⁴¹⁰ Cfr. *Comunicazione della Commissione al Parlamento Europeo e al Consiglio – Relazione sul funzionamento del regolamento n. 1/2003*, COM(2009) 206 definitivo, 29 aprile 2009, punti 30 ss.

Stato), invece, vi è una situazione diversa, in quanto le autorità nazionali agiscono in attuazione di disposizioni sostanziali di diritto nazionale.

In quest'ottica, è particolarmente significativo che l'ultimo intervento in ordine cronologico è stato il lancio di una consultazione pubblica su un documento destinato a testare i confini della convergenza anche nel campo delle concentrazioni,⁴¹¹ e pertanto non solo al di fuori dei limiti normativi materiali entro cui la rete è stata istituita, ma anche al di là dell'effettivo campo di applicazione del diritto comunitario antitrust.

Il fenomeno della convergenza in ambito amministrativo⁴¹² può essere ulteriormente evidenziato dal confronto con l'ulteriore dimensione dell'attuazione degli articoli 101 e 102 del Trattato in sede civile. La riflessione sul ruolo degli ordinamenti nazionali nell'ambito della tutela risarcitoria del danno antitrust è coeva all'inizio del processo di decentramento attuativo delle medesime norme in sede amministrativa.⁴¹³

Anche nel caso della tutela civile, la Corte di Giustizia ha operato limitazioni rigide dell'autonomia procedurale degli Stati membri, ad esempio in tema di prescrizione.⁴¹⁴ Tuttavia, le numerose reazioni critiche ai tentativi della Commissione⁴¹⁵ di superare l'autonomia procedurale degli Stati membri in tale ambito hanno segnalato la minore permeabilità del diritto civile e processuale civile alle esigenze di convergenza tra ordinamenti in assenza di interventi di tipo

⁴¹¹ Si tratta del Merger Working Group document – Draft/ Best practices on cooperation between EU national competition authorities in Merger Review del 28 aprile 2011, disponibile all'indirizzo

http://ec.europa.eu/competition/consultations/2011_merger_best_practices/en.pdf [consultato il 9 settembre 2011]. Il gruppo di lavoro sulle concentrazioni è stato istituito nel gennaio 2010, ed è composto da membri della Commissione e delle autorità garanti nazionali. Benché tecnicamente non inserito nella rete ECN vera e propria, il gruppo di lavoro è una riproduzione del modello organizzativo della rete stessa, benché aperto a membri delle autorità garanti degli altri paesi dello Spazio Economico Europeo quali osservatori.

⁴¹² In generale, il fenomeno della convergenza tra ordinamenti, a prescindere dall'incidenza dell'ordinamento comunitario, ha storicamente interessato in primo luogo il diritto privato e, più segnatamente, il diritto commerciale. Solo più tardi, grazie anche all'impulso dell'integrazione europea, esso ha coinvolto il diritto amministrativo, cfr. M. D'ALBERTI, *Regole e rimedi: convergenze fra i diritti amministrativi d'Europa*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1992, p. 1048.

⁴¹³ La sentenza C-453/99, *Courage Crehan*, cit., che ha dato origine al dibattito risale al 2001. Nel 2005 la Commissione ha pubblicato un libro verde e, nel 2008, un libro bianco sulle azioni di risarcimento del danno per violazione delle norme antitrust dell'Unione.

⁴¹⁴ Cfr. Cause riunite C-295-298/04, *Manfredi*, cit., punti 81 e 82.

⁴¹⁵ Cfr. il già citato Libro Bianco del 2 Aprile 2008 in materia di azioni di risarcimento del danno per violazione delle norme antitrust comunitarie.

normativo.⁴¹⁶ In ambito amministrativo, invece, la rete si è rivelata determinante non solo come soluzione organizzativa nata dal parziale superamento dell'autonomia del diritto nazionale, ma anche come fonte di ulteriori spinte all'integrazione dei sistemi amministrativi.

⁴¹⁶ In merito allo scetticismo degli Stati membri rispetto alla possibile definizione di regole uniformi a livello comunitario in materia di risarcimento del danno antitrust, v. KORTMANN, J. S., *White Paper on antitrust damages actions: why the Member States are (right to be) less than enthusiastic*, in *European Competition Law Review*, 2009, p. 340 ss. Tuttavia, parte della dottrina è dell'avviso che il Trattato offra una sufficiente base giuridica per l'adozione di tali norme, dal momento che l'effettività degli articoli 101 e 102 TFUE nel mercato interno potrebbe richiedere un certo tasso di armonizzazione anche in sede civile. V. ad es. T. EILMANSBERGER, *The Green Paper on damages actions for breaches 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, p. 477; F. RIZZUTO, *Does the European Community have legal competence to harmonise national procedural rules governing private actions for damages for infringements of European Community antitrust rules?*, in *Global Competition Litigation Review*, 2009, p. 47.

CONCLUSIONI

1. Coordinamento e integrazione nell'esercizio della funzione amministrativa comunitaria.

A conclusione del presente lavoro, è bene ricordare il presupposto iniziale dell'analisi, come chiarito nel primo capitolo. L'ambito della concorrenza è di cruciale importanza ai fini del corretto funzionamento del mercato interno. Ciò ha comportato, fin dagli albori dell'ordinamento comunitario, una tendenza forte alla centralizzazione attuativa.⁴¹⁷ I trattati istitutivi come risultanti dall'ultima modifica operata dal trattato di Lisbona esplicitano in modo chiaro la rilevanza della concorrenza, che ne emerge come uno degli ambiti di competenza legislativa esclusiva dell'Unione, e vede confermato il conferimento in capo alla Commissione della responsabilità ultima dell'attuazione delle disposizioni sostanziali di cui agli articoli 101 e 102.⁴¹⁸ Ciò deriva dal ruolo cruciale svolto dalla disciplina della concorrenza nella creazione e nel funzionamento del mercato interno.⁴¹⁹

Nel quadro dell'evoluzione generale dell'ordinamento comunitario, tuttavia, la concorrenza non è sfuggita alla necessità di un processo attuativo che passa per le amministrazioni degli Stati membri. Rispetto alla norma dell'attuazione del diritto dell'Unione, che spetta in primo luogo agli Stati membri, nel campo della concorrenza si è piuttosto assistito a un decentramento della competenza

⁴¹⁷ V. ad es. P. CRAIG, *Amministrazione comunitaria. Storia, tipologia e "accountability"*, in M. D'ALBERTI, *Le nuove mete del diritto amministrativo*, cit., p. 14 ss.

⁴¹⁸ La base giuridica per l'adozione di norme relative all'attuazione di tali disposizioni, prevista all'articolo 103, è rimasta speciale. Sull'incerta qualificazione degli atti adottati in questo contesto in seguito all'entrata in vigore del Trattato di Lisbona (e in particolare sulla controversia in merito alla loro qualificazione come atti legislativi), v. i rilievi di B. DE WITTE, *Legal Instruments and Law-Making*, in S. GRILLER, J. ZILLER, *The Lisbon Treaty – EU Constitutionalism without a Constitutional Treaty?*, Wien, 2008, p. 100.

⁴¹⁹ In merito alla peculiarità del mercato interno come obiettivo dell'Unione in relazione al sistema di attuazione istituito dai trattati, e al ruolo primario assunto da tale sistema nel sistema economico globale, v. E LANZA, *The relationship between EU and Global Antitrust Regulation*, in E. CHITI, B. G. MATTARELLA, *Global Administrative Law and EU Administrative Law*, Berlin - Heidelberg, 2011, p. 227.

amministrativa istituita a livello comunitario.⁴²⁰ Si tratta di un fenomeno che ha pertanto avuto impulso dall'Unione. La responsabilità attuativa ultima degli articoli 101 e 102 rimane in capo alla Commissione, ma è stata declinata come un controllo effettuato dal centro del sistema mediante meccanismi deputati ad assicurare l'uniformità attuativa. Quest'ultima è a sua volta un carattere imprescindibile di una disciplina volta ad assicurare un'omogeneità di condizioni nel mercato interno, sia sotto il profilo regolamentare, che per ciò che concerne i caratteri concreti dell'esercizio di poteri sanzionatori.⁴²¹

Il risultato più significativo di tale processo, coerentemente con quanto accade in modo sempre più evidente nel rapporto tra ordinamento comunitario e ordinamenti nazionali, è stato il crescente coordinamento dell'azione amministrativa posta in essere a diversi livelli, fenomeno sintomatico di quell'amministrazione integrata⁴²² cui tende l'ordinamento comunitario e che supera la tradizionale contrapposizione tra amministrazione diretta e amministrazione indiretta nell'attuazione del diritto dell'Unione.⁴²³

⁴²⁰ V. L. SALTARI, *Amministrazioni nazionali in funzione comunitaria*, cit., p. 27: "Se in altri settori si assiste ad un processo d'attrazione delle funzioni amministrative da parte dell'ordinamento comunitario, la tutela *antitrust* ha seguito l'andamento inverso."

⁴²¹ Cfr. ad es. D. GERBER, P. CASSINIS, *The "Modernisation" of European Community Competition Law: achieving consistency in Enforcement – Part I e Part II*, in *European Competition law review*, 2006, pp. 10-18 e 51-57.

⁴²² Cfr. ad es. E. CHITI, C. FRANCHINI, *L'integrazione amministrativa europea*, Bologna, 2003, p. 189, secondo i quali "l'ordinamento comunitario è oggi integrato con gli ordinamenti degli Stati membri non solo sotto il profilo normativo, ma anche sotto quello amministrativo". Sulla "co-amministrazione" come superamento della dicotomia tra esecuzione diretta ed indiretta v. in generale G. DELLA CANANEA, C. FRANCHINI, *I principi dell'amministrazione europea*, Torino, 2010, p. 135 ss. Vi è chi preferisce, tuttavia, riferirsi ai fenomeni attinenti al rapporto tra amministrazioni nazionali e comunitarie in termini di "amministrazione intrecciata", che trova il proprio modello di riferimento nell'obbligo di leale cooperazione gravante sugli Stati membri in virtù dell'allora articolo 10 TCE. Cfr. D.-U. GALETTA, *Coamministrazione, reti di amministrazioni, Verwaltungsverbund: modelli organizzativi nuovi o alternative semantiche alla nozione di "cooperazione amministrativa" dell'Art. 10 TCE, per definire il fenomeno dell'amministrazione intrecciata?*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2009, p. 1697. Tale disposizione è oggi accolta, con una formulazione diversa, dall'articolo 4 paragrafo 3 TUE, il quale dispone che "In virtù del principio di leale cooperazione, l'Unione e gli Stati membri si rispettano e si assistono reciprocamente nell'adempimento dei compiti derivanti dai trattati. Gli Stati membri adottano ogni misura di carattere generale o particolare atta ad assicurare l'esecuzione degli obblighi derivanti dai trattati o conseguenti agli atti delle istituzioni dell'Unione. Gli Stati membri facilitano all'Unione l'adempimento dei suoi compiti e si astengono da qualsiasi misura che rischi di mettere in pericolo la realizzazione degli obiettivi dell'Unione".

⁴²³ Cfr. ad es. E. CHITI, *The administrative implementation of European Union law: a taxonomy and its implications*, in H. C. H. HOFMANN, A. TURK, *Legal challenges in EU administrative law*, cit., p. 9. V. anche H. C. HOFMANN, A. TURK, *EU Administrative governance*, cit., p. 591, che efficacemente ricordano che l'amministrazione integrata nell'ordinamento comunitario è ciò che

La peculiarità di tale processo nell'ambito del diritto della concorrenza risiede innanzitutto nel fatto che esso si è realizzato mediante l'abilitazione all'esercizio decentrato di una funzione istituita a livello comunitario da parte dello stesso diritto dell'Unione e a vantaggio delle autorità nazionali.⁴²⁴ Se si considera soltanto la disciplina positivamente dettata dal regolamento 1/2003, è stato sufficiente a tal fine stabilire nel modo più ampio possibile la competenza parallela delle autorità nazionali. Nessun criterio di riparto rigido è stato espressamente disciplinato, salva la preminenza procedimentale della Commissione, codificata nell'articolo 11, e volta a salvaguardare il suo ruolo istituzionale sancito dal Trattato.⁴²⁵

I meccanismi di raccordo procedurale volti ad assicurare l'efficace coordinamento tra una serie di autorità astrattamente competenti per qualsiasi pratica lesiva della concorrenza nel mercato interno hanno permesso lo strutturarsi di una "rete".⁴²⁶ Questo concetto non ha autonoma rilevanza nel regolamento, se si eccettua uno dei suoi considerando.⁴²⁷ La sua creazione è tuttavia emersa contestualmente alla riforma come un'esigenza strutturale per l'efficace funzionamento del sistema attuativo. I principi che ne regolano

oggi "renders the EU system of government and governance unique [...]. Integrated administration is the substantive form of the theoretical notion of shared sovereignty".

⁴²⁴ E' già stato evidenziato che all'epoca dell'istituzione della Comunità, una disciplina della concorrenza, con la rispettiva funzione amministrativa, fu introdotta soltanto in Germania nel 1958 (quando entrò in vigore la legge sulle restrizioni alla concorrenza e fu istituito il Bundeskartellamt).

⁴²⁵ Va peraltro ricordato che "ordinamenti dove più uffici e organi, persino di soggetti diversi e diversamente collocati, sono affidatari della cura dell'interesse pubblico, senza che vi sia un riparto dei compiti, sarebbero destinati a soccombere nel disordine, se il sistema non venisse corretto, assegnando ad uno degli uffici una preminenza funzionale", come rileva S. CASSESE, *La signoria comunitaria sul diritto amministrativo*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2003, p. 297.

⁴²⁶ La dottrina ha sottolineato che la flessibilità dell'ordinamento comunitario nel definire meccanismi di raccordo procedurale costituisce uno dei tratti di forza dell'Unione. Inoltre, mentre "la legislazione comunitaria e quella nazionale e i sistemi giudiziari comunitario e nazionale sono collegati tra di loro in modi determinati una volta per tutte dai trattati, e unitari", invece "i sistemi amministrativi comunitario e nazionale sono collegati in modi differenziati, indicati volta per volta, settore per settore, dalle singole norme di diritto derivato", v. S. CASSESE, *Diritto amministrativo europeo e diritto amministrativo nazionale: signoria o integrazione?*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2004, p. 1137. Tali forme di collegamento avvengono sia in senso orizzontale che verticale. Secondo l'Autore, la pluralità e la diversificazione dei mezzi di raccordo impediscono di parlare in linea generale di "integrazione" amministrativa.

⁴²⁷ Cfr. considerando (15): "La Commissione e le autorità garanti della concorrenza degli Stati membri dovrebbero formare insieme una rete di pubbliche autorità che applicano le regole di concorrenza comunitarie in stretta cooperazione". Il termine "rete" riappare anche nei considerando (16), (17), (18) e (32).

l'azione, oltre che dalle indicazioni del regolamento, possono desumersi da atti di *soft law*, a partire dalla dichiarazione congiunta che chiarisce le intenzioni del Consiglio in sede di adozione del regolamento,⁴²⁸ fino alla più compiuta comunicazione sulla rete adottata dalla Commissione e fatta propria dalle autorità garanti degli Stati membri.⁴²⁹

L'istituzione di un sistema di competenze parallele, per ciò che attiene alla sfera attuativa e procedurale della disciplina, non può prescindere dal carattere precipuo delle disposizioni di diritto sostanziale che esso è chiamato ad attuare. L'attuazione delle norme di concorrenza dell'Unione presuppone, infatti, che le condotte delle imprese all'attenzione delle autorità abbiano la capacità di incidere sul commercio tra Stati membri, benché in linea di principio soltanto uno dei soggetti della rete, anche a livello di Stato membro, debba esercitare la funzione repressiva.⁴³⁰ Il regolamento postula così quella che è stata efficacemente definita l'inter-operabilità⁴³¹ tra le autorità procedenti secondo il principio della concentrazione della funzione repressiva.

In ultima analisi, il sistema istituito dal regolamento postula già in nuce che fenomeni di rilevanza comunitaria, da esaminare alla luce del diritto materiale dell'Unione, possono essere efficacemente attuati da parte delle autorità degli Stati membri. Queste ultime, nel perseguimento degli obiettivi stabiliti dai trattati, potranno esercitare una funzione amministrativa comunitaria,

⁴²⁸ Si fa riferimento alla già citata dichiarazione comune del Consiglio e della Commissione sul funzionamento della rete delle autorità garanti della concorrenza, del 3 Marzo 2003.

⁴²⁹ La flessibilità di tale modello organizzativo è sottolineata da I. MAHER, *Competition law modernisation: an evolutionary tale?*, cit., p. 735: "The Network itself as a classic instrument of governance did mark a radical innovation as the allocation of cases, one of the key elements of enforcement strategy, was to be decided in a forum without legal personality with no hard rules as to how allocation was to be done [...], with the Notice stating that decisions as to case allocation are not legally binding".

⁴³⁰ Così il considerando (18) del Regolamento 1/2003 chiarisce che "Per garantire una ripartizione ottimale dei casi tra le varie autorità nell'ambito della rete occorrerebbe prevedere una disposizione generale che consenta a un'autorità garante della concorrenza di sospendere o chiudere un caso ove un'altra autorità se ne stia già occupando o lo abbia già trattato, affinché ogni caso sia trattato da una sola autorità". Il punto 7 della Comunicazione sulla rete chiarisce che "[...] i membri della rete tenteranno, ogniqualvolta ciò sia possibile, di ri-attribuire il caso ad un'unica autorità che sia nella posizione idonea per intervenire". Si comprende come, a livello positivo, la concentrazione della funzione repressiva sia ritenuta desiderabile, ma non applicabile in ogni caso.

⁴³¹ Concetto elaborato in diverse sedi da L. F. PACE, ad es. in *L'applicazione decentrata*, in G. L. TOSATO, L. BELLODI, *Il nuovo diritto europeo della concorrenza*, cit. p. 231.

circostanza che finisce per incidere significativamente anche sulle modalità procedurali dell'attuazione a livello nazionale.

2. La concentrazione della funzione repressiva di fronte all'autonomia procedurale: portata del principio di effettività.

L'interoperabilità della rete di autorità garanti nell'esercizio della funzione amministrativa, sorretta dal principio di concentrazione della funzione repressiva, trova un ostacolo strutturale nel principio di autonomia procedurale degli Stati membri. Questi ultimi restano in linea generale competenti a disciplinare gli aspetti procedurali connessi all'attuazione delle norme di concorrenza dell'Unione, in quanto non espressamente limitata dai meccanismi previsti dal regolamento 1/2003. Si determina così una asimmetria strutturale tra le fonti del diritto materiale applicabile e le norme che ne disciplinano l'attuazione a livello nazionale.

Tale asimmetria non è in sé un carattere esclusivo delle procedure di attuazione del diritto di concorrenza dell'Unione, ma in questo campo si presenta con caratteri peculiari, dipendenti dal fatto che il diritto della concorrenza viene attuato mediante procedimenti comportanti di norma l'esercizio di poteri sanzionatori.

In primo luogo, pertanto, al fine di reprimere efficacemente una condotta anticoncorrenziale che ha incidenza sul mercato interno, l'interoperabilità e la concentrazione della funzione repressiva postulerebbero che ciascuna autorità astrattamente competente abbia una capacità provvedimentale sufficiente.

Tuttavia, la persistenza di un elemento nazionale nella disciplina che regge la loro attività condurre alla conseguenza che le autorità nazionali esprimano la funzione amministrativa comunitaria mediante provvedimenti, la cui efficacia transnazionale può essere variamente influenzata sia dall'ordinamento di origine sia dall'ordinamento di destinazione dell'atto amministrativo. Ciò renderebbe insufficienti gli strumenti a disposizione dei nodi della rete per il perseguimento dell'obiettivo loro demandato. La persistenza di criteri di collegamento

territoriale non tanto come criteri di allocazione ottimale della competenza, ma piuttosto come vincoli alla capacità provvedimentale, fa sì che essa può rendersi insufficiente ad esercitare sufficiente deterrenza rispetto a una singola condotta che produce effetti su più di uno Stato membro quando non è la Commissione ad avviare un procedimento.

Le esigenze strutturali del sistema⁴³² imporrebbero la rimozione di tali vincoli, ma il fatto che il regolamento stesso non vieta che alla competenza parallela possa associarsi un parallelismo di procedimenti, consente alle autorità di esercitare il proprio ruolo secondo un certo *self-restraint*, che consiste nell'esaminare ed eventualmente sanzionare una condotta solo per ciò che concerne la porzione dei suoi effetti che si verifica nel territorio di riferimento dell'autorità procedente.

Oltre a costituire un problema strutturale, ciò può risultare problematico rispetto alle esigenze di efficiente e uniforme applicazione. Benché l'ipotesi non sia ricorso di frequente, tale interpretazione restrittiva della funzione di un'autorità nell'ambito della rete può produrre una moltiplicazione di procedimenti in relazione alla medesima impresa, contrariamente a quanto sarebbe prescritto da una completa e coerente interpretazione del principio di *ne bis in idem*. Esso dovrebbe invece, unitamente al principio di applicazione uniforme, costituire l'essenza del vincolo inter-amministrativo che viene a determinarsi in capo ad una autorità per il fatto stesso che un'altra autorità abbia esercitato la funzione.⁴³³

In altri termini, l'esercizio della funzione collegato alla dimensione territoriale della competenza dell'autorità fa sì che l'autorità che provvede possa

⁴³² Cfr. ad es. S. BRAMMER, *Co-operation between National Competition Agencies in the Enforcement of EC Competition Law*, cit., p. 484, "When NCAs enforce Community competition law, the purpose is to protect or restore effective competition in the common market". In other words, NCAs like the Commission must act in the interest of the entire Community. On this basis, free competition in the Community cannot be divided into different (national) compartments and a geographically limited perspective of the NCAs as concerns the punishment of violations of the Community competition rules does not seem to be appropriate in relation to the ultimate goal of their enforcement measures".

⁴³³ Cfr. L. DE LUCIA, *Amministrazione transnazionale e ordinamento europeo*, cit., p. 202: "Il divieto di doppia sanzione, per essere effettivo, comporta anche che alle autorità diverse da quella che ha provveduto sia impedito di effettuare valutazioni di legittimità o di merito [...] sul provvedimento già emesso [...] E' chiaro che il principio del *ne bis in idem*, se riguardato dal punto di vista organizzativo – ossia dei rapporti tra nodi della rete – agisce come il vincolo interamministrativo".

non esaurire la funzione rispetto alla medesima condotta, creando problemi di attuazione multipla allorché un'altra autorità proceda, o di insufficiente deterrenza nel caso in cui nessun'altra autorità avvii un procedimento nei confronti della medesima condotta per conoscere di eventuali ulteriori effetti della stessa in altre zone geografiche del mercato interno.

Allo stato attuale dell'evoluzione del sistema, questa conseguenza non è soltanto consentita, ma addirittura configurata come necessaria secondo la ricostruzione di certa dottrina.⁴³⁴ Pare più corretto sostenere, tuttavia, che il sistema istituito dal regolamento 1/2003, per poter essere completato, richiede la valorizzazione completa del principio di concentrazione della funzione repressiva, in relazione al quale l'uniformità procedimentale è assicurata dal fatto che una sola autorità agisce rispetto a una stessa condotta,⁴³⁵ mentre l'uniformità sostanziale è resa possibile dai meccanismi di raccordo che vedono come protagonista la Commissione.⁴³⁶

Perché la concentrazione della funzione repressiva possa completamente spiegarsi, è necessario accettare che l'ordinamento comunitario, sia per la rilevanza del diritto materiale attuato, unitamente all'esistenza di una struttura attuativa in rete, consenta alle autorità nazionali di esercitare una funzione amministrativa che supera alcuni dei vincoli territoriali inerenti all'azione

⁴³⁴ Si veda ad esempio quanto sostenuto da E. PAULIS, C. GAUER, *Le règlement n. 1/2003 et le principe du ne bis in idem*, cit., p. 33 in merito alla portata del principio del *ne bis in idem* nell'ambito di procedimenti antitrust condotti da autorità nazionali, e in particolare rispetto ai limiti di efficacia "inerenti" alle decisioni nazionali. La posizione "minimalista" rispetto alla competenza delle autorità degli Stati membri sembra ancor più significativa se si considera che gli Autori sono tra coloro che hanno presieduto al processo di riforma del sistema di attuazione delle norme antitrust in seno al Direttorato generale della concorrenza della Commissione europea.

⁴³⁵ In tale contesto rileva che la competenza non è disciplinata orizzontalmente secondo criteri territoriali. Cfr. L. TORCHIA, *IL governo delle differenze – principio di equivalenza nell'ordinamento europeo*, Bologna, 2006, p. 28, secondo la quale "La soluzione escogitata per il decentramento della politica europea della concorrenza [...] pur mantenendo l'unicità delle regole da applicare [...] dà specifica rilevanza tanto al rapporto fra Commissione e autorità nazionali, quanto al rapporto fra autorità nazionali, con la conseguenza assai rilevante di prescindere dalla delimitazione territoriale della competenza, disegnando un unico spazio giuridico, sul quale interviene, secondo criteri di idoneità e capacità definiti dal diritto europeo, una rete di soggetti, legati da uno stretto rapporto di cooperazione e da un comune obbligo di risultato."

⁴³⁶ Oltre ai menzionati meccanismi di raccordo, la Commissione può assolvere tale funzione mediante gli strumenti di orientamento della politica della concorrenza dell'Unione aventi carattere generale, quali comunicazioni e regolamenti di esenzione.

dell'autorità di uno Stato membro.⁴³⁷ In tal modo anche l'autorità nazionale potrebbe attuare pienamente la funzione amministrativa attribuita dall'ordinamento comunitario, "esaurendola" in modo vincolante per tutti i nodi della rete in relazione alla medesima condotta.

I profili appena menzionati attengono a ragioni di uniformità e di effettività delle proibizioni stabilite dai trattati, anche nell'accezione di garanzia del loro effetto utile.⁴³⁸ Vi è tuttavia una ulteriore dimensione dell'autonomia procedurale che si rivela problematica rispetto all'attuazione in rete delle norme di concorrenza, e che attiene alla stessa possibilità di discipline procedurali distinte qualora ciò incida sull'estensione della tutela offerta dagli ordinamenti nazionali alle situazioni giuridiche soggettive delle parti e dei terzi.

L'interoperabilità nella rete, infatti, se considerata alla stregua dell'effettività delle proibizioni stabilite dal trattato, può ritenersi compiuta qualora il risultato dell'attuazione sia comparabilmente efficace a prescindere dalle modalità procedurali con cui è attuato. Al contrario, se considerata dal punto di vista delle imprese coinvolte, l'interoperabilità dei sistemi amministrativi nazionali può ravvisarsi soltanto nel caso in cui le situazioni giuridiche siano tutelate in maniera equivalente. Ciò richiederebbe una ulteriore compressione dell'autonomia procedurale degli Stati membri, o un maggiore ravvicinamento tra le discipline che essi dettano in sede amministrativa. La possibilità di esiti divergenti per i soggetti interessati fa sì che per essi non vi sia una neutralità soggettiva dell'autorità procedente rispetto ad una specifica condotta. Mentre non può inferirsi per ciò stesso una lesione dei diritti fondamentali spettanti alle parti rispetto all'attività repressiva dell'amministrazione in funzione

⁴³⁷ V. L. F. PACE, *I fondamenti del diritto antitrust europeo*, cit., p. 358.

⁴³⁸ Cfr. la ricostruzione del principio di effettività come "effetto utile dell'effetto diretto" proposta da D.-U. GALETTA, *L'autonomia procedurale degli Stati membri dell'Unione europea: Paradise lost? - Studio sulla c.d. autonomia procedurale: ovvero sulla competenza procedurale funzionalizzata*, cit. p. 21. Nelle conclusioni l'Autrice rileva efficacemente come il principio sia utilizzato al fine di "funzionalizzare" il diritto procedurale nazionale alle esigenze di effettività del diritto sostanziale dell'Unione. V. anche M. ACCETTO, S. ZLEPTNIG, *The principle of effectiveness: Rethinking its Role in Community Law*, in *European Public Law*, 2005, p. 392, i quali osservano che, nonostante il frequente impiego del principio di effettività come garanzia procedurale dell'attuazione di situazioni giuridiche soggettive conferite dal trattato, "a broader contextual account shows that the principle of effectiveness is, ultimately and fundamentally, about ensuring the integrity and coherence of the Community legal order as a whole. It recognises two dangers: that national procedural rules may impede effective application of Community law, and that diverging national laws may jeopardise its uniformity".

comunitaria,⁴³⁹ vi sono esigenze di uniformità di tutela che sono coesenziali alla creazione di uno spazio giuridico uniforme, a prescindere dallo Stato di stabilimento di un'impresa o di appartenenza dell'autorità procedente.

La disparità di tutela è stata osservata in alcuni casi emblematici, in cui si è anche sottolineato un tratto peculiare dei vincoli crescenti che l'ordinamento comunitario impone all'autonomia procedurale degli Stati membri. Il principio di effettività, infatti, ha una duplice valenza, in quanto esso può essere riferito sia all'effetto utile delle proibizioni (effettività del diritto materiale della concorrenza), sia alla tutela delle situazioni giuridiche soggettive riconosciute dall'ordinamento comunitario (effettività della protezione delle situazioni giuridiche soggettive coinvolte).

Per ragioni non solo storiche, ma anche strutturali, le limitazioni all'autonomia procedurale degli Stati membri secondo il criterio dell'effettività del diritto dell'Unione si verifica, nella disciplina positiva e negli interventi della Corte di giustizia, soltanto in relazione al diritto materiale della concorrenza, rispetto al quale prevale l'esigenza di sviluppare un massimo comune denominatore tra il risultato dell'azione attuativa operata dalle autorità di diversi Stati membri. Ciò ha giustificato compressioni "rigide" dell'autonomia procedurale degli Stati membri ogniqualvolta l'effettività delle proibizioni stabilite dagli articoli 101 paragrafo 1 e 102 potesse essere compromessa.

Per ciò che concerne la tutela di situazioni giuridiche soggettive, invece, si è andato affermando un minimo comune denominatore tra le tutele offerte dagli Stati membri. Vi è così uno standard minimo riconosciuto dalle pronunce della Corte di giustizia, largamente elaborato in relazione alla tutela offerta dal regolamento nel caso di procedimenti condotti dalla Commissione. Si è anche osservato, peraltro, come in alcuni casi la tutela dei diritti procedurali sia spesso

⁴³⁹ Tale assunto si fonda sul postulato per cui tutti gli Stati membri dell'Unione assicurano uno standard minimo di tutela delle parti rispetto all'azione dell'amministrazione, quantomeno in virtù della loro appartenenza alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo, cfr. W. P. J. WILS, *EU Antitrust enforcement powers and procedural rights and guarantees: the Interplay between EU Law, the Charter of Fundamental Rights of the EU and the European Convention on Human Rights*, cit., p. 211. Tale tutela minima rileva attualmente anche con riferimento alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea.

riconosciuta e realizzata in funzione strumentale rispetto all'obiettivo di attuazione efficace dei divieti di intese e abusi di posizione dominante.⁴⁴⁰

La sopravvivenza di diversi standard di tutela, allo stesso tempo, crea ulteriori profili problematici allorché si consideri che l'allocatione di un caso in seno alla rete non è autonomamente sindacabile alla stregua della disciplina comunitaria che ne regola lo svolgimento, poiché non è ritenuta una questione di competenza, ma un semplice problema di allocatione del caso tra autorità egualmente competenti ai sensi del regolamento.

Si è infine individuata una situazione ulteriore in cui le situazioni giuridiche soggettive riconnesse al procedimento sono tutelate in modo funzionale all'attuazione di diritti conferiti ai singoli dalle medesime disposizioni del trattato che stabiliscono proibizioni di condotte distorsive della concorrenza. In questo caso, l'esigenza di effettività può essere ricondotta agli stessi obiettivi dell'ordinamento comunitario, e ciò spiega perché nell'unica situazione di questo genere finora esaminata dalla Corte, quest'ultima non si è pronunciata nel senso dell'assoluta prevalenza dell'effettività dell'azione attuativa in danno della complementare esigenza di tutela dei diritti conferiti dalle medesime disposizioni, ma ha optato per un bilanciamento tra le situazioni giuridiche soggettive coinvolte, da effettuare avendo a mente le circostanze specifiche del caso.⁴⁴¹

⁴⁴⁰ In merito all'approccio utilitaristico e strumentale della tutela delle parti mediante garanzie procedurali comunque finalizzate all'effettività dell'attuazione amministrativa della concorrenza v. il già citato W. P. J. WILS, *Powers of investigation and procedural rights and guarantees: the interplay between European and National Legislation and case law*, cit., p. 14.

⁴⁴¹ Cfr. Sentenza 14 giugno 2011, *Pfleiderer c. Bundeskartellamt*, causa C-360/09, cit., punto 32 "Spetta tuttavia ai giudici degli Stati membri, sulla base del loro diritto nazionale, determinare le condizioni alle quali un simile accesso deve essere autorizzato o negato, ponderando gli interessi tutelati dal diritto dell'Unione".

3. Capacità espansiva dell'integrazione amministrativa: convergenza ed erosione dell'autonomia procedurale.

L'autonomia procedurale come principio che presiede di norma ai rapporti tra ordinamento comunitario e ordinamenti nazionali viene progressivamente messo in discussione nell'ambito di un sistema di attuazione decentrata e coordinata di norme di ordine pubblico dell'ordinamento comunitario. Il modello di amministrazione integrata o condivisa che è stato realizzato dalla disciplina e nella prassi dell'attuazione delle norme di concorrenza ha innescato una tendenza alla limitazione dell'autonomia degli Stati membri in ambito amministrativo secondo diverse modalità.

Innanzitutto, la stessa attribuzione di competenze alle autorità nazionali ha comportato l'esigenza di stabilire un nucleo di norme dell'ordinamento comunitario concernenti sia alcuni aspetti procedurali dell'attuazione degli Stati membri necessari al funzionamento del sistema (quali la tipologia di decisioni che possono essere adottate dalle autorità garanti), sia le modalità secondo cui la Commissione può assicurare l'attuazione uniforme e l'efficace azione coordinata dei soggetti della rete.⁴⁴²

Il regolamento 1/2003, peraltro, lascia impregiudicati a livello positivo molti aspetti cruciali dell'esercizio dei poteri sanzionatori, quali le sanzioni, i diritti delle parti nel procedimento, e le vicende relative alla tutela giurisdizionale avverso i provvedimenti adottati dalle autorità.⁴⁴³ Le stesse esigenze alla base della disciplina dell'ordinamento comunitario, tuttavia, possono giustificare ulteriori compressioni dell'autonomia procedurale degli Stati membri. Anche in questo caso, e per effetto di interventi della Corte, sono possibili interventi

⁴⁴² Un certo tasso di coordinamento e cooperazione tra la Commissione e le autorità nazionali, anche al fine di garantire la posizione centrale di quest'ultima, può ritenersi necessario ai fini dell'evoluzione del sistema attuativo verso un modello di amministrazione integrata tramite la rete. In tal senso v. ad es. H. C: H. HOFMANN, A. TURK, *The development of Integrated Administration in the EU and its Consequences*, in *European Law Journal*, 2007, p. 260.

⁴⁴³ Si è osservato che, finché coesistono le due modalità dell'esecuzione da parte dell'Unione e degli Stati membri con i loro tratti giuridici caratterizzanti, non si può parlare pienamente di co-esecuzione della funzione amministrativa comunitaria, cfr. ad es. J. ZILLER, *Exécution centralisée et exécution partagée*, in J. DUTHEIL DE LA ROCHERE, *L'exécution du droit de l'Union entre mécanismes communautaires et droits nationaux*, cit., p. 119.

“rigidi” dell’ordinamento comunitario che circoscrivono di volta in volta l’autonomia degli Stati membri. Va anche rilevato come gli interventi dettati da esigenze di effettività non si limitano a statuizioni negative sulla circostanza che una determinata disposizione del diritto nazionale pregiudica l’effetto utile degli articoli 101 e 102, ma può sconfinare in obblighi positivi a carico del sistema amministrativo nazionale, come si è visto nel caso della legittimazione passiva delle autorità garanti nei giudizi di impugnazione dei loro provvedimenti.⁴⁴⁴

Oltre a questi interventi di tipo “rigido”, necessari rispettivamente all’istituzione e al funzionamento della rete, si è visto come essa stessa sia a sua volta causa di un ulteriore fenomeno di superamento dell’autonomia procedurale degli Stati membri.⁴⁴⁵ L’esperienza attuativa coordinata delle medesime disposizioni di diritto sostanziale dell’Unione, infatti, ha dato vita ad un processo di convergenza dei sistemi amministrativi nazionali secondo dinamiche “flessibili”.

Si è assistito a fenomeni di convergenza dal basso, e cioè posta in essere a livello di ordinamento nazionale, e dettata da fenomeni di imitazione⁴⁴⁶ del modello procedurale adottato a livello comunitario. In questi casi l’attuazione coordinata dalla rete funge da presupposto per la conformazione del sistema amministrativo nazionale.

In altri casi, invece, è stata la rete stessa, in quanto foro di discussione di problematiche concernenti l’attuazione del diritto di concorrenza dell’Unione, a innescare il processo di convergenza, arrivando ad elaborare un modello procedurale *soft* per i programmi di clemenza, ispirato anche in questo caso al programma adottato dalla Commissione. Questo modello non si è imposto secondo i canoni rigidi della limitazione dell’autonomia procedurale, ma ha inciso in modo flessibile sulle procedure attuative nazionali, al di là di quanto la

⁴⁴⁴ Cfr. la già discussa Sentenza 7 dicembre 2010, *VEBIC*, causa C-439/08.

⁴⁴⁵ V. anche S. BRAMMER, *Co-operation between National Competition Agencies in the Enforcement of EC Competition Law*, cit., p. 512, la quale, pur ammettendo che “it may be expected that the national (procedural) provisions governing the enforcement of Community competition law will also gradually converge” e che “the ECN may provide a valuable platform for such unsolicited harmonising steps on the part of the Member states”, tuttavia avverte che tale convergenza spontanea potrebbe richiedere “a long and tedious process”.

⁴⁴⁶ Cfr. la distinzione tra effetto di conformazione ed effetto di imitazione elaborata da S. CASSESE, *Diritti amministrativi comunitari e nazionali*, in M. P. CHITI, G. GRECO, *Trattato di diritto amministrativo europeo*, 2007, cit., p. 9 ss.

Corte stessa abbia ritenuto necessario ai fini di effettività del diritto dell'Unione. Va anche notato che in questo caso si è avuto un programma di ravvicinamento delle procedure nazionali espresso in un documento della rete che non ha neanche lo statuto tipico degli atti di *soft law*,⁴⁴⁷ ma che è nondimeno stato progressivamente assorbito nella legislazione di pressoché tutti gli Stati membri.

Il diritto amministrativo dell'Unione, pertanto, come consolidatosi in un settore di competenza esclusiva, incide fortemente sulla disciplina dettata a livello nazionale. Si tratta di una tendenza che ha portata espansiva su diversi piani. Innanzitutto, analogamente a quanto accaduto per il diritto sostanziale della concorrenza, la disciplina unitaria dei fenomeni procedurali a livello nazionale tende a far sì che le norme concernenti l'attuazione del diritto della concorrenza dell'Unione finiscano per regolare anche i casi di applicazione esclusiva del diritto della concorrenza nazionale.

In secondo luogo, la rete discute ormai regolarmente non soltanto delle problematiche sostanziali, ma anche di questioni procedurali concernenti l'attuazione degli articoli 101 e 102 del trattato.⁴⁴⁸

In terzo luogo, le medesime esigenze sostanziali alla base della convergenza in sede amministrativa stanno progressivamente transitando anche sul piano dell'attuazione giurisdizionale delle situazioni giuridiche soggettive discendenti dalle norme di concorrenza, con tentativi della Commissione di proporre uno standard procedurale anche per i contenziosi di natura risarcitoria in sede civile.⁴⁴⁹

⁴⁴⁷ Si fa qui riferimento all'*ECN Leniency Model Programme* adottato dalla rete di autorità garanti il 29 settembre 2006, e ampiamente discusso nel Capitolo 4.

⁴⁴⁸ Gli aspetti procedurali dell'attuazione sono oggetto di specifiche riunioni dei Working Groups della rete: ciò emerge anche dallo *Staff Working Paper accompanying the Communication from the Commission to the European Parliament and Council – Report on the functioning of Regulation 1/2003*, cit., al punto 248, che è dedicato alla spiegazione dell'articolazione che la rete ha assunto nella prassi. Lo stesso documento, ai punti 200 e 201, evidenzia in modo significativo come uno dei traguardi del processo di modernizzazione iniziato dal Regolamento 1/2003 la circostanza che “the Regulation reconciled the requirements of substantive coherence with the existing procedural diversity amongst European Competition authorities. Nevertheless, the entry into force of Regulation 1/2003 has generated an unprecedented degree of voluntary convergence of the procedural rules dedicated to the implementation of Articles 81 and 82 EC”.

⁴⁴⁹ Il dibattito sulla questione è sorto in seguito alla pubblicazione nel 2008, da parte della Commissione, del *Libro bianco in materia di azioni di risarcimento del danno per violazione delle norme antitrust comunitarie*, cit., contenente una serie di suggerimenti riguardanti il ravvicinamento delle legislazioni nazionali (di natura civile o processuale civile) che disciplinano le azioni risarcitorie esperibili da soggetti danneggiati da un'infrazione degli articoli 101 e 102.

Infine, lo stesso modello della convergenza nella rete muove i suoi primi passi anche al di fuori dell'ambito antitrust in cui essa è stata istituita, per trasmettersi a un settore come quello delle concentrazioni in cui non vi è neanche comunanza del diritto materiale attuato dai medesimi soggetti competenti all'attuazione delle norme di concorrenza.⁴⁵⁰

La convergenza è un elemento cruciale anche perché è in grado di completare il disegno del regolamento 1/2003. Quest'ultimo, infatti, ha costituito l'occasione per un coordinamento amministrativo tra autorità senza peraltro risolvere molti dei profili problematici esaminati. In questo modo, l'interoperabilità e la concentrazione della funzione repressiva, rese possibili da una limitazione dell'autonomia procedurale, per potersi dispiegare pienamente devono passare attraverso una sua ulteriore erosione. Tale erosione dell'autonomia procedurale avviene secondo un'intensità diversa, e anche all'infuori dei tradizionali argini del principio di effettività, confinando progressivamente il diritto amministrativo nazionale propriamente inteso ad un ruolo largamente recessivo.⁴⁵¹

⁴⁵⁰ Cfr. le Draft Best Practices on cooperation between EU national competition authorities in merger review, pubblicato come documento del Merger Working Group del 28 aprile 2011.

⁴⁵¹ In tal senso v. S. CASSESE, *Il diritto amministrativo europeo presenta caratteri originali?*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 2003, p. 37, ove il fenomeno è però riferito ai casi in cui “[l’Unione] detta la disciplina legislativa e la attua direttamente con una propria amministrazione e proprie decisioni amministrative. Non mancano collegamenti con le autorità nazionali [...] tuttavia, in questo caso, normazione ed esecuzione si svolgono ambedue, in via principale, in sede comunitaria. Si produce così un effetto di sostituzione del diritto amministrativo comunitario a quello nazionale. Quest’ultimo diventa recessivo o residuale, mentre il suo posto è preso dal diritto amministrativo comunitario”.

BIBLIOGRAFIA

- ACCETTO, M., ZLEPTNIG, S., *The Principle of Effectiveness: Rethinking its Role in Community Law*, in *European Public Law*, 2005, pp. 375-403;
- ADINOLFI, A., GAJA, G., *Introduzione al diritto dell'Unione europea*, Bari, 2010;
- ADINOLFI, A., DANIELE, L., NASCIMBENE, B., AMADEO, S. (a cura di), *L'applicazione del diritto comunitario della concorrenza – Commentario al regolamento (CE) n.1/2003 del Consiglio del 16 dicembre 2002*, Milano, 2007;
- AMATO, G., *La legge antitrust venti anni dopo*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 2010, pp. 923-938;
- AMATO, G., EHLERMANN, C.-D. (a cura di), *EC Competition law – A critical assessment*, Oxford, 2007;
- ANDERSON, D., CUFF, R., *Cartels in the European Union: procedural fairness for defendants and claimants*, in *Fordham International Law Journal*, 2011, pp. 385-430;
- ANDREANGELI, A., *The impact of modernisation regulation on the guarantees of due process in competition proceedings*, in *European Law Review*, 2006, pp. 342-363;
- ANGELINI, F., *Ordine pubblico e integrazione costituzionale europea*, Padova, 2007;
- ANTONIOLI, M., *Concorrenza*, in CHITI, M.P., GRECO, G., GALETTA, D.-U., CARTEI, G.F. (a cura di), *Trattato di Diritto Amministrativo Europeo*, Milano, 2007, pp. 847-917;
- ANTONIOLI, M., *Concorrenza e Antitrust: Aspetti Pubblicistici*, in CHITI, M. P., GRECO, G. (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo europeo*, Milano, 1997, Tomo I, pp. 602-629;
- ARNAUDO, L., *Le misure cautelari nel diritto antitrust comunitario e nazionale*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2006, pp. 983-1008;
- ARNAUDO, L., *Costituzione e concorrenza: note a margine della recente giurisprudenza costituzionale*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2005, pp. 377-394;

- ARNULL, A., *The principle of Effective Judicial Protection in EU law: An Unruly Horse?*, in *European Law Review*, 2011, pp. 51-70;
- AUBY, J.-B., DUTHEIL DE LA ROCHÈRE, J. (a cura di), *Droit administratif européen*, Bruxelles, 2007;
- AZOULAI, L., *La protection juridique en matière d'exécution nationale du droit communautaire*, in SCHWARZE, J. (a cura di), *L'état actuel et les perspectives du droit administratif européen*, Bruxelles, 2010, pp. 323-336;
- BAILEY, D., *Scope of judicial review under Article 81 EC*, in *Common Market Law Review*, 2004, pp. 1327-1360;
- BALLARINO, T., BELLODI, L., *Manuale di Diritto dell'Unione Europea*, Padova, 2010;
- BARIATTI, S., *Violazione di norme antitrust e diritto internazionale privato: il giudice italiano e i cartelli*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2008, pp. 349-362;
- BASSI, N., *Mutuo riconoscimento e tutela giurisdizionale. La circolazione degli effetti del provvedimento amministrativo straniero fra diritto europeo e protezione degli interessi del terzo*, Milano, 2008;
- BELLAMY, C., CHILD, G., ROTH, P. M., ROSE, V. (a cura di), *European Community Law of Competition*, London, 2011;
- BELLULO, L., ARNOUX, G., *Droits de la defence, droits des plaignants et impartialité dans les procédures de sanctions administratives des autorités nationales de concurrence de l'Union européenne*, in *Revue Concurrences*, 2010, p. 189 ss.;
- BENEDETTI, M., *Il principio di ne bis in idem nella materia antitrust*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2007, pp. 287-295;
- BERGER, G., SCHMILLEN, M., *Reduced fines outside the scope of the Leniency Notice: the Power Transformers case*, in *Competition Policy Newsletter*, 2010/3, p. 33;
- BLAKE, S., SCHNICHELS, D., *Leniency following Modernisation: safeguarding Europe's leniency programmes*, in *Competition Policy Newsletter*, 2004/2, p. 7 ss.;
- BONI, S., *La tutela dei diritti di coloro che denunciano violazioni del diritto antitrust: ordinamento comunitario e italiano a confronto*, in *Il diritto dell'Unione Europea*, 2003, pp. 45-87;

- BRAMMER, S., *Co-operation between national competition agencies in the enforcement of EC Competition Law*, Oxford and Portland, 2009;
- BRAMMER, S., *Severe criminal punishment or modest fines for the same transgression? – Why sanctions for EC competition law infringements should be harmonised*, in *Tijdschrift voor Belgische Mededinging/Revue de la Concurrence Belge*, 2009/4, pp. 6-16;
- BRAMMER, S., *Concurrent Jurisdiction under Regulation 1/2003 and the issue of case allocation*, in *Common Market Law Review*, 2005, p. 1383-1424;
- 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, pp. 7-27;
- CALAMIA, A. M., *La nuova disciplina della concorrenza nel diritto comunitario*, Milano, 2004;
- CALISTI, D., KUBIK, F., VOLLRATH, C., *Taking compensation seriously as part of an effective antitrust enforcement: the White Paper and beyond*, in *Österreichische Zeitschrift für Kartell- und Wettbewerbsrecht*, 2008, pp. 203-210;
- CAMILI, E., CAPRILE, P., PARDOLESI, R., RENDA, A., *Il libro bianco sul danno antitrust: l'anno che verrà*, in *Mercato concorrenza regole*, 2008, pp. 229-282;
- CANNIZZARO, E., BOZZA, E., *Le politiche di concorrenza*, in STROZZI, G. (a cura di), *Diritto dell'Unione Europea – parte speciale*, Torino, 2005, pp. 295-360;
- CAPOBIANCO, A., *Information exchange under EC Competition Law*, in *Common Market Law Review*, 2004, pp. 1247-1276;
- CASSESE, S., *L'autorità garante della concorrenza e del mercato nel 'sistema' delle autorità indipendenti*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2011, p. 102 ss.;
- CASSESE, S. (a cura di), *La nuova costituzione economica*, Bari, 2007;
- CASSESE, S., *Diritto amministrativo europeo e diritto amministrativo nazionale: signoria o integrazione?*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2004, pp. 1135-1141;
- CASSESE, S., *La signoria comunitaria sul diritto amministrativo*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2003, 291-301;
- CASSESE, S., *Il diritto amministrativo europeo presenta caratteri originali?*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 2003, pp. 35-52;

- CASSESE, S., *La costituzione economica europea*, in *Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario*, 2001, pp. 908-921;
- CASSINIS, P., *I nuovi poteri dell'Autorità nell'ambito della dialettica tra public e private enforcement*, in *Contratto e impresa: Europa*, 2006, pp. 719-750;
- CATRICALA', A., *L'autorità garante della concorrenza e del mercato*, in CIRILLO, G. P., CHIEPPA, R. (a cura di), *Le autorità amministrative indipendenti*, Padova, 2010;
- CAUNES, K., *Et la fonction exécutive européenne créa l'administration à son image*, in *Revue Trimestrelle de Droit Européen*, 2007, pp. 297-346;
- CENGIZ, F., *Judicial review and the rule of law in the EU competition law regime after Alrosa*, in *European Competition Journal*, 2011, p. 127;
- CENGIZ, F., *Multi-level Governance in Competition Policy: the European Competition Network*, in *European Law Review*, 2010, pp. 660-677;
- CHALMERS, D., DAVIES, G., MONTI, G., *European Union Law*, Cambridge, 2010;
- CHIEPPA, R., *Le nuove forme di esercizio del potere e l'ordinamento comunitario*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2009, pp. 1319-1380;
- CHITI, E., MATTARELLA, B. G., (a cura di), *Global Administrative Law and EU Administrative Law*, Berlin, 2011;
- CHITI, E., *La cooperazione amministrativa*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2010, pp. 241-245;
- CHITI, E., *The administrative implementation of European Union law: a taxonomy and its implications*, in HOFMANN, H.C.H., TURK, A., (a cura di) *Legal Challenges in EU Administrative Law*, Cheltenham - Northampton, 2009, pp. 9-33;
- CHITI, E., FRANCHINI, C., *L'integrazione amministrativa europea*, Bologna, 2003;
- CHITI, M. P., *Diritto amministrativo europeo*, Milano, 2011;
- CHITI, M. P., *Towards an EU regulation on administrative procedure?*, in *Rivista Italiana di diritto pubblico comunitario*, 2011, pp. 1-12;
- CHITI, M.P., GRECO, G., (dir.), GALETTA, D.-U., CARTEI, G.F., (a cura di), *Trattato di Diritto Amministrativo Europeo*, Milano, 2007;

- CLARICH, M., *I programmi di clemenza nel diritto antitrust*, in *Diritto amministrativo*, 2007, pp. 265-291;
- COCCONI, M., *Il giusto procedimento come banco di prova di un'integrazione delle garanzie procedurali a livello europeo*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2010, pp. 1127-1143;
- COOK, C. J., *Commitment decisions: the law and practice under Article 9*, in *World Competition*, 2006, pp. 209-228;
- CRAIG, P., DE BURCA, G., *EU Law*, Oxford, 2011;
- CRAIG, P., *Institutions, power, and institutional balance*, in CRAIG, P., DE BURCA, G., *The Evolution of EU law*, Oxford, 2011, pp. 41-84;
- CRAIG, P., *EU Administrative Law. The acquis*, in *Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario*, 2011, pp. 331-352;
- CRAIG, P., *Amministrazione comunitaria. Storia, tipologia e "accountability"*, in D'ALBERTI, M. (a cura di), *Le nuove mete del diritto amministrativo*, Bologna, 2010, pp. 11-66;
- CRAIG, P., *EU Administrative Law*, Oxford, 2006;
- CRAIG, P., *Once upon a time in the West: Direct effect and the Federalization of EEC Law*, in *Oxford Journal of Legal Studies*, 1992, pp. 453-479;
- D'ALBERTI, M. (a cura di), *Le nuove mete del diritto amministrativo*, Bologna, 2010;
- D'ALBERTI, M., *Regole e rimedi: convergenze fra I diritti amministrativi d'Europa*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1992, p. 1048 ss.;
- D'ERRICO, N., GIGLIO, V., DITTRICH, L., *Il Regolamento CE n. 1/2003*, in MARCHETTI, P., UBERTAZZI, L. C. (a cura di), *Commentario breve al diritto della Concorrenza*, Padova, 2004;
- DAVID, E., *La coopération entre autorités nationales au sein du Réseau européen de concurrence*, in *Revue Concurrences*, 2008, p. 39;
- DE LUCIA, L., *Cooperazione e conflitto nell'unione amministrativa europea*, in *Rivista Italiana di diritto pubblico comunitario*, 2011, pp. 13-51;
- DE LUCIA, L., *Autorizzazioni transnazionali e cooperazione amministrativa nell'ordinamento europeo*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2010, pp. 759-788;

- DE LUCIA, L., *Amministrazione transnazionale e ordinamento europeo*, Torino, 2009;
- DE PRETIS, D., *La tutela giurisdizionale amministrativa in Europa fra integrazione e diversità*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2005, pp. 1-33;
- DE SMIJTER, E., KJØLBYE, L., *The enforcement system under regulation 1/2003*, in FAULL, J., NIKPAY, A., *The EC Law of Competition*, Oxford, 2007, pp. 87-180;
- DE WITTE, B., *Legal Instruments and Law-Making in the Lisbon Treaty*, in GRILLER, S., ZILLER, J. (a cura di), *The Lisbon Treaty – EU Constitutionalism without a Constitutional Treaty?*, Wien, 2008, pp. 79-108;
- DI FEDERICO, G., *The impact of the Lisbon Treaty on EU Antitrust Enforcement: enhancing procedural guarantees through Article 6 TEU*, in *Il diritto dell'Unione Europea*, 2010, pp. 805-834;
- DI VIA, L., *Le decisioni in materia di impegni nella prassi decisionale dell'Autorità garante*, in *Mercato concorrenza regole*, 2007, pp. 229-253;
- DELLA CANANEA, G., FRANCHINI, C., *I principi dell'amministrazione europea*, Torino, 2010;
- DELLA CANANEA, G., *Diritto amministrativo europeo. Principi e istituti*, Milano, 2008;
- DELLA CANANEA, G., *I procedimenti amministrativi dell'Unione Europea*, in CHITI, M.P., GRECO, G. (a cura di), *Trattato di Diritto Amministrativo Europeo*, Milano, 2007, pp. 497-537;
- 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. and MARQUIS, M. (a cura di), *European Competition Law Annual 2008: Antitrust settlements under EC Competition Law*, Oxford and Portland, 2009;
- DEKEYSER, K., DE SMIJTER, E., *The exchange of evidence within the ECN*, in *Legal Issues of Economic Integration*, 2005, pp. 161-174;
- DUTHEIL DE LA ROCHÈRE, J. (a cura di), *L'exécution du droit de l'Union, entre mécanismes communautaires et droits nationaux*, Bruxelles, 2009;

- EHLERMANN, C. D., *The modernization of EC Antitrust Policy: a legal and cultural revolution*, in *Common Market Law Review*, 37, 2000, pp. 537-590;
- EILMANSBERGER, T., *The Green Paper on Damages Actions for 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, pp. 431-478;
- FALCON, G., *Separazione e coordinamento tra giurisdizioni europee e giurisdizioni nazionali nella tutela avverso gli atti lesivi di situazioni giuridiche soggettive europee*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2004, pp. 1153-1177;
- FERRARO, F., *L'efficacia dei principi comunitari sulla concorrenza*, in *Il diritto dell'Unione Europea*, 2005, pp. 669-695;
- FONTANA, E., *Il ricorso di annullamento dei privati nel Trattato di Lisbona*, in *Il diritto dell'Unione Europea*, 2009, pp. 53-74;
- FORRESTER, I., *A challenge for Europe's Judges: The Review of Fines in Competition cases*, in *European Law Review*, 2011, pp. 185-207;
- FORRESTER, I., *Due process in EC competition cases: a distinguished institution with flawed procedures*, in *European Law Review*, 2009, pp. 817-843;
- FRANCESCHELLI, V., *Concorrenza e Antitrust: Profili Generali*, in CHITI, M. P., GRECO, G. (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo europeo*, Milano, 1997, pp. 511-593;
- FRANCHINI, C., *I principi applicabili ai procedimenti amministrativi europei*, in *Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario*, 2003, pp.1037-1059;
- FRENI, E., *Le discipline della concorrenza*, in CASSESE, S., *La nuova costituzione economica*, Bari, 2007, pp. 105-129;
- FREDRIC, L., ACCARDO, G., *Ne bis in Idem, Part Bis*, in *World Competition*, 2011, pp. 97-112;
- FRIGNANI, A., PARDOLESI, R., *Trattato di diritto privato dell'Unione Europea – vol. 7 – La concorrenza*, Torino, 2006;
- FRIGNANI, A., GENTILE, E., ROSSI, G., *La devolution dell'antitrust. Prime riflessioni intorno al "libro bianco" sulla modernizzazione*, in *Mercato, Concorrenza, Regole*, 2000, pp. 171-198;

- FRIGNANI, A., WAELBROECK, M., *Disciplina della concorrenza nella CE*, Torino, 1996;
- GALETTA, D.-U., *L'autonomia procedurale degli Stati membri dell'Unione europea: Paradise Lost? - Studio sulla c.d. autonomia procedurale: ovvero sulla competenza procedurale funzionalizzata*, Torino, 2009;
- GALETTA, D.-U., *Riflessioni sulla più recente giurisprudenza comunitaria in materia di giudicato nazionale (ovvero sull'autonomia procedurale come competenza procedurale funzionalizzata)*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 2009, pp. 961-984;
- GALETTA, D.-U., *Coamministrazione, reti di amministrazioni, Verwaltungsverbund: modelli organizzativi nuovi o alternative semantiche alla nozione di "cooperazione amministrativa" dell'art. 10 TCE, per definire il fenomeno dell'amministrazione intrecciata?* In *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2009, pp. 1689-1698;
- GAUER, C., JASPERS, M., *The European Competition Network Achievements and Challenges – a case in point: leniency*, in *Competition Policy Newsletter*, 2006, pp. 8-11;
- GAUER, C., JASPERS, M., *The European Competition Network: achievements and challenges – a case in point: leniency*, in *Competition Policy Newsletter*, 2006/1, p. 8;
- GAUER, C., KJOLBYE, L., DALHEIMER, D., DE SMIJTER, E., SCHNICHELS, D., LAURILA, M., *Regulation 1/2003 and the Modernisation Package fully applicable since 1 May 2004*, in *Competition Policy Newsletter*, 2004/2, p. 1;
- GAUER, C., DALHEIMER, D., KJOLBYE, L., DE SMIJTER, E., *Regulation 1/2003: a modernised application of EC competition rules*, in *Competition Policy Newsletter*, 2003/1, p. 3;
- GAUTIER, M., *Acte administratif transnational et droit communautaire*, in AUBY, J.-B., DUTHEIL DE LA ROCHÈRE, J. (a cura di), *Droit administratif européen*, Bruxelles, 2007, p. 1069 ss.;
- GERADIN, D., PETIT, N., *Droit de la concurrence et recours en annulation à l'ère post-modernisation*, in *Revue Trimestrelle de Droit Européen*, 2005, pp. 795-830;

- GERBER, D. J., CASSINIS, P., *The “Modernisation of European Community Competition Law: achieving consistency in Enforcement – Part I*, in *European Competition Law Review*, 2006-1, pp. 10-18;
- GERBER, D. J., CASSINIS, P., *The “Modernisation” of European Community Competition Law: achieving consistency in Enforcement – Part II*, in *European Competition Law Review*, 2006-2, pp. 51-57;
- GHEZZI, F., *La modernizzazione delle norme antitrust comunitarie*, in *Rivista delle Società*, 2000, pp. 1098-1100;
- GIANNINI, M. S., *Profili di un diritto amministrativo delle comunità europee*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 2003, pp. 979-988;
- GIRERD, P., *Les principes d’équivalence et d’effectivité: encadrement ou désencadrement de l’autonomie procédurale des Etats membres*, in *Revue Trimestrelle de Droit Européen*, 2002, pp. 75-102;
- GRECO, G., *Il potere amministrativo nella (più recente) giurisprudenza del giudice comunitario*, in *Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario*, 2009, pp. 821-854;
- GRECO, G., COLANGELO, G., PASTORI, G., *La funzione della Commissione dopo il tramonto della “neutralità”: il caso della tutela della concorrenza (atti del convegno su “il ruolo della Commissione tra derivazione partitica e funzioni neutrali nel progetto di costituzione europea”)*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2005, pp. 1113-1148;
- GRILLER, S., ZILLER, J. (a cura di), *The Lisbon Treaty – EU Constitutionalism without a Constitutional Treaty?*, Wien, 2008;
- HARLOW, C., *Three phases in the evolution of EU Administrative Law*, in CRAIG, P., DE BURCA, G. (a cura di), *The evolution of EU law*, Oxford, 2011, pp. 439-463;
- HARTLEY, T. C., *The foundations of European Community Law*, Oxford, 2003;
- HENRY, D., *Les amendes de la Commission en droit de la concurrence face à la censure du juge européen*, in *Cahiers de droit européen*, 2006, pp. 35-66;
- HOFMANN, H.C.H., TURK, A., (a cura di) *Legal Challenges in EU Administrative Law*, Cheltenham - Northampton, 2009;

- HOFMANN, H. C. H., *Legislation, delegation and implementation under the Treaty of Lisbon: Typology meets Reality*, in *European Law Journal*, 2009, pp. 482-505;
- HOFMANN, H.C.H., TURK, A., *The development of Integrated Administration in the EU and its consequences*, in *European Law Journal*, 2007, pp. 253-271;
- HOFMANN, H. C. H., TURK, A. (a cura di), *EU Administrative Governance*, Cheltenham – Northampton, 2006;
- HOFMANN, H. C. H., *Negotiated and non-negotiated administrative rule-making: the example of EC competition policy*, in *Common Market Law Review*, 43, 2006, pp. 153-158;
- IDOT, L., *Le Réseau européen de concurrence et l'impact du principe d'autonomie procédurale*, in *Europe*, 2011, p. 2 ss.;
- 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, pp. 5-11;
- IDOT, L., *L'exécution forcée des mesures communautaires: exemples en matière de concurrence*, in DUTHEIL DE LA ROCHÈRE, J. (a cura di), *L'exécution du droit de l'Union, entre mécanismes communautaires et droits nationaux*, Bruxelles, 2009, pp. 265-286;
- IDOT, L., *Nouvel épisode de l'adaptation du droit français au règlement n. 1/2003: convergence confirmée, mais surtout centralisation surprenante!*, in *Europe*, 2006, p. 2 ss.;
- IDOT, L., *Le nouveau système communautaire de mise en oeuvre des articles 81 et 82 CE (règlement 1/2003 et projets de textes d'application)*, in *Cahiers de Droit Européen*, 2003, pp. 283-371;
- JUKNEVICIUTE, V., CAPIAU, J., *The state of ECN leniency convergence*, in *Competition Policy Newsletter*, 2010/1, p. 13 ss.;
- KALLAUGHER, J., WEITBRECHT, A., *Developments under articles 81 and 82 EC – the year 2005 in Review*, in *European Competition Law Review*, 2006, pp. 137-147;
- KELLERBAUER, M., *Playground instead of playpen: the Court of Justice of the European Union's Alrosa Judgment on article 9 of Regulation 1/2003*, in *European Competition Law Review*, 2011, pp. 1-8;

- KERSE, C. S., KHAN, N., *E.C. Antitrust Procedure*, London, 2005;
- KOMNINOS, A. P., *EC Private Antitrust Enforcement – Decentralised Application of EC Competition Law by National Courts*, Oxford and Portland, 2008;
- KORTMANN, J. S., *The EC White Paper on antitrust damages actions: why the Member States are (right to be) less than enthusiastic*, in *European Competition Law Review*, 2009, pp. 340-351;
- LAFARGE, F., *EU law implementation through administrative cooperation between Member States*, in *Rivista Italiana di diritto pubblico comunitario*, 2010, pp. 119-144;
- LANZA, E., *The Relationship Between EU and Global Antitrust Regulation*, in CHITI, E., MATTARELLA, B. G., (a cura di), *Global Administrative Law and EU Administrative Law*, Berlin, 2011, pp. 225 – 245;
- LAVRIJSEN, S., *What role for National Competition Authorities in protecting Non-competition Interests after Lisbon?*, in *European Law Review*, 2010, pp. 636-659;
- LEMAIRE, C., *La clémence: nouvelle étape de la convergence des droits de la concurrence en Europe*, in *Europe*, 2006, p. 4 ss.;
- LEMAIRE, C., WAELBROECK, M., PETITE, M., *Quel sera l'impact du nouveau Traité sur le droit de la concurrence? Regards juridiques*, in *Revue Concurrences*, 2008, p. 87 ss.;
- LEMAIRE, C., GSTALTER, J., *The Silent Revolution beyond Regulation 1/2003*, in *Competition Policy International*, 2008/10;
- LENAERTS, K., ARTS, D., MASELIS, I., BRAY, R., *Procedural Law of the European Union*, London, 2006;
- LENAERTS, K., VAN NUFFEL, P., *Constitutional Law of the European Union*, London, 2004;
- LENAERTS, K., GERARD, D., *Decentralisation of EC Competition Law Enforcement: Judges in the frontline*, in *Common Market Law Review*, 2004, p. 313 ss.;
- MACCHIA, M., *L'attività ispettiva dell'amministrazione europea in materia di concorrenza*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 2007, pp. 173-209;
- MADURO, M. P., *We The Court. The European Court of Justice and the European Economic Constitution*, Oxford – Portland, 1998;

- MAGGIOLINO, M. T., *Il progetto di regolamento comunitario in materia di procedure di applicazione degli artt. 81 e 82*, in *Concorrenza e Mercato*, 2001, pp. 285-331;
- MAHER, I., *Competition law modernisation: an evolutionary tale?*, in CRAIG, P., DE BURCA, G., *The evolution of EU law*, Oxford, 2011, pp. 717-741;
- MALFERRARI, L., *Annulment actions by third parties against decisions of the Italian competition authority held admissible. Change in the Italian case law: only a positive development or the opening of Pandora's box?*, in *European competition law review*, 2006, pp. 74-81;
- MANZINI, P., PORTINCASA, M. F., *La discrezionalità della Commissione nella determinazione delle ammende antitrust*, in *Il diritto dell'Unione Europea*, 2007, pp. 559-584;
- MARCHETTI, B., *L'impugnazione degli atti normativi da parte dei privati nell'art. 263 TFUE*, in *Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario*, 2010, pp. 1471-1499;
- MARCHETTI, P., UBERTAZZI, L. C., *Commentario breve al diritto della Concorrenza*, Padova, 2004;
- MARQUIS, M., *La Federal trade commission e la Section 5 del Federal trade commission act: aspetti istituzionali e penombre giurisdizionali*, in *Mercato concorrenza regole*, 2010, pp. 385-430;
- MELI, V., *I programmi di clemenza nel diritto antitrust italiano*, in *Mercato concorrenza regole*, 2007, pp. 201-227;
- MEROLA, M., ARMATI, L., *La riforma del controllo comunitario delle concentrazioni: gli aspetti di procedura*, in *Il diritto dell'Unione Europea*, 2004, pp. 137-181;
- MEROLA, M., WAELBROECK, D. (a cura di), *Towards an optimal enforcement of Competition rules in Europe. Time for a Review of Regulation 1/2003?*, Bruxelles, 2010;
- MESSINA, M., *La Rete europea delle autorità garanti della concorrenza tra Convenzione europea dei diritti dell'uomo e Carta dei diritti fondamentali*, in *Il diritto dell'Unione Europea*, 2008, pp. 731-771;

- MONKE, S., PIAZZA, L., SIMON, S., *Commission imposes the highest-ever cartel fine (more than EUR 1.3 billion) on four car glass manufacturers*, in *Competition Policy Newsletter*, 2009/1, p. 59.
- MORETTI, M., *Valutazioni economiche complesse in materia antitrust e self restraint dei giudici dell'U.E.*, in *Il diritto dell'Unione Europea*, 2009, pp. 315-339;
- MORGESE, G., *La tutela del legal privilege nel diritto comunitario della concorrenza*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2008, pp. 311-360;
- MUNARI, F., *L'applicazione decentrata delle norme antitrust UE: primi bilanci, problemi irrisolti e parziali soluzioni*, in *Mercato concorrenza regole*, 2010, pp. 147-172;
- MURPHY, G., *Is it time to rebrand legal professional privilege in EC Competition law?*, in *European competition law review*, 2009, pp. 125-137;
- NASCIMBENE, B., ROSSI DAL POZZO, F. (a cura di), *Il private enforcement delle norme sulla concorrenza*, Milano, 2009;
- NAZZINI, R., *Procedure comunitarie e nazionali in materia antitrust. Sui profili processuali del rapporto tra diritto comunitario e diritti interni*, in *Il diritto dell'Unione Europea*, 2006, p. 97-135;
- NAZZINI, R., *Parallel and sequential proceedings in competition law: an Essay on the modes of interaction between Community and National law*, in *European Business Law Review*, 2005, pp. 254-273;
- NAZZINI, R., *Concurrent proceedings in competition law – Procedure, Evidence and Remedies*, Oxford, 2004;
- NORDSJO, A., *Regulation 1/2003: power of the Commission to adopt Interim Measures*, in *European Competition Law Review*, 2006, pp. 299-308;
- NYSENS, H., PECCHIOLI, N., *Il regolamento n. 1/2003CE: verso una decentralizzazione ed una privatizzazione del diritto della concorrenza*, in *Il diritto dell'Unione Europea*, 2003, pp. 357-393;
- OLIVIERI, G., *I nuovi poteri cautelari dell'AGCM tra diritto comunitario e diritto interno*, in *Mercato concorrenza regole*, 2007, pp. 51-69;
- ORTIZ BLANCO, L. (a cura di), *EC Competition Procedure*, Oxford, 2006;
- PACE, L. F., *I fondamenti del diritto antitrust europeo*, Milano, 2005;

- PACE, L. F., *La politica di decentramento del diritto antitrust CE come principio organizzatore del regolamento 1/2003: luci ed ombre del nuovo regolamento di applicazione degli art. 81 e 82 TCE*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2004, pp. 148-197;
- PACE, L. F., *L'evoluzione della tutela amministrativa della concorrenza nel diritto antitrust nazionale e comunitario*, in *Il diritto dell'Unione Europea*, 1999, pp. 355-381;
- PAULIS, E., GAUER, C., *Le règlement 1/2003 et le principe du ne bis in idem*, in *Revue du Droit de la Concurrence*, 2005, pp. 32-40;
- PERA, A., FALCE, V., *The Modernisation of EC Competition Law and the role of National Competition Authorities – Revolution or Evolution?*, in *Il diritto dell'Unione Europea*, 2003, pp. 433-454;
- PEREZ VAN KAPPEL, A. (a cura di), *Decentralised Application of EC Competition Law: National experience and reform*, Trier, 2001;
- PETIT, N., *The Judgement of the Court of Justice of the EU in the VEBIC – a tale of two statutory loopholes*, in *BSC Working Paper Series*, 2011/1, pubblicato anche come *The judgment of the European Court of Justice in VEBIC: Filling a Gap in Regulation 1/2003*, in *Journal of European Competition Law & Practice*, 2011, pp. 1-5;
- PETR, M., *The “ne bis in idem” principle in competition law*, in *European Competition Law Review*, 2008, pp. 392-400;
- PICOZZA, E. *Diritto amministrativo e diritto comunitario*, Torino, 2004;
- PIJETLOVIC, K., *Reform of EC Antitrust enforcement: criticism of the new system is Highly Exaggerated*, in *European Competition Law Review*, 2004, pp. 356-369;
- PONZANO, P., *‘Executive’ and ‘delegated’ acts: The situation after the Lisbon Treaty*, in GRILLER, S., ZILLER, J. (a cura di), *The Lisbon Treaty – EU Constitutionalism without a Constitutional Treaty?*, Wien, 2008, pp. 135-142;
- PORCHIA, O., *Principi dell'ordinamento europeo. La cooperazione pluridirezionale*, Bologna, 2008;
- PORTINCASA, M. F., *Il principio ne bis in idem nel diritto antitrust comunitario*, in *Il diritto dell'Unione Europea*, 2007, pp. 91-121;

- REICHELT, D., *To what extent does the co-operation within the European Competition Network protect the rights of undertakings?*, in *Common Market Law Review*, 2005, pp. 745-782;
- REPA, L., MALCZEWSKA, A., TEIXEIRA, A. C., MARTINEZ RIVERO, E., *Commission prohibits MasterCard's multilateral interchange fees for cross-border card payments in the EEA*, in *Competition Policy Newsletter*, 2008/1, p. 1;
- RILEY, A., *The modernisation of EU Anti-Cartel enforcement: will the Commission Grasp the Opportunity?*, CEPS Special Report, 2010;
- RIZZUTO, F., *The procedural implications of VEBIC*, in *European Competition Law Review*, 2011, pp. 285-296;
- RIZZUTO, F., *Does the European Community have legal competence to harmonise national procedural rules governing private actions for damages for infringements of European Community antitrust rules?*, in *Global Competition Litigation Review*, 2009, pp. 29-48;
- RIZZUTO, F., *Parallel competence and the power of the EC Commission under regulation 1/2003 according to the Court of First Instance*, in *European Competition Law Review*, 2008, pp. 286-297;
- ROMANO, G., *La messa in opera delle norme antitrust*, in FRIGNANI, A., PARDOLESI, R., (a cura di), *La concorrenza*, Torino, 2006, p. 299 ss;
- RUBIO, N., *Les instruments de soft law dans les politiques communautaires: vecteur d'une meilleure articulation entre la politique de concurrence et la politique de cohésion économique et sociale?*, in *Revue Trimestrelle de Droit Européen*, 2007, pp. 597-608;
- RUFFERT, M., *Legitimacy in European Administrative Law: Reform and Reconstruction*, Groningen, 2011.
- RYAN, S., *Co-operation between competition agencies in cartel investigations*, in *Competition Policy Newsletter*, 2007/2, p. 2 ss.;
- SALTARI, L., *Amministrazioni nazionali in funzione comunitaria*, Milano, 2008;
- SCHEPEL, H., *Delegation of regulatory powers to private parties under EC Competition Law: Towards a procedural public interest test*, in *Common Market Law Review*, 2002, pp. 31-51;
- SCHWARZE, J. (a cura di), *L'état actuel et les perspectives du droit administratif européen*, Bruxelles, 2010;

- SCHWARZE, J., *Droit administratif européen*, Bruxelles, 2009;
- SCHWARZE, J., *Les sanctions imposées pour les infractions au droit européen de la concurrence selon l'article 23 du règlement n. 1/2003 CE à la lumière des principes généraux du droit*, in *Revue Trimestrelle de Droit Européen*, 2007, pp. 1-24;
- SCHWARZE, J., *Rules and general principles of European Administrative Law*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2004, p. 1219 ss.;
- SCHWARZE, J., *I principi dello Stato di diritto per l'azione amministrativa nella "vecchia" e nella "nuova" Unione Europea*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2004, pp. 1279-1307.
- SCHWEITZER, H., *Commitment decisions under Art. 9 of Regulation 1/2003: the Developing EC practice and case-law*, in *EUI Working Papers*, 2008, n. 22;
- SCREPANTI, S., *La dimensione ultrastatale delle autorità indipendenti: I 'sistemi comuni' europei e globali*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2009, pp. 913-972;
- SIRAGUSA, M., *A critical review of the White Paper on the reform of the EC Competition Law enforcement rules*, in *Fordham International Law Journal*, 2000, pp. 1089-1127;
- SLOT, P. J., *A view from the mountain: 40 years of developments in EC competition law*, in *Common Market Law Review*, 2004, pp. 443-473;
- STEFANINI, E., *La policy della Commissione in materia di concorrenza tra principio di legalità e discrezionalità amministrativa nell'irrogazione delle sanzioni*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2008, pp. 1932-1938;
- SUURNAKKI, S., TIERNO CENTELLA, M. L., *Commission adopts revised Leniency Notice to reward companies that report hard-core cartels*, in *Competition Policy Newsletter*, 2007/1, pp. 7-15;
- TAVASSI, M., *Towards the application of article 81 (3) by national Courts in Italy*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2001, pp. 123-139;
- TEMPLE LANG, J., *Decentralised Application of Community Competition Law*, in *World Competition*, 1999, pp. 3-20;
- TESAURO, G., *Diritto Comunitario*, Padova, 2010;

- TESAURO, G., *Applicazione del diritto comunitario della concorrenza da parte delle autorità nazionali*, in RAFFAELLI, E. A. (a cura di), *Antitrust tra diritto nazionale e diritto comunitario*, Bruxelles – Milano, 2000, pp. 1-12;
- TESAURO, G., D'ALBERTI, M., (a cura di), *Regolazione e concorrenza*, Bologna, 2000;
- TORCHIA, L., *Il governo delle differenze – Il principio di equivalenza nell'ordinamento europeo*, Bologna, 2006;
- TOSATO, G. L., BELLODI, L., *Il nuovo diritto europeo della concorrenza – Aspetti procedurali*, Milano, 2004;
- TRIDIMAS, T., *The general principles of EC Law*, Oxford, 2006;
- TROIANIELLO, P., *Le situazioni giuridiche di chi denuncia violazioni antitrust tra diritto comunitario e nuovo procedimento amministrativo interno*, in *Diritto comunitario e degli scambi internazionali*, 2006, pp. 7-30;
- TRULI, E., *White Paper on Damages Actions for Breach of the EC Antitrust Rules: the Binding Effect of Decisions adopted by National Competition Authorities*, in *European Competition Journal*, 2009, pp. 795-821;
- TURK, A. H., *Modernisation of EC antitrust enforcement*, in HOFMANN, H. C. H., TURK, A., *EU Administrative Governance*, Cheltenham – Northampton, 2006, pp. 215-242;
- VAN BAEL, I., *Due process in EU Competition Proceedings*, London, 2011;
- VAN BAEL, I., BELLIS, J.-F., *Il diritto comunitario della concorrenza*, Torino, 2009;
- VANDENBORRE, I., *The confidentiality of EU Commission cartel records in civil litigation: The ball is in the EU court*, in *European Competition Law Review*, 2011, pp. 116-125;
- VENIT, J., *Brave new World: the modernisation and decentralisation of enforcement under Articles 81 and 82 of the EC Treaty*, in *Common Market Law Review*, 2003, pp. 545-580;
- VESTERDORF, B., *Legal professional privilege and the privilege against self-incrimination in EC law: recent developments and current issues*, in *Annual proceedings of the Fordham Corporate Law Institute*, 2004, pp. 701-730;

- VITALE, G., *L'<autonomia procedurale> nel caso Janecek e le possibili ricadute sull'ordinamento giuridico italiano*, in *Il diritto dell'Unione Europea*, 2009, pp. 403-425;
- VOLCKER, S. B., *Developments in EC competition law in 2003: an overview*, in *Common Market Law Review*, 2004, pp. 1027-1072;
- VON BOGDANDY, A., BAST, J., *I poteri dell'Unione: una questione di competenza. L'ordine verticale delle competenze e proposte per la sua riforma*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2002, pp. 303-355;
- WHISH, R., *Competition Law*, London, 2008;
- WILS, W. P. J., *EU Antitrust enforcement powers and procedural rights and guarantees: the interplay between EU Law, National Law, the Charter of Fundamental Rights of the EU and the European Convention on Human Rights*, in *World Competition*, 2011, pp. 189-213;
- WILS, W. P. J., *The relationship between Public Antitrust Enforcement and Private Actions for Damages*, in *World Competition*, 2009, p. 3 ss.;
- WILS, W. P. J., *Efficiency and Justice in European Antitrust Enforcement*, Oxford and Portland, 2008;
- WILS, W. P. J., *The principle of 'Ne Bis in Idem' in EC Antitrust Enforcement: a legal and economic analysis*, in *World Competition*, 2003, pp. 131-148;
- WILS, W. P. J., *The combination of the investigative and prosecutorial function and adjudicative function in EC Antitrust Enforcement: a legal and economic analysis*, in *World Competition*, 2003, p. 201;
- ZILLER, *Exécution centralisée et exécution partagée*, in DUTHEIL DE LA ROCHÈRE, J. (a cura di), *L'exécution du droit de l'Union, entre mécanismes communautaires et droits nationaux*, Bruxelles, 2009, pp. 111-138;
- ZILLER, J., *La sussidiarietà come principio del diritto amministrativo europeo*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2006, p. 285;
- ZIVY, F., *Quel schéma institutionnel pour la régulation de la concurrence*, in *Revue Concurrences*, 2007, p. 50.