



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI TRENTO

Dipartimento di Scienze Giuridiche

GIAN ANTONIO BENACCHIO
MICHELE CARPAGNANO

**L'AZIONE DI RISARCIMENTO
DEL DANNO PER VIOLAZIONE
DELLE REGOLE COMUNITARIE
SULLA CONCORRENZA**

2 0 0 7



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI TRENTO

Dipartimento di Scienze Giuridiche

QUADERNI DEL DIPARTIMENTO

67

2007

COPIA OMAGGIO
vietata la riproduzione
e la vendita

La pubblicazione è cofinanziata dalla Regione Autonoma Trentino-Alto Adige e dalla Commissione europea - Direzione generale della concorrenza - Grant Agreement nr. Si2.453541

PROPRIETÀ LETTERARIA RISERVATA

© *Copyright 2007*
by Università degli Studi di Trento
Via Belenzani 12 - 38100 Trento

ISBN 978-88-8443-195-0
ISSN 1972-1137

A norma della legge sul diritto d'autore e del codice civile è vietata la riproduzione di questo libro o di parte di esso con qualsiasi mezzo, elettronico, meccanico, per mezzo di fotocopie, microfilms o altro

Stampato in Italia - Printed in Italy
Giugno 2007

Litotipografia Alcione S.r.l. - Lavis (Trento)

GIAN ANTONIO BENACCHIO
MICHELE CARPAGNANO

**L'AZIONE DI RISARCIMENTO DEL
DANNO PER VIOLAZIONE DELLE
REGOLE COMUNITARIE
SULLA CONCORRENZA**

INDICE

	Pag.
<i>PRESENTAZIONE DEL VOLUME</i>	1
PARTE I	
CAPITOLO I	
<i>IL DIRITTO COMUNITARIO DELLA CONCORRENZA</i>	
1. <i>La concorrenza economica nell'ordinamento giuridico</i>	5
2. <i>Le fattispecie del Diritto della concorrenza (cenni)</i>	8
3. <i>Il criterio di allocazione interna: il pregiudizio "sensibile" al commercio tra gli Stati membri (cenni)</i>	15
CAPITOLO II	
<i>LE AZIONI DI DANNO FONDATE SULLA VIOLAZIONE DELLE REGOLE COMUNITARIE DI CONCORRENZA</i>	
1. <i>Il fondamento giuridico delle azioni di danno antitrust</i>	19
2. <i>La competenza del giudice civile</i>	26
3. <i>Le azioni follow-on e le azioni stand-alone</i>	30
4. <i>La pregiudizialità amministrativa</i>	35
5. <i>Il termine di prescrizione delle azioni</i>	42
6. <i>La legittimazione attiva</i>	46
7. <i>L'onere della prova</i>	56
8. <i>Pluralità di danneggiati: strumenti di aggregazione processuale</i>	61
9. <i>Il ricorso ad esperti</i>	65

INDICE

CAPITOLO III
IL DANNO ANTITRUST

<i>1. Tipi di danno</i>	69
<i>2. Il danno subito dal concorrente</i>	81
<i>3. Il danno subito dal consumatore finale</i>	99
<i>4. Il problema della traslazione del danno (passing-on)</i>	111
<i>5. Danni punitivi e danni esemplari</i>	117
<i>6. I criteri seguiti dalla giurisprudenza italiana sull'azione di danno antitrust (tavola sinottica)</i>	122

PARTE II

ALLEGATI

<i>ALLEGATO I - Testo degli articoli 81-86 del Trattato</i>	127
<i>ALLEGATO II - 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</i>	131
<i>ALLEGATO III - Comunicazione della Commissione – Linee direttrici sull'applicazione dell'articolo 81 del Trattato CE agli accordi di trasferimento di tecnologia</i>	173
<i>ALLEGATO IV - Comunicazione della Commissione sulla cooperazione nell'ambito della rete delle Autorità garanti della concorrenza</i>	263
<i>ALLEGATO V - 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</i>	287

INDICE

<i>ALLEGATO VI - Comunicazione della Commissione sulla procedura applicabile alle denunce presentate alla Commissione ai sensi degli articoli 81 e 82 del Trattato CE.....</i>	309
<i>ALLEGATO VII - 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).....</i>	335
<i>ALLEGATO VIII - Comunicazione della Commissione – Linee direttrici la nozione di pregiudizio al commercio tra Stati membri di cui agli articoli 81 e 82 del Trattato</i>	343
<i>ALLEGATO IX - Comunicazione della Commissione – Linee direttrici sull'applicazione dell'articolo 81, paragrafo 3, del Trattato.....</i>	377
<i>ALLEGATO X - Sentenza della Corte di Giustizia nella causa C-453/99, del 20 settembre 2001 (Courage).....</i>	423
<i>ALLEGATO XI - Sentenza della Corte di Giustizia nelle cause riunite C-295-298/04, del 13 luglio 2006 (Manfredi)</i>	433

PRESENTAZIONE DEL VOLUME

Attraverso la modernizzazione del diritto comunitario della concorrenza l'Unione Europea ha affidato ai Giudici nazionali un ruolo di primissimo piano per garantire l'effettività delle regole *antitrust* nel mercato comune.

A seguito della completa decentralizzazione dell'applicazione delle regole del Trattato (articoli 81 ed 82 CE), i Giudici nazionali, nel risolvere le controversie tra privati, devono tutelare, applicando direttamente le regole comunitarie, i diritti attribuiti dal Trattato ai singoli operatori economici ed ai consumatori. Comprendere la struttura del mercato concorrenziale, conoscere approfonditamente la normativa (sostanziale e procedurale) comunitaria, oltre che i recenti orientamenti della Commissione Europea e della giurisprudenza delle Corti comunitarie in materia di accordi restrittivi della concorrenza e di abuso di posizione dominante, diventano dunque qualità essenziali per ogni Giudice nazionale.

Al fine di promuovere la conoscenza del diritto *antitrust* comunitario tra i Giudici italiani, la Commissione Europea¹ e la Regione Autonoma Trentino-Alto Adige, hanno co-finanziato la pubblicazione del presente Volume a *latere* del *Convegno di studio sul Private enforcement del diritto comunitario della concorrenza: ruolo e competenze dei Giudici nazionali*, che si è tenuto a Trento gli scorsi 15 e 16 giugno 2007, i cui Atti sono stati pubblicati in questa stessa Collana.

¹ *Grant Agreement N. SI2.453541*. Le informazioni contenute direttamente o indirettamente nel Volume non esprimono le opinioni della Commissione Europea. La responsabilità delle informazioni riportate è imputabile esclusivamente agli Autori; la Commissione Europea non è responsabile dell'uso che può essere fatto delle informazioni contenute nel Volume.

Il Convegno, organizzato dal Dipartimento di Scienze Giuridiche e dalla Facoltà di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Trento con la collaborazione del Consiglio Superiore della Magistratura, Ufficio per la Formazione decentrata dei Magistrati per il distretto di Trento, ha visto la partecipazione di numerosi giudici nazionali togati ed onorari nonché di alcuni tra i più riconosciuti esperti della materia che si sono confrontati su alcune delle tematiche più controverse dell'applicazione giudiziale delle regole comunitarie di concorrenza.

Questo Volume si presenta, nelle intenzioni della Commissione Europea e negli auspici degli Autori, come uno strumento didattico volto ad orientare il Giudice nazionale nello studio e nell'approfondimento delle problematiche antitrust comunitarie relative all'azione di risarcimento del danno.

Il Volume ha una finalità divulgativa ed un destinatario privilegiato: il Giudice nazionale; per questa ragione, nella presente veste, il Volume è pubblicato in un numero limitato di copie ed è distribuito esclusivamente attraverso i canali della Formazione Decentrata del Consiglio Superiore della Magistratura.

Trento, 18 giugno 2007

Gian Antonio Benacchio, Michele Carpagnano

PARTE I

CAPITOLO I

IL DIRITTO COMUNITARIO DELLA CONCORRENZA

SOMMARIO: *1. La concorrenza economica nell'ordinamento giuridico. - 2. Le fattispecie del Diritto della concorrenza (cenni). - 3. Il criterio di allocazione interna: il pregiudizio "sensibile" al commercio tra gli Stati membri (cenni).*

1. La concorrenza economica nell'ordinamento giuridico

La concorrenza viene comunemente definita come la rivalità tra gli agenti economici che, operando in condizioni di scarsità, perseguono in modo indipendente i propri interessi all'interno del mercato. L'Unione europea tutela (ed al tempo stesso promuove) la concorrenza tra gli operatori economici all'interno del mercato unico sulla ferma convinzione che un mercato concorrenziale garantisca efficienza allocativa e migliori, indirettamente, il benessere dei consumatori¹. La concorrenza economica costituisce, infatti, il baricentro dell'economia di mercato sul quale è fondato il Trattato UE. Eppure, all'interno del Trattato le regole poste a presidio della libera iniziativa economica e dell'autonomia dei privati coesistono con regole, come quelle antitrust, che impongono limiti e correttivi alla libera iniziativa economica in funzione della sua salvaguardia. Da questa prospettiva, infatti, il potere dell'Ordinamento giuridico comunitario (e nazionale) di intervenire pesantemente (attraverso ad esempio la sanzione della nullità ex articolo 81.2 CE) nelle relazioni economiche tra privati in nome dell'interesse generale (art. 128 CE),

¹ Cfr. lo studio di BUTTIGIEG, *Consumer Interests under the Ec's Competition Rules on Collusive Practices*, in *European Business Law Review*, vol. 16 n° 3 (2005) 643-718.

potrebbe apparire un inconciliabile contrasto con il diritto liberale della concorrenza.

In realtà, la relazione tra la libertà di iniziativa economica nel mercato e l'interventismo statale segue lo schema regola/eccezione. La libertà di impresa, sancita dall'art. 38 CE, deve intendersi come un "*obbligo di ottimizzazione*" che impegna lo Stato ad assicurare e proteggere l'esercizio delle attività economiche dei privati nella forma meno regolamentata possibile. In altre parole, l'obbligo di ottimizzazione impone allo Stato di massimizzare la libertà di azione dei privati in ambito economico compatibilmente con la protezione dei diritti e degli interessi costituzionali che possano entrare in conflitto con essa. Da ciò deriva che la limitazione della libertà di impresa qualora venga sostituita dall'azione statale esige sempre una giustificazione nel perseguimento di un interesse generale riconosciuto dal Trattato.

La concorrenza è un valore tutelato a livello costituzionale e il Trattato è la fonte primaria del diritto comunitario della concorrenza. Le tre regole su cui si fonda la disciplina della concorrenza sono gli articoli 81, 82 e 87 CE. Tali disposizioni devono essere interpretate alla luce degli articoli 2 e 3 del Trattato che definiscono i metodi e gli obiettivi dell'Unione Europea. La libertà dei cittadini, siano essi operatori economici o consumatori, consiste nel poter operare secondo i meccanismi del libero mercato (ed essenzialmente attraverso la dinamica della domanda e dell'offerta) al fine di trarre vantaggi in termini di prezzo e qualità dei beni (o dei servizi) desiderati. Consumatori informati e capaci di reagire alla variazione dei prezzi, eserciteranno, in linea di principio, il proprio diritto di libertà di scelta premiando inevitabilmente le imprese più efficienti (quelle cioè che siano in grado di offrire un prodotto di migliore qualità ad un prezzo più basso). Le imprese meno efficienti saranno di conseguenza costrette ad adottare migliori

strategie di produzione/distribuzione oppure ad abbandonare il mercato. Le regole comunitarie di concorrenza sono volte ad evitare che la collusione tra gli operatori economici ostacoli nei fatti il dispiegarsi del processo concorrenziale; attraverso la libera concorrenza nel mercato unico si protegge di conseguenza anche la libertà individuale.

La regolazione delle finalità della normativa comunitaria antitrust si è recentemente assestata sull'efficienza allocativa e sulla salvaguardia degli interessi dei consumatori. Ma non è stato sempre così. Fino a pochi anni fa lo spettro di obiettivi che si assumevano perseguiti dal diritto comunitario della concorrenza era ritenuto (nonostante alcune autorevoli voci critiche) piuttosto ampio arrivando a ricomprendere la politica sociale e lo sviluppo dell'innovazione². Una caratteristica tipica dell'antitrust comunitario è rappresentata dall'integrazione del mercato interno. Tale impostazione concettuale, in parte ancora oggi presente, è da rintracciare nel contesto storico, politico ed economico nel quale l'antitrust comunitario è stato concepito³. La protezione dell'efficienza, stella polare del moderno diritto comunitario, non è, comunque, un obiettivo in se ma è strumentale alla protezione della libertà individuale.

Un mercato concorrenziale non può concepirsi al di fuori di un contesto normativo che contenga adeguatamente le attività degli operatori economici: garantire la libertà di concorrenza non contrasta affatto con la statuizione di regole (condizione necessaria affinché il regime della concorrenza sia effettivo e garantito nel lungo periodo). Si capisce allora come il contrasto tra la libertà di iniziativa

² Una delle prime voci critiche fu espressa nel manuale di FRIGNANI-WAELBROECK, *Disciplina della Concorrenza nella CE*, IV ed., Torino, 1996, pag. 5 e ss.

³ Su questo aspetto si rimanda ai lavori di GERBER, *Law and Competition in Twentieth Century Europe: Protecting Prometheus*. New York and Oxford, 1998 e di PACE, *I fondamenti del diritto antitrust europeo*, Milano, 2005.

economica e le limitazioni alla libertà di concorrenza è puramente apparente. L'inclusione della concorrenza tra le materie di competenza della Comunità Economica Europea fin dal suo nascere non deve essere percepito come un elemento di sorpresa, tanto più che il primo (e ancor oggi il più forte) collante del vecchio continente è la cooperazione a livello economico. Compito principale del diritto europeo della concorrenza è quello di eliminare le restrizioni artificiali alla concorrenza. Un mercato può considerarsi liberamente concorrenziale quando, da un lato, chiunque è libero di offrire beni e servizi e, dall'altro, viene rispettata la libertà di scelta del consumatore che opera come arbitro nella lotta concorrenziale tra gli operatori economici. Il Trattato di Roma oltre a sancire il diritto della concorrenza, fornisce un insieme di strumenti giuridici diretti ad impedire o reprimere qualunque comportamento che possa avere come effetto quello di restringere o distorcere la concorrenza nel mercato unico. Il diritto della concorrenza è l'unica disciplina, tra quelle di diritto privato, ad essere regolata quasi interamente dal Trattato anziché da direttive o regolamenti e ciò sta a dimostrare l'importanza che la disciplina riveste all'interno delle politiche dell'Unione per il perseguimento e la realizzazione del mercato interno. La politica della concorrenza attraversa tutti i settori di intervento della Comunità ed è un fattore indispensabile per lo sviluppo armonioso ed equilibrato del mercato comune (articoli 2, 3 e 4 CE).

2. Le fattispecie del Diritto della concorrenza (cenni)

Le fattispecie del diritto comunitario della concorrenza sono: l'art. 81, che concerne gli accordi e le pratiche concordate tra le imprese; l'art. 82, che riguarda lo sfruttamento di una posizione dominante sul mercato; l'art. 87, che è volto alla repressione di determinati tipi di aiuti e sovvenzioni degli Stati membri alle proprie

imprese⁴. Il Trattato contiene anche norme di carattere procedurale, come gli articoli 83 e 84 in materia di intese e abusi di posizione dominante; l'art. 86 in tema di imprese incaricate della gestione di servizi pubblici o imprese aventi carattere di monopolio fiscale; gli articoli 88 e 89 in materia di aiuti di Stato.

Ai fini del presente lavoro, riveste una particolare importanza il Regolamento n. 1/2003, del 16 dicembre 2002, avente ad oggetto le procedure di applicazione degli articoli 81 ed 82 del Trattato. Il Regolamento 1/2003 ha modificato il sistema di *enforcement* delle regole comunitarie di concorrenza in nome della decentralizzazione dell'applicazione delle regole⁵. Anche alla luce della re-distribuzione dei poteri operata dal Regolamento 1/2003, la Commissione pur perdendo il potere esclusivo in merito alla applicazione degli articoli 81 ed 82 del Trattato, conserva il ruolo guida nella definizione della politica europea della concorrenza. La Commissione è allo stesso tempo investigatore (è titolare di poteri di indagine in merito alle violazioni degli articoli del Trattato), giudice (attraverso l'emanazione di decisioni individuali dirette ai singoli operatori economici) guida e garante (attraverso l'emanazione di comunicazioni, dichiarazioni che esprimono l'orientamento della Commissione in relazione a questioni o interpretazioni a carattere generale con un limitato valore vincolante) della politica europea della concorrenza. Il Tribunale di primo grado e la Corte di giustizia

⁴ La natura del presente lavoro ci impone di accennare alle fattispecie sostanziali del diritto comunitario della concorrenza senza poter analizzare con il dovuto grado di approfondimento le singole fattispecie. Le fattispecie dell'articolo 81 ed 82 sono state analizzate in *Il Private enforcement del diritto comunitario della concorrenza: ruolo e competenze dei giudici nazionali*, Atti del Convegno, Trento, 15-16 giugno 2007, a cura di BENACCHIO, e CARPAGNANO, Quaderni del Dipartimento di Scienze Giuridiche, Trento, 2007. Si rimanda inoltre al recente lavoro di FRIGNANI e PARDOLESI, *La Concorrenza*, in *Trattato dell'Unione Europea*, diretto da AJANI e BENACCHIO, Torino, 2007.

⁵ Tra le novità introdotte dal Reg. 1/2003 si ricorda l'attribuzione alle Giurisdizioni Nazionali della competenza ad applicare l'articolo 81.3 del Trattato che, nel sistema precedente, era applicato esclusivamente dalla Commissione Europea.

svolgono un ruolo fondamentale sia nell'interpretazione delle norme del Trattato che nell'indicazione agli Stati membri ed alla stessa Commissione dei criteri e delle linee guida nell'individuazione e nella repressione dei comportamenti anticoncorrenziali.

Il modello comunitario del diritto della concorrenza si basa sul principio del divieto, per cui ogni comportamento che restringa la concorrenza è da considerare sempre vietato, ferma restando la possibilità di concedere delle deroghe. Tale sistema è ben esemplificato dalla formulazione dell'art. 81 del Trattato il quale, dopo aver affermato che sono *“incompatibili con il mercato comune e vietati tutti gli accordi [...]”*, nel successivo paragrafo n. 3 specifica che *“tuttavia, le disposizioni del paragrafo 1 possono essere dichiarate inapplicabili”* ad alcune fattispecie. Allo stesso modo, l'art. 87 in materia di aiuti di Stato esordisce affermando che *“Salvo deroghe[...] sono incompatibili con il mercato comune [...]”*.

Data la natura essenzialmente economica delle fattispecie regolate dal diritto della concorrenza, si capisce bene come le nozioni di natura economica affianchino ed integrino le nozioni giuridiche. A titolo di esempio si consideri la stessa definizione dei soggetti destinatari delle norme del diritto comunitario della concorrenza, le quali sono applicabili a tutti gli operatori nel mercato (che a seconda dei casi possono essere gli Stati membri, le persone giuridiche e quelle fisiche); nel caso *Höfner* la Corte ha stabilito che la qualifica della nozione di impresa *“si applica a qualsiasi entità che esercita una attività economica, a prescindere dal suo stato giuridico e dalle sue modalità di funzionamento”*⁶. Una definizione che non può coincidere (perché molto più ampia) con quella di imprenditore né con quella di impresa adottata dal legislatore italiano nel codice civile.

⁶ Sentenza della Corte di giustizia nel caso *Höfner e Elser*, C-41/90 del 23 aprile 1991.

Secondo l'art. 81 del Trattato “*sono incompatibili con il mercato comune e vietati tutti gli accordi tra imprese, tutte le decisioni di associazioni di imprese e tutte le pratiche concordate che possano pregiudicare il commercio tra Stati membri e che abbiano per oggetto o per effetto di impedire, restringere o falsare il gioco della concorrenza all'interno del mercato comune*”⁷. Rientrano nel divieto tanto gli accordi espressi (i contratti) quanto quelli puramente informali (le intese). Gli accordi restrittivi della concorrenza possono coinvolgere due o più imprese che operano nel medesimo livello del processo produttivo come ad es. due o più produttori oppure due o più distributori (c.d. *accordi orizzontali*) oppure imprese attive in livelli differenti del processo produttivo come ad es. un produttore ed un distributore (c.d. *accordi verticali*).

La definizione di pratica concordata comprende qualunque genere di comportamento che, pur non essendo imposto alle parti da alcun accordo vincolante, sia comunque il risultato di una loro concertazione.

È molto difficile provare nei casi concreti la sussistenza e la messa in atto di una pratica concordata; spesso la Commissione e le Autorità competenti si servono di modelli economici e di rilevazioni empiriche per provare (o presumere) l'esistenza di una pratica concordata tra due o più operatori economici quando ad esempio il loro comportamento, in assenza dell'accordo, non sarebbe stato razionale per una o entrambe le parti oppure non sarebbe stato economicamente vantaggioso senza la collaborazione (illecita) dell'altra parte.

È bene tenere a mente però che non tutti gli accordi tra le imprese sono dannosi per il corretto funzionamento del mercato. Alcuni accordi infatti possono introdurre benefici oggettivi al sistema della produzione e possono arrecare vantaggi alla comunità dei

⁷ Cfr. articolo 81 CE.

consumatori. Ed è proprio per non inibire eventuali benefici al mercato che è stato previsto il sistema delle c.d. “*esenzioni*”.

Le “*esenzioni*” sono vere e proprie deroghe all’applicazione dell’articolo 81 CE. A seconda che l’esenzione riguardi un caso individuale oppure una molteplicità di casi appartenenti alla stessa categoria si distinguono le esenzioni individuali da quelle per categoria.

Le esenzioni individuali, previste dal vecchio Regolamento n. 17/62, venivano rilasciate, su richiesta delle parti interessate, dalla Commissione dopo un attento studio degli elementi essenziali dell’accordo e degli effetti che esso avrebbe potuto produrre sul mercato. Le esenzioni individuali venivano concesse per un periodo determinato e spesso sottoposte a condizioni. A partire dal 1° maggio 2004 (entrata in vigore del Regolamento n. 1/2003) il meccanismo delle esenzioni individuali è stato abrogato, ma, in presenza di ragioni di interesse pubblico comunitario, la Commissione ha ancora la competenza per adottare d’ufficio decisioni c.d. di “constatazione di inapplicabilità” dell’art. 81 a determinati accordi o pratiche concordate (si veda l’articolo 10 del Reg. 1/2003).

Le esenzioni per categoria invece sono previste nei c.d. “*regolamenti di esenzione*” emanati dalla Commissione su delega del Consiglio. Il meccanismo delle esenzioni per categoria non era previsto nel Trattato ed è stato concepito successivamente allo scopo di risolvere il problema connesso alla gestione delle numerose domande di esenzione individuale che ogni anno pervenivano alla Commissione. I regolamenti di esenzione sono previsti anche nella nuova disciplina del Regolamento n. 1/2003⁸. Secondo il regime delle esenzioni per categoria, qualunque impresa che svolga un’attività che rientri nelle categorie previste dai regolamenti di

⁸ Cfr. articolo 28 del Reg. 1/2003.

esenzione non ha più la necessità di chiedere l'esenzione individuale, dato che essa è implicita nel regolamento generale.

L'articolo 82 del Trattato stabilisce che *“È incompatibile con il mercato comune e vietato, nella misura in cui possa essere pregiudizievole al commercio tra Stati membri, lo sfruttamento abusivo da parte di una o più imprese di una posizione dominante sul mercato comune o su una parte sostanziale di questo”*. Oggetto del divieto non è la posizione dominante sul mercato in sé, ma l'abuso che di questa posizione le imprese fanno ai danni di altre imprese.

La nozione di posizione dominante è il risultato della elaborazione della Corte di giustizia: nella sentenza *Metro-Saba*, essa ha affermato che un'impresa può essere considerata in posizione dominante quando le è consentito *“di agire in misura rilevante senza dover tenere conto della condotta dei suoi concorrenti”*⁹.

Il concetto di posizione dominante è dunque un concetto relativo e richiede una valutazione caso per caso.

Affinché l'operatore giuridico e l'interprete possano, nel caso concreto, determinare se un'impresa si trovi in posizione dominante in un mercato e se il suo comportamento costituisca un abuso ai sensi dell'articolo 82 del Trattato si fa ricorso ad alcuni parametri, di derivazione economica, come ad esempio la definizione del mercato geografico rilevante e del mercato rilevante del prodotto, ovvero la definizione di alcuni elementi, come il territorio nel quale si estende il raggio d'azione dell'impresa e nel quale si ritiene che abusi della posizione dominante ed i prodotti ai quali l'abuso si riferisce.

Una volta definito il mercato geografico rilevante ed il mercato rilevante del prodotto, si procederà ad analizzare la posizione dell'operatore all'interno del mercato così definito e,

⁹ Cfr. Corte di giustizia, 25 ottobre 1977, C-26/76, *Metro-SABA*.

attraverso lo studio dei parametri economici, si determinerà la posizione, più o meno forte, di una determinata impresa all'interno del mercato.

Secondo la Corte di giustizia, l'abuso si concretizza nella situazione in cui un'impresa ricorra *“a mezzi diversi da quelli su cui si impernia la concorrenza normale tra prodotti o servizi, fondata sulle prestazioni degli operatori economici, la conservazione del grado di concorrenza ancora esistente sul mercato o lo sviluppo di detta concorrenza”*¹⁰.

Per quanto concerne il pregiudizio al commercio tra gli Stati membri, la Commissione Europea e la Corte di giustizia ritengono che sia sufficiente porre in essere, volontariamente o meno, una situazione di oggettiva difficoltà per le altre imprese di entrare nel mercato o di mantenere la propria posizione.

Le fattispecie di abuso di posizione dominante non sono soggette al regime delle esenzioni e sono pertanto sempre vietate. Tuttavia le imprese possono richiedere alla Commissione un'attestazione negativa circa la non incompatibilità del loro comportamento con l'art. 82.

Completano la normativa di riferimento delle regole comunitarie di concorrenza, ma non saranno oggetto di approfondimento in questa sede, gli aiuti di Stato alle imprese, disciplinati dal Trattato agli articoli 87, 88 e 89, ed il controllo delle operazioni di concentrazione, disciplinato del Regolamento n. 139/2004.

¹⁰ Corte di giustizia, 13 febbraio 1979, C-85/76, *Hoffman-La Roche*.

3. Il criterio di allocazione interna: il pregiudizio “sensibile” al commercio tra gli Stati membri (cenni)

Come abbiamo anticipato nel paragrafo precedente, gli articoli 81 e 82 del Trattato sono applicabili agli accordi ed alle pratiche concordate tra le imprese che “*possano pregiudicare il commercio fra Stati membri*”. Per poter applicare il diritto comunitario ad una pratica anticompetitiva è necessario, quindi, stando alla lettera del Trattato, che questa sia idonea a pregiudicare il commercio tra gli Stati membri. La costante giurisprudenza della Corte di giustizia ha individuato nel pregiudizio “sensibile” al commercio tra Stati una soglia minima, raggiunta la quale, ogni pratica anticompetitiva deve considerarsi di rilevanza comunitaria¹¹.

Il criterio dell’incidenza sensibile sul commercio agisce, come un distanziatore per mantenere ben separati il diritto comunitario ed il diritto nazionale della concorrenza, i quali, insistendo su identiche fattispecie sostanziali, finirebbero, altrimenti, per sovrapporsi, confondendosi.

Oltre ad alcune decisioni della giurisprudenza comunitaria, un utile strumento ermeneutico a disposizione degli interpreti, per chiarire il contenuto e la portata della nozione generale di pregiudizio al commercio tra Stati membri, è rappresentato dalla Comunicazione della Commissione sulla nozione di pregiudizio al commercio tra Stati membri del 2004¹². Tale Comunicazione (nota anche come *Linee direttrici sulla nozione di pregiudizio al commercio tra Stati*

¹¹ Cfr. *Linee direttrici sulla nozione di pregiudizio al commercio tra Stati membri di cui agli articoli 81 e 82 del trattato*, in GU C101 del 27 aprile 2004, pag. 81, paragrafi 12 e 13. Il testo completo della Comunicazione è allegato al presente volume. Si vedano inoltre: Corte di giustizia, causa C-22/71, *Béguelin*, Racc. 1971, pag. 949, punto 16; Corte di giustizia, cause riunite C-56/64 e C-58/64, *Consten e Grundig*, Racc. 1996, pag. 458, e Corte di giustizia, cause riunite C-6/73 e C-7/73, *Commercial Solvents*, Racc. 1974, pag. 223.

¹² Comunicazione della Commissione del 2004: “*Linee direttrici sulla nozione di pregiudizio al commercio ...*” cit.

Membri) illustra i principi sviluppati dagli organi giurisdizionali comunitari relativamente all'interpretazione della nozione di pregiudizio al commercio di cui agli articoli 81 e 82 e precisa una regola basilare per stabilire quando, in via generale, è improbabile che un accordo sia idoneo a pregiudicare sensibilmente il commercio tra Stati membri (la cosiddetta regola dell'assenza di incidenza sensibile sul commercio).

Lo scopo delle linee direttrici consiste nel definire il metodo da seguire per applicare la nozione di pregiudizio al commercio e nel fornire indicazioni agli interpreti rispetto alle modalità di applicazione. Le linee direttrici in quanto tali non hanno carattere vincolante e “*lasciano impregiudicata l'interpretazione degli articoli 81 e 82 che potrà essere data dalla Corte di giustizia o dal Tribunale di primo grado*”¹³. Nonostante la loro non vincolatività, le linee direttrici sono finalizzate a fornire alle giurisdizioni e alle autorità degli Stati membri gli orientamenti utili ai fini dell'applicazione della nozione di pregiudizio al commercio di cui agli articoli 81 e 82 CE.

Il criterio del pregiudizio al commercio è un criterio autonomo proprio del diritto comunitario che deve essere valutato dalle giurisdizioni nazionali caso per caso. Si tratta di un criterio che attiene direttamente alla giurisdizione dal momento che, come abbiamo accennato, tramite di esso si definisce il campo di applicazione della normativa comunitaria in materia di concorrenza¹⁴. In altre parole, il diritto comunitario della concorrenza non si applica agli accordi e alle pratiche che non siano idonei a pregiudicare sensibilmente il commercio tra Stati membri.

È opportuno ricordare che sia la giurisprudenza delle Corti comunitarie quanto la prassi della Commissione concordano nel

¹³ Cfr. *Linee direttrici*, cit., par. 5.

¹⁴ Cfr. ad esempio Corte di giustizia, cause riunite C-56/64 e C-58/64, *Consten e Grundig*, cit. e Corte di giustizia, cause riunite C-6/73 e C-7/73, *Commercial Solvents*, cit.

ritenere che il concetto di “*commercio*” non debba essere limitato agli scambi tradizionali di beni e servizi a livello transfrontaliero. Entrambe le Istituzioni propendono per collocare il concetto di “*commercio*” in una prospettiva più ampia, idonea a coprire tutta l'attività economica transfrontaliera, incluso lo stabilimento¹⁵. Tale interpretazione è, del resto, coerente con l'obiettivo fondamentale del Trattato di promuovere la libera circolazione dei beni, dei servizi, delle persone e dei capitali. Il concetto di “*commercio*” comprende anche i casi nei quali gli accordi o le pratiche pregiudicano la struttura della concorrenza nel mercato.

Affinché possa esservi un effetto sul commercio “*tra Stati membri*” devono esservi delle ripercussioni sull'attività economica transfrontaliera che interessino almeno due Stati membri.

Non è invece necessario che l'accordo o la pratica pregiudichino il commercio tra l'intero territorio di uno Stato membro e l'intero territorio di un altro Stato membro.

Gli articoli 81 e 82 sono applicabili anche nei casi che riguardano una parte di uno Stato membro, nella misura in cui l'incidenza sul commercio è sensibile¹⁶.

Nel caso *Manfredi* ad esempio, la Corte di giustizia ha recentemente ravvisato l'idoneità di una pratica anticompetitiva avvenuta nel mercato italiano *Rca* a ledere anche il diritto

¹⁵ Cfr. *Linee direttrici sulla nozione di pregiudizio al commercio tra Stati membri*, cit.; si vedano inoltre le sentenze della Corte di giustizia nella causa C-172/80, *Züchner*, Racc. 1981, pag. 2021, punto 18; causa C-309/99, *Wouters*, Racc. 2002, pag. I-1577, punto 95; causa C-475/99, *Ambulanz Glöckner*, Racc. 2001, pag. I-8089, punto 49; cause riunite C-215/96 e C-216/96, *Carlo Bagnasco e a./Banca Popolare di Novara soc. coop. a r. l. (BNP)*, Racc. 1999, pag. I-135, punto 51; causa C-55/96, *Job Centre*, Racc. 1997, pag. 7119, punto 37 e causa C-41/90, *Höfner e Elser*, Racc. 1991, pag. I-1979, punto 33.

¹⁶ Cfr. a tale riguardo Corte di giustizia, causa C-71/74, *Frubo*, Racc. 1975, pag. I-563, punto 38; Corte di giustizia, cause riunite C-209/78, C-215/78 e C-218/78, *Van Landewyck*, Racc. 1980, pag. II-3125, punto 172; Tribunale di primo grado, causa T-61/89, *Dansk Pelsdyravler Forening*, Racc. 1992, pag. II-1931, punto 143 e Tribunale di primo grado, causa T-65/89, *BPB Industries e British Gypsum*, Racc. 1993, pag. II-389, punto 135.

comunitario della concorrenza se, “*in considerazione delle caratteristiche del mercato nazionale, appaia sufficientemente probabile che l'intesa o la pratica concordata possa avere un'influenza diretta o indiretta, attuale o potenziale, sulla vendita delle polizze d'assicurazione nello Stato membro interessato da parte di operatori stabiliti in altri Stati membri e che tale influenza non sia insignificante*”¹⁷. L'applicazione del criterio del pregiudizio al commercio è dunque indipendente dalla definizione dei mercati geografici rilevanti: il commercio tra Stati membri può, infatti, essere pregiudicato anche nei casi in cui il mercato rilevante è nazionale o sub-nazionale.

Come abbiamo anticipato, la valutazione dell'incidenza sensibile dipende in larga misura dalle circostanze di ogni singolo caso ed in particolare dalla natura dell'accordo e della pratica, dalla natura dei prodotti interessati e dalla posizione di mercato delle imprese coinvolte; si rimanda per una disamina specifica dei criteri seguiti dalla giurisprudenza comunitaria e dalla prassi della Commissione al testo delle Linee direttrici sulla nozione di pregiudizio al commercio tra Stati membri allegato al presente Volume.

¹⁷ Corte di giustizia, cause riunite da C-295/04 a C-98/04, cit., par. 52.

CAPITOLO II

LE AZIONI DI DANNO FONDATE SULLA VIOLAZIONE DELLE REGOLE COMUNITARIE DI CONCORRENZA

SOMMARIO: 1. Il fondamento giuridico delle azioni di danno antitrust. - 2. La competenza del giudice civile. - 3. Le azioni follow-on e le azioni stand-alone. - 4. La pregiudizialità amministrativa. - 5. Il termine di prescrizione delle azioni. - 6. La legittimazione attiva. - 7. L'onere della prova. - 8. Pluralità di danneggiati: strumenti di aggregazione processuale. - 9. Il ricorso ad esperti.

1. Il fondamento giuridico delle azioni di danno antitrust

L'azione di risarcimento del danno fondata su una violazione delle regole comunitarie di concorrenza ha origine giurisprudenziale. Tale azione, intesa come rimedio di diritto privato a disposizione di *chiunque* (impresa o consumatore) abbia subito danno a seguito di una illecita distorsione della concorrenza nel mercato comune, rappresenta un passo necessario ed ulteriore nell'evoluzione naturale delle regole di concorrenza comunitarie verso l'effettività.

Storicamente, l'azione di danno antitrust è intimamente legata ad un altro principio d'origine giurisprudenziale: il principio della diretta applicabilità degli articoli 81 ed 82 del Trattato. Nel 1974, come è noto, la Corte di giustizia, decidendo il caso *BRT/SABAM*, riconobbe che “*per loro natura, i divieti sanciti dagli artt. 85, n. 1, e 86 [ora 81 n. 1 ed 82] sono atti a produrre direttamente degli effetti nei rapporti fra i singoli*” e che “*detti articoli attribuiscono direttamente a[i][singoli] dei diritti che i giudici nazionali devono tutelare*”¹.

¹ Corte di giustizia, 30 gennaio 1974, causa C-127/73, *Belgische Radio en Televisie contro SV Sabam e NV Fonior*, in Racc. 1974 pag. 51, punto 6. Si veda anche Corte

La diretta applicabilità da parte delle Giurisdizioni nazionali dei paragrafi 1 e 2 dell'articolo 81 e dell'articolo 82 del Trattato fu successivamente consolidata dalla Corte di giustizia nei casi *Delimitis* (1991) e *Masterfood* (2000)². È stato proprio attraverso il riconoscimento della diretta applicabilità delle regole comunitarie di concorrenza nei rapporti tra privati (oggi sancita dall'articolo 6 del Regolamento 1/2003 anche per il terzo paragrafo dell'articolo 81 CE), che la Corte di giustizia ha potuto introdurre nell'ordinamento giuridico comunitario l'azione di risarcimento del danno promossa da un operatore economico (impresa o consumatore) a seguito di un'illecita restrizione della concorrenza nel mercato comune. Tale diritto è stato riconosciuto espressamente dalla Corte di giustizia soltanto con la sentenza *Courage* (2001)³ e poi riaffermato nella sentenza *Manfredi* (2006)⁴.

di giustizia, 18 marzo 1997, causa C-285/95 *Guérin automobiles /Commissione*, Racc. pag. I-1503, punto 39.

² Rispettivamente del 28 febbraio 1991, causa C-234/89, *Delimitis*, Racc. pag. I-935, punti 14-26 e 14 dicembre 2000, C-344/98, *Masterfood*, Racc. 2000, pag. I-11369. Nonostante, come abbiamo anticipato, la diretta applicabilità degli articoli 81.1, 81.2 ed 82 del Trattato fosse stata chiaramente riconosciuta dalla Corte di giustizia già a partire dalla metà degli anni settanta, le Corti nazionali di alcuni Stati membri hanno stentato a riconoscere tale obbligo. In Spagna, ad esempio il *Tribunal Supremo* in due occasioni si era espresso in senso negativo rispetto alla diretta applicabilità degli articoli 81.1, 81.2 ed 82 del Trattato (si vedano le sentenze del 30 dicembre 1993 e del 4 novembre 1999). Solo nel 2000, decidendo il caso *DISA*, il *Tribunal Supremo* ha cambiato radicalmente il proprio orientamento riconoscendo la diretta applicabilità degli articoli del Trattato.

³ Corte di giustizia, 20 settembre 2001, C-453/99, *Courage e Crehan*, Racc. 2001, I-6297.

⁴ Corte di giustizia, 13 luglio 2006, cause riunite da C-295/04 a C-298/04, *Manfredi c. Lloyd Adriatico*, cit. Il diritto ad ottenere il risarcimento del danno a seguito di una violazione delle regole comunitarie di concorrenza deve essere ricondotto alla sentenza della Corte di giustizia nel caso 26/62 (*Van Gend & Loos*), che costituisce, storicamente, il predecessore dei casi *Courage* e *Manfredi*. Sul rapporto tra *public* e *private enforcement* del diritto della concorrenza si rimanda a KOMNINOS, *Public and Private Antitrust Enforcement in Europe: Complement? Overlap?*, *Comp. Law Rev.*, vol. 3 Issue 1, pp. 5-26; WALLER, *Towards a Constructive Public-Private Partnership to Enforce Competition Law*, 29 *W. Comp.*, 3 (2006); WILS, *Should Private Antitrust Enforcement Be Encouraged in Europe?*, 26 *World Competition* (3), 473-488, (2003); JONES, *Private Antitrust Enforcement in Europe: A Policy*

Il diritto al risarcimento del danno antitrust, dunque, ha affiancato e rafforzato la sanzione della *nullità di pieno diritto* prevista dal Trattato all'articolo 81.2, completando, in questo modo, il lato privatistico della reazione dell'ordinamento giuridico comunitario alle illecite distorsioni della concorrenza⁵.

Il fondamento giuridico dell'azione di danno antitrust è rappresentato dalla necessaria effettività delle regole di concorrenza associata alla diretta applicabilità delle stesse da parte delle giurisdizioni nazionali. I giudici nazionali, infatti, sono "*incaricati di applicare, nell'ambito delle loro competenze, le norme del diritto comunitario, garantire la piena efficacia di tali norme e tutelare i diritti da esse attribuiti ai singoli*"⁶. In particolare, secondo la Corte di giustizia, la piena efficacia dell'articolo 81 del Trattato e, soprattutto, l'effetto utile del divieto sancito all'articolo 81.1 CE, sarebbe messo in discussione "*se chiunque non potesse chiedere il risarcimento del danno causatogli da un contratto o da un comportamento che possono restringere o falsare il gioco della concorrenza*"⁷.

Il diritto al risarcimento del danno rafforza, infatti, il carattere operativo delle regole comunitarie di concorrenza ed è tale

Analysis and Reality Check, 27 *World Competition* (1) 13-24, (2004); MONTI, *Article 81 EC and Public Policy*, *Common Market Law Review*, 2002, 39, 5; MCAFEE, MIALON & MIALON, *Private v. Public Antitrust Enforcement: A Strategic Analysis*, manoscritto, (2005). Per un illuminante commento alla sentenza *Courage* si rimanda a KOMNINOS, *New Prospects for Private Enforcement of EC Competition Law: Courage v. Crehan and the Community Right to Damages*, *CMLR*, 2002, 39, 3; mentre per un commento alla sentenza *Manfredi* si veda CARPAGNANO, *Private Enforcement of Competition Law Arrives in Italy: Analysis of the Judgment of the European Court of Justice in Joined Cases C-295-289/04 Manfredi*, *The Competition Law Review*, 2006, vol. 3 Issue 1, 47-72.

⁵ Si veda sentenza 1 giugno 1999, causa C-126/97, *Eco Swiss*, Racc. pag. I-3055, punto 36.

⁶ Si vedano, in particolare, le sentenze della Corte di giustizia 9 marzo 1978, causa C-106/77, *Simmenthal*, Racc. pag. 629, punto 16 e 19 giugno 1990, causa C-213/89, *Factortame*, Racc. pag. I-2433, punto 19.

⁷ Si veda sentenza *Courage*, cit., punto 26.

da scoraggiare gli accordi o le pratiche, spesso dissimulate, che possono restringere o falsare il gioco della concorrenza nel mercato comune. In quest'ottica, le azioni di danno incardinate dinanzi ai giudici nazionali possono contribuire *sostanzialmente* al mantenimento di un'effettiva concorrenza nella Comunità. Nel nostro ordinamento giuridico, l'azione di danno fondata su una violazione delle regole comunitarie di concorrenza è riconducibile alla regola giurisprudenziale del caso *Courage*, non essendovi una previsione legislativa *ad hoc*.

Per quanto riguarda, invece, le azioni di danno fondate su una violazione delle regole *nazionali* di concorrenza, la Corte di Cassazione ha individuato il fondamento giuridico di detta azione nell'articolo 2043 del Codice civile. La tutela aquiliana, secondo la Corte, viene in soccorso del danneggiato "*ogni qual volta si verifichi la lesione di un interesse rilevante per l'ordinamento giuridico*"⁸. Nel caso del cartello sui prezzi, ma si potrebbe supporre che la regola valga anche nel caso di un abuso di posizione dominante, il diritto al risarcimento del danno si fonderebbe, secondo la Corte di Cassazione, sulla lesione dell'interesse "*ultraindividuale alla libertà contrattuale, concertantesi nel diritto a godere dei benefici della competizione commerciale*"⁹. Si noti che, sul punto, la Corte di Cassazione ha seccamente respinto la tesi secondo la quale il danneggiato dall'illecito antitrust avrebbe dovuto provare in giudizio, ai fini della legittimazione attiva e del risarcimento del danno, che "*l'intesa accertata dall'Autorità le aveva arrecato uno specifico*

⁸ Per questo concetto si rimanda a Cass. civ., Sez. Un., 22 luglio 1999, n. 500, in *Foro it.*, 1999, I, 2487, con nota di PALMIERI e PARDOLESI.

⁹ Cfr. Cass. civ., Sez. III, n. 2305 del 2 febbraio 2007. Il testo della sentenza è disponibile in *Foro it.* 2007, I, 1097-1106, con commento di PARDOLESI, *Il danno antitrust in cerca di disciplina (e di identità?)*; la sentenza è stata commentata anche da BASTIANON, *Tutela risarcitoria antitrust, nesso causale e danni lungolatenti*, in *Corr. giur.*, n. 5/2007, 648-653.

pregiudizio”¹⁰.

Nonostante la desiderabilità di regole antitrust effettive sia ampiamente condivisa ed anche, in parte, attivamente promossa dalle Istituzioni dell’Unione, l’attuale assenza di una legislazione comunitaria uniforme rappresenta uno dei principali ostacoli per il raggiungimento di tale obiettivo. Infatti, le azioni giudiziali fondate su una violazione delle regole comunitarie di concorrenza sono disciplinate in larga parte dalle norme *interne* dei singoli Stati membri nei quali vengono incardinate e, solo in misura minore, da alcune disposizioni imperative di diritto comunitario.

L’assenza di una disciplina uniforme fa sì che la varietà delle soluzioni nazionali rispetto a determinati aspetti processuali e sostanziali delle azioni civili (si pensi, ad esempio, alla legittimazione attiva, al termine di prescrizione, all’onere della prova, alle modalità di identificazione e quantificazione del danno sofferto dalla vittima, all’ammissibilità dei danni punitivi o all’ammissibilità della *passing on defence* etc.), condizioni pesantemente l’esito delle azioni comunitarie antitrust, che, in alcuni casi, risultano addirittura compromesse a causa, proprio, della specificità delle regole nazionali che disciplinano l’azione civile.

Così, ad esempio, anche il ristoro del danno subito da un operatore economico a causa di un accordo restrittivo della concorrenza in violazione dell’articolo 81 del Trattato dipende, nei fatti, dalla cultura processuale dello Stato membro nel quale l’azione viene proposta e, in buona sostanza, dal grado di compatibilità di questa con il sistema comunitario.

L’assenza di una legislazione uniforme espone il sistema di *enforcement* comunitario al duplice rischio dell’ineffettività delle regole e della difformità degli esiti giudiziari¹¹.

¹⁰ Cfr. Cass. civ., Sez. III, n. 2305/07, cit.

¹¹ A proposito di un possibile e prossimo intervento del legislatore comunitario in materia di applicazione delle regole comunitarie di concorrenza si consideri che è la

La Corte di giustizia è intervenuta in più occasioni per porre rimedio a tale rischiosa ed indesiderata situazione. Secondo la Corte, in assenza di una legislazione comunitaria, compete all'ordinamento giuridico interno di ciascuno Stato membro stabilire *“le modalità procedurali dei ricorsi intesi a garantire la tutela dei diritti spettanti ai singoli in forza dell'effetto diretto del diritto comunitario”*¹².

Tale generosa apertura della Corte alla discrezionalità dei legislatori nazionali è, come si intuisce, solo apparente (oltre che necessitata). Difatti, lo spazio di intervento del legislatore nazionale in merito alla disciplina delle azioni civili interne è, in realtà, fortemente condizionato al rispetto dei principi di effettività e di equivalenza. Pertanto, l'assenza di una legislazione comunitaria trasferisce la responsabilità (limitata) della definizione di regole procedurali e sostanziali effettive al legislatore interno il quale dovrà, quando necessario, rendere maggiormente compatibile il sistema di

natura stessa della materia a richiedere una cornice legale il più possibile uniforme al fine di garantire maggiore sicurezza giuridica ed efficacia delle regole; su questo punto si rimanda alle considerazioni di politica del diritto espresse dal Parlamento Europeo in *Report on the Green Paper on Damages actions for breach of the EC antitrust rules*, (2006/2207(INI)) final A6-0133/2007, aprile 2007, pagina 13. Del resto, un unico *fil rouge* lega l'emanazione del Regolamento n. 1/2003, l'attività di promozione di specifici programmi di formazione rivolti ai giudici nazionali aventi ad oggetto il diritto comunitario della concorrenza, lo studio comparato promosso dalla Commissione Europea sulle azioni di danno, nonché la già ricordata pubblicazione del Libro Verde e, nel giugno del 2006, le Osservazioni al Libro Verde stesso; inoltre, per la fine di quest'anno è attesa la pubblicazione da parte della Commissione di un Libro Bianco sul *private enforcement* delle regole comunitarie di concorrenza. Cfr. DE SMIJTER & O'SULLIVAN, *The Manfredi judgment of the ECJ and how it relates to the Commission's initiative on EC antitrust damages actions*, *Competition Policy Newsletter*, 2006, 3, 23-29. Vedi anche Parlamento Europeo, *Report on the Green Paper on Damages actions...* cit. Si tenga presente che l'intervento normativo della Commissione in materia di azioni di danno antitrust dinanzi alle corti nazionali deve rispettare i principi di sussidiarietà e di proporzionalità. Cfr. *Study on the conditions of claims for damages in case of infringement of EC competition rules*, *Comparative Report*, 2004, disponibile all'indirizzo web della Commissione europea.

¹² Si vedano le sentenze 10 luglio 1997, causa C-261/95, *Palmisani*, Racc. pag. I-4025, punto 27; *Courage e Crehan*, cit., punto 29; *Manfredi*, cit., punto 62.

enforcement nazionale con quello comunitario¹³.

Se il legislatore nazionale non interviene, come sta accadendo in Italia, la responsabilità a cui poco sopra accennavamo passa interamente ai giudici nazionali. Spetterà a loro maneggiare, nella decisione di un caso concreto, il metro di valutazione escogitato dalla Corte di giustizia per ponderare, nel caso concreto, il grado di compatibilità dei singoli aspetti procedurali e sostanziali interni con il sistema comunitario¹⁴.

Tale metro di valutazione è formulato come segue: le modalità interne di applicazione delle regole comunitarie di concorrenza non devono essere meno favorevoli di quelle che riguardano ricorsi analoghi di natura interna (*principio di equivalenza*) né tali da rendere praticamente impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio dei diritti conferiti dall'ordinamento giuridico comunitario (*principio di effettività*).

Nei prossimi paragrafi analizzeremo in dettaglio come, in assenza di un intervento uniformante del legislatore comunitario, alcune delle questioni sostanziali e procedurali relative all'azione di danno sono state affrontate negli ultimi anni dalle Giurisdizioni nazionali e metteremo a confronto tali soluzioni con le indicazioni recentemente prospettate dalla Corte di giustizia nel caso *Manfredi* (2006).

¹³ Tanto è vero che, negli ultimi anni, alcuni Stati membri (tra cui Regno Unito, Germania e Francia) hanno modificato o stanno modificando (Spagna) le proprie legislazioni nazionali al fine di renderle maggiormente compatibili con il sistema antitrust decentralizzato introdotto con il Regolamento n. 1/2003.

¹⁴ È opportuno ricordare che tale ruolo delle Giurisdizioni nazionali non viene meno nel caso in cui il legislatore nazionale disciplini la materia; il principio di supremazia del diritto comunitario rispetto al diritto interno s'impone al giudice nazionale anche in presenza di una legislazione nazionale di dettaglio quando questa risulti essere in contrasto con le regole comunitarie.

2. La competenza del giudice civile

Come abbiamo anticipato nel paragrafo precedente, la Corte di giustizia nel caso *Courage* ha affermato che “*in mancanza di una disciplina comunitaria [...] spetta all’ordinamento giuridico interno di ciascuno Stato membro designare i giudici competenti [...] a garantire la tutela dei diritti spettanti ai singoli in forza dell’effetto diretto del diritto comunitario*”¹⁵.

Tale discrezionalità è condizionata al rispetto dei principi di *equivalenza* e di *effettività*¹⁶. In altre parole, le soluzioni interne scelte dal legislatore nazionale, non devono essere meno favorevoli di quelle che riguardano ricorsi analoghi di natura interna né tali da rendere praticamente impossibile o eccessivamente difficile l’esercizio dei diritti conferiti dall’ordinamento giuridico comunitario.

Dallo studio comparato sulle azioni di danno antitrust pubblicato dalla Commissione Europea nel 2004¹⁷ emerge una grande varietà di soluzioni vigenti negli Stati membri in merito alla definizione delle corti competenti ad applicare le regole comunitarie di concorrenza e a conoscere un’azione di danno basata sulla violazione delle stesse. In linea generale, nella maggior parte degli ordinamenti giuridici degli Stati membri, la competenza a conoscere i casi antitrust segue un regime diverso da quello ordinario¹⁸. È la

¹⁵ Si veda sentenza *Courage*, cit., punto 29.

¹⁶ Si veda sentenza *Courage*, cit., punto 29.

¹⁷ Cfr. *Study on the conditions of claims for damages in case of infringement of EC competition rules, Comparative Report*, 2004.

¹⁸ Tale competenza è stata affidata, nel Regno Unito, ad un tribunale *ad hoc*, il *Competition Appeals Tribunal* (CAT) per le azioni di danno fondate sulla violazione delle regole di concorrenza sia comunitarie che nazionali; mentre in Francia ed in Spagna sono competenti a conoscere dei casi antitrust i tribunali che si occupano di controversie commerciali; in altri Ordinamenti giuridici la speciale allocazione della competenza è stata affidata a sezioni specializzate dei tribunali ordinari (Germania, Svezia), oppure, come avviene in Italia, Repubblica Ceca, Irlanda (solo per le azioni di danno basate sul diritto nazionale della concorrenza e non su quello comunitario) e Slovacchia, tale competenza è stata affidata in primo grado ai tribunali di seconda

natura stessa delle questioni sostanziali proprie dei casi antitrust, così intimamente legate ad analisi complesse di natura economica, ad aver indotto i legislatori nazionali a confidare, nella maggior parte dei casi, nelle competenze specifiche di un giudice *diverso* da quello ordinario¹⁹.

Tale varietà di soluzioni in merito alla individuazione del giudice competente potrebbe, in alcuni casi, dare luogo ad una incompatibilità del meccanismo interno di tutela giudiziale con il sistema di *enforcement* comunitario. La Commissione Europea ha pertanto elaborato una definizione minima di riferimento: con la locuzione *giurisdizioni degli Stati membri dell'UE* (o *giurisdizioni nazionali*), si intendono “*i giudici di uno Stato membro che sono competenti per applicare gli articoli 81 e 82 del trattato CE e che sono legittimati a chiedere alla Corte di giustizia delle Comunità Europee di pronunciarsi in via pregiudiziale ai sensi dell'articolo*

istanza. Si veda in dettaglio, *Study on the conditions of claims for damages in case of infringement of EC competition rules, Comparative Report*, 2004, cit.

¹⁹ In Italia, come è noto, il legislatore ha riservato alla competenza esclusiva della Corte d'Appello la cognizione in primo ed unico grado delle azioni civili antitrust di dimensione nazionale (articolo 33.2 della Legge 287/90). Tale scelta è dovuta alla ferma convinzione che “*a higher court is better placed to deal with disputes involving complex economic assessments*” Cfr. TESAURO, *Private Enforcement of EC Antitrust Rules in Italy: The Procedural Issues*, (2001), *European Competition Law Annual*, 267. La mancanza di un'espressa previsione del legislatore italiano fa sì che mentre le controversie antitrust nazionali devono essere conosciute in primo (ed unico) grado dalla Corte d'Appello competente per territorio, quelle comunitarie, a seconda del loro valore, saranno conosciute in primo grado dal Giudice di Pace o dal Tribunale, fatto salvo, in ogni caso, il secondo grado di giudizio. Per un'analisi dettagliata del riparto della competenza in materia antitrust si rimanda a CARPAGNANO, *Private Enforcement of Competition Law Arrives in Italy: Analysis of the Judgment of the European Court of Justice in Joined Cases C-295-289/04 Manfredi*, in *Comp. Law Rev.*, Vol. 3 Issue 1, 47-72 (2006). Si veda inoltre PASCUZZI, *Commento all'art. 33 l. 297/1990* in FRIGNANI, PARDOLESI, PATRONI GRIFFI, UBERTAZZI (cur.), *La legislazione Antitrust italiana*, Bologna, 1993. La Corte di giustizia nel 2006 ha ritenuto che tale sistema non sia incompatibile con il diritto comunitario dal momento che, essendo l'applicazione delle regole comunitarie più agevole rispetto a quella nazionale, non si può riscontrare una violazione del principio di equivalenza e di effettività, si veda la sentenza della Corte di giustizia nel caso *Manfredi*, cit.

234 del trattato”²⁰. La Corte di giustizia ha poi definito, nel caso *Schmid* (2002), i criteri da seguire per determinare quali organi interni possano essere considerati giurisdizioni ai sensi dell’articolo 234 del trattato: “*la Corte tiene conto di un insieme di elementi quale l’origine legale dell’organo, il suo carattere permanente, l’obbligatorietà della sua giurisdizione, la natura contraddittoria del procedimento, il fatto che l’organo applichi norme giuridiche e che sia indipendente*”²¹.

Non v’è dubbio che nel nostro ordinamento giuridico debbano intendersi “*giurisdizioni nazionali*”, ai sensi delle definizioni appena sopra richiamate, la *Corte d’Appello*, il *Tribunale* ed il *Giudice di Pace*. Tali organi, infatti, possono proporre ricorso pregiudiziale alla Corte di giustizia ex articolo 234 CE e sono chiamati ad applicare gli articoli 81 ed 82 CE ai sensi dell’articolo 6 del Regolamento 1/2003²².

Contrariamente a quando accade per le azioni civili fondate *esclusivamente* sul diritto nazionale della concorrenza che, in virtù dell’espressa previsione del legislatore, rientrano nella cognizione esclusiva in primo (ed unico grado) della Corte d’Appello competente per territorio, la competenza a conoscere le azioni fondate su una violazione delle regole comunitarie di concorrenza è soggetta, nel silenzio del legislatore, alle ordinarie regole in materia di competenza.

²⁰ Cfr. *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*, 2004/C 101/04.

²¹ Si veda Corte di giustizia, 30 maggio 2002, causa C-516/99, *Schmid*, Racc. 2002, I-4573, punto 34.

²² Nel caso della Corte d’Appello, qualora si propenda per un’interpretazione restrittiva delle sue competenze ex legge 287/90, *comunque* applica il diritto comunitario della concorrenza in primo grado *anche* ai sensi dell’articolo 3 del Reg. 1/2003. Applica invece le regole di concorrenza in secondo grado ex articolo 6 del Reg. 1/2003.

Tali azioni, saranno, dunque, conosciute in primo grado dal Giudice di Pace o dal Tribunale mentre in secondo grado dalla Corte d'Appello²³.

In linea generale, per individuare l'organo competente a conoscere un'azione antitrust si dovrà fare riferimento al "*principio dell'onere di allegazione*". In base a tale principio incombe all'attore l'onere di qualificare la controversia come rientrante nello spettro di applicazione della legislazione nazionale o comunitaria. In conseguenza di tale valutazione, l'attore deciderà di incardinare la richiesta di risarcimento del danno presso l'organo ritenuto competente; il convenuto potrà, eventualmente, eccepire l'incompetenza dell'organo adito sulla base della dimostrazione che la violazione, ad esempio, è *esclusivamente* di rilevanza comunitaria.

Ci si può interrogare, però, sull'estensione del margine di apprezzamento del giudice in merito alla individuazione, anche d'ufficio, delle regole di concorrenza violate nella singola fattispecie. A questo proposito, la giurisprudenza comunitaria stabilisce che "*le giurisdizioni nazionali devono, [...], applicare le disposizioni di diritto comunitario della concorrenza anche nei casi in cui la parte interessata alla loro applicazione non ne ha fatto richiesta. Tuttavia, il diritto comunitario non impone alle giurisdizioni nazionali di sollevare d'ufficio un motivo basato sulla violazione di disposizioni comunitarie, qualora l'esame di tale motivo li obblighi a rinunciare al principio dispositivo, alla cui osservanza sono tenuti, esorbitando dai limiti della lite quale è stata circoscritta dalle parti e basandosi su fatti e circostanze diversi da quelli che la parte processuale che ha interesse all'applicazione di dette disposizioni ha posto a fondamento della propria domanda*"²⁴.

²³ Si veda FATTORI e TODINO, *La disciplina della concorrenza in Italia*, 2004, Bologna, 424-425.

²⁴ Si veda la sentenza nelle cause riunite C-430/93 e C-431/93 *van Schijndel*, Racc. 1995, I-4705, 13 a 15 e 22 e *Comunicazione della Commissione relativa alla*

3. *Le azioni follow-on e le azioni stand-alone*

Le azioni di danno antitrust si distinguono in azioni *follow-on* ed azioni *stand-alone*. La distinzione riflette il carattere bifronte (pubblico/privato) del sistema di applicazione delle regole di concorrenza, le quali, come è noto, sono suscettibili di una applicazione parallela ed autonoma da parte delle Autorità di concorrenza (nazionali e comunitaria) e delle Giurisdizioni nazionali.

Abbiamo già fatto riferimento nei paragrafi precedenti all'importanza, tanto nell'ottica dell'effettività delle regole antitrust quanto nel complessivo effetto deterrente, di tale applicazione complementare²⁵.

I vantaggi dovuti all'interazione tra *public & private enforcement* non si esauriscono però a livello (generale) di sistema, ma si riscontrano anche a livello particolare (nella singola azione giudiziale).

Si pensi, infatti, alla relativa *facilità* della proposizione di un'azione di danno (quantomeno in merito all'accertamento della violazione) dopo che, ad esempio, sulla fattispecie sostanziale posta a fondamento della domanda (l'illecito anticompetitivo) si sia espressa, con provvedimento definitivo, l'Autorità di concorrenza.

Da questa prospettiva, si definiscono *follow-on*, le azioni fondate su di un'illecita distorsione della concorrenza *accertata* dall'Autorità (nazionale o comunitaria) con provvedimento definitivo. Le azioni civili *follow-on*, quindi, *seguono* cronologicamente il provvedimento dell'Autorità. Come vedremo, la

cooperazione tra la Commissione e le giurisdizioni degli Stati membri dell'UE ai fini dell'applicazione degli articoli 81 e 82 del trattato CE, cit., punto 3. La questione, tra l'altro, ha riguardato anche il citato caso *Manfredi* (versante interno): il Giudice di Pace di Bitonto (vedi successivo cap. III) ha risolto la controversia *esclusivamente* sulla base del diritto comunitario della concorrenza, mentre parte attrice aveva fondato la propria azione *esclusivamente* sul diritto nazionale della concorrenza.

²⁵ Si rimanda alle considerazioni svolte nei paragrafi n. 1 e 4.

relazione che lega l'azione privata al provvedimento amministrativo va al di là del mero elemento temporale per riflettersi più incisivamente su specifici aspetti sostanziali e procedurali dell'azione. Si può pertanto scorgere nell'azione di danno *follow-on* un collegamento cronologico *ed anche* funzionale con il provvedimento amministrativo.

Le azioni *stand-alone*, al contrario, vengono incardinate dall'attore in assenza di un precedente accertamento della violazione delle regole di concorrenza da parte dell'Autorità amministrativa. Spetterà, dunque, alla Giurisdizione nazionale adita, accertare (sulla base delle allegazioni delle parti) la supposta violazione delle regole di concorrenza nel mercato ed, eventualmente, liquidare il danno sofferto dalla vittima.

È evidente che le azioni *stand-alone* si preannunciano astrattamente più difficili rispetto a quelle che seguono (e si fondano) su di un accertamento dell'illecita violazione delle regole di concorrenza da parte di un organo altamente specializzato quale l'Autorità garante e dotato di poteri di investigazione e di ispezione piuttosto accentuati²⁶.

Nelle azioni *stand-alone*, comunque, le Giurisdizioni nazionali non sono lasciate completamente sole nel maneggiare la difficoltà insita nei casi antitrust. Si tenga presente, infatti, che nell'ambito della *cooperazione con le giurisdizioni nazionali*, in tutte le ipotesi di violazione delle regole comunitarie di concorrenza, i giudici nazionali possono, secondo quanto stabilito dall'articolo 15.1 del Regolamento 1/2003, chiedere alla Commissione di trasmettere "*le informazioni in suo possesso o i suoi pareri in merito a questioni*

²⁶ Sui poteri di investigazione e di ispezione della Commissione Europea si rimanda agli articoli 17-21 del Regolamento n. 1/2003. Per quanto riguarda i poteri dell'AGCM, si rimanda all'articolo 22 del Regolamento n. 1/2003 ed agli articoli 12-15 della Legge n. 287/90.

relative all'applicazione delle regole di concorrenza comunitarie"²⁷.

Inoltre, le Autorità garanti della concorrenza degli Stati membri possono, agendo d'ufficio, "*presentare osservazioni scritte alle giurisdizioni nazionali dei rispettivi Stati membri in merito a questioni relative all'applicazione dell'articolo 81 o dell'articolo 82 del trattato*". Previa autorizzazione della giurisdizione competente, "*esse possono inoltre presentare osservazioni orali alle giurisdizioni nazionali dei rispettivi Stati membri. Qualora sia necessario ai fini dell'applicazione uniforme dell'articolo 81 o dell'articolo 82 del trattato, la Commissione, agendo d'ufficio, può presentare osservazioni scritte alle giurisdizioni degli Stati membri. Previa autorizzazione della giurisdizione competente, essa può inoltre presentare osservazioni orali*"²⁸.

Le regole appena richiamate valgono, ovviamente, tanto nei casi *follow-on* che in quelli *stand-alone*, anche se, a nostro avviso, è proprio in quest'ultima tipologia di casi che esse assumono una maggiore rilevanza.

In ogni caso, come si intuisce, le azioni *follow-on* sono astrattamente più vantaggiose per i danneggiati dal momento che, qualora l'istruttoria o le conclusioni dell'Autorità possano efficacemente essere prodotte, riprodotte o semplicemente richiamate nel giudizio civile, tale circostanza, di per sé, è idonea ad alleggerire l'oneroso carico probatorio gravante, di regola, sull'attore, soprattutto rispetto alla prova degli elementi costitutivi dell'illecito anticompetitivo.

Tale alleggerimento dell'onere della prova non è di poco conto, considerato che le pratiche anticompetitive sono, per loro natura, segrete e spesso di difficile individuazione (si pensi ad esempio all'ipotesi dei cartelli sui prezzi conclusi tramite

²⁷ Cfr. articolo n. 15.1 del Regolamento 1/2003, cit.

²⁸ Cfr. articolo n. 15.1 del Regolamento 1/2003, cit.

comportamenti paralleli). Inoltre, gli illeciti antitrust si caratterizzano anche per il loro difficile apprezzamento da parte delle vittime (come succede, ad esempio, nei casi di prezzi predatori), le quali, soprattutto se sono piccole imprese o consumatori finali, assai difficilmente, al momento dell'acquisto, si renderanno conto di essere state vittime di un illecito anticompetitivo e di aver subito un danno ingiusto²⁹.

Del resto, anche nel caso in cui una piccola impresa o un consumatore finale si accorgano di essere state vittime di una pratica anticompetitiva illecita, il modesto danno patrimoniale sofferto li spingerà, nella maggior parte dei casi, a non intentare alcuna azione giudiziale individuale.

Nel paragrafo n. 7, dedicato all'onere della prova descriveremo in dettaglio la regola uniforme stabilita dal Regolamento n. 1/2003 in materia di onere della prova, che per il momento ci limitiamo ad enunciare: *“l'onere della prova di un'infrazione dell'articolo 81, paragrafo 1, o dell'articolo 82 del trattato incombe alla parte o all'autorità che asserisce tale infrazione”*³⁰. Tale regola, come vedremo oltre, trova applicazione tanto nei procedimenti nazionali che comunitari.

Nel caso delle azioni *follow-on* l'attore-danneggiato, per dimostrare l'esistenza della condotta che gli ha cagionato il danno, potrà limitarsi a richiamare (ed allegare) nel proprio atto di citazione la decisione di condanna dell'Autorità amministrativa. Tale *modus operandi* è stato avallato di recente dalla Corte di Cassazione, la quale ha statuito nella sentenza 2305/07 che, una volta accertata la violazione delle regole di concorrenza (condotta preparatoria) attraverso il richiamo del provvedimento dell'Autorità (allegato dall'attore), l'onere probatorio del danneggiato sarà sufficientemente

²⁹ Su questo aspetto si vedano le considerazioni svolte, da ultimo, dalla Corte di Cassazione, nella sentenza n. 2305/07, cit.

³⁰ Cfr. articolo n. 2 del Regolamento 1/2003, cit. Per un'analisi dettagliata delle questioni relative all'onere della prova si rimanda al paragrafo n. 7.

assolto.

Decisamente peggiore appare la situazione del danneggiato in mancanza di una decisione di condanna della Autorità competente: nell'azione *stand-alone*, la parte che allega la violazione del diritto della concorrenza a fondamento della propria domanda dovrà dimostrare con le sue sole forze probatorie l'esistenza della condotta anticompetitiva, ferma restando la possibilità, per la Giurisdizione nazionale adita, di interagire con la Commissione o la Autorità di concorrenza nazionale, nei termini stabiliti dal Regolamento 1/2003, a cui poco sopra abbiamo accennato.

Le Corti italiane si sono pronunciate sia in casi in cui la condotta anticompetitiva era stata già sanzionata dall'Autorità Garante della Concorrenza e Mercato (sono *follow-on*, ad esempio i casi *Telsystem*, *Albacom*, *Manfredi*)³¹ sia, ma con minore frequenza, in mancanza di una precedente decisione dell'Autorità (tra i casi *stand-alone*, ricordiamo il caso *Bluvacanze e Juventus F.C.*)³².

Nei casi *follow-on*, le decisioni dell'Autorità, pur non vincolando il giudice civile, sono state tenute in gran considerazione dalle Corti nazionali le quali hanno, in linea di principio, fatto proprie le conclusioni dell'Autorità soprattutto con riferimento alla collazione dell'impianto probatorio. Nei casi *stand-alone* invece, i tribunali aditi hanno definito il mercato rilevante e identificato il tipo di violazione sulla base della documentazione acquisita in giudizio e di quella apportata dalle parti³³.

³¹ Caso *Telsystem*: Corte d'Appello di Milano del 18/07/1995, in *Foro it.*, 1996, I, 276, con commento di BARONE ed Ordinanza della Corte d'Appello di Milano del 24/12/1996, in *Danno e responsabilità*, 5/1997, con commento di BASTIANON. Caso *Albacom*: Corte d'Appello di Roma del 20/01/2003, in *Foro it.*, 9, 2003, I, 2474.

³² Caso *Bluvacanze*: Corte d'Appello di Milano del 11/07/2003, in *Foro it.*, 2004, I, 597. Caso *Juventus F.C.*: Corte d'Appello di Torino del 06/07/2000, in *Danno e responsabilità*, 2001, 46, con commenti di BASTIANON e ROSCONI.

³³ Su questo punto si rimanda a CARPAGNANO, *Cuantificar el daño antitrust. Estudio empírico sobre la aplicación de las reglas de competencia por los jueces italianos. Anuario de la Competencia 2006*, Barcelona 2007, in corso di pubblicazione.

4. La pregiudizialità amministrativa

Il carattere bifronte (pubblico/privato) dell'applicazione delle regole di concorrenza porta necessariamente con sé l'esigenza di stabilire un meccanismo di coordinamento minimo tra l'attività dell'autorità amministrativa e di quella giurisdizionale. Difatti, l'applicazione parallela delle regole di concorrenza implica una potenziale sovrapposizione dell'attività dei due organi, chiamati a pronunciarsi, a diverso titolo ed in tempi diversi, sulla medesima questione sostanziale.

In particolare, quando un soggetto leso da un illecito anticompetitivo si rivolge alla giurisdizione nazionale per chiedere tutela di un suo diritto soggettivo leso, le corti nazionali, nell'applicare gli articoli 81 ed 82 del Trattato, svolgono una funzione specifica, intimamente *“diversa dall'applicazione fattane nell'interesse pubblico dalla Commissione o dalle autorità nazionali garanti della concorrenza”*³⁴.

Da questa prospettiva, l'intervento pubblico e quello privato rafforzano, ciascuno a proprio modo, l'effettività complessiva del sistema di applicazione delle regole di concorrenza nel mercato unico. Eppure, le due modalità di applicazione si caratterizzano per una intima diversità di obiettivi e finalità, che si riflette, tra l'altro, sull'intensità dei poteri a disposizione dell'Autorità e delle Corti, sulle modalità concrete di intervento e sui tempi dell'azione.

Ad esempio, solo alle Giurisdizioni nazionali è riconosciuto il potere di dichiarare la nullità di un contratto ex articolo 81.2 del Trattato o concedere il risarcimento del danno patrimoniale sofferto dalla vittima.

A seguito della decentralizzazione dell'applicazione delle regole comunitarie di concorrenza, il coordinamento dell'intervento

³⁴ Si veda sentenza Causa T-24/90, *Automec*, Racc. 1992, II-2223, punto 85.

amministrativo e giudiziale ha assunto una rilevanza ancora maggiore.

Il problema della pregiudizialità amministrativa consiste, quindi, proprio nel determinare, se ed in quale misura il giudice nazionale che si trovi ad applicare, in un caso concreto, l'articolo 81 o l'articolo 82 del Trattato debba considerarsi (giuridicamente) vincolato a seguire un precedente provvedimento dell'Autorità amministrativa (nazionale, comunitaria o di un altro Stato membro)³⁵.

L'assenza di regole chiare di coordinamento espone ad un rischio quantomeno triplice: 1) limitare arbitrariamente l'indipendenza dell'Autorità giudiziale; 2) ledere il diritto di difesa del destinatario di un provvedimento amministrativo sfavorevole che vedrebbe automaticamente estesi gli effetti negativi del provvedimento anche in sede civile (dove non potrebbe far valere le sue ragioni); 3) mettere a repentaglio la certezza del diritto che la potenziale contraddittorietà dei giudizi (amministrativo e giudiziale) determinerebbe, compromettendo a sua volta, e a seconda della prospettiva d'osservazione, il diritto di difesa (prospettiva del destinatario del provvedimento sfavorevole) o il diritto ad una tutela giudiziale effettiva ed in tempi ragionevoli (prospettiva del danneggiato che intende avvalersi del provvedimento dell'Autorità in un giudizio).

Inoltre, a livello comunitario, l'assenza di coordinamento espone al rischio di un'inammissibile difformità degli esiti di applicazione delle regole del Trattato (nei vari Stati membri) con un *side effect* che incentiverebbe il *forum shopping*.

Il quadro è, poi, complicato dal fatto che il problema della definizione del rapporto di pregiudizialità intercorrente tra la

³⁵ La questione, come si intuisce, assume rilievo, esclusivamente nelle azioni *follow-on*; si veda paragrafo n. 3.

decisione amministrativa e quella giurisdizionale si può porre sia sul piano interno (come avviene nel caso del provvedimento dell'Autorità nazionale rispetto ai giudici dello stesso Stato membro), sia sul piano comunitario (nel caso del provvedimento della Commissione Europea rispetto ai giudici di ogni altro Stato membro), sia sul piano intracomunitario (nel caso della decisione di un'Autorità di concorrenza nazionale rispetto ai giudici di un altro Stato membro)³⁶.

Di tali rischi è consapevole il legislatore comunitario, tanto che nel Considerando n. 22 del Regolamento 1/2003 si legge che *“per assicurare il rispetto dei principi della certezza del diritto e dell'applicazione uniforme delle regole di concorrenza comunitarie in un sistema di competenze parallele devono essere evitati i conflitti fra decisioni”*. Secondo il Consiglio, *“Occorre [...] precisare, conformemente alla giurisprudenza della Corte di giustizia, gli effetti delle decisioni e dei procedimenti della Commissione sulle giurisdizioni e sulle autorità garanti della concorrenza degli Stati membri. Le decisioni d'impegno adottate dalla Commissione lasciano impregiudicato il potere delle giurisdizioni e delle autorità garanti della concorrenza degli Stati membri di applicare gli articoli 81 e 82 del trattato”*³⁷.

Il Regolamento 1/2003 codifica, all'articolo 16 (rubricato *Applicazione uniforme del diritto comunitario in materia di concorrenza*), le regole elaborate dalla Corte di giustizia nei casi *Delimitis* e *Masterfood* delineando il meccanismo di coordinamento comunitario tra l'operato della Commissione e l'azione delle Giurisdizioni nazionali. Secondo detto articolo, le giurisdizioni nazionali *“quando si pronunciano su accordi, decisioni e pratiche ai*

³⁶ Il tema è stato recentemente affrontato da MORGAN DE RIVERY, *Quels doivent être les effets des décisions des autorités de concurrence dans leur État et à l'étranger?*, in *Concurrences* N°2 - 2007, 35-43.

³⁷ Cfr. Considerando n. 22, Reg. 1/2003, cit.

*sensi dell'articolo 81 o 82 del trattato che sono già oggetto di una decisione della Commissione, non possono prendere decisioni che siano in contrasto con la decisione adottata dalla Commissione. Esse devono inoltre evitare decisioni in contrasto con una decisione contemplata dalla Commissione in procedimenti da essa avviati*³⁸.

Secondo tale norma, i giudici nazionali, quando applicano l'articolo 81 o 82 del Trattato, sono soggetti ad una duplice pregiudizialità rispetto alle decisioni della Commissione: 1) non possono adottare decisioni che contrastino con una decisione già adottata dalla Commissione e, 2) devono evitare decisioni che contrastino con una decisione "prevista" dalla Commissione.

Nel caso in cui esista una precedente decisione della Commissione, l'applicazione uniforme degli articoli 81 ed 82 del Trattato è garantita dall'effetto obbligatorio della stessa (ex art. 249.4 CE). I tribunali nazionali saranno pertanto obbligati a non prendere decisioni contrastanti con la decisione della Commissione ferma restando la possibilità di chiedere alla Corte di giustizia una pronuncia in merito alla legittimità della decisione stessa attraverso un ricorso in via pregiudiziale. Tale possibilità viene riconosciuta espressamente dallo stesso articolo 16.1 del Reg. 1/2003³⁹. A tal fine le giurisdizioni nazionali "*possono valutare se sia necessario o meno sospendere i procedimenti da esse avviati*"⁴⁰.

Mentre, quindi, a livello comunitario i giudici nazionali sono tenuti ad osservare la pregiudizialità amministrativa rispetto alle decisioni della Commissione (oltre che ad essere vincolati al rispetto della giurisprudenza della Corte di giustizia), a livello nazionale essi

³⁸ Art. 16.1 del Reg. 1/2003, cit.

³⁹ Art. 16.1 del Reg. 1/2003, cit., dove si legge: "*tale obbligo lascia impregiudicati i diritti e gli obblighi di cui all'articolo 234 del trattato*".

⁴⁰ Art. 16.1 del Reg. 1/2003, cit.

non sono tenuti, almeno nel nostro Paese, a rispettare simili precedenze (in nome dell'indipendenza del giudice civile)⁴¹.

In effetti, come abbiamo detto sopra, il valore del giudicato amministrativo nazionale sul piano interno e sul piano intracomunitario è lasciato alla discrezionalità ed alla regolazione del legislatore nazionale.

Si noti, per inciso, che l'effettività e l'uniformità dell'applicazione delle regole di concorrenza nel mercato unico passa anche attraverso il riconoscimento di una forza vincolante intracomunitaria ai provvedimenti delle Autorità di concorrenza nazionali, sempre e quando il provvedimento *de quo* abbia valore definitivo (sia cioè inappellabile), sia stato emanato da una Autorità competente (secondo la legge interna) e gli interessati dal provvedimento (quantomeno i destinatari) abbiano potuto effettivamente far valere le proprie ragioni nel procedimento amministrativo. La legislazione tedesca appare, al momento, il fronte più avanzato a livello comunitario su questo specifico aspetto; infatti, attraverso la recente riforma della Legge di Concorrenza (*GWB*) è stata introdotta una previsione che statuisce il carattere vincolante per il giudice nazionale di una decisione amministrativa (definitiva) di accertamento di una condotta anticompetitiva emessa dall'Autorità nazionale di concorrenza (*Bundeskartellamt*) così come da ogni altra Autorità di uno degli Stati Membri⁴².

Alcuni Stati membri stanno cercando di seguire, attraverso una riforma della propria legislazione nazionale, il modello disegnato

⁴¹ La stessa situazione si registra in Francia; si veda sul punto MORGAN DE RIVERY, *Quels doivent être les effets des décisions des autorités de concurrence dans leur État et à l'étranger?*, cit., 36.

⁴² Per una visione critica della riforma del diritto della concorrenza in Germania si rimanda al lavoro di MIEGE, *Modernization and Enforcement Pluralism-The Role of Private Enforcement of Competition Law in the EU and the German Attempts in the 7th Amendment of the GWB*, Amsterdam, *Centre for Law & Economics (ACLE)*, 2005.

dal legislatore tedesco (si veda ad esempio il Regno Unito) mentre, a livello comunitario, sia la Commissione che il Parlamento si sono recentemente espressi a favore rispetto all'introduzione di una simile regola in tutti gli ordinamenti giuridici degli Stati membri⁴³.

In Italia manca, al momento, una presa di posizione del legislatore. La Corte di Cassazione, confermando l'indipendenza della giurisdizione civile rispetto a quella amministrativa, ha allo stesso tempo riconosciuto, proprio in considerazione della notevole specializzazione dell'*Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato* e della sua indubbia indipendenza come Istituzione, che il carattere autorevole delle sue decisioni può consentire al giudice di merito di fondare sulle stesse delle presunzioni relative rispetto all'accertamento, in un caso concreto, della violazione delle regole di concorrenza. Secondo la Corte, per dimostrare l'esistenza dell'illecito antitrust, al danneggiato (nel caso di specie si trattava di un assicurato in un'azione civile riconducibile al cartello *Rca*) "*sarà sufficiente allegare l'accertamento dell'intesa concorrenziale da parte dell'Autorità garante*"⁴⁴. Secondo la Corte, "[...] *l'assicurato ha l'onere di allegare [...] l'accertamento, in sede amministrativa, dell'intesa anticoncorrenziale [...] ed il giudice potrà desumere l'esistenza del nesso causale tra quest'ultima ed il danno lamentato anche attraverso criteri di alta probabilità logica o per il tramite di presunzioni, senza però omettere di valutare gli elementi di prova offerti dall'assicuratore che tenda a provare contro le presunzioni o a dimostrare l'intervento di fattori causali diversi [...]*"⁴⁵.

Nei casi *follow-on*, decisi, fino a questo momento dalle Corti italiane, prima ancora che si pronunciasse così apertamente la

⁴³ Cfr. PARLAMENTO EUROPEO, *Report*, cit., punto 7 pagina 6 e COMMISSIONE EU, *Green Paper*, cit., domanda C, opzione n. 8; per il Regno Unito si rimanda a OFT, *Discussion paper, Private actions in competition law: effective redress for consumers and business*, Aprile 2007.

⁴⁴ Cfr. Sentenza della Cassazione, Terza Sezione, n. 2305/07, cit., pag. 27.

⁴⁵ Si veda sentenza della Corte di Cassazione n. 2305/07, cit., pag. 31.

Cassazione, si è quasi sempre registrata un'adesione dei giudici di merito pressoché totale alle conclusioni di volta in volta elaborate dall'Autorità nelle sue istruttorie e nelle sue conclusioni⁴⁶.

Il riconoscimento, sul campo, di tale autorevolezza, lungi dall'introdurre nel nostro ordinamento giuridico la pregiudizialità amministrativa sgrava, nei fatti, l'attore del pesantissimo onere della dimostrazione in giudizio dell'esistenza della condotta anticompetitiva illecita e in una certa misura, costituisce, di fatto, un piccolo incentivo all'azione di danno⁴⁷.

La soluzione italiana, comunque, appare ancora molto lontana dai fronti più avanzati in ambito comunitario, soprattutto se si considera che il problema dell'efficacia intracomunitaria delle decisioni amministrative nazionali rimane ancora senza soluzione⁴⁸.

L'assenza di una legislazione comunitaria che tenda a riconoscere ad un provvedimento definitivo di un'Autorità di concorrenza (o anche ad una decisione giudiziale nazionale inappellabile) efficacia vincolante in tutti gli Stati Membri (sempre e quando i fatti e le parti siano le stesse) potrebbe rappresentare (soprattutto a lungo termine) un grave ostacolo per l'effettiva ed uniforme applicazione delle regole di concorrenza a livello comunitario. A tal fine è necessario che all'intero degli Stati Membri venga accettata l'idea che la prova di una violazione antitrust fornita da una Autorità di concorrenza nazionale in un provvedimento definitivo e, quando necessario confermato in sede di ricorso, costituisca *automaticamente* una prova *prima facie* nei successivi

⁴⁶ Questo dato è illustrato da TARDELLA, MAGGIORE, *Study On The Conditions Of Claims For Damages In Case Of Infringement Of EC Competition Rules*. ITALY REPORT, *Ashurst*, 2004.

⁴⁷ Per alcune considerazioni ulteriori in merito all'onere della prova nel giudizio antitrust si rimanda al paragrafo n. 7.

⁴⁸ Come abbiamo anticipato, in Germania il legislatore ha riconosciuto efficacia vincolante nel giudizio civile alle decisioni di accertamento di un illecito antitrust non solo del *Bundeskartellamt* (l'Autorità di concorrenza tedesca) ma anche alle decisioni delle Autorità di concorrenza dei Paesi membri.

procedimenti civili fondati su quella violazione (sempre quando il convenuto abbia avuto la concreta possibilità di difendersi nel procedimento amministrativo).

Nel caso in cui non si riuscisse ad arrivare a questo risultato direttamente, attraverso cioè l'intervento del legislatore, si potrebbe raggiungere comunque un risultato simile attraverso l'applicazione del principio di reciprocità. In virtù di tale principio, affinché ad una decisione dello Stato A possa essere riconosciuta efficacia vincolante nello Stato B devono essere soddisfatte due pre-condizioni: (i) le decisioni dell'Autorità nazionale di concorrenza dello Stato A devono avere valore vincolante per le Corti dello Stato A, e (ii) le decisioni dell'Autorità nazionale di concorrenza dello Stato B devono avere forza vincolante nello Stato B.

Con il principio di reciprocità non si andrebbe a compromettere la sovranità nazionale pur garantendo una maggiore uniformazione delle soluzioni a livello comunitario.

Tale soluzione non dovrebbe apparire incompatibile con il principio di indipendenza della Giurisdizione civile, dal momento che, come abbiamo ricordato poco sopra, i giudici nazionali, quando si pronuncino in un caso di applicazione degli articoli 81 ed 82 CE, sono vincolati secondo l'articolo 16.1 del Reg. 1/2003 alla precedente decisione della Commissione⁴⁹.

5. Il termine di prescrizione delle azioni

Il termine di prescrizione dell'azione è uno degli elementi processuali che più pesantemente incide sull'effettività dell'applicazione, tra privati, delle regole di concorrenza.

⁴⁹ Su questo aspetto si segnala la posizione dell'*Office of Fair Trade* del Regno Unito, cfr. *Discussion paper, Private actions in competition law: effective redress for consumers and business*, Aprile 2007, punto 6.17.

Anche per questo aspetto, l'assenza di una disciplina comunitaria uniforme implica la coesistenza di una estrema varietà di soluzioni negli Ordinamenti giuridici degli Stati membri.

In linea di principio, un termine di prescrizione troppo breve potrebbe seriamente compromettere l'effettività dell'intero sistema di *private enforcement* comunitario frustrando, allo stesso tempo, le esigenze di tutela dei danneggiati.

Al contrario, un termine di prescrizione troppo lungo collocherebbe il danneggiante ad un'eccessiva esposizione alla azione giudiziale altrui, il che appare in contrasto con la finalità stessa dell'istituto.

Il termine di prescrizione rileva anche ai fini di un'efficace interazione tra *public* e *private enforcement* ed in particolare per l'effettiva proposizione delle azioni *follow-on* in giudizio. Da questo punto di vista, un termine di prescrizione breve potrebbe compromettere la proposizione di azioni di danno fondate su una decisione di condanna dell'Autorità soprattutto quando essa abbia impiegato molto tempo per adottare la decisione definitiva⁵⁰.

Un termine di prescrizione breve porterebbe alla situazione paradossale per cui, una volta che la competente Autorità amministrativa abbia pubblicato la decisione di condanna dell'operatore colluso, l'azione del danneggiato potrebbe essere già preclusa a causa, proprio, dello spirare del termine per la proposizione dell'azione⁵¹.

Al contrario, un termine di prescrizione eccessivamente lungo favorirebbe la proposizione delle azioni *follow-on* e dunque, in

⁵⁰ A causa, ad esempio, delle difficoltà incontrate dall'Autorità in sede istruttoria o della naturale scansione delle singole fasi che compongono, in ciascun ordinamento giuridico, il procedimento amministrativo. In altri casi, invece, anche la mera inerzia dell'Autorità comprometterebbe l'esperibilità delle azioni di danno.

⁵¹ Cfr. documento di lavoro dei servizi della Commissione annesso Libro Verde sulle azioni di danno, *Working Paper* SEC(2005)1732, pag. 74.

linea di principio, assicurerebbe una maggiore effettività dell'applicazione delle regole antitrust nel loro complesso⁵².

La remissione *tout court* agli ordinamenti giuridici nazionali della disciplina del termine di prescrizione delle azioni di danno⁵³ espone il *private enforcement* del diritto comunitario della concorrenza non solo ad una potenziale ineffettività - dal momento che alcune azioni di danno fondate su una violazione del diritto della concorrenza accertata dall'Autorità non potranno essere validamente proposte in giudizio - ma anche ad una varietà di esiti processuali oltre che ad una disparità di trattamento di danneggiati a seconda del foro competente a conoscere le azioni di danno.

L'assenza di una normativa comunitaria in materia è colmata, almeno in parte, dalla giurisprudenza comunitaria sia attraverso il principio di equivalenza (il termine di prescrizione non deve risultare meno favorevole di quello che riguarda ricorsi analoghi di natura interna) sia attraverso il principio di effettività (il termine di prescrizione non deve essere tale da rendere praticamente impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio dei diritti conferiti dall'ordinamento giuridico comunitario)⁵⁴. La Corte di giustizia, infatti, decidendo in via pregiudiziale la questione sollevata dal Giudice di Pace di Bitonto, nel caso *Manfredi*, ha stabilito, aderendo alla precedente giurisprudenza, che spetta al giudice nazionale verificare se la norma nazionale in materia di prescrizione renda praticamente impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio del diritto di chiedere il risarcimento del danno subito⁵⁵.

⁵² Come è noto, le azioni *follow-on* sono astrattamente più vantaggiose per i privati dal momento che alleggeriscono il carico probatorio gravante sull'attore. Diverse sono le azioni *stand-alone* le quali sono proposte in giudizio in mancanza di una decisione di condanna della Autorità competente.

⁵³ È interessante osservare la grande varietà di soluzioni vigenti nei Paesi dell'Unione sul tema. Per una analisi di dettaglio si rimanda al citato *Ashrust*.

⁵⁴ Sentenza cause riunite C-295-298/04, paragrafi 76-77 ed 81.

⁵⁵ Sentenza cause riunite C-295-298/04, paragrafi 80-82. Per un commento alla sentenza *Manfredi* si rimanda a CARPAGNANO, *Prove Tecniche*, cit.

Così, se nell'ordinamento giuridico italiano il termine di prescrizione per un'ordinaria azione di danno extracontrattuale è fissato in cinque anni dal giorno in cui il diritto può essere fatto valere (articolo 2935 c.c.), nell'ordinamento spagnolo, invece, il termine di prescrizione dell'azione di danno extracontrattuale è fissato in un anno dal momento in cui il danneggiato ha avuto conoscenza dell'esistenza del danno (art. 1.968 c.c. così come interpretato dal Tribunal Supremo nella sentenza 75/98)⁵⁶.

Il problema, allora, sta nello stabilire se tali termini possano essere ritenuti compatibili con lo standard comunitario. Come è noto, gli illeciti antitrust si caratterizzano oltre che per la segretezza e complessità (si pensi ai cartelli sui prezzi conclusi tramite comportamenti paralleli), anche per il loro difficile apprezzamento (si pensi ai casi di prezzi predatori). È evidente che, tra gli incentivi all'azione, anche la fissazione del *dies a quo* del termine di prescrizione può rivestire un ruolo fondamentale.

A questo proposito la soluzione prospettata dalla Corte di Cassazione nella citata sentenza *Manfredi*, sembra rispettare pienamente lo standard richiesto a livello comunitario. Secondo la Corte di Cassazione lo scarto temporale a cui poco sopra accennavamo tra il momento della causazione del danno ad opera del danneggiante (la stipula del contratto di assicurazione *Rca*) e quello della sua reale percezione da parte del danneggiato, riconduce il danno antitrust nella categoria del danno *lungolattente*⁵⁷.

Il termine di prescrizione inizia pertanto a decorrere solo quando “*il complesso di informazioni che compone il quadro cognitivo del soggetto leso raggiunge un livello di completezza tale*

⁵⁶ Si veda Sentenza del *Tribunal Supremo Sala de lo Civil*, del 9 febbraio 1998, RJ 1998/978.

⁵⁷ Cfr. Sentenza della Cassazione, Terza Sezione, n. 2305/07, cit., pag. 36. Cfr. *Report on the Green Paper on Damages actions for breach of the EC antitrust rules*, cit., punti 22-23, pagina 8.

*da essere ritenuto sufficiente a consentirgli di esercitare il diritto risarcitorio*⁵⁸.

Secondo la Corte, l'individuazione del momento in cui il danneggiato abbia adeguatamente maturato la cognizione della illiceità di una condotta/pratica anticompetitiva non può stabilirsi in maniera obiettiva (non potendo coincidere con il momento della pubblicazione del Provvedimento dell'Autorità che abbia accertato la violazione nello specifico caso, visto che non è un presupposto necessario dell'azione) ma deve essere accertato dal giudice di merito nel *singolo caso*. In questo modo si apre un fronte molto vasto al contenzioso antitrust coperto solo in parte dalla fragile regola secondo cui colui che eccepisce la prescrizione può *“provare l'avvento dell'oggettiva possibilità, per una persona di normale diligenza, di conoscere adeguatamente tutti gli elementi che la pongano in condizione di smettere la sua inerzia”* e di esercitare il diritto al risarcimento⁵⁹.

6. La legittimazione attiva

L'individuazione dei soggetti legittimati a proporre un'azione di danno fondata su una violazione delle regole comunitarie di concorrenza si riflette, direttamente, sull'effettività dell'applicazione degli articoli 81 ed 82 del Trattato e costituisce, di riflesso, un aspetto cruciale per la tenuta del sistema di *private enforcement* comunitario nel suo complesso.

La questione assume rilevanza anche dalla prospettiva del diritto interno, considerato che, in assenza di una legislazione comunitaria uniforme in materia, compete al legislatore nazionale la determinazione delle concrete modalità di esercizio dei diritti conferiti ai singoli dall'ordinamento comunitario.

⁵⁸ Cfr. Cass. civ., n. 2305/07, cit., pag. 40.

⁵⁹ Cfr. Cass. civ., n. 2305/07, cit., pag. 43.

A differenza degli altri aspetti procedurali relativi all'azione di danno antitrust analizzati fino a questo momento, rispetto alla legittimazione attiva, esiste a livello comunitario una regola minima uniforme. Tale regola, di creazione giurisprudenziale, è stata elaborata dalla Corte di giustizia nel caso *Courage* (2001) e poi ribadita nel caso *Manfredi* (2006). La legittimazione attiva per proporre l'azione di danno antitrust fondata su una violazione delle regole comunitarie di concorrenza, ha seguito, nell'elaborazione della Corte di giustizia, la stessa evoluzione tracciata a suo tempo dalla Corte per il riconoscimento della diretta applicabilità, nelle controversie tra privati, dell'articolo 81.2 del Trattato⁶⁰.

Come abbiamo anticipato nel primo paragrafo, già dalla metà degli anni settanta, la Corte di giustizia aveva riconosciuto che i divieti posti dagli articoli 81.1, 81.2 e 82 CE producono effetti diretti nelle relazioni orizzontali e creano in capo ai singoli diritti che i giudici nazionali sono obbligati a tutelare⁶¹. Da allora, secondo una costante giurisprudenza, la nullità di un accordo o di una pratica anticompetitiva può essere invocata in giudizio da *chiunque* e si impone al giudice nazionale quando ricorrono i presupposti per l'applicazione del diritto comunitario della concorrenza a condizione, naturalmente, che l'accordo di cui trattasi non rientri nella previsione dell'art. 81, n. 3, CE⁶².

La legittimazione attiva a proporre un'azione di danno antitrust fondata sulla violazione dell'articolo 81 del Trattato è stata riconosciuta dalla Corte di giustizia nell'ambito di una procedura

⁶⁰ L'art. 81.2 del Trattato sanziona con la nullità di pieno diritto qualsiasi accordo, pratica e decisione contraria al n. 1 dello stesso articolo. Tale nullità è considerata dalle Corti comunitarie come assoluta. Nessun effetto (passato o futuro) può essere validamente riconosciuto (sia nei confronti dei contraenti che dei terzi) agli accordi o pratiche o decisioni che ricadano sotto il divieto dell'art. 81.1 CE.

⁶¹ Cfr. nota n. 1.

⁶² Sentenza Cause riunite C-295-298/04, punto 57. Si veda su quest'ultimo punto, in particolare, sentenza 9 luglio 1969, causa 10/69, *Portelange*, Racc. pag. 309, punto 10.

pregiudiziale (caso *Courage*, cit.). La questione sottoposta dal giudice del rinvio (la *House of Lords*) era formulata nei seguenti termini: si chiedeva alla Corte di giustizia “*se l’art. 81 CE (ex art. 85) debba essere interpretato nel senso che una delle parti di un contratto illecito di locazione di un bar, contenente una clausola di esclusiva, può far valere tale norma per ottenere una tutela giurisdizionale (relief) nei confronti della controparte. [...] In caso di soluzione in senso affermativo della questione [...], se la parte che chiede una tutela giurisdizionale (relief) sia legittimata ad ottenere un risarcimento dei pretesi danni subiti a seguito del suo assoggettamento alla clausola contrattuale vietata ai sensi dell’art. 81*”⁶³.

Nella fattispecie si trattava di determinare se una parte di un contratto, vietato ed illecito ai sensi delle regole di concorrenza, potesse legittimamente far valere in giudizio nei confronti dell’altra parte la nullità del contratto e a chiedere il risarcimento del danno subito.

La questione era particolarmente delicata perché, come segnalato dal giudice del rinvio, nell’ordinamento giuridico inglese una parte di un contratto illecito non può esperire una azione di risarcimento danni nei confronti della controparte.

Allo stesso tempo, ed ecco individuato il cuore della domanda pregiudiziale, la *House of Lord*, fa notare alla Corte di giustizia che nella decisione *Perma Life Mufflers Inc contro Int’l Parts Corp* [392 U.S. 134 (1968)], la Suprema Corte degli Stati Uniti d’America ha statuito che una delle parti di un accordo anticoncorrenziale può, qualora si trovi in una situazione di inferiorità economica, intentare un’azione di risarcimento danni contro l’altro contraente⁶⁴.

⁶³ Cfr. sentenza *Courage*, cit., punto 16.

⁶⁴ Sentenza nel caso *Courage*, cit., punto 13 e ss.

Secondo il giudice del rinvio, nel caso in cui il diritto comunitario conferisca ad una parte di un contratto idoneo a restringere o falsare il gioco della concorrenza una tutela giuridica analoga a quella offerta dal diritto degli Stati Uniti d'America, esisterebbe un possibile conflitto tra il principio dell'autonomia processuale e quello dell'applicazione uniforme del diritto comunitario. Si trattava quindi di stabilire l'ampiezza del diritto ad ottenere il risarcimento del danno antitrust fondato su una violazione delle regole comunitarie di concorrenza, ed, in definitiva, i limiti della legittimazione ad agire.

La Corte ha risolto la questione pregiudiziale accordando tale diritto sulla stessa ampiezza della legittimazione per l'azione di nullità a cui poco sopra facevamo riferimento: *“qualsiasi singolo è legittimato a far valere in giudizio la violazione dell'art. 85, n. 1, del Trattato, anche qualora sia parte di un contratto che può restringere o falsare il gioco della concorrenza ai sensi di tale disposizione”*⁶⁵, fondando così la propria decisione sulla piena efficacia dell'art. 81 del Trattato ed, in particolare, sull'effetto utile del divieto di cui all'articolo 81.1 CE⁶⁶.

Sulla stessa linea si colloca anche una delle quattro questioni pregiudiziali sottoposte alla Corte di giustizia nel caso *Manfredi*⁶⁷. In particolare, il giudice del rinvio ha chiesto alla Corte se l'art. 81 CE debba essere interpretato nel senso che legittimi chiunque a far valere in giudizio la nullità di una pratica vietata dal diritto comunitario e a proporre l'azione di risarcimento del danno subito.

La Corte ha risolto, senza perplessità, la questione in modo affermativo e, ancorando, nuovamente, la propria argomentazione

⁶⁵ Sentenza nel caso *Courage*, cit., punto 24.

⁶⁶ Sentenza cause riunite C-295-298/04, punto 60. Si veda sentenza *Courage e Crehan*, cit., punto 26.

⁶⁷ Si tratta della seconda questione nelle cause da C-295/04 a C-297/04 e della terza questione nella causa C-298/04.

alla consolidata giurisprudenza in materia di effetti diretti e di effetto utile dell'articolo 81 n. 1 CE, ha riconosciuto a qualsiasi persona la legittimazione attiva a far valere in giudizio la violazione dell'art. 81, n. 1, CE, ad invocare la nullità di una pratica vietata da tale articolo e a chiedere il risarcimento del danno subito.

In assenza di una disposizione del Trattato che configuri espressamente l'azione di risarcimento del danno come strumento processuale di reazione agli illeciti anticompetitivi, la Corte di giustizia ha dovuto confezionare tale rimedio sull'effettività dell'art. 81 CE. Secondo la Corte, infatti, la piena efficacia del divieto dell'art. 81 n. 1 CE sarebbe condizionata alla concreta proponibilità da parte dei danneggiati di azioni dinnanzi ai giudici nazionali volte al risarcimento dei danni causati da un accordo o una pratica anticompetitiva. I giudici nazionali, istituzionalmente preposti all'applicazione delle norme di diritto comunitario, sono chiamati a garantire la piena efficacia dell'art. 81 CE e a tutelare i diritti da esso attribuiti ai singoli⁶⁸.

Per la soluzione della questione, quindi, così come nel caso *Courage*, la piena efficacia dell'art. 81 del Trattato ed, in particolare, il suo effetto utile *"sarebbero messi in discussione se chiunque non potesse chiedere il risarcimento del danno causatogli da un accordo o da un comportamento che possono restringere o falsare il gioco della concorrenza"*⁶⁹.

Il diritto a chiedere in giudizio il risarcimento del danno rafforzerebbe, infatti, l'effettività delle regole di concorrenza comunitarie ed incrementerebbe l'effetto deterrente del sistema antitrust nel suo complesso.

⁶⁸ Si vedano in particolare le sentenze 9 marzo 1978, causa C-106/77, *Simmenthal*, Racc. pag. 629, punto 16 e 19 giugno 1990; causa C-213/89, *Factortame*, Racc. pag. I 2433, punto 19; sentenza *Courage*, cit., punto 25.

⁶⁹ Sentenza cause riunite C-295-298/04, punto 60. Si veda sentenza *Courage e Crehan*, cit., punto 26.

Le azioni private, parallelamente all'azione amministrativa della Commissione e delle Autorità nazionali, possono quindi contribuire, secondo la Corte, al mantenimento di un'effettiva concorrenza nel mercato unico⁷⁰.

Ecco perché deve poter essere riconosciuto a chiunque il diritto di chiedere in giudizio il risarcimento del danno subito a seguito di una condotta contraria al diritto comunitario della concorrenza, sempre e quando siano soddisfatte, nel caso concreto, le condizioni sostanziali precisate nel caso *Courage* ed esista un nesso di causalità tra il danno e la pratica anticompetitiva⁷¹.

⁷⁰ L'azione privata e l'intervento dell'Autorità amministrativa, pur perseguendo scopi diversi, possono integrarsi reciprocamente. Le ammende inflitte dalla Commissione (o dalle autorità nazionali della concorrenza) hanno una duplice finalità: sanzionano un comportamento illecito e allo stesso tempo hanno un effetto deterrente volto ad indirizzare il comportamento delle imprese a fronte delle regole di concorrenza. La Commissione, nell'imporre le sanzioni pecuniarie, può prendere in considerazione, accanto ad altri fattori (come ad esempio la presenza nel caso concreto di circostanze aggravanti e/o attenuanti) anche il profitto ottenuto a seguito della violazione. Tale sanzione si fonda sull'interesse pubblico e prescinde, ovviamente, da eventuali azioni di diritto civile volte ad ottenere il risarcimento dei danni. Tali azioni, accanto all'ammenda e indipendentemente da essa, possono indubbiamente accrescere l'effetto deterrente del sistema antitrust nel suo complesso. Vale la pena di ricordare, a questo proposito, che nel sistema federale antitrust nordamericano è espressamente prevista la possibilità di chiedere in giudizio i «*treble damages*» (danni tre volte superiori a quelli subiti). È stato dimostrato che tale previsione, pur non eliminando del tutto gli illeciti antitrust, accentua notevolmente l'effetto deterrente del sistema nordamericano. Si veda sul punto JONES, *Private Enforcement of Antitrust Law in the EU, UK and USA*, Oxford press, 1999; WILS, *Optimal Antitrust fines: Theory and Practice*, in *World Competition*, 29(2) 2006, 183-208. Sulla proposta di introduzione nell'ordinamento comunitario di un sistema di danni doppi per le ipotesi di violazione del diritto della concorrenza si veda il *Libro Verde* cit., questioni E ed F. Nel mese di settembre 2006 sono state pubblicate nella Gazzetta Ufficiale dell'Unione Europea i nuovi *Orientamenti per il calcolo delle sanzioni pecuniarie imposte a seguito della violazione degli articoli 81 e 82 CE in applicazione dell'articolo 23(2)(a) del Regolamento 1/2003*; si veda sul punto CARPAGNANO, *Hacia la multa perfecta: breves consideraciones sobre las nuevas Líneas Directrices adoptadas por la Comisión Europea en materia de sanciones pecuniarias por violación de los artículos 81 y 82 CE*, in *Revista Mensual de Competencia y Sectores Regulados*, Madrid, Junio-Julio 2006.

⁷¹ Sentenza cause riunite C-295-298/04, paragrafi 61-63.

Per ciò che attiene alla disciplina delle modalità procedurali di esercizio del diritto al risarcimento del danno ivi compresa l'applicazione della nozione di «nesso di causalità», la Corte di Lussemburgo, in assenza di una disciplina comunitaria in materia, ha rinviato necessariamente all'ordinamento giuridico di ciascuno Stato membro⁷².

Come abbiamo accennato nel primo paragrafo, tale rinvio non è incondizionato dal momento che le modalità di intervento interne devono rispettare il *principio di equivalenza* (non potendo essere meno favorevoli di quelle che riguardano ricorsi analoghi di natura interna) ed il *principio di effettività* (non potendo essere tali da rendere praticamente impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio dei diritti conferiti dall'ordinamento giuridico comunitario)⁷³.

Nel nostro ordinamento giuridico, la legittimazione attiva del consumatore finale danneggiato da una pratica anticompetitiva *nazionale* è una conquista recente, essendo essa stata riconosciuta, ex articolo 33.2 L. n. 287/90, soltanto nel 2005 con la sentenza della Cassazione, SU, n. 2207 del 4 febbraio (*Unipol*).

Fino allora, pertanto, il nostro ordinamento, negando la legittimazione attiva ai consumatori finali, soffriva un'altra profonda frattura rispetto ai più avanzati fronti comunitari. Ad esempio nel caso *Montanari* la Corte di Cassazione (1999) aveva ritenuto che: “*le norme degli art. 85 (ora 81) e 86 (ora 82) del trattato Cee sono rivolte alla tutela della libera concorrenza tra imprese [...] ne consegue che destinatari diretti di tali norme sono gli imprenditori commerciali, i quali sono gli unici legittimati ad avvalersene, non l'utente singolo, il quale può trarne solo un vantaggio in via riflessa*

⁷² Sentenza cause riunite C-295-298/04, punto 64.

⁷³ Sentenza cause riunite C-295-298/04, paragrafi 62 e 63. Cfr., sentenze 10 luglio 1997, causa C-261/95, *Palmisani*, Racc. pag. I-4025, punto 27 e *Courage e Crehan*, cit., punto 29.

ed indiretta”⁷⁴.

Tale posizione fu successivamente ribadita con altrettanta chiarezza dalla Corte d’Appello di Torino nell’*obiter* del caso *Juventus F.C. Spa* in materia di abuso di posizione dominante. In quell’occasione la Corte indicò esplicitamente ai consumatori finali - vittime di un chiarissimo *pass-on* del danno antitrust, ma che non erano parti processuali - l’*iter* che avrebbero dovuto seguire per ottenere il risarcimento del danno patrimoniale subito. Essi non avrebbero potuto utilizzare l’azione di risarcimento ex legge 287/90 (riservata, per così dire, ai danneggiati di classe *business*) ma la regola *popolare* di responsabilità civile ex articoli 2056-2058 c.c., “*atteso che la norma in esame [art. 3 L. 287/90] configura una fattispecie di illecito aquiliano, autonoma e specifica rispetto a quella generale di cui all’art. 2043 c.c.*”⁷⁵.

È interessante notare come il danno subito dagli “*operatori economici-consumatori*” (che non erano parti processuali in quel giudizio) venne individuato correttamente dalla Corte d’Appello di Torino ma prontamente escluso dall’ambito di applicazione della legge antitrust e dirottato sulle regole generali di responsabilità civile extracontrattuale⁷⁶. Tale ricostruzione concettuale venne successivamente ribadita dalla Corte di Cassazione nel 2002 nella sentenza *Unipol-Axa*: “*l’azione proposta dal consumatore finale per chiedere il risarcimento del danno asseritamente derivato da un’intesa restrittiva della concorrenza, [...] non rientra nella cognizione esclusiva della corte d’appello in unico grado di merito, ai sensi dell’art. 33, cpv., l. 287/90, ma riveste i caratteri di un’ordinaria azione di responsabilità, assoggettata agli ordinari*

⁷⁴ Cass. civ., Sez. I, 4 marzo 1999, n. 1811, *Montanari c. Cassa risp. Genova e Imperia*, in *Riv. dir. ind.*, 2000, II, 421, n. TASSONI.

⁷⁵ App. Torino, 6 luglio 2000, *Soc. Indaba Incentive Company c. Soc. Juventus F.C.*, in *Danno e resp.* 2001, 46 nota BASTIANON e ROSCIONI.

⁷⁶ App. Torino, 6 luglio 2000, cit.

criteri di competenza”⁷⁷.

Oggi però non è più così, e l'impostazione concettuale della Corte di Cassazione rispetto alla legislazione nazionale antitrust è radicalmente mutata.

Secondo la Corte, “*oggetto immediato della tutela della legge [n. 287/90] non è il pregiudizio del concorrente [...] bensì un più generale bene giuridico*”; “*la legge nazionale antitrust non ignora la plurioffensività*” dell'illecito “*in quanto un'intesa vietata può ledere anche il patrimonio del singolo, concorrente o meno, dell'autore o degli autori dell'intesa*”⁷⁸.

La normativa antitrust nazionale è diventata, dunque, la legge dei *soggetti del mercato*, ovvero “*di chiunque abbia un interesse, processualmente rilevante, alla conservazione del suo carattere competitivo al punto da poter allegare uno specifico pregiudizio conseguente alla rottura o alla diminuzione di tale carattere*”⁷⁹. Secondo la Corte, la L. 287/90 non ignora l'interesse del consumatore “*alla cui difesa l'ideologia antitrust è funzionale*”.

La nuova interpretazione data dalla Corte di Cassazione, da tempo auspicata dalla dottrina, pur impeccabile sul piano concettuale (non aveva, infatti, molto senso dalla prospettiva antitrust continuare a mantenere distinte le figure dell'impresa e del consumatore sul piano della legittimazione ad agire), tuttavia sul piano fattuale ridimensiona notevolmente (rispetto alla regola giurisprudenziale precedente) la possibilità di tutela di quel consumatore o di quella impresa che lamenti un danno patrimoniale di modesta entità

Si tenga presente, a questo proposito, che la maggior parte dei danni antitrust sofferti singolarmente dalle piccole imprese e dai

⁷⁷ Cass. civ., Sez. I, 9 dicembre 2002, n. 17475, in *Foro it.*, 2003, I, 1121. La sentenza è stata commentata da PALMIERI, SCODITTI in *Foro it.*, 2003, I, 1121 e da BASTIANON, in *Danno e resp.*, 2003, 390.

⁷⁸ Vedi Cass. civ., Sez. Un., n. 2207 del 4 febbraio 2005 (*Unipol*) e Cass. civ., Sez. III, n. 2305 del 2 febbraio 2007 (*Fondiarìa*).

⁷⁹ Cass. civ., Sez. Un., 4 febbraio 2005, n. 2207, cit.

consumatori finali non sono molto elevati⁸⁰. Inoltre non si può sottacere il fatto che, quando l'azione di danno antitrust viene promossa da un consumatore finale o da una piccola impresa, l'accentuato squilibrio delle risorse finanziarie tra le parti in causa emerge con tutta evidenza.

Questa situazione, indipendentemente dall'operare degli altri ostacoli strutturali presenti nell'ordinamento giuridico antitrust, è di per sé idonea a disincentivare i potenziali attori dal proporre in giudizio un fondato caso antitrust per il timore di trovarsi a dover pagare, in caso di soccombenza, le spese processuali di controparte⁸¹.

Il tema della legittimazione ad agire ha un fronte ancora scoperto: nell'ordinamento giuridico comunitario, infatti, si discute sull'ammissibilità della *passing-on defence* e della legittimazione ad agire dell'acquirente indiretto. Entrambi questi aspetti sono stati trattati, per coerenza dell'esposizione, nel successivo capitolo III dedicato al *danno antitrust*.

⁸⁰ Non così invece i profitti illeciti che i collusi possono ottenere dalla vasta platea dei danneggiati attraverso il "piccolo" sovrapprezzo praticato. Il nuovo sistema di *enforcement* privato non sembra, dunque, costituire un efficace strumento per reprimere tale genere di condotta anticompetitiva.

⁸¹ Nulla esclude che le autorità giudiziali nazionali, al momento di applicare la regola della soccombenza, possano prendere in considerazione la situazione patrimoniale effettiva delle parti. Sulla base delle medesime motivazioni, anche il legislatore potrebbe intervenire per riformulare la regola generale della soccombenza nei casi antitrust. Per le considerazioni di politica del diritto relative a questo aspetto ed alle varie soluzioni normative praticabili a livello comunitario si rimanda al *Green Paper*, cit. ed al *Report on the Green Paper*, cit., punto 21, pagine 7-8. Si noti che nel Regno Unito si sta discutendo la possibilità di "*enabling lower value private actions by providing for county courts at Chancery District Registries in England and Wales to hear smaller individual competition cases*". Al di là della Manica, dunque, si sta cercando di tornare alla regola della ripartizione della competenza giudiziale antitrust fondata sul criterio del valore al fine di perseguire una maggiore effettività delle regole di concorrenza ed una maggiore prossimità alle istanze di tutela del cittadino consumatore o piccola impresa che ha subito un modesto danno patrimoniale a seguito di una condotta anticompetitiva illecita. Sul punto si veda il recente *Discussion paper* dell'OFT, *Private actions in competition law: effective redress for consumers and business*, aprile 2007.

7. *L'onere della prova*

Dimostrare in giudizio l'esistenza di una pratica/condotta anticompetitiva illecita è piuttosto difficile e complesso.

Le illecite violazioni delle regole di concorrenza sono, infatti, spesso di ardua individuazione a causa, tra l'altro, della loro tipica segretezza, così come il loro apprezzamento da parte del danneggiato presuppone l'analisi dell'andamento del mercato di riferimento e di molti altri elementi che richiedono l'ausilio di esperti in materie economiche.

L'illecito anticompetitivo avviene, per definizione, all'interno di uno specifico mercato⁸². Ma non in tutti i mercati è possibile che si verifichi una violazione delle regole di concorrenza, così come non tutti gli operatori economici attivi all'interno di un determinato mercato, sono in grado di violare le regole antitrust.

Solo in mercati oligopolistici, caratterizzati cioè dalla presenza di pochi grandi operatori economici (che detengono quote di mercato piuttosto grandi), può verosimilmente verificarsi una violazione delle regole di concorrenza.

Così come solo l'operatore economico con un certo potere di mercato è in grado (unilateralmente o in concerto con altri operatori

⁸² Cfr. App. Milano, 18 luglio 1995, *Soc. Telsystem c. Soc. Sip-Telecom Italia*, in *Foro it.*, 1996, I, 276, con commento di BARONE, *Danni da abuso di posizione dominante e giurisdizione ordinaria*. L'esatta individuazione geografica e merceologica del mercato nel quale la condotta o pratica anticompetitiva dispiega i suoi effetti è una operazione preliminare che l'operatore giuridico deve necessariamente compiere nell'analisi di ogni caso antitrust. La Corte d'Appello di Milano, nel caso *Tramaplast Srl* (22 marzo 2000) ha qualificato l'attività di *lobbying* degli *incumbents* dominanti (detentori di una quota di mercato congiunta pari al 25% del mercato nazionale e pari al 100% del mercato regionale della foglia agricola) come attività che, pur essendo realizzata "*fuori dal mercato*" è suscettibile di integrare una violazione delle regole di concorrenza se finalizzata ad "*impedire l'insediamento di nuova attività industriale*" nel mercato.

Si noti, infine, che nell'accezione ampia di "impresa" rientra, ai fini dell'applicazione delle regole di concorrenza, ovviamente anche lo Stato e gli enti pubblici quando esercitano un'attività economica (cfr. Corte di giustizia, 23 aprile 1991, C-41/90, *Höfner and Elser c. Macrotron*, in *Racc.* 1991, I-1979).

collusi) di falsare, distorcere o eliminare del tutto, la concorrenza all'interno di un mercato determinato.

Occorre inoltre distinguere, tra le diverse violazioni illecite, i comportamenti predatori (ad es. le vendite sottocosto con il fine di escludere o eliminare un concorrente dal mercato) dalle pratiche di sfruttamento (come avviene tipicamente nei cartelli di fissazione del prezzo o di quote di produzione).

È inoltre opportuno sottolineare che non tutte le restrizioni della concorrenza che avvengono all'interno del mercato sono di per sé dannose o illecite. Alcune di esse favoriscono addirittura la crescita del benessere sociale (in termini ad esempio di efficienza e di innovazione), altre invece si limitano a non ridurlo⁸³. Del resto è un dato di comune esperienza - supportato dall'unanime letteratura economica - che, per raggiungere l'efficienza produttiva è necessario, in determinati casi, una qualche forma di cooperazione (orizzontale o verticale) tra gli operatori economici.

Ne consegue che l'ordinamento giuridico non può non riconoscere forza vincolante a tali accordi restrittivi della concorrenza quando hanno una causa lecita⁸⁴.

Pertanto, la corretta individuazione della compatibilità o meno di una condotta o pratica restrittiva della concorrenza con le regole antitrust, e che può ricadere quindi nell'esimente dell'articolo 81.3 CE⁸⁵, rappresenta un ulteriore e forse anche più difficile

⁸³ Sul punto si veda MEESE, *Price Theory, Competition and the Rule of Reason*, *University of Illinois Law Review*, 2003.

⁸⁴ Cfr. ALFARO, *La prohibición de los acuerdos restrictivos de la competencia. Una concepción privatística del derecho antimonopolio*, cit., pag. 3 e ss. Nello stesso testo si legge anche che "Los economistas están de acuerdo en que [...] muchos acuerdos que sustituyen la rivalidad por la cooperación son eficientes productivamente y que su prohibición frena el desarrollo. Lo que sorprende es que los juristas - en Europa y en España - no hayan alzado la voz para proclamar la inconstitucionalidad de un modelo de prohibición general".

⁸⁵ Su questi aspetti si rimanda al capitolo introduttivo. Cfr. in particolare le linee guida della Commissione sull'applicabilità dell'articolo 81 del Trattato CE agli

problema che l'interprete giuridico ed economico si trova a dover affrontare e risolvere⁸⁶.

L'apprezzamento, caso per caso, di tale compatibilità è affidato, dal primo maggio 2004, ai giudici nazionali⁸⁷. In simili casi, quando cioè il contratto tra le parti incrementa (o, quanto meno, non riduce) il benessere sociale, l'ordinamento giuridico non potrà limitare, attraverso l'applicazione delle regole antitrust, la libera autonomia individuale dei contraenti.

Nessun danno potrà essere riconosciuto in questi casi al preteso danneggiato, sia esso un concorrente, un acquirente intermedio o un consumatore finale, in quanto la condotta anticompetitiva manca del requisito dell'illiceità e quindi il danno

accordi di cooperazione orizzontali, GU C-3 del 6 gennaio 2001, oltre alla consolidata giurisprudenza delle Corti comunitarie sul punto.

⁸⁶ Per una disamina degli accordi che devono essere tenuti fuori dall'applicazione del divieto dell'articolo 81 CE si veda il recente contributo di PARDOLESI, *Intese restrittive della libertà di concorrenza*, in *La concorrenza*, a cura di FRIGNANI-PARDOLESI, in *Tratt. dir. priv. dell'Unione Europea*, diretto da AJANI e BENACCHIO, Torino, 2006, pp. 25-74; ALFARO, *La prohibición de los acuerdos restrictivos de la competencia. Una concepción privatística del derecho antimonopolio*, cit., pag. 10.

⁸⁷ Cfr. art. 6 del Regolamento CE n. 1/2003, cit. A tal proposito ALFARO detta una regola pratica, rivolta ai giudici che applicano le regole di concorrenza, coerente con il diritto privato; la regola è rivolta ai giudici spagnoli ma *mutatis mutandis* vale anche per qualsiasi giudice nazionale: “[...] un juez que aplica el Derecho [nacional] de la competencia puede descartar la aplicación del art. 1 LDC [omologo all'art. 2 Legge 287/90] a cualquier cláusula contenida en un contrato con causa (finalidad económico-social típica) legítima si la cláusula “encaja” razonablemente en el contrato, es decir, si sirve a los fines perseguidos por las partes con el contrato. No necesita ponderar los efectos procompetitivos y anticompetitivos de la cláusula y del acuerdo. Puede ahorrarse ese trabajo (para el que, por lo demás, no está especialmente preparado) porque se trata de un negocio con un “fundamento socialmente razonable...” que no es “visiblemente contrario a los principios del ordenamiento jurídico” [...]. Sólo cuando el objeto del contrato es restringir la competencia (causa ilícita) o cuando la cláusula que tiene efectos restrictivos no encaja razonablemente en el contrato (lo que la priva de la protección que merece el propio contrato) deberá el juez calificar al contrato o a la cláusula como contrarios al art. 1 LDC”, cfr. ALFARO, *La prohibición de los acuerdos restrictivos de la competencia. Una concepción privatística del derecho antimonopolio*, cit., pag. 23.

manca del requisito dell'ingiustizia⁸⁸. Quest'ultimo argomento rafforza l'idea, espressa all'inizio del paragrafo, che il *private enforcement* del diritto della concorrenza abbia un valore strumentale rispetto al bene pubblico tutelato nel trattato CE⁸⁹.

L'onere della prova di una presunta infrazione delle regole di concorrenza, tanto nei procedimenti nazionali che comunitari relativi all'applicazione degli articoli 81 e 82 del trattato, "*incombe alla parte o all'autorità che asserisce tale infrazione*"⁹⁰. Tale regola uniforme trova applicazione in tutte le azioni di danno antitrust fondate sulla violazione degli articoli 81 ed 82 del trattato. Essa recepisce la regola classica, vigente nella quasi totalità degli ordinamenti giuridici europei, secondo la quale chi vuol fare valere in giudizio un proprio diritto deve provare i fatti che ne costituiscono il fondamento⁹¹.

Di conseguenza, incombe, "*all'impresa o associazione di imprese che invoca l'applicazione dell'articolo 81, paragrafo 3, del trattato l'onere di provare che le condizioni in esso enunciate sono soddisfatte*"⁹².

A parte la previsione dell'articolo 2 del Regolamento n. 1/2003 appena richiamata, non esistono, al momento, altre disposizioni comunitarie in merito all'onere della prova per quanto riguarda un'azione di danno antitrust. Tale aspetto è affidato alla regolazione di dettaglio dei legislatori nazionali i quali, come abbiamo anticipato, sono vincolati al rispetto dei principi di *equivalenza* e di *effettività*.

⁸⁸ Cfr. ALFARO, *La prohibición de los acuerdos restrictivos de la competencia. Una concepción privatística del derecho antimonopolio*, cit., pag. 3.

⁸⁹ Tale nostra supposizione trova conferma nel *Report* del Parlamento Europeo, cit., pagina 11.

⁹⁰ Cfr. articolo n. 2 del Reg. 1/2003, cit.

⁹¹ Nel nostro ordinamento giuridico tale regola è contenuta nell'articolo 2697 c.c.

⁹² Cfr. articolo n. 2 del Regolamento 1/2003, cit.

La questione non è marginale considerato che le difficoltà legate alla dimostrazione in giudizio dell'esistenza di un illecito anticoncorrenziale non si esauriscono nella segretezza intrinseca dei ogni illecito anticompetitivo.

Vi sono, infatti, anche aspetti strutturali di cui il legislatore (nazionale o comunitario) devono tenere conto. Per esempio, negli illeciti antitrust, le prove sono spesso in possesso della parte che ha posto in essere il comportamento anticoncorrenziale; per tanto, per rendere efficaci le domande di risarcimento del danno è fondamentale che l'attore possa avere accesso a tali prove.

Nel *Libro Verde sulle azioni di danno* (2005) la Commissione europea, in previsione di un intervento normativo comunitario in materia, si è chiesta “*se sia necessario introdurre l'obbligo di trasmettere i documenti o se, invece, sia preferibile consentire l'accesso alle prove in un altro modo*”⁹³. Il rilievo è particolarmente importante per le azioni *stand-alone*.

Analogamente, a livello comunitario, si potrebbe considerare la possibilità di utilizzare, nel giudizio civile, gli stessi documenti di cui sono venute in possesso la Commissione o le Autorità garanti nazionali durante un'eventuale istruttoria, documenti che potrebbero costituire prove rilevanti per la parte che voglia esercitare un'azione di risarcimento.

Anche la previsione di norme sull'onere della prova e sullo *standard* della prova potrebbe aiutare l'attore a tale riguardo⁹⁴.

Per quanto riguarda il nostro ordinamento giuridico, come abbiamo già detto sopra, nella quasi totalità delle pronunce sulle azioni di danno, tutte in conseguenza del cartello *Rca*, le diverse

⁹³ Cfr. Libro Verde sulle Azioni di risarcimento del danno per violazione delle norme antitrust comunitarie, 19 dicembre 2005 COM(2005), 672 def., punto 2.1.

⁹⁴ Particolarmente importante è la questione del valore probatorio delle decisioni delle autorità nazionali garanti della concorrenza; la questione è stata affrontata nel precedente paragrafo n. 4.

Corti nazionali si sono richiamate più o meno integralmente alle conclusioni dell'AGCM e all'attività istruttoria da questa compiuta senza peraltro indagare i rapporti sostanziali intercorsi tra le parti.

Tale *modus operandi*, tra l'altro, è stato avallato dalla Corte di Cassazione nella citata sentenza n. 2305/07: “*all'assicurato [danneggiato] sarà sufficiente allegare l'accertamento dell'intesa concorrenziale da parte dell'Autorità garante*”⁹⁵. Una volta accertata la violazione delle regole di concorrenza attraverso il richiamo del provvedimento dell'Autorità (*follow-on*), l'onere probatorio dell'attore sarà sufficientemente assolto, secondo la Cassazione, tramite l'allegazione (nel caso di specie) della polizza contratta. L'ingiustizia del danno sarà dimostrata nei termini della lesione del proprio interesse, in quanto soggetto del mercato, alla trasparenza ed alla competitività dello stesso.

8. *Pluralità di danneggiati: strumenti di aggregazione processuale*

L'illecito antitrust ha una natura potenzialmente plurioffensiva⁹⁶. Il danno cagionato da una condotta anticompetitiva illecita (sia essa un cartello o un abuso di posizione dominante) può, infatti, colpire indiscriminatamente i concorrenti (attuali/potenziali) dell'operatore colluso oltre che i consumatori finali.

⁹⁵ Come abbiamo anticipato nel paragrafo introduttivo, la tendenza che si sta affermando a livello comunitario è quella di riconoscere alla decisione dell'Autorità amministrativa in materia antitrust forza vincolante per il giudice civile. In tal modo si dovrebbe arrivare al risultato che un provvedimento definitivo di un'Autorità di concorrenza o una decisione giudiziale nazionale abbiano valore vincolante in tutti gli Stati Membri, sempre e quando i fatti e le parti del caso siano le stesse. A tal fine è necessario che all'intero degli Stati Membri venga accettata l'idea che la prova di una violazione antitrust fornita da una Autorità di concorrenza nazionale in un provvedimento definitivo e, quando necessario confermato in sede di ricorso, costituisca automaticamente una prova *prima facie* nei successivi procedimenti civili fondati su quella violazione, sempre quando il convenuto abbia avuto la concreta possibilità di difendersi nel procedimento amministrativo.

⁹⁶ Dello stesso avviso è la Corte di Cassazione, si veda da ultimo la sentenza n. 2305/07, *Fondiarìa*, cit.

È anche possibile che la condotta anticompetitiva sia idonea a colpire solo alcuni soggetti intermedi della catena produttiva/distributiva e che questi, a loro volta, riescano a traslare il danno patrimoniale (in tutto o in parte) ad altri soggetti, colpiti anch'essi dall'illecito antitrust ma "solo" indirettamente⁹⁷.

Alcuni tipi di condotte anticompetitive illecite (si pensi ad esempio ai cartelli sui prezzi o sulle quote di produzione) sono idonei più di altri a colpire simultaneamente una vastissima platea disaggregata di soggetti che, a vario titolo, entrano in contatto con la violazione subendone gli effetti dannosi.

Questo fenomeno è molto evidente nel caso dei consumatori finali, i quali, molto spesso, a causa proprio della struttura del mercato concorrenziale, trovandosi all'ultimo stadio del processo produttivo/distributivo, subiscono integralmente o in gran parte gli effetti della condotta anticompetitiva illecita praticata negli stadi superiori⁹⁸.

Ad esempio, nel noto cartello *Rca*, le compagnie di assicurazione colluse, praticando un sovrapprezzo illecito su tutto il proprio portafoglio clienti, hanno danneggiato, simultaneamente, un numero molto elevato di soggetti i quali a causa della anelasticità della domanda (la sottoscrizione di una polizza *Rca* è imposta dalla legge) non hanno potuto evitare o limitare il danno.

Secondo le stime dell'Autorità Garante della Concorrenza e Mercato, il danno patrimoniale subito dagli assicurati a seguito della condotta illecita, corrisponde al venti per cento del premio

⁹⁷ Si tratta del fenomeno c.d. *passing-on* (che verrà analizzato più diffusamente nel successivo cap. III), tipico delle fattispecie, come la maggior parte dei casi antitrust, che danno luogo esclusivamente a danni di carattere meramente patrimoniale (*pure economic loss*).

⁹⁸ Il danno subito dal consumatore finale, in questo caso, non è solo il sovrapprezzo pagato ma anche la mancanza di alternativa e il minor livello di qualità e di innovazione che la condotta anticompetitiva comporta all'interno di indeterminato mercato. La questione è affrontata in dettaglio nel capitolo III a cui si rimanda integralmente.

assicurativo effettivamente pagato. Tale cifra, nella maggior parte dei casi non raggiunge le poche decine di Euro; si consideri che, in una delle ultime sentenze riconducibili al caso *Rca*, la Corte d'Appello di Napoli ha liquidato il danno all'assicurato in una somma pari ad Euro 19,68⁹⁹.

Proprio questo aspetto, che intercetta direttamente il problema degli incentivi dell'azione giudiziale, costituisce uno degli ostacoli più insidiosi ad un *private enforcement* effettivo all'interno del mercato unico. Infatti, a fronte della modesta entità di un danno patrimoniale, è evidente la scarsa propensione del danneggiato, ovviamente in termini economici, a proporre l'azione in giudizio ed a sopportare i costi dell'assistenza legale oltre all'inevitabile rischio processuale in merito all'esito della decisione.

Le imprese colluse, invece, distribuendo il piccolo sovrapprezzo su tutto il loro portafoglio clienti ricavano normalmente un notevolissimo vantaggio economico. Infatti, l'effetto determinato dalla mancanza di efficaci strumenti di aggregazione processuale (almeno nella maggior parte degli Stati membri) non può che costituire un forte incentivo alla collusione, sancito dalla scarsissima incidenza delle azioni private sugli illeciti profitti dei collusi.

Si noti che l'effetto deterrente delle azioni private è, ovviamente, indipendente dall'entità della (eventuale) sanzione pecuniaria inflitta all'impresa collusa dall'Autorità amministrativa competente¹⁰⁰.

In ogni caso, il problema degli incentivi all'azione negli *small claims* rimane una *key difficulty* del *private enforcement* nella materia antitrust, soprattutto se si considera che nella maggior parte

⁹⁹ Cfr. App. Napoli, 3 maggio 2005, in *Foro it.*, 2005, I, 1880, con nota di PALMIERI.

¹⁰⁰ La sanzione amministrativa costituisce, oltre che una sanzione per l'illecito commesso, anche un deterrente alla violazione delle regole antitrust da parte delle imprese.

degli ordinamenti giuridici degli Stati membri non esistono, tradizionalmente, efficaci strumenti di aggregazione processuale. In assenza di forme di aggregazione processuale dei danneggiati, questi sono costretti ad adire le vie legali individualmente ed in modo disaggregato, costoso e scarsamente incisivo.

Già da alcuni anni la Commissione europea sta prospettando l'ipotesi di introdurre nell'ordinamento giuridico comunitario alcune modalità che permettano di tutelare in modo più effettivo i diritti di chi ha subito un piccolo danno antitrust. Allo studio della Commissione vi è anche la possibilità di introdurre le azioni di danno collettive¹⁰¹ le quali, oltre alla tutela specifica degli interessi dei consumatori, potrebbero essere utilizzate per raggruppare in un'unica azione un numero consistente di domande di portata più modesta, risparmiando così notevoli risorse economiche e rendendo l'azione di riparazione maggiormente incisiva¹⁰².

Da questo punto di vista, sarebbe opportuno, inoltre, esaminare questioni come la legittimazione ad agire delle associazioni di consumatori, la ripartizione del danno (se il risarcimento viene concesso all'associazione stessa o ai suoi membri) e la quantificazione del danno (il risarcimento concesso all'associazione potrebbe essere calcolato sulla base di un profitto illecito dell'attore e quello concesso ai membri sulla base del singolo danno subito). Su tutti questi aspetti, già da un paio di anni si è innescato un animato e qualificato dibattito sia a livello comunitario che in alcuni Stati membri, in vista di un auspicato intervento del

¹⁰¹ È importante tenere presente la distinzione che corre tra *representative actions* e *class actions*. Ad esempio, in una *representative action* l'ente rappresentante non è portatore di un interesse economico nella specifica controversia; esso agisce in nome di un "quasi public interest". Nel Regno Unito lo strumento delle *representative follow-on actions* è previsto per i consumatori (ma non per le imprese) presso il *Competition Appeal Tribunal* dalla *section 47B* del *Competition Act* del 1998.

¹⁰² Cfr. *Libro Verde sulle Azioni di risarcimento del danno*, cit., punto 2.5, domanda H. Su questa stessa linea si potrebbero prevedere azioni collettive da parte di gruppi di acquirenti diversi dai consumatori finali, come ad esempio le piccole imprese.

legislatore¹⁰³.

9. *Il ricorso ad esperti*

Come abbiamo avuto modo di anticipare, le questioni sostanziali sottese ad una presunta violazione delle regole (nazionali o comunitarie) di concorrenza si caratterizzano per un elevato grado di specificità e di complessità.

Tale complessità si riflette, in gran parte, anche nelle azioni di risarcimento del danno, soprattutto in merito alla dimostrazione dell'esistenza della pratica/condotta anticompetitiva ed ai fini della corretta individuazione e quantificazione del danno.

Pertanto, la possibilità in giudizio di ricorrere all'ausilio di esperti in materie economiche si rivela particolarmente utile, e spesso indispensabile, soprattutto nelle ipotesi di azioni *stand-alone* dove, in assenza di un provvedimento dell'Autorità, l'onore della prova grava (ancora più pesantemente) sull'attore¹⁰⁴.

Il ricorso ad esperti si rivela utile tanto dalla prospettiva delle parti processuali come della Corte adita. Spesso nei casi antitrust l'interprete è chiamato a compiere una complessa valutazione di carattere prognostico per determinare con precisione *a posteriori* qualcosa (ad esempio l'entità del profitto d'impresa) che non si è mai

¹⁰³ Sul punto si vedano, oltre al *Libro Verde sulle Azioni di risarcimento del danno*, cit., punto 2.5, anche i seguenti documenti: *Working Paper* dei servizi della Commissione, annesso al *Libro Verde sulle azioni di danno*, SEC(2005)1732, pag. 74; il recente rapporto del Parlamento Europeo, *Report on the Green Paper on Damages actions for breach of the EC antitrust rules*, aprile 2007, cit.; il rapporto dell'*Office of Fair Trade, OFT, Discussion paper, Private actions in competition law: effective redress for consumers and business*, aprile 2007. Si vedano anche i commenti al *Green Paper* disponibili all'indirizzo web: http://ec.europa.eu/comm/competition/antitrust/actionsdamages/green_paper_comments.html.

¹⁰⁴ Il ricorso all'ausilio di esperti si rivela utile anche in alcune controversie di tipo *follow-on*, soprattutto ove l'Autorità abbia omesso di quantificare, seppure in termini generali, il danno sofferto dalle vittime dell'illecito anticompetitivo. Sulla distinzione tra azioni *stand-alone* e *follow-on* si rimanda al paragrafo n. 3.

verificato nella realtà (a causa, ad esempio, di una pratica escludente) ma che avrebbe potuto ragionevolmente verificarsi (in assenza della condotta anticompetitiva illecita).

Se è vero che, almeno in linea di principio, l'interprete giuridico non dovrebbe essere colto impreparato nella soluzione di un caso di danno antitrust, è innegabile, però, il valore aggiunto che la scienza economica apporta ad analisi complesse di questo tipo.

Si tenga presente, d'altro canto, che anche nella stessa letteratura economica si riscontra una certa discordanza d'opinioni rispetto, ad esempio, ai criteri da seguire per l'individuazione e quantificazione del danno antitrust¹⁰⁵. La difficoltà principale che caratterizza questa materia risiede nel fatto che, dalla prospettiva dell'economia generale, il mercato assume la forma di una fittissima, labile ed intricata rete di relazioni intersoggettive: quello che avviene in una sua parte si ripercuote, con tempi ed intensità diverse - a seconda della prossimità delle relazioni tra gli operatori e di questi rispetto all'illecito antitrust - su tutte le altre parti della rete. Occorre inoltre tenere distinti, nella ricostruzione del nesso causale, i fattori macroeconomici, che, in quanto tali, influenzano l'andamento dell'economia nel suo complesso e che denotano una certa indipendenza dagli effetti immediati della pratica anticompetitiva¹⁰⁶.

Ecco perchè l'osservazione prognostica delle *performances* di un mercato attraverso la ricostruzione teorica dell'evoluzione di un solo fenomeno, mantenendo tutti gli altri invariati nel loro normale movimento, è un'attività speculativa che presuppone un certo margine d'approssimazione e d'errore.

¹⁰⁵ Cfr. FISHER & ROMAINE, *Janis Joplin's Yearbook and the Theory of Damages*, *Journal of Accounting, Auditing and Finance*, 1990, 5, 145-157; FISHER, *Economic Analysis and Antitrust Damages*, *World Competition*, 2006, 29(3), 383-394.

¹⁰⁶ Interessanti osservazioni sul punto sono state proposte da CAFFARRA, nel workshop: "Practical Issues in adjudication of private damages claims and claims for interim relief" tenutosi nell'ambito dell'*International Competition Conference: Enforcement of Competition Law, Current Issues*, Bruxelles, 25 novembre 2005.

La giurisprudenza italiana si è fin da subito dimostrata consapevole di tali difficoltà e non ha esitato, quando necessario, a ricorrere all’ausilio di esperti esterni per quantificare il danno antitrust.

Nel caso *Telsystem*, ad esempio, la Corte d’Appello di Milano ha proceduto all’identificazione delle voci del danno risarcibile con molta prudenza, decidendo la questione in due momenti diversi¹⁰⁷.

La Corte di Cassazione si è recentemente pronunciata proprio su questo punto affermando che il giudice, ai fini dell’individuazione del nesso causale tra la condotta anticompetitiva ed il danno, può svolgere accertamenti e valutazioni “*attraverso tutti gli strumenti offertigli dal rito, non escluso l’espletamento della consulenza tecnica*”¹⁰⁸.

¹⁰⁷ App. Milano, 18 luglio 1995, in *Foro it.*, 1996, I, 276, con nota di BARONE ed Ordinanza della Corte d’Appello di Milano, 24 dicembre 1996, in *Danno e responsabilità*, 1997, n. 5, con commento di BASTIANON. In un primo momento la Corte si è pronunciata sull’*an debeatur* e, successivamente, dopo aver rimesso ad un collegio di consulenti esterni la valutazione degli elementi rilevanti ai fini della quantificazione del danno, ha provveduto, alla liquidazione dello stesso con ordinanza.

¹⁰⁸ Cfr. Cass. civ., Sez. III, n. 2305/07, *Fondiarìa*, cit., pag. 28.

CAPITOLO III

IL DANNO ANTITRUST

SOMMARIO: 1. *Tipi di danno.* - 2. *Il danno subito dal concorrente.* - 3. *Il danno subito dal consumatore finale.* - 4. *Il problema della traslazione del danno (passing-on).* - 5. *Danni punitivi e danni esemplari.* - 6. *I criteri seguiti dalla giurisprudenza italiana sull'azione di danno antitrust (tavola sinottica).*

1. *Tipi di danno*

Non tutte le possibili violazioni delle regole di concorrenza generano gli stessi tipi di danno e non tutti i danni vanno risarciti allo stesso modo¹.

Il danno patrimoniale cagionato da chi viola le regole di concorrenza all'interno del mercato ha una natura potenzialmente plurioffensiva ed è suscettibile di assumere una struttura (ed una entità) diversa a seconda, almeno, di due elementi obiettivi: il tipo di violazione (condotta predatoria o di sfruttamento) e la conformazione del mercato all'interno del quale l'illecito antitrust si è verificato².

È inoltre opportuno, soprattutto quando si cerca di incentivare politicamente l'applicazione tra privati delle regole antitrust, non perdere di vista il legame intrinseco che corre tra la fattispecie sostanziale, la regola, ed il suo scopo³. In caso contrario, i tribunali rischierebbero di liquidare danni inesistenti, incompatibili con gli obiettivi della politica di concorrenza, oltre che slegati dalle regole di diritto privato che governano la responsabilità civile

¹ Sul punto si veda SIDAK, *Rethinking Antitrust Damages*, *Stanford Law Review*, 1981, vol. 33 no. 2, 330.

² Sulla natura plurioffensiva dell'illecito antitrust si veda da ultimo Cass. civ., Sez. III, n. 2305 del 2 febbraio 2007 (*Fondiarìa*).

³ Questo *caveat* è stato illustrato da AREEDA in un articolo pubblicato in *Harvard Law Review*, 89 (1976) dal titolo *Antitrust Violations Without Damage Recovery*.

extracontrattuale⁴.

Un sistema antitrust deviato, che risarcisca danni inesistenti o che incentivi addirittura la collusione (negando, ad esempio, il risarcimento a chi ha effettivamente subito un danno o risarcendolo solo minima parte), comprometterebbe gravemente l'assetto liberale del mercato, pregiudicherebbe l'effettività delle regole antitrust e minerebbe la coerenza interna dell'ordinamento giuridico.

Si noti a tal proposito, che la scelta politica di tutelare l'assetto liberale e concorrenziale del mercato con norme di rango costituzionale (art. 41 Cost. it. ed articoli 3 e 4 trattato CE) ed attraverso la creazione di un complesso sistema di applicazione delle regole (amministrativo e giurisdizionale, a livello comunitario e nazionale) sta ad indicare che l'illecito anticompetitivo, prima ancora di creare un danno al singolo operatore economico (da risarcire in giudizio su sollecitazione privata – *private enforcement*), crea un danno (in termini di efficienza ed innovazione) all'intera società, la cui tutela è affidata all'Autorità pubblica attraverso i suoi poteri di investigazione e di sanzione (*public enforcement*).

Inoltre, l'applicazione da parte delle Autorità amministrative e delle Giurisdizioni nazionali degli articoli 81 e 82 CE, così come disegnato dal Reg. 1/2003 che affida espressamente alla Commissione un ruolo guida nell'interpretazione delle regole antitrust tende, nel tempo, a garantire una interpretazione uniforme delle regole indipendentemente dalla natura (amministrativa o giudiziale) dell'Organo che, nel singolo caso, è chiamato a decidere la controversia. Questo fenomeno convergente, se guardato da una prospettiva comunitaria, rafforza la certezza dell'applicazione delle regole di concorrenza e la loro effettività nel mercato unico⁵.

⁴ Cfr. AREEDA, cit., pag. 1227.

⁵ Su questo punto si vedano le considerazioni svolte dal Parlamento Europeo nel *Report*, cit., pag. 12.

Come abbiamo anticipato nel capitolo precedente, la Corte di giustizia, allo scopo di perseguire una maggiore effettività della tutela della concorrenza all'interno del mercato unico, ha recentemente affermato, in aderenza al brocardo *ubi ius ibi remedium*, il diritto in capo “*ad ogni soggetto del mercato*” ad ottenere il risarcimento del danno subito a seguito di una condotta anticompetitiva illecita⁶.

Tale diritto si impone alle Giurisdizioni nazionali sempre e quando siano soddisfatte, nel caso concreto, le condizioni sostanziali precisate dalla stessa Corte nel caso *Courage* ed esista un nesso di causalità tra il danno e la pratica anticompetitiva⁷.

A tale diritto, che ha una natura strumentale e si applica ai soli casi di rilevanza comunitaria, s'affianca la laconica previsione del legislatore italiano di un analogo diritto al risarcimento del danno nei casi di violazione della legge *nazionale* antitrust - ovviamente circoscritto ai soli illeciti anticompetitivi che dispiegano i loro effetti *intra moenia* - (art. 33.2 Legge 287/90 così come interpretato dalla più recente giurisprudenza della Corte di Cassazione).

Un simile parallelismo rimediale, pur avendo conosciuto per lungo tempo sul versante italiano un'inconciliabile limitazione della legittimazione ad agire rispetto al fronte comunitario e nonostante tutt'ora subisca una speciale allocazione giurisdizionale, consolida, una volta per tutte, il lato privatistico di un diritto all'assetto concorrenziale del mercato - “*il diritto a godere dei benefici della competizione commerciale*” - che ha un gene marcatamente

⁶ Si vedano Corte di giustizia, 20 settembre 2001, causa C-453/99, *Courage c. Crehan*, Racc. pag. I-6297 (anche in *Foro it.*, 2002, IV, 75 con nota di PALMIERI e PARDOLESI, *Intesa illecita e risarcimento a favore di una parte: “chi è causa del suo mal...si lagni e chieda i danni”*), nonché 13 luglio 2006, cause riunite da C-295/04 a 298/04, *Manfredi*.

⁷ Cfr. le due sentenze *Courage* (2001) e *Manfredi* (2006), cit.

pubblicistico⁸.

Il problema della quantificazione del danno antitrust emerge, ovviamente, solo rispetto all'applicazione tra privati delle regole di concorrenza dal momento che la reazione pubblica all'illecito anticompetitivo consiste, e si esaurisce, tipicamente nell'imposizione di una sanzione pecuniaria o in una misura amministrativa⁹.

Le azioni giudiziali promosse dai privati si collocano invece su un piano diverso; esse, pur complementando (ed in alcuni casi anticipando o sostituendo) la reazione pubblica, perseguono una finalità propria attraverso altri strumenti tipici (principalmente l'azione di risarcimento del danno, ma anche la tutela cautelare ed i provvedimenti d'urgenza)¹⁰.

⁸ Quando ci si riferisce alla speciale allocazione giurisdizionale si allude alla specifica competenza funzionale stabilita dall'articolo 33.2 della Legge n. 287/90 alla Corte d'Appello competente per territorio. Sulla compatibilità del riparto della competenza previsto nel sistema italiano con il diritto comunitario si è pronunciata la Corte di giustizia nel caso *Manfredi*, cit., par. 72. Cfr. anche Cass. civ., 2305/07, cit., pag. 20. Sulla genesi delle regole antitrust in Europa si veda il lavoro di GERBER, *Law and Competition in twentieth century Europe, protecting Prometheus*, Oxford University Press, 2001.

⁹ Cfr. artt. 4 e 5 del Reg. 1/2003. Per la distinzione tra *private* e *public enforcement* si rimanda alle considerazioni svolte nel capitolo II.

¹⁰ Nelle controversie aventi ad oggetto il risarcimento del danno del consumatore finale, il ruolo dell'intervento pubblico si rivela, in mancanza di una previsione legislativa che alleggerisca, in qualche modo, la posizione dell'attore debole, di fondamentale importanza. L'eccessiva difficoltà probatoria, l'incertezza dell'esito processuale ed il rischio intrinseco connesso alla regola della soccombenza segnalano l'eccessiva onerosità di un'azione civile *stand-alone*. È pertanto più verosimile, ed il caso italiano del cartello *Rca* lo dimostra, che il contenzioso antitrust promosso dai consumatori si assesti, naturalmente, nel solco delle azioni *follow-on*. In questo senso il ruolo investigativo e sezionatore dell'Autorità si rivela molto importante ai fini dell'effettività della tutela dei diritti dei privati. Sul punto si veda il documento di lavoro dei servizi della Commissione annesso Libro Verde sulle azioni di danno, *Working Paper* SEC(2005)1732, pag. 8. Sul rapporto tra applicazione pubblica e privata delle regole di concorrenza si veda KOMNINOS, *Public and Private Antitrust Enforcement in Europe: Complement? Overlap?*, *Comp. Law Rev.* Volume 3 Issue 1 pp. 5-26; WALLER, *Towards a Constructive Public-Private Partnership to Enforce Competition Law*, 29 *W. Comp.*, 3 (2006); WILS, *Should Private Antitrust Enforcement Be Encouraged in Europe?*, 26 *World Competition* (3), 473-488, (2003); JONES, *Private Antitrust Enforcement in Europe: A Policy Analysis and Reality Check*, 27 *World Competition* (1) 13-24, (2004).

Prima di addentrarci nell'analisi dell'istituto del risarcimento del danno, vogliamo sottolineare la necessità di tenere ben presente la non-specialità delle regole di concorrenza all'interno dell'ordinamento giuridico comunitario e nazionale. Infatti, secondo autorevole dottrina, la violazione delle regole di concorrenza, non può dare luogo ad un tipo speciale ed autonomo di responsabilità civile, avulso ed indipendente dalla regola generale ex articolo 2043 c.c., ma deve piuttosto essere ricondotta alle regole che governano la responsabilità civile in modo da assicurare *“una visione sistematica del diritto antimonopolio, coerente con il diritto privato e con il suo fondamento costituzionale”*¹¹. La correttezza di tale impostazione

MONTI, *Article 81 EC and Public Policy*, *Common Market Law Review*, 2002, 39, 5. Sulle misure cautelari in materia antitrust rinviamo ai lavori di SCUFFI e TAVASSI, *Diritto processuale Antitrust. Tutela giurisdizionale della concorrenza*, Milano, 1998, pagine 201-256 e di FOLGUERA e MARTINEZ CORRAL, *Las normas de defensa de la competencia: medidas cautelares en su aplicación directa*, in *El Derecho de la Competencia y los Jueces*, MARTINEZ LAGE e PETITBO, Madrid, 2007; ARNAUDO, *Il sistema sanzionatorio e le misure cautelari*, in FRIGNANI e PARDOLESI, *La concorrenza*, *Tratt. dir. priv. dell'Unione Europea*, diretta da AJANI e BENACCHIO, Torino, 2006.

¹¹ La posizione sopra richiamata è di ALFARO, in *La prohibición de los acuerdos restrictivos de la competencia. Una concepción privatística del derecho antimonopolio*, *InDret* 2004. In effetti, la responsabilità civile in materia antitrust, così come il diritto della concorrenza nel suo complesso, tende ad essere percepita (anche da un vasto settore degli addetti ai lavori) come una parte slegata ed indipendente dalla generalità delle regole di diritto privato. Di conseguenza, soprattutto a livello nazionale, ciascun Stato membro elabora soluzioni speciali, sottoforma di previsioni legislative *ad hoc*, che confondono ulteriormente l'operatore giuridico ed economico che si trova a fronteggiare un caso antitrust. Si prenda come esempio, la quasi onnipresente riserva di competenza esclusiva in favore di un giudice *ad hoc*, di grado superiore al primo grado, o di una sezione specializzata, per conoscere le questioni relative all'applicazione delle regole di concorrenza (in Italia la legge 287/90 riserva tale competenza in primo grado alla Corte d'Appello competente per territorio – nei soli casi però di diritto nazionale antitrust -; in Spagna la competenza – anche qui per i soli casi di diritto antitrust nazionale - è stata affidata dal legislatore a los *Juzgados de lo Mercantil* (introdotti con la *Ley Orgánica* n. 8/2003; per inciso, in Spagna è in attesa di approvazione una nuova *Ley de Defensa de la Competencia*), nel Regno Unito, invece, la competenza a conoscere le controversie antitrust è stata affidata ad un tribunale specializzato, il *Competition Appeal Tribunal*. La soluzione italiana di affidare in primo grado la competenza esclusiva a conoscere le questioni antitrust nazionali ad una corte normalmente competente in secondo grado è vigente anche nella Repubblica Ceca,

concettuale è stata confermata dal recente orientamento della Corte di Cassazione in materia di danno antitrust¹².

Da questa prospettiva, il diritto della concorrenza appare come uno strumento utile a correggere le esternalità; appare come un modo per garantire che gli accordi tra concorrenti (in senso lato) non arrechino danno ai terzi (acquirenti diretti o consumatori finali) né sottoforma di restrizioni sensibili dell'offerta, della qualità o dell'innovazione dei prodotti/servizi immessi nel mercato né, tanto meno, di aumenti artificiali dei prezzi¹³.

Il richiamo alle regole di diritto privato, dunque, lungi dall'essere una mera petizione di principio, è un sicuro ancoraggio metodologico che serve all'operatore giuridico per (cercare di) risolvere i delicati problemi sostanziali e procedurali in materia di azioni civili antitrust¹⁴.

in Slovacchia ed Irlanda. In Germania ed in Svezia tale competenza è affidata a sezioni specializzate e solo a determinati tribunali (Germania, Francia, Spagna e Slovacchia). Sulla compatibilità della previsione dell'art. 33.2 L. 287/90 con il diritto comunitario si veda la sentenza della Corte di giustizia nel caso *Manfredi*, cit., par. 72.

¹² Cfr. Cass. civ., Sez. III, n. 2305/07, cit.

¹³ Cfr. ALFARO, in *La prohibición de los acuerdos restrictivos de la competencia. Una concepción privatística del derecho antimonopolio*, cit., pag. 5 ed ancora ALFARO, *Los costes de transacción, Estudios Homenaje al profesor Aurelio Menéndez*, vol. I, Madrid, 1995, pagine 131-162.

¹⁴ Cfr. ALFARO, *Los juristas-españoles- y el análisis económico del derecho*, InDret 2007, dove si legge che “[...] el Derecho público tiene poco que ver con el Derecho Privado. El Derecho público es el de control de los poderes públicos y el Derecho privado no es el del control de los individuos”, pag. 6. Lungo la linea interpretativa endogena sopra prospettata sembra muoversi anche la Corte di giustizia nella soluzione delle questioni procedurali prospettate in via pregiudiziale nel caso *Manfredi*. Di tali istanze dovrà tenere conto anche il legislatore comunitario, ormai apertamente impegnato a regolare le azioni private in materia antitrust con uno strumento normativo ad hoc. A proposito si noti che alcune delle opzioni prospettate dalla Commissione Europea nel Green Paper configurano radicalmente con la tradizione giuridica di alcuni Paesi membri, soprattutto di quelli di civil law. Per una riflessione critica in merito all'opportunità di una regolazione comunitaria della materia cfr. CARPAGNANO, *Prove tecniche di Private enforcement del diritto comunitario della concorrenza*, in *Danno e responsabilità*, 2007, n. 1.

Come già sottolineato, l'illecito anticompetitivo avviene, per definizione, all'interno di uno specifico mercato. I potenziali danneggiati da una condotta anticompetitiva illecita non possono che essere, dunque, coloro i quali operano, anche occasionalmente, all'interno di quel mercato, vale a dire le imprese ed i consumatori finali.

Occorre però tenere ben distinte queste due classi di potenziali danneggiati, non tanto - come ha fatto la Corte di Cassazione fino al 2005 - sul piano della legittimazione ad agire, quanto piuttosto ai fini della corretta individuazione del tipo di danno da risarcire ed in merito ai criteri da adottare per la sua esatta quantificazione¹⁵.

¹⁵ Sul punto si veda, per quanto riguarda la giurisprudenza, la più volte citata sentenza della Corte di Cassazione, Sezioni Unite, n. 2207/2005, in *Foro it.*, 2005, parte I, 1014. Per quanto riguarda un'analisi delle principali problematiche di diritto interno relative alle azioni private fondate su una violazione del diritto antitrust e sulle conseguenze civilistiche di tale illecito, si veda DELLI PRISCOLI, *Equilibrio del mercato ed equilibrio del contratto*, in *Giur. comm.*, 2006, II, 256. Doverose sono inoltre le letture di PARDOLESI, *Cartello e contratti dei consumatori: da Leibniz a Sansone*, in *Foro it.*, 2004, I, 469; PALMIERI, PARDOLESI, *L'antitrust per il benessere (e il risarcimento del danno) dei consumatori*, *ibid.*, 2005, I, 1015; SCODITTI, *L'antitrust dalla parte del consumatore*, *ibid.*, 2005, I, 1018. In particolare sulla questione della configurabilità dell'azione di risarcimento del danno nell'ordinamento italiano si veda: SCODITTI, *Il consumatore e l'antitrust*, *ibid.*, 2003, I, 1127; BASTIANON, *Antitrust e tutela civilistica: anno zero*, in *Danno e resp.*, 2003, 393; CALVO, *Diritto antitrust e contratti esecutivi dell'intesa vietata (contributo allo studio dei Folgeverträge)*, in *Contratti*, 2005, 181; CASTRONOVO, *Antitrust e abuso di responsabilità civile*, in *Danno e resp.*, 2004, 469; COLANGELO, *Intese restrittive e legittimazione dei consumatori finali*, in *Dir. ind.*, 2003, 175; LIBERTINI, *Ancora sui rimedi civili conseguenti a violazioni di norme antitrust*, in *Danno e resp.*, 2004, 933; NEGRI, *Risarcimento del danno da illecito antitrust e foro per la tutela del consumatore (la Cassazione non dilegua i dubbi nella vicenda RC auto)*, in *Corr. giur.*, 2003, 747. Per un commento della sentenza sotto il profilo del diritto comunitario antitrust si veda CARPAGNANO, *Private Enforcement of Competition Law Arrives in Italy: Analysis of the Judgment of the European Court of Justice in Joined Cases C-295-289/04 Manfredi*, *Comp. Law Rev.*, Volume 3 Issue 1, pp. 47-72, 2006. Per una completa analisi delle implicazioni della sentenza *Courage* si rimanda a KOMNINOS, *New Prospects for Private Enforcement of EC Competition Law: Courage v. Crehan and the Community Right to Damages (2002) 39 Common Market Law Review*, pp. 447-487.

Premesso che il danno sofferto dall'impresa concorrente (attuale o potenziale) è totalmente diverso da quello sofferto dal consumatore finale, si deve anche tenere presente la difficoltà di redigere con esattezza la lista dei danneggiati dall'illecito antitrust soprattutto quando l'epicentro della collusione si trova lontano dai consumatori finali. Tale difficoltà è imputabile alla conformazione stessa dell'economia di mercato che, come è noto, si struttura in una catena del valore composta da diversi stadi successivi di produzione, trasformazione e distribuzione dei beni/servizi immessi nel mercato.

L'illecito antitrust può dunque annidarsi in uno (o più) di questi livelli successivi rendendo difficile l'esatta individuazione dei danneggiati e la reale entità del danno subito da ciascuno di essi¹⁶. Come vedremo più diffusamente nel paragrafo n. 4, il problema relativo all'individuazione dei danneggiati dall'illecito antitrust diventa ancora più complesso nelle ipotesi in cui il danno patrimoniale venga "traslato", integralmente o in una sua parte, da uno stadio all'altro della catena del valore.

Sul versante comunitario, la mancanza di una normativa uniforme che regoli in dettaglio le azioni private fondate su una violazione del diritto della concorrenza porta con sé il rischio di immergere nell'ineffettività le (re)azioni dei privati (imprese e consumatori) alle illecite distorsioni della concorrenza che si verificano all'interno del mercato comune. Infatti, la disciplina di dette azioni è affidata in gran parte alle norme sostanziali e processuali degli Stati membri nel quale vengono incardinate e,

¹⁶ In molti casi le imprese conserveranno una traccia di soggetti a cui hanno venduto i beni o fornito i servizi; tali informazioni potrebbero essere rese disponibili in giudizio attraverso un sistema simile alla *pre-action disclosure*. In questo caso le vittime dell'illecito antitrust potrebbero essere facilmente individuate. Decisamente più difficile si presenta l'identificazione degli acquirenti indiretti o dei consumatori finali, i quali potrebbero essere resi edotti dell'esistenza di un illecito antitrust e di una futura azione giudiziale, come accade negli Stati Uniti d'America, attraverso una capillare campagna di informazione.

quando queste non sono compatibili con il diritto comunitario, possono pregiudicare, ed in alcuni casi anche compromettere, l'effettività dell'intero sistema di *private enforcement* del diritto comunitario della concorrenza¹⁷.

Così, la quantificazione del danno antitrust si lega necessariamente agli altri aspetti processuali che, per il momento, si pongono come veri e propri ostacoli sul cammino, già di per sé accidentato, che porta all'effettività delle regole antitrust comunitarie (si pensi ad es. alle limitazioni della legittimazione ad agire, alle regole in materia di onere della prova e di accesso alle prove, alla possibilità di promuovere azioni di gruppo, alle modalità del computo del termine di prescrizione, alla possibilità di liquidare i danni punitivi, etc.).

La sentenza della Corte di giustizia nel caso *Manfredi*¹⁸, ha risolto alcune delle questioni processuali relative all'azione di nullità e di risarcimento del danno fondate su una violazione delle regole comunitarie di concorrenza attraverso il richiamo ai consolidati principi di *equivalenza* e di *effettività*. Rimanendo sul problema della quantificazione del danno antitrust, la Corte ha ribadito che proprio dall'applicazione del principio di *effettività*, deriva che i danneggiati devono poter chiedere in giudizio il risarcimento non solo del danno reale subito (*damnum emergens*), ma anche del mancato guadagno (*lucrum cessans*) oltre al pagamento degli interessi¹⁹. Secondo la Corte, l'esclusione totale del lucro cessante dallo spettro del danno risarcibile non può essere ammissibile poiché, soprattutto in tema di

¹⁷ Cfr. CARPAGNANO, *Prove Tecniche di Private enforcement del diritto comunitario della concorrenza*, cit., pag. 41.

¹⁸ Sentenza del 13 luglio 2006, cause riunite da C-295/04 a 298/04, cit.

¹⁹ Caso *Manfredi*, cit., par. 95. Per quanto riguarda il pagamento di interessi, la Corte ha sempre ritenuto che la loro corresponsione, ai sensi delle pertinenti norme nazionali, costituisce una componente essenziale di un indennizzo (vedi, ad es., sentenza 2 agosto 1993, causa C-271/91, *Marshall*, Racc. pag. I-4367, punto 31). Sulla medesima questione si veda il paragrafo 149 dello *Staff Working Paper* collegato al *Green Paper*, cit., pag. 34 e ss.

controversie di natura economica o commerciale, *“l’esclusione totale del lucro cessante si presta a rendere di fatto impossibile il risarcimento del danno”*²⁰.

Un’interessante precisazione viene collocata dalla Corte a chiusura della soluzione della questione relativa alla quantificazione del danno: il diritto comunitario *“non osta a che i giudici nazionali vigilino affinché la tutela dei diritti garantiti dall’ordinamento giuridico comunitario non comporti un arricchimento senza giusta causa degli aventi diritto”*²¹. Il che appare più una notazione politica che una considerazione giuridica; una sorta di incoraggiamento alla Commissione a portare avanti la proposta timidamente inserita nel Libro Verde relativa alla eventualità di prevedere, in caso di violazioni delle norme sui cartelli orizzontali la possibilità di *“raddoppiare il risarcimento del danno in maniera automatica o condizionata a discrezione del tribunale”*²². L’obiettivo è evidentemente quello di rendere più “convenienti” le azioni di danno fondate sul diritto della concorrenza altrimenti prive di *appeal* per i danneggiati nel mercato comune²³.

²⁰ Caso *Manfredi*, cit, par. 96. Si vedano anche le sentenze della medesima Corte di giustizia, *Brasserie du pêcheur et Factortame*, cit., punto 87, nonché 8 marzo 2001, cause riunite C-397/98 e C-410/98, *Metallgesellschaft e a.*, Racc. pag. I-1727, punto 91.

²¹ Caso *Manfredi*, cit, par. 94. Si vedano inoltre le sentenze 4 ottobre 1979, causa C-238/78, *Ireks-Arkady/Consiglio e Commissione*, Racc. pag. 2955, punto 14; 21 settembre 2000, cause riunite C-441/98 e C-442/98, *Michailidis*, Racc. pag. I-7145, punto 31, e *Courage e Crehan*, cit., punto 30. Sul punto cfr. DE SMIJTER & O’SULLIVAN, *The Manfredi judgment of the ECJ and how it relates to the Commission’s initiative on EC antitrust damages actions*, *Competition Policy Newsletter*, 2006, 3, 23-29.

²² Cfr. Libro Verde, cit., par. 2.3.

²³ A proposito dell’introduzione dei danni punitivi o esemplari nel sistema di applicazione delle regole antitrust a livello comunitario, si consideri che la maggior parte delle risposte al *Green Paper* su questo specifico punto non sono state favorevoli, sul presupposto che al risarcimento del danno deve essere riconosciuta nell’ordinamento giuridico comunitario una funzione meramente compensativa. Cfr. DE SMIJTER & O’SULLIVAN, cit., 25.

Come abbiamo anticipato nel capitolo precedente, il fondamento giuridico dell'azione di risarcimento del danno antitrust, nelle ipotesi di violazione delle regole comunitarie, è una creazione giurisprudenziale; a livello nazionale, invece, nonostante la previsione sia stata espressamente prevista dal legislatore nel 1990, le Corti italiane hanno conosciuto azioni di risarcimento di danno antitrust solo in poche occasioni.

Nella maggior parte dei casi nazionali, l'azione antitrust è stata fondata su una violazione delle regole nazionali di concorrenza ed in reazione al comportamento di un concorrente diretto dell'attore²⁴.

Le corti italiane si sono pronunciate sia in casi in cui la condotta anticompetitiva era stata già sanzionata dall'Autorità Garante della concorrenza e mercato (casi *follow-on*) sia, ma con meno frequenza, in mancanza di una precedente decisione dell'Autorità (casi *stand-alone*).

Nei casi *follow-on*, le decisioni dell'Autorità, pur non vincolando il giudice civile, sono state sempre tenute in gran considerazione dalle Corti nazionali le quali hanno, in linea di principio, fatto proprie le conclusioni dell'Autorità soprattutto con riferimento alla collazione dell'impianto probatorio. Il che, nei fatti, sgrava l'attore del pesantissimo onere della dimostrazione in giudizio dell'esistenza della condotta anticompetitiva illecita.

Nei casi *stand-alone* invece, i tribunali aditi hanno dovuto prima definire il mercato rilevante e poi identificare il tipo di violazione sulla base della documentazione acquisita in giudizio e di quella prodotta dalle parti.

È interessante notare, sempre ad un livello d'osservazione livello generale, come nella totalità dei casi le corti italiane non

²⁴ Si veda *infra*, par. n. 2.

abbiano fatto ricorso alla consulenza di esperti esterni per dimostrare l'esistenza del danno antitrust (*an debeatur*).

In un solo caso, la Corte d'Appello ha affidato ad un collegio di esperti esterni la quantificazione del danno subito dall'attore, sulla base di alcuni criteri indicati dalla stessa Corte (*quantum debeatur*).

Solo in un caso un giudice nazionale ha liquidato il danno antitrust ad un consumatore per una violazione delle regole comunitarie della concorrenza.

Si tratta di una decisione di una corte inferiore, il Giudice di Pace di Bitonto, nell'ambito di un'azione volta ad ottenere il risarcimento del danno promossa da un consumatore che ha agito sulla base di una precedente decisione di condanna dell'AGCM. Si tratta del versante italiano del caso *Manfredi* su cui si è pronunciata la Corte di giustizia in via pregiudiziale e che sarà analizzata più diffusamente nel paragrafo n. 3. Possiamo, però, già anticipare che la sentenza del Giudice di Pace di Bitonto, in merito alla liquidazione del danno antitrust alla vittima, segna una posizione di rottura rispetto alla concezione tradizionale secondo la quale in Italia, come nella maggior parte degli Ordinamenti giuridici degli Stati membri, l'azione di danno antitrust è concepita come un rimedio di natura risarcitoria.

La sentenza del Giudice di Pace di Bitonto, fondandosi sul rilievo della Corte di giustizia secondo il quale il diritto comunitario “*non osta a che i giudici nazionali vigilino affinché la tutela dei diritti garantiti dall'ordinamento giuridico comunitario non comporti un arricchimento senza giusta causa degli aventi diritto*”²⁵, proprio al fine di rimuovere, nella misura del possibile, l'illecito arricchimento delle compagnie d'assicurazione colluse, ha liquidato

²⁵ Sentenza caso *Manfredi*, cit, par. 94. Si vedano inoltre le sentenze Corte di giustizia 4 ottobre 1979, causa C-238/78, *Ireks-Arkady/Consiglio e Commissione*, Racc. pag. 2955, punto 14; 21 settembre 2000, cause riunite C-441/98 e C-442/98, *Michailidis*, Racc. pag. I-7145, punto 31 e *Courage e Crehan*, cit., punto 30.

il danno “*nella misura del doppio rispetto all’ammontare dei premi esatti dalla convenuta in esecuzione dell’intesa anticoncorrenziale*”²⁶. Tale soluzione, che analizzeremo in dettaglio nei prossimi paragrafi, ricorda gli *exemplary damages* dell’Inghilterra e del Galles²⁷.

2. Il danno subito dal concorrente

L’identificazione del danno subito dal concorrente a seguito di una condotta anticompetitiva dipende, almeno, da due elementi principali: a) il tipo concreto di violazione delle regole antitrust e b) la struttura del mercato in cui l’illecito si è verificato.

Come anticipato nel primo paragrafo, al diverso tipo di violazione corrisponde, in linea di principio, una diversa classe di danneggiati potenziali, un diverso tipo di danno e diversi criteri da seguire per la sua quantificazione in giudizio.

Abbiamo anche accennato al fatto che mentre per l’intera società il danno antitrust consiste essenzialmente nel minor livello di produzione (a cui consegue, generalmente, un innalzamento artificiale dei prezzi e quindi un’allocazione inefficiente delle risorse), per il concorrente non colluso il danno patrimoniale non si esaurisce nei termini del minor livello di produzione. Anzi, il concorrente subisce, in genere, un danno patrimoniale sottoforma di perdita di profitti, imputabile alla natura tendenzialmente escludente della pratica anticompetitiva posta in essere ai suoi danni dall’operatore dominante. La pratica escludente può portare all’uscita dal mercato di un concorrente, ad un suo riposizionamento verso il basso (in termini di penetrazione nel mercato stesso) o può essere tale da ostacolare, ritardare o impedire *tout court* l’entrata di un nuovo operatore in un mercato determinato.

²⁶ Cfr. Sentenza del Giudice di Pace di Bitonto del 21 maggio 2007.

²⁷ Vedi il recente Discussion paper dell’OFT, *Private actions in competition law: effective redress for consumers and business*, aprile 2007.

Abbiamo già analizzato sopra (vedi cap. II, par. 9) quali siano le difficoltà alle quali l'interprete va incontro nell'effettuare una valutazione di carattere prognostico per determinare con precisione qualcosa (l'entità del profitto d'impresa) che non si è mai verificato nella realtà ma che avrebbe potuto ragionevolmente verificarsi, in assenza della condotta illecita.

La difficoltà dell'apprezzamento del danno subito dal concorrente è resa complicata, nella pratica, da alcune specificità proprie delle condotte escludenti realizzate dall'operatore dominante. Si pensi alle ipotesi di fissazione di prezzi predatori finalizzata all'eliminazione di un concorrente dal mercato o a ritardare, impedire, ostacolare l'entrata di un *new comer* (esempio tipico sono le vendite sottocosto di tipo predatorio).

In questi casi è evidente la frattura che separa l'interesse (e la tutela) del consumatore, che acquista i beni/servizi desiderati ad un prezzo più basso rispetto a quello di mercato, e l'interesse (e la tutela) del concorrente che subisce, invece, gli effetti della condotta predatoria. Infatti, grazie alla pratica anticompetitiva i consumatori traggono un beneficio economico immediato: acquistano beni/servizi che avrebbero trovato nel mercato ad un prezzo più alto (il prezzo concorrenziale è per definizione maggiore di quello predatorio) mentre non subiscono, almeno al momento dell'acquisto, alcun danno patrimoniale.

Gli effetti negativi dei prezzi predatori (e più in generale delle pratiche escludenti) si manifestano, però, nel lungo periodo, quando si sarà compiutamente realizzato il disegno collusivo dell'operatore dominante. La pratica predatoria, infatti, attraverso il minor prezzo, è volta a modificare l'assetto concorrenziale del mercato eliminando i concorrenti dal mercato o riducendo il loro numero.

Di conseguenza, a partire da un momento determinato, i consumatori si troveranno a pagare un prezzo monopolistico (o quasi) per ottenere gli stessi beni/servizi che avevano comprato sottocosto²⁸.

Gli *umbrella prices*²⁹ sono un altro esempio che dimostra chiaramente come la dissociazione tra l'interesse (e la tutela) del consumatore finale e l'interesse (e la tutela) del concorrente possano divergere ai fini dell'individuazione del danno antitrust, inducendo in errore l'interprete, ed in particolar modo quel giudice che adotti una prospettiva d'analisi monoculare.

È opportuno considerare che, nei rapporti tra imprese concorrenti, il ricorso effettivo alla tutela giurisdizionale può essere falsato, almeno, da due elementi strategici: da un lato l'effetto deterrente derivante dall'appartenenza alla *comunità commerciale*; dall'altro (ed in senso contrario) l'interesse del concorrente ad utilizzare l'azione civile antitrust strategicamente nella lotta concorrenziale (a volte come strumento di negoziazione, a volte come mezzo finalizzato ad aumentare i costi del rivale)³⁰.

²⁸ L'esempio delle pratiche escludenti più che dimostrare l'inadeguatezza dell'analisi monoculare (prospettiva del consumatore o dell'impresa) dimostra la complessità delle fattispecie relative al danno subito dal concorrente.

²⁹ Il fenomeno degli *umbrella prices* si verifica quando le imprese che partecipano ad un cartello non controllano l'intero mercato. Le *fringe firms* (non colluse) tenderanno ad aumentare la loro produzione fino al livello in cui il costo marginale raggiunge il prezzo illecito fissato dai cartellisti. Di conseguenza anche i clienti degli operatori non collusi si troveranno a pagare un sovrapprezzo (*umbrella pricing*).

³⁰ Ci sono, ovviamente, anche altri fattori che determinano la scelta di un potenziale attore danneggiato da una condotta anticompetitiva ad adire le vie giudiziali per ottenere il risarcimento della perdita subita. Alcuni di questi fattori hanno carattere meramente soggettivo (come ad es. l'appagamento "immateriale" - spesso perseguito "ad ogni costo" - nel sentire condannare l'operatore economico colluso) e non rilevano in questa sede. Altri sono di carattere obiettivo ed attengono ad esempio alla durata stimata del processo o al costo dell'assistenza legale in giudizio. A queste due forze estreme, proprie delle azioni antitrust tra concorrenti, si aggiungono anche gli effetti disincentivanti imputabili agli elementi sistemici comuni a tutte le azioni private antitrust (si pensi alla difficoltà probatoria dell'illecito, alla difficoltà di accesso alle prove, al rischio connesso alla regola della soccombenza, etc.)

Quanto al primo aspetto - l'effetto deterrente dell'appartenenza alla comunità - si consideri che i potenziali attori, quando convergono in giudizio un concorrente, sono costretti a troncarsi, negli anni di pendenza del giudizio e, verosimilmente, anche successivamente alla sentenza definitiva un rapporto contrattuale "strategico". Infatti, il costo collaterale dell'azione giudiziale è, in questi casi, alto ed è, quasi sempre, subdolo (si pensi ad esempio, al costo rappresentato dalla perdita della reputazione nel mercato, a quello connesso alla perdita di un *partner* commerciale strategico, alla intempestività - intrinseca - della soluzione giudiziale che qualora non venga coordinata con misure cautelari efficaci e tempestive può rivelarsi del tutto inutile³¹). Quindi l'azione giudiziale del concorrente è spesso l'ultima *ratio*, l'ultima *chance*, l'ultima decisione strategica dell'impresa che subisce una condotta anticompetitiva. Si consideri inoltre che, nella maggior parte dei casi, dopo l'azione giudiziale, i rapporti commerciali tra le parti (processuali) sono lacerati o inesistenti. Questo è un altro aspetto che ha reso le azioni private antitrust piuttosto rare anche tra gli operatori economici.

La seconda forza a cui abbiamo fatto riferimento è l'interesse strategico, ai fini della lotta concorrenziale nel mercato, che può avere un'impresa a convenire in giudizio un concorrente (in questi casi si parla di uso del diritto antitrust come "arma" o come "spada")³².

³¹ Non è raro in antitrust leggere sentenze che riconoscono il risarcimento del danno patrimoniale subito ad operatori economici che non sono più attivi nel mercato, perché già estintiti a causa, proprio degli effetti dirompenti della pratica anticompetitiva. Questo fenomeno avviene soprattutto nei casi di abuso di posizione dominante o più in generale nei casi di accordi tesi all'esclusione dai mercati; si prenda come esempio il caso Telsystem.

³² Cfr. BAUMOL & ORDOVER, *Use of Antitrust to Subvert Competition*, *Journal of Law and Economics*, Vol. 28, No. 2, Antitrust and Economic Efficiency: A Conference Sponsored by the Hoover Institution (May, 1985), 247-265; LIANOS & ZHOU, *Optimal Test for Strategic Antitrust Sham Litigation - a mechanism design approach*, 2007, in corso di pubblicazione.

L'uso strategico dell'azione giudiziale antitrust può assumere varie forme.

Ad esempio, incardinando (o minacciando di incardinare) un'azione di danno si può indurre un concorrente (o più spesso un fornitore con potere di mercato) a cooperare o a concedere condizioni economiche più favorevoli di quelle che sarebbe disposto ad offrire in assenza dell'azione (o della minaccia).

Nella pratica, tale tipo di comportamento strategico è utilizzato in molte occasioni e con diverse finalità: può servire all'impresa per contribuire a ridurre i margini di profitto di un concorrente di successo nel mercato, oppure per indurre a modificare i termini di una relazione contrattuale o di modificare l'esito di una negoziazione; può essere utilizzato per punire un comportamento non-cooperativo tra concorrenti, per evitare/ritardare una OPA ostile, per dissuadere un concorrente dall'entrare in un dato mercato oppure anche per frenare una strategia competitiva aggressiva posta in essere da un *new comer*³³.

Il ruolo delle giurisdizioni nazionali è dunque di fondamentale rilevanza nell'attività di selezione delle azioni antitrust effettivamente meritevoli di tutela secondo quanto stabilito dall'ordinamento giuridico comunitario e nazionale. Una conoscenza specifica delle questioni e delle problematiche antitrust da parte delle giurisdizioni nazionali (anche attraverso il ricorso ad esperti esterni) è dunque auspicabile affinché attraverso le azioni antitrust non trovino spazio azioni di facciata che perseguono fini diversi, e addirittura anticompetitivi.

³³ Una rassegna di casi di uso strategico del diritto antitrust negli Stati Uniti d'America è fornita da PRESTON MCAFEE, *The Strategic Abuse of the Antitrust Laws*, presentazione del 6 dicembre 2006.

Nella giurisprudenza italiana si registrano almeno tre azioni vittoriose promosse da altrettante imprese concorrenti aventi ad oggetto il risarcimento del danno antitrust³⁴.

La prima pronuncia, in ordine cronologico, risale al 1995 ed è stata emanata dalla Corte d'Appello di Milano nel caso *Telsystem*³⁵. Si tratta di un caso *follow-on*, promosso, ai sensi dell'articolo 33.2 della Legge 287/90, dalla società *Telsystem SpA*, operatore nuovo entrante nel mercato italiano dei servizi di telefonia interna per le aziende, contro la società *SIP*, oggi *Telecom Italia SpA* operatore integrato di telecomunicazioni ed ex monopolista statale³⁶.

L'azione giudiziale di *Telsystem*, per i fini che in questa sede più interessano, era volta ad ottenere il risarcimento del danno patrimoniale subito a seguito del comportamento abusivo della società convenuta finalizzato, in vari modi, ad impedirle l'accesso al mercato³⁷.

L'attrice lamentava in giudizio la violazione delle regole nazionali di concorrenza in materia di abuso di posizione dominante (articolo 3 della Legge 2897/90) e denunciava tale violazione anche all'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, la quale, con provvedimento n. 2662/1995, qualificò il comportamento tenuto da *Telecom Italia* nei confronti di *Telsystem* e dei clienti di quest'ultima come un abuso di posizione dominante³⁸.

³⁴ Cfr., TARDELLA & MAGGIORE, *Study on the conditions of claims for damages in case of infringement of EC competition rules*, Italy Report, 2004.

³⁵ App. Milano, 18 luglio 1995, in *Foro it.*, 1996, I, 276, con nota di BARONE ed Ordinanza della Corte d'Appello di Milano, 24 dicembre 1996, in *Danno e responsabilità*, 1997, n. 5, con commento di BASTIANON.

³⁶ In realtà, nella sua breve vita, la società *Telsystem* ha svolto nel mercato italiano solo un'attività di promozione, che ha condotto alla stipulazione di cinque contratti con terzi utenti per la fornitura dei propri servizi telefonici. I contratti con i terzi utenti non hanno avuto, però, nessuna esecuzione per le ragioni che seguono.

³⁷ Per la dettagliata ricostruzione del comportamento abusivo si veda il Provvedimento AGCM, n. 2662 del 10 gennaio 1995, in *Bollettino* 1-2/1995, e la Sentenza Corte d'Appello Milano, cit.

³⁸ L'Autorità impose a *Telecom Italia* di porre "immediatamente fine alla [...] infrazione, fornendo i collegamenti richiesti dalla società *Telsystem* ed astenendosi

Sulla base degli elementi accertati nel corso del procedimento amministrativo emerse che *Telecom Italia* deteneva una posizione dominante nel mercato dei servizi di telefonia vocale per gruppi chiusi di utenti, mercato discendente collegato a quello della fornitura delle linee affittate nel quale *Telecom Italia* era monopolista legale. Omettendo di fornire i collegamenti diretti urbani richiesti da *Telsystem* ed inducendo i clienti di quest'ultima a rinunciare ai servizi della stessa, la società convenuta aveva “*di fatto rifiutato la fornitura delle linee affittate indispensabili per l'espletamento, da parte di Telsystem, della propria attività economica*”³⁹.

Il pregiudizio economico subito dalla società attrice a seguito dell'abuso, consisteva nella perdita di una posizione all'interno del mercato (l'attrice lamentava, infatti, di aver perso la possibilità di essere la “*prima azienda sul mercato della telefonia vocale a gruppi chiusi di utenti*”) e nella paralisi dell'attività d'impresa con conseguente accumulo di perdite (per costi di gestione in assenza dei corrispondenti ricavi). In effetti, le perdite accumulate da *Telsystem* furono tali che la società fu costretta ad uscire mercato e messa in liquidazione.

La Corte d'Appello di Milano aveva accertato la condotta abusiva di *Telecom Italia* basandosi esclusivamente sulle prove acquisite in giudizio e, quindi, rivendicando una certa autonomia dalla decisione dell'Autorità, ma non contraddicendo la sostanza del Provvedimento.

L'abuso della posizione dominante era consistito, secondo la Corte, nella tardiva esecuzione dei contratti (imputata a *Telecom*) da cui dipendeva la possibilità, per il concorrente nuovo entrante, di svolgere il servizio di telefonia vocale per gruppi chiusi di utenti e

dal tenere in futuro comportamenti analoghi”, senza però imporre alcuna sanzione pecuniaria a *Telecom Italia*.

³⁹ Provvedimento AGCM n. 2662, cit., par. 10.

nell'opera di dissuasione compiuta da *Telecom Italia* nei confronti dei clienti di *Telsystem*.

Tali fatti di causa rientrano in quelli che sono diventati ormai i tipici comportamenti abusivi realizzati dagli operatori telefonici (ex monopolisti di Stato) che si sono verificati nella gran parte del mercato comune a seguito della liberalizzazione dei servizi di telefonia⁴⁰. Nella maggior parte dei casi essi sono stati risolti dalle Corti nazionali e comunitarie attraverso il ricorso alla dottrina delle *essential facilities*, imponendo all'operatore dominante di garantire l'accesso alla risorsa essenziale da parte del nuovo entrante a condizioni di mercato⁴¹.

La Corte d'Appello di Milano avrebbe raggiunto verosimilmente gli stessi risultati se *Telsystem*, alla lettura della sentenza, non avesse già da tempo consegnato i libri contabili al Tribunale per la procedura di liquidazione⁴². Secondo la Corte, infatti, "*il ritardato ingresso sul mercato di un concorrente [...] a causa dell'altrui condotta illecita si configura come danno da lucro cessante*"⁴³.

Anche per quanto riguarda, poi, i criteri per la determinazione del danno, il caso *Telsystem* offre utili indicazioni.

⁴⁰ Si veda da ultimo il caso spagnolo *Condiut c. Telefonica* deciso in primo grado dal *Juzgado de lo Mercantil n. 5* di Madrid ed, in appello, dalla *Audiencia Provincial de Madrid Sección 28°*, sentenza n. 73 del 25/05/2006. Per un commento alla sentenza si rimanda a HITCHINGS, *The Conduit Case*, in *Derecho de la Competencia Europeo y Español*, Vol. VII, ORTIZ BLANCO & ENTRENA ROVERS Madrid, 2007.

⁴¹ Per un'introduzione alla dottrina delle *essential facilities* si rimanda al volume di FRIGNANI e PARDOLESI, *La concorrenza*, in *Trattato di diritto privato dell'Unione Europea*, Torino, 2006.

⁴² Dal caso *Telsystem* emerge la necessità di una rapidissima tutela dei diritti degli operatori economici nei casi antitrust, dove il ritardo si rivela, nella maggior parte dei casi, fatale. La vicenda giudiziaria di *Telsystem* conduce ad un risultato doppiamente paradossale: da un lato sancisce il successo della condotta illecita anticompetitiva perpetrata dell'impresa in posizione dominante che aveva come obiettivo proprio quello di eliminare un concorrente; dall'altro si concede un risarcimento del danno ad un soggetto giuridico ormai estinto.

⁴³ App. Milano, 18 luglio 1995, cit.

In primo luogo la Corte d'Appello ha ritenuto che il risarcimento del danno “[...] va determinato tenendo conto, fra l'altro, della perdita dell'opportunità di presentarsi quale prima impresa concorrente sul mercato [...]”; tale opportunità “deve ritenersi un bene acquisito al patrimonio della società per effetto dell'attività imprenditoriale da essa intrapresa”⁴⁴.

Dunque la Corte ha fondato il presupposto del risarcimento del danno nella perdita di opportunità sottoforma di lucro cessante. Si consideri, però, che il danno da perdita di possibilità è tradizionalmente considerato dalla giurisprudenza e dalla dottrina italiana come un danno emergente. Il danno da perdita di *chance* viene comunemente inteso, nel nostro ordinamento, come perdita della possibilità di raggiungere un risultato definitivo (danno emergente da perdita di una possibilità attuale) e non come il mancato raggiungimento dello stesso⁴⁵. Il fatto che la Corte abbia qualificato espressamente questa voce di danno come un *lucro cessante* è indice dell'intenzione di risarcire la perdita dei guadagni futuri che *Telsystem* avrebbe (verosimilmente) ottenuto per il fatto di presentarsi per prima nel mercato. La circostanza di presentarsi per primi nel mercato, secondo la Corte, è da considerare come un bene acquisito dall'impresa pioniera, un vantaggio competitivo rispetto a tutti gli altri concorrenti, la cui lesione da parte dei terzi deve essere risarcita.

Tale affermazione si presta ad una considerazione critica: la regola (dettata dal senso comune) secondo la quale *the first takes all*, a cui aderisce dogmaticamente la Corte d'Appello, non vale in tutti casi ed in tutti i mercati. Soprattutto nei mercati caratterizzati da un alto tasso di innovazione tecnologica (quale quello dei servizi di telecomunicazioni) la regola dimostra serie contraddizioni. La storia

⁴⁴ Ordinanza Corte d'Appello Milano, 24 dicembre 1996, cit.

⁴⁵ Cfr. Corte di Cassazione, 19/12/1985, n. 6506, in Foro it., 1986, I, 383.

economica è, infatti, piena di esempi in cui i primi ad entrare in un mercato (*first-movers*) non hanno poi raggiunto i risultati economici sperati, così come ci sono molti esempi di mercati dove i *second-movers* o *fast followers* si sono imposti con successo nel mercato nel quale sono entrati solo in un secondo momento⁴⁶. Pertanto l'aderenza acritica della Corte alla regola che premierebbe il primo operatore economico per il semplice fatto di esserlo, andava quantomeno contestualizzata. La circostanza di essersi presentato per primo in un mercato, in altre parole, non andava risarcita, a nostro avviso, *ex se* ma doveva essere calibrata, nella misura del possibile, con le reali potenzialità di *Telsystem* di sfruttare quella posizione⁴⁷.

Per quanto riguarda, invece, la determinazione dell'entità del danno patrimoniale sofferto da *Telsystem*, la Corte ha riconosciuto di non disporre “*di elementi sufficienti per liquidare il danno, sul cui ammontare esiste una enorme diversità di valutazione tra le parti in causa*” e ha ritenuto opportuno emettere una pronuncia parziale sull'*an debeatur*, affidando, come ricordato poco sopra, ad un collegio di esperti la valutazione del *quantum*. Sulla base della relazione tecnica la Corte liquidò alla società tre miliardi e duecentocinquante milioni di Lire a titolo di risarcimento del danno. Tale somma, ai sensi dell'articolo 1223 c.c., teneva conto del danno emergente, del lucro cessante e degli interessi legali maturati dal di del dovuto. La Corte riconobbe che “*non sarebbe corretto, sul piano logico e su quello giuridico, escludere il danno da perdita di opportunità per il solo fatto che la liquidazione della società non le*

⁴⁶ Si prendano ad esempio, ma solo per citarne alcuni, i casi *Atari/Nintendo*; *Apple's Newton PDA/Palm Pilot PDA*, oppure *Charles Stack Online Bookstore/Amazon.com*. In dottrina cfr. GRANT, *Cases in Contemporary strategy analysis*. USA, UK, Australia, Germany, Blackwell, 2003; AGARWAL e GORT, *First-Mover Advantage and the Speed of the Competitive Entry 1887-1986*, *J. L. & Econ* 44 (2001) p. 161 ss.

⁴⁷ Si consideri che dalle risultanze istruttorie compiute dalla AGCM era emerso che la società *Telsystem* versava in gravi condizioni economiche già da prima che la condotta anticompetitiva dispiegasse i suoi effetti.

consentirebbe di sfruttare quella opportunità”. Con la conseguenza che *“l’opportunità in questione – e per essa il credito risarcito conseguente alla sua lesione - i sia convertita da elemento di un’azienda finalizzata alla produzione di profitti in elemento aziendale di una società in liquidazione”*⁴⁸.

In casi come quello testé descritto, in cui un concorrente è costretto ad uscire dal mercato – e a maggior ragione quando non ha potuto nemmeno iniziare la propria attività a causa dell’illecita ostruzione degli *incumbents* – anche gli investimenti specifici sostenuti (pubblicità, impianti produttivi specifici, attività di ricerca e sviluppo, etc.) dovrebbero essere considerati dalla Corte ai fini della liquidazione del danno antitrust⁴⁹.

La seconda pronuncia avente ad oggetto una richiesta di risarcimento del danno antitrust promossa da un concorrente è del gennaio 2003 (caso *Albacom*) deciso dalla Corte d’Appello di Roma⁵⁰.

Anche questo è un caso *follow-on* e riguarda un’ipotesi di abuso di posizione dominante nel mercato dei servizi di telecomunicazione liberalizzati (ed in particolare nel mercato della fornitura di servizi di connettività su base locale e nei mercati, a valle, dei servizi di trasmissione dati e a valore aggiunto nonché quello dei servizi di accesso a Internet)⁵¹.

La società attrice *Albacom SpA*, attiva nel settore delle telecomunicazioni, conveniva in giudizio la società *Telecom Italia*

⁴⁸ Ordinanza Corte d’Appello Milano, 24 dicembre 1996, cit.

⁴⁹ Cfr. HOVENKAMP, *Federal Antitrust Policy: the Law of Competition and its Practice*, West Group, 1994, pag. 20. L’individuazione di un sicuro nesso causale tra gli investimenti mancati e/o persi dal concorrente escluso dal mercato e la condotta anticompetitiva mette a dura prova anche gli economisti: cfr. PAGE, *Optimal Antitrust Penalties and Competitors’ Injury* (1990) 88, *Mich.L.Rev.* 2151; PAGE, *The Scope of Liability for Antitrust Violations*, (1985) 37 *Stanford L.Rev.*, 1445.

⁵⁰ App. Roma, 20 gennaio 2003, in *Foro it.*, 9, 2003, I, 2474.

⁵¹ Provvedimento AGCM n. 9472 del 27 aprile 2001, in *Bollettino* n. 16-17/2001.

SpA, lamentando una violazione dell'articolo 3 della Legge 287/90 consistente nell'impedire, in vari modi, l'accesso di questa al mercato.

La condotta dell'impresa dominante era stata oggetto di un'indagine da parte dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato. Nel 2001, al termine dell'istruttoria l'Autorità aveva accertato la violazione delle regole nazionali di concorrenza e condannato *Telecom Italia SpA*, in ragione della gravità dell'infrazione, al pagamento di una sanzione amministrativa pecuniaria⁵². Stando alle argomentazioni della Corte d'Appello di Roma, che richiamano espressamente il ragionamento giuridico e l'accertamento fattuale condotto dall'AGCM, la condotta anticompetitiva si era concretizzata nell'esclusione dei concorrenti dal mercato dei servizi di trasmissione dati mediante le tecnologie *x Dsl* e *x Sdh*⁵³.

Per quanto riguarda l'individuazione del danno patrimoniale subito da *Albacom*, la Corte d'Appello riconosce il danno consistente nell'esclusione dal mercato (nell'arco temporale costituito dagli ultimi mesi del 1999 e dal 2000) sottoforma di lucro cessante, ma non riconosce il danno derivato dalla supposta perdita di reputazione commerciale⁵⁴.

Secondo la corte, infatti, il danno “*che appare evidenziabile e calcolabile è soltanto il mancato utile conseguente all'esclusione dal mercato*”⁵⁵. Il danno per perdita dei ricavi potenziali per clientela non raggiunta - “*da calcolarsi in relazione al valore dell'azienda [...] nella sua interezza per perdita delle sue chances e performances*” - è ritenuto dalla Corte di difficile identificazione ed

⁵² Provvedimento AGCM n. 9472, cit., par. 13 e lettere e), f), g).

⁵³ Cfr. App. Roma, 20 gennaio 2003, cit. Le tecnologie *x Dsl* e *x Sdh* consentono la trasmissione dei dati attraverso la rete Internet.

⁵⁴ Cfr. App. Roma, cit., e Provvedimento AGCM n. 9472, cit., par. 138, 139 e 140.

⁵⁵ App. Roma, 20 gennaio 2003, cit.

enucleazione “*data la molteplicità delle componenti economiche ed occasionali incidenti sulla crescita di un’azienda*”.

Ma non è solo la difficoltà intrinseca alla quantificazione del danno a far propendere la Corte verso l’irrisarcibilità di questa voce di danno, quanto piuttosto la circostanza fondamentale che il danno “*non è affatto provato, né è evidente*”⁵⁶. La Corte d’Appello di Roma, ha rilevato, infatti, che nel corso del giudizio, la stessa *Albacom*, nel contrastare l’obiezione di *Telecom Italia* circa la non prontezza tecnica e commerciale ad entrare nel mercato, aveva evidenziato una sua crescita nel mercato a partire dal 2001 - anno successivo all’inizio dell’abuso di *Telecom Italia* - “*con ritmi [...] del tutto ottimali*”⁵⁷.

Anche per quanto riguarda la quantificazione del danno la Corte si appoggiò al Provvedimento dell’AGCM. L’Autorità, aveva infatti accertato, sulla base della documentazione acquisita in istruttoria, che *Telecom Italia* deteneva nel 1999 una quota in valore del mercato dei servizi di trasmissione dati pari al 65%, mentre *Albacom* deteneva nello stesso anno una quota pari al 15%.

Il danno fu calcolato dalla Corte mettendo in proporzione le quote di mercato detenute dalle parti rispetto al fatturato globale del mercato su cui venne successivamente determinato l’utile in via equitativa⁵⁸. In questo modo fu attribuito ad *Albacom* il 15% del fatturato globale del mercato sul quale venne calcolato l’utile.

La Corte ritenne “*equo*” l’utile stimato “*nel 10 per cento*”⁵⁹. Tale metodo di determinazione, per così dire *a tavolino*, seguito dal

⁵⁶ App. Roma, 20 gennaio 2003, cit.

⁵⁷ App. Roma, 20 gennaio 2003, cit.

⁵⁸ App. Roma, 20 gennaio 2003, cit.

⁵⁹ Il fatturato globale corrispondeva a Lire 169.561.110.000; il 15% era pari a Lire 25.434.150.000. Si consideri che, secondo quanto riportato dalla Corte d’Appello nella sentenza, l’Autorità Garante delle Telecomunicazioni, nella disamina delle offerte di *Telecom Italia* ai concorrenti aveva “*individuato in capo alla stessa una remunerazione del capitale di oltre il 12% che si ritiene ridurre per parte istante nella misura detta trattandosi di imprese agenti innovativamente nel mercato e*

giudice attraverso l'applicazione di criteri di equità, appare quantomeno pericoloso per la tenuta del mercato concorrenziale e del suo assetto liberale.

La remunerazione del capitale dipende, come è noto, da molti fattori alcuni dei quali sono connessi direttamente con la violazione delle regole di concorrenza (tipicamente le rendite monopolistiche) ma alcune sono totalmente slegate ed indipendenti da quella⁶⁰. Prendere un parametro così intimamente legato alla struttura di un'impresa (che ha una determinata conformazione dei costi di gestione, una propria capacità di indebitamento, e così via) e trasferirlo su di un'altra con una struttura necessariamente ed intrinsecamente diversa, non appare il modo migliore per quantificare il danno antitrust in giudizio.

La terza pronuncia in materia di danno antitrust subito da un concorrente riguarda un caso *stand-alone* del luglio 2003 deciso dalla Corte d'Appello di Milano (*Bluvacanze*)⁶¹.

La pratica anticompetitiva denunciata dall'attore consisteva in un boicottaggio collettivo, un cartello con natura escludente, posto in essere da alcuni *tour operators* (in particolare *Ventaglio* e *Turisanda*) in violazione dell'articolo 2 Legge 287/90.

Il caso, pur avendo ad oggetto una violazione delle regole nazionali di concorrenza, venne risolto dalla Corte d'Appello di Milano attraverso il richiamo esplicito alla giurisprudenza comunitaria sia rispetto alla nozione di intesa sia, come vedremo, ai criteri per l'individuazione e per la quantificazione del danno

quindi con maggiori costi e quindi in Lire 2.543.415.000, importo che costituisce quindi la misura del danno".

⁶⁰ HALL & BRUMMER, *The Relationship Between the Market Value of a Company and Internal Performance Measurements*, disponibile su SSRN: <http://ssrn.com/abstract=141189>; BEGLEY & FELTHAM, *The Relation Between Market Values, Earnings Forecasts, and Reported Earnings*, Sauder School of Business Working Paper, disponibile su SSRN: <http://ssrn.com/abstract=242062>.

⁶¹ App. Milano, 11 luglio 2003, in *Foro it.*, 2004, I, 597.

patrimoniale subito dal concorrente⁶².

La società attrice *Bluvacanze SpA*, attiva nel settore della rivendita al dettaglio di viaggi organizzati, lamentava l'esistenza di un'intesa anticoncorrenziale praticata a suo danno da alcuni *tour operators* finalizzata ad escluderla dal mercato dei pacchetti di viaggio-soggiorno confezionati dagli stessi ed offerti al pubblico⁶³.

L'intesa, attuata attraverso un comportamento parallelo tenuto dalle società convenute (dalla fine di marzo 2001 al 20 giugno 2001) aveva portato all'interruzione dei rapporti commerciali tra le convenute e la *Bluvacanze*, attraverso la chiusura dei codici tramite i quali le agenzie di *Bluvacanze* erano abilitate a procedere alla prenotazione per via telematica dei pacchetti di viaggio dei *tour operators* collusi (codici di accesso)⁶⁴.

La società attrice chiedeva quindi alla Corte d'Appello di Milano l'accertamento della sussistenza di un'intesa illecita intercorrente tra le società convenute, la dichiarazione di nullità dell'accordo, l'inibitoria dei comportamenti escludenti concordati, nonché, aspetto che in questa sede più interessa, la condanna al

⁶² Per quanto riguarda la nozione di intesa, la Corte d'Appello di Milano ha richiamato le sentenze della Corte di giustizia nella causa 48/69, *Imperial Chemical Industries Ltd/Commissione* del 14 luglio 1972 e la più recente sentenza nella causa C-199/92 P, *HULS AG/Commissione*, dell'8 luglio 1999.

⁶³ La Corte d'Appello di Milano ha definito "nazionale" il mercato geografico rilevante, "posto che in esso operano sia *Bluvacanze* (che afferma, senza essere smentita, di avere agenzie su tutto il territorio nazionale) sia le società convenute, che sono tra i più noti ed importanti *tour operators* italiani"; il mercato del prodotto è stato individuato nei "pacchetti di viaggio-soggiorno confezionati dai *tour operators* ed offerti al pubblico o direttamente dalle agenzie degli stessi o tramite le numerose agenzie di viaggio esistenti sul mercato", App. Milano, 11 luglio 2003, cit.

⁶⁴ Si tenga presente che il meccanismo dei codici d'accesso consente all'Agenzia di viaggi di porsi come intermediario fra i clienti finali ed i *tour operators* nell'attività di vendita ai primi dei pacchetti di viaggio-soggiorno organizzati dai secondi. Secondo quanto emerso nel corso del giudizio, tale meccanismo sarebbe l'unico possibile per espletare l'attività di intermediazione. Ne consegue che la chiusura dei codici equivaleva ad escludere *Bluvacanze* dalla possibilità di accedere alla rete dei prodotti offerti delle società convenute. A differenza delle società sopra indicate, la *Alpitour*, pur avendo partecipato alla riunione si era poi dissociata - secondo l'assunto dell'attrice - dall'iniziativa di *Ventaglio, Turisanda e Hotelplan*.

risarcimento dei danni subiti⁶⁵.

In assenza di un precedente provvedimento dell'AGCM, la Corte, ai fini dell'accertamento della pratica illecita, della prova del danno patrimoniale (ed in particolare del lucro cessante) si avvale delle prove documentali dedotte dalla parti, ricorrendo anche alla prova per testimoni⁶⁶.

Per quanto riguarda la quantificazione del danno patrimoniale, la società attrice ricorreva alla prova documentale, rimettendo al giudizio equitativo della Corte la determinazione dell'ulteriore risarcimento del danno all'immagine⁶⁷.

Secondo la Corte d'Appello di Milano, ai fini del risarcimento del danno “[...] *conterebbe solo la circostanza che Bluvacanze, a causa del boicottaggio, ha realizzato utili inferiori di quelli che avrebbe potuto realizzare in sua assenza*”⁶⁸. Il problema restava, ovviamente, quello di determinare con esattezza questi utili.

⁶⁵ Si noti che la Corte d'Appello di Milano si era già occupata di una fattispecie riguardante un'intesa denunciata da un'impresa che assumeva di essere vittima di un comportamento escludente concordato ai suoi danni; Cfr. App. Milano 22 marzo 2000, *Tramaplast/Agriplast, Macplast, Sisac e Vittorplastic*.

⁶⁶ Confermando, espressamente, l'orientamento tracciato dalla stessa Corte d'Appello nel caso *Tramaplast e aa.*, cit.. In quel caso la Corte aveva affermato che “*per provare un'intesa è sufficiente la dimostrazione di un insieme di circostanze concordanti e concludenti, che depongano, sia pure con il meccanismo presuntivo, nel senso dell'esistenza di un concerto al fine di escludere dal mercato o impedire l'accesso al mercato di un'impresa concorrente [...]*”.

⁶⁷ Il danno all'immagine subito dall'attrice, il pregiudizio alla sua reputazione nel mercato, resta fuori dallo scopo e dall'analisi di questo lavoro. Per completezza si consideri che la Corte condannò le società convenute, in via solidale, al risarcimento del danno subito da *Bluvacanze*, nella misura di Euro 50.000, “*apparendo la cifra indicata, determinata in base ai valori monetari attuali, equo ristoro in relazione al danno all'immagine prodotto sul mercato ai danni dell'attrice, ed avendo come riferimento per la liquidazione la somma di Lire 100.000.000 che la stessa difesa de I viaggi del Ventaglio ha indicato come idonea a ristorare il danno che assumeva di aver subito in forza dell'esecuzione del provvedimento cautelare ottenuto da Bluvacanze*”. Cfr. Corte d'Appello Milano, sentenza del 11/07/2003, App. Milano, 11 luglio 2003, cit.

⁶⁸ App. Milano, 11 luglio 2003, cit.

La Corte, a tal fine, ritenne che la produzione in giudizio del bilancio avrebbe avuto un significato probatorio rilevante: *“l’analisi del bilancio, anche se non imprescindibile, avrebbe potuto essere utile per rappresentare il mancato guadagno lamentato da Bluvacanze”*. Nel caso in cui dall’analisi del bilancio *“la riduzione degli utili non fosse apparsa in modo manifesto, sarebbe stato onere di Bluvacanze indicare le ragioni per le quali le perdite degli utili relative ai pacchetti viaggi Ventaglio e Turisanda erano risultate nei fatti complessivamente compensate da altre iniziative”*. Pur non avendo la società *Bluvacanze* presentato in giudizio il proprio bilancio, tale circostanza, secondo la Corte, non le impedirebbe comunque di dimostrare i propri danni, anche se *“tale mancata produzione determina un motivo di incertezza circa i pretesi danni, incertezza che non gioca certo a favore di Bluvacanze nella complessiva valutazione che del danno questa corte è chiamata ad esprimere”*.

Il danno patrimoniale fu identificato, su suggerimento di parte attrice, attraverso la determinazione del valore medio mensile dei pacchetti di viaggio di *Ventaglio* e *Turisanda* venduti da *Bluvacanze* nell’anno anteriore al boicottaggio. Il risultato commerciale del mese di marzo 2000 fu confrontato con il valore medio mensile per lo stesso anno, individuando la crescita percentuale del valore dei pacchetti di viaggio *Ventaglio* venduti da *Bluvacanze* nella misura del 250%, e di pacchetti *Turisanda* nell’ordine del 146%. Le crescite percentuali così ottenute furono applicate al valore medio mensile dei pacchetti turistici venduti nel corso dei primi tre mesi del 2001, moltiplicato per tre (i tre mesi del boicottaggio)⁶⁹.

⁶⁹ App. Milano, 11 luglio 2003, cit. In base a questo calcolo i pacchetti turistici di *Ventaglio* e di *Turisanda* che sarebbero stati venduti ad aprile, maggio e giugno 2001 sarebbero stati rispettivamente pari a Lire 3.155.134.166 e a Lire 288.244.928.

La Corte ritenne che il criterio appena descritto fosse il più idoneo a rappresentare la proiezione più verosimile delle vendite che la società attrice avrebbe potuto effettivamente realizzare in assenza del boicottaggio e procedette, in assenza del bilancio, applicando i criteri “*solitamente utilizzati in casi simili*” facendo riferimento “*all’elaborazione giurisprudenziale formatasi in materia di concorrenza sleale o di usurpazione di segni distintivi o di privative industriali*”. Il che significava ricorrere al criterio presuntivo del mancato guadagno, mediante, cioè, “*la proiezione di dati registrati nel passato e che verosimilmente si sarebbero ripetuti nel periodo successivo*”, una sorta di *but for condition* all’italiana⁷⁰.

Si è già detto che la Corte condivise, in linea di principio, il criterio utilizzato da parte attrice per valutare il possibile fatturato che la società avrebbe potuto realizzare nei mesi di aprile, maggio, giugno 2001.

Tuttavia, la Corte in sede di liquidazione ritenne di non poter assolutamente condividere il computo finale fatto dalla difesa di parte attrice e decise di applicare le percentuali del 3,5% e del 3% ai fatturati sopra ipotizzati per determinare il probabile utile di *Bluvacanze* nei tre mesi di boicottaggio⁷¹.

Nella categoria delle azioni di danno antitrust del concorrente rientrano le richieste di risarcimento promosse dal colluso debole (vedi caso *Courage*) che lamenta di aver subito un danno a seguito della condotta anticompetitiva illecita a cui egli

⁷⁰ App. Milano, 11 luglio 2003, cit.

⁷¹ La Corte stimò il probabile utile di *Bluvacanze* per i tre mesi in questione pari a Lire 331.289.088 (Euro 171.096,54) per *I viaggi del Ventaglio* (Lire 3.155.134.166 x 3,5 per cento = Lire 110.429.696 x 3 mesi) e a Lire 25.942.044 (Euro 13.397,95) per *Turisanda* (Lire 288.244.928 x 3 per cento = Lire 8.647.348 x 3 mesi). Sulla somma totale fu liquidata la rivalutazione monetaria in base agli indici Istat del costo della vita dal 15 maggio 2001 (data intermedia per i tre mesi in cui il danno si è prodotto) alla data della pronuncia, e sulla somma rivalutata anno per anno gli interessi legali con la medesima decorrenza e fino al saldo.

stesso aveva partecipato. In Italia la questione è stata affrontata e risolta per la prima volta dalla Corte d'Appello di Torino nel caso *Juventus F.C. SpA* del 2000⁷², analizzato diffusamente, per i fini che in questa sede maggiormente rilevano, nel successivo paragrafo 4.

Accanto ai casi di azioni vittoriose di risarcimento del danno antitrust, illustrate fino a questo momento, la giurisprudenza italiana ha anche conosciuto casi nei quali l'attore ha adito la Corte per ottenere un provvedimento cautelare oppure la Corte non si è pronunciata sulla quantificazione del danno vuoi per la mancanza di alcuni requisiti processuali o per la mancanza degli estremi del comportamento anticompetitivo. Vale la pena in questa sede, ai fini di completezza, ricordare i casi *Unimare/Geasar* (1999), *Tramaplast Srl* (2000) e *Pagine Gialle* (2001)⁷³.

3. Il danno subito dal consumatore finale

I tribunali italiani, almeno fino al 2000, hanno conosciuto solo una domanda di risarcimento del danno antitrust promossa da un consumatore finale⁷⁴. La scarsissima invocazione in giudizio delle regole di concorrenza (sia nazionali che comunitarie) non è avvertita solo nel nostro Paese ma è un fenomeno comune alla maggior parte degli Stati Membri⁷⁵.

È opinione diffusa in ambito politico ed accademico, che il livello sub-ottimale nel quale versa l'applicazione privata delle

⁷² App. Torino, 6 luglio 2000, *Soc. Indaba Incentive co. c. Soc. Juventus F. C.*, in *Danno e resp.*, 2001, 46, con note di BASTIANON, ROSCIONI.

⁷³ Cfr. App. Milano, 22 marzo 2000 *Tramaplast - Agriplast*, in *Foro Pad.*, 2000, I, 353, con nota di DE TULLIO; App. Cagliari, 23 gennaio 1999, *Soc. Unimare c. Soc. Geasar*, in *Riv. giur. sarda*, 1999, 679, con nota di PIRAS e LOFFREDO; App. Torino, 7 agosto 2001, *Soc. Pagine Italia c. Soc. Telecom Italia*, in *Dir. ind.*, 2002, 261, con nota di PORTINCASA.

⁷⁴ Si tratta del caso *Montanari*, sentenza della Corte d'Appello di Genova, 20 ottobre 1995, confermata nel 1996 dalla Corte di Cassazione; si veda *infra*.

⁷⁵ Per una completa analisi in prospettiva comparata si rimanda a *Study on the conditions of claims for damages in case of infringement of EC competition rules*, 2004, cit.

regole di concorrenza in Europa, soprattutto per quanto riguarda le azioni promosse dai consumatori, rappresenta un costo sociale sopportato in maniera ingiusta ed inefficiente dall'intera collettività anche in termini di minore competitività ed innovazione⁷⁶.

Per questa ragione, ormai da alcuni anni, a livello comunitario si sta cercando di risolvere politicamente il problema della scarsa incisività delle regole antitrust nel mercato comune⁷⁷. Il dibattito politico è già abbastanza maturo, al punto che è attesa entro la fine del 2007 la pubblicazione di un Libro Bianco sul *private enforcement* delle regole di concorrenza. Allo stesso modo, la Corte di giustizia ha recentemente creato e consolidato in capo ad "ogni soggetto del mercato" il diritto ad ottenere il risarcimento del danno subito a seguito di una condotta anticompetitiva, proprio in nome di una maggiore effettività dell'applicazione delle regole di concorrenza⁷⁸.

Se, quindi, a livello comunitario, o almeno negli Stati Membri *with advanced national antitrust rules*, la scarsa invocazione in giudizio da parte dei privati delle regole di concorrenza era - ed è in parte - dovuta alla mancanza di adeguati incentivi strutturali, nell'ordinamento giuridico italiano tale effettività era resa difficile non solo dalle inadeguatezze - ancora presenti - del sistema operativo delle regole antitrust nazionali ma, soprattutto, da una compatta e

⁷⁶ Cfr. KROES, *Reinforcing the fight against cartels and developing private antitrust damage actions: two tools for a more competitive Europe*, Brussels Commission/IBA Joint Conference on EC Competition Policy, 2007, nota 5, dove si legge: "customers and consumers, the small businesses and individual citizens who foot much of the bill of illegal behaviour upstream".

⁷⁷ Un unico *fil rouge* lega l'emanazione del Regolamento n. 1/2003, l'attività di promozione di specifici programmi di formazione rivolti ai giudici nazionali aventi ad oggetto il diritto comunitario della concorrenza, lo studio comparato promosso dalla Commissione Europea sulle azioni di danno, nonché la già ricordata pubblicazione del Libro Verde e, nel giugno del 2006, le Osservazioni al Libro Verde stesso.

⁷⁸ Si vedano le sentenze della Corte di giustizia nei casi *Courage*, cit. e *Manfredi*, cit.

diffusa impostazione culturale secondo la quale la concorrenza nel mercato fosse da considerarsi *esclusivamente* un affare tra imprese⁷⁹.

Per queste ragioni, il risarcimento del danno antitrust subito dal consumatore finale era, *intra moenia*, praticamente sconosciuto nella pratica giudiziale⁸⁰, convinzione culturale espressa dalla stessa Cassazione nel caso *Montanari* del 1999 (vedi retro, cap. II, par. 6).

Solo recentemente la situazione è cambiata anche in Italia. La travagliata evoluzione della giurisprudenza della Suprema Corte di Cassazione sul punto è segnata dalle alterne fortune (giudiziarie) delle decine di domande di risarcimento del danno proposte in ordine sparso dai singoli consumatori-assicurati contro le rispettive compagnie d'assicurazione che parteciparono all'ormai famoso cartello *Rca*.

La vicenda, dal punto di vista giuridico, è di difficile ricostruzione soprattutto perché sulla questione si sono pronunciati, a vario titolo ed in momenti successivi, numerosissimi organi giurisdizionali nazionali e, in via pregiudiziale, anche la Corte di giustizia⁸¹.

⁷⁹ A proposito delle inadeguatezze dell'impianto processuale civile rispetto alle azioni di danno antitrust, si osservi che in alcuni Stati Membri i legislatori nazionali sono intervenuti di recente a modificare la legislazione nazionale in materia di concorrenza per renderla maggiormente compatibile con il sistema di *enforcement* comunitario.

⁸⁰ Nella sentenza *Unimare/Geasar* (1999), la Corte d'Appello di Cagliari aveva riconosciuto, seppure incidentalmente, che gli abusi di posizione dominante "*sono [...] da valutare discrezionalmente sulla base delle dimensioni del mercato, delle potenzialità delle imprese che vi operano e della reale importanza dell'abuso commesso, alla luce dell'obiettivo finale della tutela del consumatore*".

⁸¹ Sul caso *Rca*, si sono pronunciati, tra gli altri, anche vari Giudici di Pace: alcuni hanno negato la loro competenza a decidere la questione, altri invece hanno liquidato i danni ai consumatori-assicurati; si sono pronunciate anche varie Corti d'Appello che hanno negato la legittimazione attiva del consumatore-assicurato; la Corte di Cassazione si è pronunciata due volte: dapprima negando nettamente la legittimazione ad agire del consumatore finale ex legge 287/90 (sentenza del 2002) e poi riconoscendola (sentenza del 2005). Sul caso si è pronunciata anche la Corte di giustizia, in via pregiudiziale (2006), l'Autorità Garante della Concorrenza e Mercato (2000), il Tar Lazio (2001) ed il Consiglio di Stato (2002).

I fatti sono invece piuttosto semplici da ricordare: nel 2000, con provvedimento n. 8546, l'Autorità Garante della Concorrenza e Mercato aveva condannato le principali compagnie di assicurazione attive nel mercato italiano del ramo *Rca* per aver posto in essere, almeno tra il 1994 ed il 1999, un cartello illecito finalizzato a fissare il prezzo delle polizze d'assicurazione⁸².

Poco dopo la pubblicazione della decisione, grazie anche risonanza che la notizia ebbe nel nostro Paese, furono intentate, in ordine sparso, varie decine di azioni individuali di risarcimento del danno da parte dei consumatori-assicurati dinnanzi ai giudici nazionali competenti, individuati, in alcuni casi, senza tenere conto della riserva di competenza esclusiva della Corte d'Appello⁸³.

⁸² Decisione della Autorità Garante della Concorrenza e Mercato n. 8546, del 28 luglio 2000 in *Bollettino* n. 30/2000.

⁸³ Nel caso del cartello RCA, l'AGCM ha definito il mercato interessato dalla violazione delle regole di concorrenza come nazionale. Ai sensi dell'art. 33.2 della Legge 287/90 il legislatore italiano ha riservato alla Corte d'Appello competente per territorio, la competenza a conoscere le azioni fondate su una violazione della legge antitrust nazionale. Le azioni fondate su una violazione del diritto comunitario della concorrenza, in assenza di una esplicita previsione del legislatore, seguono le regole ordinarie in materia di riparto di competenza civile. Gran parte degli avvocati di parte attrice hanno incardinato le azioni di risarcimento del danno antitrust dinnanzi al Giudice di Pace credendo erroneamente che questi fosse competente secondo i criteri per valore, in questo caso derogati dalla legge antitrust. Alcuni giudici di Pace aditi hanno eccepito il difetto di competenza ed hanno declinato la questione. Altri Giudici di Pace, hanno, invece, deciso comunque; è stata poi la Corte di Cassazione ad annullare, successivamente, la loro sentenza. Per una ricostruzione dettagliata della vicenda si veda CARPAGNANO, *Private Enforcement of Competition Law Arrives in Italy*, cit. ed anche DELLI PRISCOLI, *Equilibrio del mercato ed equilibrio del contratto*, in *Giur. comm.*, 2006, II, 256. Doverose sono inoltre le letture di PARDOLESI, *Cartello e contratti dei consumatori: da Leibniz a Sansone*, in *Foro it.*, 2004, I, 469; PALMIERI e PARDOLESI, *L'antitrust per il benessere (e il risarcimento del danno) dei consumatori*, *ibid.*, 2005, I, 1015. In particolare sulla questione della configurabilità dell'azione del risarcimento del danno nell'ordinamento italiano si veda: SCODITTI, *Il consumatore e l'antitrust*, *ibid.*, 2003, I, 1127; BASTIANON, *Antitrust e tutela civilistica: anno zero*, in *Danno e resp.*, 2003, 393; CALVO, *Diritto antitrust e contratti esecutivi dell'intesa vietata (contributo allo studio dei Folgeverträge)*, in *I Contratti*, 2005, 181; CASTRONOVO, *Antitrust e abuso di responsabilità civile*, in *Danno e resp.*, 2004, 469; COLANGELO, *Intese restrittive e legittimazione dei consumatori finali*, in *Dir. ind.*, 2003, 175; LIBERTINI, *Ancora sui rimedi civili conseguenti a violazioni di norme antitrust*, in *Danno e resp.*, 2004,

È stata la forza di questa marea di azioni civili, unitamente ad una maggiore presa di coscienza da parte della Corte di Cassazione dell'isolamento nel quale era confinato l'ordinamento giuridico italiano in materia di risarcimento del danno antitrust nel panorama comunitario, a scardinare, letteralmente, la giurisprudenza della Suprema Corte, spingendola a riconoscere la legittimazione attiva ex articolo 33.2 della legge antitrust *anche* ai consumatori finali⁸⁴.

L'ultima pronuncia della Cassazione sul cartello *Rca* è del 2 febbraio 2007⁸⁵, nella quale la Corte ripercorre criticamente la propria giurisprudenza in tema di legittimazione attiva del consumatore *ex lege* antitrust, consolida “il ripensamento” del 2005, riconcilia “definitivamente” il tormentato rapporto del nostro ordinamento giuridico antitrust con i consumatori finali e mette, allo stesso tempo, una “*pietra*” sull'effettività delle regole di concorrenza e alla tutela dei consumatori nell'antitrust nostrano⁸⁶.

Sotto il profilo dell'individuazione del danno e della sua quantificazione in giudizio, la sentenza della Corte di Cassazione del 2007, sembra offrire alcuni spunti di riflessione interessanti. Occorre, però, analizzare preliminarmente le ipotesi di danno sofferto dal consumatore da una prospettiva più ampia rispetto a quella offerta dal cartello *Rca*.

In che cosa consiste, nel caso dei consumatori, il danno antitrust e quali sono i criteri per la sua determinazione?

933; NEGRI, *Risarcimento del danno da illecito antitrust e foro per la tutela del consumatore (la Cassazione non delega i dubbi nella vicenda RC auto)*, in *Corr. giur.*, 2003, 747.

⁸⁴ Cass. civ., Sez. Un., 4 febbraio 2005, n. 2207, *Unipol*, in *Foro it.*, 2005, I, 1014.

⁸⁵ Cass. civ., 2 febbraio 2007, n. 2305, in *Foro it.*, 2007, I, 1097-1106.

⁸⁶ Cfr. CARPAGNANO, *Una pietra sopra. Commento alla sentenza della Corte di Cassazione n. 2305/07*, in *Danno e resp.*, 2007, n. 7, pagg. 769-777.

Il fatto che il consumatore sia una vittima predestinata⁸⁷ degli illeciti anticompetitivi è dovuto, come ricordavamo all'inizio del primo paragrafo, alla struttura stessa del mercato concorrenziale. Il consumatore finale, trovandosi per definizione all'ultimo estremo della catena del valore, risente in varia misura delle illecite distorsioni della concorrenza che avvengono, con diversa intensità, nel mercato. Inutile dire che il consumatore finale beneficerà degli effetti positivi, ovvero della concorrenza effettiva, che dovesse dispiegarsi in un dato mercato o, più in generale, ai livelli superiori della catena del valore. Infatti, in un mercato perfettamente concorrenziale, un operatore economico (per definizione, privo di potere di mercato ed incapace di incidere sui prezzi) si trova a vendere i propri beni/servizi al loro costo marginale. In un regime di monopolio, invece, – o in presenza di un accordo di cartello - l'operatore economico può (per definizione) vendere i propri beni/servizi ad un prezzo superiore al loro costo marginale.

La differenza tra un regime di concorrenza ed un regime di monopolio, per quello che rileva in questa sede, sta nel fatto che il prezzo del bene/servizio che il consumatore si trova a pagare è, in presenza di un monopolio o di un accordo di cartello, maggiore del costo marginale di quel bene/servizio.

Tale circostanza ha almeno due conseguenze dirette: una riguarda i clienti del monopolista (o dei cartellisti), l'altra riguarda l'intera società. Il prezzo anticompetitivo crea un danno al cliente del monopolista in termini di ricchezza perché questi, a differenza del cliente dell'operatore in concorrenza, paga sempre un prezzo superiore al costo marginale del bene/servizio. Dopo l'acquisto, il cliente del monopolista avrà meno reddito disponibile rispetto a

⁸⁷ Anche la Corte di Cassazione (vedi entrambe le citate sentenze del 2005 e del 2007) ha riconosciuto che l'illecito antitrust ha come vittima predestinata il consumatore finale.

quello che avrebbe avuto se avesse acquistato quel bene/servizio in un regime di concorrenza effettiva.

Attraverso l'illecito antitrust, il monopolista (o i membri del cartello illecito) sottraggono al consumatore finale una porzione del suo reddito; tale usurpazione non rappresenta però un costo sociale quanto, piuttosto, un trasferimento di ricchezza all'interno della società (dal consumatore al produttore). Tale redistribuzione non viola, ovviamente, le regole di diritto privato, le quali, come è noto, non si occupano di distribuzione della ricchezza, quanto piuttosto, della massimizzazione della ricchezza complessiva della società⁸⁸.

Per questa ragione, il danno alla società creato dal comportamento anticompetitivo consiste nella riduzione artificiale dei livelli di produzione e della qualità dei beni/servizi immessi nel mercato. Tale riduzione è imputabile al fatto che, per aumentare i prezzi dei beni/servizi al di sopra del loro costo marginale, il monopolista ed i cartellisti normalmente tendono a ridurre la quantità di produzione. Ne consegue che, tale quantità, in un regime di monopolio (o di cartello), è di solito inferiore a quella che si sarebbe registrata in un regime di concorrenza effettiva. La stessa riduzione si registra, in assenza della pressione concorrenziale, anche rispetto alla qualità dei beni, al loro grado di innovazione, alla loro varietà etc.

Queste perdite di efficienza vengono definite nella letteratura economica *deadweight loss* e rappresentano un costo sociale, il vero danno antitrust.

⁸⁸ Cfr. ALFARO (2007), cit., pag. 8. Si veda anche WEISBACH, *Should Legal Rules Be Used To Redistribute Income?*, *University of Chicago Law Review*, 2003, 70, 439. Alcuni autori, invece, considerano tale trasferimento come un vero e proprio costo sociale. Uno spreco di risorse, finalizzato al *rent seeking*, ovvero quel denaro che il monopolista o l'aspirante monopolista spende (in maniera inefficiente) per mantenere o creare una situazione di monopolio a suo vantaggio. Cfr. POSNER, *Antitrust Law: An Economic Perspective*, *University of Chicago Press*, 1976, p. 11, TULLOCK, *The Welfare Costs of Tariffs, Monopolies and Theft*, (1967) 5 *W. Econ. J.* 224, at p. 231.

In che cosa consiste il danno sofferto dal consumatore che ha acquistato un bene/servizio ad un prezzo artificialmente maggiorato?

Avrà egli diritto ad ottenere il rimborso dell'ammontare del *surplus* di cui è stato usurpato a seguito dell'illecito antitrust?

Cosa si deve risarcire: il trasferimento di ricchezza o la perdita di efficienza?⁸⁹.

Ci sono poi le situazioni di confine dove il concorrente con un certo potere di mercato pratica prezzi predatori (prezzi finali al disotto del costo marginale) per poi recuperare le perdite (vendendo il prodotto/servizio al di sopra del costo marginale) una volta che il concorrente sia uscito dal mercato estenuato dalla politica predatoria⁹⁰.

In queste circostanze però la difficoltà dell'interprete risiede innanzitutto nell'analisi prognostica finalizzata a capire con un certa esattezza se le pratiche che appaiono predatorie siano destinate realmente a esplicitare una finalità anticompetitiva perchè assolutamente dirette a trasformarsi in prezzi monopolistici una volta che la pressione concorrenziale sarà stata artificialmente diminuita (una volta cioè che siano uscite dal mercato le imprese concorrenti o che i concorrenti potenziali abbiano rinunciato, per il momento, ad entrarvi).

Nel breve periodo, è piuttosto difficile ravvisare un danno patrimoniale sofferto dai consumatori i quali, al contrario, si beneficiano di un prezzo più basso non solo del prezzo concorrenziale ma addirittura del costo marginale di quel bene

⁸⁹ Si veda la soluzione del Giudice Holmes nel caso *Chattanooga Foundry & Pipe Works v. City of Atlanta*, 203 U.S. 390,396 (1906).

⁹⁰ A tal proposito, la giurisprudenza delle Corti comunitarie, ritiene che, da un lato, prezzi inferiori alla media dei costi variabili permettono di presumere il carattere eliminatorio di una pratica di prezzi e che, dall'altro, prezzi inferiori alla media dei costi totali ma superiori alla media dei costi variabili, sono da considerarsi abusivi allorché sono fissati nell'ambito di un disegno inteso a eliminare un concorrente. Si veda da ultimo, la sentenza del Tribunale di Primo Grado nella causa *T-340/03, France Télécom SA / Commissione delle Comunità europee* del 30 gennaio 2007.

/servizio. È chiaro che se in un secondo momento saranno costretti a dover pagare un prezzo artificialmente più alto, in questo sovrapprezzo illecito si anniderà il danno antitrust⁹¹.

La mancanza di pronunce dei tribunali italiani sulla quantificazione del danno antitrust subito dal consumatore in ipotesi complesse (accordi aventi ad oggetto la riduzione delle quote di produzione, pratiche predatorie escludenti, danni passati solo in parte eccetera) lascia aperta, per il momento, ogni possibilità ricostruttiva.

Come abbiamo anticipato, la pronuncia della Cassazione del 2007, letta alla luce della sentenza delle Sezioni Unite del 2005, offre alcune scarse indicazioni di carattere generale rispetto ai criteri per quantificare in giudizio il danno antitrust subito dal consumatore finale.

Si consideri, però, che il caso *Rca*, nonostante i suoi travagliati risvolti processuali a cui abbiamo brevemente accennato, se guardato dalla prospettiva del diritto antitrust è stato un caso piuttosto semplice da risolvere. La sua natura *follow-on* ha, nei fatti, semplificato di gran lunga il lavoro degli attori e dei giudici sia per quanto riguarda la dimostrazione dell'esistenza della pratica anticompetitiva illecita (e dei suoi effetti nel mercato) sia per quanto riguarda la determinazione del danno sofferto.

Inoltre, il fatto che la domanda fosse anelastica (a causa dell'obbligatorietà della sottoscrizione della polizza *Rca*) ha eliminato il problema dell'identificazione del danno subito da chi ha rinunciato a comprare a causa del prezzo troppo alto o ha comprato ma in minore quantità.

Per quanto riguarda la natura *follow-on*, le corti adite si sono richiamate, più o meno integralmente, alle conclusioni dell'AGCM ed all'attività istruttoria da questa compiuta.

⁹¹ Si rimanda alle considerazioni svolte a proposito dei prezzi predatorie nel paragrafo n. 2.

Per quanto riguarda, invece, la determinazione del danno subito dai consumatori finali, le corti adite, e da ultima la Corte d'Appello di Napoli, si sono limitate a riconoscere che il danno del consumatore finale corrispondeva alla *“differenza tra la somma pagata per la polizza assicurativa ed il prezzo immune dalle alterazioni derivanti dall'intesa”*⁹².

Al momento però di determinare il prezzo di mercato, il prezzo cioè immune dall'illecito antitrust, da sottrarre al prezzo effettivamente pagato per ottenere la vera entità dell'illecito anticompetitivo nella singola relazione, le corti si sono rifugiate nel sicuro porto dell'equità: *“l'impossibilità di provare il danno o, comunque la notevole difficoltà di una sua precisa quantificazione impone l'utilizzo di criteri equitativi [...] e nella fattispecie, è equo determinarlo nella misura del 20% del premio di polizza pagato dall'assicurata”*.

L'identificazione del danno nel *“venti per cento”* del costo totale del premio versato è un motivo ricorrente nelle sentenze dei giudici nazionali che si sono pronunciati a favore del consumatore finale in una azione civile riconducibile al caso RCA ed ha origine nel Provvedimento dell'AGCM.

La Corte di Cassazione ha identificato il danno nel maggior esborso a carico della vittima dell'illecito antitrust e lo qualifica come una *“perdita di chance”*, come *“la perdita della possibilità di ottenere migliori condizioni di polizza, che sarebbero state disponibili nel mercato se la concorrenza non fosse stata illecitamente falsata o eliminata”*⁹³. Per dimostrare l'entità del danno subito il giudice adito dovrà, secondo la Corte, *“accertare gli effetti che l'intesa ha svolto sull'aumento dei prezzi nel mercato [...] ed in particolare sullo specifico premio pagato”*. Per far ciò potrà

⁹² App. Napoli, 3 maggio 2005, in *Foro it.*, 2005, I, 1880, con nota di PALMIERI.

⁹³ Cass. civ., n. 2305/07, cit.

avvalersi di tutti gli strumenti offerti dal rito civile e dunque anche della Consulenza tecnica.

Rispetto al *quantum*, anche la Corte di Cassazione ha riconosciuto l'impossibilità "o comunque l'elevata difficoltà della determinazione del danno nel suo preciso ammontare" ed avalla la scelta della Corte d'Appello di Napoli di procedere alla liquidazione equitativa del danno sottoforma di percentuale del premio effettivamente pagato. Unico difetto del giudice d'appello di Napoli, a detta della Cassazione, non sta nel non aver disposto d'ufficio una CTU per quantificare un danno patrimoniale che si sapeva essere di difficile quantificazione (aspetto che comunque viene sottolineato dalla Corte), ma nell'aver calcolato la percentuale del venti per cento "sul premio lordo, ossia comprensivo di imposte ed oneri vari [...] mentre avrebbe dovuto essere calcolata sul premio netto [...]"⁹⁴.

Non v'è dubbio che il risarcimento del danno antitrust debba avere, nel nostro ordinamento giuridico, una funzione compensativa e che la sua liquidazione deve essere retta, come affermato di recente anche dalla Corte di giustizia, dal *damnum emergens*, dal *lucrum cessans* e dagli interessi maturati.

È anche vero però, come afferma la Corte di giustizia, che si deve evitare di concedere, grazie alle strette regole del risarcimento del danno, un ingiusto arricchimento del danneggiante ottenuto disseminando piccoli danni patrimoniali su una vastissima e disaggregata platea di danneggiati⁹⁵. Il versante italiano del caso *Manfredi* sembra aderire meglio all'orientamento tracciato dalla Corte di giustizia nella pronuncia pregiudiziale.

⁹⁴ Cass. civ., n. 2305/07, cit.

⁹⁵ Sulla base di queste considerazioni di politica del diritto potrebbe trovare spazio una previsione di danno in *duplum* così come proposta dalla Commissione Europea nel *Green Paper*, cit. Cfr. PARLAMENTO EUROPEO, *Report on the Green Paper on Damages actions for breach of the EC antitrust rules*, cit., punto 15, pag. 7.

Il Giudice di Pace di Bitonto, infatti, al momento di liquidare il danno patrimoniale alla vittima dell'illecito antitrust è ricorso alla formula – come abbiamo visto usatissima nelle pronunce di danno nei casi *Rca* – in virtù della quale *“l'intesa anticoncorrenziale ha consentito ai partecipi [...] di praticare un aumento medio dei premi pari al 20% annuo”*⁹⁶.

Il Giudice, però, si è spinto oltre la linea tracciata dalla Corte di Cassazione e, facendo perno sulla notazione della Corte di giustizia in merito all'estraneità rispetto al diritto comunitario dell'arricchimento senza giusta causa dei danneggianti antitrust, ha stabilito, secondo equità, che *“alla parte attrice deve essere riconosciuta, a titolo di risarcimento danni, una somma di denaro tale da avere anche l'effetto deterrente nei confronti della parte convenuta e di terzi dal porre in essere altre intese o pratiche concordate come quella sanzionata dall'AGCM”*⁹⁷. Secondo il Giudice di Pace, *“se il risarcimento dei danni fosse ancorato ai canoni generali [...] il principio di effettività del diritto comunitario ne risulterebbe gravemente compromesso, in quanto l'autore dell'illecito, con altissimo grado di probabilità, continuerebbe comunque a trarne profitto”*⁹⁸.

Sulla base di tali considerazioni *“il danno da liquidarsi deve essere di entità tale da render certo l'annullamento di qualsiasi vantaggio economico tratto da una pratica [...] vietata dall'articolo 81 CE”*⁹⁹. Il Giudice di Pace ha quindi liquidato *“un danno nella misura del doppio rispetto all'ammontare dei premi esatti dalla convenuta in esecuzione dell'intesa anticoncorrenziale”*¹⁰⁰.

⁹⁶ Cfr. Giudice di Pace di Bitonto, 21 maggio 2007, cit.

⁹⁷ Cfr. Giudice di Pace di Bitonto, cit.

⁹⁸ Cfr. Giudice di Pace di Bitonto, cit.

⁹⁹ Cfr. Giudice di Pace di Bitonto, cit.

¹⁰⁰ Cfr. Giudice di Pace di Bitonto, cit.

4. Il problema della traslazione del danno (*passing-on*)

Il fenomeno del *passing on* è direttamente imputabile alla struttura del mercato concorrenziale. Le varie relazioni verticali che legano il processo produttivo a quello distributivo e che permettono alle imprese di raggiungere il consumatore finale, sono intimamente collegate tra loro e, con diversa intensità, anche ai livelli superiori.

Di conseguenza ciò che avviene al livello superiore della catena del valore tende a ripercuotersi sul livello successivo attraverso una sequenza che fluisce dall'alto verso il basso e con una intensità variabile in funzione della pressione concorrenziale.

È proprio per il verificarsi di questo fenomeno che il mercato concorrenziale beneficia i consumatori finali: i prezzi minori, le migliori qualità dei beni/servizi ed il maggiore tasso di innovazione di un mercato specifico, beneficiano i consumatori (e la società in generale, in termini di efficienza) semplicemente perché tali effetti sono determinati dalla concorrenza ai livelli superiori, riversandosi, successivamente, nel mercato finale.

Gli effetti benefici del processo concorrenziale passano quindi da un livello all'altro della catena del valore come una cascata. Con altrettanta impetuosità passano lungo la catena del valore, dall'alto verso il basso, anche gli effetti dannosi, le illecite distorsioni della concorrenza e, dunque, i sovrapprezzi, le minori produzioni, le inefficienze e così via.

Il *pass-on* deve intendersi, pertanto, come un fenomeno neutro, che, *nel bene e nel male*, si verifica in tutte le economie di mercato.

Il fenomeno è spesso rilevante anche in altri settori del diritto della concorrenza (si pensi al controllo delle concentrazioni) ed è conosciuto anche in altre aree del diritto (ad esempio nel diritto tributario). Si potrebbe affermare che le stesse regole giuridiche, nel momento della loro applicazione tra i consociati ed a seconda della

loro maggiore o minore efficienza, scatenano, anch'esse, un effetto *pass-on* nella società¹⁰¹.

La valutazione del fenomeno, come si può intuire, è spesso estremamente complessa anche perché nella pratica, non tutti i soggetti che si avvicendano lungo la catena del valore riescono a trasferire integralmente il danno al livello successivo; alcuni, ad esempio, riescono a trasferirlo solo in parte assorbendone il restante.

L'abilità di trasferire un danno patrimoniale al livello successivo si misura in funzione della struttura del mercato; essa dipenderà dall'elasticità della domanda e dell'offerta, dal lasso di tempo durante il quale il sovrapprezzo illecito viene praticato (allo stadio superiore) e dalla effettiva sostituibilità del bene intermedio a cui il sovrapprezzo (o la infraproduzione) si riferisce.

Si consideri, infatti, che in un mercato concorrenziale la reazione tipica degli operatori economici a fronte di un incremento del prezzo di un bene intermedio (ad. esempio di una materia prima) consiste nel cercare immediatamente un prodotto sostitutivo (il cui prezzo non è nel frattempo aumentato) del bene impiegato nella produzione. Il produttore, cioè cerca in primo luogo di evitare il maggior costo semplicemente non sostenendolo e ricorrendo ad un sostitutivo *low cost*.

Se la sostituzione di quel bene intermedio è possibile in tempi rapidi, il sovrapprezzo trasmesso ai consumatori sarà inesistente o, tutt'al più, impercettibile¹⁰².

¹⁰¹ I consociati tendono, più o meno consapevolmente, a passarsi l'un l'altro gli effetti negativi/positivi delle norme giuridiche. Per comprendere meglio tale fenomeno, si rivelano utili gli studi di AKERMAN sulla capacità del venditore di traslare i costi derivanti da una norma giuridica in materia di compravendite di immobili; cfr. AKERMAN, *Regulating Slum Housing Markets on Behalf of the Poor: Of Housing Codes, Housing Subsidies and Income Redistribution Policy*, 80 *Yale Law Review* 1093 (1971).

¹⁰² Il che ovviamente, non intacca il valore giuridico e la fondatezza (qualora sussista un nesso di causalità) delle pretese risarcitorie del danneggiato.

Se invece il bene si rivela difficilmente sostituibile, il sovrapprezzo illecito si materializzerà in buona parte nei costi di produzione del prodotto finale e, pertanto, sarà facilmente (in tutto i in gran parte) trasmesso ai consumatori finali¹⁰³.

In un mercato monopolistico, invece, l'incremento del prezzo non sarà mai uguale all'incremento del costo, per la semplice ragione che il monopolista non è, per definizione, un *price taker* ma tende a fissare il prezzo e la quantità di produzione esattamente dove la sua curva di costo marginale intercetta i suoi ricavi marginali.

Di conseguenza, in un mercato monopolistico i consumatori finali non sopporteranno integralmente il sovrapprezzo illecito ma ne sopporteranno solo una parte¹⁰⁴.

Da una prospettiva giuridica, il fenomeno assume, come si intuisce, una grande rilevanza, sia dal punto di vista processuale (identificazione dei legittimati attivi e passivi) sia sostanziale (individuazione e quantificazione del danno antitrust).

La *passing-on defence* è spesso utilizzata dal convenuto per contrastare la tesi dell'attore. Infatti, se il convenuto riesce a dimostrare che il danno patrimoniale lamentato dall'attore è stato in realtà interamente trasferito al livello sottostante, questi perderà la legittimazione attiva, non avendo di fatto subito alcun danno.

D'altra parte, se il danno è stato interamente o parzialmente trasferito al livello successivo, si aprirà la strada della legittimazione attiva ai danneggiati del livello sottostante.

L'utilizzo dell'argomentazione della traslazione del danno può avere anche una connotazione non difensiva e servire all'attore danneggiato per chiedere in giudizio il risarcimento dei danni che

¹⁰³ Cfr. COOTER, *Passing On The Monopoly Overcharge: A Further Comment On Economic Theory*, *U.Pa.L.Rev.*, 1981, 1531.

¹⁰⁴ Si omette in questa sede la lunga dimostrazione matematica degli enunciati sopra riportati, si rinvia a tal proposito al lavoro di VARIAN, *Intermediate Microeconomics: A Modern Approach*, Norton, 1999.

l'operatore intermedio gli ha procurato attraverso il trasferimento del danno patrimoniale (*offensive passing on*).

La questione relativa al “*danno traslato*” è stata risolta dalla Corte Suprema degli Stati Uniti d’America in un modo estremamente pragmatico (almeno per quanto riguarda le controversie antitrust federali)¹⁰⁵. Al fine di ridurre le varie difficoltà pratiche connesse alla ricostruzione in giudizio dell’entità del danno “*traslato*”, viene, da un lato, negata all’*indirect purchaser* la legittimazione attiva ad agire in giudizio per ottenere il risarcimento del danno; dall’altro lato solo il *direct purchaser* potrà chiedere il risarcimento - *in triplum* - del danno sofferto anche se poi questi lo ha interamente trasferito al livello sottostante (la regola è stata elaborata nei casi *Hanover Shoe Co.* del 1968 e *Illinois Brick Co.* del 1977)¹⁰⁶.

La regola disattiva l’uso difensivo ed offensivo dell’argomento del *pass-on*, principalmente per scongiurare una *over deterrence*, negando, però, l’azione di risarcimento del danno a chi effettivamente ha subito, anche solo parzialmente, un danno antitrust (di solito l’*indirect purchaser* ed il consumatore finale).

È stato sostenuto in dottrina che tale regola, in fondo, incentivi addirittura la collusione tra l’acquirente diretto (unico soggetto legittimato a citare in causa il cartellista o il monopolizzatore), e lo stesso cartellista/monopolizzatore. Questi, infatti, potrebbe avrebbe l’interesse a “comprare” il silenzio dell’unico legittimato all’azione attraverso una spartizione delle rendite illecite derivanti dalla violazione antitrust¹⁰⁷.

¹⁰⁵ Attualmente vi è una grande ostilità negli Stati Uniti d’America nei confronti della regola federale in materia di *passing on* e di legittimazione attiva per chiedere il risarcimento del danno in antitrust.

¹⁰⁶ *Hanover Shoe Co. v. United Shoe Machinery Corp.*, 392 US 481 (1968); *Illinois Brick Co. v. Illinois*, 431 US 720 (1977).

¹⁰⁷ Si parla a tal proposito dell’*Illinois Wall*, facendo riferimento agli incentivi alla collusione che la regola del caso *Illion Brick* crea tra il cartellista e l’*indirect purchaser*. Si veda SCHINKEL, TUINSTRAS e RUEGGEBERG, *Illinois Walls, working paper*, *Universiteit van Amsterdam*, 2004.

A distanza ormai di trent'anni dalla regola *Hanover Shoe*, l'attuale processo di modernizzazione del diritto nordamericano antitrust sta seriamente mettendo in discussione le proprie regole anche rispetto al *pass-on*, prospettando una riforma delle limitazioni in materia di legittimazione attiva¹⁰⁸.

In Italia, non esiste una espressa presa di posizione del legislatore in merito all'ammissibilità della *passing on defence* nei casi di diritto antitrust nazionale¹⁰⁹.

La questione è stata affrontata e risolta per la prima volta dalla Corte d'Appello di Torino nel caso *Juventus FC SpA* del 2000¹¹⁰.

La società *Indaba Incentive co.*, attiva nel mercato della fornitura di servizi di turismo e specializzata in eventi sportivi, convenne in giudizio ai sensi dell'articolo 33.2 legge 287/90, la *Società Juventus F.C. SpA*. La società attrice lamentava di essere vittima di un abuso di posizione dominante della società convenuta nel mercato della vendita dei biglietti per la gara finale della *Champions League* del 28 maggio 1997.

La Corte si era trovata a decidere una situazione antitrust complessa dal punto di vista della legittimazione attiva dal momento

¹⁰⁸ Nella dottrina nordamericana, si registra una netta divisione tra chi concepisce il diritto antitrust in termini di mera efficienza economica e chi invece si preoccupa di garantire anche un risarcimento alle vittime degli illeciti anticompetitivi. Mentre i primi tendono a sostenere la regola *Illinois Brick*, i secondi sono generalmente più critici. Cfr. LANDES & POSNER, *Should indirect Purchasers Have Standing to Sue Under the Antitrust Laws? An Economic Analysis of the Rule of Illinois Brick*, (1979) 46 *U.Chi.L.Rev.* 602; HARRIS & SULLIVAN, *Passing on the Monopoly Overcharge: A Response to Landes and Posner*, (1980) 128 *U.Pa.L.Rev.* 1280; LANDES & POSNER, *The Economics of Passing On: A Reply to Harris and Sullivan*, (1980) 128 *U.Pa.L.Rev.* 1274; BENSTON, *Indirect Purchasers' Standing To Claim Damages In Price Fixing Antitrust Actions: A Benefit/Cost Analysis of Proposals To Change The Illinois Brick Rule*, (1986) 55 *Antitrust L.J.* 213.

¹⁰⁹ Stessa mancanza si segnala a livello comunitario; ma si veda il *Green Paper*, cit. e l'annesso *Working Paper*, cit. Per un quadro comparativo si veda *Study on the conditions of claims for damages in case of infringement of EC competition rules*, cit., 78-79.

¹¹⁰ App. Torino, 6 luglio 2000, *Soc. Indaba Incentive co. c. Soc. Juventus F. C.*, cit.

che l'azione di risarcimento del danno non era stata promossa da un terzo estraneo all'intesa illecita, ma da un partecipante all'intesa stessa. Secondo la medesima Corte: “[...] *il problema delicato è costituito dalla concorrenza in capo allo stesso soggetto sia della qualità di compartecipe all'intesa vietata [...] sia di eventuale vittima della posizione dominante [...]*”. Una volta superata tale questione preliminare con la considerazione che anche all'interno dell'intesa anticompetitiva “*i partners possono essere in posizione economica equiordinata o subordinata*”, la Corte risolse la questione principale ribadendo “*la natura soltanto compensativa*” dell'azione risarcitoria e riconoscendo la legittimazione attiva esclusivamente al “*soggetto che abbia concretamente subito un danno*”.

In sostanza la Corte ritenne “*privo di legittimazione attiva il soggetto che abbia concorso a traslare il danno a terzi, e così ai consumatori finali*”. Infatti, poiché “*la consapevolezza della partecipazione ad un'intesa illecita in capo a parte attrice era latente, ripetutamente dichiarata e subita nella prospettiva di una traslazione del danno [...]*”, tale elemento fu ritenuto sufficiente ad “*esclude[re] l'incolpevolezza in capo a parte attrice che versava in una situazione di dolo*” e ad escludere di conseguenza il diritto al risarcimento del danno¹¹¹.

Non esiste, al momento, una posizione comune in Europa in merito alla questione del danno antitrust traslato e manca una sentenza delle corti comunitarie che assuma una posizione sul tema. La questione è di cruciale importanza perchè attiene direttamente alla legittimazione attiva e passiva oltre che alla corretta individuazione e quantificazione del danno.

Tra i commenti al *Green Paper* giunti alla Commissione Europea, emergono due posizioni estreme ed una posizione di compromesso.

¹¹¹ App. Torino, cit.

La prima propende per riconoscere nell'ordinamento comunitario (e quindi, indirettamente, negli ordinamenti nazionali) la *passing-on defence* allo scopo di limitare la legittimazione attiva dell'acquirente diretto.

La seconda propende per l'inammissibilità della *passing-on defence*, mantenendo la legittimazione attiva tanto degli acquirenti diretti quanto di quelli indiretti.

La soluzione intermedia (e minoritaria) propende, infine, per l'inammissibilità della *passing-on defence* e per la negazione della legittimazione attiva agli acquirenti indiretti¹¹².

5. *Danni punitivi e danni esemplari*

Come abbiamo visto nei paragrafi precedenti, l'istituto del risarcimento del danno riveste, nella maggior parte degli Ordinamenti giuridici degli Stati Membri, una funzione risarcitoria.

È anche emerso che, nelle controversie antitrust, talvolta la funzione risarcitoria non è sufficiente, di per sé, ad eliminare l'illecito profitto ottenuto dai collusi a seguito della condotta anticompetitiva. In altre parole, anche a seguito del risarcimento del danno i collusi continueranno a trarre, nella maggior parte dei casi, un beneficio economico dall'azione illecita.

Per eliminare un simile effetto collaterale, chiaramente incompatibile con le finalità del Trattato e con la stessa politica di concorrenza, si sta prospettando a livello normativo comunitario l'opportunità di prevedere dei meccanismi correttivi.

Tra questi, l'istituto dei danni punitivi e dei danni esemplari è stato tenuto in considerazione dalla Commissione nel recente *Libro*

¹¹² In dottrina si segnalano due posizioni contrastanti in merito alla compatibilità della *passing-on theory* con il sistema antitrust comunitario: mentre l'Avvocato Generale VAN GERVEN sostiene la compatibilità dell'uso difensivo della *passing-on theory* con le regole comunitarie, JONES e WAHL ritengono che non esistano barriere legali che vietino alla Corte di giustizia di proibire l'uso difensivo della *passing-on defence*.

*verde sulle azioni di danno*¹¹³. Dallo “*Studio comparato sulle azioni di danno*”, pubblicato dalla Commissione nel 2004 emerge che la “*unavailability of punitive damages, can also constitute an obstacle to private actions*”¹¹⁴.

I *danni esemplari* ed i *danni punitivi* sono uno strumento sanzionatorio utilizzato in alcuni Stati membri con una chiara finalità deterrente. L'elemento punitivo del danno liquidato alla vittima può essere percepito come compensazione di un danno che, nella pratica, si rivela di difficile quantificazione; di solito, l'ammontare dei danni punitivi va al di là della compensazione in nome di una finalità deterrente¹¹⁵.

Nel rinvio pregiudiziale effettuato dal Giudice di pace di Bitonto (vedi sopra), l'ultima questione procedurale sottoposta alla Corte di giustizia conteneva il quesito se l'art. 81 CE debba essere interpretato nel senso che impone ai giudici nazionali l'obbligo di liquidare il danno punitivo¹¹⁶. Pur insistendo su di un aspetto specifico, la domanda intercetta una vera e propria *key difficulty* del *Private enforcement* del diritto comunitario della concorrenza. Infatti, tanto la quantificazione del danno quanto la sua liquidazione in giudizio costituiscono due degli aspetti più problematici delle azioni private, a causa non solo delle possibili definizioni di risarcimento (a seconda che siano basate sul concetto di riparazione

¹¹³ *Libro Verde sulle azioni di danno*, cit., questione n. 2.3 e *Working Paper*, cit., lettera B, par. 114 e ss.

¹¹⁴ Cfr. *Study on the conditions of claims for damages in case of infringement of EC competition rules*, cit., pag. 7.

¹¹⁵ Si vedano le considerazioni svolte dalla Corte di giustizia nel caso *Brasserie du Pêcheur*, cit., par. 90.

¹¹⁶ La Corte di giustizia ha risolto la questione pregiudiziale proposta dal Giudice di Pace di Bitonto alla luce dei principi di equivalenza e di effettività stabilendo che ciascuno Stato membro ha il compito di fissare i criteri per la liquidazione del danno, purché tali criteri non risultino meno favorevoli di quelli applicati ad analoghe pretese fondate sul diritto interno ed il risarcimento del danno non venga reso impossibile o estremamente difficile.

del danno o di restituzione di un profitto illecito) ma anche delle concrete modalità di quantificazione dello stesso¹¹⁷.

Nella maggior parte dei casi, infatti, entrambi gli aspetti incidono sensibilmente sulla scelta opportunistica del danneggiato di adire le vie giudiziali per ottenere giustizia e condizionano, quindi, direttamente l'effettività del sistema di applicazione privata delle regole comunitarie di concorrenza¹¹⁸.

Gli incentivi all'azione sono un aspetto cruciale per l'azione privata soprattutto quando viene proposta da un consumatore finale o da una piccola impresa.

In questi casi, il risarcimento del danno, se inteso come una mera compensazione per una perdita subita, non sarebbe idoneo di per sé, ad incentivare la proposizione delle azioni in giudizio.

Ad esempio, nel caso del cartello delle assicurazioni nel settore *Rca*, è stato stimato che il sovrapprezzo pagato indebitamente da ciascun assicurato alla propria compagnia di assicurazione collusa è stato (per ogni anno di cartello) un venti per cento maggiore del prezzo concorrenziale. Tale cifra, senza calcolare gli interessi di mora, si aggira intorno alle poche decine di Euro.

In alcuni Stati membri il convenuto colluso è punito anche attraverso il riconoscimento alla vittima dei *danni punitivi*, come avviene a Cipro, o di *danni esemplari*, come accade in Irlanda e nel Regno Unito.

¹¹⁷ Cfr. *Working Paper*, cit., par. 125-144.

¹¹⁸ Ci sono, ovviamente, anche altri fattori che determinano la scelta di un potenziale attore danneggiato da una condotta anticompetitiva ad adire le vie giudiziali per ottenere il risarcimento della perdita subita. Alcuni di questi fattori hanno carattere meramente soggettivo (come ad es. l'appagamento "immateriale" – spesso perseguito "ad ogni costo" – nel sentire condannare l'operatore economico colluso) e non rilevano in questa sede. Altri sono di carattere obiettivo ed attengono ad esempio alla durata stimata del processo o al costo dell'assistenza legale in giudizio. Sul punto si veda WILS, *Optimal Antitrust fines: Theory and Practice*, cit., 197.

In questi Paesi, però, la liquidazione dei danni esemplari è stata, fino a questo momento, raramente concessa in giudizio¹¹⁹.

In Inghilterra la giurisprudenza ha individuato alcune categorie di azioni per le quali è possibile riconoscere il danno esemplare. Una di queste categorie è la “*wrongful conduct which has been calculated by the defendant to make a profit for himself which may well exceed the compensation payable to the claimant*”¹²⁰. Un’azione di danno fondata su una violazione delle regole di concorrenza rientra in questa categoria quando si dimostra che il convenuto (colluso) ha ottenuto dalla condotta anticompetitiva illecita un profitto maggiore dell’entità del danno patrimoniale che sarà chiamato a risarcire in giudizio¹²¹.

In Irlanda, il rimedio degli *exemplary damages* è disponibile solo nelle azioni fondate su una violazione delle regole nazionali di concorrenza¹²². Secondo il *principio di equivalenza*, poco sopra richiamato, tale rimedio dovrebbe quindi essere concesso anche per i danneggiati che propongono un’azione a seguito di una violazione degli articoli 81 o 82 del Trattato.

Nella maggior parte degli Stati Membri, tuttavia, i *danni punitivi* o *esemplari* non sono un rimedio a disposizione dei danneggiati perché ritenuti, in linea generale, contrari ai principi su cui si regge l’ordinamento giuridico¹²³.

In Italia i danni punitivi, oltre a non essere previsti dal legislatore, sono considerati estranei alla finalità dell’istituto del

¹¹⁹ Cfr. *Study on the conditions of claims for damages in case of infringement of EC competition rules*, cit., pag. 87.

¹²⁰ Si veda *Lord Devlin in Rookes v. Barnard* [1964] AC 1129; ed anche *Broome v. Cassell* [1972] AC 1027; *Kuddus v. Chief Constable of Leicestershire Constabulary* [2001] UKHL 29.

¹²¹ Un’interessante contributo sul punto è stato portato da RODGER, *Private Enforcement and the Enterprise Act: an exemplary System of Awarding Damages*, [2003] *European Competition Law Review*, 103 ss.

¹²² Così come stabilito dalla *Section 14(5)* del *Competition Act*.

¹²³ Cfr. *Working Paper*, cit. par. 121.

risarcimento del danno, concepito esclusivamente come uno strumento di ristoro del pregiudizio subito dal danneggiato “*senza che possano in alcun modo venire in rilievo funzioni sanzionatorie o repressive, che sono oggetto di riserva di legge*”¹²⁴.

Secondo la costante giurisprudenza della Corte di Lussemburgo, per garantire l’effetto utile dell’art. 81, n. 1 CE non è necessario accordare un risarcimento danni superiore al pregiudizio subito dalla vittima¹²⁵. A tale riguardo, il giudice comunitario ha sottolineato, in ossequio al principio di equivalenza, che la liquidazione del danno punitivo deve poter essere riconosciuta, nell’ambito di azioni fondate sulle regole comunitarie di concorrenza, solo qualora detto rimedio possa essere esperibile nell’ambito di azioni analoghe fondate sul diritto interno¹²⁶.

Come abbiamo accennato nel paragrafo relativo al danno subito dai consumatori, un’interessante precisazione viene collocata dalla Corte a chiusura della soluzione della questione: il diritto comunitario “*non osta a che i giudici nazionali vigilino affinché la tutela dei diritti garantiti dall’ordinamento giuridico comunitario non comporti un arricchimento senza giusta causa degli aventi diritto*”¹²⁷. Proprio su questa notazione, che va letta nella prospettiva di un possibile futuro intervento del legislatore comunitario in materia, si fonda la sentenza del Giudice di Pace di Bitonto soprattutto rispetto alla liquidazione del *danno doppio*¹²⁸.

¹²⁴ Corte di giustizia, 13 luglio 2006, da C-295/04 a 298/04, *Manfredi*, cit., par. 85.

¹²⁵ Conclusioni dell’Avvocato Generale L.A. Geelhoed presentate il 26 gennaio 2006, nella causa *Manfredi*, cit., par. 64-70.

¹²⁶ Corte di giustizia, caso *Manfredi*, cit., par. 93.

¹²⁷ Corte di giustizia, 13 luglio 2006, *Manfredi*, cit., par. 94. Si vedano inoltre le sentenze della medesima Corte di giustizia, 4 ottobre 1979, causa C-238/78, *Ireks-Arkady/Consiglio e Commissione*, Racc. pag. 2955, punto 14; 21 settembre 2000, cause riunite C-441/98 e C-442/98, *Michailidis*, Racc. pag. I-7145, punto 31 e *Courage e Crehan*, cit., punto 30.

¹²⁸ Cfr. Sentenza del Giudice di Pace di Bitonto del 21 maggio 2007, cit. Si veda anche la proposta inserita dalla Commissione Europea nel Libro Verde sulle azioni di danno relativa alla possibilità di prevedere, in caso di violazioni delle norme sui

6. I criteri seguiti dalla giurisprudenza italiana sull'azione di danno antitrust (tavola sinottica)

Fattispecie	Regola	Riferimento
Legittimazione attiva	I soggetti del mercato (imprese e consumatori)	Cass. S.U., n. 2207/2005 Cass. Sez. III, n. 2305/07
Natura dell'azione	Extracontrattuale (articolo 2043 c.c.)	Cass. Sez. III, n. 2305/07
Organo Competente	Corte d'Appello competente per territorio	Art. 33.2 L. 287/90
Legittimazione dell'acquirente intermedio	Rientra nella categoria dei danneggiati ma la sua partecipazione rileva sul quantum	C. App. Torino, 06/07/2000
Pass-on defence	Non ha legittimazione ad agire il soggetto che si è dolosamente determinato a subire gli effetti di una condotta illecita nella prospettiva di una traslazione del danno secondo il metodo del passing-on	C. App. Torino, 06/07/2000
Il danno antitrust	Lesione di un interesse, processualmente rilevante, alla conservazione del carattere competitivo del mercato al punto da poter allegare uno specifico pregiudizio conseguente alla rottura o alla diminuzione di tale carattere	Cass. S.U., n. 2207/2005 Cass. Sez. III, n. 2305/07
Il danno subito dal consumatore	Il maggior esborso (differenza tra somma pagata e prezzo concorrenziale) si atteggia come perdita di chance (perdita della possibilità di ottenere migliori condizioni nel caso in cui il mercato non fosse stato alterato dalla condotta anticoncorrenziale)	Cass. Sez. III, n. 2305/07
Quantificazione del danno	Utilizzo di tutti gli strumenti previsti dall'ordinamento processuale, anche CTU Se il danno non può essere provato nel suo preciso ammontare o la sua prova è altamente difficile si può procedere alla valutazione equitativa	Cass. Sez. III, n. 2305/07 Art. 1226 c.c.

cartelli orizzontali la possibilità di “raddoppiare il risarcimento del danno in maniera automatica o condizionata a discrezione del tribunale”; Libro Verde, cit., questione 2.3, opzione 16.

IL DANNO ANTITRUST

Prova dell'illecito antitrust	Spetta all'attore Se la AGCM si è pronunciata sarà sufficiente allegare il Provvedimento – fatta salva la prova contraria	Cass. Sez. III, n. 2305/07
Fattispecie	Regola	Riferimento
Prova del danno antitrust	Spetta all'attore Se la AGCM si è già pronunciata sarà sufficiente dimostrare il rapporto con il colluso ad es. allegare la polizza Rca	Cass. Sez. III, n. 2305/07
Strumenti a disposizione del Giudice per accertare il nesso causale	Criteri di alta probabilità logica o per il tramite di presunzioni senza omettere di valutare gli elementi di prova contraria offerti dal colluso	Cass. Sez. III, n. 2305/07
Prescrizione	5 anni dal giorno in cui chi assume di aver subito il danno abbia avuto, usando l'ordinaria diligenza, ragionevole ed adeguata conoscenza del danno e della sua ingiustizia (il dies a quo non coincide con la data della pubblicazione dell'eventuale Provvedimento finale dell'AGCM)	Cass. Sez. III, n. 2305/07

*Fonte: elaborazione propria su dati reperibili nelle banche dati *Foro it.* e *Danno e responsabilità.**

PARTE II
ALLEGATI

TRATTATO CHE ISTITUISCE LA COMUNITÀ EUROPEA

TITOLO VI

**NORME COMUNI SULLA CONCORRENZA, SULLA FISCALITÀ E SUL
RAVVICINAMENTO DELLE LEGISLAZIONI**

CAPO I

REGOLE DI CONCORRENZA

SEZIONE PRIMA

REGOLE APPLICABILI ALLE IMPRESE

Articolo 81

1. Sono incompatibili con il mercato comune e vietati tutti gli accordi tra imprese, tutte le decisioni di associazioni di imprese e tutte le pratiche concordate che possano pregiudicare il commercio tra Stati membri e che abbiano per oggetto e per effetto di impedire, restringere o falsare il gioco della concorrenza all'interno del mercato comune ed in particolare quelli consistenti nel:

- a) fissare direttamente o indirettamente i prezzi d'acquisto o di vendita ovvero altre condizioni di transazione;
- b) limitare o controllare la produzione, gli sbocchi, lo sviluppo tecnico o gli investimenti;
- c) ripartire i mercati o le fonti di approvvigionamento;
- d) applicare, nei rapporti commerciali con gli altri contraenti, condizioni dissimili per prestazioni equivalenti, così da determinare per questi ultimi uno svantaggio nella concorrenza;
- e) subordinare la conclusione di contratti all'accettazione da parte degli altri contraenti di prestazioni supplementari, che, per loro natura o secondo gli usi commerciali, non abbiano alcun nesso con l'oggetto dei contratti stessi.

2. Gli accordi o decisioni, vietati in virtù del presente articolo, sono nulli di pieno diritto.

3. Tuttavia, le disposizioni del paragrafo 1 possono essere dichiarate inapplicabili:

- a qualsiasi accordo o categoria di accordi fra imprese,
- a qualsiasi decisione o categoria di decisioni di associazioni di imprese,
- e

ALLEGATO I

- a qualsiasi pratica concordata o categoria di pratiche concordate,

che contribuiscano a migliorare la produzione o la distribuzione dei prodotti o a promuovere il progresso tecnico o economico, pur riservando agli utilizzatori una congrua parte dell'utile che ne deriva, ed evitando di

- a) imporre alle imprese interessate restrizioni che non siano indispensabili per raggiungere tali obiettivi;
- b) dare a tali imprese la possibilità di eliminare la concorrenza per una parte sostanziale dei prodotti di cui trattasi.

Articolo 82

È incompatibile con il mercato comune e vietato, nella misura in cui possa essere pregiudizievole al commercio tra Stati membri, lo sfruttamento abusivo da parte di una o più imprese di una posizione dominante sul mercato comune o su una parte sostanziale di questo.

Tali pratiche abusive possono consistere in particolare:

- a) nell'imporre direttamente od indirettamente prezzi d'acquisto, di vendita od altre condizioni di transazione non eque;
- b) nel limitare la produzione, gli sbocchi o lo sviluppo tecnico, a danno dei consumatori;
- c) nell'applicare nei rapporti commerciali con gli altri contraenti condizioni dissimili per prestazioni equivalenti, determinando così per questi ultimi uno svantaggio per la concorrenza;
- d) nel subordinare la conclusione di contratti all'accettazione da parte degli altri contraenti di prestazioni supplementari, che, per loro natura o secondo gli usi commerciali, non abbiano alcun nesso con l'oggetto dei contratti stessi.

Articolo 83

1. I regolamenti e le direttive utili ai fini dell'applicazione dei principi contemplati dagli articoli 81 e 82 sono stabiliti dal Consiglio, che delibera a maggioranza qualificata su proposta della Commissione e previa consultazione del Parlamento europeo.

2. Le disposizioni di cui al paragrafo 1 hanno, in particolare, lo scopo di:

- a) garantire l'osservanza dei divieti di cui all'articolo 81, paragrafo 1, e all'articolo 82, comminando ammende e penalità di mora;

- b) determinare le modalità di applicazione dell'articolo 81, paragrafo 3, avendo riguardo alla necessità di esercitare una sorveglianza efficace e, nel contempo, semplificare, per quanto possibile, il controllo amministrativo;
- c) precisare, eventualmente, per i vari settori economici, il campo di applicazione delle disposizioni degli articoli 81 e 82;
- d) definire i rispettivi compiti della Commissione e della Corte di giustizia nell'applicazione delle disposizioni contemplate dal presente paragrafo;
- e) definire i rapporti fra le legislazioni nazionali da una parte e le disposizioni della presente sezione nonché quelle adottate in applicazione del presente articolo, dall'altra.

Articolo 84

Fino al momento dell'entrata in vigore delle disposizioni adottate in applicazione dell'articolo 83, le autorità degli Stati membri decidono in merito all'ammissibilità di intese e allo sfruttamento abusivo di una posizione dominante nel mercato comune, in conformità del diritto nazionale interno e delle disposizioni dell'articolo 81, in particolare del paragrafo 3, e dell'articolo 82.

Articolo 85

1. Senza pregiudizio dell'articolo 84, la Commissione vigila perché siano applicati i principi fissati dagli articoli 81 e 82. Essa 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, i casi di presunta infrazione ai principi suddetti. Qualora essa constati l'esistenza di un'infrazione, propone i mezzi atti a porvi termine.

2. Qualora non sia posto termine alle infrazioni, la Commissione constata l'infrazione ai principi con una decisione motivata. Essa può pubblicare tale decisione e autorizzare gli Stati membri ad adottare le necessarie misure, di cui definisce le condizioni e modalità, per rimediare alla situazione.

Articolo 86

1. Gli Stati membri non emanano né mantengono, nei confronti delle imprese pubbliche e delle imprese cui riconoscono diritti speciali o esclusivi, alcuna misura contraria alle norme del presente trattato, specialmente a quelle contemplate dagli articoli 12 e da 81 a 89 inclusi.

2. Le imprese incaricate della gestione di servizi di interesse economico generale o aventi carattere di monopolio fiscale sono sottoposte alle norme del presente trattato, e in particolare alle regole di concorrenza, nei limiti in cui l'applicazione di tali

ALLEGATO I

norme non osti all'adempimento, in linea di diritto e di fatto, della specifica missione loro affidata. Lo sviluppo degli scambi non deve essere compromesso in misura contraria agli interessi della Comunità.

3. La Commissione vigila sull'applicazione delle disposizioni del presente articolo rivolgendo, ove occorra, agli Stati membri, opportune direttive o decisioni.

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
(Testo rilevante ai fini del SEE)

IL CONSIGLIO DELL'UNIONE EUROPEA,

visto il trattato che istituisce la Comunità europea, in particolare l'articolo 83,

vista la proposta della Commissione ⁽¹⁾,

visto il parere del Parlamento europeo ⁽²⁾,

visto il parere del Comitato economico e sociale europeo ⁽³⁾,

considerando quanto segue:

- (1) 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. Il regolamento n. 17 del Consiglio, del 6 febbraio 1962, primo regolamento d'applicazione degli articoli 81 e 82 ^(*) del trattato ⁽⁴⁾, ha permesso lo sviluppo di una politica comunitaria in materia di concorrenza che ha contribuito alla diffusione di una cultura della concorrenza nella Comunità. Oggi, tuttavia, alla luce dell'esperienza acquisita, è opportuno sostituire detto regolamento per introdurre disposizioni adeguate alle sfide di un mercato integrato e di un futuro allargamento della Comunità.
- (2) È necessario, in particolare, rivedere le modalità di applicazione della deroga al divieto di accordi restrittivi della concorrenza di cui all'articolo 81, paragrafo 3, del trattato. A tale riguardo va tenuto conto, ai sensi dell'articolo 83, paragrafo 2, lettera b), del trattato, della necessità di esercitare una sorveglianza efficace e, nel contempo, di semplificare, per quanto possibile, il controllo amministrativo.
- (3) Il sistema centralizzato istituito dal regolamento n. 17 non è più in grado di garantire un equilibrio fra questi due obiettivi. Esso frena l'applicazione delle regole di concorrenza comunitarie da parte delle giurisdizioni e delle autorità garanti della concorrenza degli Stati membri, mentre il sistema di notificazione che esso comporta impedisce alla Commissione di concentrarsi sulla repressione delle infrazioni più gravi. Esso impone inoltre ingenti costi alle imprese.
- (4) L'attuale sistema dovrebbe pertanto essere sostituito con un sistema di eccezione

ALLEGATO II

direttamente applicabile, in base al quale le autorità garanti della concorrenza e le giurisdizioni degli Stati membri siano competenti non solo ad applicare l'articolo 81, paragrafo 1 e l'articolo 82 del trattato, diretta mente applicabili in virtù della giurisprudenza della Corte di giustizia delle Comunità europee, ma anche l'articolo 81, paragrafo 3, del trattato.

- (5) Per garantire l'applicazione efficace delle regole di concorrenza comunitarie e nel contempo il rispetto dei diritti fondamentali di difesa, il presente regolamento dovrebbe disciplinare l'onere della prova ai sensi degli articoli 81 e 82 del trattato. Alla parte o all'autorità che asserisce un'infrazione all'articolo 81, paragrafo 1, o dell'articolo 82 del trattato dovrebbe spettare l'onere di provare l'esistenza di tale infrazione al livello giuridico richiesto. All'impresa o all'associazione di imprese che invocano il beneficio della difesa contro l'esistenza di un'infrazione dovrebbe spettare l'onere di provare al livello giuridico richiesto, che le condizioni per l'applicazione di detta difesa sono soddisfatte. Il presente regolamento non incide né sulle norme nazionali in materia di grado di intensità della prova né sugli obblighi delle autorità garanti della concorrenza e delle giurisdizioni nazionali degli Stati membri inerenti all'accertamento dei fatti pertinenti di un caso, purché dette norme e detti obblighi siano compatibili con i principi generali del diritto comunitario.
- (6) Per garantire un'efficace applicazione delle regole di concorrenza comunitarie sarebbe opportuno coinvolgere in maggior misura le autorità garanti della concorrenza degli Stati membri. A tal fine, ad esse dovrebbe essere conferito il potere di applicare il diritto comunitario.
- (7) Le giurisdizioni nazionali svolgono una funzione essenziale nell'applicazione delle regole di concorrenza comunitarie. Esse tutelano i diritti soggettivi garantiti dal diritto comunitario nelle controversie fra privati, in particolare accordando risarcimenti alle parti danneggiate dalle infrazioni. Le giurisdizioni nazionali svolgono sotto questo aspetto un ruolo complementare rispetto a quello delle autorità garanti della concorrenza degli Stati membri. Occorrerebbe quindi consentire loro di applicare pienamente gli articoli 81 e 82 del trattato.
- (8) Per garantire l'effettiva applicazione delle regole di concorrenza comunitarie e il corretto funzionamento del meccanismo di cooperazione contenuto nel presente regolamento è necessario imporre alle autorità garanti della concorrenza e alle giurisdizioni degli Stati membri di applicare anche gli articoli 81 e 82 del trattato allorché applicano il diritto nazionale in materia di concorrenza ad accordi e prassi che possono pregiudicare il commercio tra Stati membri. Per creare condizioni eque per gli accordi, per le decisioni di associazioni di imprese e per le pratiche concordate nel mercato interno è inoltre necessario definire, a norma dell'articolo

83, paragrafo 2, lettera e), del trattato, i rapporti fra le legislazioni nazionali e il diritto comunitario in materia di concorrenza. A tal fine è necessario prevedere che l'applicazione delle legislazioni nazionali in materia di concorrenza agli accordi, decisioni o pratiche concordate ai sensi dell'articolo 81, paragrafo 1, del trattato non possa comportare il divieto di siffatti accordi, decisioni o pratiche concordate se essi non sono vietati anche a norma del diritto comunitario in materia di concorrenza. I concetti di accordi, decisioni e pratiche concordate sono concetti autonomi del diritto comunitario in materia di concorrenza che disciplinano il coordinamento della condotta delle imprese sul mercato secondo l'interpretazione delle giurisdizioni della Comunità. Non dovrebbe essere fatto ostacolo, ai sensi del presente regolamento, all'adozione e all'applicazione da parte degli Stati membri, nei rispettivi territori, di leggi nazionali sulla concorrenza più severe che vietano o sanzionano un comportamento unilaterale delle imprese. Tali leggi nazionali più severe possono prevedere disposizioni che vietano o sanzionano un comportamento illecito nei confronti di imprese economicamente dipendenti. Inoltre il presente regolamento non si applica a leggi nazionali che impongono sanzioni penali a persone fisiche, salvo qualora tali sanzioni costituiscano gli strumenti tramite i quali sono attuate le regole di concorrenza applicabili alle imprese.

(9) Gli articoli 81 e 82 del trattato hanno l'obiettivo di proteggere la concorrenza sul mercato. Il presente regolamento, che viene adottato per attuare tali disposizioni del trattato, non osta a che gli Stati membri applichino nei rispettivi territori una legislazione nazionale che tutela altri legittimi interessi, a condizione che essa sia compatibile con i principi generali e con le altre disposizioni del diritto comunitario. Nella misura in cui tale legislazione nazionale persegue prevalentemente un obiettivo diverso da quello della protezione della concorrenza sul mercato, le autorità garanti della concorrenza e le giurisdizioni degli Stati membri possono applicare tale legislazione nei rispettivi territori. Gli Stati membri possono pertanto, a norma del presente regolamento, attuare nei rispettivi territori una legislazione nazionale che vieti o sanzioni pratiche commerciali sleali, siano esse unilaterali o contrattuali. Una siffatta legislazione persegue un obiettivo specifico, a prescindere dagli effetti reali o presunti di tali atti sulla concorrenza nel mercato. Ciò è particolarmente vero per la legislazione che vieta alle imprese di imporre ai loro partner commerciali, di ottenere o di tentare di ottenere dagli stessi condizioni non giustificate, sproporzionate o irragionevoli.

(10) I regolamenti del Consiglio 19/65/CEE⁽⁵⁾, (CEE) n. 2821/71⁽⁶⁾, (CEE) n. 3976/87⁽⁷⁾, (CEE) n. 1534/91⁽⁸⁾ o (CEE) n. 479/92⁽⁹⁾ autorizzano la Commissione ad applicare l'articolo 81, paragrafo 3, del trattato mediante regolamento a determinate categorie di accordi, decisioni di associazioni di imprese e pratiche concordate. Nei settori definiti da tali regolamenti, la

ALLEGATO II

Commissione ha adottato e può continuare ad adottare i cosiddetti regolamenti d'esenzione per categoria, mediante i quali dichiara inapplicabile l'articolo 81, paragrafo 1, del trattato a categorie di accordi, decisioni e pratiche concordate. Qualora accordi, decisioni e pratiche concordate cui si applicano tali regolamenti abbiano tuttavia effetti incompatibili con l'articolo 81, paragrafo 3, del trattato, la Commissione e le autorità garanti della concorrenza degli Stati membri dovrebbero avere il potere di revocare in uno specifico caso il beneficio dell'esenzione per categoria.

- (11) Per vegliare sull'applicazione delle disposizioni del trattato la Commissione dovrebbe poter adottare, nei confronti di imprese o di associazioni di imprese, decisioni dirette a far cessare le infrazioni agli articoli 81 e 82 del trattato. Qualora sussista un legittimo interesse, la Commissione dovrebbe inoltre poter adottare decisioni volte a constatare infrazioni già cessate, anche ove non proceda a comminare ammende. Il presente regolamento dovrebbe inoltre prevedere espressamente il potere, riconosciuto alla Commissione dalla Corte di giustizia, di adottare decisioni che dispongano misure cautelari.
- (12) Il presente regolamento dovrebbe prevedere espressamente il potere della Commissione di imporre qualsiasi rimedio, comportamentale o strutturale, necessario a far cessare effettivamente l'infrazione, tenendo conto del principio di proporzionalità. I rimedi strutturali dovrebbero essere imposti solo quando non esiste un rimedio comportamentale parimenti efficace o quando un rimedio comportamentale parimenti efficace risulterebbe più oneroso, per l'impresa interessata, del rimedio strutturale. Modifiche alla struttura di un'impresa quale si presentava prima dell'infrazione sarebbero proporzionate solo in presenza di un rischio sostanziale del perdurare o del ripetersi dell'infrazione derivante dalla struttura stessa dell'impresa.
- (13) Qualora, nel corso di un procedimento che potrebbe portare a vietare un accordo o pratica concordata, le imprese proponano alla Commissione degli impegni tali da rispondere alle sue preoccupazioni, la Commissione, mediante decisione, dovrebbe poter rendere detti impegni obbligatori per le imprese interessate. Le decisioni concernenti gli impegni dovrebbero accertare che l'intervento della Commissione non è più giustificato, senza giungere alla conclusione dell'eventuale sussistere o perdurare di un'infrazione. 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 e di prendere una decisione. Le decisioni concernenti gli impegni non sono opportune nei casi in cui la Commissione intende comminare un'ammenda.

- (14) Può inoltre essere utile, in casi eccezionali dettati da ragioni di interesse pubblico comunitario, che la Commissione adotti decisioni di natura dichiarativa in ordine all'inapplicabilità del divieto di cui all'articolo 81 o all'articolo 82 del trattato, al fine di rendere chiara la legislazione e di garantirne un'applicazione coerente nella Comunità, in particolare per quanto riguarda nuovi tipi di accordi o di pratiche non consolidati nella giurisprudenza e prassi amministrativa esistenti.
- (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. A tal fine è necessario istituire dei meccanismi di informazione e di consultazione. La Commissione, in stretta collaborazione con gli Stati membri, stabilirà e sottoporrà a revisione altre modalità di cooperazione all'interno della rete.
- (16) Nonostante disposizioni nazionali contrarie, lo scambio di informazioni e l'utilizzo delle stesse come mezzo di prova dovrebbe essere consentito tra i membri della rete anche se le informazioni sono riservate. Tali informazioni possono essere utilizzate per l'applicazione degli articoli 81 e 82 del trattato così come per l'applicazione parallela della legislazione nazionale sulla concorrenza, purché questa ultima applicazione si riferisca allo stesso caso e non porti a un risultato diverso. Quando le informazioni scambiate sono utilizzate dall'autorità che le riceve per comminare sanzioni alle imprese, non dovrebbero sussistere altri limiti all'uso delle informazioni oltre all'obbligo di utilizzarle per lo scopo per le quali sono state raccolte, dal momento che le sanzioni comminate alle imprese sono dello stesso tipo in tutti gli ordinamenti. I diritti di difesa di cui godono le imprese nei vari ordinamenti possono essere considerati sufficientemente equivalenti. Per quanto riguarda le persone fisiche, invece, esse possono formare oggetto di tipi di sanzioni sostanzialmente diversi da un ordinamento all'altro. In tal caso è necessario garantire che le informazioni possano essere utilizzate soltanto se sono state raccolte in un modo che rispetta lo stesso livello di protezione dei diritti di difesa delle persone fisiche di quello previsto dalle norme nazionali delle autorità che le ricevono.
- (17) Per assicurare un'applicazione coerente delle regole di concorrenza e al contempo una gestione ottimale della rete, è indispensabile mantenere la regola in virtù della quale le autorità garanti della concorrenza degli Stati membri sono automaticamente private della loro competenza qualora la Commissione avvii un procedimento. Se un'autorità garante della concorrenza di uno Stato membro si sta già occupando di un caso e la Commissione intende avviare un procedimento, la Commissione dovrebbe adoperarsi in tal senso il più presto possibile. Prima dell'avvio di un procedimento, la Commissione dovrebbe consultare l'autorità nazionale interessata.

ALLEGATO II

- (18) 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. Tale disposizione non dovrebbe pregiudicare la possibilità, riconosciuta alla Commissione dalla giurisprudenza della Corte di giustizia, di respingere una denuncia per mancanza di interesse comunitario anche nel caso in cui nessun'altra autorità garante della concorrenza abbia manifestato l'intenzione di occuparsene.
- (19) Il funzionamento del comitato consultivo in materia di intese e posizioni dominanti istituito dal regolamento n. 17 è risultato molto soddisfacente. Tale comitato si inserisce bene nel nuovo sistema di applicazione decentrata. Occorre pertanto prendere come base le disposizioni del regolamento n. 17 rendendo al tempo stesso più efficace l'organizzazione dei lavori di tale organo. A tale scopo sarebbe utile consentire che i pareri possano essere resi tramite una procedura scritta. Il comitato consultivo dovrebbe inoltre poter fungere da sede di discussione di casi che sono in corso di trattazione da parte delle autorità garanti della concorrenza degli Stati membri, contribuendo così a mantenere coerente l'applicazione delle regole di concorrenza comunitarie.
- (20) Il comitato consultivo dovrebbe essere composto da rappresentanti delle autorità garanti della concorrenza degli Stati membri. Gli Stati membri dovrebbero poter nominare un rappresentante aggiuntivo per le riunioni in cui si discutono questioni di carattere generale. Ciò non pregiudica il fatto che i membri del comitato siano assistiti da altri esperti degli Stati membri.
- (21) L'applicazione coerente delle regole di concorrenza richiede inoltre l'istituzione di meccanismi di cooperazione fra la Commissione e le giurisdizioni degli Stati membri. Ciò vale per tutte le giurisdizioni degli Stati membri che applicano gli articoli 81 e 82 del trattato, a prescindere dal fatto che applichino tali regole in controversie tra privati o agendo in quanto autorità pubbliche di esecuzione o in quanto giurisdizioni di ricorso. In particolare, le giurisdizioni nazionali dovrebbero potersi rivolgere alla Commissione per ottenere informazioni o pareri in merito all'applicazione del diritto comunitario in materia di concorrenza. Occorrerebbe inoltre che la Commissione e le autorità garanti della concorrenza degli Stati membri potessero formulare osservazioni per iscritto o oralmente dinanzi alle giurisdizioni chiamate ad applicare l'articolo 81 o l'articolo 82 del trattato. Tali osservazioni dovrebbero essere formulate nel quadro delle regole e prassi procedurali nazionali, comprese quelle intese a tutelare i diritti delle parti. A tal fine sarebbe opportuno assicurare che la Commissione e le autorità garanti

della concorrenza degli Stati membri possano disporre di informazioni sufficienti riguardo ai procedimenti dinanzi alle giurisdizioni nazionali.

- (22) Per assicurare il rispetto dei principi della certezza del diritto e dell'applicazione uniforme delle regole di concorrenza comunitarie in un sistema di competenze parallele devono essere evitati i conflitti fra decisioni. Occorre pertanto precisare, conformemente alla giurisprudenza della Corte di giustizia, gli effetti delle decisioni e dei procedimenti della Commissione sulle giurisdizioni e sulle autorità garanti della concorrenza degli Stati membri. Le decisioni d'impegno adottate dalla Commissione lasciano impregiudicato il potere delle giurisdizioni e delle autorità garanti della concorrenza degli Stati membri di applicare gli articoli 81 e 82 del trattato.
- (23) La Commissione dovrebbe disporre in tutta la Comunità del potere di esigere le informazioni necessarie per individuare accordi, decisioni e pratiche concordate vietati dall'articolo 81 del trattato, nonché casi di abuso di posizione dominante vietati dall'articolo 82 del trattato. Nel conformarsi a una decisione della Commissione le imprese non possono essere costrette ad ammettere di aver commesso un'infrazione, ma sono in ogni caso tenute a rispondere a quesiti concreti e a fornire documenti, anche se tali informazioni possono essere utilizzate per accertare contro di esse o contro un'altra impresa l'esistenza di un'infrazione.
- (24) La Commissione dovrebbe inoltre disporre del potere di svolgere gli accertamenti necessari per individuare accordi, decisioni e pratiche concordate vietati dall'articolo 81 del trattato, nonché casi di abuso di posizione dominante vietati dall'articolo 82 del trattato. Le autorità garanti della concorrenza degli Stati membri dovrebbero prestare la loro attiva collaborazione all'esercizio di tali poteri.
- (25) Poiché diventa sempre più difficile individuare le infrazioni delle regole di concorrenza, per far sì che questa sia efficacemente tutelata è necessario ampliare i poteri di indagine della Commissione. La Commissione dovrebbe in particolare avere la facoltà di sentire chiunque possa disporre di informazioni utili e di verbalizzarne le dichiarazioni. Nel corso degli accertamenti, gli agenti incaricati dalla Commissione dovrebbero poter apporre sigilli per il tempo necessario agli accertamenti. I sigilli dovrebbero di norma essere apposti per non più di 72 ore. Gli agenti autorizzati dalla Commissione dovrebbero inoltre poter chiedere qualsiasi informazione in relazione all'oggetto e allo scopo dell'accertamento stesso.
- (26) L'esperienza ha dimostrato che esistono casi in cui i documenti aziendali sono conservati presso il domicilio dei dirigenti e dei collaboratori delle imprese. Per

ALLEGATO II

salvaguardare l'efficacia degli accertamenti sarebbe opportuno pertanto autorizzare l'accesso degli agenti e delle altre persone autorizzate dalla Commissione a tutti i locali in cui possono trovarsi documenti aziendali, comprese le abitazioni private. L'esercizio di quest'ultimo potere dovrebbe tuttavia essere subordinato all'autorizzazione dell'autorità giudiziaria.

- (27) Fatta salva la giurisprudenza della Corte di giustizia, è utile fissare la portata del controllo che l'autorità giudiziaria nazionale può esercitare quando autorizza, come previsto dalla legislazione nazionale e quale misura precauzionale, l'intervento della forza pubblica allo scopo di sormontare l'eventuale opposizione di un'impresa o l'esecuzione di una decisione di effettuare accertamenti in locali non appartenenti all'impresa. Dalla giurisprudenza si evince che l'autorità giudiziaria nazionale può in particolare chiedere alla Commissione ulteriori informazioni di cui necessita per effettuare i suoi controlli e senza le quali potrebbe rifiutare l'autorizzazione. La giurisprudenza conferma inoltre la competenza delle giurisdizioni nazionali a controllare l'applicazione delle regole nazionali che disciplinano l'attuazione di misure coercitive.
- (28) Perché le autorità garanti della concorrenza dei diversi Stati membri abbiano maggiori possibilità di applicare efficacemente gli articoli 81 e 82 del trattato, è utile consentire loro di prestarsi assistenza reciproca mediante lo svolgimento di accertamenti e l'attuazione di altre misure di acquisizione dei fatti.
- (29) L'osservanza degli articoli 81 e 82 del trattato e l'adempimento degli obblighi imposti alle imprese e alle associazioni di imprese in forza del presente regolamento dovrebbero poter essere assicurati per mezzo di ammende e di penali di mora. A tale scopo sarebbe opportuno stabilire ammende di importo adeguato anche per infrazioni alle norme procedurali.
- (30) Al fine di assicurare la riscossione effettiva delle ammende irrogate ad associazioni di imprese per infrazioni da esse commesse, è necessario stabilire le condizioni alle quali la Commissione può richiedere il pagamento dell'ammenda ai membri dell'associazione qualora quest'ultima non sia solvibile. Nell'agire in tal senso, la Commissione dovrebbe tener presente la dimensione relativa delle imprese che appartengono all'associazione ed in particolare la posizione delle piccole e medie imprese. Il pagamento dell'ammenda da parte di uno o più membri di un'associazione non pregiudica le norme del diritto nazionale riguardanti la riscossione dell'importo pagato da parte di altri membri dell'associazione.
- (31) Le norme relative alla prescrizione in materia di imposizione di ammende e penali di mora sono stabilite dal regolamento (CEE) n. 2988/74 del

Consiglio ⁽¹⁰⁾, che contempla anche le sanzioni applicabili nel settore dei trasporti. In un sistema di competenze parallele, sarebbe opportuno aggiungere agli atti che possono interrompere la prescrizione gli atti procedurali autonomi posti in essere da un'autorità garante della concorrenza di uno Stato membro. Per chiarire il quadro giuridico sarebbe quindi opportuno modificare il regolamento (CEE) n. 2988/74 per escluderne l'applicazione al settore disciplinato dal presente regolamento, e occorrerebbe includere nel presente regolamento disposizioni relative alla prescrizione.

(32) Occorrerebbe sancire il diritto delle imprese interessate ad essere sentite dalla Commissione, dare ai terzi i cui interessi possono essere danneggiati da una decisione la possibilità di presentare preventivamente le loro osservazioni, nonché assicurare un'ampia pubblicità alle decisioni adottate. Pur garantendo i diritti di difesa delle imprese interessate, e in particolare il diritto di accesso al fascicolo, è al tempo stesso indispensabile tutelare il segreto aziendale. Occorrerebbe parimenti garantire la riservatezza delle informazioni scambiate in seno alla rete.

(33) Poiché tutte le decisioni adottate dalla Commissione in applicazione del presente regolamento sono soggette al controllo della Corte di giustizia alle condizioni definite dal trattato, sarebbe opportuno attribuire alla Corte di giustizia, in applicazione dell'articolo 229 del trattato, la competenza giurisdizionale anche di merito per quanto riguarda le decisioni mediante le quali la Commissione infligge ammende o penalità di mora.

(34) I principi contemplati dagli articoli 81 e 82 del trattato, così come sono stati applicati dal regolamento n. 17, hanno conferito agli organi della Comunità un ruolo centrale che sarebbe opportuno mantenere, pur coinvolgendo maggiormente gli Stati membri nell'applicazione delle regole di concorrenza comunitarie. 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.

(35) Al fine di realizzare la piena applicazione del diritto comunitario in materia di concorrenza, gli Stati membri dovrebbero designare delle autorità appositamente preposte all'applicazione degli articoli 81 e 82 del trattato quali autorità pubbliche competenti. Essi dovrebbero poter designare autorità sia amministrative che giudiziarie con il compito di espletare le varie funzioni conferite alle autorità garanti della concorrenza nel presente regolamento. Il presente regolamento riconosce le ampie differenze che esistono nei sistemi pubblici degli Stati membri preposti all'applicazione della legge. Gli effetti dell'articolo 11, paragrafo 6, del presente regolamento dovrebbero applicarsi a tutte le autorità garanti della

ALLEGATO II

concorrenza. In deroga a tale regola generale, qualora un'autorità responsabile della fase istruttoria sottoponga un caso ad un'autorità giudiziaria separata, l'articolo 11, paragrafo 6, dovrebbe applicarsi all'autorità responsabile della fase istruttoria alle condizioni stabilite nell'articolo 35, paragrafo 4, del presente regolamento. Se dette condizioni non sono soddisfatte si dovrebbe applicare la regola generale. In ogni caso l'articolo 11, paragrafo 6, non dovrebbe applicarsi alle giurisdizioni che agiscono in quanto istanze di ricorso.

(36) Poiché la giurisprudenza ha chiarito che il settore dei trasporti rientra nel campo d'applicazione delle regole di concorrenza, tale settore dovrebbe essere assoggettato alle norme procedurali del presente regolamento. Il regolamento n. 141 del Consiglio, del 26 novembre 1962, relativo alla non applicazione del regolamento n. 17 del Consiglio al settore dei trasporti⁽¹¹⁾ dovrebbe pertanto essere abrogato e i regolamenti (CEE) n. 1017/68⁽¹²⁾, (CEE) n. 4056/86⁽¹³⁾ e (CEE) n. 3975/87⁽¹⁴⁾ dovrebbero essere modificati per sopprimere le specifiche disposizioni procedurali in essi contenute.

(37) Il presente regolamento ottempera ai diritti fondamentali e osserva i principi sanciti in particolare nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea. Esso pertanto dovrebbe essere interpretato e applicato in relazione a detti diritti e principi.

(38) La certezza del diritto per le imprese che operano nel quadro delle regole di concorrenza comunitarie contribuisce alla promozione dell'innovazione e degli investimenti. Nei casi che danno adito ad una reale incertezza perché presentano quesiti nuovi o non risolti circa l'applicazione di dette regole, è possibile che le singole imprese desiderino ottenere dalla Commissione un orientamento informale. Il presente regolamento lascia impregiudicata la capacità della Commissione di fornire un siffatto orientamento,

HA ADOTTATO IL PRESENTE REGOLAMENTO:

CAPITOLO I

PRINCIPI

Articolo 1

Applicazione degli articoli 81 e 82 del trattato

1. Gli accordi, le decisioni e le pratiche concordate di cui all'articolo 81, paragrafo 1, del trattato che non soddisfano le condizioni di cui all'articolo 81, paragrafo 3, del

trattato sono vietati senza che occorra una previa decisione in tal senso.

2. Gli accordi, le decisioni e le pratiche concordate di cui all'articolo 81, paragrafo 1, del trattato che soddisfano le condizioni di cui all'articolo 81, paragrafo 3, del trattato non sono vietati senza che occorra una previa decisione in tal senso.

3. Lo sfruttamento abusivo di una posizione dominante ai sensi dell'articolo 82 del trattato è vietato senza che occorra una previa decisione in tal senso.

Articolo 2

Onere della prova

In tutti i procedimenti nazionali o comunitari relativi all'applicazione degli articoli 81 e 82 del trattato, l'onere della prova di un'infrazione dell'articolo 81, paragrafo 1, o dell'articolo 82 del trattato incombe alla parte o all'autorità che asserisce tale infrazione. Incombe invece all'impresa o associazione di imprese che invoca l'applicazione dell'articolo 81, paragrafo 3, del trattato l'onere di provare che le condizioni in esso enunciate sono soddisfatte.

Articolo 3

Rapporto fra gli articoli 81 e 82 e le legislazioni nazionali in materia di concorrenza

1. Quando le autorità garanti della concorrenza degli Stati membri o le giurisdizioni nazionali applicano la legislazione nazionale in materia di concorrenza ad accordi, decisioni di associazioni di imprese o pratiche concordate ai sensi dell'articolo 81, paragrafo 1, del trattato che possano pregiudicare il commercio tra Stati membri ai sensi di detta disposizione, esse applicano anche l'articolo 81 del trattato a siffatti accordi, decisioni o pratiche concordate. Quando le autorità garanti della concorrenza degli Stati membri o le giurisdizioni nazionali applicano la legislazione nazionale in materia di concorrenza agli sfruttamenti abusivi vietati dall'articolo 82 del trattato, esse applicano anche l'articolo 82 del trattato.

2. Dall'applicazione della legislazione nazionale in materia di concorrenza non può scaturire il divieto di accordi, decisioni di associazioni di imprese o pratiche concordate che possano pregiudicare il commercio tra Stati membri che non impongono restrizioni alla concorrenza ai sensi dell'articolo 81, paragrafo 1, del trattato, che soddisfano le condizioni dell'articolo 81, paragrafo 3, del trattato o che sono disciplinati da un regolamento per l'applicazione dell'articolo 81, paragrafo 3, del trattato. Il presente regolamento non impedisce agli Stati membri di adottare e

ALLEGATO II

applicare nel loro territorio norme nazionali più rigorose che vietino o sanzionino le condotte unilaterali delle imprese.

3. Fatti salvi i principi generali ed altre disposizioni di diritto comunitario, i paragrafi 1 e 2 non si applicano quando le autorità garanti della concorrenza e le giurisdizioni degli Stati membri applicano la legislazione nazionale in materia di controllo delle fusioni, né precludono l'applicazione di norme nazionali che perseguono principalmente un obiettivo differente rispetto a quello degli articoli 81 e 82 del trattato.

CAPITOLO II

COMPETENZE

Articolo 4

Competenze della Commissione

Ai fini dell'applicazione degli articoli 81 e 82 del trattato, alla Commissione sono attribuite le competenze previste dal presente regolamento.

Articolo 5

Competenze delle autorità garanti della concorrenza degli Stati membri

Le autorità garanti della concorrenza degli Stati membri sono competenti ad applicare gli articoli 81 e 82 del trattato in casi individuali. A tal fine, agendo d'ufficio o in seguito a denuncia, possono adottare le seguenti decisioni:

- ordinare la cessazione di un'infrazione,
- disporre misure cautelari,
- accettare impegni,
- comminare ammende, penalità di mora o qualunque altra sanzione prevista dal diritto nazionale.

Qualora, in base alle informazioni di cui dispongono, non sussistono le condizioni per un divieto, possono anche decidere di non avere motivo di intervenire.

Articolo 6

Competenze delle giurisdizioni nazionali

Le giurisdizioni nazionali sono competenti ad applicare gli articoli 81 e 82 del trattato.

CAPITOLO III

DECISIONI DELLA COMMISSIONE

Articolo 7

Constatazione ed eliminazione delle infrazioni

1. Se la Commissione constata, in seguito a denuncia o d'ufficio, un'infrazione all'articolo 81 o all'articolo 82 del trattato, può obbligare, mediante decisione, le imprese e associazioni di imprese interessate a porre fine all'infrazione constatata. A tal fine può imporre loro l'adozione di tutti i rimedi comportamentali o strutturali, proporzionati all'infrazione commessa e necessari a far cessare effettivamente l'infrazione stessa. I rimedi strutturali possono essere imposti solo quando non esiste un rimedio comportamentale parimenti efficace o quando un rimedio comportamentale parimenti efficace risulterebbe più oneroso, per l'impresa interessata, del rimedio strutturale. Qualora la Commissione abbia un legittimo interesse in tal senso, essa può inoltre procedere alla constatazione di un'infrazione già cessata.

2. Possono presentare una denuncia ai sensi del paragrafo 1 le persone fisiche o giuridiche che abbiano legittimo interesse e gli Stati membri.

Articolo 8

Misure cautelari

1. Nei casi di urgenza dovuta al rischio di un danno grave e irreparabile per la concorrenza la Commissione può, d'ufficio, ove constati prima facie la sussistenza di un'infrazione, adottare mediante decisione misure cautelari.

2. Le decisioni adottate ai sensi del paragrafo 1 sono applicabili per un determinato periodo di tempo e possono, se necessario ed opportuno, essere rinnovate.

ALLEGATO II

Articolo 9

Impegni

1. Qualora intenda adottare una decisione volta a far cessare un'infrazione e le imprese interessate propongano degli impegni tali da rispondere alle preoccupazioni espresse loro dalla Commissione nella sua valutazione preliminare, la Commissione può, mediante decisione, rendere detti impegni obbligatori per le imprese. La decisione può essere adottata per un periodo di tempo determinato e giunge alla conclusione che l'intervento della Commissione non è più giustificato.

2. La Commissione, su domanda o d'ufficio, 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.

Articolo 10

Constatazione di inapplicabilità

Per ragioni di interesse pubblico comunitario relative all'applicazione degli articoli 81 e 82 del trattato, la Commissione, d'ufficio, può stabilire mediante decisione che l'articolo 81 del trattato è inapplicabile a un accordo, a una decisione di un'associazione di imprese o a una pratica concordata, o perché le condizioni di cui all'articolo 81, paragrafo 1, del trattato non sono soddisfatte, o perché sono soddisfatte le condizioni di cui all'articolo 81, paragrafo 3, del trattato.

La Commissione può effettuare una tale constatazione anche in relazione all'articolo 82 del trattato.

CAPITOLO IV

COOPERAZIONE

Articolo 11

Cooperazione fra la Commissione e le autorità garanti della concorrenza degli Stati membri

1. La Commissione e le autorità garanti della concorrenza degli Stati membri applicano le regole di concorrenza comunitarie in stretta collaborazione.

2. La Commissione trasmette alle autorità garanti della concorrenza degli Stati membri copia dei principali documenti raccolti ai fini dell'applicazione degli articoli 7, 8, 9, 10 e dell'articolo 29, paragrafo 1. La Commissione fornisce all'autorità garante della concorrenza di uno Stato membro, su richiesta di quest'ultima, copia di altri documenti esistenti necessari alla valutazione della pratica trattata.

3. Quando le autorità garanti della concorrenza degli Stati membri agiscono ai sensi dell'articolo 81 o 82 del trattato, esse ne informano per iscritto la Commissione prima o immediatamente dopo l'avvio della prima misura formale di indagine. L'informazione può essere resa disponibile anche alle autorità garanti della concorrenza degli altri Stati membri.

4. Al più tardi 30 giorni prima dell'adozione di una decisione volta a ordinare la cessazione di un'infrazione, ad accettare impegni o a revocare l'applicazione di un regolamento d'esenzione per categoria, le autorità garanti della concorrenza degli Stati membri informano la Commissione. A tal fine esse forniscono alla Commissione una presentazione del caso in questione, la decisione prevista o, in sua mancanza, qualsiasi altro documento che esponga la linea d'azione proposta. Tali informazioni possono essere fornite anche alle autorità garanti della concorrenza degli altri Stati membri. Su richiesta della Commissione, l'autorità garante della concorrenza che agisce rende disponibili alla Commissione altri documenti in suo possesso necessari alla valutazione della pratica. Le informazioni fornite alla Commissione possono essere messe a disposizione delle autorità garanti della concorrenza degli altri Stati membri. Le autorità nazionali garanti della concorrenza possono anche scambiarsi le informazioni necessarie alla valutazione di un caso di cui si occupano a norma degli articoli 81 o 82 del trattato.

5. Le autorità garanti della concorrenza degli Stati membri possono consultare la Commissione su qualsiasi caso che implichi l'applicazione del diritto comunitario.

ALLEGATO II

6. L'avvio di un procedimento da parte della Commissione per l'adozione di una decisione ai sensi del capitolo III priva le autorità garanti della concorrenza degli Stati membri della competenza ad applicare gli articoli 81 e 82 del trattato. Qualora un'autorità garante della concorrenza di uno Stato membro stia già svolgendo un procedimento, la Commissione avvia il procedimento unicamente previa consultazione di quest'ultima.

Articolo 12

Scambio di informazioni

1. Ai fini dell'applicazione degli articoli 81 e 82 del trattato, la Commissione e le autorità garanti della concorrenza degli Stati membri hanno la facoltà di scambiare e utilizzare come mezzo di prova qualsiasi elemento di fatto o di diritto, comprese informazioni riservate.

2. Le informazioni scambiate possono essere utilizzate come mezzo di prova soltanto ai fini dell'applicazione degli articoli 81 o 82 del trattato e riguardo all'oggetto dell'indagine per il quale sono state raccolte dall'autorità che le trasmette. Tuttavia qualora la legislazione nazionale in materia di concorrenza sia applicata allo stesso caso e in parallelo al diritto comunitario in materia di concorrenza e non porti ad un risultato diverso, le informazioni scambiate ai sensi del presente articolo possono essere utilizzate anche per l'applicazione della legislazione nazionale in materia di concorrenza.

3. Le informazioni scambiate a norma del paragrafo 1 possono essere utilizzate come mezzo di prova per comminare sanzioni a persone fisiche soltanto quando:

- il diritto dell'autorità che trasmette le informazioni prevede sanzioni di tipo analogo in caso di infrazione all'articolo 81 o all'articolo 82 del trattato o, in mancanza,
- le informazioni sono state raccolte in un modo che rispetta lo stesso livello di tutela dei diritti di difesa delle persone fisiche di quello previsto dalle norme nazionali dell'autorità che le riceve. In tal caso le informazioni scambiate non possono tuttavia essere utilizzate dall'autorità che le riceve per imporre sanzioni detentive.

Articolo 13

Sospensione o chiusura del procedimento

1. Quando le autorità garanti della concorrenza di due o più Stati membri hanno

ricevuto una denuncia o agiscono d'ufficio ai sensi dell'articolo 81 o dell'articolo 82 del trattato riguardo al medesimo accordo, alla medesima decisione di un'associazione o alla medesima pratica, il fatto che un'autorità garante della concorrenza stia esaminando il caso costituisce, per le altre autorità, un motivo sufficiente per sospendere il procedimento o per respingere la denuncia. La Commissione può analogamente respingere una denuncia qualora questa sia all'esame dell'autorità garante della concorrenza di uno Stato membro.

2. Qualora un'autorità garante della concorrenza di uno Stato membro o la Commissione abbiano ricevuto una denuncia contro un accordo, una decisione di un'associazione o una pratica già trattata da un'altra autorità garante della concorrenza, tale denuncia può essere respinta.

Articolo 14

Comitato consultivo

1. La Commissione consulta un comitato consultivo in materia di intese e posizioni dominanti prima dell'adozione di qualsiasi decisione ai sensi degli articoli 7, 8, 9, 10, 23, dell'articolo 24, paragrafo 2 e dell'articolo 29, paragrafo 1.

2. Ai fini della discussione di casi individuali il comitato consultivo è composto da rappresentanti delle autorità garanti della concorrenza degli Stati membri. Per le riunioni in cui si discutono temi diversi da casi individuali può essere designato un ulteriore rappresentante degli Stati membri competente in materia di concorrenza. In caso di impedimento i rappresentanti possono essere sostituiti da altri rappresentanti.

3. La consultazione può essere effettuata nel corso di una riunione convocata e presieduta dalla Commissione, da tenersi non prima di quattordici giorni da quando viene inviata la convocazione, unita mente all'esposizione della questione, all'indicazione dei documenti più importanti della pratica e a un progetto preliminare di decisione. Per quanto riguarda le decisioni di cui all'articolo 8, la riunione può aver luogo sette giorni dopo l'invio della parte operativa di un progetto di decisione. Se la Commissione invia la convocazione della riunione con un termine di convocazione inferiore a quelli summenzionati, la riunione può svolgersi alla data proposta se non vi sono obiezioni da parte degli Stati membri. Il comitato consultivo emette per iscritto un parere sul progetto preliminare di decisione della Commissione. Il parere può essere formulato anche se alcuni dei membri sono assenti e non si sono fatti rappresentare. Su richiesta di uno o più membri le posizioni assunte nel parere sono motivate.

4. La consultazione può anche avere luogo mediante procedura scritta. Tuttavia, se

ALLEGATO II

uno Stato membro lo richiede, la Commissione convoca una riunione. In caso di procedura scritta la Commissione stabilisce un termine, non inferiore a quattordici giorni, entro il quale gli Stati membri devono formulare le loro osservazioni da trasmettere a tutti gli altri Stati membri. Per quanto riguarda le decisioni da prendere ai sensi dell'articolo 8, il termine di quattordici giorni è sostituito da quello di sette giorni. Se la Commissione fissa per la procedura scritta un termine inferiore a quelli summenzionati, si applica il termine proposto se non vi sono obiezioni da parte di nessuno Stato membro.

5. La Commissione tiene in massima considerazione il parere del comitato consultivo. Essa lo informa del modo in cui ha tenuto conto del parere.

6. Se il parere del comitato consultivo è formulato per iscritto, esso è unito al progetto di decisione. Se il comitato consultivo ne raccomanda la pubblicazione, la Commissione provvede alla pubblicazione del parere tenendo debitamente conto dell'interesse legittimo delle imprese a che non vengano divulgati segreti aziendali.

7. Su richiesta dell'autorità garante della concorrenza di uno Stato membro la Commissione iscrive all'ordine del giorno del comitato consultivo i casi che sono in corso di trattazione da parte dell'autorità garante della concorrenza di uno Stato membro ai sensi degli articoli 81 e 82 del trattato. La Commissione può agire in tal senso anche di propria iniziativa. Preventivamente, la Commissione ne informa l'autorità garante della concorrenza interessata.

La richiesta può essere avanzata in particolare dall'autorità garante della concorrenza di uno Stato membro per i casi in cui la Commissione intende avviare il procedimento di cui all'articolo 11, paragrafo 6.

Il comitato consultivo non emette pareri su casi trattati dalle autorità garanti della concorrenza degli Stati membri. Il comitato consultivo può anche discutere problemi generali riguardanti il diritto comunitario in materia di concorrenza.

Articolo 15

Cooperazione con le giurisdizioni nazionali

1. Nell'ambito dei procedimenti per l'applicazione dell'articolo 81 o dell'articolo 82 del trattato le giurisdizioni degli Stati membri possono chiedere alla Commissione di trasmettere loro le informazioni in suo possesso o i suoi pareri in merito a questioni relative all'applicazione delle regole di concorrenza comunitarie.

2. Gli Stati membri trasmettono alla Commissione copia delle sentenze scritte delle

giurisdizioni nazionali competenti a pronunciarsi sull'applicazione dell'articolo 81 o dell'articolo 82 del trattato. La copia è trasmessa senza indugio dopo che il testo integrale della sentenza scritta è stato notificato alle parti.

3. Le autorità garanti della concorrenza degli Stati membri possono, agendo d'ufficio, presentare osservazioni scritte alle giurisdizioni nazionali dei rispettivi Stati membri in merito a questioni relative all'applicazione dell'articolo 81 o dell'articolo 82 del trattato. Previa autorizzazione della giurisdizione competente, esse possono inoltre presentare osservazioni orali alle giurisdizioni nazionali dei rispettivi Stati membri. Qualora sia necessario ai fini dell'applicazione uniforme dell'articolo 81 o dell'articolo 82 del trattato, la Commissione, agendo d'ufficio, può presentare osservazioni scritte alle giurisdizioni degli Stati membri. Previa autorizzazione della giurisdizione competente, essa può inoltre presentare osservazioni orali.

Esclusivamente ai fini della preparazione delle rispettive osservazioni, le autorità garanti della concorrenza degli Stati membri e la Commissione possono chiedere alla competente giurisdizione dello Stato membro di trasmettere o di garantire che vengano loro trasmessi i documenti necessari alla valutazione del caso trattato.

4. Il presente articolo lascia impregiudicati i più ampi poteri di presentare osservazioni dinanzi alle giurisdizioni che siano conferiti alle autorità garanti della concorrenza degli Stati membri in forza della legislazione dei rispettivi Stati membri.

Articolo 16

Applicazione uniforme del diritto comunitario in materia di concorrenza

1. Quando le giurisdizioni nazionali si pronunciano su accordi, decisioni e pratiche ai sensi dell'articolo 81 o 82 del trattato che sono già oggetto di una decisione della Commissione, non possono prendere decisioni che siano in contrasto con la decisione adottata dalla Commissione. Esse devono inoltre evitare decisioni in contrasto con una decisione contemplata dalla Commissione in procedimenti da essa avviati. A tal fine le giurisdizioni nazionali possono valutare se sia necessario o meno sospendere i procedimenti da esse avviati. Tale obbligo lascia impregiudicati i diritti e gli obblighi di cui all'articolo 234 del trattato.

2. Quando le autorità garanti della concorrenza degli Stati membri si pronunciano su accordi, decisioni o pratiche ai sensi dell'articolo 81 o dell'articolo 82 del trattato che sono già oggetto di una decisione della Commissione, non possono prendere decisioni che siano in contrasto con la decisione adottata dalla Commissione.

ALLEGATO II

CAPITOLO V

POTERI DI INDAGINE

Articolo 17

Indagini per settore economico e per tipo di accordi

1. Se l'evoluzione degli scambi fra Stati membri, la rigidità dei prezzi o altre circostanze fanno presumere che la concorrenza può essere ristretta o falsata all'interno del mercato comune, la Commissione può procedere ad una sua indagine in un settore specifico dell'economia o nell'ambito di un tipo particolare di accordi in vari settori. Nel corso di tale indagine la Commissione può richiedere alle imprese o alle associazioni di imprese interessate di fornire le informazioni necessarie per l'applicazione degli articoli 81 e 82 del trattato e svolgere i necessari accertamenti.

La Commissione può, in particolare, chiedere alle imprese o associazioni di imprese interessate di comunicarle tutti gli accordi, decisioni e pratiche concordate.

La Commissione può pubblicare una relazione sui risultati della sua indagine in settori specifici dell'economia o nell'ambito di tipi particolari di accordi in vari settori e invitare le parti interessate a presentare le loro osservazioni.

2. Sono applicabili, mutatis mutandis, gli articoli 14, 18, 19, 20 e 22, 23 e 24.

Articolo 18

Richiesta di informazioni

1. Per l'assolvimento dei compiti affidatili dal presente regolamento, la Commissione può, mediante semplice domanda o con decisione, richiedere alle imprese e associazioni di imprese di fornire tutte le informazioni necessarie.

2. Nell'inviare una semplice domanda di informazioni ad un'impresa o associazione di imprese, la Commissione indica le basi giuridiche e lo scopo della domanda, precisa le informazioni richieste e stabilisce il termine entro il quale le informazioni devono essere fornite nonché le sanzioni previste dall'articolo 23 nel caso in cui siano fornite informazioni inesatte o fuorvianti.

3. Quando richiede alle imprese o associazioni di imprese di comunicare informazioni mediante decisione, la Commissione indica le basi giuridiche e lo

scopo della domanda, precisa le informazioni richieste e stabilisce un termine entro il quale esse devono essere fornite. Indica altresì le sanzioni previste dall'articolo 23 e indica o commina le sanzioni di cui all'articolo 24. Fa menzione inoltre del diritto di presentare ricorso dinanzi alla Corte di giustizia delle Comunità europee avverso la decisione.

4. L'obbligo di fornire le informazioni richieste incombe, a nome dell'impresa o associazione di imprese interessate, ai proprietari delle imprese o ai loro rappresentanti e, se si tratta di persone giuridiche, di società, o di associazioni non dotate di personalità giuridica, a coloro che, per legge o in base allo statuto, ne hanno la rappresentanza. Gli avvocati debitamente incaricati possono fornire le informazioni richieste in nome dei loro clienti. Questi ultimi restano pienamente responsabili qualora le informazioni fornite siano incomplete, inesatte o fuorvianti.

5. La Commissione trasmette senza indugio copia della semplice domanda o della decisione all'autorità garante della concorrenza dello Stato membro nel cui territorio è situata la sede dell'impresa o associazione di imprese e all'autorità garante della concorrenza dello Stato membro il cui territorio è interessato.

6. A richiesta della Commissione i governi e le autorità garanti della concorrenza degli Stati membri forniscono alla Commissione tutte le informazioni necessarie per assolvere i compiti affidatili dal presente regolamento.

Articolo 19

Potere di raccogliere dichiarazioni

1. Per l'assolvimento dei compiti affidatili dal presente regolamento, la Commissione può sentire ogni persona fisica o giuridica che vi acconsenta ai fini della raccolta di informazioni relative all'oggetto di un'indagine.

2. Se l'audizione di cui al paragrafo 1 si svolge nei locali di un'impresa, la Commissione ne informa l'autorità garante della concorrenza dello Stato membro nel cui territorio ha luogo l'audizione. I funzionari di quest'ultima possono, su richiesta di detta autorità, assistere gli agenti della Commissione e le altre persone che li accompagnano incaricati di svolgere l'audizione.

Articolo 20

Poteri della Commissione in materia di accertamenti

1. Per l'assolvimento dei compiti affidatili dal presente regolamento, la

ALLEGATO II

Commissione può procedere a tutti gli accertamenti necessari presso le imprese e associazioni di imprese.

2. Gli agenti e le altre persone che li accompagnano autorizzati dalla Commissione a procedere agli accertamenti dispongono dei seguenti poteri:

- a) accedere a tutti i locali, terreni e mezzi di trasporto di imprese e associazioni di imprese;
- b) controllare i libri e qualsiasi altro documento connesso all'azienda, su qualsiasi forma di supporto;
- c) fare o ottenere sotto qualsiasi forma copie o estratti dei suddetti libri o documenti;
- d) apporre sigilli a tutti i locali e libri o documenti aziendali per la durata degli accertamenti e nella misura necessaria al loro espletamento;
- e) chiedere a qualsiasi rappresentante o membro del personale dell'impresa o dell'associazione di imprese spiegazioni su fatti o documenti relativi all'oggetto e allo scopo degli accertamenti e verbalizzarne le risposte.

3. Gli agenti e le altre persone che li accompagnano autorizzati dalla Commissione a procedere agli accertamenti esercitano i loro poteri su presentazione di un mandato scritto che precisa l'oggetto e lo scopo degli accertamenti, nonché la sanzione prevista dall'articolo 23 per il caso in cui i libri e gli altri documenti connessi all'azienda richiesti siano presentati in modo incompleto e per il caso in cui le risposte fornite alle domande poste in applicazione del paragrafo 2 del presente articolo siano inesatte o fuorvianti. Prima degli accertamenti, la Commissione avvisa in tempo utile l'autorità garante della concorrenza dello Stato membro nel cui territorio essi devono essere compiuti.

4. Le imprese e le associazioni di imprese sono obbligate a sottoporsi agli accertamenti ordinati dalla Commissione mediante decisione. La decisione precisa l'oggetto e lo scopo degli accertamenti, ne fissa la data di inizio ed indica le sanzioni previste dagli articoli 23 e 24, nonché il diritto di presentare ricorso dinanzi alla Corte di giustizia avverso la decisione. La Commissione adotta tali decisioni dopo aver sentito l'autorità garante della concorrenza dello Stato membro nel cui territorio devono essere effettuati gli accertamenti.

5. Gli agenti dell'autorità garante della concorrenza dello Stato membro nel cui territorio devono essere effettuati gli accertamenti o le persone da essa autorizzate o incaricate, su domanda di tale autorità o della Commissione, prestano attivamente

assistenza agli agenti e alle altre persone che li accompagnano autorizzati dalla Commissione. Essi dispongono a tal fine dei poteri definiti al paragrafo 2.

6. Qualora gli agenti e le altre persone che li accompagnano autorizzati dalla Commissione constatino che un'impresa si oppone ad un accertamento ordinato a norma del presente articolo, lo Stato membro interessato presta loro l'assistenza necessaria per l'esecuzione degli accertamenti, ricorrendo se del caso alla forza pubblica o a un'autorità equivalente incaricata dell'applicazione della legge.

7. Se l'assistenza di cui al paragrafo 6 richiede l'autorizzazione di un'autorità giudiziaria ai sensi della legislazione nazionale, tale autorizzazione viene richiesta. Essa può anche essere richiesta in via preventiva.

8. Qualora sia richiesta l'autorizzazione di cui al paragrafo 7, l'autorità giudiziaria nazionale controlla l'autenticità della decisione della Commissione e verifica che le misure coercitive previste non siano né arbitrarie né sproporzionate rispetto all'oggetto degli accertamenti. Nel verificare la proporzionalità delle misure coercitive, l'autorità giudiziaria nazionale può chiedere alla Commissione, direttamente o attraverso l'autorità garante della concorrenza dello Stato membro, una spiegazione dettagliata, in particolare, dei motivi per i quali la Commissione sospetta un'infrazione agli articoli 81 e 82 del trattato nonché della gravità della presunta infrazione e della natura del coinvolgimento dell'impresa interessata. Tuttavia la autorità giudiziaria nazionale non può né mettere in discussione la necessità degli accertamenti né chiedere che siano fornite informazioni contenute nel fascicolo della Commissione. Il controllo della legittimità della decisione della Commissione è riservato alla Corte di giustizia.

Articolo 21

Accertamenti in altri locali

1. Se vi sono motivi ragionevoli di sospettare che libri o altri documenti connessi all'azienda e all'oggetto degli accertamenti, che possono essere pertinenti per provare un'infrazione grave all'articolo 81 o all'articolo 82 del trattato, sono conservati in altri locali, terreni e mezzi di trasporto, compreso il domicilio di amministratori, direttori e altri membri del personale delle imprese o associazioni di imprese interessate, la Commissione può, mediante decisione, ordinare che siano effettuati accertamenti in siffatti locali, terreni e mezzi di trasporto.

2. La decisione specifica l'oggetto e lo scopo degli accertamenti, ne stabilisce la data d'inizio e fa menzione del diritto di presentare ricorso dinanzi alla Corte di giustizia avverso la decisione. Essa precisa in particolare, i motivi che hanno indotto la

ALLEGATO II

Commissione a concludere che esiste un motivo di sospetto ai sensi del paragrafo 1. La Commissione adotta tali decisioni previa consultazione dell'autorità garante della concorrenza dello Stato membro nel cui territorio devono essere effettuati gli accertamenti.

3. Una decisione adottata ai sensi del paragrafo 1 non può essere eseguita senza l'autorizzazione preliminare dell'autorità giudiziaria nazionale dello Stato membro interessato. Quest'ultima controlla l'autenticità della decisione della Commissione e verifica che le misure coercitive previste non siano né arbitrarie né sproporzionate in considerazione, in particolare, della gravità della presunta infrazione, dell'importanza della prova richiesta, del coinvolgimento dell'impresa interessata e della ragionevole probabilità che i registri e i documenti aziendali relativi all'oggetto degli accertamenti siano detenuti nei locali per i quali è chiesta l'autorizzazione. L'autorità giudiziaria nazionale può chiedere alla Commissione, direttamente o attraverso l'autorità garante della concorrenza dello Stato membro una spiegazione dettagliata degli elementi che sono necessari per permetterle di verificare la proporzionalità delle misure coercitive previste.

Tuttavia, l'autorità giudiziaria nazionale non può mettere in discussione la necessità degli accertamenti né chiedere che siano fornite informazioni contenute nel fascicolo della Commissione. Il controllo della legittimità della decisione della Commissione è riservato alla Corte di giustizia.

4. Gli agenti e le altre persone che li accompagnano autorizzati dalla Commissione ad effettuare accertamenti ordinati in conformità del paragrafo 1 dispongono dei poteri previsti all'articolo 20, paragrafo 2, lettere a), b) e c). I paragrafi 5 e 6 dell'articolo 20 si applicano *mutatis mutandis*.

Articolo 22

Indagini effettuate dalle autorità garanti della concorrenza degli Stati membri

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.

2. Su richiesta della Commissione, le autorità garanti della concorrenza degli Stati membri procedono agli accertamenti che la Commissione ritiene necessari a norma dell'articolo 20, paragrafo 1 o che essa ha ordinato mediante decisione ai sensi

dell'articolo 20, paragrafo 4. I funzionari delle autorità garanti della concorrenza degli Stati membri incaricati di procedere agli accertamenti così come quelli da esse autorizzati o nominati esercitano i loro poteri conformemente alla loro legislazione nazionale.

Gli agenti e le altre persone che li accompagnano autorizzati dalla Commissione possono, su richiesta di questa o dell'autorità garante della concorrenza dello Stato membro nel cui territorio devono essere effettuati gli accertamenti, assistere i funzionari dell'autorità interessata.

CAPITOLO VI

SANZIONI

Articolo 23

Ammende

1. La Commissione può, mediante decisione, irrogare alle imprese ed alle associazioni di imprese ammende il cui importo può giungere fino all'1 % del fatturato totale realizzato durante l'esercizio sociale precedente, quando esse, intenzionalmente o per negligenza:

- a) forniscono informazioni inesatte o fuorvianti in risposta a una domanda rivolta a norma dell'articolo 17 o dell'articolo 18, paragrafo 2;
- b) in risposta ad una richiesta formulata mediante decisione adottata ai sensi dell'articolo 17 o dell'articolo 18, paragrafo 3, forniscono informazioni inesatte, incomplete o fuorvianti oppure non forniscono le informazioni entro il termine stabilito;
- c) presentano in maniera incompleta, nel corso degli accertamenti effettuati a norma dell'articolo 20, i libri o altri documenti richiesti, connessi all'azienda, o rifiutano di sottoporsi agli accertamenti ordinati mediante decisione adottata ai sensi dell'articolo 20, paragrafo 4;
- d) in risposta ad una domanda posta a norma dell'articolo 20, paragrafo 2, lettera e),
 - forniscono una risposta inesatta o fuorviante,
 - non rettificano entro un termine stabilito dalla Commissione una risposta inesatta, incompleta o fuorviante data da un membro del personale, oppure

ALLEGATO II

- non forniscono o rifiutano di fornire una risposta completa su fatti inerenti all'oggetto e allo scopo di accertamenti ordinati mediante decisione adottata ai sensi dell'articolo 20, paragrafo 4;

e) sono stati infranti i sigilli apposti, in applicazione dell'articolo 20, paragrafo 2, lettera d), dagli agenti o dalle persone che li accompagnano autorizzati dalla Commissione.

2. La Commissione può, mediante decisione, infliggere ammende alle imprese ed alle associazioni di imprese quando, intenzionalmente o per negligenza:

a) commettono un'infrazione alle disposizioni dell'articolo 81 o dell'articolo 82 del trattato; oppure

b) contravvengono a una decisione che disponga misure cautelati ai sensi dell'articolo 8; oppure

c) non rispettano un impegno reso obbligatorio mediante decisione ai sensi dell'articolo 9.

Per ciascuna impresa o associazione di imprese partecipanti all'infrazione, l'ammenda non deve superare il 10 % del fatturato totale realizzato durante l'esercizio sociale precedente.

Qualora l'infrazione di un'associazione sia relativa alle attività dei membri della stessa, l'ammenda non deve superare il 10 % dell'importo del fatturato totale di ciascun membro attivo sul mercato coinvolto dall'infrazione dell'associazione.

3. Per determinare l'ammontare dell'ammenda occorre tener conto, oltre che della gravità dell'infrazione, anche della sua durata.

4. Qualora sia irrogata un'ammenda a un'associazione di imprese che tenga conto del fatturato dei suoi membri e l'associazione non sia solvibile, l'associazione è tenuta a richiedere ai propri membri contributi a concorrenza dell'importo dell'ammenda.

Se tali contributi non sono stati versati all'associazione entro un termine stabilito dalla Commissione, quest'ultima può esigere il pagamento dell'ammenda direttamente da ciascuna delle imprese i cui rappresentanti erano membri degli organi decisionali interessati dell'associazione.

Una volta richiesto il pagamento ai sensi del secondo comma, se necessario per garantire il totale pagamento dell'ammenda, la Commissione può esigere il pagamento del saldo da parte di ciascuno dei membri dell'associazione presenti sul mercato nel quale si è verificata l'infrazione.

Tuttavia la Commissione non esige il pagamento ai sensi del secondo e del terzo comma dalle imprese che dimostrino che non hanno attuato la decisione dell'associazione che ha costituito un'infrazione e che o non erano al corrente della sua esistenza, o si sono attivamente dissociate da essa anteriormente all'avvio delle indagini da parte della Commissione.

La responsabilità finanziaria di ciascuna impresa per il pagamento dell'ammenda non deve superare il 10 % del suo fatturato totale realizzato durante l'esercizio sociale precedente.

5. Le decisioni adottate a norma dei paragrafi 1 e 2 non hanno carattere penale.

Articolo 24

Penalità di mora

1. La Commissione può, mediante decisione, irrogare alle imprese e associazioni di imprese penalità di mora il cui importo può giungere fino al 5 % del fatturato medio giornaliero realizzato durante l'esercizio sociale precedente per ogni giorno di ritardo a decorrere dalla data fissata nella decisione, al fine di costringerle:

- a) a porre fine a un'infrazione alle disposizioni dell'articolo 81 o dell'articolo 82 del trattato conformemente a una decisione adottata in applicazione dell'articolo 7;
- b) a rispettare una decisione che dispone provvedimenti provvisori in applicazione dell'articolo 8;
- c) a rispettare un impegno reso obbligatorio mediante decisione ai sensi dell'articolo 9;
- d) a fornire in maniera completa ed esatta un'informazione richiesta mediante decisione adottata ai sensi dell'articolo 17 o dell'articolo 18, paragrafo 3;
- e) a sottoporsi agli accertamenti che essa ha ordinato mediante decisione adottata ai sensi dell'articolo 20, paragrafo 4.

2. Quando le imprese o associazioni di imprese hanno adempiuto all'obbligo per la

ALLEGATO II

cui osservanza è stata inflitta la penalità di mora, la Commissione può fissare l'ammontare definitivo di questa in una misura inferiore a quella che risulta dalla decisione originaria. Si applicano per analogia le disposizioni dell'articolo 23, paragrafo 4.

CAPITOLO VII

PRESCRIZIONE

Articolo 25

Prescrizione in materia di imposizione di sanzioni

1. I poteri conferiti alla Commissione in virtù degli articoli 23 e 24 sono soggetti ai termini di prescrizione seguenti:

- a) tre anni per le infrazioni alle disposizioni relative alla richiesta di informazioni o all'esecuzione di accertamenti;
- b) cinque anni per le altre infrazioni.

2. La prescrizione decorre dal giorno in cui è stata commessa l'infrazione. Tuttavia, per quanto concerne le infrazioni continuate o ripetute, la prescrizione decorre dal giorno in cui è cessata l'infrazione.

3. La prescrizione riguardante l'imposizione di ammende o di penalità di mora si interrompe con qualsiasi atto della Commissione o dell'autorità garante della concorrenza di uno Stato membro destinato all'accertamento o alla repressione dell'infrazione. La prescrizione è interrotta a partire dal giorno in cui l'atto è notificato ad almeno un'impresa, o associazione di imprese, che abbia partecipato all'infrazione. Gli atti interruttivi della prescrizione comprendono in particolare:

- a) le domande scritte di informazioni formulate dalla Commissione o da un'autorità garante della concorrenza di uno Stato membro;
- b) i mandati scritti ad eseguire accertamenti rilasciati ai propri agenti dalla Commissione o da un'autorità garante della concorrenza di uno Stato membro;
- c) l'avvio di un procedimento da parte della Commissione o di un'autorità garante della concorrenza di uno Stato membro;
- d) la comunicazione degli addebiti mossi dalla Commissione o da un'autorità

garante della concorrenza di uno Stato membro.

4. L'interruzione della prescrizione vale nei confronti di tutte le imprese ed associazioni di imprese che abbiano partecipato all'infrazione.

5. Per effetto dell'interruzione si inizia un nuovo periodo di prescrizione. La prescrizione opera tuttavia al più tardi allo spirare del doppio del termine previsto, se la Commissione non ha irrogato un'ammenda o una penalità di mora entro tale termine. Detto termine è prolungato della durata della sospensione in conformità al paragrafo 6.

6. La prescrizione in materia di imposizione di ammende o di penalità di mora rimane sospesa per il tempo in cui pende dinanzi alla Corte di giustizia un ricorso contro la decisione della Commissione.

Articolo 26

Prescrizione in materia d'esecuzione delle sanzioni

1. Il potere della Commissione di procedere all'esecuzione delle decisioni adottate ai sensi degli articoli 23 e 24 si prescrive dopo cinque anni.

2. La prescrizione inizia a decorrere dal giorno in cui la decisione è divenuta inoppugnabile.

3. La prescrizione in materia di esecuzione delle sanzioni è interrotta:

a) dalla notificazione di una decisione che modifica l'ammontare iniziale dell'ammenda o della penalità di mora, oppure respinge una domanda intesa ad ottenere una tale modifica;

b) da ogni atto compiuto dalla Commissione o da uno Stato membro, su richiesta della Commissione, ai fini dell'esecuzione forzata dell'ammenda o della penalità di mora.

4. Dopo ogni interruzione inizia un nuovo periodo di prescrizione.

5. La prescrizione in materia di esecuzione delle sanzioni è sospesa:

a) per tutto il periodo nel quale è consentito il pagamento;

b) per tutto il periodo nel quale l'esecuzione forzata è sospesa in virtù di una

ALLEGATO II

decisione della Corte di giustizia.

CAPITOLO VIII

AUDIZIONI E SEGRETO D'UFFICIO

Articolo 27

Audizione delle parti, dei ricorrenti e degli altri terzi

1. Prima di adottare qualsiasi decisione prevista dagli articoli 7, 8, 23 e 24, paragrafo 2, la Commissione dà modo alle imprese e associazioni di imprese oggetto del procedimento avviato dalla Commissione di essere sentite relativamente agli addebiti su cui essa si basa. La Commissione basa le sue decisioni solo sugli addebiti in merito ai quali le parti interessate sono state poste in condizione di essere sentite. I ricorrenti sono strettamente associati al procedimento.

2. Nel corso del procedimento sono pienamente garantiti i diritti di difesa delle parti interessate. Esse hanno diritto d'accesso al fascicolo della Commissione, fermo restando il legittimo interesse delle imprese alla tutela dei propri segreti aziendali. Sono esclusi dal diritto di accesso le informazioni riservate e i documenti interni della Commissione e delle autorità garanti della concorrenza degli Stati membri. Sono esclusi specificamente dal diritto di accesso gli scambi di corrispondenza fra la Commissione e le autorità garanti della concorrenza degli Stati membri o fra queste ultime, compresi i documenti redatti ai sensi degli articoli 11 e 14. Nessuna disposizione del presente paragrafo può impedire alla Commissione la divulgazione e l'utilizzo delle informazioni necessarie a dimostrare l'esistenza di un'infrazione.

3. La Commissione può sentire, nella misura in cui lo ritenga necessario, ogni altra persona fisica o giuridica. Qualora persone fisiche o giuridiche chiedano di essere sentite, dimostrando di avervi un interesse sufficiente, la loro domanda è accolta. Le autorità garanti della concorrenza degli Stati membri possono inoltre chiedere alla Commissione di sentire altre persone fisiche o giuridiche.

4. La Commissione, qualora intenda adottare una decisione ai sensi degli articoli 9 o 10, pubblica un'esposizione sommaria dei fatti e il contenuto essenziale degli impegni o dell'azione proposta. I terzi interessati possono presentare le loro osservazioni entro un termine stabilito dalla Commissione all'atto della pubblicazione e che non può essere inferiore a un mese. La pubblicazione deve tener conto del legittimo interesse delle imprese alla protezione dei propri segreti aziendali.

Articolo 28

Segreto d'ufficio

1. Salvo il disposto degli articoli 12 e 15, le informazioni raccolte ai sensi degli articoli da 17 a 22 possono essere utilizzate soltanto per lo scopo per il quale sono state assunte.

2. Fatti salvi lo scambio e l'uso delle informazioni previste dagli articoli 11, 12, 14, 15 e 27, la Commissione e le autorità degli Stati membri garanti della concorrenza nonché i loro funzionari, agenti e altre persone che lavorano sotto il controllo di dette autorità così come i funzionari e gli agenti di altre autorità degli Stati membri sono tenuti a non divulgare le informazioni acquisite o scambiate in applicazione del presente regolamento e che, per la loro natura, sono protette dal segreto d'ufficio. Questo obbligo è valido anche per tutti i rappresentanti e gli esperti degli Stati membri partecipanti alle riunioni del Comitato consultivo conformemente all'articolo 14.

CAPITOLO IX

REGOLAMENTI D'ESENZIONE

Articolo 29

Revoca in casi specifici

1. Quando la Commissione, autorizzata da un regolamento del Consiglio, come i regolamenti 19/65/CEE, (CEE) n. 2821/71, (CEE) n. 3976/87, (CEE) n. 1534/91 e (CEE) n. 479/92, ad applicare l'articolo 81, paragrafo 3, del trattato, abbia dichiarato mediante regolamento che l'articolo 81, paragrafo 1, del trattato è inapplicabile a determinate categorie di accordi, decisioni di associazioni di imprese e pratiche concordate, essa può, agendo d'ufficio o in seguito a denuncia, revocare il beneficio di tale regolamento d'esenzione qualora constati che in uno specifico caso un accordo, una decisione o una pratica concordata cui si applica il regolamento di esenzione ha effetti incompatibili con l'articolo 81, paragrafo 3, del trattato.

2. Qualora, in uno specifico caso, taluni accordi, decisioni di associazioni di imprese o pratiche concordate che rientrano nel campo d'applicazione di un regolamento della Commissione di cui al paragrafo 1 producano effetti incompatibili con l'articolo 81, paragrafo 3, del trattato sul territorio di uno Stato membro o in una parte di esso avente tutte le caratteristiche di un mercato geografico distinto, l'autorità garante della concorrenza di tale Stato membro può revocare il beneficio

ALLEGATO II

di tale regolamento sul territorio di tale Stato.

CAPITOLO X

DISPOSIZIONI GENERALI

Articolo 30

Pubblicazione delle decisioni

1. La Commissione pubblica le decisioni adottate in applicazione degli articoli da 7 a 10 e degli articoli 23 e 24.

2. La pubblicazione indica le parti interessate e il contenuto essenziale della decisione, comprese le sanzioni irrogate. Essa tiene conto del legittimo interesse delle imprese alla protezione dei propri segreti aziendali.

Articolo 31

Controllo della Corte di giustizia

La Corte di giustizia ha competenza giurisdizionale anche di merito per decidere sui ricorsi presentati avverso le decisioni con le quali la Commissione irroga un'ammenda o una penalità di mora. Essa può estinguere, ridurre o aumentare l'ammenda o la penalità di mora irrogata.

Articolo 32

Esclusione dal campo d'applicazione

Il presente regolamento non si applica:

- a) ai trasporti marittimi internazionali non di linea («tramps») quali definiti all'articolo 1, paragrafo 3, lettera a), del regolamento (CEE) n. 4056/86;
- b) ai trasporti marittimi che si effettuano esclusivamente fra i porti di uno stesso Stato membro, quali previsti all'articolo 1, paragrafo 2, del regolamento (CEE) n. 4056/86;
- c) ai trasporti aerei fra aeroporti della Comunità e paesi terzi.

Articolo 33

Disposizioni d'esecuzione

1. La Commissione è autorizzata ad adottare qualsiasi disposizione utile ai fini dell'applicazione del presente regolamento. Tali disposizioni possono in particolare riguardare:

- a) la forma, il contenuto e le altre modalità delle denunce presentate ai sensi dell'articolo 7, e la procedura applicabile per il rigetto delle denunce;
- b) le modalità dello scambio di informazioni e di consultazione di cui all'articolo 11;
- c) le modalità delle audizioni di cui all'articolo 27.

2. Prima dell'adozione di qualsivoglia misura ai sensi del paragrafo 1, la Commissione ne pubblica un progetto e invita tutte le parti interessate a presentare le loro osservazioni entro un termine da essa stabilito, che non può essere inferiore ad un mese. Prima di pubblicare il progetto e di procedere all'adozione della misura la Commissione consulta il comitato consultivo sulle intese restrittive e le posizioni dominanti.

CAPITOLO XI

DISPOSIZIONI TRANSITORIE DI MODIFICA E FINALI

Articolo 34

Disposizioni transitorie

1. Le domande presentate alla Commissione ai sensi dell'articolo 2 del regolamento n. 17 e le notificazioni introdotte ai sensi degli articoli 4 e 5 dello stesso regolamento, nonché le domande e le notificazioni corrispondenti effettuate ai sensi dei regolamenti (CEE) n. 1017/68, (CEE) n. 4056/86 e (CEE) n. 3975/87 perdono efficacia a partire dalla data di applicazione del presente regolamento.

2. Gli atti procedurali effettuati in applicazione del regolamento n. 17 e dei regolamenti (CEE) n. 1017/68, (CEE) n. 4056/86 e (CEE) n. 3975/87 continuano ad avere efficacia ai fini dell'applicazione del presente regolamento.

ALLEGATO II

Articolo 35

Designazione delle autorità garanti della concorrenza degli Stati membri

1. Gli Stati membri designano l'autorità o le autorità garanti della concorrenza responsabili dell'applicazione degli articoli 81 e 82 del trattato in modo da garantire un'efficace conformità alle disposizioni del presente regolamento. Le misure necessarie per conferire a tali autorità il potere di applicare detti articoli sono adottate entro il 1° maggio 2004. Tra le autorità designate possono figurare le giurisdizioni nazionali.

2. Qualora l'applicazione del diritto comunitario in materia di concorrenza sia demandata ad autorità amministrative e giudiziarie nazionali, gli Stati membri possono attribuire competenze e funzioni a tali autorità nazionali, sia amministrative che giudiziarie.

3. Le disposizioni di cui all'articolo 11, paragrafo 6, si applicano alle autorità designate dagli Stati membri, incluse le giurisdizioni che esercitano funzioni relative alla preparazione e all'adozione dei tipi di decisioni di cui all'articolo 5 del presente regolamento. Le disposizioni dell'articolo 11, paragrafo 6, non si applicano alle giurisdizioni nella misura in cui esse agiscono quali istanze di ricorso per i tipi di decisioni di cui all'articolo 5.

4. Fatto salvo il paragrafo 3, negli Stati membri in cui per l'adozione di taluni tipi di decisioni di cui all'articolo 5 del presente regolamento un'autorità promuove un'azione davanti ad un'autorità giudiziaria separata e diversa dall'autorità responsabile della fase istruttoria, e purché siano rispettate le condizioni del presente paragrafo, l'applicazione dell'articolo 11, paragrafo 6, è limitata all'autorità responsabile della fase istruttoria la quale, laddove la Commissione avvii un procedimento, revoca l'azione promossa davanti all'autorità giudiziaria. Tale revoca è tale da porre definitivamente fine al procedimento nazionale.

Articolo 36

Modifiche del regolamento (CEE) n. 1017/68

Il regolamento (CEE) n. 1017/68 è modificato come segue:

- 1) L'articolo 2 è abrogato.
- 2) All'articolo 3, paragrafo 1, le parole «Il divieto di cui all'articolo 2» sono sostituite dalle parole «Il divieto di cui all'articolo 81, paragrafo 1, del trattato».

REGOLAMENTO (CE) N. 1/2003

3) L'articolo 4 è così modificato:

- a) Al paragrafo 1, le parole «gli accordi, decisioni e pratiche concordate di cui all'articolo 2» sono sostituite dalle parole «gli accordi, decisioni e pratiche concordate di cui all'articolo 81, paragrafo 1».
- b) Il paragrafo 2 è sostituito dal seguente:

«2. Se l'applicazione degli accordi, decisioni o pratiche concordate di cui al paragrafo 1 produce, in un dato caso, effetti incompatibili con le condizioni di cui all'articolo 81, paragrafo 3, del trattato, può richiedersi alle imprese o associazioni di imprese di far cessare detti effetti.»

- 4) Gli articoli da 5 a 29 sono abrogati ad esclusione dell'articolo 13, paragrafo 3, che continua ad applicarsi alle decisioni adottate, ai sensi dell'articolo 5 del regolamento (CEE) n. 1017/68, anteriormente alla data di applicazione del presente regolamento fino alla data di scadenza delle medesime.
- 5) All'articolo 30, i paragrafi 2, 3 e 4 sono soppressi.

Articolo 37

Modifiche del regolamento (CEE) n. 2988/74

Nel regolamento (CEE) n. 2988/74 è inserito il seguente articolo:

«Articolo 7 bis

Esclusione dal campo d'applicazione

Il presente regolamento non si applica alle misure adottate a norma del 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 (**).»

Articolo 38

Modifiche del regolamento (CEE) n. 4056/86

Il regolamento (CEE) n. 4056/86 è modificato come segue:

ALLEGATO II

1) L'articolo 7 è così modificato:

a) Il paragrafo 1 è sostituito dal seguente:

«1. *Violazione di un obbligo*

Quando gli interessati contravvengono ad un obbligo imposto ai sensi dell'articolo 5, in relazione all'esenzione di cui all'articolo 3, la Commissione, per porre fine a tali violazioni, può alle condizioni previste dal 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 (**), adottare una decisione che, a seconda dei casi, vieta o impone agli interessati stessi il compimento di atti determinati, oppure revoca il beneficio dell'esenzione per categoria.»

b) Il paragrafo 2 è così modificato:

i) alla lettera a), le parole «alle condizioni previste dalla sezione II» sono sostituite da «alle condizioni previste dal regolamento (CE) n. 1/2003»;

ii) alla lettera c), punto i), secondo trattino, la seconda frase è sostituita dal testo seguente:

«e contemporaneamente decide se accettare gli impegni proposti dalle imprese interessate, allo scopo, fra l'altro, di ottenere l'accesso al mercato per le compagnie non membri della conferenza, alle condizioni di cui all'articolo 9 del regolamento (CE) n. 1/2003».

2) L'articolo 8 è così modificato:

a) il paragrafo 1 è soppresso;

b) al paragrafo 2 i termini «conformemente all'articolo 1» sono sostituiti da «conformemente al regolamento (CE) n. 1/2003»;

c) il paragrafo 3 è soppresso.

3) L'articolo 9 è modificato come segue:

a) al paragrafo 1: le parole «comitato consultivo di cui all'articolo 15» sono sostituite dalle parole «comitato consultivo di cui all'articolo 14 del regolamento (CE) n. 1/2003»;

- b) al paragrafo 2: le parole «comitato consultivo di cui all'articolo 15» sono sostituite da «comitato consultivo di cui all'articolo 14 del regolamento (CE) n. 1/2003».
- 4) Gli articoli da 10 a 25 sono abrogati ad esclusione dell'articolo 13, paragrafo 3, che si applica alle decisioni adottate ai sensi dell'articolo 81, paragrafo 3, del trattato, anteriormente alla data di applicazione del presente regolamento fino alla scadenza delle medesime.
- 5) All'articolo 26 sono soppresse le parole «alla forma, al contenuto e alle altre modalità delle denunce previste dall'articolo 10, delle domande previste dall'articolo 12, nonché delle audizioni previste dall'articolo 23, paragrafi 1 e 2».

Articolo 39

Modifiche del regolamento (CEE) n. 3975/87

Nel regolamento (CEE) n. 3975/87 gli articoli da 3 a 19 sono abrogati ad esclusione dell'articolo 6, paragrafo 3, che continua ad applicarsi alle decisioni adottate ai sensi dell'articolo 81, paragrafo 3, del trattato anteriormente alla data di applicazione del presente regolamento fino alla scadenza delle medesime.

Articolo 40

Modifiche dei regolamenti n. 19/65/CEE, (CEE) n. 2821/71 e (CEE) n. 1534/91

L'articolo 7 del regolamento n. 19/65/CEE, l'articolo 7 del regolamento (CEE) n. 2821/71 e l'articolo 7 del regolamento (CEE) n. 1534/91 sono abrogati.

Articolo 41

Modifiche del regolamento (CEE) n. 3976/87

Il regolamento (CEE) n. 3976/87 è modificato come segue:

- 1) L'articolo 6 è sostituito dal seguente:

«Articolo 6

Prima di pubblicare un progetto di regolamento e prima di adottare un regolamento la Commissione consulta il comitato consultivo di cui all'articolo 14

ALLEGATO II

del 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 (**))»

2) L'articolo 7 è abrogato.

Articolo 42

Modifiche del regolamento (CEE) n. 479/92

Il regolamento (CEE) n. 479/92 è modificato come segue:

1) L'articolo 5 è sostituito dal seguente:

«Articolo 5

Prima di pubblicare un progetto di regolamento e prima di adottare un regolamento la Commissione consulta il comitato consultivo di cui all'articolo 14 del regolamento (CEE) 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 (**))»

2) L'articolo 6 è abrogato.

Articolo 43

Abrogazioni

1. Il regolamento 17 è abrogato ad esclusione dell'articolo 8, paragrafo 3, che continua ad applicarsi alle decisioni adottate, ai sensi dell'articolo 81, paragrafo 3, del trattato, anteriormente alla data di applicazione del presente regolamento fino alla scadenza delle medesime.

2. Il regolamento n. 141 è abrogato.

3. I riferimenti ai regolamenti abrogati si intendono fatti al presente regolamento.

Articolo 44

Relazione sull'applicazione del presente regolamento

Cinque anni dopo la data di applicazione del presente regolamento, la Commissione

riferisce al Parlamento europeo e al Consiglio sul funzionamento dello stesso, in particolare sull'applicazione dell'articolo 11, paragrafo 6, e dell'articolo 17.

Sulla base di tale relazione, la Commissione valuta se sia opportuno proporre al Consiglio la revisione del presente regolamento.

Articolo 45

Entrata in vigore

Il presente regolamento entra in vigore il ventesimo giorno successivo alla pubblicazione nella *Gazzetta ufficiale delle Comunità europee*.

Esso si applica a decorrere dal 1° maggio 2004.

Il presente regolamento è obbligatorio in tutti i suoi elementi e direttamente applicabile in ciascuno degli Stati membri.

Fatto a Bruxelles, addì 16 dicembre 2002.

Per il Consiglio
La Presidente
M. FISCHER BOEL

⁽¹⁾ GU C 365 E del 19.12.2000, pag. 284.

⁽²⁾ GU C 72 E del 21.3.2002, pag. 305.

⁽³⁾ GU C 155 del 29.5.2001, pag. 73.

^(*) Il titolo del regolamento n. 17 è stato adattato per tener conto della rinumerazione degli articoli del trattato CE conformemente all'articolo 12 del trattato di Amsterdam; esso conteneva inizialmente un riferimento agli articoli 85 e 86 del trattato.

⁽⁴⁾ GU 13 del 21.2.1962, pag. 204/62. Regolamento modificato da ultimo dal regolamento (CE) n. 1216/1999 (GU L 148 del 15.6.1999, pag. 5).

⁽⁵⁾ Regolamento n. 19/65/CEE del Consiglio, del 2 marzo 1965, relativo all'applicazione dell'articolo 81, paragrafo 3, del trattato a categorie di accordi e pratiche concordate (Nota: I titoli dei regolamenti sono stati adattati per tener conto

ALLEGATO II

della rinumerazione degli articoli del trattato CE, conformemente all'articolo 12 del trattato di Amsterdam; essi contenevano inizialmente un riferimento all'articolo 85, paragrafo 3 del trattato) (GU L 36 del 6.3.1965, pag. 533/65). Regolamento modificato da ultimo dal regolamento (CE) n. 1215/1999 (GU L 148 del 15.6.1999, pag. 1).

⁽⁶⁾ Regolamento (CEE) n. 2821/71 del Consiglio, del 20 dicembre 1971, relativo all'applicazione dell'articolo 81, paragrafo 3, del trattato a categorie di accordi, di decisioni e di pratiche concordate (Nota: I titoli dei regolamenti sono stati adattati per tener conto della rinumerazione degli articoli del trattato CE, conformemente all'articolo 12 del trattato di Amsterdam; essi contenevano inizialmente un riferimento all'articolo 85, paragrafo 3 del trattato) (GU L 285 del 29.12.1971, pag. 46). Regolamento modificato da ultimo dall'atto di adesione del 1994.

⁽⁷⁾ Regolamento (CEE) n. 3976/87 del Consiglio, del 14 dicembre 1987, relativo all'applicazione dell'articolo 81, paragrafo 3, del trattato a talune categorie di accordi e pratiche concordate nel settore dei trasporti aerei (Nota: I titoli dei regolamenti sono stati adattati per tener conto della rinumerazione degli articoli del trattato CE, conformemente all'articolo 12 del trattato di Amsterdam; essi contenevano inizialmente un riferimento all'articolo 85, paragrafo 3 del trattato) (GU L 374 del 31.12.1987, pag. 9). Regolamento modificato da ultimo dall'atto di adesione del 1994.

⁽⁸⁾ Regolamento (CEE) n. 1534/91 del Consiglio, del 31 maggio 1991, relativo all'applicazione dell'articolo 81, paragrafo 3, del trattato a talune categorie di accordi, decisioni e pratiche concordate nel settore delle assicurazioni (Nota: I titoli dei regolamenti sono stati adattati per tener conto della rinumerazione degli articoli del trattato CE, conformemente all'articolo 12 del trattato di Amsterdam; essi contenevano inizialmente un riferimento all'articolo 85, paragrafo 3 del trattato) (GU L 143 del 7.6.1991, pag. 1).

⁽⁹⁾ Regolamento (CEE) n. 479/92 del Consiglio, del 25 febbraio 1992, relativo all'applicazione dell'articolo 81, paragrafo 3, del trattato a talune categorie di accordi, di decisioni e di pratiche concordate tra compagnie di trasporto marittimo di linea (consorsi) (Nota: I titoli dei regolamenti sono stati adattati per tener conto della rinumerazione degli articoli del trattato CE, conformemente all'articolo 12 del trattato di Amsterdam; essi contenevano inizialmente un riferimento all'articolo 85, paragrafo 3 del trattato) (GU L 55 del 29.2.1992, pag. 3). Regolamento modificato dall'atto di adesione del 1994.

⁽¹⁰⁾ Regolamento (CEE) n. 2988/74 del Consiglio, del 26 novembre 1974, relativo alla prescrizione in materia di azioni e di esecuzione nel settore del diritto dei

REGOLAMENTO (CE) N. 1/2003

trasporti e della concorrenza nella Comunità economica europea (GU L 319 del 29.11.1974, pag. 1).

(¹¹) GU 124 del 28.11.1962, pag. 2751/62. Regolamento modificato dal regolamento n. 1002/67/CEE (GU 306 del 16.12.1967, pag. 1).

(¹²) Regolamento (CEE) n. 1017/68 del Consiglio, del 19 luglio 1968, relativo all'applicazione di regole di concorrenza ai settori dei trasporti ferroviari, su strada e per vie navigabili (GU L 175 del 23.7.1968, pag. 1). Regolamento modificato da ultimo dall'atto di adesione del 1994.

(¹³) Regolamento (CEE) n. 4056/86 del Consiglio, del 22 dicembre 1986, che determina le modalità di applicazione degli articoli 81 e 82 del trattato ai trasporti marittimi (Nota: I titoli dei regolamenti sono stati adattati per tener conto della rinumerazione degli articoli del trattato CE, conformemente all'articolo 12 del trattato di Amsterdam; essi contenevano inizialmente un riferimento all'articolo 85 e 86 del trattato) (GU L 378 del 31.12.1986, pag. 4). Regolamento modificato da ultimo dall'atto di adesione del 1994.

(¹⁴) Regolamento (CEE) n. 3975/87 del Consiglio, del 14 dicembre 1987, relativo alle modalità di applicazione delle regole di concorrenza alle imprese di trasporti aerei (GU L 374 del 31.12.1987, pag. 1). Regolamento modificato da ultimo dal regolamento (CEE) n. 2410/92 (GU L 240 del 24.8.1992, pag. 18).

(**) GU L 1 del 4.1.2003, pag. 1.

COMUNICAZIONE DELLA COMMISSIONE

Linee direttrici sull'applicazione dell'articolo 81 del trattato CE agli accordi di trasferimento di tecnologia

(2004/C 101/02)

(Testo rilevante ai fini del SEE)

I. INTRODUZIONE

1. Le presenti linee direttrici enunciano i principi per la valutazione degli accordi di trasferimento di tecnologia sulla base dell'articolo 81 del trattato CE. Gli accordi di trasferimento di tecnologia hanno per oggetto la licenza di tecnologia; con tali accordi il licenziante consente al licenziatario di sfruttare la tecnologia sotto licenza per la produzione di beni o di servizi, conformemente all'articolo 1, paragrafo 1, lettera b), del regolamento (CE) n. 773/2004 della Commissione relativo all'applicazione dell'articolo 81, paragrafo 3, del trattato CE a categorie di accordi di trasferimento di tecnologia (di seguito RECTT) ⁽¹⁾.
2. Le linee direttrici mirano a fornire orientamenti per l'applicazione del RECTT, nonché per l'applicazione dell'articolo 81 del trattato CE agli accordi di trasferimento di tecnologia che non rientrano nel campo di applicazione del RECTT. Il RECTT e le presenti linee direttrici non pregiudicano l'eventuale applicazione parallela agli accordi di licenza dell'articolo 82 del trattato CE ⁽²⁾.
3. I criteri enunciati nelle presenti linee direttrici devono essere applicati tenendo conto delle circostanze specifiche di ogni caso; è pertanto esclusa ogni applicazione meccanica. Ogni caso deve essere valutato in funzione delle sue caratteristiche specifiche e le linee direttrici devono essere applicate in maniera ragionevole e flessibile. Gli esempi menzionati sono forniti solo a titolo illustrativo e non devono essere considerati esaustivi. La Commissione verificherà costantemente l'applicazione del RECTT e delle linee direttrici nell'ambito del nuovo sistema di applicazione delle regole di concorrenza istituito dal regolamento n. 1/2003 ⁽³⁾ e valuterà la necessità di apportarvi eventuali modifiche.
4. Le presenti linee direttrici si applicano fatta salva l'interpretazione dell'articolo 81 e del RECTT che potrà essere data dalla Corte di giustizia e dal Tribunale di primo grado.

II. PRINCIPI GENERALI

1. L'articolo 81 e i diritti di proprietà di beni immateriali

5. Obiettivo generale dell'articolo 81 è quello di tutelare la concorrenza sul mercato in modo da accrescere il benessere dei consumatori e favorire l'allocazione efficiente delle risorse. L'articolo 81, paragrafo 1, vieta tutti gli accordi e pratiche concordate tra imprese, nonché tutte le decisioni di associazioni di imprese ⁽⁴⁾ che possano pregiudicare il commercio tra Stati membri ⁽⁵⁾ e che abbiano per oggetto o per effetto di impedire, restringere o falsare il gioco della concorrenza ⁽⁶⁾. In deroga a tale disposizione, l'articolo 81, paragrafo 3, prevede che i divieti di cui all'articolo 81, paragrafo 1, possano essere dichiarati inapplicabili ad accordi tra imprese che contribuiscono a migliorare la produzione o la distribuzione dei prodotti o a promuovere il progresso tecnico o economico, riservando al contempo agli utilizzatori una congrua parte dell'utile che ne deriva, che non impongono alle imprese interessate restrizioni che non siano indispensabili per raggiungere tali obiettivi e che evitano di dare a tali imprese la possibilità di eliminare la concorrenza per una parte sostanziale dei prodotti interessati.
6. La legislazione in materia di proprietà di beni immateriali conferisce diritti esclusivi ai titolari di brevetti, di diritti d'autore, di diritti su disegni e modelli, di marchi e di altri diritti tutelati dalla legge. Ai sensi della legislazione in materia di proprietà di beni immateriali, il proprietario di un bene immateriale ha il diritto di impedirne l'uso non autorizzato e di sfruttarlo, tra l'altro concedendolo in licenza a terzi. Una volta che un prodotto che incorpora un diritto di proprietà di beni immateriali è stato immesso in commercio nel SEE dal titolare del diritto, ovvero con il suo consenso, il diritto di proprietà di beni immateriali si esaurisce, nel senso che il titolare non può più invocarlo per controllare le vendite del prodotto ⁽⁷⁾ (principio dell'esaurimento del diritto nella Comunità). La legislazione in materia di proprietà di beni immateriali non autorizza il titolare del diritto ad impedire le vendite da parte dei licenziatari o degli acquirenti dei prodotti in questione che incorporano la tecnologia sotto licenza ⁽⁸⁾. Il principio dell'esaurimento del diritto nella Comunità è conforme alla funzione essenziale dei diritti di proprietà di beni immateriali, che è quella di concedere al titolare il diritto di impedire che altri possano sfruttare la sua proprietà di beni immateriali senza il suo consenso.
7. Il fatto che la legislazione in materia di proprietà di beni immateriali conceda diritti esclusivi di sfruttamento non significa che i diritti di proprietà di beni immateriali siano esclusi dall'applicazione delle regole di concorrenza. In particolare gli articoli 81 e 82 del trattato CE si applicano agli accordi con i quali il titolare concede in licenza ad un'altra impresa lo sfruttamento dei suoi diritti di

proprietà di beni immateriali ⁽⁹⁾. Ciò non significa neanche che vi sia un conflitto intrinseco tra diritti di proprietà di beni immateriali e regole di concorrenza comunitarie. In effetti, sia la legislazione in materia di proprietà di beni immateriali sia le regole di concorrenza perseguono un'analogha finalità, ossia accrescere il benessere dei consumatori e favorire l'allocazione efficiente delle risorse. L'innovazione costituisce una componente dinamica ed essenziale di un'economia di mercato aperta e competitiva. I diritti di proprietà di beni immateriali favoriscono la concorrenza dinamica, in quanto incoraggiano le imprese a investire nello sviluppo o nel miglioramento di nuovi prodotti e processi. La concorrenza ha lo stesso effetto, in quanto spinge le imprese a innovare. Pertanto, i diritti di proprietà di beni immateriali e la concorrenza sono entrambi necessari per favorire le innovazioni e per assicurarne lo sfruttamento competitivo.

8. Ai fini della valutazione degli accordi di licenza sulla base dell'articolo 81, si deve tenere presente che spesso l'ottenimento di diritti di proprietà di beni immateriali richiede investimenti ingenti e comporta dei rischi. Per non ridurre il livello di concorrenza sul mercato e preservare la spinta all'innovazione, occorre evitare di imporre agli innovatori limitazioni indebite nello sfruttamento di diritti di proprietà di beni immateriali che risultano avere un valore commerciale. Per tali ragioni, gli innovatori dovrebbero di norma essere liberi di richiedere, per i progetti che hanno avuto successo, una compensazione sufficiente per mantenere gli incentivi all'investimento, tenendo conto anche dei progetti falliti. La concessione di licenze di tecnologia può anche costringere il licenziatario ad effettuare ingenti investimenti irrecuperabili nella tecnologia sotto licenza e nei mezzi di produzione necessari per il suo sfruttamento. Nell'applicare l'articolo 81 non si può fare astrazione dall'investimento già realizzato e dai rischi ad esso collegati. In considerazione del rischio cui si espongono le parti e dell'investimento irrecuperabile necessario per dare attuazione all'accordo, è quindi possibile che l'accordo, a seconda dei casi, non rientri nel campo d'applicazione dell'articolo 81, paragrafo 1, o soddisfi le condizioni di cui all'articolo 81, paragrafo 3, per il periodo richiesto per recuperare l'investimento.
9. Il quadro di analisi esistente per la valutazione degli accordi di licenza sulla base dell'articolo 81 è sufficiente mente flessibile per tenere in debito conto gli aspetti dinamici della concessione di licenze di tecnologia. Non si può presumere che i diritti di proprietà di beni immateriali e gli accordi di licenza in quanto tali pongano problemi sotto il profilo della concorrenza. La maggior parte degli accordi di licenza non determinano restrizioni della concorrenza e/o consentono incrementi di efficienza favorevoli alla concorrenza. Di fatto, la concessione di licenze è di per sé favorevole alla concorrenza, in quanto promuove la diffusione delle tecnologie e l'innovazione. Inoltre, anche gli accordi di licenza che

determinano effettivamente restrizioni della concorrenza possono spesso determinare incrementi di efficienza favorevoli alla concorrenza, i quali andranno analizzati sulla base dell'articolo 81, paragrafo 3, del trattato CE e soppesati in rapporto agli effetti negativi sulla concorrenza⁽¹⁰⁾. La stragrande maggioranza degli accordi di licenza sono per tanto compatibili con l'articolo 81.

2. Il quadro generale per l'applicazione dell'articolo 81

10. L'articolo 81, paragrafo 1, vieta gli accordi aventi per oggetto o per effetto la restrizione della concorrenza. L'articolo 81, paragrafo 1, si applica sia alle restrizioni di concorrenza tra le parti di un accordo che alle restrizioni di concorrenza tra una delle parti e i terzi.

11. Nel valutare se un accordo di licenza determina restrizioni della concorrenza sul mercato occorre tener conto del contesto reale in cui la concorrenza verrebbe esercitata se l'accordo in oggetto e le sue presunte restrizioni non esistessero⁽¹¹⁾. È necessario tener conto del probabile impatto dell'accordo sulla concorrenza tra le tecnologie (ossia sulla concorrenza tra imprese che utilizzano tecnologie concorrenti) e sulla concorrenza nell'ambito della stessa tecnologia (ossia sulla concorrenza tra imprese che utilizzano la stessa tecnologia)⁽¹²⁾. L'articolo 81, paragrafo 1, vieta le restrizioni per quanto riguarda sia la concorrenza tra le tecnologie, sia la concorrenza nell'ambito della stessa tecnologia. È pertanto necessario stabilire in che misura l'accordo incida o possa incidere su questi due aspetti della concorrenza sul mercato.

12. Le due domande seguenti rappresentano un utile quadro di analisi ai fini di tale valutazione. La prima domanda riguarda l'impatto dell'accordo sulla concorrenza tra le tecnologie, mentre la seconda domanda riguarda l'impatto dell'accordo sulla concorrenza nell'ambito della stessa tecnologia. Poiché le restrizioni possono riguardare al tempo stesso la concorrenza tra le tecnologie e la concorrenza nell'ambito della stessa tecnologia, può essere necessario, nell'analizzare una restrizione, rispondere ad entrambe le domande prima di concludere se si hanno o no restrizioni della concorrenza ai sensi dell'articolo 81, paragrafo 1:

- a) l'accordo di licenza determina una restrizione della concorrenza effettiva o potenziale che sarebbe esistita in assenza dell'accordo di cui trattasi? In caso di risposta affermativa, l'accordo può rientrare nel campo di applicazione dell'articolo 81, paragrafo 1. Nell'effettuare questa valutazione è necessario prendere in considerazione la concorrenza tra le parti e la concorrenza esercitata dai terzi. Ad esempio, si ha restrizione della concorrenza (potenziale) esistente prima dell'accordo, se due imprese aventi la loro sede in Stati membri diversi si concedono reciprocamente una licenza di tecnologia e si impegnano a non

vendere i propri prodotti nei rispettivi mercati domestici. Analogamente, si ha restrizione della concorrenza effettiva o potenziale che sarebbe esistita se l'accordo non fosse stato concluso se un licenziante impone ai suoi licenziatari di non utilizzare tecnologie concorrenti e de termina in tal modo una preclusione delle tecnologie dei terzi;

- b) l'accordo determina una restrizione della concorrenza effettiva o potenziale che sarebbe esistita in assenza delle restrizioni previste dal contratto? In caso di risposta affermativa, l'accordo può rientrare nel campo di applicazione dell'articolo 81, paragrafo 1. Ad esempio, si ha restrizione della concorrenza (potenziale) che avrebbe potuto esistere tra i licenziatari in assenza delle restrizioni se un licenziante impone restrizioni che limitano la facoltà dei suoi licenziatari di entrare in concorrenza tra loro. Simili restrizioni includono la fissazione verticale dei prezzi e restrizioni delle vendite tra licenziatari in termini di territorio o di clienti. Tuttavia, talune restrizioni possono, in certi casi, non rientrare nel campo di applicazione dell'articolo 81, paragrafo 1, quando la restrizione è oggettivamente necessaria per l'esistenza di un accordo di quel tipo o di quella natura ⁽¹³⁾. Tale esclusione dal campo d'applicazione dell'articolo 81, paragrafo 1, può essere motivata solo sulla base di fattori oggettivi, esterni alle parti stesse, e non sulla base delle opinioni soggettive e delle caratteristiche delle parti. Ciò che occorre accertare non è se le parti, nella loro specifica situazione, non avrebbero accettato di concludere un accordo meno restrittivo, ma se, data la natura dell'accordo e le caratteristiche del mercato, imprese in condizioni analoghe non avrebbero concluso un accordo meno restrittivo. Ad esempio, le restrizioni territoriali previste da un accordo tra imprese non concorrenti possono non ricadere nell'ambito di applicazione dell'articolo 81, paragrafo 1, per un certo periodo, qualora esse siano oggettivamente necessarie per permettere ad un licenziatario di entrare in un nuovo mercato. Analogamente, un divieto imposto a tutti i licenziatari di non vendere a determinate categorie di utilizzatori finali può non essere restrittivo della concorrenza se una simile restrizione è oggettivamente necessaria per ragioni di sicurezza o sanitarie legate alla pericolosità del prodotto in questione. Non è sufficiente sostenere che in assenza di restrizioni il fornitore sarebbe ricorso all'integrazione verticale. La decisione se procedere o no ad un'integrazione verticale dipende da numerosi e complessi fattori economici, alcuni dei quali sono interni all'impresa interessata.

13. Nell'applicare il quadro di analisi di cui al punto precedente, si deve tenere conto che l'articolo 81, paragrafo 1, fa una distinzione tra accordi aventi per oggetto restrizioni della concorrenza e accordi aventi per effetto restrizioni della concorrenza. Un accordo o una restrizione contrattuale sono vietati ai sensi dell'articolo 81, paragrafo 1, solo se il loro oggetto o il loro effetto è quello di limitare la concorrenza tra le tecnologie o la concorrenza nell'ambito della stessa

tecnologia.

14. Restrizioni della concorrenza per oggetto sono restrizioni che per loro stessa natura restringono la concorrenza. Si tratta di restrizioni che, considerati gli obiettivi delle regole di concorrenza comunitarie, presentano una tale probabilità di determinare effetti negativi sulla concorrenza che non è necessario, ai fini dell'applicazione dell'articolo 81, paragrafo 1, dimostrare l'esistenza di effetti reali sul mercato⁽¹⁴⁾. È improbabile inoltre che le restrizioni per oggetto soddisfino le condizioni di cui all'articolo 81, paragrafo 3. La valutazione volta a determinare se un accordo abbia o no come oggetto una restrizione della concorrenza è basata su una serie di fattori. Questi fattori includono, in particolare, il contenuto dell'accordo e le finalità oggettive da esso perseguite. Può inoltre essere necessario esaminare il contesto nel quale viene (verrà) messo in atto o il comportamento effettivo delle parti sul mercato⁽¹⁵⁾. In altri termini, prima di concludere che una determinata restrizione costituisce una restrizione fondamentale della concorrenza, può essere necessario un esame dei fatti alla base dell'accordo e delle circostanze specifiche nelle quali esso opera. Le modalità in base alle quali un accordo viene messo in atto possono rivelare una restrizione per oggetto, anche se l'accordo formale non contiene alcuna clausola espressa in tal senso. La prova dell'intenzione soggettiva delle parti di restringere la concorrenza, pur rappresentando un fattore importante, non costituisce una condizione necessaria. In materia di accordi di licenza, le restrizioni che figurano nell'elenco delle restrizioni fondamentali della concorrenza di cui all'articolo 4 del RECTT sono considerate dalla Commissione come restrizioni per oggetto.

15. Se un accordo non è restrittivo per oggetto, è necessario esaminare se esso produce effetti restrittivi sulla concorrenza. Sia gli effetti reali, sia quelli potenziali devono essere presi in considerazione⁽¹⁶⁾. In altre parole, l'accordo deve produrre probabili effetti anticoncorrenziali. Perché gli accordi di licenza siano restrittivi per effetto occorre che pregiudichino la concorrenza effettiva o potenziale in misura tale che, con ragionevole probabilità, si possano prevedere effetti negativi sui prezzi, sulla produzione, sull'innovazione o sulla varietà o sulla qualità dei beni e dei servizi offerti sul mercato rilevante. I probabili effetti negativi sul mercato devono essere sensibili⁽¹⁷⁾. Effetti anticoncorrenziali sensibili sono possibili quando almeno una delle parti detenga o acquisisca un certo potere di mercato e l'accordo contribuisca a creare, mantenere o rafforzare tale potere di mercato, ovvero consenta alle parti di valersene. Il potere di mercato è la capacità di mantenere i prezzi ad un livello superiore al livello competitivo o di mantenere la produzione, in termini di quantità, di qualità e di varietà dei prodotti o di innovazione, ad un livello inferiore al livello competitivo per un periodo di tempo non trascurabile. Il potere di mercato richiesto di norma per constatare una violazione ai sensi dell'articolo 81, paragrafo 1, è inferiore al grado

di potere di mercato richiesto per constatare una posizione dominante ai sensi dell'articolo 82.

16. Ai fini dell'analisi delle restrizioni della concorrenza per effetto, occorre di norma definire il mercato rilevante ed esaminare e valutare, tra l'altro, la natura dei prodotti e delle tecnologie interessati, la posizione di mercato delle parti, dei concorrenti, degli acquirenti, l'esistenza di concorrenti potenziali e l'importanza delle barriere all'ingresso. In taluni casi, tuttavia, può essere possibile dimostrare la presenza di effetti anticoncorrenziali analizzando il comportamento delle parti dell'accordo sul mercato. Può essere possibile, ad esempio, accertare che un accordo ha determinato aumenti dei prezzi.
17. Gli accordi di licenza, tuttavia, presentano anche un notevole potenziale di stimolo della concorrenza. In effetti, la stragrande maggioranza degli accordi di licenza stimolano la concorrenza. Essi possono promuovere l'innovazione, in quanto consentono agli innovatori di trarre ricavi sufficienti per coprire almeno una parte dei costi di ricerca e sviluppo; essi consentono inoltre la diffusione delle tecnologie, diffusione che può creare valore, in quanto consente ai licenziatari di ridurre i costi di produzione o di produrre prodotti nuovi o migliori. Spesso gli incrementi di efficienza realizzati a livello del licenziatario derivano da una combinazione della tecnologia del licenziante e delle risorse e delle tecnologie del licenziatario. Una tale integrazione di risorse e di tecnologie complementari può consentire una configurazione costi/produzione che altrimenti non sarebbe possibile. Ad esempio, la combinazione della tecnologia superiore del licenziante e dei mezzi di produzione o di distribuzione più efficienti del licenziatario consente di ridurre i costi di produzione ovvero di produrre un prodotto di qualità superiore. La concessione di licenze può anche contribuire a promuovere la concorrenza eliminando gli ostacoli allo sviluppo e allo sfruttamento della tecnologia del licenziatario. In particolare nei settori caratterizzati dall'esistenza di numerosi brevetti, la concessione di licenze è spesso destinata a permettere la libertà di progettazione, eliminando il rischio di richieste di risarcimento per violazione dei brevetti da parte del licenziante. Quando il licenziante acconsente a non far valere i suoi diritti di proprietà di beni immateriali per impedire la vendita dei prodotti del licenziatario, l'accordo elimina un ostacolo alla vendita dei prodotti del licenziatario e, in linea generale, promuove la concorrenza.
18. Nei casi in cui un accordo di licenza rientra nel campo di applicazione dell'articolo 81, paragrafo 1, gli effetti dell'accordo favorevoli alla concorrenza devono essere soppesati in rapporto ai suoi effetti negativi sulla base dell'articolo 81, paragrafo 3. Se soddisfa tutte e quattro le condizioni di cui all'articolo 81, paragrafo 3, l'accordo di licenza restrittivo è valido e applicabile senza che occorra una previa decisione in tal senso ⁽¹⁸⁾. Solo in casi eccezionali gli accordi

contenenti restrizioni fondamentali della concorrenza soddisfano le condizioni di cui all'articolo 81, paragrafo 3. In genere tali accordi non soddisfano (almeno) una delle prime due condizioni di cui all'articolo 81, paragrafo 3. In genere, essi non apportano benefici economici oggettivi né benefici per i consumatori. Inoltre, in genere, questi tipi di accordi non soddisfano la terza condizione relativa al carattere indispensabile delle restrizioni. Se, ad esempio, le parti fissano il prezzo di vendita dei prodotti realizzati sotto licenza, si ha in genere un calo della produzione, una cattiva allocazione delle risorse e un aumento dei prezzi pagati dai consumatori. La restrizione in materia di prezzi non è neanche indispensabile per realizzare i possibili incrementi di efficienza risultanti dal fatto che entrambi i concorrenti possono disporre di due tecnologie.

3. Definizione del mercato

19. La prassi seguita dalla Commissione in materia di definizione del mercato rilevante è illustrata nella sua comunicazione sulla definizione del mercato rilevante⁽¹⁹⁾. Le presenti linee direttrici affrontano soltanto taluni aspetti della definizione del mercato che assumono particolare rilievo in materia di concessione di licenze di tecnologia.

20. La tecnologia è un fattore di produzione integrato nel prodotto o nel processo di produzione. La concessione di licenze di tecnologia può pertanto incidere sulla concorrenza sia sui mercati dei fattori di produzione che sui mercati del prodotto. Ad esempio, un accordo concluso tra due parti che vendono prodotti concorrenti e che si concedono reciprocamente in licenza tecnologie riguardanti la produzione di tali prodotti può restringere la concorrenza sul mercato del prodotto interessato. Esso può altresì restringere la concorrenza sul mercato delle tecnologie, nonché eventualmente sui mercati di altri fattori di produzione. Ai fini della valutazione degli effetti sulla concorrenza degli accordi di licenza potrebbe pertanto essere necessario definire i mercati rilevanti dei beni e dei servizi (mercati del prodotto), nonché i mercati delle tecnologie⁽²⁰⁾. Con l'espressione «mercato del prodotto», utilizzata nell'articolo 3 del RECTT, si intendono i mercati rilevanti dei beni e dei servizi considerati sotto entrambi i profili: geografico e del prodotto. Come emerge dall'articolo 1, paragrafo 1, lettera j), del RECTT, l'espressione viene utilizzata esclusivamente per distinguere i mercati rilevanti dei beni e dei servizi dai mercati rilevanti delle tecnologie.

21. Il RECTT e le presenti linee direttrici riguardano gli effetti determinati sia sui mercati del prodotto dei prodotti finali, sia sui mercati del prodotto dei prodotti intermedi. Il mercato rilevante del prodotto include i prodotti considerati dall'acquirente intercambiabili o sostituibili con i prodotti contrattuali che incorporano la tecnologia sotto licenza, in ragione delle caratteristiche dei

prodotti, dei loro prezzi e dell'uso al quale sono destinati.

22. Il mercato rilevante delle tecnologie include le tecnologie considerate dal licenziatario intercambiabili o sostituibili con la tecnologia sotto licenza, in ragione delle loro caratteristiche, delle royalties cui sono soggette e dell'uso al quale sono destinate. La metodologia per la definizione dei mercati delle tecnologie si rifà agli stessi principi enunciati per la definizione dei mercati del prodotto. Partendo dalla tecnologia commercializzata dal licenziante, occorrerà identificare le tecnologie sostitutive alle quali i licenziatari potrebbero passare in risposta ad un incremento modesto ma permanente dei prezzi relativi, ossia delle royalties. Un'alternativa è quella di esaminare il mercato dei prodotti che incorporano la tecnologia oggetto di licenza (cfr. *infra*, punto 23).

23. Una volta definiti i mercati rilevanti, si possono attribuire ai vari concorrenti le quote di mercato, le quali possono essere utilizzate come indice della forza relativa dei vari operatori. Nel caso dei mercati delle tecnologie, un modo di procedere consiste nel calcolare le quote di mercato sulla base della quota di ogni tecnologia sul totale dei ricavi delle licenze derivanti dalle royalties, quota che rappresenta la quota di detta tecnologia sul mercato in cui vengono concesse in licenza tecnologie concorrenti. Tuttavia, questo modo di procedere si rivela spesso puramente teorico e non pratico a causa della mancanza di informazioni chiare sulle royalties, ecc. Un'impostazione alternativa, utilizzata dall'articolo 3, paragrafo 3, del RECTT, è quella di calcolare le quote detenute sul mercato delle tecnologie sulla base delle vendite dei prodotti che incorporano la tecnologia oggetto di licenza sui mercati a valle del prodotto (cfr. *infra*, punto 70). Questa impostazione prende in considerazione tutte le vendite sul mercato rilevante del prodotto, a prescindere dal fatto che il prodotto incorpori o no una tecnologia concessa in licenza. Nel caso dei mercati delle tecnologie, l'impostazione di cui all'articolo 3, paragrafo 3, che tiene conto delle tecnologie utilizzate (esclusivamente) nell'ambito dell'impresa, è giustificata. In effetti essa è in genere un buon indicatore della forza della tecnologia. Innanzitutto, registra ogni concorrenza potenziale da parte di imprese che producono utilizzando la propria tecnologia e che potrebbero iniziare a concederla in licenza qualora si registrasse un aumento modesto ma permanente del prezzo delle licenze. In secondo luogo, anche se è poco probabile che altri titolari inizino a concedere in licenza le loro tecnologie, non è detto che il licenziante detenga necessariamente una posizione di forza sul mercato delle tecnologie, anche detenendo una quota elevata dei ricavi derivanti dalle licenze. Se il mercato a valle del prodotto è un mercato competitivo, la concorrenza a questo livello può in effetti condizionare il licenziante. Un incremento a monte delle royalties incide sui costi del licenziatario, rendendolo meno competitivo e riducendone le vendite. La quota che la tecnologia detiene sul mercato del prodotto consente di evidenziare anche

ALLEGATO III

questo aspetto ed è pertanto di norma un buon indicatore del potere di mercato del licenziante. Tuttavia, in casi specifici, esulanti dal campo di applicazione del RECTT, potrebbe essere necessario, qualora possibile nella pratica, applicare entrambi gli approcci descritti per effettuare una valutazione più accurata del potere di mercato del licenziante.

24. Inoltre, nei casi che non rientrano nel campo d'applicazione del RECTT, si deve anche tenere conto del fatto che non sempre la quota di mercato costituisce una buona indicazione della forza relativa delle tecnologie disponibili. Oltre alle tecnologie controllate dalle parti dell'accordo, la Commissione terrà pertanto conto, tra l'altro, del numero di tecnologie disponibili controllate da terzi indipendenti che possano sostituire la tecnologia sotto licenza ad un costo comparabile per l'utilizzatore (cfr. infra, punto 131).

25. Alcuni accordi di licenza possono pregiudicare i mercati dell'innovazione. Tuttavia, nell'analizzare tali effetti, di norma la Commissione prende in esame solo l'impatto dell'accordo sulla concorrenza sui mercati esistenti del prodotto e delle tecnologie⁽²¹⁾. La concorrenza su tali mercati può essere pregiudicata da accordi che ritardino l'introduzione di nuovi prodotti o di prodotti migliori che sostituiranno nel tempo i prodotti esistenti. In tal caso, l'innovazione costituisce una fonte di concorrenza potenziale di cui occorre tener conto nel valutare l'impatto dell'accordo sui mercati del prodotto e sui mercati delle tecnologie. In alcuni casi limitati, tuttavia, potrebbe essere utile e necessario anche definire i mercati dell'innovazione, in particolare quando l'accordo pregiudica l'innovazione mirante a creare nuovi prodotti e quando è possibile già nella fase iniziale individuare i poli dell'attività di ricerca e sviluppo⁽²²⁾. In questo caso occorre analizzare se dopo l'accordo il numero di poli di attività di ricerca e sviluppo concorrenti sarà sufficiente per preservare una concorrenza effettiva nel settore dell'innovazione.

4. Distinzione tra concorrenti e non concorrenti

26. In genere, gli accordi tra concorrenti presentano maggiori rischi per la concorrenza rispetto agli accordi tra non concorrenti. Tuttavia, la concorrenza tra imprese che utilizzano la stessa tecnologia (concorrenza tra licenziatari nell'ambito della stessa tecnologia) costituisce un importante complemento della concorrenza tra imprese che utilizzano tecnologie concorrenti (concorrenza tra le tecnologie). Ad esempio, la concorrenza nell'ambito della stessa tecnologia può determinare una riduzione dei prezzi dei prodotti che incorporano la tecnologia in oggetto, il che, oltre che apportare benefici diretti e immediati ai consumatori di tali prodotti, può stimolare ulteriormente la concorrenza tra le imprese che utilizzano tecnologie concorrenti. In materia di concessione di licenze, occorre

altresì tener conto del fatto che i licenziatari vendono i propri prodotti. Essi non rivendono i prodotti forniti da un'altra impresa. Le possibilità di concorrenza tra i licenziatari sulla base della differenziazione dei prodotti e della qualità possono pertanto essere maggiori che nel caso degli accordi verticali di rivendita di prodotti.

27. Per determinare il rapporto concorrenziale esistente tra le parti, è necessario esaminare se, in assenza dell'accordo, le parti sarebbero state concorrenti effettivi o potenziali. Le parti sono considerate non concorrenti se, in assenza dell'accordo, non sarebbero state concorrenti effettivi o potenziali in nessuno dei mercati rilevanti interessati dall'accordo.
28. Se il licenziante e il licenziatario operano entrambi sullo stesso mercato del prodotto o delle tecnologie, senza che le parti, una o entrambe, violino i diritti di proprietà di beni immateriali dell'altra parte, essi sono concorrenti effettivi sul mercato interessato. Le parti sono considerate concorrenti effettivi sul mercato delle tecnologie se il licenziatario concede già in licenza la sua tecnologia ed il licenziante entra sul mercato delle tecnologie concedendo al licenziatario una licenza per una tecnologia concorrente.
29. Le parti sono considerate concorrenti potenziali sul mercato del prodotto se è probabile che, in assenza dell'accordo e senza violare i diritti di proprietà di beni immateriali dell'altra parte, avrebbero effettuato i necessari investimenti addizionali per entrare sul mercato rilevante in risposta ad un aumento modesto ma permanente del prezzo del prodotto. Per costituire un'effettiva pressione concorrenziale, l'ingresso sul mercato deve poter avvenire entro un breve periodo di tempo. Un periodo di uno o due anni è di norma considerato adeguato. In casi particolari, tuttavia, possono essere presi in considerazione periodi più lunghi. Il valore di riferimento per determinare tale periodo può essere il periodo necessario alle imprese già presenti sul mercato per adeguare le loro capacità. Ad esempio, le parti possono essere considerate concorrenti potenziali sul mercato del prodotto nel caso in cui il licenziatario produca utilizzando la propria tecnologia su un determinato mercato geografico e inizi a produrre su un altro mercato geografico utilizzando una tecnologia concorrente ottenuta in licenza. In tal caso, è probabile che il licenziatario sarebbe potuto entrare sull'altro mercato geografico grazie alla propria tecnologia, a meno che l'ingresso non sia precluso da fattori oggettivi, compresa l'esistenza di brevetti di sbarramento (cfr. infra, punto 32).
30. Le parti sono considerate concorrenti potenziali sul mercato delle tecnologie quando possiedono tecnologie sostitutive qualora, nel caso specifico, il licenziatario non conceda in licenza la propria tecnologia, a condizione che sia probabile che lo faccia nel caso di un aumento modesto ma permanente del prezzo

ALLEGATO III

del prodotto. Ai fini dell'applicazione del RECTT, tuttavia, la concorrenza potenziale sul mercato delle tecnologie non viene presa in considerazione (cfr. *infra*, punto 66).

31. In taluni casi le parti possono diventare concorrenti a seguito della conclusione dell'accordo, in quanto il licenziatario sviluppa e comincia a sfruttare una tecnologia concorrente. In simili casi, si deve tener conto del fatto che le parti erano imprese non concorrenti al momento della conclusione dell'accordo e che l'accordo è stato concluso in quel determinato contesto. La Commissione si concentrerà pertanto principalmente sull'impatto dell'accordo sulla capacità del licenziatario di sfruttare la propria tecnologia (concorrente). In particolare, l'elenco delle restrizioni fondamentali che si applicano agli accordi tra concorrenti non si applicherà a tali accordi salvo qualora l'accordo sia successivamente modificato nei suoi elementi fondamentali dopo che le parti sono diventate concorrenti (cfr. articolo 4, paragrafo 3, del RECTT). Le imprese parti dell'accordo possono anche diventare concorrenti a seguito della conclusione dell'accordo, qualora il licenziatario fosse già presente sul mercato del prodotto prima della concessione della licenza e qualora il licenziante entri successivamente sul mercato del prodotto utilizzando la tecnologia concessa in licenza o una nuova tecnologia. Anche in questo caso all'accordo continuerà ad applicarsi l'elenco delle restrizioni fondamentali applicabile agli accordi tra non concorrenti, salvo qualora l'accordo sia successivamente modificato nei suoi elementi fondamentali (cfr. articolo 4, paragrafo 3, del RECTT).

32. Se sono titolari di tecnologie in posizione di blocco unidirezionale o bidirezionale, le parti sono considerate non concorrenti sul mercato delle tecnologie. Si ha posizione di blocco unidirezionale quando una tecnologia non può essere sfruttata senza incidere su un'altra tecnologia. È quanto avviene, ad esempio, quando un brevetto copre i perfezionamenti di una tecnologia tutelata da un altro brevetto. In tal caso lo sfruttamento del brevetto relativo ai perfezionamenti presuppone che il titolare ottenga la licenza del brevetto di base. Si ha posizione di blocco bidirezionale quando nessuna delle due tecnologie può essere sfruttata senza incidere sull'altra e quando pertanto i titolari hanno ciascuno bisogno di ottenere dall'altro la relativa licenza o la rinuncia alla rivendicazione. Per determinare l'esistenza di una posizione di blocco, la Commissione si baserà su fattori oggettivi e non sulle opinioni soggettive delle parti. Prove particolarmente convincenti dell'esistenza di una posizione di blocco sono necessarie quando le parti possono avere un comune interesse a sostenere l'esistenza di una posizione di blocco al fine di essere considerate come non concorrenti, ad esempio quando la posizione di blocco bidirezionale addotta dalle parti riguarda tecnologie sostitutive. Tra le prove pertinenti rientrano la giurisprudenza in materia, incluse le ingiunzioni e i pareri di esperti indipendenti.

In quest'ultimo caso la Commissione esaminerà con particolare attenzione le modalità di selezione degli esperti. Per comprovare l'esistenza di una posizione di blocco, possono tuttavia essere considerate pertinenti anche altre prove convincenti, incluse perizie di esperti fornite dalle parti, che indicano che esse hanno o avevano valide ragioni per supporre l'esistenza di una posizione di blocco.

33. In alcuni casi si potrebbe altresì concludere che, pur fabbricando prodotti concorrenti, il licenziante e il licenziatario non sono concorrenti sul mercato rilevante del prodotto e sul mercato rilevante delle tecnologie, perché la tecnologia sotto licenza costituisce un'innovazione talmente avanzata che la tecnologia del licenziatario è diventata obsoleta o non competitiva. In casi simili, la tecnologia del licenziante determina la nascita di un nuovo mercato o l'eliminazione della tecnologia del licenziatario dal mercato esistente. Tuttavia, spesso non è possibile giungere ad una tale conclusione al momento in cui l'accordo viene stipulato. Solitamente la tecnologia più vecchia appare obsoleta o non competitiva solo quando la nuova tecnologia o i prodotti che la incorporano sono accessibili ai consumatori da un certo periodo di tempo. Ad esempio, quando venne sviluppata la tecnologia dei CD e sul mercato fecero la loro comparsa i lettori e i dischi CD, non era del tutto ovvio che tale nuova tecnologia avrebbe sostituito la tecnologia dei dischi in vinile. Ciò divenne chiaro solo alcuni anni dopo. Le parti saranno pertanto considerate concorrenti se al momento della conclusione dell'accordo non è ovvio che la tecnologia del licenziatario è obsoleta o non competitiva. Tuttavia, dato che sia l'articolo 81, paragrafo 1, che l'articolo 81, paragrafo 3 devono essere applicati in funzione del contesto effettivo in cui l'accordo viene concluso, la valutazione deve tener conto di eventuali cambiamenti rilevanti della situazione. La definizione dei rapporti intercorrenti tra le parti è destinata pertanto a trasformarsi in una relazione tra non concorrenti nel caso in cui la tecnologia del licenziatario diventi successivamente obsoleta o non competitiva sul mercato.

III. APPLICAZIONE DEL REGOLAMENTO DI ESENZIONE PER CATEGORIA

1. Gli effetti del regolamento di esenzione per categoria

34. Gli accordi di trasferimento di tecnologia che soddisfano le condizioni enunciate dal RECTT beneficiano dell'esenzione per categoria dal divieto di cui all'articolo 81, paragrafo 1. Gli accordi che beneficiano dell'esenzione per categoria sono giuridicamente validi e applicabili. Tali accordi possono essere vietati solo per il futuro e solo a seguito di una revoca dell'esenzione per categoria da parte della Commissione o dell'autorità competente di uno Stato membro. Gli accordi che

ALLEGATO III

beneficiano dell'esenzione per categoria non possono essere vietati dai giudici nazionali in virtù dell'articolo 81, paragrafo 1, nel quadro di controversie private.

35. L'esenzione per categoria degli accordi di trasferimento di tecnologia si fonda sul presupposto che tali accordi — nella misura in cui rientrano nel campo di applicazione dell'articolo 81, paragrafo 1 — soddisfano le quattro condizioni di cui all'articolo 81, paragrafo 3. Si presuppone pertanto che gli accordi determinino incrementi di efficienza, che le restrizioni previste dagli accordi siano indispensabili per il conseguimento di tali incrementi, che i consumatori presenti sui mercati interessati ne ricevano una congrua parte e che gli accordi non diano alle imprese interessate la possibilità di eliminare la concorrenza per una parte sostanziale dei prodotti in questione. Le soglie relative alla quota di mercato (articolo 3), l'elenco delle restrizioni fondamentali (articolo 4) e le restrizioni escluse (articolo 5) che figurano nel RECTT mirano ad assicurare che il beneficio dell'esenzione per categoria venga concesso solo agli accordi restrittivi della concorrenza per i quali si possa ragionevolmente ritenere che soddisfino le quattro condizioni di cui all'articolo 81, paragrafo 3.

36. Come illustrato nella successiva parte IV, molti accordi di licenza non rientrano nel campo di applicazione dell'articolo 81, paragrafo 1, perché non determinano alcuna restrizione della concorrenza o perché non determinano restrizioni sensibili⁽²³⁾. Considerato che tali accordi rientrerebbero comunque nel campo di applicazione del RECTT, non è necessario stabilire se essi incorrano nel divieto di cui all'articolo 81, paragrafo 1⁽²⁴⁾.

37. Al di fuori del campo di applicazione del regolamento di esenzione per categoria, è importante esaminare se nel caso in esame l'accordo considerato rientra nel campo di applicazione dell'articolo 81, paragrafo 1, ed in tal caso se le condizioni di cui all'articolo 81, paragrafo 3, sono soddisfatte. Non vi è alcuna presunzione del fatto che gli accordi di trasferimento di tecnologia che non beneficino dell'esenzione per categoria rientrino nel campo di applicazione dell'articolo 81, paragrafo 1, o non soddisfino le condizioni di cui all'articolo 81, paragrafo 3. In particolare, il semplice fatto che le quote di mercato delle parti superano le soglie di cui all'articolo 3 del RECTT non è motivo sufficiente per stabilire che l'accordo rientra nel campo di applicazione dell'articolo 81, paragrafo 1. È necessaria a tal fine una valutazione individuale dei probabili effetti dell'accordo. Solo gli accordi che prevedono restrizioni fondamentali della concorrenza sono da ritenere vietati dall'articolo 81.

2. Campo di applicazione e durata del regolamento di esenzione per categoria

2.1. Accordi tra due parti

38. Ai sensi dell'articolo 2, paragrafo 1, del RECTT, il regolamento ha per oggetto gli accordi di trasferimento di tecnologia conclusi «tra due imprese». Gli accordi di trasferimento di tecnologia conclusi tra più di due imprese non rientrano nel campo di applicazione del RECTT ⁽²⁵⁾. Elemento determinante ai fini della distinzione tra accordi conclusi tra due imprese e accordi multilaterali è il fatto che l'accordo in oggetto sia stato concluso tra più di due imprese.

39. Gli accordi conclusi tra due imprese rientrano nel campo di applicazione del RECTT anche qualora l'accordo contenga disposizioni relative a vari livelli della catena commerciale. Ad esempio, il RECTT si applica ad un accordo di licenza relativo non solo alla fase della produzione ma anche a quella della distribuzione, il quale fissi gli obblighi che il licenziatario deve o può imporre ai rivenditori dei prodotti realizzati sotto licenza ⁽²⁶⁾.

40. Gli accordi di licenza conclusi tra più di due imprese sollevano spesso questioni analoghe a quelle sollevate dagli accordi di licenza di uguale natura conclusi tra due imprese. Nel valutare individualmente gli accordi di licenza aventi uguale natura degli accordi che beneficiano dell'esenzione per categoria ma che sono stati conclusi tra più di due imprese, la Commissione applicherà per analogia i principi enunciati nel RECTT.

2.2. Accordi per la produzione dei prodotti contrattuali

41. Discende dall'articolo 2 del RECTT che, per rientrare nel campo di applicazione del RECTT, gli accordi di licenza devono riguardare «la produzione dei prodotti contrattuali», ossia di prodotti che incorporano la tecnologia sotto licenza o che sono realizzati utilizzando tale tecnologia. In altre parole, per rientrare nel campo di applicazione del RECTT, la licenza deve consentire al licenziatario di sfruttare la tecnologia sotto licenza per la produzione di beni o di servizi (cfr. considerando sette del RECTT). Non rientrano nel RECTT i pool tecnologici. La nozione di pool tecnologico include gli accordi in base ai quali due o più parti decidono di mettere in comune le rispettive tecnologie e di concederle in licenza come pacchetto unico. La nozione di pool tecnologico include anche gli accordi in base ai quali due o più imprese concedono in licenza ad un terzo un pacchetto di tecnologie, autorizzandolo a concedere a sua volta in licenza il pacchetto. I pool tecnologici sono analizzati nella successiva sezione IV.4.

42. Il RECTT si applica inoltre agli accordi di licenza per la produzione dei prodotti

ALLEGATO III

contrattuali, laddove al licenziatario è permesso anche di concedere in sublicenza a terzi la tecnologia sotto licenza, a condizione tuttavia che la produzione dei prodotti contrattuali costituisca l'oggetto principale dell'accordo. Per contro, il RECTT non si applica agli accordi il cui oggetto principale sia la sublicenza. La Commissione applicherà tuttavia, per analogia, i principi contenuti nel RECTT e nelle presenti linee direttrici a tali «accordi di licenza originali» tra licenziante e licenziatario. Gli accordi tra licenziatario e sublicenziatari rientrano nel campo di applicazione del RECTT.

43. L'espressione «prodotti contrattuali» indica i beni ed i servizi prodotti utilizzando la tecnologia sotto licenza, sia nel caso in cui la tecnologia venga utilizzata nel processo di produzione sia qualora essa sia incorporata nel prodotto stesso. Nelle presenti linee direttrici l'espressione «prodotti che incorporano la tecnologia sotto licenza» copre entrambi i casi. Il RECTT si applica a tutti i casi in cui la tecnologia viene concessa in licenza ai fini della produzione di beni e servizi. A questo proposito è sufficiente che il licenziante si impegni a non esercitare i suoi diritti di proprietà di beni immateriali nei confronti del licenziatario. Infatti, l'essenza di un accordo di licenza di brevetto puro è il diritto di operare all'interno del campo di applicazione del diritto esclusivo conferito dal brevetto. Ne consegue che il RECTT riguarda anche i cosiddetti accordi di non rivendicazione e accordi di composizione transattiva, mediante i quali il licenziante autorizza il licenziatario a produrre nell'ambito di applicazione del brevetto.

44. Il RECTT si applica alla «subfornitura», mediante la quale il licenziante concede in licenza una tecnologia al licenziatario, il quale si impegna a produrre per mezzo di detta tecnologia determinati prodotti esclusivamente per conto del licenziante. La subfornitura può anche comportare la messa a disposizione da parte del licenziante delle attrezzature da utilizzare nella produzione dei beni e nella fornitura dei servizi oggetto dell'accordo. Quest'ultimo tipo di subfornitura rientra nel campo di applicazione del RECTT solo quando l'oggetto principale dell'accordo è la tecnologia sotto licenza e non le attrezzature fornite. La subfornitura è anche l'oggetto della comunicazione della Commissione relativa alla valutazione dei contratti di subfornitura alla luce dell'articolo 81, paragrafo 1, del trattato che istituisce la Comunità economica europea ⁽²⁷⁾. Sulla base di questa comunicazione, che rimane applicabile, gli accordi di subfornitura mediante i quali il subfornitore si impegna a produrre determinati prodotti esclusivamente per conto del committente non rientrano di norma nel campo di applicazione dell'articolo 81, paragrafo 1. Tuttavia, altre restrizioni imposte al subfornitore, come l'obbligo di non effettuare o sfruttare la propria attività di ricerca e sviluppo possono rientrare nel campo di applicazione dell'articolo 81 ⁽²⁸⁾.

45. Il RECTT si applica anche agli accordi mediante i quali il licenziatario deve realizzare un'attività di sviluppo prima di ottenere un prodotto o un processo sfruttabile commercialmente, a condizione che sia stato individuato un prodotto contrattuale. Anche se è richiesto il proseguimento di tale attività e degli investimenti, l'oggetto dell'accordo è la produzione di un prodotto contrattuale individuato. D'altro canto, il RECTT e le presenti linee direttrici non coprono gli accordi in base ai quali una tecnologia viene concessa in licenza al fine di consentire al licenziatario di effettuare ulteriori attività di ricerca e sviluppo in vari campi. Ad esempio, il RECTT e le presenti linee direttrici non si applicano alla concessione in licenza di uno strumento di ricerca tecnologica utilizzato nell'ambito di ulteriori attività di ricerca. Il quadro delineato dal RECTT e dalle linee direttrici si basa sul presupposto che vi sia un legame diretto tra la tecnologia sotto licenza ed un prodotto contrattuale individuato. Nei casi in cui non esistono simili legami, l'oggetto principale dell'accordo è la ricerca e sviluppo e non il tentativo di immettere un determinato prodotto sul mercato; in tal caso, il quadro di analisi del RECTT e delle linee direttrici può non essere adeguato. Per le stesse ragioni, il RECTT e le linee direttrici non riguardano gli accordi finalizzati a subappaltare attività di ricerca e sviluppo, mediante i quali il licenziatario si impegna ad effettuare attività di ricerca e sviluppo nel settore della tecnologia sotto licenza e a ritrasferire al licenziante il pacchetto di tecnologie e i perfezionamenti realizzati. Oggetto principale di tali accordi è la prestazione di servizi di ricerca e sviluppo finalizzati al perfezionamento della tecnologia e non la produzione di beni e servizi utilizzando la tecnologia sotto licenza.

2.3. La nozione di accordo di trasferimento di tecnologia

46. Il RECTT e le presenti linee direttrici hanno per oggetto gli accordi di trasferimento di tecnologia. Ai sensi dell'articolo 1, paragrafo 1, lettere b) e h), del RECTT la nozione di «tecnologia» copre i brevetti e le domande di brevetto, i modelli di utilità, le domande di registrazione di modelli di utilità, i diritti su disegni e modelli, i diritti sulle nuove varietà vegetali, le topografie di prodotti a semiconduttori, i certificati complementari di protezione per i medicinali o per tutti gli altri prodotti per i quali tali certificati possono essere ottenuti, i diritti d'autore sul software e il know-how. La tecnologia sotto licenza dovrebbe permettere al licenziatario di produrre i prodotti contrattuali con o senza l'apporto di altri fattori di produzione.

47. All'articolo 1, paragrafo 1, lettera i), del RECTT, il know-how viene definito come un patrimonio di conoscenze pratiche non brevettate, derivanti da esperienze e da prove, patrimonio che è segreto, sostanziale ed individuato. Per «segreto» si intende che il know-how non è generalmente noto, né facilmente accessibile. Per «sostanziale» si intende che il know-how comprende conoscenze significative e

ALLEGATO III

utili per la produzione dei prodotti contrattuali o per l'utilizzazione del processo contemplato dall'accordo di licenza. In altre parole, le conoscenze devono offrire un contributo significativo alla produzione dei prodotti contrattuali o devono agevolarle. Nei casi in cui il know-how sotto licenza riguarda un prodotto anziché un processo, questa condizione implica che il know-how sia utile alla produzione del prodotto contrattuale. La condizione in oggetto non è soddisfatta qualora il prodotto contrattuale possa essere realizzato sulla base di tecnologie liberamente disponibili. Non è tuttavia necessario che il valore del prodotto contrattuale sia superiore rispetto a quello dei prodotti realizzati con le tecnologie liberamente disponibili. Nel caso delle tecnologie relative ad un processo, questa condizione implica che il know-how è utile nel senso che, alla data della conclusione dell'accordo, è ragionevole presumere che sia in grado di migliorare significativamente la posizione competitiva del licenziatario, ad esempio riducendone i costi di produzione. Per «individuato» si intende che è possibile verificare se il know-how sotto licenza risponde ai criteri di segretezza e di sostanzialità. Questa condizione è soddisfatta se il know-how sotto licenza è descritto in manuali o in altri testi scritti. In certi casi, tuttavia, ciò può non essere ragionevolmente possibile. Il know-how sotto licenza può consistere nelle conoscenze pratiche di cui dispongono i dipendenti del licenziante. Questi possono ad esempio detenere conoscenze segrete e sostanziali in relazione ad un determinato processo produttivo che viene trasferito al licenziatario attraverso la formazione dei suoi dipendenti. In simili casi, è sufficiente descrivere nell'accordo la natura generale del know-how ed elencare i dipendenti che sono, o sono stati, coinvolti nel suo trasferimento al licenziatario.

48. La nozione di «trasferimento» implica che la tecnologia deve passare da un'impresa all'altra. Tali trasferimenti assumono di norma la forma di una licenza, grazie alla quale il licenziante concede al licenziatario il diritto di sfruttamento della sua tecnologia dietro pagamento di royalties. I trasferimenti possono avvenire altresì tramite sublicenze, in base alle quali il licenziatario, su autorizzazione del licenziante, concede in licenza a terzi (sublicenziatari) i diritti di sfruttamento della tecnologia.

49. Il RECTT si applica esclusivamente agli accordi il cui principale obiettivo è il trasferimento di tecnologia quale definito nel regolamento stesso e non l'acquisto di beni e servizi o la concessione in licenza di altri tipi di diritti di proprietà di beni immateriali. Gli accordi contenenti disposizioni relative all'acquisto e alla vendita di prodotti sono coperti dal RECTT solo quando tali disposizioni non costituiscono l'oggetto principale dell'accordo e sono direttamente collegate all'utilizzazione della tecnologia sotto licenza. Ciò può avvenire in particolare quando i prodotti abbinati sono fattori di produzione quali attrezzature o processi specificamente pensati per un'utilizzazione efficiente della tecnologia sotto

licenza. Se invece il prodotto abbinato costituisce semplicemente un ulteriore fattore di produzione del prodotto finale, occorre esaminare attentamente se la tecnologia sotto licenza costituisca l'oggetto principale dell'accordo. Ad esempio, qualora il licenziatario fabbrichi già un prodotto finale utilizzando un'altra tecnologia, la licenza deve consentire un significativo miglioramento del processo di produzione impiegato dal licenziatario, tale da superare il valore del prodotto acquistato presso il licenziante. La condizione che i prodotti abbinati debbano essere collegati con la concessione della licenza di tecnologia implica che il RECTT non si applica all'acquisto di prodotti che non hanno alcun rapporto con i prodotti che incorporano la tecnologia sotto licenza. Ciò avviene, ad esempio, quando il prodotto abbinato non è destinato ad essere utilizzato con il prodotto realizzato sotto licenza, ma è connesso ad un'attività su un mercato del prodotto distinto.

50. Il RECTT copre la concessione in licenza di altri tipi di diritti di proprietà di beni immateriali, come ad esempio i marchi e i diritti d'autore, diversi dai diritti d'autore sul software, solo quando questi siano direttamente connessi con lo sfruttamento della tecnologia sotto licenza e non costituiscano l'oggetto principale dell'accordo. Questa condizione garantisce che gli accordi che coprono altri tipi di diritti di proprietà di beni immateriali beneficino dell'esenzione per categoria solo quando consentano al licenziatario di sfruttare meglio la tecnologia sotto licenza. Il licenziante può ad esempio autorizzare il licenziatario ad applicare il suo marchio sui prodotti che incorporano la tecnologia sotto licenza. La licenza di marchio può permettere al licenziatario di sfruttare meglio la tecnologia sotto licenza facendo in modo che il consumatore colleghi immediatamente il prodotto alle caratteristiche conferitegli dalla tecnologia sotto licenza. L'obbligo imposto al licenziatario di utilizzare il marchio del licenziante può anche favorire la diffusione della tecnologia, in quanto consente al licenziante di essere riconosciuto come la fonte della tecnologia alla base del prodotto. Tuttavia il RECTT non si applica quando la tecnologia sotto licenza abbia per il licenziatario un valore limitato, in quanto già utilizza una tecnologia identica o molto simile, e quando il principale oggetto dell'accordo sia il marchio ⁽²⁹⁾.

51. La licenza di diritti d'autore concessa ai fini della riproduzione e della distribuzione di un'opera protetta, vale a dire la produzione di copie per la rivendita, viene assimilata alla licenza di tecnologia. Dato che tali accordi di licenza si riferiscono alla produzione e alla vendita di prodotti sulla base di un diritto di proprietà di beni immateriali, essi sono considerati come aventi carattere analogo agli accordi di trasferimento di tecnologia e di norma danno adito a problemi comparabili. Sebbene il RECTT non riguardi diritti d'autore diversi da quelli sul software, nel valutare tali licenze di diritti d'autore sulla base dell'articolo 81, la Commissione applicherà in linea generale i principi fissati nel

RECTT e nelle presenti linee direttrici.

52. D'altra parte, si ritiene che la concessione in licenza di diritti di esecuzione e di altri diritti relativi al diritto d'autore sollevi questioni specifiche e si reputa inopportuno valutare tale concessione sulla base dei principi enunciati nelle presenti linee direttrici. Nel caso dei vari diritti relativi all'esecuzione, il valore è prodotto, non dalla riproduzione e dalla vendita di copie del prodotto, ma da ogni singola esecuzione dell'opera protetta. Lo sfruttamento di tale diritto può assumere varie forme, ivi compresi l'esecuzione, la proiezione o il noleggio di materiale protetto, come i film, la musica o gli eventi sportivi. Ai fini dell'applicazione dell'articolo 81 si deve tener conto delle specificità dell'opera e del modo in cui viene utilizzata⁽³⁰⁾. Le restrizioni riguardanti la rivendita, ad esempio, possono dare adito a meno problemi sotto il profilo della concorrenza, mentre problemi particolari possono emergere nei casi in cui i licenzianti impongono ai loro licenziatari di estendere a ciascuno dei licenzianti le condizioni più favorevoli ottenute da uno di essi. Pertanto, la Commissione non applicherà per analogia il RECTT e le presenti linee direttrici alla concessione in licenza di questi altri diritti.

53. La Commissione inoltre non applicherà i principi illustrati nel RECTT e nelle presenti linee direttrici alla concessione in licenza di marchi. La concessione in licenza di marchi avviene spesso nel quadro della distribuzione e della rivendita di beni e servizi e presenta più elementi in comune con gli accordi di distribuzione che con la concessione di licenze di tecnologia. Quando una licenza di marchio è direttamente collegata con l'utilizzazione, la vendita o la rivendita di beni e servizi e non costituisce l'oggetto principale di un accordo, l'accordo di licenza è coperto dal regolamento (CE) n. 2790/1999 della Commissione relativo all'applicazione dell'articolo 81, paragrafo 3, del trattato CE a categorie di accordi verticali e pratiche concordate⁽³¹⁾.

2.4. Durata

54. Per tutto il periodo di applicazione del RECTT, l'esenzione per categoria si applica fintantoché il diritto di proprietà di beni immateriali oggetto della licenza non si sia estinto, non sia caduto in prescrizione o non sia stato dichiarato nullo. Per quanto riguarda il know-how, l'esenzione per categoria si applica fintantoché il know-how oggetto della licenza rimanga segreto, ad eccezione del caso in cui il know-how venga reso pubblico a seguito di un intervento del licenziatario, nel qual caso l'esenzione si applica per la durata dell'accordo (cfr. articolo 2 del RECTT).

55. L'esenzione per categoria si applica ad ogni diritto di proprietà di beni

immateriale concesso in licenza nell'ambito dell'accordo e cessa di essere applicata alla data in cui l'ultimo diritto di proprietà di beni immateriali rientrante nella definizione di «tecnologia» di cui al RECTT (cfr. supra, punto 46) si estingue, è dichiarato nullo o diventa di dominio pubblico.

2.5. Relazione con altri regolamenti di esenzione per categoria

56. Il RECTT copre gli accordi tra due imprese aventi per oggetto la concessione di una licenza di tecnologia per la produzione dei prodotti contrattuali. La tecnologia può tuttavia essere anche un elemento di altri tipi di accordi. Inoltre, i prodotti che incorporano la tecnologia sotto licenza vengono successivamente venduti sul mercato. Occorre pertanto analizzare i collegamenti tra il RECTT e il regolamento (CE) n. 2658/2000 della Commissione relativo all'applicazione dell'articolo 81, paragrafo 3, del trattato a categorie di accordi di specializzazione⁽³²⁾, il regolamento (CE) n. 2659/2000 della Commissione relativo all'applicazione dell'articolo 81, paragrafo 3, del trattato a categorie di accordi in materia di ricerca e sviluppo⁽³³⁾ e il regolamento (CE) n. 2790/1999 della Commissione relativo all'applicazione dell'articolo 81, paragrafo 3, del trattato CE a categorie di accordi verticali e pratiche concordate⁽³⁴⁾.

2.5.1. Il regolamento di esenzione per categoria relativo agli accordi in materia di R&S e il regolamento di esenzione per categoria relativo agli accordi di specializzazione

57. Il regolamento (CE) n. 2658/2000 relativo agli accordi di specializzazione copre tra l'altro, ai sensi dell'articolo 1, paragrafo 1, lettera c), dello stesso regolamento, gli accordi di produzione in comune, in forza dei quali due o più parti convengono di produrre in comune determinati prodotti. Il regolamento estende l'esenzione alle disposizioni relative alla cessione o allo sfruttamento di diritti di proprietà di beni immateriali, a condizione che esse non costituiscano l'oggetto principale dell'accordo e che siano direttamente collegate e necessarie alla sua realizzazione.

58. Quando le imprese costituiscono un'impresa comune di produzione e concedono all'impresa comune una licenza di sfruttamento di una tecnologia utilizzata per la produzione dei prodotti dell'impresa comune, tale concessione di licenza rientra nel campo di applicazione del regolamento (CE) n. 2658/2000 e non in quello del RECTT. Di conseguenza, si considera che la concessione di licenza nel quadro di un'impresa comune di produzione rientri di norma nel campo di applicazione del regolamento (CE) n. 2658/2000. Tuttavia, qualora l'impresa comune conceda in licenza a terzi la tecnologia, tale attività, non essendo legata alla produzione dell'impresa comune, non rientra nel campo di applicazione del regolamento (CE) n. 2658/2000. Tali accordi di licenza miranti a mettere in comune le tecnologie

ALLEGATO III

delle parti, costituiscono pool tecnologici. I pool tecnologici sono illustrati nella successiva sezione IV.4.

59. Il regolamento (CE) n. 2659/2000 relativo agli accordi in materia di ricerca e sviluppo copre gli accordi in base ai quali due o più imprese convengono di effettuare congiuntamente attività di ricerca e sviluppo e di sfruttare insieme i risultati di tali attività. Ai sensi dell'articolo 2, paragrafo 11, le attività di ricerca e sviluppo e lo sfruttamento dei risultati sono effettuati «in comune» quando i relativi lavori sono eseguiti da un gruppo di lavoro o da un ente comune o da un'impresa controllata in comune; affidati in comune dalle parti ad un terzo; ripartiti tra le parti in base alla specializzazione nella ricerca, nello sviluppo, nella produzione o nella distribuzione, ivi compresa la concessione di licenze.
60. Ne consegue che il regolamento (CE) n. 2659/2000 copre la concessione di licenze tra le parti e a opera delle parti ad un soggetto comune nel quadro di un accordo in materia di ricerca e sviluppo. Nel quadro di tali accordi le parti possono anche determinare le condizioni per la concessione in licenza a terzi dei risultati conseguiti tramite l'accordo di ricerca e sviluppo. Tuttavia, dato che i terzi licenziatari non sono parti nell'accordo di ricerca e sviluppo, il singolo accordo di licenza concluso con i terzi non rientra nel campo di applicazione del regolamento (CE) n. 2659/2000. Tali accordi di licenza beneficiano dell'esenzione per categoria prevista dal RECTT se soddisfano le condizioni di detto regolamento.

2.5.2. Il regolamento di esenzione per categoria relativo agli accordi verticali

61. Il regolamento (CE) n. 2790/1999 relativo agli accordi verticali copre gli accordi conclusi tra due o più imprese, operanti ciascuna, ai fini dell'accordo, ad un livello differente della catena di produzione o di distribuzione, e che si riferiscono alle condizioni in base alle quali le parti possono acquistare, vendere o rivendere determinati beni o servizi. Tale regolamento copre pertanto gli accordi di fornitura e di distribuzione ⁽³⁵⁾.
62. Dato che il RECTT copre solo gli accordi tra due parti e considerato che, ai sensi del regolamento (CE) n. 2790/1999, il licenziatario che vende prodotti che incorporano la tecnologia sotto licenza è un fornitore, i due regolamenti di esenzione per categoria sono strettamente connessi. L'accordo tra licenziante e licenziatario rientra nel campo di applicazione del RECTT, mentre gli accordi conclusi tra il licenziatario e gli acquirenti sono assoggettati al regolamento (CE) n. 2790/1999 e alle linee direttrici sulle restrizioni verticali ⁽³⁶⁾.
63. Il RECTT concede il beneficio dell'esenzione per categoria agli accordi tra il

licenziante e il licenziatario anche nel caso in cui l'accordo imponga obblighi al licenziatario in merito alla modalità di vendita dei prodotti che incorporano la tecnologia sotto licenza. In particolare, il licenziatario può essere obbligato a creare un determinato tipo di sistema di distribuzione, ad esempio un sistema di distribuzione esclusivo o un sistema selettivo. Tuttavia, per poter beneficiare dell'esenzione per categoria, gli accordi di distribuzione conclusi allo scopo di dare attuazione a tali obblighi devono attenersi alle disposizioni del regolamento (CE) n. 2790/1999. Ad esempio, il licenziante può obbligare il licenziatario ad istituire un sistema basato sulla distribuzione esclusiva conformemente a determinate regole; tuttavia, secondo quanto discende dall'articolo 4, lettera b), del regolamento (CE) n. 2790/1999, i distributori devono essere liberi di effettuare vendite passive nei territori di altri distributori esclusivi.

64. Inoltre, in linea di principio i distributori devono essere liberi di effettuare sia vendite attive che vendite passive nei territori coperti dai sistemi di distribuzione degli altri licenziatari che fabbricano prodotti utilizzando la tecnologia sotto licenza. Ciò è dovuto al fatto che ai fini dell'applicazione del regolamento (CE) n. 2790/1999 ogni licenziatario costituisce un fornitore distinto. Tutta via, le ragioni che giustificano l'esenzione per categoria prevista da detto regolamento valgono anche quando i prodotti che incorporano la tecnologia sotto licenza sono venduti dai licenziatari con un marchio comune di proprietà del licenziante. Quando i prodotti che incorporano la tecnologia sotto licenza vengono venduti con un marchio comune possono esservi le stesse ragioni di efficienza per applicare tra i sistemi di distribuzione dei licenziatari gli stessi tipi di restrizioni applicati nel quadro di un singolo sistema di distribuzione verticale. In tal caso, è improbabile che la Commissione contesti le restrizioni se vengono soddisfatte condizioni analoghe a quelle previste dal regolamento (CE) n. 2790/1999. Perché si abbia identità di marchio, i prodotti devono essere venduti e commercializzati con il marchio comune che più di ogni altro consenta di trasmettere ai consumatori informazioni relative alla qualità nonché ad ogni altro elemento pertinente. Non è quindi sufficiente che oltre al marchio dei licenziatari i prodotti rechino anche il marchio del licenziante, marchio che individua il licenziante come la fonte della tecnologia sotto licenza.

3. La deroga prevista dal regolamento di esenzione per categoria

65. Ai sensi dell'articolo 3 del RECTT, l'esenzione per categoria di accordi restrittivi si basa su soglie relative alla quota di mercato, il che limita il campo di applicazione dell'esenzione per categoria agli accordi per i quali si possa in genere ritenere che, seppure potenzialmente restrittivi della concorrenza, soddisfino le condizioni di cui all'articolo 81, paragrafo 3, del trattato CE. Al di fuori del campo di applicazione della deroga basata sulle soglie relative alla quota

ALLEGATO III

di mercato, è necessaria una valutazione caso per caso. Il fatto che le quote di mercato superano le soglie fissate non induce automaticamente a presumere che l'accordo rientri nel campo di applicazione dell'articolo 81, paragrafo 1, o che non soddisfi le condizioni di cui all'articolo 81, paragrafo 3. In assenza di restrizioni fondamentali, è necessaria un'analisi del mercato.

66. La soglia relativa alla quota di mercato da applicare ai fini della deroga prevista dal RECTT dipende dal fatto che si tratti di un accordo tra concorrenti o non concorrenti. Ai fini dell'applicazione del RECTT, le imprese sono concorrenti sul mercato rilevante delle tecnologie quando concedono in licenza tecnologie concorrenti. Per l'applicazione delle soglie relative alla quota di mercato e dell'elenco delle restrizioni fondamentali, non si tiene conto della concorrenza potenziale sul mercato delle tecnologie. Al di fuori del campo d'applicazione della deroga prevista dal RECTT, la concorrenza potenziale sul mercato delle tecnologie viene presa in considerazione, ma non comporta l'applicazione dell'elenco delle restrizioni fondamentali relativa agli accordi tra concorrenti (cfr. inoltre supra, punto 31).
67. Le imprese sono concorrenti sul mercato rilevante del prodotto quando operano entrambe sugli stessi mercati del prodotto e geografici in cui sono venduti i prodotti che incorporano la tecnologia sotto licenza (concorrenti effettivi). Le imprese sono altresì considerate concorrenti quando è probabile che siano disposte, sulla base di considerazioni realistiche, a effettuare gli investimenti supplementari o a sostenere gli ulteriori costi di conversione necessari al fine di penetrare sui mercati rilevanti del prodotto e sui mercati geografici rilevanti entro un periodo di tempo ragionevolmente breve⁽³⁷⁾, nell'ipotesi di un incremento modesto ma permanente dei prezzi relativi («concorrenti potenziali»);
68. Dai punti 66 e 67 deriva che, ai fini del RECTT, due imprese non sono concorrenti nel caso in cui il licenziante non sia né un fornitore effettivo né un fornitore potenziale di prodotti sul mercato rilevante e il licenziatario, già presente sul mercato del prodotto, non conceda in licenza una tecnologia concorrente anche se ne è titolare e la utilizza per la sua produzione. Tuttavia, le parti diventano concorrenti se in un momento successivo il licenziatario inizia a concedere in licenza la sua tecnologia o il licenziante diventa fornitore effettivo o potenziale di prodotti sul mercato rilevante. In questo caso l'elenco delle restrizioni fondamentali applicabile agli accordi tra non concorrenti continuerà ad applicarsi all'accordo, salvo qualora l'accordo sia successivamente modificato nei suoi elementi fondamentali (cfr. articolo 4, paragrafo 3, del RECTT e supra, punto 31).
69. Nel caso di accordi tra concorrenti si applica una soglia relativa alla quota di mercato pari al 20 %; nel caso di accordi tra non concorrenti la soglia è del 30 %

(cfr. articolo 3, paragrafi 1 e 2, del RECTT). Quando le imprese parti dell'accordo di licenza non sono imprese concorrenti, l'accordo beneficia dell'esenzione se nessuna delle parti detiene una quota di mercato superiore al 30 % dei mercati rilevanti interessati delle tecnologie e del prodotto. Quando le imprese parti dell'accordo di licenza sono imprese concorrenti, l'accordo beneficia dell'esenzione se le quote di mercato detenute congiuntamente dalle parti non superano il 20 % dei mercati rilevanti delle tecnologie e del prodotto. Le soglie relative alle quote di mercato si applicano sia ai mercati delle tecnologie che ai mercati dei prodotti che incorporano la tecnologia sotto licenza. Se su uno dei mercati rilevanti interessati viene superata la soglia applicabile, su detto mercato l'accordo non beneficia dell'esenzione per categoria. Se, ad esempio, l'accordo di licenza riguarda due mercati del prodotto distinti o due mercati geografici distinti, è possibile che l'esenzione per categoria si applichi ad uno dei mercati e non all'altro.

70. Per quanto riguarda i mercati delle tecnologie, dall'articolo 3, paragrafo 3, del RECTT discende che la quota di mercato del licenziante deve essere calcolata sulla base delle vendite del licenziante e di tutti i suoi licenziatari di prodotti che incorporano la tecnologia sotto licenza, calcolo che va effettuato separatamente per ogni singolo mercato rilevante⁽³⁸⁾. Quando le parti sono concorrenti sul mercato delle tecnologie, le vendite dei prodotti che incorporano la tecnologia del licenziatario vanno combinate con le vendite dei prodotti che incorporano la tecnologia sotto licenza. Per le nuove tecnologie che non hanno ancora generato vendite, viene attribuita una quota di mercato pari a zero. Una volta avviate le vendite, la tecnologia inizierà a conquistare quote di mercato.
71. Nel caso dei mercati del prodotto, la quota di mercato del licenziatario deve essere calcolata sulla base delle vendite effettuate dal licenziatario di prodotti che incorporano la tecnologia del licenziante e di prodotti concorrenti, ossia il totale delle vendite del licenziatario sul mercato del prodotto in questione. Nel caso in cui il licenziante sia anche un fornitore di prodotti sul mercato rilevante, occorre altresì tener conto delle vendite del licenziante sul mercato del prodotto in questione. Tuttavia, nel calcolo delle quote di mercato relative ai mercati del prodotto, le vendite effettuate da altri licenziatari non sono prese in considerazione per il calcolo della quota di mercato del licenziatario e/o del licenziante.
72. Le quote di mercato devono essere calcolate sulla base dei dati relativi al valore delle vendite, se disponibili. Rispetto ai dati sul volume, i dati sul valore delle vendite forniscono in genere un'indicazione più accurata della forza della tecnologia. Tuttavia, qualora i dati sul valore non siano disponibili, possono essere utilizzate stime basate su altre informazioni di mercato attendibili, ivi compresi i

ALLEGATO III

dati sul volume delle vendite sul mercato.

73. Gli esempi seguenti permettono di illustrare i principi di cui sopra:

Accordi di licenza tra imprese non concorrenti

Esempio n. 1

L'impresa A è specializzata nella messa a punto di prodotti e tecniche nel campo della biotecnologia e ha realizzato un nuovo prodotto, lo Xeran. Non disponendo delle necessarie strutture di produzione e di distribuzione, l'impresa non opera come produttore dello Xeran. L'impresa B è uno dei produttori di prodotti concorrenti, realizzati utilizzando tecnologie non protette e liberamente disponibili. Nell'anno 1, B ha venduto prodotti realizzati sulla base di tecnologie liberamente disponibili per un valore di 25 milioni di EUR. Nell'anno 2, A concede a B una licenza per la produzione dello Xeran. In quell'anno, B realizza un fatturato di 15 milioni di EUR per i prodotti realizzati sulla base di tecnologie liberamente disponibili e di 15 milioni di EUR per lo Xeran. Nell'anno 3 e negli anni seguenti, B produce e vende esclusivamente lo Xeran, realizzando un fatturato annuo di 40 milioni di EUR. Inoltre, nell'anno 2, A ha concesso una licenza anche a C. In precedenza C non era presente su quel mercato del prodotto. C produce e vende esclusivamente lo Xeran, realizzando un fatturato di 10 milioni di EUR nell'anno 2 e di 15 milioni di EUR nell'anno 3 e negli anni successivi. Il valore complessivo del mercato dello Xeran e dei prodotti sostitutivi in cui operano B e C è pari a 200 milioni di EUR l'anno.

Nell'anno 2, l'anno in cui viene concluso l'accordo di licenza, la quota di mercato di A sul mercato delle tecnologie è pari allo 0 %, in quanto la sua quota di mercato deve essere calcolata sulla base delle vendite complessive dello Xeran nell'anno precedente. Nell'anno 3, la quota di mercato di A sul mercato delle tecnologie è pari al 12,5 %, corrispondente al valore dello Xeran prodotto da B e C nel precedente anno 2. Nell'anno 4 e negli anni successivi, la quota di mercato di A sul mercato delle tecnologie è pari al 27,5 %, corrispondente al valore dello Xeran prodotto da B e C nell'anno precedente.

Nell'anno 2, la quota di mercato di B sul mercato del prodotto è pari al 12,5 %, corrispondente alle vendite per 25 milioni di EUR realizzate da B nell'anno 1. Nell'anno 3, la quota di mercato di B è pari al 15 %, in quanto nell'anno 2 le sue vendite sono salite a 30 milioni di EUR. Nell'anno 4 e negli anni successivi, la quota di mercato di B è pari al 20 %, in quanto le sue vendite ammontano a 40 milioni di EUR l'anno. La quota di mercato di C sul mercato del prodotto è pari allo 0 % nell'anno 1 e 2, al 5 % nell'anno 3 ed al 7,5 % negli anni successivi.

Poiché si tratta di accordi di licenza tra imprese non concorrenti e le quote di mercato individuali di A, B e C sono ogni anno inferiori al 30 %, gli accordi rientrano nella deroga prevista dal RECTT.

Esempio n. 2

La situazione è la stessa dell'esempio n. 1, ma in questo caso B e C operano su mercati geografici diversi. Il valore complessivo del mercato dello Xeran e dei prodotti sostitutivi in cui operano B e C è pari a 100 milioni di EUR l'anno per ciascun mercato geografico.

In questo caso, la quota di mercato di A sul mercato delle tecnologie deve essere calcolata per ciascuno dei due mercati geografici. Sul mercato in cui opera B, la quota di mercato di A dipende dalle vendite dello Xeran realizzate da B. Poiché in questo esempio, il valore complessivo del mercato si presume pari a 100 milioni di EUR, vale a dire la metà del mercato dell'esempio n. 1, la quota di mercato di A è pari allo 0 % nell'anno 2, al 15 % nell'anno 3 ed al 40 % negli anni successivi. La quota di mercato di B è pari al 25 % nell'anno 2, al 30 % nell'anno 3 e al 40 % negli anni successivi. Negli anni 2 e 3, né la quota di mercato di A, né quella di B superano la soglia del 30 %. La soglia viene tuttavia superata a partire dall'anno 4 e ciò significa che, conformemente all'articolo 8, paragrafo 2, del RECTT, dopo l'anno 6 l'accordo di licenza tra A e B non può più beneficiare della deroga, ma deve essere valutato su base individuale.

Sul mercato in cui opera C, la quota di mercato di A dipende dalle vendite dello Xeran realizzate da C. La quota di mercato di A sul mercato delle tecnologie, sulla base delle vendite di C nell'anno precedente, è pertanto pari allo 0 % nell'anno 2, al 10 % nell'anno 3 e al 15 % negli anni successivi. La quota di mercato di C sul mercato del prodotto è la stessa: 0 % nell'anno 2, 10 % nell'anno 3 e 15 % negli anni successivi. L'accordo di licenza tra A e C beneficia pertanto della deroga per l'intero periodo.

Accordi di licenza tra imprese concorrenti

Esempio n. 3

Le imprese A e B operano sullo stesso mercato rilevante del prodotto e sullo stesso mercato geografico rilevante per un determinato prodotto chimico. Ciascuna di esse detiene inoltre un brevetto relativo ad una tecnologia utilizzata per produrre il prodotto in questione. Nell'anno 1, A e B concludono un accordo di licenza reciproca mediante il quale si autorizzano reciprocamente ad utilizzare in licenza le rispettive tecnologie. Nell'anno 1, A e B producono solo utilizzando la rispettiva

ALLEGATO III

tecnologia, realizzando rispettivamente un fatturato di 15 milioni di EUR e di 20 milioni di EUR per il loro prodotto. A partire dall'anno 2, utilizzano entrambe la propria tecnologia e quella dell'altra parte. Da quell'anno in poi, A realizza un fatturato di 10 milioni di EUR per il prodotto realizzato con la propria tecnologia e di 10 milioni di EUR per il prodotto realizzato con la tecnologia di B. A partire dall'anno 2, B realizza un fatturato di 15 milioni di EUR per il prodotto realizzato con la propria tecnologia e di 10 milioni di EUR per il prodotto realizzato con la tecnologia di A. Il mercato complessivo del prodotto in oggetto e dei prodotti sostitutivi è pari a 100 milioni di EUR l'anno.

Ai fini della valutazione dell'accordo di licenza nell'ambito del RECTT, è necessario calcolare le quote di mercato di A e B sia sul mercato delle tecnologie, sia sul mercato del prodotto. La quota di mercato di A sul mercato delle tecnologie dipende dal valore delle vendite realizzate nell'anno precedente per quanto riguarda i prodotti realizzati, sia da A che da B, con la tecnologia di A. Nell'anno 2, la quota di mercato di A sul mercato delle tecnologie è pertanto pari al 15 %, corrispondente al valore di 15 milioni di EUR della propria produzione e delle proprie vendite nell'anno 1. A partire dall'anno 3, la quota di mercato di A sul mercato delle tecnologie è pari al 20 %, corrispondente al valore di 20 milioni di EUR delle vendite di prodotti realizzati con la tecnologia di A, realizzati e venduti da A e B (10 milioni di EUR ciascuna). Analogamente, la quota di mercato di B sul mercato delle tecnologie è pari al 20 % nell'anno 2 e al 25 % negli anni successivi.

Le quote di mercato di A e B sul mercato del prodotto dipendono dalle vendite rispettive del prodotto nell'anno precedente, indipendentemente dalla tecnologia utilizzata. La quota di mercato di A sul mercato del prodotto è pari al 15 % nell'anno 2 e al 20 % negli anni successivi. La quota di mercato di B sul mercato del prodotto è pari al 20 % nell'anno 2 e al 25 % negli anni successivi.

Poiché si tratta di un accordo tra imprese concorrenti, perché l'accordo benefici della deroga la quota di mercato detenuta congiuntamente deve essere inferiore alla soglia del 20 %, sia sul mercato delle tecnologie, sia sul mercato del prodotto. È chiaro che nel caso in esame, ciò non si verifica. La quota di mercato detenuta congiuntamente sul mercato delle tecnologie e sul mercato del prodotto è pari al 35 % nell'anno 2 e al 45 % negli anni successivi. Questo accordo tra imprese concorrenti dovrà pertanto essere valutato su base individuale.

4. Restrizioni fondamentali della concorrenza di cui al regolamento di esenzione per categoria

4.1. Principi generali

74. L'articolo 4 del RECTT elenca le restrizioni fondamentali della concorrenza. La classificazione di una restrizione come restrizione fondamentale della concorrenza si basa sul carattere della restrizione e sull'esperienza che quasi sempre ne ha dimostrato il carattere anticoncorrenziale. Conformemente alla giurisprudenza degli organi giurisdizionali comunitari⁽³⁹⁾, una simile restrizione può risultare dall'obiettivo manifesto dell'accordo o dalle circostanze relative al caso specifico (cfr. supra, punto 14).

75. Dall'articolo 4, paragrafi 1 e 2, del RECTT discende che, la presenza di una restrizione fondamentale della concorrenza in un accordo di trasferimento di tecnologia determina l'esclusione dell'intero accordo dal beneficio dell'esenzione per categoria. Ai fini del RECTT, le restrizioni fondamentali non possono essere separate dal resto dell'accordo. Inoltre, la Commissione ritiene che, nel quadro di una valutazione individuale, solo in circostanze eccezionali le restrizioni fondamentali della concorrenza possono soddisfare le quattro condizioni di cui all'articolo 81, paragrafo 3, del trattato CE (cfr. supra, punto 18).

76. L'articolo 4 del RECTT distingue tra accordi tra imprese concorrenti e accordi tra imprese non concorrenti.

4.2. Gli accordi tra imprese concorrenti

77. L'articolo 4, paragrafo 1, del RECTT elenca le restrizioni fondamentali nel caso di concessione di licenza tra imprese concorrenti. Ai sensi del predetto articolo, il RECTT non si applica agli accordi che, direttamente o indirettamente, isolatamente o congiuntamente con altri fattori soggetti al controllo delle parti, hanno per oggetto quanto segue:

- a) la restrizione della facoltà di una parte di determinare i prezzi praticati per la vendita dei prodotti a terzi;
- b) la limitazione della produzione, ad eccezione delle limitazioni della produzione dei prodotti contrattuali imposte al licenziatario in un accordo non reciproco o imposte ad uno solo dei licenziatari in un accordo reciproco.
- c) la ripartizione dei mercati o della clientela, eccetto:

ALLEGATO III

- i) l'obbligo imposto ai licenziatari di produrre utilizzando la tecnologia sotto licenza solo in uno o più campi tecnici di utilizzazione o in uno o più mercati del prodotto;
 - ii) l'obbligo imposto al licenziante e/o al licenziatario, in un accordo non reciproco, di non produrre utilizzando la tecnologia sotto licenza in uno o più campi tecnici di utilizzazione o in uno o più mercati del prodotto o in uno o più territori esclusivi riservati all'altra parte;
 - iii) l'obbligo imposto al licenziante di non concedere in licenza la tecnologia ad un altro licenziatario in un determinato territorio;
 - iv) la restrizione, in un accordo non reciproco, delle vendite attive e/o passive del licenziatario e/o del licenziante nel territorio esclusivo o al gruppo di clienti esclusivo riservati all'altra parte;
 - v) la restrizione, in un accordo non reciproco, delle vendite attive del licenziatario nel territorio esclusivo o al gruppo di clienti esclusivo assegnati dal licenziante ad un altro licenziatario, a condizione che quest'ultimo non fosse un'impresa concorrente del licenziante al momento della conclusione del proprio accordo di licenza;
 - vi) l'obbligo imposto al licenziatario di produrre i prodotti contrattuali esclusivamente per il proprio uso, a condizione che il licenziatario non sia soggetto a restrizioni per quanto riguarda la vendita attiva e passiva dei prodotti contrattuali come pezzi di ricambio per i propri prodotti;
 - vii) l'obbligo imposto al licenziatario, in un accordo non reciproco, di produrre i prodotti contrattuali solo per un determinato cliente, quando la licenza era stata concessa per creare una fonte di approvvigionamento alternativa per quel cliente.
- d) la restrizione della facoltà del licenziatario di sfruttare la propria tecnologia o la restrizione della facoltà delle parti dell'accordo di svolgere attività di ricerca e sviluppo, fatto salvo quando quest'ultima restrizione sia indispensabile per evitare la divulgazione a terzi del know-how sotto licenza.
78. Per una serie di restrizioni fondamentali, il RECTT fa una distinzione tra accordi reciproci e accordi non reciproci. L'elenco delle restrizioni fondamentali è più rigoroso per gli accordi reciproci che non per gli accordi non reciproci tra concorrenti. Gli accordi reciproci sono accordi per la concessione reciproca di licenze, laddove le tecnologie sotto licenza sono tecnologie concorrenti o possono

essere utilizzate per la produzione di prodotti concorrenti. Un accordo non reciproco è un accordo mediante il quale solo una delle parti concede in licenza la propria tecnologia all'altra parte, ovvero un accordo per la concessione reciproca di licenze, laddove le tecnologie sotto licenza non sono tecnologie concorrenti e non possono essere utilizzate per la produzione di prodotti concorrenti. Un accordo non si considera reciproco per il semplice fatto che contiene un obbligo di retrocessione o che il licenziatario si impegna a concedere al licenziante una licenza per i perfezionamenti da lui realizzati alla tecnologia sotto licenza. Qualora, successivamente, un accordo non reciproco diventi un accordo reciproco a seguito della conclusione di un secondo accordo di licenza tra le stesse parti, queste possono essere costrette a rivedere il primo accordo di licenza al fine di evitare che l'accordo contenga una restrizione fondamentale. Nella valutazione del caso individuale, la Commissione terrà conto del tempo trascorso tra la conclusione del primo e del secondo accordo di licenza.

79. La restrizione fondamentale della concorrenza di cui all'articolo 4, paragrafo 1, lettera a), riguarda gli accordi tra imprese concorrenti aventi per oggetto la fissazione dei prezzi dei prodotti venduti ai terzi, inclusi i prodotti che incorporano la tecnologia sotto licenza. La fissazione dei prezzi tra imprese concorrenti costituisce una restrizione della concorrenza per oggetto. La fissazione dei prezzi può assumere ad esempio la forma di un accordo diretto sul prezzo esatto da applicare o su un listino con alcuni sconti massimi autorizzati. Il fatto che l'accordo riguardi prezzi fissi, minimi, massimi o raccomandati non è rilevante. La fissazione dei prezzi può altresì essere realizzata indirettamente, applicando disincentivi ad allontanarsi da un livello di prezzo concordato, ad esempio, prevedendo un aumento della percentuale delle royalties in caso di riduzione dei prezzi dei prodotti al di sotto di un certo livello. Tuttavia, un obbligo imposto al licenziatario di versare royalties minime non equivale di per sé alla fissazione dei prezzi.

80. Quando le royalties sono calcolate sulla base delle vendite dei singoli prodotti, l'importo delle royalties ha un impatto diretto sui costi marginali del prodotto e quindi sul suo prezzo⁽⁴⁰⁾. Pertanto, imprese concorrenti possono utilizzare la concessione reciproca di licenze con pagamento reciproco di royalties come uno strumento di coordinamento dei prezzi sui mercati del prodotto a valle⁽⁴¹⁾. Tuttavia, la Commissione considererà le licenze reciproche con pagamento reciproco delle royalties come equivalenti alla fissazione dei prezzi solo quando l'accordo è privo di ogni finalità favorevole alla concorrenza e non costituisce pertanto un autentico accordo di licenza. In simili casi, quando l'accordo non determina alcun valore aggiunto ed è quindi privo di valide giustificazioni commerciali, si tratta di un falso accordo che equivale di fatto ad un cartello.

ALLEGATO III

81. La restrizione fondamentale di cui all'articolo 4, paragrafo 1, lettera a), riguarda anche gli accordi che prevedono che le royalties vengano calcolate sulla base delle vendite di tutti i prodotti, a prescindere dall'utilizzazione della tecnologia sotto licenza. Tali accordi rientrano anche nel campo di applicazione dell'articolo 4, paragrafo 1, lettera d), ai sensi del quale non deve essere limitata la capacità del licenziatario di utilizzare la propria tecnologia (cfr. infra, punto 95). In genere, tali accordi determinano restrizioni della concorrenza, dato che provocano un aumento dei costi sostenuti dal licenziatario per l'utilizzazione della propria tecnologia e che restringono la concorrenza che sarebbe esistita se l'accordo non fosse stato concluso⁽⁴²⁾. Ciò vale sia per gli accordi reciproci che per gli accordi non reciproci. Tuttavia, un accordo secondo il quale le royalties vengano calcolate sulla base delle vendite di tutti i prodotti potrebbe eccezionalmente, in un caso determinato, soddisfare le condizioni di cui all'articolo 81, paragrafo 3, quando sulla base di fattori oggettivi si possa concludere che la restrizione è indispensabile perché la concessione di licenza possa essere favorevole alla concorrenza. Ciò può verificarsi quando, in assenza della restrizione, sarebbe impossibile o eccessivamente difficile calcolare e controllare le royalties che devono essere pagate dal licenziatario, ad esempio perché la tecnologia del licenziante non lascia alcuna traccia visibile nel prodotto finale e perché non sono disponibili efficaci metodi di controllo alternativi.

82. La restrizione fondamentale della concorrenza di cui all'articolo 4, paragrafo 1, lettera b), riguarda le restrizioni reciproche della produzione tra le parti. Una restrizione della produzione è una limitazione dei quantitativi che una parte è autorizzata a produrre e vendere. L'articolo 4, paragrafo 1, lettera b), non riguarda le limitazioni della produzione imposte al licenziatario nell'ambito di un accordo non reciproco o le limitazioni della produzione imposte ad uno dei licenziatari nell'ambito di un accordo reciproco a condizione che le limitazioni della produzione riguardino soltanto prodotti realizzati utilizzando la tecnologia sotto licenza. L'articolo 4, paragrafo 1, lettera b), individua quindi come restrizioni fondamentali le restrizioni reciproche della produzione imposte alle parti e le restrizioni della produzione imposte al licenziante per quanto riguarda la sua stessa tecnologia. Quando imprese concorrenti acconsentono ad imporsi reciprocamente restrizioni della produzione, l'accordo ha per oggetto e per probabile effetto la riduzione della produzione sul mercato. Lo stesso può dirsi degli accordi che scoraggiano le parti dall'espandere la produzione, ad esempio mediante un obbligo reciproco di corrispondere un determinato importo all'altra parte qualora venga superato un determinato livello di produzione.

83. Il trattamento più favorevole riservato alle restrizioni quantitative non reciproche si basa sulla considerazione per cui una restrizione unilaterale non determina necessariamente una riduzione della produzione sul mercato e che il rischio che

l'accordo non costituisca un autentico accordo di licenza è minore in caso di restrizioni non reciproche. Quando un licenziatario è disposto ad accettare una restrizione unilaterale, è probabile che l'accordo consenta una reale integrazione di tecnologie complementari o un'integrazione tra la tecnologia superiore del licenziante e i mezzi di produzione del licenziatario, la quale consenta incrementi di efficienza. In un accordo reciproco, una restrizione della produzione a carico di uno dei licenziatari può riflettere il maggior valore della tecnologia concessa in licenza da una delle parti e può contribuire a promuovere la concessione di licenze favorevoli alla concorrenza.

84. La restrizione fondamentale della concorrenza di cui all'articolo 4, paragrafo 1, lettera c), riguarda la ripartizione dei mercati e dei clienti. Gli accordi in base ai quali imprese concorrenti si ripartiscono mercati e clienti hanno per oggetto la restrizione della concorrenza. Il fatto che in un accordo reciproco imprese concorrenti acconsentano a non produrre in taluni territori o a non effettuare vendite attive e/o passive in taluni territori o a taluni gruppi di clienti riservati all'altra parte costituisce una restrizione fondamentale.

85. L'articolo 4, paragrafo 1, lettera c), si applica a prescindere dal fatto che il licenziatario rimanga o no libero di utilizzare la propria tecnologia. Una volta che il licenziatario si è attrezzato per utilizzare la tecnologia del licenziante per produrre un determinato prodotto, può essere costoso mantenere una linea di produzione separata, che utilizzi un'altra tecnologia, al fine di rifornire i clienti cui si applicano le restrizioni. Inoltre, dato il potenziale anticoncorrenziale della restrizione, il licenziatario potrebbe avere pochi incentivi a produrre utilizzando la propria tecnologia. È inoltre altamente improbabile che simili restrizioni siano indispensabili affinché la concessione di licenza possa essere favorevole alla concorrenza.

86. Ai sensi dell'articolo 4, paragrafo 1, lettera c), punto ii), non costituisce una restrizione fondamentale il fatto che in un accordo non reciproco il licenziante conceda al licenziatario una licenza esclusiva per produrre utilizzando la tecnologia sotto licenza in un determinato territorio ed acconsenta quindi a non produrre i prodotti contrattuali in quel territorio o a non fornire i prodotti contrattuali da quel territorio. Simili licenze esclusive beneficiano dell'esenzione per categoria indipendentemente dall'estensione del territorio. Se la licenza ha portata mondiale, l'esclusiva implica che il licenziante si astiene dall'entrare o dal restare sul mercato. L'esenzione per categoria si applica anche quando la licenza è limitata ad uno o più campi tecnici di utilizzazione o ad uno o più mercati del prodotto. L'obiettivo degli accordi che rientrano nell'articolo 4, paragrafo 1, lettera c), punto ii), può essere quello di offrire al licenziatario un incentivo ad investire nella tecnologia sotto licenza e a svilupparla. Pertanto l'oggetto

ALLEGATO III

dell'accordo non è necessariamente la ripartizione dei mercati.

87. Ai sensi dell'articolo 4, paragrafo 1, lettera c), punto iv), e per la stessa ragione, l'esenzione per categoria si applica anche agli accordi non reciproci mediante i quali le parti acconsentono a non effettuare vendite attive o passive⁽⁴³⁾ nel territorio esclusivo o al gruppo di clienti esclusivo riservati all'altra parte.
88. Ai sensi dell'articolo 4, paragrafo 1, lettera c), punto iii), inoltre, non si ha una restrizione fondamentale nel caso in cui il licenziante designa il licenziatario come il suo unico licenziatario in un particolare territorio, con la conseguenza implicita che nel territorio in questione non verranno concesse licenze a terzi per produrre prodotti utilizzando la tecnologia del licenziante. Nel caso di simili licenze uniche, l'esenzione per categoria si applica indipendentemente dal fatto che l'accordo sia o no reciproco, considerato che esso non incide sulla facoltà delle parti di sfruttare pienamente la propria tecnologia nei rispettivi territori.
89. L'articolo 4, paragrafo 1, lettera c), punto v), esclude dall'elenco delle restrizioni fondamentali, ed ammette quindi al beneficio dell'esenzione per categoria entro la soglia relativa alla quota di mercato, le restrizioni, in un accordo non reciproco, delle vendite attive di un licenziatario nel territorio o al gruppo di clienti assegnati dal licenziante ad un altro licenziatario. Tuttavia, al momento della conclusione dell'accordo di licenza, il licenziatario protetto non doveva essere un concorrente del licenziante. Non è giustificato inserire tali restrizioni nell'elenco delle restrizioni fondamentali. Consentendo al licenziante di concedere ad un licenziatario che non era già presente sul mercato una protezione nei confronti delle vendite attive di licenziatari che sono concorrenti del licenziante e dunque già affermati sul mercato, simili restrizioni possono indurre il licenziatario a sfruttare in maniera più efficiente la tecnologia sotto licenza. Se, d'altro canto, i licenziatari si accordano tra loro per non effettuare vendite attive o passive in taluni territori o a taluni gruppi di clienti, l'accordo equivale ad un cartello tra i licenziatari. Dato che simili accordi non implicano alcun trasferimento di tecnologia, essi non rientrano nel campo d'applicazione del RECTT.
90. Ai sensi dell'articolo 4, paragrafo 1, lettera c), punto i), le restrizioni negli accordi tra concorrenti che limitano la licenza ad uno o più mercati del prodotto o ad uno o più campi tecnici di utilizzazione⁽⁴⁴⁾ non costituiscono restrizioni fondamentali. Entro la soglia del 20 % relativa alla quota di mercato, simili restrizioni beneficiano dell'esenzione per categoria indipendentemente dal fatto che l'accordo sia o no reciproco. L'applicazione dell'esenzione per categoria è tuttavia soggetta alla condizione che le restrizioni del campo di utilizzazione non vadano al di là del campo di utilizzazione delle tecnologie sotto licenza. I licenziatari non devono inoltre essere soggetti a limitazioni per quanto concerne

l'utilizzazione della propria tecnologia (cfr. articolo 4, paragrafo 1, lettera d)). Quando i licenziatari sono soggetti a limitazioni quanto all'utilizzazione della propria tecnologia, l'accordo equivale ad una ripartizione del mercato.

91. L'esenzione per categoria si applica indipendentemente dal fatto che la restrizione del campo di utilizzazione sia simmetrica o asimmetrica. Una restrizione asimmetrica del campo di utilizzazione in un accordo reciproco implica che ad entrambe le parti è consentito utilizzare le rispettive tecnologie ottenute in licenza solo nell'ambito di campi di utilizzazione diversi. Nella misura in cui le parti non sono soggette a restrizioni riguardanti l'utilizzazione delle proprie tecnologie, non si presume che l'accordo le induca ad abbandonare il campo di utilizzazione oggetto della licenza concessa all'altra parte o ad astenersi dal penetrarvi. Anche se i licenziatari si attrezzano per utilizzare la tecnologia sotto licenza nell'ambito del campo di utilizzazione oggetto della licenza, può non esservi alcun impatto sulle risorse utilizzate per la produzione al di fuori dell'ambito della licenza. A questo proposito è importante che la restrizione riguardi mercati del prodotto o campi di utilizzazione distinti e non i clienti, assegnati per territorio o per gruppo, che acquistano prodotti rientranti nello stesso mercato del prodotto o campo tecnico di utilizzazione. Il rischio di ripartizione del mercato è considerato notevolmente superiore nell'ultimo caso (cfr. supra, punto 85). Inoltre, le restrizioni del campo di utilizzazione possono essere necessarie per promuovere la concessione di licenze favorevoli alla concorrenza (cfr. infra, punto 182).
92. L'articolo 4, paragrafo 1, lettera c), punto vi), contiene un'ulteriore eccezione, ossia le restrizioni relative all'uso interno, vale a dire l'obbligo imposto al licenziatario di produrre i prodotti che incorporano la tecnologia sotto licenza solo per il proprio uso. Pertanto, nel caso il prodotto contrattuale sia un componente, al licenziatario può essere imposto l'obbligo di produrre il componente esclusivamente per incorporarlo nei propri prodotti e può essergliene vietata la vendita ad altri produttori. Tuttavia, il licenziatario deve poter vendere i componenti come parti di ricambio per i propri prodotti e pertanto deve poter rifornire i terzi che assicurano il servizio postvendita per tali prodotti. Le restrizioni relative all'uso interno, così come sono state definite, possono essere necessarie per favorire la diffusione della tecnologia, in particolare tra concorrenti, e beneficiano pertanto dell'esenzione per categoria. Tali restrizioni sono trattate anche nella successiva sezione IV.2.5.
93. Infine, l'articolo 4, paragrafo 1, lettera c), punto vii), esclude dall'elenco delle restrizioni fondamentali l'obbligo imposto al licenziatario in un accordo non reciproco di produrre i prodotti contrattuali solo per un determinato cliente al fine di creare una fonte di approvvigionamento alternativa per quel cliente. Ai fini

ALLEGATO III

dell'applicazione dell'articolo 4, paragrafo 1, lettera c), punto vii), è pertanto necessario che la licenza sia limitata alla creazione di una fonte di approvvigionamento alternativa per quel particolare cliente. Non è tuttavia necessario che venga concessa una sola licenza di questo tipo. L'articolo 4, paragrafo 1, lettera c), punto vii), si applica anche alle situazioni nelle quali più imprese ottengono una licenza per rifornire lo stesso cliente specificato. Le potenzialità di ripartizione dei mercati di simili accordi sono limitate quando la licenza è concessa solo al fine di rifornire un particolare cliente. In particolare, in simili circostanze, non è possibile presumere che l'accordo costringerà il licenziatario a cessare lo sfruttamento della propria tecnologia.

94. La restrizione fondamentale della concorrenza di cui all'articolo 4, paragrafo 1, lettera d), riguarda innanzitutto le restrizioni della facoltà delle parti di effettuare attività di ricerca e sviluppo. Entrambe le parti devono essere libere di svolgere attività indipendente di ricerca e sviluppo. Questa regola è valida a prescindere dal fatto che la restrizione si applichi ad un campo interessato dalla licenza o anche ad altri campi. Tuttavia il semplice fatto che le parti acconsentano a trasferirsi l'un l'altra i perfezionamenti futuri delle rispettive tecnologie non equivale ad una restrizione dell'attività indipendente di ricerca e sviluppo. L'effetto di tali accordi sulla concorrenza deve essere valutato alla luce delle circostanze relative al caso specifico. L'articolo 4, paragrafo 1, lettera d), non si estende tuttavia alle restrizioni della facoltà di una parte di effettuare attività di ricerca in collaborazione con terzi, quando tali restrizioni siano indispensabili per tutelare il know-how del licenziante ed impedirne la divulgazione a terzi. Al fine di beneficiare dell'eccezione, le restrizioni imposte per proteggere il know-how del licenziante dalla divulgazione devono essere necessarie e proporzionate alla protezione. Quando, ad esempio, nell'accordo vengono designati determinati dipendenti del licenziatario che saranno formati all'utilizzazione del know-how sotto licenza e che ne saranno responsabili, può essere sufficiente obbligare il licenziatario a non autorizzare tali dipendenti a partecipare ad attività di ricerca e sviluppo insieme a terzi. Possono essere considerate adeguate anche altre misure di salvaguardia.

95. Conformemente all'articolo 4, paragrafo 1, lettera d), il licenziatario non deve essere soggetto ad alcuna restrizione per quanto riguarda l'utilizzazione della propria tecnologia concorrente, a condizione che non utilizzi a tal fine la tecnologia ottenuta in licenza dal licenziante. Relativamente alla propria tecnologia, il licenziatario non deve subire alcuna restrizione per quanto riguarda il luogo di produzione o di vendita, i quantitativi prodotti o venduti e il prezzo di vendita applicato. Inoltre egli non deve essere obbligato a pagare royalties sui prodotti realizzati utilizzando la propria tecnologia (cfr. supra, punto 81). Il licenziatario non deve subire restrizioni per quanto riguarda la concessione in

licenza della propria tecnologia ai terzi. Qualora fossero applicate restrizioni allo sfruttamento da parte del licenziatario della propria tecnologia o all'effettuazione di attività di ricerca e sviluppo, verrebbe ridotta la competitività della tecnologia del licenziatario. La conseguenza sarebbe una riduzione della concorrenza sui mercati esistenti del prodotto e delle tecnologie ed una diminuzione degli incentivi per il licenziatario a investire nello sviluppo e nel perfezionamento della propria tecnologia.

4.3. Gli accordi tra imprese non concorrenti

96. L'articolo 4, paragrafo 2, elenca le restrizioni fondamentali nel caso di concessione di licenza tra imprese non concorrenti. Ai sensi del predetto articolo, il RECTT non si applica agli accordi che, direttamente o indirettamente, isolatamente o congiuntamente con altri fattori soggetti al controllo delle parti, hanno per oggetto:

- a) la restrizione della facoltà di una parte di determinare i prezzi praticati per la vendita dei prodotti a terzi, fatta salva la possibilità di imporre un prezzo massimo di vendita o di raccomandare un prezzo di vendita, a condizione che ciò non equivalga a imporre un prezzo fisso o un prezzo minimo di vendita per effetto di pressioni esercitate o incentivi offerti da una delle parti;
- b) la restrizione relativa al territorio in cui, o ai clienti ai quali, il licenziatario può effettuare vendite passive dei prodotti contrattuali, eccetto:
 - i) la restrizione delle vendite passive nel territorio esclusivo o ad un gruppo di clienti esclusivo riservati al licenziante;
 - ii) la restrizione delle vendite passive in un territorio esclusivo o ad un gruppo di clienti esclusivo assegnati dal licenziante ad un altro licenziatario, nei primi due anni in cui quest'ultimo vende i prodotti contrattuali in quel territorio o a quel gruppo di clienti;
 - iii) l'obbligo di produrre i prodotti contrattuali esclusivamente per il proprio uso, a condizione che il licenziatario non sia soggetto a restrizioni per quanto riguarda la vendita attiva e passiva dei prodotti contrattuali come pezzi di ricambio per i propri prodotti;
 - iv) l'obbligo di produrre i prodotti contrattuali solo per un determinato cliente, quando la licenza era stata concessa per creare una fonte di approvvigionamento alternativa per quel cliente;

ALLEGATO III

- v) la restrizione delle vendite agli utilizzatori finali da parte di un licenziatario operante al livello del commercio all'ingrosso;
 - vi) la restrizione delle vendite a distributori non autorizzati da parte dei membri di un sistema di distribuzione selettiva;
 - c) la restrizione delle vendite attive o passive agli utilizzatori finali da parte di un licenziatario membro di un sistema di distribuzione selettiva e operante nel commercio al dettaglio, fatta salva la possibilità di proibire ad un membro di tale sistema di svolgere la propria attività a partire da un luogo di stabilimento non autorizzato.
97. La restrizione fondamentale della concorrenza di cui all'articolo 4, paragrafo 2, lettera a), riguarda la fissazione dei prezzi praticati per la vendita di prodotti a terzi. Più in particolare, la disposizione riguarda le restrizioni aventi direttamente o indirettamente per oggetto la determinazione di un prezzo di vendita fisso o minimo ovvero di un livello di prezzo fisso o minimo che il licenziante o il licenziatario deve rispettare in caso di vendita di prodotti a terzi. La restrizione è palese nel caso di accordi che fissano direttamente il prezzo di vendita. Tuttavia, la fissazione dei prezzi di vendita può anche essere attuata in modo indiretto. Esempi di quest'ultimo caso sono gli accordi che fissano il margine, gli accordi che fissano il livello massimo degli sconti, il collegamento del prezzo di vendita ai prezzi di vendita dei concorrenti, minacce, intimidazioni, avvertimenti, penalità, o la risoluzione dei contratti in caso di mancata osservanza di un dato livello di prezzo. Gli strumenti diretti o indiretti per fissare i prezzi possono essere resi più efficaci se combinati con altre misure volte a individuare le riduzioni di prezzo, quali l'attuazione di un sistema di controllo dei prezzi o l'obbligo a carico dei licenziatari di riferire in merito a scostamenti nei prezzi. Analogamente, la fissazione di prezzi diretti o indiretti può essere resa più efficace se combinata con misure volte a ridurre gli incentivi per il licenziatario a ridurre il suo prezzo di vendita, ad esempio quando il licenziante obbliga il licenziatario ad applicare una «clausola del cliente più favorito», ossia un obbligo di accordare ad un determinato cliente le condizioni più favorevoli che siano state concesse ad altri clienti. Gli stessi strumenti possono essere utilizzati per far sì che i prezzi massimi o raccomandati agiscano come prezzi di vendita fissi o minimi. Tuttavia, la consegna da parte del licenziatario al licenziante di un listino di prezzi raccomandati o l'imposizione di un prezzo massimo non è di per sé equiparabile alla determinazione di prezzi di vendita fissi o minimi.
98. L'articolo 4, paragrafo 2, lettera b), considera restrizioni fondamentali della concorrenza gli accordi o le pratiche concordate aventi direttamente o indirettamente per oggetto la restrizione delle vendite passive da parte dei

licenziatari dei prodotti che incorporano la tecnologia sotto licenza⁽⁴⁵⁾. Le restrizioni delle vendite passive imposte al licenziatario possono essere il risultato di obblighi diretti, come l'obbligo di non vendere a determinati clienti o a clienti in determinati territori o l'obbligo di trasferire gli ordini di tali clienti ad altri licenziatari. Possono anche risultare da misure indirette miranti a indurre il licenziatario ad astenersi dall'effettuare tali vendite, quali incentivi finanziari e la creazione di un sistema di controllo mirante a verificare l'effettiva destinazione dei prodotti realizzati sotto licenza. Le limitazioni quantitative possono essere uno strumento indiretto per restringere le vendite passive. La Commissione non partirà tuttavia dal presupposto che le limitazioni quantitative siano, in quanto tali, finalizzate a questo obiettivo. Diverso è tuttavia il caso in cui le limitazioni quantitative siano utilizzate per dare attuazione ad un accordo sottostante finalizzato alla compartimentazione del mercato. Indicazioni dell'esistenza di un simile accordo sono ad esempio l'adeguamento dei quantitativi nel tempo al fine di coprire esclusivamente la domanda locale, la combinazione di limitazioni quantitative e dell'obbligo di vendere quantitativi minimi nel territorio, obblighi di versare royalties minime con riferimento alle vendite nel territorio, royalties differenziate a seconda della destinazione dei prodotti e il controllo della destinazione dei prodotti venduti dai singoli licenziatari. La restrizione fondamentale generale relativa alle vendite passive dei licenziatari prevede tuttavia una serie di eccezioni, che sono esaminate in appresso.

99. L'articolo 4, paragrafo 2, lettera b), non si applica alle restrizioni delle vendite imposte al licenziante. Tutte le restrizioni delle vendite imposte al licenziante beneficiano dell'esenzione per categoria entro la soglia del 30 % relativa alla quota di mercato. Altrettanto vale per tutte le restrizioni delle vendite attive da parte del licenziatario, ad eccezione di quanto detto in appresso, ai punti 105 e 106, a proposito delle vendite attive. L'esenzione per categoria delle restrizioni delle vendite attive si fonda sull'assunto che tali restrizioni promuovono gli investimenti, la concorrenza non basata sui prezzi, nonché il miglioramento della qualità dei servizi forniti dai licenziatari, in quanto consentono di risolvere i problemi del parassitismo (il cosiddetto *free riding*) e della rinuncia agli investimenti. Nel caso delle restrizioni delle vendite attive tra territori o gruppi di clienti dei licenziatari, non è necessario che al licenziatario protetto sia stato assegnato un territorio esclusivo o un gruppo di clienti esclusivo. L'esenzione per categoria si applica inoltre alle restrizioni delle vendite attive quando per un particolare territorio o gruppo di clienti sono stati designati più licenziatari. Gli investimenti in grado di produrre incrementi di efficienza sono più probabili quando un licenziatario può contare sul fatto di dover far fronte solo alla concorrenza rappresentata dalle vendite attive di un numero limitato di licenziatari all'interno di quel territorio, e non anche a quella di altri licenziatari operanti all'esterno di quel territorio.

ALLEGATO III

100. Le restrizioni delle vendite attive e passive da parte dei licenziatari in un territorio esclusivo o ad un gruppo di clienti esclusivo riservato al licenziante non costituiscono restrizioni fondamentali della concorrenza (cfr. articolo 4, paragrafo 2, lettera b), punto i)). In effetti esse beneficiano dell'esenzione per categoria. Si presume che entro la soglia relativa alla quota di mercato tali restrizioni, pur limitando la concorrenza, producano anche effetti favorevoli promuovendo la diffusione delle tecnologie, nonché la loro integrazione nei mezzi di produzione del licenziatario. Perché un territorio o un gruppo di clienti sia riservato al licenziante, non è necessario che questi produca effettivamente utilizzando la tecnologia concessa in licenza nel territorio o per il gruppo di clienti in questione. Il licenziante può anche riservarsi un territorio o un gruppo di clienti in vista di uno sfruttamento futuro.

101. Le restrizioni delle vendite passive da parte dei licenziatari in un territorio esclusivo o ad un gruppo di clienti esclusivo riservati ad un altro licenziatario beneficiano dell'esenzione per categoria per un periodo di due anni a partire dalla data in cui il licenziatario protetto vende per la prima volta i prodotti che incorporano la tecnologia sotto licenza all'interno del suo territorio esclusivo al suo gruppo di clienti esclusivo (cfr. articolo 4, paragrafo 2, lettera b, punto (ii)). I licenziatari devono spesso realizzare ingenti investimenti in mezzi di produzione e in attività promozionali per avviare e sviluppare l'attività in un nuovo territorio. Pertanto il nuovo licenziatario può dover affrontare rischi notevoli, in particolare dato che i costi dell'attività promozionale e i costi dell'investimento nei mezzi necessari per la produzione sulla base di una particolare tecnologia risultano spesso costi irrecuperabili nel caso in cui licenziatario esca dal mercato. In tal caso, spesso il licenziatario non è disposto a concludere l'accordo di licenza senza essere tutelato per un certo periodo di tempo contro le vendite (attive e) passive nel suo territorio da parte di altri licenziatari. Pertanto le restrizioni delle vendite passive di altri licenziatari nel territorio esclusivo di un licenziatario sono spesso escluse dal campo di applicazione dell'articolo 81, paragrafo 1, per un periodo di due anni a decorrere dalla data in cui il licenziatario in questione ha messo per la prima volta in commercio, all'interno del territorio esclusivo, il prodotto che incorpora la tecnologia sotto licenza. Qualora, tuttavia, in casi individuali, tali restrizioni rientrino nel campo di applicazione dell'articolo 81, paragrafo 1, esse beneficiano dell'esenzione per categoria. Una volta terminato il periodo di due anni, le restrizioni delle vendite passive tra licenziatari costituiscono restrizioni fondamentali. Tali restrizioni rientrano in genere nel campo di applicazione dell'articolo 81, paragrafo 1, del trattato CE, e difficilmente soddisfano le condizioni previste dall'articolo 81, paragrafo 3, del trattato CE. In particolare è difficile che le restrizioni delle vendite passive siano indispensabili per conseguire incrementi di efficienza⁽⁴⁶⁾.

102. L'articolo 4, paragrafo 2, lettera b), punto iii), riconduce nell'ambito di applicazione dell'esenzione per categoria la restrizione in base alla quale il licenziatario è obbligato a produrre prodotti che incorporano la tecnologia sotto licenza solo per il proprio uso (interno). Pertanto, nel caso il prodotto contrattuale sia un componente, al licenziatario può essere imposto l'obbligo di utilizzare il prodotto esclusivamente per incorporarlo nei propri prodotti e può essergliene vietata la vendita ad altri produttori. Tuttavia, il licenziatario deve poter effettuare vendite attive e passive dei prodotti contrattuali come pezzi di ricambio per i propri prodotti e pertanto deve poter rifornire i terzi che assicurano il servizio post-vendita per tali prodotti. Le restrizioni relative all'uso interno sono trattate nella successiva sezione IV.2.5.
103. Come nel caso degli accordi tra concorrenti (cfr. supra, punto 93), l'esenzione per categoria si applica anche agli accordi mediante i quali il licenziatario è tenuto a produrre i prodotti contrattuali solo per un particolare cliente al fine di offrire a quel cliente una fonte di approvvigionamento alternativa (cfr. articolo 4, paragrafo 2, lettera b), punto iv). Nel caso di accordi tra non concorrenti, è improbabile che tali restrizioni rientrino nel campo di applicazione dell'articolo 81, paragrafo 1.
104. L'articolo 4, paragrafo 2, lettera b), punto v), riconduce nell'ambito di applicazione dell'esenzione per categoria il divieto a carico del licenziatario di vendere agli utilizzatori finali e pertanto l'obbligo di vendere esclusivamente ai dettaglianti. Un tale obbligo consente al licenziante di attribuire al licenziatario funzioni di rivenditore all'ingrosso e di norma esula dal campo di applicazione dell'articolo 81, paragrafo 1⁽⁴⁷⁾.
105. Infine, l'articolo 4, paragrafo 2, lettera b), punto vi), riconduce nel campo di applicazione dell'esenzione per categoria la restrizione che vieta al licenziatario di vendere a distributori non autorizzati. Tale eccezione con sente al licenziante di imporre a carico dei licenziatari l'obbligo di partecipare ad un sistema di distribuzione selettiva. Tuttavia, in tal caso, conformemente all'articolo 4, paragrafo 2, lettera c), i licenziatari devono essere autorizzati ad effettuare vendite sia attive che passive agli utilizzatori finali, fatta salva la possibilità di limitare la funzione del licenziatario a quella di rivenditore all'in grossa come previsto dall'articolo 4, paragrafo 2), lettera b), punto v) (cfr. il punto precedente).
106. Si ricorda (cfr. supra, punto 39) che l'esenzione per categoria copre gli accordi di licenza in base ai quali il licenziante impone obblighi che il licenziatario deve o può imporre ai suoi acquirenti, ivi compresi i distributori. Tali obblighi devono tuttavia essere conformi alle regole di concorrenza applicabili agli accordi di

ALLEGATO III

fornitura e di distribuzione. Dato che il RECTT concerne solo gli accordi tra due parti, gli accordi conclusi tra il licenziatario e i suoi acquirenti per dare esecuzione a tali obblighi non rientrano nel campo di applicazione del RECTT. Tali accordi beneficiano dell'esenzione per categoria solo quando sono conformi alle disposizioni del regolamento (CE) n. 2790/1999 (cfr. supra, sezione 2.5.2.).

5. Restrizioni escluse

107. L'articolo 5 del RECTT elenca quattro tipi di restrizioni che non beneficiano dell'esenzione per categoria e per le quali pertanto deve essere effettuata una valutazione individuale degli effetti sulla concorrenza, sia positivi che negativi. Dall'articolo 5 discende che l'inclusione in un accordo di licenza di una delle restrizioni enunciate nell'articolo non impedisce l'applicazione dell'esenzione per categoria al resto dell'accordo. Solo la singola restrizione è esclusa dal beneficio dell'esenzione per categoria, il che rendere necessaria una valutazione individuale. Di conseguenza, nel caso delle restrizioni previste dall'articolo 5 è possibile un'esenzione parziale.

108. L'articolo 5, paragrafo 1, dispone che l'esenzione per categoria non si applica ai tre obblighi seguenti:

- a) l'obbligo, diretto o indiretto, del licenziatario di concedere una licenza esclusiva al licenziante o ad un terzo designato dal licenziante per i perfezionamenti separabili o per le nuove applicazioni della tecnologia sotto licenza realizzati dal licenziatario;
- b) l'obbligo, diretto o indiretto, del licenziatario di cedere al licenziante o ad un terzo designato dal licenziante i suoi diritti riguardanti i perfezionamenti separabili o le nuove applicazioni della tecnologia sotto licenza;
- c) l'obbligo, diretto o indiretto, del licenziatario di non contestare la validità dei diritti di proprietà di beni immateriali detenuti dal licenziante nel mercato comune. Il RECTT consente tuttavia al licenziante di recedere dall'accordo di licenza qualora il licenziatario contesti la validità della tecnologia sotto licenza.

L'obiettivo dell'articolo 5, paragrafo 1, lettere a), b) e c), è quello di impedire che venga accordata l'esenzione per categoria ad accordi che possano ridurre gli incentivi dei licenziatari a innovare.

109. L'articolo 5, paragrafo 1, lettere a) e b), riguarda le retrocessioni esclusive o le cessioni al licenziante dei perfezionamenti separabili della tecnologia sotto licenza. Un perfezionamento è separabile se può essere sfruttato senza violare la

tecnologia sotto licenza. L'obbligo di concedere al licenziante una licenza esclusiva per i perfezionamenti separabili della tecnologia sotto licenza, ovvero l'obbligo di cedere al licenziante tali perfezionamenti può ridurre gli incentivi del licenziatario a innovare, dato che tale obbligo impedisce al licenziatario di sfruttare, tra l'altro tramite la concessione di licenze a terzi, i perfezionamenti da esso realizzati. Ciò vale sia se i perfezionamenti separabili riguardano la stessa tecnologia sotto licenza, sia se il licenziatario sviluppa nuove applicazioni della tecnologia sotto licenza. Ai sensi dell'articolo 5, paragrafo 1, lettere a) e b), tali obblighi non beneficiano dell'esenzione per categoria. Tuttavia, l'esenzione per categoria copre gli obblighi di retrocessione non esclusiva relativi ai perfezionamenti separabili e ciò anche nel caso si tratti di obblighi di retrocessione non reciproci, ossia imposti solo al licenziatario, e nel caso il licenziante abbia diritto a trasferire i perfezionamenti separabili ad altri licenziatari. Un obbligo di retrocessione non reciproco può promuovere l'innovazione e la diffusione di nuove tecnologie, in quanto consente al licenziante di determinare liberamente se e in che misura trasferire ai propri licenziatari i perfezionamenti da esso realizzati. La clausola di trasferimento può anche promuovere la diffusione delle tecnologie, in quanto al momento di concludere l'accordo ogni licenziatario sa che godrà di condizioni di parità rispetto ad altri licenziatari per quanto riguarda la tecnologia alla base della sua produzione. Le retrocessioni esclusive e gli obblighi di cedere al licenziante i perfezionamenti non separabili non comportano restrizioni della concorrenza ai sensi dell'articolo 81, paragrafo 1, in quanto i perfezionamenti non separabili non possono essere sfruttati dal licenziatario senza il consenso del licenziante.

110. L'applicazione dell'articolo 5, paragrafo 1, lettere a) e b), prescinde dal fatto che il licenziante paghi o no un corrispettivo per l'acquisizione dei perfezionamenti o per l'ottenimento di una licenza esclusiva. Tuttavia, l'esistenza e l'entità di tale corrispettivo possono essere un fattore rilevante ai fini della valutazione individuale in base all'articolo 81. Quando le retrocessioni sono concesse dietro pagamento di un corrispettivo, è meno probabile che l'obbligo determini per il licenziatario un disincentivo all'innovazione. Un altro fattore importante ai fini della valutazione delle retrocessioni esclusive al di fuori del campo di applicazione dell'esenzione per categoria è la posizione di mercato del licenziante sul mercato delle tecnologie. Quanto più forte è la posizione del licenziante, tanto maggiore è la probabilità che gli obblighi di retrocessione esclusiva abbiano effetti restrittivi della concorrenza nel settore dell'innovazione. Quanto più forte è la posizione della tecnologia del licenziante, tanto maggiore è la probabilità che il licenziatario diventi una fonte importante di innovazione e di concorrenza futura. L'impatto negativo degli obblighi di retrocessione può essere ancora maggiore nel caso delle reti parallele di accordi di licenza che prevedano tali obblighi. Quando le tecnologie disponibili sono controllate da un numero

ALLEGATO III

ristretto di licenzianti che impongono ai licenziatari obblighi di retrocessione esclusiva, i rischi di effetti anticoncorrenziali sono maggiori rispetto al caso in cui vi siano una serie di tecnologie e solo alcune di esse vengano concesse in licenza in condizioni di retrocessione esclusiva.

111. I rischi di effetti negativi sull'innovazione sono ancora più elevati nel caso in cui imprese concorrenti si concedano reciprocamente una licenza e l'obbligo di retrocessione a carico di entrambe le parti si combini con un obbligo, per entrambe le parti, di condividere con l'altra parte i perfezionamenti apportati alla propria tecnologia. La condivisione di tutti i perfezionamenti tra concorrenti può impedire a ciascun concorrente di conseguire un vantaggio competitivo sull'altro (cfr. anche infra, punto 208). È tuttavia improbabile che alle parti venga impedito di conseguire un vantaggio competitivo sull'altra parte quando l'obiettivo della licenza è consentire alle parti di sviluppare le rispettive tecnologie e quando la licenza non li induce ad utilizzare la stessa base tecnologica per la progettazione dei loro prodotti. È quanto avviene quando l'obiettivo della licenza è la creazione della libertà di progettazione piuttosto che il miglioramento della base tecnologica del licenziatario.

112. La restrizione esclusa di cui all'articolo 5, paragrafo 1, lettera c), riguarda la clausola di non contestazione, ossia l'obbligo di non contestare la validità dei diritti di proprietà di beni immateriali del licenziante. L'esclusione della clausola di non contestazione dal campo d'applicazione dell'esenzione per categoria è dovuta al fatto che di norma i licenziatari sono nella posizione migliore per accertare se un diritto di proprietà di beni immateriali sia valido o no. Per evitare ogni distorsione della concorrenza e conformemente ai principi alla base della tutela dei diritti di proprietà di beni immateriali, occorre eliminare i diritti di proprietà di beni immateriali nulli, dato che essi frenano l'innovazione invece di favorirla. L'articolo 81, paragrafo 1, può applicarsi alla clausola di non contestazione nel caso in cui la tecnologia sotto licenza abbia un notevole valore e determini pertanto uno svantaggio competitivo per le imprese a cui è impedito di utilizzarla o alle quali è consentito di utilizzarla solo dietro pagamento di royalties⁽⁴⁸⁾. In tali casi è improbabile che siano soddisfatte le condizioni di cui all'articolo 81, paragrafo 3⁽⁴⁹⁾. Il giudizio della Commissione è tuttavia favorevole per quanto riguarda le clausole di non contestazione relative al know-how nei casi in cui è probabilmente impossibile o molto difficile recuperare il know-how sotto licenza una volta divulgato. In simili casi, un obbligo imposto al licenziatario di non contestare la validità del know-how sotto licenza promuove la diffusione delle nuove tecnologie, in particolare consentendo ai licenzianti più deboli di concedere licenze a licenziatari più forti senza temere una contestazione una volta che il know-how sia stato assimilato dal licenziatario.

113. Il RECTT copre la possibilità del licenziante di recedere dall'accordo di licenza nel caso di contestazione della tecnologia sotto licenza. Pertanto, il licenziante non è costretto a continuare a trattare con un licenziatario che contesta l'oggetto stesso dell'accordo di licenza, il che implica che in caso di recesso il licenziatario si assume i rischi di ogni ulteriore utilizzazione della tecnologia contestata. Tuttavia, l'articolo 5, paragrafo 1, lettera c), esclude dal campo di applicazione del RECTT gli obblighi contrattuali che impongono al licenziatario di non contestare la tecnologia sotto licenza e che, consentendo al licenziante di citare in giudizio il licenziatario per rottura di contratto, creano un ulteriore disincentivo per il licenziatario a contestare la validità della tecnologia del licenziante. In tal modo la disposizione assicura al licenziatario una posizione di parità con i terzi.
114. L'articolo 5, paragrafo 2, esclude dall'ambito di applicazione dell'esenzione per categoria, nel caso di accordi tra imprese non concorrenti, gli obblighi diretti o indiretti che limitino la facoltà del licenziatario di sfruttare la propria tecnologia ovvero la facoltà delle parti dell'accordo di svolgere attività di ricerca e sviluppo, fatto salvo quando quest'ultima restrizione sia indispensabile per evitare la divulgazione a terzi del know-how sotto licenza. Tale condizione è analoga a quella prevista dall'articolo 4, paragrafo 1, lettera d), che enumera le restrizioni fondamentali relative ad accordi tra imprese concorrenti (cfr. supra, punti 94 e 95). Tuttavia, nel caso di accordi tra imprese non concorrenti non si può in genere ritenere che tali restrizioni abbiano di norma effetti negativi sulla concorrenza o che le condizioni di cui all'articolo 81, paragrafo 3, non siano soddisfatte⁽⁵⁰⁾. È necessaria una valutazione caso per caso.
115. Nel caso di accordi tra imprese non concorrenti, il licenziatario non possiede di norma una tecnologia concorrente. Tuttavia, possono aversi casi in cui, ai fini dell'esenzione per categoria, le parti vengono considerate non concorrenti nonostante che il licenziatario possieda una tecnologia concorrente. Ciò avviene quando il licenziatario possiede una tecnologia che non concede in licenza e il licenziante non è un fornitore effettivo o potenziale sul mercato del prodotto. In tali circostanze, ai fini dell'esenzione per categoria, le parti non sono né concorrenti sul mercato delle tecnologie né concorrenti sul mercato del prodotto⁽⁵¹⁾. In tal caso è importante assicurare che non venga limitata la facoltà del licenziatario di sfruttare e di sviluppare ulteriormente la propria tecnologia. Tale tecnologia esercita sul mercato una pressione concorrenziale che occorre preservare. In una situazione simile, le restrizioni relative all'utilizzo della propria tecnologia o all'attività di ricerca e sviluppo da parte del licenziatario sono di norma considerate restrittive della concorrenza e non tali da soddisfare le condizioni di cui all'articolo 81, paragrafo 3. Ad esempio, l'obbligo imposto al licenziatario di pagare royalties non solo sulla base dei prodotti che produce utilizzando la tecnologia sotto licenza, ma anche di quelli per i quali utilizza la

ALLEGATO III

propria tecnologia, limiterà in genere la facoltà del licenziatario di sfruttare la propria tecnologia e sarà pertanto escluso dal campo di applicazione del regolamento di esenzione per categoria.

116. Nei casi in cui il licenziatario non possiede o non sta già sviluppando una tecnologia concorrente, la restrizione della facoltà delle parti di effettuare attività indipendenti di ricerca e sviluppo può essere restrittiva della concorrenza quando le tecnologie disponibili sono poche. In tal caso le parti possono costituire un'importante fonte (potenziale) di innovazione sul mercato. Ciò vale in particolare quando le parti possiedono le risorse e le competenze necessarie per effettuare ulteriori attività di ricerca e sviluppo. In tal caso è improbabile che vengano soddisfatte le condizioni di cui all'articolo 81, paragrafo 3. Nei casi in cui sono disponibili varie tecnologie e le parti non possiedono risorse o competenze specifiche, la restrizione all'attività di ricerca e sviluppo può non ricadere nel campo di applicazione dell'articolo 81, paragrafo 1, per mancanza di effetti restrittivi sensibili o può soddisfare le condizioni di cui all'articolo 81, paragrafo 3. La restrizione può promuovere la diffusione di nuove tecnologie in quanto assicura al licenziante che la licenza non determinerà la comparsa di un nuovo concorrente e in quanto induce il licenziatario a concentrarsi sullo sfruttamento e sullo sviluppo della tecnologia sotto licenza. Inoltre, l'articolo 81, paragrafo 1, si applica solo quando l'accordo riduce gli incentivi del licenziatario a migliorare e sfruttare la propria tecnologia. È difficile che ciò si verifichi, ad esempio, quando il licenziante è autorizzato a porre fine all'accordo di licenza una volta che il licenziatario inizi a produrre utilizzando la propria tecnologia concorrente. Tale diritto non limita l'incentivo ad innovare del licenziatario, in quanto all'accordo può essere posta fine solo qualora sia già stata sviluppata una tecnologia commercialmente valida e i prodotti realizzati utilizzando tale tecnologia siano pronti ad essere immessi sul mercato.

6. Revoca e disapplicazione del regolamento di esenzione per categoria

6.1. Procedura di revoca

117. Ai sensi dell'articolo 6 del RECTT, la Commissione e le autorità garanti della concorrenza degli Stati membri possono revocare il beneficio dell'esenzione per categoria nel caso di accordi che non soddisfano le condizioni di cui all'articolo 81, paragrafo 3. Il potere delle autorità garanti della concorrenza degli Stati membri di revocare il beneficio dell'esenzione per categoria è limitato ai casi in cui il mercato geografico rilevante non si estende al di là del territorio dello Stato membro interessato.

118. Le quattro condizioni previste dall'articolo 81, paragrafo 3, sono cumulative e

devono essere tutte soddisfatte perché la deroga possa essere applicata⁽⁵²⁾. L'esenzione per categoria può pertanto essere revocata nel caso in cui un particolare accordo non soddisfi una o più delle quattro condizioni.

119. Qualora si applichi la procedura di revoca, spetta all'autorità che dispone la revoca dimostrare che l'accordo rientra nel campo di applicazione dell'articolo 81, paragrafo 1, e che non soddisfa tutte e quattro le condizioni dell'articolo 81, paragrafo 3. Dato che la revoca implica che l'accordo in oggetto determina una restrizione della concorrenza ai sensi dell'articolo 81, paragrafo 1, e che non soddisfa le condizioni di cui all'articolo 81, paragrafo 3, la revoca deve essere necessariamente accompagnata da una decisione negativa, ai sensi degli articoli 5, 7 o 9 del regolamento (CE) n. 1/2003.

120. Ai sensi dell'articolo 6, la revoca può essere giustificata nelle seguenti circostanze:

1) qualora l'accesso delle tecnologie di terzi al mercato risulti limitato, ad esempio, dall'effetto cumulativo di reti parallele di accordi restrittivi simili che vietino ai licenziatari di utilizzare tecnologie di terzi;

2) qualora l'accesso di licenziatari potenziali al mercato risulti limitato, ad esempio, dall'effetto cumulativo di reti parallele di accordi restrittivi simili che vietino ai licenzianti di concedere licenze ad altri licenziatari;

3) qualora le parti si astengano, senza una ragione oggettivamente valida, dallo sfruttare la tecnologia sotto licenza.

121. Gli articoli 4 e 5 del RECTT, che elencano le restrizioni fondamentali della concorrenza e le restrizioni escluse, mirano ad impedire che gli accordi che beneficiano dell'esenzione per categoria riducano gli incentivi ad innovare, ritardino la diffusione della tecnologia e restringano indebitamente la concorrenza tra il licenziante e il licenziatario o tra licenziatari. Tuttavia, l'elenco delle restrizioni fondamentali e l'elenco delle restrizioni escluse non tiene conto di tutti i possibili effetti degli accordi di licenza. In particolare, l'esenzione per categoria non tiene conto dell'effetto cumulativo di restrizioni simili contenute in reti di accordi di licenza. Gli accordi di licenza possono determinare la preclusione dei terzi sia a livello del licenziante che al livello del licenziatario. La preclusione di altri licenzianti può essere dovuta all'effetto cumulativo delle reti di accordi di licenza che vietano ai licenziatari di sfruttare tecnologie concorrenti, il che determina l'esclusione di altri (potenziali) licenzianti. La preclusione dei licenzianti può verificarsi quando a gran parte delle imprese presenti sul mercato che potrebbero ottenere una licenza concorrente (per sfruttarla in modo efficiente)

ALLEGATO III

viene impedito di farlo a causa di accordi restrittivi e quando i potenziali licenziatari hanno difficoltà ad entrare sul mercato a causa di barriere relativamente elevate. La preclusione di altri licenziatari può essere dovuta all'effetto cumulativo di accordi di licenza che vietano ai licenzianti di concedere licenze ad altri licenziatari e impediscono pertanto a licenziatari potenziali di avere accesso alla tecnologia necessaria. La questione della preclusione viene esaminata più in dettaglio nella successiva sezione IV.2.7. La Commissione può inoltre revocare il beneficio dell'esenzione per categoria quando un numero significativo di licenzianti di tecnologie concorrenti impongano ai loro licenziatari, in accordi individuali, di estendere loro condizioni più favorevoli concordate con altri licenzianti.

122. È probabile inoltre che la Commissione revochi il beneficio dell'esenzione per categoria nel caso in cui le parti si astengano dallo sfruttare la tecnologia sotto licenza, fatto salvo il caso in cui abbiano una giustificazione oggettiva per farlo. In effetti, se le parti non sfruttano la tecnologia sotto licenza non si ha un'attività che determina incrementi di efficienza e viene meno la ragione stessa dell'esenzione per categoria. Tuttavia lo sfruttamento non deve necessariamente assumere la forma di un'integrazione delle risorse. Lo sfruttamento si verifica anche quando la licenza assicura al licenziatario la libertà di progettazione, consentendogli di sfruttare la propria tecnologia senza il rischio di esporsi a richieste di risarcimento per violazione dei diritti da parte del licenziante. Nel caso di concessione di licenza tra imprese concorrenti, il fatto che le parti non sfruttino la tecnologia sotto licenza può indicare che l'accordo dissimula un cartello. Per questi motivi, la Commissione esaminerà molto attentamente i casi di non sfruttamento.

6.2. Disapplicazione del regolamento di esenzione per categoria

123. L'articolo 7 del RECTT autorizza la Commissione ad escludere dal campo di applicazione del RECTT, mediante regolamento, le reti parallele di accordi simili qualora esse coprano più del 50 % di un mercato rilevante. Tale misura non è rivolta a singole imprese ma riguarda tutte le imprese i cui accordi rientrino nella definizione di cui al regolamento di disapplicazione del RECTT.

124. Mentre la revoca dal beneficio del RECTT disposta dalla Commissione ai sensi dell'articolo 6 implica l'adozione di una decisione conformemente all'articolo 7 o 9 del regolamento (CE) n. 1/2003, l'effetto di un regolamento di disapplicazione adottato dalla Commissione ai sensi dell'articolo 7 del RECTT è semplicemente quello di annullare il beneficio del RECTT per le restrizioni e i mercati interessati e di ripristinare la piena applicabilità dell'articolo 81, paragrafi 1 e 3. Dopo l'adozione di un regolamento che dichiara il RECTT inapplicabile ad accordi contenenti determinate restrizioni in un dato mercato, saranno i criteri elaborati

dalla relativa giurisprudenza degli organi giurisdizionali comunitari e dalle comunicazioni e dalle precedenti decisioni della Commissione a guidare l'applicazione dell'articolo 81 ai singoli accordi. Qualora risulti opportuno, la Commissione adotterà una decisione in un caso specifico, la quale potrà fornire orientamenti per tutte le imprese operanti sul mercato interessato.

125. Ai fini del calcolo del tasso del 50 % di copertura del mercato, deve essere presa in considerazione ogni singola rete di accordi di licenza contenenti restrizioni — o combinazioni di restrizioni — aventi sul mercato effetti simili.

126. L'articolo 7 non impone alla Commissione alcun obbligo di intervenire nel caso venga superato il tasso del 50 % di copertura del mercato. In generale, la disapplicazione è opportuna quando siano probabili restrizioni significative dell'accesso al mercato rilevante o delle condizioni di concorrenza sul mercato. Nel decidere sull'applicazione dell'articolo 7, la Commissione valuterà se una revoca individuale possa essere una soluzione più appropriata. Ciò potrà dipendere, in particolare, dal numero di imprese concorrenti che determinano un effetto cumulativo in un dato mercato o dal numero dei mercati geografici interessati all'interno della Comunità.

127. Ogni regolamento adottato ai sensi dell'articolo 7 deve definire con precisione il proprio campo di applicazione. Ciò comporta che la Commissione deve, in primo luogo, definire il mercato rilevante del prodotto e il mercato geografico rilevante e, in secondo luogo, individuare il tipo di restrizione a cui il RECTT non sarà più applicabile. Per quanto riguarda quest'ultimo aspetto, la Commissione potrà adeguare il campo di applicazione dell'eventuale regolamento in funzione del problema di concorrenza che intende risolvere. Ad esempio, anche se per determinare il tasso del 50 % di copertura del mercato saranno prese in considerazione tutte le reti parallele di accordi di non concorrenza, la Commissione potrà nondimeno limitare il campo di applicazione del regolamento di disapplicazione ai soli obblighi di non concorrenza che superino una determinata durata. In tal modo, potranno essere trascurati gli accordi di durata minore o di natura meno restrittiva, in considerazione del minor effetto preclusivo ad essi attribuibile. Se opportuno, la Commissione potrà anche fornire orientamenti, specificando il livello della quota di mercato che, nello specifico contesto di mercato, venga ritenuto insufficiente a consentire ad una singola impresa di contribuire in modo significativo all'effetto cumulativo. In linea generale, quando la quota di mercato dei prodotti che incorporano una tecnologia concessa in licenza da un singolo licenziante non supera il 5 %, l'accordo o la rete di accordi relativi a detta tecnologia non vengono ritenuti tali da contribuire in misura significativa all'effetto cumulativo preclusivo ⁽⁵³⁾.

ALLEGATO III

128. Il periodo transitorio non inferiore a sei mesi che la Commissione dovrà fissare ai sensi dell'articolo 7, paragrafo 2, dovrebbe consentire alle imprese interessate di adeguare i propri accordi alle disposizioni del regolamento di disapplicazione del RECTT.

129. Il regolamento di disapplicazione del RECTT fa salva la validità dell'esenzione per categoria a favore degli accordi interessati nel periodo precedente la sua entrata in vigore.

IV. APPLICAZIONE DELL'ARTICOLO 81, PARAGRAFI 1 E 3, AGLI ACCORDI NON RIENTRANTI NEL CAMPO DI APPLICAZIONE DEL REGOLAMENTO DI ESENZIONE PER CATEGORIA

1. Quadro generale di analisi

130. Gli accordi che non rientrano nel campo di applicazione dell'esenzione per categoria, ad esempio perché superano le soglie relative alle quote di mercato o perché vi partecipano più di due parti, sono soggetti a valutazione individuale. Gli accordi che non restringono la concorrenza ai sensi dell'articolo 81, paragrafo 1, o che soddisfano le condizioni di cui all'articolo 81, paragrafo 3, sono validi ed efficaci. Si ricorda che non vi è alcuna presunzione di illegalità per gli accordi che non rientrano nel campo di applicazione dell'esenzione per categoria, a condizione che gli accordi non contengano restrizioni fondamentali della concorrenza. In particolare, il semplice superamento delle soglie relative alle quote di mercato non comporta alcuna presunzione quanto all'applicabilità dell'articolo 81, paragrafo 1. È necessaria una valutazione caso per caso, sulla base dei principi illustrati nelle presenti linee direttrici.

131. Al fine di aumentare la prevedibilità al di là dei casi di applicazione del RECTT e di limitare l'analisi dettagliata ai casi che possono comportare effettivi problemi sotto il profilo della concorrenza, la Commissione considera che al di fuori delle restrizioni fondamentali è improbabile che si verifichino violazioni dell'articolo 81 quando, in aggiunta alle tecnologie controllate dalle parti dell'accordo, esistano quattro o più tecnologie controllate da terzi indipendenti, che possano sostituire la tecnologia sotto licenza ad un costo comparabile per l'utilizzatore. Nel valutare se si tratti di tecnologie sufficientemente sostituibili, si deve prendere in considerazione la forza commerciale relativa delle tecnologie in questione. La pressione concorrenziale esercitata da una tecnologia è limitata se essa non rappresenta un'alternativa commercialmente valida alla tecnologia sotto licenza. Se, ad esempio, a causa di effetti di rete sul mercato, i consumatori manifestano una forte preferenza per i prodotti che incorporano la tecnologia sotto licenza, è possibile che le altre tecnologie già presenti sul mercato o in grado di arrivare sul

mercato entro un periodo di tempo ragionevolmente breve non costituiscano una reale alternativa ed esercitino pertanto solo una pressione concorrenziale limitata. Il fatto che un accordo non rientri nella fattispecie di deroga descritta nel punto presente non implica che l'accordo rientri nel campo di applicazione dell'articolo 81, paragrafo 1 e che, in tal caso, le condizioni di cui all'articolo 81, paragrafo 3, non siano soddisfatte. Così come avviene per la deroga prevista dal RECTT sulla base delle quote di mercato, questa deroga ulteriore si limita a creare una presunzione negativa che l'accordo non è vietato ai sensi dell'articolo 81. Per gli accordi che non rientrano nella deroga, è necessaria una valutazione individuale sulla base dei principi illustrati nelle presenti linee direttrici.

1.1. I fattori pertinenti

132. Ai fini dell'applicazione dell'articolo 81, paragrafo 1, a singoli casi è necessario tenere in debito conto le modalità di funzionamento della concorrenza sul mercato in oggetto. I seguenti fattori rivestono particolare importanza a questo riguardo:

- a) il carattere dell'accordo;
- b) la posizione di mercato delle parti;
- c) la posizione di mercato dei concorrenti;
- d) la posizione di mercato degli acquirenti di prodotti realizzati sotto licenza;
- e) le barriere all'ingresso;
- f) la maturità del mercato e
- g) altri fattori.

L'importanza dei singoli fattori può variare da un caso all'altro e dipende da tutti gli altri fattori. Ad esempio, il fatto che le parti detengano una quota di mercato elevata, che costituisce di solito un buon indicatore dell'esistenza di un potere di mercato, può non essere indicativo dell'esistenza di un potere di mercato nel caso in cui le barriere all'ingresso siano limitate. È pertanto impossibile elaborare regole rigide sull'importanza dei singoli fattori.

133. Gli accordi di trasferimento di tecnologia possono assumere varie forme. Per questo è importante analizzare il carattere dell'accordo in termini di rapporti concorrenziali tra le parti e di restrizioni contenute nell'accordo. Per quanto

ALLEGATO III

riguarda quest'ultimo punto occorre andare al di là delle condizioni espresse dell'accordo. L'esistenza di restrizioni implicite può essere desunta dal modo in cui l'accordo è stato attuato dalle parti e dagli incentivi che ne derivano.

134 La posizione di mercato delle parti fornisce un'indicazione del grado dell'eventuale potere di mercato detenuto dal licenziante, dal licenziatario o da entrambi. Quanto più elevata la loro quota di mercato tanto maggiore il loro potere di mercato. Ciò vale in particolare quando la quota di mercato riflette vantaggi in termini di costi o altri vantaggi competitivi rispetto ai concorrenti. Tali vantaggi competitivi possono derivare, ad esempio, dal fatto che l'impresa è stata uno dei primi operatori sul mercato, è titolare di brevetti essenziali o possiede una tecnologia superiore.

135. Nell'analizzare i rapporti concorrenziali tra le parti è a volte necessario andare oltre l'analisi di cui alla sezione II. 3 (definizione di mercato) e alla sezione II.4 (distinzione tra imprese concorrenti e imprese non concorrenti). Anche quando il licenziante non è un fornitore effettivo o potenziale sul mercato del prodotto e il licenziatario non è un concorrente effettivo o potenziale sul mercato delle tecnologie, ai fini dell'analisi è rilevante il fatto che il licenziatario possieda una tecnologia concorrente che non concede in licenza. Se il licenziatario detiene una posizione di forza sul mercato del prodotto, un accordo che gli conceda la licenza esclusiva di una tecnologia concorrente può restringere la concorrenza in misura significativa rispetto a quanto avverrebbe se il licenziante non gli concedesse una licenza esclusiva o concedesse licenze ad altre imprese.

136. Si tiene conto delle quote di mercato e degli eventuali vantaggi e svantaggi concorrenziali anche per valutare la posizione di mercato dei concorrenti. Quanto più forti e numerosi sono i concorrenti effettivi tanto minori sono i rischi che le parti possano esercitare individualmente un potere di mercato. Tuttavia, se il numero di concorrenti è limitato e se la loro posizione di mercato è abbastanza simile (in termini di dimensioni, costi, potenziale di R&S, ecc.), i rischi di comportamenti collusivi potrebbero aumentare.

137. La posizione di mercato degli acquirenti è indicativa del potere contrattuale che possono detenere uno o più acquirenti. Il primo indicatore del potere contrattuale dell'acquirente è la quota di mercato che egli detiene sul mercato degli acquisti. Tale quota rispecchia l'importanza della sua domanda agli occhi di possibili fornitori. Altri indicatori sono incentrati sulla posizione dell'acquirente sul mercato della rivendita in cui opera, tra cui fattori quali un'ampia copertura geografica dei suoi punti vendita e l'immagine di cui gode il suo marchio presso i consumatori finali. In talune circostanze il potere contrattuale dell'acquirente può impedire al licenziante e/o al licenziatario di esercitare il suo potere di mercato e

pertanto consente di risolvere un problema di concorrenza che sarebbe altrimenti esistito. Ciò vale in particolare quando acquirenti forti hanno la capacità e l'interesse a consentire l'accesso sul mercato di nuove fonti di approvvigionamento, nel caso di un incremento modesto ma permanente dei prezzi relativi. Se gli acquirenti forti dovessero semplicemente ottenere dai fornitori condizioni favorevoli o trasferire gli aumenti di prezzo ai clienti, la posizione degli acquirenti non sarebbe tale da impedire al licenziatario di esercitare il potere detenuto sul mercato del prodotto e pertanto non consentirebbe di risolvere il problema di concorrenza su tale mercato (⁵⁴).

138. L'esistenza di barriere all'ingresso viene misurata in funzione della capacità delle imprese già insediate sul mercato di portare il loro prezzo al di sopra del livello concorrenziale senza provocare l'ingresso sul mercato di nuovi concorrenti. In assenza di barriere all'ingresso, la facilità e la rapidità di ingresso sul mercato renderebbero non remunerativi gli aumenti di prezzo. In linea generale, si può dire che le barriere all'ingresso sono basse quando è probabile che entro 1 o 2 anni si verifichi effettivamente l'ingresso di nuovi operatori in grado di erodere il potere di mercato o di impedirne l'esercizio. Le barriere all'ingresso possono essere dovute a numerosi fattori, quali le economie di scala e di gamma, le normative statali (soprattutto quelle che creano diritti esclusivi), gli aiuti di Stato, i dazi sulle importazioni, i diritti di proprietà di beni immateriali, la proprietà di risorse la cui fornitura è limitata a causa, ad esempio, di limiti naturali, le infrastrutture essenziali, il vantaggio del pioniere o la fedeltà dei consumatori alla marca suscitata tramite una pubblicità incisiva diffusa per un determinato periodo di tempo. Anche gli accordi restrittivi conclusi dalle imprese possono fungere da barriera all'ingresso, in quanto rendono l'ingresso più difficile e precludono il mercato ai concorrenti (potenziali). Le barriere all'ingresso potrebbero essere presenti in tutte le fasi dell'attività di ricerca e sviluppo, della produzione e della distribuzione. Alcuni di questi fattori possono essere considerati come barriere all'ingresso, in particolare a seconda che comportino o meno costi irrecuperabili. Sono considerati costi irrecuperabili i costi che devono essere sostenuti per entrare o per operare su un mercato e che non possono essere recuperati in caso di uscita dal mercato stesso. Quanto più i costi sono irrecuperabili tanto più i potenziali nuovi operatori devono soppesare i rischi connessi all'ingresso sul mercato e tanto più gli operatori già insediati possono minacciare in modo credibile di allinearsi alla nuova concorrenza, dato che i costi irrecuperabili rendono onerosa una loro eventuale uscita dal mercato. In generale l'ingresso sul mercato comporta costi irrecuperabili, i quali, a seconda dei casi, possono essere di minore o di maggiore entità. Pertanto, in linea generale, la concorrenza effettiva è più efficace e ha una rilevanza maggiore della concorrenza potenziale ai fini della valutazione di un caso.

139. Un *mercato maturo* è un mercato che esiste da un certo periodo di tempo e che presenta le caratteristiche seguenti: la tecnologia utilizzata è ben nota, diffusa e non soggetta a importanti evoluzioni e la domanda è relativamente stabile o in calo. In un siffatto mercato gli effetti negativi delle restrizioni della concorrenza sono più probabili che su mercati più dinamici.

140. Nella valutazione di restrizioni particolari è possibile che debbano essere presi in considerazione *altri fattori*. Tra questi figurano effetti cumulativi, ossia la presenza sul mercato di accordi simili, la durata degli accordi, il quadro normativo e gli eventuali comportamenti che possono indicare o agevolare la collusione, quali la leadership di prezzo, le modifiche di prezzo preannunciate e le discussioni sul prezzo «giusto», la rigidità dei prezzi a fronte di una capacità in eccesso, la discriminazione mediante differenziazione dei prezzi e comportamenti collusivi passati.

1.2. Effetti negativi degli accordi di licenza restrittivi

141. Tra gli effetti negativi sulla concorrenza che possono derivare da accordi di trasferimento di tecnologia restrittivi figurano soprattutto quelli seguenti:

- 1) la riduzione della concorrenza tra le tecnologie delle imprese operanti su un mercato delle tecnologie o su un mercato dei prodotti che incorporano le tecnologie in questione, ivi compreso lo stimolo a comportamenti collusivi, sia espliciti che taciti;
- 2) la preclusione dei concorrenti, ottenuta determinando l'aumento dei loro costi, restringendone l'accesso a fattori di produzione essenziali ed erigendo in altro modo barriere al loro ingresso sul mercato; e
- 3) la riduzione della concorrenza nell'ambito della stessa tecnologia tra imprese che producono prodotti utilizzando la stessa tecnologia.

142. Gli accordi di trasferimento di tecnologia possono ridurre la concorrenza tra tecnologie, ossia la concorrenza tra imprese che concedono in licenza tecnologie sostituibili o che le utilizzano per la loro produzione. Ciò vale in particolare quando vengono imposti obblighi reciproci. Ad esempio, se imprese concorrenti si trasferiscono reciprocamente tecnologie concorrenti e impongono un obbligo reciproco di trasferirsi l'un l'altra i futuri perfezionamenti delle rispettive tecnologie e se tale accordo impedisce alle parti di conquistare un vantaggio tecnologico sull'altra parte, si ha una restrizione della concorrenza tra le parti in materia di innovazione (cfr. anche infra, punto 208).

143. La concessione di licenze tra concorrenti può inoltre favorire i comportamenti collusivi. Il rischio di comportamenti collusivi è particolarmente elevato nei mercati concentrati. Perché vi sia collusione occorre che le imprese interessate abbiano opinioni simili sui loro interessi comuni e sulle modalità di funzionamento dei meccanismi di coordinamento. Perché la collusione funzioni le imprese devono anche essere in grado di monitorare il rispettivo comportamento sul mercato e devono inoltre esistere deterrenti sufficienti ad assicurare che le parti siano incentivate a non discostarsi dalla politica comune sul mercato. Inoltre, le barriere all'ingresso devono essere sufficientemente elevate da limitare l'accesso al mercato o l'espansione da parte di imprese che non vi siano ancora presenti. Gli accordi possono favorire i comportamenti collusivi in quanto accrescono la trasparenza sul mercato, tengono sotto controllo un certo tipo di comportamento e creano barriere all'ingresso. I comportamenti collusivi possono essere altresì favoriti, in via eccezionale, da accordi di licenza che determinino un elevato grado di condivisione dei costi, perché le imprese che hanno costi analoghi sono più inclini ad avere opinioni simili sulle condizioni del coordinamento⁽⁵⁵⁾.

144. Gli accordi di licenza possono incidere anche sulla concorrenza tra tecnologie diverse in quanto creano barriere all'ingresso e all'espansione dei concorrenti. Simili effetti preclusivi possono derivare dalle restrizioni che impediscono ai licenziatari di ottenere licenze dai terzi o che creano disincentivi a farlo. Ad esempio, vi può essere preclusione dei terzi quando licenzianti già insediati impongono obblighi di non concorrenza ai licenziatari, per cui i terzi hanno a disposizione un numero di licenziatari insufficiente ovvero l'ingresso al livello dei licenziatari è reso difficile. Vi può essere inoltre preclusione di fornitori di tecnologie sostitutive quando un licenziante che ne tiene un sufficiente potere di mercato mette insieme varie parti di una tecnologia e concede in licenza l'intero pacchetto, sebbene per la produzione del prodotto ne sia necessaria solo una parte.

145. Gli accordi di licenza possono anche ridurre la concorrenza nell'ambito della stessa tecnologia, ossia la concorrenza tra imprese che producono utilizzando la stessa tecnologia. Un accordo che impone restrizioni territoriali a carico dei licenziatari e impedisce loro di vendere nei rispettivi territori riduce la concorrenza che esiste tra di essi. Gli accordi di licenza possono ridurre la concorrenza nell'ambito della stessa tecnologia anche in quanto favoriscono la collusione tra i licenziatari. Inoltre, gli accordi di licenza che riducono la concorrenza nell'ambito della stessa tecnologia possono favorire la collusione tra i titolari di tecnologie concorrenti o ridurre la concorrenza tra le tecnologie in quanto creano barriere all'ingresso.

1.3. Effetti positivi degli accordi di licenza restrittivi e quadro per l'analisi di tali effetti

146. Gli accordi di licenza restrittivi producono, nella maggior parte dei casi, anche effetti favorevoli alla concorrenza sotto forma di incrementi di efficienza che possono superare gli effetti anticoncorrenziali. La valutazione di tali effetti viene condotta nel quadro dell'articolo 81, para grafo 3, che prevede una deroga al divieto di cui all'articolo 81, paragrafo 1. Perché la deroga sia applicabile, l'accordo di licenza deve produrre benefici economici oggettivi, le restrizioni della concorrenza devono essere indispensabili per la realizzazione degli incrementi di efficienza, ai consumatori deve essere riservata una congrua parte degli incrementi di efficienza e l'accordo non deve dare alle parti la possibilità di eliminare la concorrenza per una parte sostanziale dei prodotti di cui trattasi.

147. La valutazione degli accordi restrittivi alla luce dell'articolo 81, paragrafo 3, viene effettuata tenendo conto del contesto reale in cui si inseriscono⁽⁵⁶⁾ e sulla base della situazione di fatto esistente ad un determinato momento. La valutazione tiene conto dei cambiamenti importanti relativi a tale situazione. La deroga di cui all'articolo 81, paragrafo 3, si applica fintantoché le quattro condizioni sono soddisfatte e cessa di applicarsi quando ciò non si verifica più⁽⁵⁷⁾. Tuttavia, nell'applicare l'articolo 81, paragrafo 3, in conformità con questi principi, è necessario tenere conto degli investimenti iniziali irrecuperabili effettuati dalle parti e del tempo e delle condizioni richiesti per realizzare e recuperare un investimento destinato ad aumentare l'efficienza. Nell'applicare l'articolo 81 non si può non tenere conto dell'investimento già realizzato e dei rischi ad esso collegati. In considerazione del rischio cui si espongono le parti e dell'investimento irrecuperabile necessario per dare attuazione all'accordo, è quindi possibile che l'accordo, a seconda dei casi, non rientri nel campo d'applicazione dell'articolo 81, paragrafo 1, o soddisfi le condizioni di cui all'articolo 81, paragrafo 3, per il periodo richiesto per recuperare l'investimento.

148. La prima condizione dell'articolo 81, paragrafo 3, richiede una valutazione dei benefici oggettivi prodotti dall'accordo in termini di incrementi di efficienza. A questo proposito, gli accordi di licenza permettono di mettere in comune tecnologie complementari e altri mezzi, consentendo in tal modo di immettere sul mercato pro dotti nuovi o migliori, o di produrre i prodotti esistenti ad un costo ridotto. A prescindere dai cartelli veri e propri, gli accordi di licenza vengono spesso stipulati in quanto per il licenziante risulta più efficiente concedere in licenza la sua tecnologia piuttosto che sfruttarla direttamente. Ciò avviene in particolare quando il licenziatario dispone già dei mezzi di produzione necessari. L'accordo permette al licenziatario di avere accesso ad una tecnologia che può essere combinata con tali mezzi di produzione, consentendogli di sfruttare

tecnologie nuove o migliori. Un altro esempio degli incrementi di efficienza che possono derivare dagli accordi di licenza è il caso in cui il licenziatario disponga già di una tecnologia e la combinazione di questa tecnologia e della tecnologia del licenziante determini delle sinergie. La combinazione delle due tecnologie può consentire al licenziatario di pervenire ad una configurazione costi/produzione che non sarebbe altrimenti stata possibile. Gli accordi di licenza possono anche determinare incrementi di efficienza al livello della distribuzione, analogamente a quanto avviene con gli accordi di distribuzione verticali. Tali incrementi di efficienza possono assumere la forma di risparmi sui costi o di un'offerta di servizi di qualità per i consumatori. Gli effetti positivi degli accordi verticali sono descritti nelle linee direttrici sulle restrizioni verticali ⁽⁵⁸⁾. Un ulteriore esempio di possibili incrementi di efficienza è dato dagli accordi mediante i quali i titolari delle tecnologie costituiscono un pacchetto tecnologico, da concedere in licenza a terzi. Simili accordi per mettere in comune le tecnologie possono determinare in particolare una riduzione dei costi di transazione, in quanto i licenziatari non devono concludere accordi di licenza separati con ciascun licenziante. La concessione di licenze può risultare favorevole alla concorrenza anche quando è destinata ad assicurare la libertà di progettazione. Nei settori in cui i diritti di proprietà di beni immateriali sono assai diffusi e in cui singoli prodotti possono violare diversi diritti di proprietà, esistenti o futuri, gli accordi di licenza mediante i quali le parti acconsentono a non far valere i propri diritti di proprietà nei confronti dell'altra parte sono spesso favorevoli alla concorrenza, in quanto permettono alle parti di sviluppare le rispettive tecnologie senza il rischio di esporsi a successive richieste di risarcimento per violazione dei diritti in questione.

149. Nell'applicare il criterio di cui all'articolo 81, paragrafo 3, relativo al carattere indispensabile, la Commissione esaminerà in particolare se le singole restrizioni consentano di realizzare l'attività in questione in maniera più efficiente di quanto sarebbe stato possibile senza ricorrere alla restrizione di cui trattasi. Nell'effettuare tale valutazione, devono essere prese in considerazione le condizioni del mercato e le realtà in cui operano le parti. Le imprese che invocano il beneficio dell'articolo 81, paragrafo 3, non sono tenute a prendere in considerazione alternative ipotetiche e teoriche. Esse devono tuttavia spiegare e dimostrare perché alternative apparentemente realistiche e chiaramente meno restrittive sarebbero molto meno efficienti. Se l'applicazione di quella che sembra un'alternativa realistica sotto il profilo commerciale e meno restrittiva determinerebbe una significativa perdita di efficienza, la restrizione in questione è considerata indispensabile. In taluni casi può essere necessario anche valutare se l'accordo è, in quanto tale, indispensabile per la realizzazione degli incrementi di efficienza. È quanto avviene, ad esempio, in relazione ai pool tecnologici che comprendono tecnologie complementari, ma non essenziali ⁽⁵⁹⁾, nel qual caso si

ALLEGATO III

deve esaminare in che misura tale inclusione determini incrementi di efficienza specifici, ovvero se il pool possa essere limitato a tecnologie per le quali non esistono alternative senza che si determini una significativa perdita di efficienza. Nel caso di un semplice accordo di licenza tra due parti, non è in genere necessario andare oltre una valutazione del carattere indispensabile delle singole restrizioni. Di norma, non esistono alternative meno restrittive all'accordo di licenza in quanto tale.

150. La condizione in base alla quale ai consumatori deve essere riservata una congrua parte dei benefici implica che i consumatori dei prodotti realizzati sotto licenza devono quanto meno essere compensati degli effetti negativi dell'accordo⁽⁶⁰⁾. Ciò significa che gli incrementi di efficienza devono compensare integralmente le possibili ripercussioni negative dell'accordo sui prezzi, sulla produzione e su altri fattori rilevanti, ad esempio influenzando sulla struttura dei costi delle imprese interessate, offrendo loro un incentivo a ridurre i prezzi, o permettendo ai consumatori di avere accesso a prodotti nuovi o migliori, che compensino eventuali aumenti di prezzo⁽⁶¹⁾.

151. L'ultima condizione di cui all'articolo 81, paragrafo 3, secondo la quale l'accordo non deve dare alle parti la possibilità di eliminare la concorrenza per una parte sostanziale dei prodotti di cui trattasi, presuppone un'analisi delle pressioni concorrenziali restanti sul mercato e delle ripercussioni dell'accordo su tali fonti di concorrenza. Nell'applicare l'ultima condizione di cui all'articolo 81, paragrafo 3, si deve tenere conto della relazione tra l'articolo 81, paragrafo 3, e l'articolo 82. Conformemente ad una giurisprudenza costante, l'applicazione dell'articolo 81, paragrafo 3, non pregiudica l'applicazione dell'articolo 82 del trattato⁽⁶²⁾. Poiché inoltre gli articoli 81 e 82 perseguono entrambi l'obiettivo di mantenere una concorrenza effettiva sul mercato, si deve per coerenza ritenere che l'articolo 81, paragrafo 3, precluda l'applicazione della deroga agli accordi restrittivi che costituiscono un abuso di posizione dominante⁽⁶³⁾.

152. Il fatto che l'accordo riduca sostanzialmente uno dei parametri della concorrenza non significa necessariamente che venga eliminata la concorrenza ai sensi dell'articolo 81, paragrafo 3. Un pool tecnologico può ad esempio condurre all'adozione di una norma industriale e di conseguenza ad una situazione di scarsa concorrenza in termini di formato tecnologico. Una volta che i principali operatori del mercato abbiano adottato un determinato formato, gli effetti di rete possono rendere estremamente difficile la sopravvivenza di formati alternativi. Ciò non implica, tuttavia, che, l'adozione di una norma industriale di fatto, elimini necessariamente la concorrenza ai sensi dell'ultima condizione di cui all'articolo 81, paragrafo 3. Nell'ambito della norma, i fornitori possono farsi concorrenza tra loro per quanto riguarda il prezzo, la qualità e le caratteristiche dei prodotti.

Perché l'accordo sia conforme all'articolo 81, paragrafo 3, si deve tuttavia assicurare che esso non limiti indebitamente la concorrenza e non riduca indebitamente l'innovazione futura.

2. L'applicazione dell'articolo 81 a vari tipi di restrizioni legate alla concessione di licenze

153. La presente sezione si occupa di diversi tipi di restrizioni incluse solitamente negli accordi di licenza. Tenuto conto della loro frequenza, è utile fornire indicazioni in merito ai criteri di valutazione utilizzati quando non beneficiano della deroga del RECTT. Le restrizioni già esaminate nelle sezioni precedenti delle presenti linee direttrici, in particolare alle sezioni III. 4 e III. 5, vengono trattate solo brevemente nella presente sezione.

154. La presente sezione riguarda sia gli accordi tra non concorrenti, sia gli accordi tra concorrenti. Per quanto concerne questi ultimi accordi, viene fatta una distinzione — laddove opportuno — tra accordi reciproci e accordi non reciproci. Questa distinzione non è necessaria nel caso di accordi tra non concorrenti. Quando le imprese non sono concorrenti effettivi né potenziali su un mercato rilevante delle tecnologie o su un mercato dei prodotti che incorporano la tecnologia sotto licenza, una licenza reciproca non si differenzia in alcun modo, dal punto di vista pratico, dalla concessione di due licenze distinte. Gli accordi mediante i quali le parti costituiscono un pacchetto di tecnologie, da concedere poi in licenza a terzi costituiscono pool tecnologici e sono esaminati in appresso nella sezione 4.

155. La presente sezione non riguarda gli obblighi contenuti negli accordi di licenza che non determinano in genere restrizioni della concorrenza ai sensi dell'articolo 81, paragrafo 1. Si tratta tra l'altro, senza che tale elenco sia da considerarsi esaustivo, degli obblighi seguenti:

- a) obblighi di confidenzialità,
- b) obbligo del licenziatario di non concedere sublicenze,
- c) obbligo di non utilizzare la tecnologia sotto licenza dopo la scadenza dell'accordo, a condizione che la tecnologia sotto licenza rimanga valida e in vigore,
- d) obbligo di assistere il licenziante in relazione alla tutela dei diritti di proprietà di beni immateriali concessi in licenza,

ALLEGATO III

- e) obbligo di versare royalties minime o di produrre un quantitativo minimo dei prodotti che incorporano la tecnologia sotto licenza e
- f) obbligo di utilizzare il marchio del licenziante o di indicare il nome del licenziante sul prodotto.

2.1. **Obblighi in materia di royalties**

156. Le parti di un accordo di licenza sono di norma libere di determinare l'importo e le modalità di pagamento delle royalties che il licenziatario è tenuto a corrispondere, senza che tale accordo rientri nel campo di applicazione dell'articolo 81, paragrafo 1. Questo principio si applica sia agli accordi tra concorrenti, sia gli accordi tra non concorrenti. Le royalties possono ad esempio assumere la forma di pagamenti forfettari, di una percentuale del prezzo di vendita o di un importo fisso per ciascun prodotto che incorpora la tecnologia sotto licenza. Nei casi in cui la tecnologia sotto licenza riguarda un fattore di produzione che sarà incorporato in un prodotto finale, non è in genere considerato restrittivo della concorrenza il fatto di calcolare le royalties sulla base del prezzo del prodotto finale, a condizione che esso incorpori la tecnologia sotto licenza. Nel caso delle licenze di software, le royalties basate sul numero di utilizzatori e le royalties calcolate in termini di unità sulle quali viene installato il software sono di norma compatibili con l'articolo 81, paragrafo 1.

157. Nel caso degli accordi di licenza tra concorrenti, si ricorda che in un numero limitato di casi gli obblighi in materia di royalties possono equivalere alla fissazione di prezzi e costituire quindi una restrizione fondamentale ai sensi dell'articolo 4, paragrafo 1, lettera a) (cfr. supra, punti 80 e 81). Ai sensi dell'articolo 4, paragrafo 1, lettera a), si considera una restrizione fondamentale il fatto che concorrenti prevedano il pagamento reciproco di royalties per unità prodotta nei casi di licenze fittizie, nei quali l'obiettivo non è consentire l'integrazione di tecnologie complementari o realizzare un altro obiettivo volto a promuovere la concorrenza. Ai sensi dell'articolo 4, paragrafo 1, lettere a) e d), si considera inoltre una restrizione fondamentale il fatto che le royalties per unità prodotta si estendano ai prodotti realizzati esclusivamente con la tecnologia del licenziatario.

158. Altri tipi di accordi in materia di royalties tra concorrenti beneficiano dell'esenzione per categoria entro la soglia del 20 % relativa alla quota di mercato anche se determinano restrizioni della concorrenza. Nei casi che non beneficiano dell'esenzione per categoria, l'articolo 81, paragrafo 1, può essere applicabile quando i concorrenti si concedono reciprocamente licenze imponendo il pagamento di royalties chiaramente sproporzionate rispetto al valore di mercato

della licenza e tali da produrre un impatto significativo sui prezzi del mercato in oggetto. Nel valutare se le royalties sono sproporzionate, è importante tenere conto delle royalties pagate da altri licenziatari sul mercato del prodotto per le stesse tecnologie o per tecnologie sostitutive. In tali circostanze è improbabile che le condizioni di cui all'articolo 81, paragrafo 3, siano soddisfatte. L'articolo 81, paragrafo 1, può applicarsi anche quando le royalties reciproche per unità aumentano con l'aumentare della produzione. Se le parti detengono un significativo potere di mercato, tali royalties possono avere l'effetto di limitare la produzione.

159. Sebbene l'esenzione per categoria si applichi unicamente finché la tecnologia è valida e in vigore, le parti possono di norma concordare di estendere gli obblighi in materia di royalties oltre il periodo di validità dei diritti di proprietà di beni immateriali concessi in licenza, senza per questo incorrere in una violazione dell'articolo 81, paragrafo 1. Una volta estinti tali diritti, i terzi possono legittimamente sfruttare la tecnologia in questione e operare in concorrenza con le parti dell'accordo. Questa concorrenza effettiva e potenziale sarà di norma sufficiente ad assicurare che l'obbligo in questione non determini effetti anticoncorrenziali significativi.

160. Nel caso di accordi tra non concorrenti, l'esenzione per categoria si applica agli accordi nei quali le royalties sono calcolate sulla base sia dei prodotti realizzati con la tecnologia sotto licenza, sia dei prodotti realizzati con tecnologie ottenute in licenza da terzi. Tali clausole possono facilitare il calcolo delle royalties. Tuttavia, esse possono anche generare un effetto di preclusione, in quanto determinano un aumento dei costi legati all'utilizzo dei fattori di produzione dei terzi e possono quindi produrre effetti simili ad un obbligo di non concorrenza. Se le royalties riguardano non solo i prodotti realizzati con la tecnologia sotto licenza, ma anche i prodotti realizzati con la tecnologia di terzi, le royalties aumentano il costo di questi ultimi prodotti e riducono la domanda della tecnologia dei terzi. Al di fuori del campo di applicazione dell'esenzione per categoria, è pertanto necessario valutare se la restrizione determini effetti di preclusione. A tal fine è opportuno utilizzare il quadro di analisi di cui alla successiva sezione 2.7. Nel caso di effetti di preclusione sensibili, tali accordi rientrano nel campo di applicazione dell'articolo 81, paragrafo 1, e difficilmente soddisfano le condizioni previste dall'articolo 81, paragrafo 3, salvo qualora non vi siano altre possibilità pratiche di calcolare e controllare il pagamento delle royalties.

2.2. Licenze esclusive e restrizioni delle vendite

161. Ai fini delle presenti linee direttrici, è utile distinguere tra restrizioni della

produzione nell'ambito di un determinato territorio (licenze esclusive o uniche) e restrizioni delle vendite di prodotti che incorporano la tecnologia sotto licenza nell'ambito di un determinato territorio e ad un determinato gruppo di clienti (restrizioni delle vendite).

2.2.1. *Licenze esclusive e uniche*

162. Una licenza è considerata esclusiva quando il licenziatario è il solo ad essere autorizzato a produrre utilizzando la tecnologia sotto licenza nell'ambito di un determinato territorio. Il licenziante si impegna pertanto a non produrre direttamente o a non concedere ad altri la licenza per produrre nell'ambito di un determinato territorio. Il territorio in questione può estendersi al mondo intero. Quando il licenziante si impegna solo a non concedere a terzi la licenza per produrre in un determinato territorio, si parla di licenza unica. Molto spesso, una licenza esclusiva o unica è accompagnata da restrizioni delle vendite che limitano le parti quanto ai territori nei quali possono vendere i prodotti che incorporano la tecnologia sotto licenza.

163. La concessione reciproca di licenze esclusive tra concorrenti rientra nel campo d'applicazione dell'articolo 4, paragrafo 1, lettera c), che considera la ripartizione dei mercati tra concorrenti una restrizione fondamentale. La concessione reciproca di licenze uniche tra concorrenti beneficia dell'esenzione per categoria entro la soglia del 20 % relativa alla quota di mercato. Con tali accordi le parti si impegnano reciprocamente a non concedere in licenza a terzi le loro tecnologie concorrenti. Nei casi in cui le parti detengono un significativo potere di mercato, tali accordi possono agevolare comportamenti collusivi in quanto assicurano alle parti di essere le uniche fonti di produzione sul mercato basato sulle tecnologie sotto licenza.

164. La concessione non reciproca di licenze esclusive tra concorrenti beneficia dell'esenzione per categoria entro la soglia del 20 % relativa alla quota di mercato. Al di là di tale soglia, è necessario esaminare i possibili effetti anticoncorrenziali di simili licenze esclusive. Una licenza esclusiva di portata mondiale implica l'uscita dal mercato da parte del licenziante. Nei casi in cui l'esclusiva è limitata ad un particolare territorio, come uno Stato membro, l'accordo implica che il licenziante si astiene dal produrre i beni e dal fornire i servizi nel territorio in questione. Nel contesto dell'articolo 81, paragrafo 1, si deve in particolare valutare il peso concorrenziale del licenziante. Se il licenziante detiene una posizione limitata sul mercato del prodotto o se non dispone della capacità per sfruttare efficacemente la tecnologia nel territorio del licenziatario, è poco probabile che l'accordo rientri nel campo d'applicazione dell'articolo 81, paragrafo 1. Un caso particolare è quello in cui il licenziante ed il licenziatario

sono concorrenti solo sul mercato delle tecnologie e il licenziante, che è ad esempio un istituto di ricerca o una piccola impresa basata sulla ricerca, non dispone delle risorse necessarie, in termini di produzione e distribuzione, per commercializzare efficacemente i prodotti che incorporano la tecnologia sotto licenza. In simili casi, è improbabile che si verifichi una violazione dell'articolo 81, paragrafo 1.

165. Nella misura in cui rientra nel campo d'applicazione dell'articolo 81, paragrafo 1⁽⁶⁴⁾, la concessione di licenze esclusive tra non concorrenti può soddisfare le condizioni dell'articolo 81, paragrafo 3. Il diritto di concedere una licenza esclusiva è di norma necessario per indurre il licenziatario ad investire nella tecnologia sotto licenza e a commercializzare i prodotti al momento voluto. Ciò avviene in particolare quando il licenziatario deve effettuare ingenti investimenti per sviluppare ulteriormente la tecnologia sotto licenza. Intervenire nei confronti dell'esclusiva una volta che il licenziatario è riuscito a sfruttare con successo la tecnologia sotto licenza sul piano commerciale priverebbe il licenziatario dei frutti del suo successo e sarebbe dannoso per la concorrenza, per la diffusione delle tecnologie e per l'innovazione. La Commissione interverrà pertanto solo eccezionalmente nei confronti delle licenze esclusive negli accordi tra non concorrenti, indipendentemente dalla portata territoriale della licenza.

166. La principale situazione in cui un intervento può essere giustificato è quella in cui un licenziatario dominante ottenga una licenza esclusiva per una o più tecnologie concorrenti. Tali accordi rientrano con buona probabilità nel campo di applicazione dell'articolo 81, paragrafo 1, del trattato CE, ma difficilmente possono soddisfare le condizioni previste dall'articolo 81, paragrafo 3, del trattato CE. È tuttavia necessario che l'ingresso sul mercato delle tecnologie sia difficile e che la tecnologia sotto licenza costituisca un'effettiva fonte di concorrenza sul mercato. In tali circostanze una licenza esclusiva può precludere l'accesso ai licenziatari terzi e permettere al licenziatario di conservare il suo potere di mercato.

167. Gli accordi mediante i quali due o più parti si concedono reciprocamente licenze e si impegnano a non concedere licenze a terzi danno adito a particolari preoccupazioni quando il pacchetto di tecnologie che ne risulta determina di fatto una norma industriale alla quale i terzi devono avere accesso per poter effettivamente competere sul mercato. In simili casi, l'accordo determina la creazione di una norma chiusa, riservata alle parti. La Commissione valuterà tali accordi sulla base degli stessi principi applicati ai pool tecnologici (cfr. infra, sezione 4). Sarà di regola richiesto che le tecnologie che sono alla base di una simile norma siano concesse in licenza a terzi a condizioni eque, ragionevoli e non discriminatorie⁽⁶⁵⁾. Quando le parti dell'accordo sono in concorrenza con terzi su

ALLEGATO III

un mercato del prodotto esistente e l'accordo riguarda quel mercato del prodotto, una norma chiusa può provocare gravi effetti di esclusione. Queste ripercussioni negative sulla concorrenza possono essere evitate solo concedendo licenze anche a terzi.

2.2.2. *Restrizioni delle vendite*

168. Anche per quanto concerne le restrizioni delle vendite, è importante distinguere tra accordi di licenza tra concorrenti e accordi di licenza tra non concorrenti.

169. Le restrizioni delle vendite attive e passive di una o di entrambe le parti in un accordo reciproco tra concorrenti costituiscono restrizioni fondamentali ai sensi dell'articolo 4, paragrafo 1, lettera c). Le restrizioni delle vendite imposte alle parti in un accordo reciproco tra concorrenti rientrano nel campo d'applicazione dell'articolo 81, paragrafo 1, e difficilmente soddisfano le condizioni dell'articolo 81, paragrafo 3. Simili restrizioni sono di norma considerate equivalenti ad una ripartizione dei mercati, in quanto impediscono alla parte interessata di effettuare vendite attive e passive nei territori e a clienti che riforniva, o che avrebbe realisticamente potuto rifornire, in assenza dell'accordo.

170. Nel caso di accordi non reciproci tra concorrenti, l'esenzione per categoria si applica alle restrizioni delle vendite attive e passive del licenziatario o del licenziante nel territorio esclusivo o ad un gruppo di clienti esclusivo riservati all'altra parte (cfr. articolo 4, paragrafo 1, lettera c), punto iv)). Oltre la soglia del 20 % relativa alla quota di mercato, le restrizioni delle vendite tra licenziante e licenziatario rientrano nel campo d'applicazione dell'articolo 81, paragrafo 1, quando una o entrambe le parti detengono un significativo potere di mercato. Simili restrizioni, tuttavia, possono essere indispensabili per la diffusione delle tecnologie e soddisfano pertanto le condizioni dell'articolo 81, paragrafo 3. Ciò avviene ad esempio quando il licenziante detiene una posizione di mercato relativamente debole nel territorio in cui sfrutta direttamente la tecnologia. In simili circostanze, in particolare le restrizioni delle vendite attive possono essere indispensabili per indurre il licenziante a concedere la licenza. In loro assenza, infatti, il licenziante rischierebbe di dover affrontare una concorrenza attiva nella sua principale area di attività. Analogamente, le restrizioni delle vendite attive del licenziante possono essere indispensabili, in particolare, quando il licenziatario detiene una posizione di mercato relativamente debole nel territorio assegnatogli e deve effettuare ingenti investimenti per sfruttare in maniera efficiente la tecnologia sotto licenza.

171. L'esenzione per categoria riguarda inoltre le restrizioni delle vendite attive nel territorio o al gruppo di clienti assegnati ad un altro licenziatario, che non era

concorrente del licenziante al momento della conclusione del proprio accordo di licenza con il licenziante. È tuttavia necessario che quello tra le parti in questione sia un accordo non reciproco. Oltre la soglia relativa alla quota di mercato, le restrizioni delle vendite attive possono rientrare nel campo d'applicazione dell'articolo 81, paragrafo 1, quando le parti detengono un significativo potere di mercato. La restrizione può tuttavia essere indispensabile ai sensi dell'articolo 81, paragrafo 3, per il periodo richiesto affinché il licenziatario protetto penetri in un nuovo mercato e consolidi la sua presenza nel territorio o nei confronti del gruppo di clienti assegnatigli. Questa protezione nei confronti delle vendite attive permette al licenziatario di superare l'asimmetria dovuta al fatto che alcuni licenziatari sono imprese concorrenti del licenziante e possono quindi contare su una presenza già consolidata sul mercato. Le restrizioni delle vendite passive dei licenziatari in un territorio o ad un gruppo di clienti assegnati ad un altro licenziatario costituiscono restrizioni fondamentali ai sensi dell'articolo 4, paragrafo 1, lettera c), del RECTT.

172. Nel caso di accordi tra non concorrenti, le restrizioni delle vendite concordate tra il licenziante ed un licenziatario beneficiano dell'esenzione per categoria entro la soglia del 30 % relativa alla quota di mercato. Oltre tale soglia, le restrizioni delle vendite attive e passive dei licenziatari nei territori o a gruppi di clienti riservati al licenziante possono non rientrare nel campo d'applicazione dell'articolo 81, paragrafo 1, quando, sulla base di fattori oggettivi, si può concludere che in assenza delle restrizioni delle vendite la licenza non sarebbe stata concessa. Non si può di norma pretendere dal titolare di una tecnologia che favorisca la comparsa di concorrenti diretti che utilizzino la sua tecnologia. In altri casi, le restrizioni delle vendite imposte al licenziatario possono rientrare nel campo d'applicazione dell'articolo 81, paragrafo 1, sia quando il licenziante detiene individualmente un significativo potere di mercato, sia nel caso di un effetto cumulativo di accordi simili conclusi da licenzianti che detengono congiuntamente una posizione di forza sul mercato.

173. Quando le restrizioni delle vendite a carico del licenziante rientrano nel campo di applicazione dell'articolo 81, paragrafo 1, è probabile che esse soddisfino tuttavia le condizioni di cui all'articolo 81, paragrafo 3, fatto salvo qualora sul mercato non vi siano reali alternative alla tecnologia del licenziante o qualora il licenziatario abbia ottenuto in licenza da terzi tali tecnologie alternative. Tali restrizioni, e in particolare le restrizioni delle vendite attive, possono essere indispensabili ai sensi dell'articolo 81, paragrafo 3, al fine di indurre il licenziatario a investire nella produzione, nella commercializzazione e nella vendita dei prodotti che incorporano la tecnologia sotto licenza. L'incentivo a investire per il licenziatario sarebbe probabilmente notevolmente ridotto se dovesse affrontare la concorrenza diretta del licenziante, i cui costi di produzione

non sono gravati dalle royalties e ciò potrebbe determinare livelli di investimento sub-ottimali.

174. Per quanto riguarda le restrizioni delle vendite tra licenziatari negli accordi di non concorrenti, il RECTT prevede un'esenzione per categoria per le restrizioni delle vendite attive tra territori o gruppi di clienti. Al di là della soglia relativa alla quota di mercato, le restrizioni delle vendite attive tra territori e gruppi di clienti dei licenziatari limitano la concorrenza nell'ambito della stessa tecnologia e possono rientrare nel campo di applicazione dell'articolo 81, paragrafo 1, quando un singolo licenziatario detiene un significativo potere di mercato. Tali restrizioni possono tuttavia soddisfare le condizioni di cui all'articolo 81, paragrafo 3, quando sono necessarie a impedire il parassitismo e a indurre il licenziatario ad effettuare gli investimenti necessari per un'utilizzazione efficiente della tecnologia sotto licenza all'interno del suo territorio e a promuovere le vendite del prodotto sotto licenza. Le restrizioni delle vendite passive rientrano tra le restrizioni fondamentali di cui all'articolo 4, paragrafo 2, lettera b) (cfr. supra, punto 101), quando si applicano per più di due anni a decorrere dalla data in cui il licenziatario che beneficia delle restrizioni ha immesso per la prima volta in commercio all'interno del suo territorio esclusivo il prodotto che incorpora la tecnologia sotto licenza. Le restrizioni delle vendite passive che si applicano per un periodo superiore ai due anni difficilmente soddisfano le condizioni dell'articolo 81, paragrafo 3.

2.3. Restrizioni della produzione

175. Le restrizioni reciproche della produzione negli accordi di licenza tra concorrenti costituiscono una restrizione fondamentale che rientra nel campo di applicazione dell'articolo 4, paragrafo 1, lettera b), del RECTT (cfr. supra, punto 82). L'articolo 4, paragrafo 1, lettera b), non riguarda le limitazioni della produzione imposte al licenziatario in un accordo non reciproco o ad uno dei licenziatari in un accordo reciproco. Simili restrizioni beneficiano dell'esenzione per categoria entro la soglia del 20 % relativa alla quota di mercato. Oltre tale soglia, le restrizioni della produzione imposte al licenziatario possono determinare restrizioni della concorrenza quando le parti detengono un significativo potere di mercato. È tuttavia probabile che l'articolo 81, paragrafo 3, si applichi nei casi in cui la tecnologia del licenziante è notevolmente migliore di quella del licenziatario e la limitazione della produzione è fissata ad un livello che supera notevolmente la produzione del licenziatario prima della conclusione dell'accordo. In tal caso, l'effetto della limitazione della produzione è moderato anche nei mercati in cui la domanda è in crescita. Nell'applicare l'articolo 81, paragrafo 3, si deve inoltre tenere conto del fatto che tali restrizioni possono essere necessarie al fine di indurre il licenziante a dare la massima diffusione alla sua tecnologia. Un

licenziante può ad esempio esitare a concedere una licenza ai suoi concorrenti se non può limitare la licenza ad un particolare sito produttivo con una capacità specifica (licenza relativa ad un sito). Quando l'accordo di licenza comporta un'effettiva integrazione di mezzi complementari, le restrizioni della produzione a carico del licenziatario possono soddisfare le condizioni di cui all'articolo 81, paragrafo 3. È tuttavia poco probabile che ciò si verifichi quando le parti detengono un notevole potere di mercato.

176. Le restrizioni della produzione negli accordi di licenza tra non concorrenti beneficiano dell'esenzione per categoria entro i limiti di una soglia del 30 % relativa alla quota di mercato. Il principale rischio anticoncorrenziale derivante dalle restrizioni della produzione imposte ai licenziatari in accordi tra non concorrenti è la riduzione della concorrenza tra i licenziatari nell'ambito della stessa tecnologia. L'importanza di tali effetti anticoncorrenziali dipende dalla posizione di mercato del licenziante e dei licenziatari e dalla misura in cui la limitazione della produzione impedisce al licenziatario di soddisfare la domanda di prodotti che incorporano la tecnologia sotto licenza.

177. Quando le restrizioni della produzione sono combinate con l'assegnazione di territori esclusivi o gruppi di clienti esclusivi, gli effetti restrittivi risultano amplificati. Quando si ha una combinazione dei due tipi di restrizioni è più probabile che gli accordi siano destinati a compartimentare i mercati.

178. Le limitazioni della produzione imposte al licenziatario negli accordi tra non concorrenti possono altresì avere effetti favorevoli alla concorrenza, in quanto promuovono la diffusione delle tecnologie. In quanto fornitore di tecnologia, il licenziante dovrebbe di norma essere libero di determinare i quantitativi prodotti dal licenziatario con la tecnologia sotto licenza. Se il licenziante non fosse libero di determinare la produzione del licenziatario, numerosi accordi di licenza potrebbero non essere affatto conclusi, il che avrebbe ripercussioni negative sulla diffusione delle nuove tecnologie. In particolare, ciò può verificarsi quando il licenziante è al tempo stesso un produttore, poiché in tal caso la produzione dei licenziatari può essere reintrodotta nel territorio di attività principale del licenziante e avere pertanto ripercussioni di rette su tali attività. D'altro canto, è meno probabile che le restrizioni della produzione siano necessarie al fine di assicurare la diffusione della tecnologia del licenziante quando sono combinate con restrizioni delle vendite a carico del licenziatario, che gli vietano di vendere in un territorio o ad un gruppo di clienti riservati al licenziante.

2.4. Restrizioni del campo di utilizzazione

179. Nel caso di una restrizione del campo di utilizzazione, la licenza è limitata ad

ALLEGATO III

uno o più campi tecnici di applicazione o ad uno o più mercati del prodotto. Vi sono molti casi in cui la stessa tecnologia può essere utilizzata per produrre prodotti diversi o può essere incorporata in prodotti appartenenti a mercati del prodotto diversi. Una nuova tecnologia di stampaggio può ad esempio essere utilizzata per produrre sia bottiglie di plastica, sia bicchieri di plastica, prodotti che appartengono a mercati del prodotto distinti. Un unico mercato del prodotto può tuttavia comprendere diversi campi tecnici di utilizzazione. Una nuova tecnologia nel campo dei motori può ad esempio essere utilizzata nei motori a quattro e a sei cilindri. Analogamente, una tecnologia per realizzare chipset può essere utilizzata per produrre chipset con un massimo di quattro processori o con più di quattro processori. Una licenza che limiti l'utilizzo della tecnologia sotto licenza alla produzione di, ad esempio, motori a quattro cilindri o chipset a quattro processori costituisce una restrizione del campo tecnico di utilizzazione.

180. Considerato che le restrizioni del campo di utilizzazione beneficiano dell'esenzione per categoria e che talune restrizioni relative alla clientela costituiscono restrizioni fondamentali ai sensi dell'articolo 4, paragrafo 1, lettera c) e paragrafo 2, lettera b), del RECTT, è importante distinguere le due categorie di restrizioni. Una restrizione relativa alla clientela presuppone che vengano individuati gruppi specifici di clienti e che le parti siano soggette a limitazioni relative alle vendite ai gruppi individuati. Il fatto che una restrizione del campo tecnico di utilizzazione possa corrispondere a determinati gruppi di clienti all'interno di un mercato del prodotto non implica che la restrizione in questione debba essere considerata una restrizione relativa alla clientela. Il fatto, ad esempio, che taluni clienti acquistano prevalentemente o esclusivamente chipset con più di quattro processori non significa necessariamente che una licenza limitata ai chipset con un massimo di quattro processori costituisca una restrizione relativa alla clientela. Tuttavia, il campo di utilizzazione deve essere definito oggettivamente con riferimento a caratteristiche tecniche individuate e significative del prodotto realizzato sotto licenza.

181. Una restrizione del campo di utilizzazione limita lo sfruttamento della tecnologia sotto licenza da parte del licenziatario ad uno o più campi di utilizzazione particolari senza limitare la facoltà del licenziante di sfruttare la tecnologia sotto licenza. Inoltre, come avviene per i territori, questi campi di utilizzazione possono essere assegnati al licenziatario nell'ambito di una licenza esclusiva o unica. Le restrizioni del campo di utilizzazione combinate con una licenza esclusiva o unica limitano anche la facoltà del licenziante di sfruttare la propria tecnologia, impedendogliene lo sfruttamento, compreso mediante la concessione di licenze a terzi. Nel caso di una licenza unica, ad essere limitata è solo la concessione di licenze a terzi. Le restrizioni del campo di utilizzazione combinate con licenze esclusive e uniche sono trattate allo stesso modo delle

licenze esclusive e uniche di cui alla precedente sezione 2.2.1. In particolare, per quanto riguarda la concessione di licenze tra concorrenti, ciò significa che la concessione reciproca di licenze esclusive è considerata una restrizione fondamentale ai sensi dell'articolo 4, paragrafo 1, lettera c).

182. Le restrizioni del campo di utilizzazione possono avere effetti favorevoli alla concorrenza in quanto incoraggiano il licenziante a concedere in licenza la sua tecnologia per applicazioni che esulano dal suo campo di attività principale. Se il licenziante non potesse impedire ai licenziatari di operare nei campi in cui sfrutta direttamente la tecnologia o nei campi in cui il valore della tecnologia non è ancora dimostrato, sarebbe probabilmente disincentivato a concedere una licenza o sarebbe indotto a richiedere il pagamento di royalties più elevate. Si deve anche tenere conto del fatto che in taluni settori la concessione di licenze è spesso finalizzata ad assicurare la libertà di progettazione, evitando richieste di risarcimento per violazione dei diritti. Nell'ambito della licenza, il licenziatario può sviluppare la propria tecnologia senza temere richieste di risarcimento per violazione dei diritti del licenziante.

183. Le restrizioni del campo di utilizzazione a carico dei licenziatari negli accordi tra concorrenti effettivi o potenziali beneficiano dell'esenzione per categoria entro la soglia del 20 % relativa alla quota di mercato. Nel caso di tali restrizioni, la principale preoccupazione sotto il profilo della concorrenza è il rischio che il licenziatario cessi di essere una forza concorrenziale al di fuori del campo di utilizzazione cui si riferisce la licenza. Questo rischio aumenta nel caso della concessione reciproca di licenze tra concorrenti quando l'accordo prevede restrizioni asimmetriche del campo di utilizzazione. Una restrizione del campo di utilizzazione è asimmetrica quando ad una parte è consentito utilizzare la tecnologia sotto licenza nell'ambito di un mercato del prodotto o di un campo tecnico di utilizzazione e all'altra parte è consentito utilizzare l'altra tecnologia sotto licenza nell'ambito di un altro mercato del prodotto o campo tecnico di utilizzazione. I problemi sotto il profilo della concorrenza emergono in particolare quando gli impianti di produzione del licenziatario, attrezzati per utilizzare la tecnologia sotto licenza, sono utilizzati anche per produrre con la propria tecnologia prodotti che esulano dal campo di utilizzazione oggetto della licenza. Se l'accordo può indurre il licenziatario a ridurre la propria produzione al di fuori del campo di utilizzazione oggetto della licenza, è probabile che esso rientri nel campo d'applicazione dell'articolo 81, paragrafo 1. Le restrizioni simmetriche del campo di utilizzazione, vale a dire gli accordi mediante i quali le parti ottengono in licenza le rispettive tecnologie per sfruttarle negli stessi campi di utilizzazione, difficilmente rientrano nel campo d'applicazione dell'articolo 81, paragrafo 1. È poco probabile che tali accordi determinino distorsioni della concorrenza che esisteva in assenza dell'accordo. È inoltre difficile che l'articolo 81, paragrafo 1,

ALLEGATO III

si applichi nel caso di accordi che si limitano ad autorizzare il licenziatario a sviluppare e sfruttare la propria tecnologia nell'ambito della licenza senza temere richieste di risarcimento per violazione dei diritti del licenziante. In simili circostanze, le restrizioni del campo di utilizzazione non determinano in quanto tali restrizioni della concorrenza che esisteva prima dell'accordo. In assenza dell'accordo, il licenziatario si esponeva inoltre a richieste di risarcimento per violazione dei diritti al di fuori del campo di utilizzazione oggetto della licenza. Tuttavia, se il licenziatario, senza alcuna giustificazione di carattere commerciale, cessa o riduce le sue attività al di fuori del campo di applicazione oggetto della licenza, ciò può costituire un'indicazione dell'esistenza di un accordo sottostante per la ripartizione dei mercati, che equivale ad una restrizione fondamentale ai sensi dell'articolo 4, paragrafo 1, lettera c), del RECTT.

184. Le restrizioni del campo di utilizzazione a carico del licenziante e del licenziatario negli accordi tra non concorrenti beneficiano dell'esenzione per categoria entro la soglia del 30 % relativa alla quota di mercato. In genere le restrizioni del campo di utilizzazione negli accordi tra non concorrenti mediante i quali il licenziante si riserva uno o più mercati del prodotto o campi tecnici di utilizzazione non sono restrittive della concorrenza, ovvero determinano incrementi di efficienza. Tali restrizioni promuovono la diffusione di nuove tecnologie, in quanto offrono al licenziante un incentivo a concedere licenze di sfruttamento in campi nei quali non intenda sfruttare direttamente la tecnologia in questione. Se il licenziante non potesse impedire ai licenziatari di operare in campi nei quali sfrutta la sua tecnologia, il licenziante sarebbe probabilmente disincentivato a concedere licenze.

185. Negli accordi tra non concorrenti, il licenziante è di norma anche autorizzato a concedere a licenziatari di versi licenze uniche o esclusive limitate ad uno o più campi di utilizzazione. Tali restrizioni limitano la concorrenza tra licenziatari nell'ambito della stessa tecnologia, analogamente alle licenze esclusive, e sono analizzate allo stesso modo (cfr. supra, sezione 2.2.1.).

2.5. Restrizioni relative all'uso interno

186. Una restrizione relativa all'uso interno può essere definita come un obbligo imposto al licenziatario di limitare la sua produzione del prodotto sotto licenza ai quantitativi necessari per la produzione dei propri prodotti e per la loro manutenzione e riparazione. In altre parole, questo tipo di restrizione relativa all'utilizzazione assume la forma di un obbligo a carico del licenziatario di utilizzare i prodotti che incorporano la tecnologia sotto licenza solo come fattore di produzione da incorporare nella propria produzione; essa non si riferisce invece alla vendita del prodotto sotto licenza per incorporarlo nei prodotti di altri

produttori. Le restrizioni relative all'uso interno beneficiano dell'esenzione per categoria entro le soglie rispettivamente del 20 % e del 30 % relative alla quota di mercato. Quando gli accordi non rientrano nel campo di applicazione dell'esenzione per categoria, è necessario esaminare gli effetti, positivi e negativi, della restrizione in questione sulla concorrenza. A tale proposito, è necessario distinguere tra accordi tra concorrenti e accordi tra non concorrenti.

187. Nel caso di accordi di licenza tra concorrenti, una restrizione che imponga al licenziatario di produrre i prodotti sotto licenza solo per incorporarli nei propri prodotti gli impedisce di operare come fornitore di componenti a produttori terzi. Se prima della conclusione dell'accordo il licenziatario non era un fornitore effettivo o potenziale di componenti ad altri produttori, la restrizione relativa all'uso interno non determina alcun cambiamento rispetto alla situazione precedente. In tal caso, la restrizione è valutata allo stesso modo che nel caso di accordi tra non concorrenti. Se, al contrario, il licenziatario è un fornitore effettivo o potenziale di componenti, è necessario esaminare l'impatto dell'accordo su tale attività. Se, attrezzandosi per utilizzare la tecnologia del licenziante il licenziatario cessa di utilizzare la propria tecnologia in maniera autonoma e cessa quindi l'attività di fornitore di componenti, l'accordo determina restrizioni della concorrenza che esisteva prima dell'accordo. Gli effetti negativi sul mercato possono essere particolarmente gravi quando il licenziante detiene un significativo potere di mercato sul mercato dei componenti.

188. Nel caso di accordi di licenza tra non concorrenti, le restrizioni relative all'uso interno comportano due rischi principali per la concorrenza: a) una restrizione della concorrenza nell'ambito della stessa tecnologia sul mercato della fornitura dei fattori di produzione e b) l'eliminazione dell'arbitraggio tra i licenziatari e di conseguenza maggiori possibilità per il licenziante di imporre royalties discriminatorie ai licenziatari.

189. Le restrizioni relative all'uso interno possono tuttavia anche promuovere la concessione di licenze favorevoli alla concorrenza. Se il licenziante è un fornitore di componenti, la restrizione può essere necessaria ai fini della diffusione della tecnologia tra non concorrenti. Senza la restrizione è possibile che il licenziante non conceda la licenza, o la conceda solo contro il pagamento di royalties più elevate, in quanto altrimenti determinerebbe la presenza di concorrenti diretti sul mercato dei componenti. In simili casi, una restrizione relativa all'uso interno non determina di norma restrizioni della concorrenza ovvero rientra nel campo di applicazione dell'articolo 81, paragrafo 3. È tuttavia necessario che il licenziatario non sia soggetto a restrizioni per quanto riguarda la vendita dei prodotti sotto licenza come pezzi di ricambio per i propri prodotti. Il licenziatario deve inoltre essere in grado di rifornire il mercato dei servizi post-vendita per i suoi prodotti,

ALLEGATO III

incluse le imprese indipendenti che provvedono alla manutenzione e alla riparazione di tali prodotti.

190. Quando il licenziante non è un fornitore di componenti sul mercato rilevante, la giustificazione di cui sopra per l'imposizione di restrizioni relative all'uso interno non è pertinente. In tali casi, una restrizione relativa all'uso interno può, in linea di principio, promuovere la diffusione della tecnologia se assicura che i licenziatari non vendano a produttori che sono in concorrenza con il licenziante su altri mercati. Tuttavia, una restrizione che imponga al licenziatario di non vendere ad un determinato gruppo di clienti riservato al licenziante costituisce di norma un'alternativa meno restrittiva. Di conseguenza, in tali casi una restrizione relativa all'uso interno non è di norma considerata necessaria ai fini della diffusione della tecnologia.

2.6. Licenze abbinate e pacchetti di licenze

191. Nel contesto delle licenze di tecnologia, si parla di licenze abbinate quando il licenziante condiziona la concessione della licenza per una data tecnologia (il prodotto principale) al fatto che il licenziatario prenda in una licenza anche un'altra tecnologia o acquisti un prodotto dal licenziante o da una persona da questi designata (il prodotto abbinato). Si parla di pacchetti di licenze quando due tecnologie o una tecnologia e un prodotto sono venduti solo insieme, come pacchetto. In entrambi i casi, i prodotti e le tecnologie in questione devono essere distinti, nel senso che vi è una domanda distinta per ciascuno dei prodotti e delle tecnologie abbinate o facenti parte del pacchetto. Ciò non avviene di norma quando le tecnologie o i prodotti sono necessariamente legati in modo tale che la tecnologia sotto licenza non può essere sfruttata senza il prodotto abbinato o che i due elementi del pacchetto non possono essere sfruttati l'uno senza l'altro. In appresso con il termine «licenze abbinate» si intendono sia le licenze abbinate, sia i pacchetti di licenze.

192. L'articolo 3 del RECTT, che limita l'applicazione dell'esenzione per categoria in funzione delle soglie relative alla quota di mercato, assicura che le licenze abbinate e i pacchetti di licenze non beneficino dell'esenzione al di là delle soglie rispettivamente del 20 %, nel caso di accordi tra concorrenti, e del 30 %, nel caso di accordi tra non concorrenti. Tali soglie si applicano a tutti i mercati rilevanti delle tecnologie e del prodotto interessati dall'accordo di licenza, incluso il mercato del prodotto abbinato. Al di là di tali soglie è necessario mettere a confronto gli effetti positivi e negativi sulla concorrenza delle licenze abbinate.

193. Il principale effetto restrittivo delle licenze abbinate è la preclusione nei confronti dei fornitori concorrenti del prodotto abbinato. Le licenze abbinate

possono anche consentire al licenziante di mantenere il suo potere di mercato sul mercato del prodotto principale mediante l'introduzione di barriere all'ingresso, in quanto possono obbligare i nuovi operatori a penetrare su diversi mercati contemporanea mente. Le licenze abbinate possono inoltre consentire al licenziante di aumentare le royalties, in particolare quando il prodotto principale e il prodotto abbinato sono in parte sostituibili e i due prodotti non sono utilizzati in proporzioni fisse. Le licenze abbinate impediscono al licenziatario di ricorrere a fattori di produzione sostitutivi in caso di aumento delle royalties per il prodotto principale. Questi possibili problemi sotto il profilo della concorrenza sono indipendenti dal fatto che le parti dell'accordo siano o no concorrenti. Perché le licenze abbinate possano produrre effetti anticoncorrenziali, il licenziante deve detenere un significativo potere di mercato in relazione al prodotto principale in modo da poter limitare la concorrenza per il prodotto abbinato. Se non detiene un significativo potere di mercato per il prodotto principale, il licenziante non può utilizzare la sua tecnologia a fini anticoncorrenziali, per attuare una preclusione nei confronti dei fornitori del prodotto abbinato. Inoltre, come nel caso degli obblighi di non concorrenza, perché si verifichino effetti di preclusione sensibili, il vincolo deve riguardare una certa percentuale del mercato del prodotto abbinato. Nei casi in cui il licenziante detiene un certo potere sul mercato del prodotto abbinato piuttosto che sul mercato del prodotto principale, la restrizione è analizzata come un obbligo di non concorrenza o come un obbligo quantitativo, considerato che qualsiasi problema di concorrenza trova origine sul mercato per il prodotto «abbinato» e non sul mercato del prodotto «principale»⁽⁶⁶⁾.

194. Le licenze abbinate possono anche determinare incrementi di efficienza. È quanto avviene, ad esempio, quando il prodotto abbinato è necessario per uno sfruttamento tecnico soddisfacente della tecnologia sotto licenza o per assicurare che la produzione sotto licenza sia conforme agli standard qualitativi rispettati dal licenziante e da altri licenziatari. Di norma, in tali casi, le licenze abbinate non sono restrittive della concorrenza, ovvero non rientrano nel campo di applicazione dell'articolo 81, paragrafo 3. Quando i licenziatari utilizzano il marchio o la denominazione commerciale del licenziante o quando è comunque evidente per i consumatori che vi è un legame tra il prodotto che incorpora la tecnologia sotto licenza e il licenziante, questi ha un legittimo interesse ad assicurare che la qualità dei prodotti sia tale da non compromettere il valore della sua tecnologia o la sua reputazione di operatore economico. Inoltre, quando i consumatori sanno che i licenziatari (e il licenziante) producono utilizzando la stessa tecnologia, è poco probabile che i licenziatari siano disposti a prendere una licenza se non sono sicuri che la tecnologia in questione è sfruttata da tutti in maniera tecnicamente soddisfacente.

195. Le licenze abbinate possono anche produrre effetti favorevoli alla concorrenza

quando il prodotto abbinato consente al licenziatario di sfruttare la tecnologia sotto licenza in maniera significativamente più efficiente. Quando, ad esempio, il licenziante concede in licenza una particolare tecnologia relativa ad un processo, le parti possono anche concordare che il licenziatario acquisti dal licenziante un catalizzatore che è stato sviluppato per poter essere utilizzato con la tecnologia sotto licenza e che permette di utilizzare tale tecnologia in maniera più efficiente che altri catalizzatori. In simili casi, quando la restrizione rientra nel campo di applicazione dell'articolo 81, paragrafo 1, è probabile che le condizioni di cui all'articolo 81, paragrafo 3, siano soddisfatte anche al di là delle soglie relative alla quota di mercato.

2.7. Obblighi di non concorrenza

196. Nel contesto delle licenze di tecnologia, gli obblighi di non concorrenza assumono la forma di un obbligo imposto al licenziatario di non utilizzare tecnologie di terzi che siano in concorrenza con la tecnologia sotto licenza. Gli obblighi di non concorrenza riguardanti un prodotto o una tecnologia supplementare forniti dal licenziante, sono esaminati nella precedente sezione sulle licenze abbinate.

197. Il RECTT esenta gli obblighi di non concorrenza sia nel caso di accordi tra concorrenti, sia nel caso di accordi tra non concorrenti entro le soglie rispettivamente del 20 % e del 30 % relative alla quota di mercato.

198. Sotto il profilo della concorrenza, il rischio principale rappresentato dagli obblighi di non concorrenza è la preclusione nei confronti delle tecnologie di terzi. In caso di uso cumulativo, gli obblighi di non concorrenza possono anche agevolare comportamenti collusivi tra i licenzianti. La preclusione nei confronti delle tecnologie concorrenti riduce la pressione concorrenziale sulle royalties applicate dal licenziante e riduce la concorrenza tra le tecnologie esistenti, limitando le possibilità dei licenziatari di passare da una tecnologia all'altra. Poiché in entrambi i casi il problema principale è quello della preclusione, si può in genere procedere alla stessa analisi nel caso di accordi tra concorrenti e di accordi tra non concorrenti. Nel caso tuttavia della concessione reciproca di licenze tra concorrenti in cui le parti decidano entrambe di non utilizzare le tecnologie di terzi, l'accordo può agevolare comportamenti collusivi tra le parti sul mercato del prodotto, il che giustifica la fissazione di una soglia più bassa, del 20 %, relativa alla quota di mercato.

199. La preclusione si può verificare quando una parte sostanziale dei licenziatari potenziali sono già vincolati ad una o, nel caso di effetti cumulativi, a più fonti di tecnologie e non possono sfruttare tecnologie concorrenti. Gli effetti di

preclusione possono anche essere determinati da accordi conclusi da un singolo licenziante con un significativo potere di mercato o da un effetto cumulativo di accordi conclusi da diversi licenzianti, anche quando i singoli accordi o la rete di accordi rientrano nel campo di applicazione del RECTT. In quest'ultimo caso, è tuttavia improbabile che si verifichi un grave effetto cumulativo se la parte del mercato vincolata dagli accordi è inferiore al 50 %. Al di là di tale soglia, effetti di preclusione significativi possono verificarsi se vi sono notevoli barriere all'ingresso per i nuovi licenziatari. Se tali barriere sono limitate, i nuovi licenziatari sono in grado di penetrare sul mercato e di sfruttare commercialmente tecnologie interessanti detenute da terzi e di rappresentare dunque una reale alternativa ai licenziatari già presenti sul mercato. Al fine di determinare le effettive possibilità di ingresso e di espansione per i terzi, è necessario anche tenere conto della misura in cui i distributori sono vincolati ai licenziatari da obblighi di non concorrenza. Le tecnologie di terzi hanno una possibilità effettiva di ingresso sul mercato solo se hanno accesso ai mezzi di produzione e distribuzione necessari. In altre parole, la facilità dell'accesso dipende non solo dalla disponibilità di licenziatari, ma anche dalla misura in cui essi hanno accesso alla distribuzione. Nel valutare gli effetti di preclusione al livello della distribuzione, la Commissione applicherà il quadro di analisi di cui alla sezione IV.2.1 delle linee direttrici sulle restrizioni verticali ⁽⁶⁷⁾.

200. Quando il licenziante detiene un significativo potere di mercato, gli obblighi imposti ai licenziatari di procurarsi la tecnologia solo dal licenziante possono determinare effetti di preclusione significativi. Più forte è la posizione di mercato del licenziante, maggiore è il rischio di preclusione nei confronti delle tecnologie concorrenti. Perché si verifichino effetti di preclusione sensibili, non è necessario che gli obblighi di non concorrenza riguardino una parte sostanziale del mercato. Anche in assenza di tale condizione, effetti di preclusione rilevanti possono verificarsi quando gli obblighi di non concorrenza sono indirizzati contro le imprese che possono con maggiore probabilità concedere in licenza tecnologie concorrenti. Il rischio di preclusione è particolarmente elevato quando vi è solo un numero limitato di licenziatari potenziali e l'accordo di licenza riguarda una tecnologia utilizzata dai licenziatari per realizzare un fattore di produzione per il loro uso interno. In simili casi, è probabile che un nuovo licenziante debba superare notevoli barriere all'ingresso. La preclusione può essere meno probabile nei casi in cui la tecnologia è utilizzata per produrre un prodotto venduto a terzi; sebbene in questo caso la restrizione vincoli anche la capacità produttiva del fattore di produzione in questione, essa non vincola la domanda del prodotto che incorpora il fattore di produzione ottenuto con la tecnologia sotto licenza. In quest'ultimo caso, per penetrare sul mercato i licenzianti hanno solo bisogno di avere accesso ad uno o più licenziatari che dispongano di una capacità di produzione adeguata e, fatto salvo se solo poche imprese posseggono o sono in

ALLEGATO III

grado di procurarsi i mezzi di produzione necessari per ottenere una licenza, è improbabile che mediante l'imposizione di obblighi di non concorrenza ai suoi licenziatari il licenziante sia in grado di impedire ai concorrenti di avere accesso a licenziatari efficienti.

201. Gli obblighi di non concorrenza possono anche produrre effetti favorevoli alla concorrenza. Innanzitutto, simili obblighi possono promuovere la diffusione delle tecnologie, in quanto riducono il rischio di appropriazione indebita della tecnologia sotto licenza, con particolare riferimento al know-how. Se un licenziatario è autorizzato a ottenere in licenza da terzi tecnologie concorrenti, vi è in particolare il rischio che il know-how concesso in licenza venga utilizzato per lo sfruttamento di tecnologie alternative, a vantaggio quindi dei concorrenti. Quando un licenziatario sfrutta anche tecnologie concorrenti, ciò rende di norma anche più difficile un controllo dei pagamenti delle royalties, il che può rappresentare un disincentivo alla concessione di licenze.

202. In secondo luogo, gli obblighi di non concorrenza, eventualmente in combinazione con un territorio esclusivo, possono essere necessari per assicurare che il licenziatario abbia un incentivo a investire e a sfruttare efficacemente la tecnologia sotto licenza. Qualora l'accordo, a causa di un effetto di preclusione sensibile, rientri nel campo d'applicazione dell'articolo 81, paragrafo 1, può essere necessario, per beneficiare dell'articolo 81, paragrafo 3, scegliere un'alternativa meno restrittiva, come imporre obblighi relativi a quantitativi minimi di produzione o a royalties minime, che riducono di norma il rischio di preclusione nei confronti delle tecnologie concorrenti.

203. In terzo luogo, nei casi in cui il licenziante si impegni a effettuare significativi investimenti specifici per il cliente, ad esempio nella formazione e nell'adeguamento della tecnologia sotto licenza alle esigenze del licenziatario, gli obblighi di non concorrenza o, in alternativa, gli obblighi relativi ad una produzione minima e a royalties minime, possono essere necessari per indurre il licenziante ad effettuare gli investimenti e per evitare che rinunci ad effettuarli. Di norma, tuttavia, il licenziante avrà la possibilità di fatturare direttamente tali investimenti sotto forma di un pagamento forfettario, il che dimostra che esistono alternative meno restrittive.

3. Accordi di composizione transattiva e accordi di non rivendicazione

204. La concessione di licenze può costituire uno strumento per porre fine a controversie o per evitare che una parte eserciti i suoi diritti di proprietà di beni immateriali per impedire all'altra parte di sfruttare la propria tecnologia. La concessione di licenze, incluse quelle reciproche, nel contesto degli accordi di

composizione transattiva e degli accordi di non rivendicazione non comporta di per sé una restrizione della concorrenza, in quanto permette alle parti di sfruttare le loro tecnologie successivamente all'accordo. Le condizioni individuali di tali accordi possono tuttavia rientrare nel campo di applicazione dell'articolo 81, paragrafo 1. La concessione di licenze nell'ambito di accordi di composizione transattiva è trattata come gli altri accordi di licenza. Nel caso di tecnologie sostituibili dal punto di vista tecnico, è pertanto necessario stabilire in che misura è probabile che le tecnologie in questione si trovino in una posizione di blocco unidirezionale o bidirezionale (cfr. supra, punto 32). Qualora ciò si verifichi, le parti non sono considerate concorrenti.

205. L'esenzione per categoria si applica a condizione che l'accordo non contenga le restrizioni fondamentali della concorrenza di cui all'articolo 4 del RECTT. L'elenco delle restrizioni fondamentali di cui all'articolo 4, paragrafo 1, può applicarsi in particolare quando alle parti era chiaro che non esisteva alcuna posizione di blocco e che di conseguenza esse erano concorrenti. In simili casi, la composizione transattiva è solo uno strumento per limitare la concorrenza che esisteva prima dell'accordo.

206. Nei casi in cui è probabile che in assenza della licenza il licenziatario potrebbe essere escluso dal mercato, l'accordo è di norma favorevole alla concorrenza. Le restrizioni che limitano la concorrenza tra il licenziante e il licenziatario nell'ambito della stessa tecnologia sono spesso compatibili con l'articolo 81 (cfr. supra, sezione 2).

207. Gli accordi mediante i quali le parti si concedono reciprocamente licenze e impongono restrizioni relative all'uso delle loro tecnologie, incluse le restrizioni relative alla concessione di licenze a terzi, possono rientrare nel campo d'applicazione dell'articolo 81, paragrafo 1. Quando le parti detengono un significativo potere di mercato e l'accordo impone restrizioni che vanno chiaramente al di là di quanto richiesto per eliminare la posizione di blocco, l'accordo può rientrare nel campo d'applicazione dell'articolo 81, paragrafo 1, anche se è probabile che esista una posizione di blocco reciproca. In particolare, l'applicazione dell'articolo 81, paragrafo 1, è probabile quando le parti si ripartiscono i mercati o fissano il pagamento di royalties reciproche per unità prodotta che hanno un impatto significativo sui prezzi del mercato.

208. Quando l'accordo consente alle parti di utilizzare reciprocamente le rispettive tecnologie e si estende agli sviluppi futuri, è necessario valutare l'impatto dell'accordo sull'incentivo delle parti all'innovazione. Nei casi in cui le parti detengono un significativo potere di mercato, è probabile che l'accordo rientri nel campo di applicazione dell'articolo 81, paragrafo 1, quando impedisce alle parti di

acquisire un vantaggio sulla controparte. Gli accordi che eliminano o riducono notevolmente le possibilità che una parte acquisisca un vantaggio sulla controparte riducono l'incentivo ad innovare e incidono quindi negativamente su un elemento fondamentale del gioco della concorrenza. Difficilmente inoltre tali accordi soddisfano le condizioni di cui all'articolo 81, paragrafo 3. In particolare è poco probabile che la restrizione possa essere considerata indispensabile ai sensi della terza condizione di cui all'articolo 81, paragrafo 3. Per realizzare l'obiettivo dell'accordo, vale a dire assicurare che ciascuna delle parti possa continuare ad utilizzare la propria tecnologia senza essere bloccata dalla controparte, non è necessario che le parti convengano di condividere le innovazioni future. È tuttavia improbabile che alle parti venga impedito di conseguire un vantaggio competitivo sull'altra parte quando l'obiettivo della licenza è consentire alle parti di sviluppare le rispettive tecnologie e quando la licenza non le spinge ad utilizzare le stesse soluzioni tecnologiche. Tali accordi si limitano ad assicurare la libertà di progettazione evitando che in futuro vengano avanzate dall'altra parte richieste di risarcimento per violazione dei diritti.

209. Nel contesto di un accordo di composizione transattiva e di un accordo di non rivendicazione, le clausole di non contestazione sono in genere considerate come non rientranti nel campo di applicazione dell'articolo 81, paragrafo 1. È insito in tali accordi il fatto che le parti convengano di non contestare a posteriori i diritti di proprietà di beni immateriali oggetto dell'accordo. Del resto, l'obiettivo dell'accordo è proprio porre fine alla controversia e/o evitare l'insorgere di controversie in futuro.

4. Pool tecnologici

210. I pool tecnologici sono definiti come accordi mediante i quali due o più parti costituiscono un pacchetto di tecnologie che viene concesso in licenza non solo a coloro che partecipano al pool, ma anche a terzi. Per quanto riguarda la struttura, i pool tecnologici possono assumere la forma di semplici accordi tra un numero limitato di parti o di complessi accordi organizzativi mediante i quali l'organizzazione della concessione di licenze delle tecnologie messe in comune viene affidata ad un organismo indipendente. In entrambi i casi, il pool può consentire ai licenziatari di operare sul mercato sulla base di una licenza unica.

211. Non vi sono legami sistematici tra i pool tecnologici e le norme, ma in taluni casi, le tecnologie all'interno del pool favoriscono (in tutto o in parte) una norma industriale di fatto o di diritto. Quando i pool tecnologici favoriscono una norma industriale, non si tratta necessariamente di un'unica norma. Pool tecnologici diversi possono sostenere norme concorrenti ⁽⁶⁸⁾.

212. Gli accordi per la costituzione di pool tecnologici e per la definizione delle condizioni del loro funzionamento non beneficiano — indipendentemente dal numero delle parti — dell'esenzione per categoria (cfr. supra, sezione III.2.2.). Tali accordi sono disciplinati esclusivamente dalle presenti linee direttrici. Gli accordi volti a mettere in comune le tecnologie sollevano una serie di questioni specifiche riguardanti la selezione delle tecnologie incluse e il funzionamento del pool, che non si presentano in relazione ad altri tipi di licenze. Le licenze individuali concesse dal pool a terzi licenziatari sono tuttavia trattate alla stregua degli altri accordi di licenza, che beneficiano dell'esenzione per categoria quando sono soddisfatte le condizioni previste dal RECTT, incluso il disposto dell'articolo 4 del RECTT, che contiene l'elenco delle restrizioni fondamentali.

213. I pool tecnologici possono determinare restrizioni della concorrenza. La creazione di un pool tecnologico implica necessariamente la vendita congiunta delle tecnologie messe in comune, il che, nel caso di pool costituiti esclusivamente o prevalentemente da tecnologie sostitutive, equivale ad un cartello per la fissazione dei prezzi. Oltre a ridurre la concorrenza tra le parti, inoltre, i pool tecnologici, in particolare quando favoriscono una norma industriale o stabiliscono una norma industriale di fatto, possono anche determinare una riduzione dell'innovazione, in quanto precludono l'utilizzazione di tecnologie alternative. L'esistenza della norma e del relativo pool tecnologico può rendere più difficile l'ingresso sul mercato di tecnologie nuove e migliori.

214. I pool tecnologici possono anche determinare effetti favorevoli alla concorrenza, in particolare riducendo i costi di transazione e fissando un limite alle royalties cumulative per evitare una doppia marginalizzazione. La creazione di un pool permette la concessione di licenze attraverso uno «sportello unico» per le tecnologie che ne fanno parte. Questo aspetto è particolarmente importante nei settori in cui i diritti di proprietà di beni immateriali sono assai diffusi e in cui, per operare sul mercato, è necessario ottenere licenze da una serie di licenzianti diversi. Nei casi in cui ai licenziatari viene prestato un servizio di assistenza continuo relativo all'applicazione della tecnologia sotto licenza, la concessione in comune delle licenze e la prestazione in comune dei servizi relativi possono determinare ulteriori riduzioni dei costi.

4.1. La natura delle tecnologie messe in comune

215. I rischi sotto il profilo della concorrenza e i possibili incrementi di efficienza legati ai pool tecnologici dipendono anche, in buona misura, dalla relazione tra le tecnologie che compongono il pool, nonché dalla relazione tra le tecnologie interne e quelle esterne al pool. È necessario operare due distinzioni fondamentali, quella a) tra tecnologie complementari e tecnologie sostitutive e quella b) tra

ALLEGATO III

tecnologie essenziali e non essenziali.

216. Due tecnologie ⁽⁶⁹⁾ sono *complementari*, e non *sostitutive* quando sono entrambe necessarie per la produzione del prodotto o la realizzazione del processo cui si riferiscono le tecnologie. Per contro, due tecnologie sono sostitutive quando le singole tecnologie consentono entrambe al detentore di produrre il prodotto o di realizzare il processo cui si riferiscono le tecnologie. Una tecnologia è *essenziale* se, contrariamente ad una tecnologia *non essenziale*, non esistono sostituti per tale tecnologia all'interno o all'esterno del pool e se la tecnologia in questione costituisce un elemento indispensabile del pacchetto di tecnologie ai fini della produzione di prodotti o della realizzazione di processi cui si riferisce il pool. Una tecnologia per la quale non esistono sostituti resta essenziale fino a quando tale tecnologia è coperta da almeno un diritto di proprietà di beni immateriali valido. Le tecnologie essenziali sono necessariamente anche complementari.
217. Quando le tecnologie all'interno di un pool sono sostitutive, le royalties possono essere più elevate di quanto non lo sarebbero altrimenti, poiché i licenziatari non beneficiano della rivalità tra le tecnologie in questione. Quando le tecnologie all'interno del pool sono complementari, l'accordo riduce i costi di transazione e può determinare royalties complessivamente più basse, in quanto le parti sono in grado di fissare royalties comuni per il pacchetto, anziché fissare individualmente le royalties senza tenere conto di quelle applicate dagli altri.
218. La distinzione delle tecnologie in complementari e sostitutive non è sempre netta, poiché le tecnologie possono essere in parte sostitutive e in parte complementari. Quando gli incrementi di efficienza derivanti dall'integrazione di due tecnologie possono indurre i licenziatari a chiedere in licenza entrambe le tecnologie, tali tecnologie sono considerate complementari anche se sono parzialmente sostituibili. In tali casi, è probabile che, anche se non vi fosse il pool, i licenziatari sarebbero interessati a ottenere in licenza entrambe le tecnologie, per via del vantaggio economico supplementare derivante dall'utilizzazione di entrambe le tecnologie piuttosto che di una sola di esse.
219. L'inclusione nel pool di tecnologie sostitutive limita la concorrenza tra le tecnologie ed equivale alla concessione collettiva di pacchetti di licenze. Inoltre, quando il pool è costituito in prevalenza da tecnologie sostitutive, l'accordo equivale alla fissazione di prezzi tra concorrenti. Come regola generale, la Commissione ritiene che l'inclusione di tecnologie sostitutive nel pool costituisce una violazione dell'articolo 81, paragrafo 1. La Commissione ritiene inoltre improbabile che le condizioni dell'articolo 81, paragrafo 3, siano soddisfatte nel caso di pool comprendenti numerose tecnologie sostitutive. Considerato che le tecnologie in questione sono alternative, il fatto di includere entrambe le

tecnologie nel pool non determina risparmi sui costi di transazione. Se il pool non fosse esistito, i licenziatari non avrebbero chiesto una licenza per entrambe le tecnologie. Non è sufficiente che le parti restino libere di concedere licenze in maniera indipendente, in quanto esse avrebbero pochi incentivi a farlo se non vogliono compromettere la tenuta del pool, che consente loro di esercitare congiuntamente il loro potere di mercato.

220. Quando un pool è costituito solo da tecnologie essenziali, che sono quindi necessariamente anche complementari, la creazione del pool in quanto tale non rientra di norma nel campo di applicazione dell'articolo 81, paragrafo 1, indipendentemente dalla posizione di mercato delle parti. Le condizioni relative alla concessione della licenza possono tuttavia rientrare nel campo di applicazione dell'articolo 81, paragrafo 1.

221. Quando nel pool sono inclusi brevetti non essenziali, ma complementari, vi è il rischio di preclusione nei confronti delle tecnologie di terzi. Una volta che una tecnologia sia stata inclusa nel pool e venga concessa in licenza come elemento del pacchetto, i licenziatari avranno probabilmente scarsi incentivi a prendere in licenza una tecnologia concorrente quando le royalties corrisposte per il pacchetto comprendono già una tecnologia sostitutiva. Inoltre, l'inclusione di tecnologie che non sono necessarie ai fini della produzione di prodotti o della realizzazione di processi cui si riferisce il pool tecnologico costringe i licenziatari a pagare royalties per tecnologie delle quali non hanno necessariamente bisogno. L'inclusione di brevetti complementari equivale pertanto alla concessione collettiva di pacchetti di licenze. Quando un pool comprende tecnologie non essenziali, l'accordo può rientrare nel campo di applicazione dell'articolo 81, paragrafo 1, se il pool detiene una posizione significativa su uno dei mercati rilevanti.

222. Considerato che dopo la creazione del pool possono essere sviluppate tecnologie sostitutive e complementari, la valutazione del carattere essenziale costituisce un processo continuo. Una tecnologia può pertanto diventare non essenziale successivamente alla creazione del pool a causa della comparsa di nuove tecnologie di terzi. Un modo per assicurare che a tali tecnologie non venga precluso l'accesso al mercato è quello di escludere dal pool le tecnologie diventate non essenziali. Vi possono tuttavia essere altri modi per evitare preclusioni nei confronti delle tecnologie di terzi. Nel valutare i pool tecnologici che comprendono tecnologie non essenziali, vale a dire per le quali esistono tecnologie sostitutive al di fuori del pool tecnologico, o che non sono necessarie per la produzione di uno o più prodotti cui si riferisce il pool, la Commissione terrà conto, nella sua valutazione complessiva, anche dei seguenti fattori:

ALLEGATO III

- a) l'esistenza di effetti positivi per la concorrenza, che giustificano l'inclusione nel pool di tecnologie non essenziali;
- b) il fatto che i licenzianti rimangano liberi di concedere in licenza le rispettive tecnologie in maniera indipendente. Quando il pool è costituito da un numero limitato di tecnologie ed esistono tecnologie sostitutive all'esterno del pool, i licenziatari possono voler costituire il proprio pacchetto tecnologico, formato in parte da tecnologie appartenenti al pool e in parte da tecnologie detenute da terzi;
- c) il fatto che, nei casi in cui le tecnologie messe in comune hanno applicazioni diverse, per alcune delle quali non è necessaria l'utilizzazione di tutte le tecnologie del pool, il pool offra le tecnologie solo come un unico pacchetto o offra pacchetti separati per applicazioni distinte. In quest'ultimo caso, viene evitato che le tecnologie non essenziali per un particolare prodotto o processo siano abbinate alle tecnologie essenziali;
- d) il fatto che le tecnologie messe in comune siano disponibili solo come un unico pacchetto o che i licenziatari abbiano la possibilità di ottenere una licenza per una parte soltanto del pacchetto con una corrispondente riduzione delle royalties. La possibilità di ottenere una licenza per una parte soltanto del pacchetto può ridurre il rischio di preclusione nei confronti delle tecnologie di terzi esterne al pool, in particolare quando il licenziatario ottiene una riduzione corrispondente delle royalties. Ciò implica che a ciascuna tecnologia del pool sia stata attribuita una percentuale delle royalties complessive. Quando gli accordi di licenza conclusi tra il pool e singoli licenziatari hanno una durata piuttosto lunga e le tecnologie messe in comune favoriscono una norma industriale di fatto, è inoltre necessario considerare che il pool può precludere l'accesso al mercato di nuove tecnologie sostitutive. Nel valutare il rischio di preclusione in casi simili, è importante tenere conto dell'eventuale possibilità per i licenziatari di recedere, con un ragionevole preavviso, da una parte dell'accordo di licenza e ottenere una corrispondente riduzione delle royalties.

4.2. Valutazione delle singole restrizioni

223. L'obiettivo della presente sezione è quello di esaminare alcune restrizioni che, seppure in forma diversa, si ritrovano comunemente nei pool tecnologici e che devono essere valutate nel contesto generale del pool. Si ricorda (cfr. supra, punto 212) che il RECTT si applica agli accordi di licenza conclusi tra il pool e terzi licenziatari. La presente sezione si limita pertanto a esaminare la questione della creazione di un pool e le questioni specifiche relative alla concessione di licenze nel quadro di pool tecnologici.

224. Nell'effettuare la sua valutazione, la Commissione si ispirerà ai seguenti principi fondamentali:

- 1) più forte è la posizione di mercato del pool, maggiore è il rischio di effetti anticoncorrenziali;
- 2) i pool che detengono una posizione di forza sul mercato dovrebbero essere aperti e non discriminatori;
- 3) i pool non dovrebbero determinare indebite preclusioni nei confronti delle tecnologie di terzi o limitare la creazione di pool alternativi.

225. Le imprese che costituiscono un pool tecnologico compatibile con l'articolo 81 e che introducono una norma industriale che possa essere sostenuta dal pool, sono di norma libere di negoziare e di fissare le royalties per l'intero pacchetto tecnologico e le percentuali attribuite alle singole tecnologie, sia prima che dopo la fissazione della norma. Un simile accordo è insito nella costituzione della norma o del pool e non può essere considerato di per sé restrittivo della concorrenza dato che, in certi casi, può determinare risultati migliori. Talvolta può essere più efficiente fissare le royalties prima di scegliere la norma anziché dopo che la decisione in proposito è stata presa e questo al fine di evitare che la scelta della norma conferisca un significativo potere di mercato ad una o più tecnologie essenziali. D'altro canto, i licenziatari devono restare liberi di determinare il prezzo dei prodotti realizzati sotto licenza. Il fatto che la selezione delle tecnologie da includere nel pool sia effettuata da un esperto indipendente può promuovere la concorrenza tra le soluzioni tecnologiche disponibili.

226. Quando il pool detiene una posizione dominante sul mercato, le royalties e le altre condizioni della licenza dovrebbero essere eque e non discriminatorie e le licenze non dovrebbero essere esclusive. Questi requisiti sono necessari per assicurare che il pool sia aperto e non determini effetti di preclusione e altri effetti anticoncorrenziali sui mercati a valle. Questi requisiti non ostano tuttavia all'applicazione di royalties diverse per utilizzazioni diverse. Non si ritiene in genere restrittiva della concorrenza l'applicazione di aliquote diverse per le royalties relative a mercati del prodotto diversi, mentre non dovrebbero esservi discriminazioni all'interno di uno stesso mercato del prodotto. In particolare, il trattamento dei licenziatari non dovrebbe dipendere dal fatto che essi siano o no licenzianti. La Commissione valuterà pertanto se anche i licenzianti sono soggetti al pagamento di royalties.

227. Licenzianti e licenziatari devono essere liberi di sviluppare prodotti e norme

concorrenti e devono essere liberi di concedere e ottenere licenze al di fuori del pool. Tali requisiti sono necessari al fine di limitare il rischio di preclusione nei confronti delle tecnologie di terzi e di assicurare che il pool non limiti l'innovazione e non precluda la creazione di soluzioni tecnologiche concorrenti. Quando un pool favorisce una norma industriale (di fatto) e quando le parti sono soggette a obblighi di non concorrenza, il pool rischia in particolare di impedire lo sviluppo di tecnologie e di norme nuove e migliori.

228. Gli obblighi di retrocessione dovrebbero essere non esclusivi ed essere limitati agli sviluppi essenziali o importanti per l'utilizzazione delle tecnologie messe in comune. Ciò consente al pool di trasferire i miglioramenti apportati alle tecnologie messe in comune e di beneficiarne. È del tutto legittimo che le parti si assicurino che lo sfruttamento delle tecnologie messe in comune non possa essere ostacolato da licenziatari che detengono brevetti essenziali o stanno per ottenerli.

229. Uno dei problemi individuati con riferimento ai pool di brevetti è il rischio che essi permettano di proteggere brevetti nulli. Gli accordi di pool aumentano i costi e i rischi di una contestazione, in quanto è sufficiente che un solo brevetto del pool sia valido perché la contestazione non venga accolta. La protezione di brevetti nulli all'interno del pool può costringere i licenziatari a pagare royalties più elevate e può inoltre impedire l'innovazione nel campo del brevetto nullo. Al fine di limitare tale rischio, il diritto di recedere dall'accordo di licenza in caso di contestazione deve essere limitato alle tecnologie detenute dal licenziante contro il quale è rivolta la contestazione e non deve estendersi alle tecnologie detenute dagli altri licenzianti che costituiscono il pool.

4.3. Il quadro istituzionale che disciplina i pool

230. La maniera in cui un pool tecnologico viene costituito, organizzato e gestito può ridurre il rischio che esso abbia per oggetto o per effetto di limitare la concorrenza e può garantire che l'accordo produca effetti favorevoli alla concorrenza.

231. Quando la partecipazione al processo di creazione di una norma e di un pool è aperta a tutte le parti interessate, che rappresentano interessi diversi, è più probabile che le tecnologie da includere nel pool siano selezionate sulla base di considerazioni relative al prezzo e alla qualità rispetto a quando il pool è costituito da un gruppo limitato di titolari delle tecnologie. Analogamente, quando i principali organi del pool sono costituiti da persone che rappresentano interessi diversi, è più probabile che le condizioni delle licenze, incluse le royalties, siano aperte e non discriminatorie e riflettano il valore della tecnologia sotto licenza rispetto a quando il pool è controllato da rappresentanti dei licenzianti.

232. Un altro fattore di rilievo è la misura in cui esperti indipendenti sono coinvolti nella creazione e nella gestione del pool. Stabilire se una tecnologia è essenziale per una norma sostenuta da un pool, ad esempio, è spesso una questione complessa, che richiede competenze specifiche. Il contributo di esperti indipendenti nel processo di selezione può contribuire notevolmente ad assicurare che sia data effettivamente attuazione all'impegno di includere solo tecnologie essenziali.
233. La Commissione terrà conto delle modalità di selezione degli esperti e delle loro mansioni precise. Gli esperti dovrebbero essere indipendenti dalle imprese che hanno costituito il pool. Se gli esperti sono collegati ai licenzianti o da essi dipendenti, al loro contributo sarà accordato un peso minore. Gli esperti devono inoltre disporre delle competenze tecniche necessarie per svolgere le diverse mansioni loro affidate. In particolare, gli esperti indipendenti possono essere incaricati di valutare la validità delle tecnologie che si propone di includere nel pool e il carattere essenziale di tali tecnologie.
234. È inoltre importante considerare gli accordi relativi allo scambio di informazioni riservate tra le parti. Nei mercati oligopolistici, gli scambi di informazioni riservate, come i dati relativi ai prezzi e alla produzione, possono facilitare comportamenti collusivi⁽⁷⁰⁾. In simili casi, la Commissione terrà conto della misura in cui sono state messe in atto misure di salvaguardia, volte ad assicurare che non vengano scambiate informazioni riservate. Un esperto indipendente o l'organo che concede le licenze possono svolgere un ruolo importante assicurando che i dati relativi alla produzione e alle vendite, che possono essere necessari per il calcolo e la verifica delle royalties, non vengano divulgati a imprese concorrenti sui mercati interessati.
235. Infine, è importante tenere conto dei meccanismi per la composizione delle controversie previsti all'atto della costituzione del pool. Più la composizione delle controversie è affidata a organi o persone indipendenti dal pool e dai suoi membri, maggiore è la probabilità che essa sia improntata alla neutralità.

ALLEGATO III

(¹) GU L 123 del 27.4.2004. Il RECTT sostituisce il regolamento (CE) n. 240/96 della Commissione, del 31 gennaio 1996, relativo all'applicazione dell'articolo 81, paragrafo 3, del trattato CE a categorie di accordi di trasferimento di tecnologia (GU L 31 del 9.2.1996, pag. 2).

(²) Cfr. le cause riunite C-395/96 P e C-396/96 P, *Compagnie Maritimes Belge/Commissione*, punto 130, Raccolta 2000, pag. I-1365, nonché il punto 106 delle linee direttrici della Commissione sull'applicazione dell'articolo 81, paragrafo 3, del trattato CE, non ancora pubblicate.

(³) Regolamento (CE) n. 1/2003 del Consiglio, concernente l'applicazione delle regole di concorrenza di cui agli articoli 81 e 82 del trattato, GU L 1 del 4.1.2003, pag. 1.

(⁴) Di seguito si indicano con il termine «accordo» anche le pratiche concordate e le decisioni di associazioni di imprese.

(⁵) Cfr. la comunicazione della Commissione sulla nozione di pregiudizio al commercio tra Stati membri, di cui agli articoli 81 e 82 del trattato CE, non ancora pubblicata.

(⁶) Di seguito si indica con il termine «restrizioni» anche l'impedimento e la distorsione della concorrenza.

(⁷) Il principio dell'esaurimento del diritto nella Comunità è ad esempio sancito dall'articolo 7, paragrafo 1, della direttiva 104/89/CEE sul ravvicinamento delle legislazioni degli Stati membri in materia di marchi d'impresa (GU L 40 dell'1.2.1989, pag. 1), il quale prescrive che il diritto conferito dal marchio di impresa non autorizza il titolare dello stesso a vietarne l'uso per prodotti immessi in commercio nella Comunità con detto marchio dal titolare stesso ovvero con il suo consenso.

(⁸) Al contrario, la vendita di copie di un'opera protetta non comporta l'esaurimento dei relativi diritti di esecuzione, ivi compresi i diritti di noleggio; cfr. a questo riguardo la causa 158/86, *Warner Brothers e Metronome Video/Erik Viuff Christiansen*, Raccolta 1988, pag. 2605 e la causa C-61/97, *Foreningen af danske videogramdistributører/Laserdisken*, Raccolta 1998, pag. I-5171.

(⁹) Cfr. ad esempio le cause riunite 56/64 e 58/64, *Consten e Grundig Verkauf-GmbH/Commissione*, Raccolta 1966, pag. 458.

(¹⁰) La metodologia per l'applicazione dell'articolo 81, paragrafo 3, è enunciata nelle linee direttrici della Commissione sull'applicazione dell'articolo 81, paragrafo 3, del trattato CE, citate alla nota 2.

(¹¹) Cfr. la causa 56/65, *Société Technique Minière/Maschinenbau Ulm GmbH*, Raccolta 1966, pag. 262 e la causa C-7/95 P, *John Deere/Commissione*, punto 76, Raccolta 1998, pag. I-3111.

(¹²) Cfr. a questo proposito la causa *Consten e Grundig* citata alla nota 9.

(¹³) Cfr. a questo proposito la sentenza nella causa *Société Technique Minière* citata alla nota 11 e la causa 258/78, *Nungesser KG e Kurt Eisele/Commissione*, Raccolta

1982, pag. 2015.

⁽¹⁴⁾ Cfr. a questo riguardo la causa C-49/92 P, *Commissione/Anic Partecipazioni SpA*, punto 99, Raccolta 1999, pag. I-4125.

⁽¹⁵⁾ Cfr. le cause riunite 29/83 e 30/83, *CRAM e Rheinink/Commissione*, punto 26, Raccolta 1984, pag. 1679, e le cause riunite 96/82 ecc., *NVIAZ International Belgium e a./Commissione (ANSEAU-NAVEWA)*, punti 23-25, Raccolta 1983, pag. 3369.

⁽¹⁶⁾ Cfr. la sentenza nella causa *John Deere*, Raccolta 1998, citata alla nota 11.

⁽¹⁷⁾ Orientamenti sulla questione delle restrizioni sensibili possono trovarsi nella comunicazione della Commissione relativa agli accordi di importanza minore che non determinano restrizioni sensibili della concorrenza ai sensi dell'articolo 81, paragrafo 1, del trattato CE, GU C 368 del 22.12.2001, pag. 13. La comunicazione definisce le restrizioni sensibili in maniera negativa. Gli accordi che non rientrano nel campo di applicazione della comunicazione «de minimis» non hanno necessariamente effetti restrittivi sensibili. È necessaria una valutazione caso per caso.

⁽¹⁸⁾ Cfr. l'articolo 1, paragrafo 2, del regolamento n. 1/2003 del Consiglio, citato alla nota 3.

⁽¹⁹⁾ Cfr. comunicazione della Commissione sulla definizione del mercato rilevante ai fini dell'applicazione del diritto comunitario in materia di concorrenza (GU C 372 del 9.12.1997, pag. 5).

⁽²⁰⁾ Cfr. anche, in merito a tale distinzione, le linee direttrici della Commissione sull'applicabilità dell'articolo 81 del trattato CE agli accordi di cooperazione orizzontale (GU C 3 del 6.1.2001, pag. 2, punti da 44 a 52).

⁽²¹⁾ Cfr. a questo riguardo i punti da 50 a 52 delle linee direttrici sugli accordi di cooperazione orizzontale, citate alla nota precedente.

⁽²²⁾ *Ibidem*, punto 51.

⁽²³⁾ Cfr. a questo riguardo la comunicazione relativa agli accordi di importanza minore citata alla nota 17.

⁽²⁴⁾ In conformità dell'articolo 3, paragrafo 2, del regolamento n. 1/2003, gli accordi che possono pregiudicare il commercio tra Stati membri, ma che non sono vietati sulla base dell'articolo 81, non possono essere vietati sulla base della legislazione nazionale in materia di concorrenza.

⁽²⁵⁾ Ai sensi del regolamento n. 19/65 del Consiglio (GU n. P 36 del 6.3.1965, pag. 533), la Commissione non è abilitata a concedere un'esenzione per categoria agli accordi di trasferimento di tecnologia conclusi tra più di due imprese.

⁽²⁶⁾ Cfr. considerando diciannove del RECTT e la sezione 2.5 in appresso.

⁽²⁷⁾ GU C 1 del 3.1.1979, pag. 2.

⁽²⁸⁾ Cfr. punto 3 della comunicazione sulla subfornitura.

⁽²⁹⁾ Cfr. a questo riguardo, la decisione della Commissione nel caso *Mossehead/Whitbread* (GU L 100 del 20.4.1990, pag. 32).

⁽³⁰⁾ Cfr. a questo riguardo la causa 262/81, *Coditel SA e a./Cine-Vog Films SA e a.*

[*Coditel (II)*], Raccolta 1981, pag. 3381.

⁽³¹⁾ GU L 336 del 29.12.1999, pag. 21.

⁽³²⁾ GU L 304 del 5.12.2000, pag. 3.

⁽³³⁾ GU L 304 del 5.12.2000, pag. 7.

⁽³⁴⁾ Cfr. nota 31.

⁽³⁵⁾ Cfr. la guida «La politica di concorrenza in Europa — Le norme comunitarie in materia di accordi di fornitura e di distribuzione», 2002.

⁽³⁶⁾ Cfr. GU C 291 del 13.10.2000, p. 1, e nota 31.

⁽³⁷⁾ Cfr. supra, punto 29.

⁽³⁸⁾ Le ragioni di tale regola di calcolo sono spiegate al precedente punto 23.

⁽³⁹⁾ Cfr. ad esempio le sentenze citate alla nota 15.

⁽⁴⁰⁾ Cfr. a questo riguardo, il punto 98 delle linee direttrici sull'applicazione dell'articolo 81, paragrafo 3, del trattato CE, citate alla nota 2.

⁽⁴¹⁾ Ciò avviene altresì quando una parte concede una licenza all'altra parte e accetta di acquistare dal licenziatario un fattore di produzione materiale. Il prezzo di acquisto può assolvere la stessa funzione delle royalties.

⁽⁴²⁾ Cfr. a questo riguardo la causa 193/83, *Windsurfing International/Commissione*, punto 67, Raccolta 1986, pag. 611.

⁽⁴³⁾ Per una definizione generale delle vendite attive e passive, si rimanda al punto 50 delle linee direttrici sulle restrizioni verticali citate alla nota 36.

⁽⁴⁴⁾ Le restrizioni del campo di utilizzazione sono analizzate più dettagliatamente nella successiva sezione IV.2.4.

⁽⁴⁵⁾ Questa restrizione fondamentale della concorrenza si applica agli accordi di licenza riguardanti gli scambi all'interno della Comunità. Per quanto concerne gli accordi riguardanti le esportazioni al di fuori della Comunità o le importazioni/reimportazioni da paesi terzi, cfr. causa C-306/96, *Javico*, Raccolta 1998, pag. I-1983.

⁽⁴⁶⁾ Cfr. a questo riguardo il punto 77 della sentenza nella causa *Nungesser*, citata alla nota 13.

⁽⁴⁷⁾ Cfr. a questo riguardo la causa 26/76, *Metro SB-Grossmaerkte GmbH & CO. KG/Commissione*, [*Metro (I)*], Raccolta 1977, pag. 1875.

⁽⁴⁸⁾ Se la tecnologia sotto licenza è superata non si hanno restrizioni della concorrenza. Cfr. a questo riguardo, la causa 65/86, *Bayer/Süßhofer*, Raccolta 1988, pag. 5249.

⁽⁴⁹⁾ Per quanto riguarda le clausole di non contestazione nel contesto degli accordi di composizione transattiva, cfr. infra, punto 209.

⁽⁵⁰⁾ Cfr. supra, punto 14.

⁽⁵¹⁾ Cfr. supra, punti 66 e 67.

⁽⁵²⁾ Cfr. a questo riguardo, il punto 42 delle linee direttrici sull'applicazione dell'articolo 81, paragrafo 3, del trattato CE, citate alla nota 2.

⁽⁵³⁾ Cfr. a questo riguardo, il punto 8 della comunicazione della Commissione relativa agli accordi di importanza minore, citata alla nota 17.

⁽⁵⁴⁾ Cfr. a questo riguardo la causa T-228/97, *Irish Sugar plc/Commissione*, punto 101, Raccolta 1999, pag. II-2969.

⁽⁵⁵⁾ Cfr. a questo riguardo, il punto 23 delle linee direttrici sugli accordi di cooperazione orizzontale, citate alla nota 20.

⁽⁵⁶⁾ Cfr. cause riunite 25/84 e 26/84, *Ford*, Raccolta 1985, pag. 2725.

⁽⁵⁷⁾ Cfr. a tale riguardo ad esempio la decisione della Commissione nel caso TPS, (GU L 90 del 2.4.1999, pag. 6). Analogamente, anche il divieto di cui all'articolo 81, paragrafo 1, si applica solo fintantoché l'accordo ha per oggetto o per effetto una restrizione della concorrenza.

⁽⁵⁸⁾ Citate alla nota 36. Cfr. in particolare punti 115 e segg.

⁽⁵⁹⁾ Cfr. infra, sezione IV.4.1. per la definizione di questi concetti.

⁽⁶⁰⁾ Cfr. punto 85 delle linee direttrici sull'applicazione dell'articolo 81, paragrafo 3, del trattato CE, citate alla nota 2.

⁽⁶¹⁾ *Ibidem*, punti 98 e 102.

⁽⁶²⁾ Cfr. punto 130 della sentenza citata alla nota 2. Analogamente, l'applicazione dell'articolo 81, paragrafo 3, non pregiudica l'applicazione delle norme del trattato in materia di libera circolazione delle merci, dei servizi, delle persone e dei capitali. Tali disposizioni si applicano in determinate circostanze agli accordi, alle decisioni ed alle pratiche concordate di cui all'articolo 81, paragrafo 1. Cfr. in proposito la causa C-309/99, *Wouters e a./Algemene Raad van de Nederlandse Orde van Advocaten*, punto 120, Raccolta 2002, pag. I-1577.

⁽⁶³⁾ Cfr. a questo riguardo, la causa T-51/89, *Tetra Pak Rausing SA/Commissione [Tetra Pak (I)]*, Raccolta 1990, pag. II-309. Cfr. inoltre il punto 106 delle linee direttrici sull'applicazione dell'articolo 81, paragrafo 3, del trattato CE, citate alla nota 2.

⁽⁶⁴⁾ Cfr. la sentenza nella causa Nungesser citata alla nota 13.

⁽⁶⁵⁾ Cfr. a questo proposito la comunicazione della Commissione relativa al caso n. IV/34.796 — Canon/Kodak, (GU C 330 dell'1.11.1997, pag. 10) e il caso IGR Televisione in stereofonia, menzionato nell'Undicesima Relazione sulla politica di concorrenza, punto 94.

⁽⁶⁶⁾ Per il quadro di analisi applicabile cfr. infra, sezione 2.7 e punto 138 e segg. delle linee direttrici sulle restrizioni verticali citate alla nota 36.

⁽⁶⁷⁾ Cfr. nota 36.

⁽⁶⁸⁾ Cfr. in proposito il comunicato stampa della Commissione IP/02/1651 relativo agli accordi di licenza di brevetti per le tecnologie mobili della terza generazione. Il caso riguardava cinque pool tecnologici per la creazione di cinque tecnologie diverse, ciascuna delle quali utilizzabile per produrre materiale 3G.

⁽⁶⁹⁾ Il termine «tecnologia» non si riferisce solo ai brevetti, ma anche alle applicazioni dei brevetti e ai diritti di proprietà di beni immateriali diversi dai brevetti.

⁽⁷⁰⁾ Cfr. in proposito la sentenza nella causa *John Deere* citata alla nota 11.

Comunicazione della Commissione sulla cooperazione nell'ambito della rete delle autorità garanti della concorrenza

(2004/C 101/03)

(Testo rilevante ai fini del SEE)

1. INTRODUZIONE

1. Il 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⁽¹⁾ (di seguito il «Regolamento del Consiglio») istituisce un sistema di competenze parallele in base al quale la Commissione e le autorità garanti della concorrenza degli Stati membri⁽²⁾ possono applicare l'articolo 81 e l'articolo 82 del trattato CE (di seguito il «trattato»). La Commissione e le autorità garanti della concorrenza degli Stati membri formano insieme una rete di pubbliche autorità: esse operano nell'interesse pubblico e cooperano strettamente per tutelare la concorrenza. La rete costituisce un foro di discussione e di cooperazione in materia di applicazione e di vigilanza sul rispetto della politica comunitaria della concorrenza. Essa costituisce il quadro nel quale si realizza la cooperazione tra le autorità europee garanti della concorrenza sui casi ai quali si applicano gli articoli 81 e 82 del trattato e rappresenta la base per instaurare e preservare una cultura comune in materia di concorrenza in Europa. La rete è denominata «European Competition Network» (ECN).
2. La struttura delle autorità garanti della concorrenza varia a seconda degli Stati membri. In alcuni Stati membri vi è un unico organismo competente per la conduzione delle indagini e per l'adozione di tutti i tipi di decisioni. In altri Stati membri, le funzioni sono attribuite a due organismi distinti, uno competente per le indagini e l'altro, spesso un organo collegiale, responsabile dell'adozione delle decisioni. Infine, in taluni Stati membri, le decisioni di divieto e/o le decisioni di infliggere una sanzione possono essere adottate solo da un organo giurisdizionale: un'altra autorità garante della concorrenza riveste compiti di pubblico ministero e sottopone il caso ai giudici. L'articolo 35 del Regolamento del Consiglio consente agli Stati membri, nel rispetto del principio generale di efficacia, di designare l'autorità o le autorità nazionali garanti della concorrenza e di ripartire tra loro i compiti. Secondo i principi generali del diritto comunitario, gli Stati membri sono tenuti ad instaurare un sistema che preveda sanzioni efficaci, proporzionate e dissuasive in caso di violazione del diritto comunitario⁽³⁾. I sistemi di applicazione degli Stati membri sono diversi, ma questi ultimi hanno reciprocamente riconosciuto i principi degli altri sistemi quale base per la cooperazione⁽⁴⁾.

ALLEGATO IV

3. La rete costituita dalle autorità garanti della concorrenza deve assicurare sia l'efficiente divisione del lavoro sia l'applicazione efficace ed uniforme delle regole di concorrenza comunitarie. Il Regolamento del Consiglio e la dichiarazione comune del Consiglio e della Commissione sul funzionamento della rete delle autorità garanti della concorrenza enunciano i principi del funzionamento della rete. La presente Comunicazione espone in maniera dettagliata il funzionamento del sistema.
4. Le consultazioni e gli scambi che avvengono nell'ambito della rete riguardano solo le autorità pubbliche incaricate di far rispettare il diritto antitrust e non pregiudicano i diritti o gli obblighi che spettano alle imprese ai sensi del diritto comunitario o nazionale. Ogni autorità garante della concorrenza continua ad essere pienamente responsabile del corretto svolgimento dei procedimenti relativi ai casi da essa trattati.

2. DIVISIONE DEL LAVORO

2.1. Criteri di ripartizione

5. Il Regolamento del Consiglio introduce un sistema di competenze parallele sulla base del quale tutte le autorità garanti della concorrenza hanno il potere di applicare gli articoli 81 e 82 del trattato e sono responsabili della divisione efficace del lavoro in merito ai casi per i quali si ritiene necessaria un'indagine. Allo stesso tempo, ogni membro della rete continua a poter decidere in piena libertà se effettuare o meno indagini su un caso. Nel quadro del sistema delle competenze parallele, i casi verranno trattati:
 - da un'unica autorità nazionale garante della concorrenza, eventualmente con l'assistenza delle autorità garanti della concorrenza di altri Stati membri, o
 - da diverse autorità nazionali garanti della concorrenza operanti in parallelo, o
 - dalla Commissione.
6. Nella maggior parte dei casi, l'autorità che riceve la denuncia o che avvia d'ufficio il procedimento⁽³⁾ conserverà la responsabilità del caso. La possibilità di riattribuzione del caso potrà essere presa in considerazione solo nella fase iniziale del procedimento (cfr. punto 18), qualora la predetta autorità ritenga di non essere nella posizione idonea ad intervenire o qualora anche altre autorità ritengano di esserlo (cfr. infra, punti da 9 a 16).

7. Qualora per ragioni di tutela efficace della concorrenza e dell'interesse comunitario si ritenga necessaria la riattribuzione del caso, i membri della rete tenderanno, ogniqualvolta ciò sia possibile, di riattribuire il caso ad un'unica autorità che sia nella posizione idonea per intervenire⁽⁶⁾. In ogni caso, la riattribuzione dovrebbe avvenire in modo rapido ed efficiente e non dovrebbe determinare ritardi nelle indagini in corso.
8. Si può ritenere che un'autorità sia nella posizione idonea per trattare il caso se sono soddisfatte le seguenti tre condizioni cumulative:
 1. 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;
 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;
 3. l'autorità può raccogliere, eventualmente con l'assistenza di altre autorità, le prove necessarie per comprovare l'infrazione.
9. I predetti criteri indicano che, affinché si possa ritenere che l'autorità garante della concorrenza di uno Stato membro sia nella posizione idonea per intervenire, deve esistere un legame sostanziale tra l'infrazione ed il territorio dello Stato membro. Nella maggior parte dei casi si può ritenere che si trovino nella posizione idonea le autorità degli Stati membri nei quali la concorrenza è pregiudicata in maniera sensibile da un'infrazione, a condizione che esse siano in grado di far effettivamente cessare l'infrazione tramite un'azione autonoma o parallela, a meno che non sia la Commissione ad essere nella posizione migliore per intervenire (cfr. infra, punti 14 e 15).
10. Si può pertanto affermare che in genere un'unica autorità nazionale garante della concorrenza è nella posizione idonea per trattare gli accordi o le pratiche che pregiudicano in maniera sensibile la concorrenza nell'ambito del proprio territorio.

Esempio 1: *alcune imprese aventi sede nello Stato membro A partecipano ad un cartello per la fissazione dei prezzi di prodotti venduti prevalentemente nello Stato membro A.*

L'autorità dello Stato membro A è nella posizione idonea per trattare il caso.

ALLEGATO IV

11. Inoltre, l'azione autonoma di un'autorità nazionale garante della concorrenza può essere adeguata anche quando, pur potendosi ritenere che più di un'autorità nazionale garante della concorrenza sia nella posizione idonea, l'azione di un'unica autorità è sufficiente a far cessare l'infrazione.

Esempio 2: due imprese hanno dato vita ad un'impresa comune nello Stato membro A. L'impresa comune offre servizi negli Stati membri A e B e pone problemi di concorrenza. Un ordine di porre termine all'infrazione viene considerato sufficiente per risolvere il caso efficacemente in quanto può far cessare l'infrazione nel suo complesso. Le prove vanno cercate principalmente negli uffici dell'impresa comune nello Stato membro A.

Le autorità garanti della concorrenza negli Stati membri A e B sono entrambe nella posizione idonea per trattare il caso, ma l'azione autonoma dell'autorità A risulta sufficiente e più efficace rispetto all'azione autonoma dell'autorità B ovvero all'azione parallela di entrambe le autorità.

12. L'azione parallela di due o di tre autorità nazionali garanti della concorrenza potrebbe rivelarsi adeguata qualora un accordo o una pratica producano effetti sensibili sulla concorrenza principalmente nei rispettivi territori e l'azione di un'unica autorità nazionale garante della concorrenza non sia sufficiente a far cessare l'infrazione nel suo complesso e/o a sanzionarla adeguatamente. [...]

Esempio 3: due imprese concludono un accordo per ripartirsi il mercato. In base a tale accordo le attività dell'impresa situata nello Stato membro A vengono limitate al territorio dello Stato membro A e le attività dell'impresa situata nello Stato membro B al territorio dello Stato membro B.

Le autorità garanti della concorrenza negli Stati membri A e B sono nella posizione idonea per trattare il caso in parallelo, ognuna per il proprio territorio.

13. Le autorità che trattano il caso in parallelo devono coordinare per quanto possibile le loro attività. A tal fine, esse possono trovare utile designare una di loro come autorità capofila e delegare ad essa compiti quali, ad esempio, il coordinamento delle misure d'indagine, mentre ciascuna autorità resta responsabile della conduzione dei propri procedimenti.

14. La Commissione è nella posizione più idonea quando uno o più accordi o pratiche, ivi comprese le reti di accordi o di pratiche simili, incidono sulla concorrenza in più di tre Stati membri (mercati transfrontalieri che coprono più di tre Stati membri o diversi mercati nazionali).

Esempio 4: due imprese decidono di ripartirsi i mercati o di fissare i prezzi per l'intero territorio della Comunità. La Commissione è nella posizione idonea per trattare il caso.

Esempio 5: un'impresa, che detiene una posizione dominante in quattro diversi mercati nazionali, abusando della propria posizione, impone sconti fedeltà ai suoi distributori in tutti i predetti mercati. La Commissione è nella posizione idonea per trattare il caso. La Commissione potrebbe altresì occuparsi di un unico mercato, così da adottare una decisione «di riferimento», lasciando gli altri mercati nazionali alle rispettive autorità nazionali garanti della concorrenza, in particolare qualora ogni mercato nazionale richiedesse una valutazione separata.

15. Inoltre, la Commissione è in una posizione particolarmente idonea per trattare i casi che presentano una stretta relazione con altre disposizioni comunitarie per la cui applicazione la Commissione ha competenza esclusiva o che possono essere meglio applicate dalla Commissione, come pure i casi nei quali la tutela dell'interesse comunitario richiede l'adozione di una decisione della Commissione per adeguare la politica di concorrenza comunitaria a problemi di concorrenza nuovi o per assicurare il rispetto effettivo delle regole di concorrenza.

2.2. Meccanismi di cooperazione in materia di attribuzione dei casi e di assistenza

2.2.1. Informazione trasmessa al momento dell'avvio del procedimento (articolo 11 del Regolamento del Consiglio)

16. Per rilevare l'esistenza di procedimenti multipli e per assicurare che i casi siano trattati dall'autorità garante della concorrenza che sia nella posizione più idonea per farlo, i membri della rete devono essere informati, sin dalle prime fasi, dei casi trattati dalle varie autorità garanti della concorrenza⁽⁷⁾. In effetti, è nell'interesse sia della rete che delle imprese interessate che, qualora il caso debba essere riattribuito, vi si provveda rapidamente.
17. Il Regolamento del Consiglio crea un meccanismo in base al quale le autorità garanti della concorrenza sono tenute ad informarsi reciprocamente in modo che i casi possano essere riattribuiti in modo rapido ed efficiente. L'articolo 11, paragrafo 3, del Regolamento del Consiglio impone l'obbligo a carico delle autorità nazionali garanti della concorrenza, quando esse agiscono ai sensi dell'articolo 81 o 82 del trattato, di informare la Commissione prima o immediatamente dopo l'avvio della prima misura formale di indagine. Tale articolo stabilisce, inoltre, che l'informazione inviata alla Commissione può essere

ALLEGATO IV

resa disponibile anche alle autorità garanti della concorrenza degli altri Stati membri⁽⁸⁾. La base dell'articolo 11, paragrafo 3 del Regolamento del Consiglio 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. L'informazione deve pertanto essere fornita alle autorità nazionali 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 del Regolamento del Consiglio. La Commissione ha accettato un obbligo equivalente di informazione delle autorità nazionali garanti della concorrenza sulla base dell'articolo 11, paragrafo 2, del Regolamento del Consiglio. Le autorità facenti parte della rete si informeranno reciprocamente dei casi aperti utilizzando un modello di comunicazione che riporterà una serie limitata di dati quali: l'autorità che sta trattando il caso; i prodotti, i territori e le parti interessate; il tipo di infrazione che si presume sia stata commessa; la presunta durata dell'infrazione e l'origine dell'apertura del procedimento. Le Autorità, inoltre, si aggiorneranno reciprocamente riguardo ad eventuali cambiamenti significativi.

18. I problemi di riattribuzione, qualora dovessero sorgere, devono essere risolti tempestivamente, di norma entro due mesi dalla data della prima informazione inviata alla rete, conformemente all'articolo 11 del Regolamento del Consiglio. Nel corso di detto periodo le autorità garanti della concorrenza si impegnano a raggiungere un accordo su una possibile riattribuzione del caso e, se necessario, sulle modalità dell'azione parallela.

19. In generale, l'autorità o le autorità garanti della concorrenza che alla fine del periodo previsto per la riattribuzione si occupano di un caso dovrebbero continuare ad occuparsene fino alla conclusione del procedimento. Dovrebbe, inoltre, procedersi alla riattribuzione del caso dopo il periodo iniziale di attribuzione di due mesi solo nel caso in cui, nel corso del procedimento, i fatti noti in merito al caso mutino sostanzialmente.

2.2.2. Sospensione o chiusura del procedimento (articolo 13 del Regolamento del Consiglio)

20. Nel caso in cui un medesimo accordo o una medesima pratica vengano portati all'attenzione di varie autorità garanti della concorrenza, sia perché queste hanno ricevuto una denuncia o perché hanno avviato un procedimento d'ufficio, l'articolo 13 del Regolamento del Consiglio offre la base giuridica per sospendere il procedimento o per respingere la denuncia nel caso in cui un'altra autorità garante della concorrenza stia esaminando, ovvero abbia esaminato, il caso. L'espressione «sta esaminando il caso», di cui all'articolo 13, va intesa non solo

nel senso che un'altra autorità ha ricevuto una denuncia in relazione al caso, ma anche che l'altra autorità sta indagando o ha indagato sul caso per proprio conto.

21. L'articolo 13 del Regolamento del Consiglio si applica quando un'altra autorità ha trattato o sta trattando il problema di concorrenza sollevato dal denunciante, anche se l'autorità in oggetto interviene o è intervenuta sulla base di una denuncia presentata da un altro denunciante ovvero d'ufficio. Ciò implica che il ricorso all'articolo 13 è ammesso quando l'accordo o la pratica configurano le medesime infrazioni sul medesimo mercato rilevante del prodotto e geografico.
22. Un'autorità nazionale garante della concorrenza può sospendere o chiudere il procedimento avviato, non è però obbligata a farlo. L'articolo 13 del Regolamento del Consiglio lascia ampio margine di valutazione delle specificità di ogni singolo caso. Questa flessibilità è importante: qualora una denuncia venisse respinta da un'autorità a seguito di un'indagine sugli elementi sostanziali del caso, un'altra autorità potrebbe non voler riesaminare il caso. D'altra parte, se una denuncia venisse respinta per altri motivi (ad esempio perché l'autorità non è stata in grado di raccogliere prove sufficienti a comprovare l'infrazione), un'altra autorità potrebbe voler condurre le proprie indagini e trattare il caso. Tale flessibilità si riflette anche, per i casi pendenti, nella scelta lasciata ad ogni autorità nazionale garante della concorrenza di chiudere o di sospendere il procedimento da essa avviato. Un'autorità potrebbe non essere disposta a chiudere un caso se non è prima ben chiaro l'esito del procedimento svolto da un'altra autorità. Sospendendo il proprio procedimento l'autorità garante della concorrenza si riserva la facoltà di decidere in un momento successivo se chiudere o meno il procedimento. Questa flessibilità facilita anche l'applicazione uniforme delle regole di concorrenza.
23. Nel caso in cui un'autorità decida di chiudere o di sospendere il procedimento perché il caso viene trattato da un'altra autorità, essa può, a norma dell'articolo 12 del Regolamento del Consiglio, trasmettere le informazioni fornite dal denunciante all'autorità che dovrà occuparsi del caso.
24. Il ricorso all'articolo 13 del Regolamento del Consiglio è altresì ammesso per una parte della denuncia o per una parte della procedura. Può accadere che solo una parte di una denuncia o di un procedimento d'ufficio presenti elementi in comune con un caso già trattato o che è trattato da un'altra autorità garante della concorrenza. In tal caso, l'autorità competente alla quale la denuncia è stata presentata può respingere parte della denuncia ai sensi dell'articolo 13 del Regolamento del Consiglio e trattare il resto in maniera adeguata. Lo stesso criterio si applica per la chiusura del procedimento.

ALLEGATO IV

25. L'articolo 13 del Regolamento del Consiglio non è l'unica base giuridica che disciplina la sospensione o la chiusura d'ufficio dei procedimenti o il rigetto delle denunce. Le autorità nazionali garanti della concorrenza possono anche invocare le rispettive norme di procedura nazionali. La Commissione può altresì respingere una denuncia in caso di assenza di interesse comunitario o per altri motivi relativi alla natura della denuncia ⁽⁹⁾.

2.2.3. Scambio e utilizzazione di informazioni riservate (articolo 12 del regolamento del Consiglio)

26. Un elemento fondamentale per il funzionamento della rete è la facoltà di tutte le autorità garanti della concorrenza di scambiare e utilizzare informazioni (ivi compresi documenti, dichiarazioni e informazioni in formato elettronico) da esse raccolte ai fini dell'applicazione dell'articolo 81 e dell'articolo 82 del trattato. Tale facoltà rappresenta una condizione indispensabile affinché l'attribuzione e il trattamento dei casi avvenga in maniera efficiente ed efficace.

27. L'articolo 12 del Regolamento del Consiglio stabilisce che, ai fini dell'applicazione degli articoli 81 e 82 del trattato, la Commissione e le autorità garanti della concorrenza degli Stati membri hanno la facoltà di scambiare e utilizzare come mezzo di prova qualsiasi elemento di fatto o di diritto, comprese informazioni riservate. Ciò significa che lo scambio di informazioni può aver luogo non solo tra un'autorità nazionale garante della concorrenza e la Commissione, ma anche tra due o più autorità nazionali garanti della concorrenza. Le disposizioni dell'articolo 12 del Regolamento del Consiglio prevalgono su qualsiasi legge contraria degli Stati membri. Per stabilire se le informazioni trasmesse siano state raccolte in modo legittimo dall'autorità che le ha trasmesse si fa riferimento alla legge applicabile a detta autorità. Se la raccolta delle informazioni è stata o può ancora essere oggetto di contestazioni, l'autorità che trasmette le informazioni può informarne le autorità riceventi.

28. Per lo scambio e l'uso di informazioni sono previste in particolare tutele per le imprese e per le persone fisiche;

a) innanzitutto, l'articolo 28 del Regolamento del Consiglio stabilisce che «la Commissione e le autorità degli Stati membri garanti della concorrenza nonché i loro funzionari, agenti e qualsiasi altra persona che lavori sotto la supervisione di tali autorità (...) sono tenuti a non divulgare le informazioni acquisite o scambiate in applicazione» del Regolamento del Consiglio «che, per la loro natura, sono protette dal segreto d'ufficio». L'interesse legittimo delle imprese alla tutela dei loro segreti aziendali non può tuttavia impedire la divulgazione delle informazioni necessarie a comprovare la violazione degli articoli 81 e 82

del trattato. Il «segreto d'ufficio», di cui all'articolo 28 del regolamento del Consiglio, è una nozione comunitaria che si applica in particolare ai segreti aziendali ed alle altre informazioni riservate. Ciò consentirà di pervenire ad un livello minimo comune di tutela nell'intera Comunità;

- b) la seconda tutela garantita alle imprese si riferisce all'utilizzazione delle informazioni scambiate nell'ambito della rete. Conformemente all'articolo 12, paragrafo 2, del Regolamento del Consiglio le informazioni scambiate possono essere utilizzate come mezzo di prova soltanto ai fini dell'applicazione degli articoli 81 e 82 del trattato e riguardo all'oggetto dell'indagine per il quale sono state raccolte⁽¹⁰⁾. Ai sensi dell'articolo 12, paragrafo 2, le informazioni scambiate possono essere utilizzate anche per l'applicazione del diritto nazionale in materia di concorrenza, qualora questo si applichi al medesimo caso in parallelo al diritto comunitario in materia di concorrenza. Tuttavia, ciò è possibile solo quando l'applicazione del diritto nazionale non porti ad un esito del procedimento di accertamento dell'infrazione diverso rispetto all'esito determinato dall'applicazione dell'articolo 81 e dell'articolo 82 del trattato;
- c) la terza tutela prevista dal Regolamento del Consiglio si riferisce alle sanzioni inflitte a carico delle persone fisiche sulla base delle informazioni scambiate ai sensi dell'articolo 12, paragrafo 1. Il Regolamento del Consiglio prevede solo sanzioni a carico delle imprese che violano gli articoli 81 e 82 del trattato. Alcune legislazioni nazionali prevedono per la stessa fattispecie anche sanzioni a carico delle persone fisiche. Le persone fisiche godono in genere di diritti di difesa più ampi [ad esempio, possono invocare il diritto di non rispondere, diversamente dalle imprese che possono solo rifiutarsi di rispondere alle domande che le porterebbero ad ammettere di aver commesso l'infrazione⁽¹¹⁾]. L'articolo 12, paragrafo 3, del Regolamento del Consiglio assicura che le informazioni fornite da un'impresa non vengano utilizzate per aggirare il maggior grado di tutela di cui godono le persone fisiche. Tale disposizione vieta l'imposizione di sanzioni sulla base di informazioni scambiate conformemente al Regolamento del Consiglio qualora la legislazione dell'autorità che trasmette e dell'autorità che riceve le informazioni non prevedano sanzioni di tipo analogo a carico delle persone fisiche, salvo il caso in cui i diritti dei soggetti interessati, in materia di raccolta della prova, siano stati rispettati dall'autorità che trasmette le informazioni nella stessa misura in cui sarebbero stati rispettati dall'autorità che riceve le informazioni. Ai fini dell'applicazione dell'articolo 12, paragrafo 3 del Regolamento del Consiglio la qualificazione delle sanzioni ai sensi del diritto nazionale (quali «amministrative» o «penali») non ha alcuna rilevanza. Il Regolamento mira a creare una distinzione tra sanzioni che comportano una pena detentiva e altri tipi di sanzioni, quali le ammende inflitte alle persone fisiche e altre sanzioni a carico della persona. Se gli ordinamenti di entrambe le

ALLEGATO IV

autorità trasmittente e ricevente prevedono sanzioni simili (ad esempio in entrambi gli Stati membri possono essere inflitte ammende a carico di un dipendente dell'impresa il quale abbia partecipato alla violazione dell'articolo 81 o 82 del trattato), le informazioni scambiate ai sensi dell'articolo 12 del Regolamento del Consiglio possono essere utilizzate dall'autorità ricevente. In tal caso, le tutele procedurali previste dai due sistemi si considerano equivalenti. Se, al contrario, le stesse sanzioni non sono previste da entrambi gli ordinamenti, le informazioni possono essere utilizzate solo se nel caso in questione sia stato rispettato lo stesso livello di tutela dei diritti della persona (cfr. l'articolo 12, paragrafo 3, del Regolamento del Consiglio). In quest'ultimo caso, tuttavia, le sanzioni detentive possono essere imposte solo quando sia l'autorità trasmittente sia l'autorità ricevente abbiano il potere di imporre tali sanzioni.

2.2.4. Indagini (articolo 22 del regolamento del Consiglio)

29. Ai sensi del Regolamento del Consiglio, un'autorità nazionale garante della concorrenza può chiedere aiuto ad un'altra autorità nazionale garante della concorrenza al fine sia di raccogliere informazioni per suo conto sia di applicare misure volte all'accertamento dei fatti per suo conto. L'articolo 12 del Regolamento del Consiglio autorizza l'autorità nazionale garante della concorrenza che presta l'assistenza a trasmettere le informazioni raccolte all'autorità nazionale garante della concorrenza che ha richiesto l'assistenza. Lo scambio di informazioni tra due o più autorità nazionali garanti della concorrenza così come il loro utilizzo quale mezzo di prova da parte dell'autorità nazionale garante della concorrenza che ha richiesto l'assistenza deve essere effettuato conformemente all'articolo 12 del Regolamento del Consiglio. Quando un'autorità nazionale garante della concorrenza agisce per conto di un'altra autorità nazionale, essa si attiene alle proprie norme procedurali e fa uso dei poteri di indagine che le sono conferiti dal diritto nazionale.

30. A norma dell'articolo 22, paragrafo 2, del Regolamento del Consiglio, la Commissione può chiedere ad un'autorità nazionale garante della concorrenza di effettuare accertamenti per suo conto. La Commissione può adottare una decisione ai sensi dell'articolo 20, paragrafo 4 del Regolamento del Consiglio o presentare all'autorità nazionale garante della concorrenza una semplice richiesta. Gli agenti dell'autorità nazionale garante della concorrenza esercitano i propri poteri in conformità alla propria normativa nazionale. Gli agenti della Commissione possono assistere l'autorità nazionale garante della concorrenza nell'effettuazione degli accertamenti.

2.3. La posizione delle imprese

2.3.1. Considerazioni generali

31. Tutti i membri della rete si impegnano a far sì che l'attribuzione dei casi si svolga in modo rapido ed efficiente. Dato che il Regolamento del Consiglio ha creato un sistema di competenze parallele, l'attribuzione dei casi tra membri della rete costituisce una semplice divisione del lavoro sulla base della quale alcune autorità si astengono dall'agire. Pertanto, l'attribuzione dei casi non implica che le imprese partecipanti ad un'infrazione o da essa interessate acquisiscano il diritto a che il loro caso venga trattato da una particolare autorità.
32. Un caso è riattribuito ad una determinata autorità garante della concorrenza se l'applicazione dei criteri di attribuzione enunciati in precedenza porta a concludere che tale autorità si trova nella posizione idonea per trattare il caso nel quadro di un'azione autonoma o parallela. Inoltre, l'autorità garante della concorrenza alla quale il caso viene riattribuito avrebbe potuto, in ogni caso, avviare d'ufficio un procedimento in merito all'infrazione.
33. Inoltre, tutte le autorità garanti della concorrenza applicano il diritto comunitario della concorrenza e il Regolamento del Consiglio stabilisce meccanismi per assicurare che tale diritto venga applicato in maniera uniforme.
34. Qualora un caso venga riattribuito nell'ambito della rete, le imprese interessate e i denuncianti ne vengono informati il più rapidamente possibile ad opera delle autorità garanti della concorrenza interessate.

2.3.2. La posizione dei denunciati

35. Qualora conformemente all'articolo 7 del Regolamento del Consiglio venga presentata una denuncia alla Commissione e qualora la Commissione non avvii le indagini a seguito della denuncia o non vieti l'accordo o la pratica oggetto della denuncia, il denunciante ha il diritto di ottenere che venga adottata una decisione di rigetto della denuncia, fatto salvo l'articolo 7, paragrafo 3 del Regolamento di esecuzione della Commissione⁽¹²⁾. I diritti dei soggetti che presentano una denuncia ad un'autorità nazionale garante della concorrenza sono disciplinati dal diritto nazionale vigente.
36. Inoltre, ai sensi dell'articolo 13 del Regolamento del Consiglio tutte le autorità nazionali garanti della concorrenza possono sospendere il procedimento o respingere la denuncia a motivo che il caso è trattato, ovvero è stato trattato, da un'altra autorità garante della concorrenza. Questa disposizione permette anche

ALLEGATO IV

alla Commissione di respingere una denuncia perché l'autorità garante della concorrenza di uno Stato membro sta trattando o ha trattato il caso. L'articolo 12 del Regolamento del Consiglio consente il trasferimento di informazioni tra autorità garanti della concorrenza nell'ambito della rete a condizione che vengano garantite le tutele previste dallo stesso articolo (cfr. paragrafo supra 8).

2.3.3. La posizione dei soggetti che presentano una richiesta di trattamento favorevole

37. La Commissione ritiene⁽¹³⁾ che sia nell'interesse della Comunità accordare un trattamento favorevole alle imprese che collaborano con essa alle indagini riguardanti i cartelli. Alcuni Stati membri hanno anch'essi adottato disposizioni relative al trattamento favorevole in materia di indagini sui cartelli⁽¹⁴⁾. L'obiettivo di tali disposizioni è quello di facilitare l'individuazione dei cartelli da parte delle autorità garanti della concorrenza e di servire, in tal modo, da deterrente alla partecipazione ai cartelli.
38. In assenza di un regime di trattamento favorevole piena mente armonizzato a livello di Unione europea, una domanda di trattamento favorevole presentata ad una data autorità non viene considerata presentata anche ad altre autorità. Il richiedente ha pertanto interesse a presentare una domanda di trattamento favorevole a tutte le autorità garanti della concorrenza competenti per l'applicazione dell'articolo 81 e 82 del trattato nel territorio interessato dall'infrazione e che possano essere considerate nella posizione idonea per intervenire contro l'infrazione in oggetto⁽¹⁵⁾. Data l'importanza della tempistica nell'applicazione della maggior parte delle attuali disposizioni in materia di trattamento favorevole, i richiedenti dovranno anche valutare se sia opportuno presentare la domanda con testualmente alle varie autorità potenzialmente competenti. Spetterà al richiedente compiere i passi che riterrà opportuni per tutelare la propria posizione relativamente ad un eventuale procedimento che possa essere avviato da dette autorità.
39. Come avviene per tutti i casi in cui vengono applicati gli articoli 81 e 82 del trattato, quando un'autorità garante della concorrenza tratta un caso avviato a seguito di una richiesta di trattamento favorevole, deve informarne la Commissione e può rendere l'informazione disponibile anche ad altri membri della rete, conformemente all'articolo 11, paragrafo 3 del Regolamento del Consiglio (cfr. punti 16 e segg.). La Commissione ha accettato un obbligo equivalente di informare le autorità nazionali garanti della concorrenza in virtù dell'articolo 11, paragrafo 2 del Regolamento del Consiglio. In tali casi, tuttavia, le informazioni trasmesse alla rete ai sensi dell'articolo 11 non potranno essere utilizzate dagli altri membri della rete per avviare un'indagine per loro conto ai

sensi delle regole di concorrenza comunitarie o, nel caso delle autorità nazionali garanti della concorrenza, ai sensi del diritto nazionale in materia di concorrenza e di altre disposizioni nazionali⁽¹⁶⁾. Ciò non pregiudica tuttavia il potere dell'autorità di avviare un'indagine sulla base delle informazioni ricevute da altre fonti o, fatto salvo quanto precisato di seguito ai punti 40 e 41, di richiedere, ottenere e utilizzare informazioni a norma dell'articolo 12 del Regolamento del Consiglio da qualsiasi autorità appartenente alla rete, compresa quella alla quale era stata presentata la richiesta di trattamento favorevole.

40. Fatto salvo quanto disposto al punto 41, le informazioni fornite volontariamente dal soggetto che ha richiesto di beneficiare del trattamento favorevole possono essere trasmesse ad un altro membro della rete conformemente all'articolo 12 del Regolamento del Consiglio solo con il consenso del soggetto che ha richiesto il trattamento favorevole. Parimenti, le altre informazioni raccolte nel corso o a seguito di indagini o grazie o a seguito di altre misure di acquisizione dei fatti che non avrebbero potuto essere eseguite se non vi fosse stata la richiesta di beneficiare del trattamento favorevole verranno trasmesse ad un'altra autorità conformemente all'articolo 12 del Regolamento del Consiglio solo qualora il soggetto che ha richiesto il trattamento favorevole abbia fornito il proprio consenso alla trasmissione a detta autorità delle informazioni che ha presentato volontariamente nella sua domanda di trattamento favorevole. I membri della rete inviteranno i soggetti che hanno richiesto il trattamento favorevole a dare il loro consenso, in particolare per quanto riguarda la comunicazione delle informazioni alle autorità presso le quali sia possibile per il richiedente ottenere il trattamento favorevole. Una volta concesso il consenso alla trasmissione delle informazioni ad un'altra autorità, esso non può essere ritirato. Tuttavia, il presente paragrafo non pregiudica la responsabilità del richiedente di presentare domanda di trattamento favorevole alle autorità che ritiene indicate.

41. Fatto salvo quanto previsto sopra, il consenso del richiedente alla trasmissione delle informazioni ad un'altra autorità, ai sensi dell'articolo 12 del Regolamento del Consiglio, non è richiesto in ciascuno dei seguenti casi:

1. il consenso non è richiesto, qualora anche l'autorità ricevente abbia ricevuto domanda di trattamento favorevole in merito alla medesima infrazione da parte del medesimo richiedente che ha presentato domanda all'autorità trasmittente, a condizione che al momento in cui le informazioni vengono trasmesse il richiedente non abbia la possibilità di ritirare le informazioni fornite alla predetta autorità ricevente;
2. il consenso non è richiesto, qualora l'autorità ricevente si sia impegnata per iscritto dichiarando che né le informazioni ad essa trasmesse né qualsiasi altra

ALLEGATO IV

informazione di cui essa possa entrare in possesso dopo la data e l'ora di trasmissione indicata dall'autorità trasmittente, verranno utilizzate da essa o da qualunque altra autorità a cui le informazioni saranno trasmesse per imporre sanzioni:

- a) a carico del soggetto che ha richiesto il trattamento favorevole;
- b) a carico di ogni altra persona fisica o giuridica coperta dal trattamento favorevole offerto dall'autorità trasmittente, in base alle proprie disposizioni in materia, a seguito della domanda presentata dal soggetto richiedente valendosi delle disposizioni sul trattamento favorevole dell'autorità;
- c) a carico dei dipendenti o degli ex dipendenti dei soggetti di cui alle lettere a) e b).

Al richiedente verrà fornita copia dell'impegno scritto dell'autorità ricevente.

3. Nel caso di informazioni raccolte da un membro della rete ai sensi dell'articolo 22, paragrafo 1, del Regolamento del Consiglio in nome e per conto del membro della rete al quale è stata presentata la domanda di trattamento favorevole, non è richiesto alcun consenso per la trasmissione e per l'utilizzo delle informazioni da parte del membro della rete al quale la domanda di beneficiare del trattamento favorevole è stata presentata.

42. Le informazioni riguardanti casi avviati a seguito di una domanda di trattamento favorevole e che sono state fornite alla Commissione in base all'articolo 11 paragrafo 3 del Regolamento del Consiglio ⁽¹⁷⁾, saranno rese disponibili solo alle autorità nazionali garanti della concorrenza che si sono impegnate a rispettare i principi in precedenza illustrati (cfr. paragrafo 72). Lo stesso principio trova applicazione nel caso in cui un caso è avviato dalla Commissione a seguito di una domanda di trattamento favorevole indirizzata alla Commissione. Quanto sopra non pregiudica il potere di ciascuna autorità nazionale garante della concorrenza di ottenere le informazioni previste all'articolo 12 del Regolamento del Consiglio, sempre che le disposizioni contenute ai punti 40 e 41 siano rispettate.

3. APPLICAZIONE UNIFORME DELLE REGOLE DI CONCORRENZA COMUNITARIE ⁽¹⁸⁾

3.1. Meccanismo di cooperazione (articolo 11, paragrafi 4 e 5 del regolamento del Consiglio)

43. Il Regolamento del Consiglio persegue l'obiettivo di un'applicazione coerente

degli articoli 81 e 82 del trattato in tutta la Comunità. In questo contesto, le autorità nazionali garanti della concorrenza rispetteranno la regola di convergenza di cui all'articolo 3, paragrafo 2 del Regolamento del Consiglio. In linea con l'articolo 16, paragrafo 2, esse non possono — quando decidono su accordi, decisioni e pratiche di cui all'articolo 81 o all'articolo 82 del trattato già soggette ad una decisione della Commissione — adottare decisioni in contrasto con le decisioni adottate dalla Commissione. Nell'ambito della rete delle autorità garanti della concorrenza, la Commissione, in quanto custode del trattato, ha la responsabilità ultima, sebbene non unica, di sviluppare la politica e assicurare la coerenza dell'applicazione delle regole di concorrenza comunitarie.

44. Ai sensi dell'articolo 11, paragrafo 4 del Regolamento del Consiglio, le autorità nazionali garanti della concorrenza informano la Commissione al più tardi 30 giorni prima dell'adozione di una decisione di applicazione degli articoli 81 e 82 del trattato e volta ad ordinare la cessazione di un'infrazione, ad accettare impegni o a revocare l'applicazione di un regolamento di esenzione per categoria. A tal fine esse forniscono alla Commissione, al più tardi 30 giorni prima dell'adozione della decisione, una presentazione del caso in questione, la decisione prevista o, in mancanza, qualsiasi altro documento che esponga la linea d'azione proposta.
45. Secondo quanto previsto dall'articolo 11, paragrafo 3 del Regolamento del Consiglio, oltre ad informare la Commissione, le autorità nazionali garanti della concorrenza possono rendere disponibili tali informazioni anche agli altri membri della rete.
46. Nel caso abbia informato la Commissione a norma dell'articolo 11, paragrafo 4 del Regolamento del Consiglio e il termine di 30 giorni sia scaduto, l'autorità nazionale garante della concorrenza può adottare la sua decisione se nel frattempo la Commissione non ha avviato il procedimento. La Commissione può presentare osservazioni scritte sul caso prima dell'adozione della decisione da parte dell'autorità nazionale garante della concorrenza. L'autorità nazionale garante della concorrenza e la Commissione adottano tutti gli opportuni provvedimenti per assicurare un'applicazione uniforme del diritto comunitario (cfr. supra punto 3).
47. Qualora, a causa di circostanze specifiche, si renda necessario adottare una decisione nazionale prima della scadenza del termine di 30 giorni dalla trasmissione delle informazioni di cui all'articolo 11, paragrafo 4 del Regolamento del Consiglio, l'autorità nazionale garante della concorrenza può chiedere alla Commissione di reagire in tempi più rapidi. La Commissione cercherà di esprimersi sul caso nel più breve tempo possibile.

ALLEGATO IV

48. Anche altri tipi di decisioni, ossia decisioni con le quali vengono respinte le denunce, vengono chiusi i procedimenti d'ufficio, vengono adottati provvedimenti provvisori, possono assumere rilevanza sotto il profilo della politica di concorrenza e i membri della rete possono avere interesse a informarsi reciprocamente ed eventualmente a discuterne. Pertanto, le autorità nazionali garanti della concorrenza possono, ai sensi dell'articolo 11, paragrafo 5 del Regolamento del Consiglio, informare la Commissione, e quindi la rete, di qualsiasi altro caso al quale vengono applicate le regole comunitarie di concorrenza.

49. Tutti i membri della rete dovrebbero informarsi reciprocamente della chiusura del procedimento da esse avviato e notificato alla rete ai sensi dell'articolo 11, paragrafi 2 e 3 ⁽¹⁹⁾ del Regolamento del Consiglio.

3.2. Avvio di un procedimento da parte della Commissione conformemente all'articolo 11, paragrafo 6 del regolamento del Consiglio

50. Secondo la giurisprudenza della Corte di giustizia, la Commissione, cui l'articolo 85, paragrafo 1, del trattato conferisce il compito di vigilare sull'applicazione dei principi fissati dagli articoli 81 e 82 del trattato, è responsabile dell'attuazione e dell'orientamento della politica comunitaria della concorrenza ⁽²⁰⁾. In qualsiasi momento essa può adottare decisioni individuali ai sensi degli articoli 81 e 82 del trattato.

51. L'articolo 11, paragrafo 6, del Regolamento del Consiglio prevede che l'avvio di un procedimento da parte della Commissione per l'adozione di una decisione ai sensi del Regolamento del Consiglio privi tutte le autorità nazionali garanti della concorrenza della competenza ad applicare gli articoli 81 e 82 del trattato. Ciò significa che una volta che la Commissione abbia avviato il procedimento, le autorità nazionali garanti della concorrenza non possono intervenire in forza della medesima base giuridica contro i medesimi accordi o pratiche ad opera delle medesime imprese sul medesimo mercato rilevante del prodotto e geografico.

52. L'avvio del procedimento da parte della Commissione è un atto formale ⁽²¹⁾ mediante il quale la Commissione manifesta la propria intenzione di adottare una decisione ai sensi del capitolo III del Regolamento del Consiglio. La Commissione può avviare il procedimento in una fase qualsiasi delle indagini sul caso. Il semplice fatto che la Commissione abbia ricevuto una denuncia non è di per sé sufficiente a privare le autorità nazionali garanti della concorrenza della competenza sul caso.

53. Possono presentarsi due situazioni. Innanzitutto, qualora la Commissione sia la

prima autorità garante della concorrenza ad avviare un procedimento mirante all'adozione di una decisione su un caso, ai sensi del Regolamento del Consiglio, le autorità nazionali garanti della concorrenza non possono più trattare il caso. L'articolo 11, paragrafo 6, del Regolamento del Consiglio prevede che, una volta che la Commissione abbia avviato un procedimento, le autorità nazionali garanti della concorrenza non possano più avviare un loro procedimento ai fini dell'applicazione degli articoli 81 e 82 del trattato contro i medesimi accordi o pratiche ad opera delle medesime imprese sul medesimo mercato rilevante del prodotto e geografico.

54. La seconda situazione si ha quando una o più autorità nazionali garanti della concorrenza abbiano informato la rete ai sensi dell'articolo 11, paragrafo 3 del Regolamento del Consiglio di avere iniziato l'esame di un determinato caso. Nel corso del periodo iniziale di attribuzione (periodo indicativo di due mesi, cfr. supra, punto 18), la Commissione può avviare il procedimento ai sensi dell'articolo 11, paragrafo 6 del Regolamento del Consiglio, dopo essersi consultata con le autorità interessate. Dopo la fase dell'attribuzione, la Commissione può in linea di principio applicare l'articolo 11, paragrafo 6 del Regolamento del Consiglio solo in una delle seguenti situazioni:

- a) i membri della rete prevedono di adottare decisioni contrastanti sullo stesso caso;
- b) i membri della rete prevedono di adottare una decisione palesemente in conflitto con la giurisprudenza consolidata. I principi enunciati dalla giurisprudenza degli organi giurisdizionali comunitari e nelle decisioni e nei regolamenti precedenti della Commissione dovrebbero servire da parametro di valutazione. In merito alla valutazione dei fatti (ad esempio, la definizione del mercato), la Commissione interverrà solo in caso di divergenze significative;
- c) i membri della rete prolungano indebitamente il procedimento relativo al caso;
- d) l'adozione di una decisione della Commissione è necessaria per sviluppare la politica comunitaria della concorrenza — in particolare quando il medesimo problema di concorrenza si presenti in vari Stati membri — ovvero per assicurare l'effettiva applicazione della politica comunitaria della concorrenza;
- e) le autorità nazionali garanti della concorrenza non si oppongono.

55. Se un'autorità nazionale garante della concorrenza ha già iniziato l'esame del caso, la Commissione dovrà fornire per iscritto all'autorità nazionale garante della concorrenza interessata e agli altri membri della rete⁽²²⁾ le motivazioni

dell'applicazione dell'articolo 11, paragrafo 6 del Regolamento del Consiglio.

56. La Commissione renderà noto in tempo debito alla rete la sua intenzione di ricorrere all'articolo 11, paragrafo 6 del Regolamento del Consiglio, in modo da dare ai membri della rete la possibilità di chiedere la convocazione di una riunione del comitato consultivo prima dell'avvio del procedimento.

57. Di norma — e nella misura in cui non sia in gioco l'interesse comunitario — la Commissione non adotterà una decisione in conflitto con una decisione di un'autorità nazionale garante della concorrenza nel caso in cui si sia provveduto nei modi dovuti alle comunicazioni di cui all'articolo 11, paragrafi 3 e 4 del Regolamento del Consiglio e la Commissione non abbia fatto ricorso all'articolo 11, paragrafo 6 del Regolamento del Consiglio.

4. IL RUOLO E IL FUNZIONAMENTO DEL COMITATO CONSULTIVO NEL NUOVO SISTEMA

58. Il comitato consultivo è la sede in cui gli esperti delle varie autorità garanti della concorrenza discutono i singoli casi e le questioni generali di diritto comunitario della concorrenza ⁽²³⁾.

4.1. Campo di applicazione della consultazione

4.1.1. Le decisioni della Commissione

59. Il comitato consultivo viene consultato prima dell'adozione da parte della Commissione di qualsiasi decisione ai sensi degli articoli 7, 8, 9, 10, 23, dell'articolo 24, paragrafo 2, o dell'articolo 29, paragrafo 1 del Regolamento del Consiglio. La Commissione deve tenere in massima considerazione il parere del comitato e deve informare il comitato del modo in cui ha tenuto conto del suo parere.

60. Per le decisioni di adozione dei provvedimenti provvisori, il comitato viene consultato nell'ambito di una procedura accelerata e semplificata, sulla base di una breve nota esplicativa e del dispositivo della decisione.

4.1.2. Le decisioni delle autorità nazionali garanti della concorrenza

61. È nell'interesse della rete che i casi importanti trattati dalle autorità nazionali garanti della concorrenza sulla base degli articoli 81 e 82 del trattato possano essere discussi dal comitato consultivo. Il Regolamento del Consiglio autorizza la Commissione a inserire all'ordine del giorno del comitato consultivo un caso

trattato da un'autorità nazionale garante della concorrenza. Sia la Commissione sia gli Stati membri possono richiedere che un caso venga discusso dal comitato. In entrambi i casi, la Commissione provvede ad inserire il caso all'ordine del giorno dopo averne informato le autorità nazionali interessate. La discussione di tali casi nell'ambito del comitato consultivo non comporta l'adozione di un parere formale.

62. Per i casi importanti, il comitato consultivo può anche costituire la sede in cui discutere dell'attribuzione dei casi. In particolare, quando la Commissione intende applicare l'articolo 11, paragrafo 6 del Regolamento del Consiglio trascorso il periodo iniziale di attribuzione, il caso può essere discusso dal comitato consultivo prima dell'avvio del procedimento da parte della Commissione. Il comitato consultivo può rilasciare una dichiarazione informale sul caso.

4.1.3. Misure di esecuzione, regolamenti di esenzione per categoria, linee direttrici ed altre comunicazioni (articolo 33 del regolamento del Consiglio)

63. Il comitato consultivo viene consultato in merito ai progetti di regolamento della Commissione, così come disposto dai regolamenti del Consiglio in materia.

64. Oltre ai regolamenti, la Commissione può altresì adottare comunicazioni e linee direttrici. Questi strumenti più flessibili sono particolarmente utili per illustrare e annunciare la politica della Commissione e per spiegare la sua interpretazione delle regole di concorrenza. Il comitato consultivo viene consultato anche in merito alle comunicazioni, alle linee direttrici e agli orientamenti.

4.2. Procedura

4.2.1. Procedura ordinaria

65. Per la consultazione in merito ai progetti di decisione della Commissione, la riunione del comitato consultivo si tiene non prima del quattordicesimo giorno successivo alla data d'invio da parte della Commissione della convocazione alla riunione. In allegato alla convocazione, la Commissione invia un'esposizione riassuntiva del caso, un elenco dei documenti più importanti, ossia dei documenti necessari ai fini della valutazione del caso, ed il progetto di decisione. Il comitato consultivo emette un parere sul progetto preliminare di decisione della Commissione. Su richiesta di uno o più membri, il parere viene motivato.

66. Il regolamento del Consiglio prevede la possibilità per gli Stati membri di accordarsi su un periodo più breve tra l'invio della convocazione e la data della riunione.

4.2.2. *Procedura scritta*

67. Il regolamento del Consiglio prevede la procedura di consultazione scritta. Se nessuno Stato membro si oppone, la Commissione può consultare gli Stati membri inviando loro i documenti e fissando un termine entro il quale possono trasmettere le loro osservazioni sul progetto di decisione. Il termine non può essere inferiore a quattordici giorni, fatta eccezione per le decisioni relative ai provvedimenti provvisori, adottate ai sensi dell'articolo 8 del regolamento del Consiglio. Nel caso in cui uno Stato membro richieda la convocazione di una riunione, la Commissione è tenuta ad organizzarla.

4.3. Pubblicazione del parere del comitato consultivo

68. Il comitato consultivo può raccomandare la pubblicazione del suo parere. In tal caso, la Commissione pubblicherà il parere contestualmente alla decisione, tenendo conto del legittimo interesse delle imprese alla tutela dei propri segreti aziendali

5. OSSERVAZIONI CONCLUSIVE

69. La presente comunicazione non pregiudica l'interpretazione delle norme del trattato e delle disposizioni regolamentari applicabili fornita dal Tribunale di primo grado e dalla Corte di giustizia.

70. La comunicazione sarà oggetto di riesame periodico con dotto congiuntamente dalle autorità nazionali garanti della concorrenza e dalla Commissione. Sulla base dell'esperienza acquisita, la presente comunicazione verrà riesami nata al più tardi entro la fine del terzo anno successivo alla sua adozione.

71. La presente comunicazione sostituisce la comunicazione della Commissione concernente la cooperazione tra la Commissione e le autorità garanti della concorrenza degli Stati membri per l'esame dei casi disciplinati dagli articoli 81 e 82 del trattato, pubblicata nel 1997 ⁽²⁴⁾.

6. DICHIARAZIONE DEGLI ALTRI MEMBRI DELLA RETE

72. I principi stabiliti nella presente comunicazione saranno rispettati anche dalle autorità degli Stati membri responsabili della concorrenza che hanno firmato una dichiarazione sotto forma di allegato alla presente comunicazione. In detta dichiarazione esse prendono atto dei principi definiti nella presente comunicazione, ivi compresi i principi relativi alla protezione dei soggetti che

presentano una richiesta di trattamento favorevole⁽²⁵⁾, e si impegnano ad osservarli. L'elenco delle autorità che hanno sottoscritto la dichiarazione comune è pubblicato nel sito web della Commissione europea e sarà aggiornato se del caso.

⁽¹⁾ GU L 1 del 4.1.2003, pag. 1.

⁽²⁾ Nella presente comunicazione, la Commissione europea e le autorità garanti della concorrenza degli Stati membri sono indicate collettivamente con l'espressione le «autorità garanti della concorrenza».

⁽³⁾ Cfr. la sentenza della Corte di giustizia nella causa 68/88 — Commissione/Grecia, Racc. 1989, pag. 2965, (punti da 23 a 25).

⁽⁴⁾ Si veda il punto 8 della dichiarazione comune del Consiglio e della Commissione sul funzionamento della rete, disponibile nel registro degli atti del Consiglio all'indirizzo Internet <http://register.consilium.eu.int> (documento n. 15435/02 ADD 1).

⁽⁵⁾ Nella presente comunicazione il termine «procedimento» viene utilizzato per le indagini e/o le istruttorie formali per l'adozione di una decisione a norma del Regolamento del Consiglio condotte, secondo i casi, da un'autorità nazionale garante della concorrenza o dalla Commissione.

⁽⁶⁾ Cfr. il diciottesimo considerando del regolamento del Consiglio.

⁽⁷⁾ Per casi avviati a seguito di una richiesta di trattamento favorevole cfr. punto 37 e segg.

⁽⁸⁾ 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 di cui alla nota 5.

⁽⁹⁾ Cfr. la comunicazione della Commissione sulle denunce.

⁽¹⁰⁾ Cfr. la sentenza della Corte di giustizia nella causa 85/87 — Dow Benelux, Racc. 1989, pag. 3137, punti 17-20.

⁽¹¹⁾ Cfr. la sentenza della Corte di giustizia nella causa 374/87 — Orkem SA, Racc. 1989, pag. 3283 e quella del Tribunale di primo grado nella causa T-1 12/98, Mannesmannröhren-Werke AG, Racc. 2001, pag. II-729.

⁽¹²⁾ Regolamento (CE) n. 773/2004 della Commissione, GU L 123 del 27.4.2004.

⁽¹³⁾ Cfr. GU C 45 del 19.2.2002 pag. 3, punto 3.

⁽¹⁴⁾ Nella presente comunicazione con l'espressione «disposizioni relative al trattamento favorevole» si intendono tutte le disposizioni (incluse quelle adottate dalla Commissione) che offrono o l'immunità totale o una riduzione sostanziale delle ammende che sarebbero state altrimenti inflitte a carico di un partecipante ad un cartello, in cambio della divulgazione volontaria, prima o nel corso delle indagini, di informazioni sul cartello che soddisfino specifici criteri. Con l'espressione non si intendono riduzioni delle ammende concesse per altri motivi. La Commissione pubblicherà sul suo sito Internet un elenco delle autorità che applicano

ALLEGATO IV

un regime di trattamento favorevole.

⁽¹⁵⁾ Cfr. supra, i punti da 8 a 15.

⁽¹⁶⁾ Analogamente, le informazioni trasmesse al fine di ottenere assistenza dall'autorità ricevente, ai sensi degli articoli 20 o 21 del Regolamento del Consiglio, o al fine di effettuare accertamenti o di dare esecuzione ad altre misure di acquisizione dei fatti, ai sensi dell'articolo 22 del Regolamento, possono essere utilizzate solo ai fini dell'applicazione dei predetti articoli.

⁽¹⁷⁾ Cfr. punto 17.

⁽¹⁸⁾ L'articolo 15 del Regolamento del Consiglio dà facoltà alle autorità garanti della concorrenza degli Stati membri e alla Commissione di presentare osservazioni scritte, e previa autorizzazione della giurisdizione competente, osservazioni orali alle giurisdizioni nazionali in merito a questioni relative all'applicazione degli articoli 81 e 82 del trattato. Si tratta di un importante strumento per assicurare l'applicazione uniforme delle regole comunitarie. Le autorità garanti della concorrenza degli Stati membri e la Commissione cooperano strettamente nell'esercizio di tale facoltà.

⁽¹⁹⁾ Cfr. il punto 24 della dichiarazione comune sul funzionamento della rete di cui alla nota 5.

⁽²⁰⁾ Cfr. la sentenza della Corte di giustizia nella causa C-344/98, Masterfoods, Racc. 2000, pag. I-11369.

⁽²¹⁾ La Corte di giustizia ha definito tale concetto nella causa 48/72, SA Brasserie de Haecht, Racc. 1973, pag. 77: «l'inizio di un procedimento ai sensi dell'art. 9 del regolamento n. 17 consiste in un atto d'imperio della Commissione, col quale questa manifesta la volontà di adottare una decisione».

⁽²²⁾ Cfr. il punto 22 della dichiarazione comune di cui sopra alla nota 5.

⁽²³⁾ Ai sensi dell'articolo 14, paragrafo 2 del Regolamento del Consiglio, nei casi in cui vengano discusse questioni orizzontali quali i regolamenti di esenzione per categoria e le linee direttrici, gli Stati membri possono designare un ulteriore rappresentante competente in materia di concorrenza, il quale può anche non essere un funzionario dell'autorità garante della concorrenza.

⁽²⁴⁾ GU C 313 del 15.10.1997, pag. 3.

⁽²⁵⁾ Cfr. punti 37 e segg.

ALLEGATO

DICHIARAZIONE RELATIVA ALLA COMUNICAZIONE DELLA COMMISSIONE SULLA COOPERAZIONE NELL'AMBITO DELLA RETE DELLE AUTORITÀ GARANTI DELLA CONCORRENZA

Ai fini di una stretta cooperazione allo scopo di tutelare la concorrenza all'interno dell'Unione europea nell'interesse dei consumatori, la sottoscritta autorità responsabile della concorrenza:

COMUNICAZIONE 2004/C 101/03

1. aderisce ai principi stabiliti nella comunicazione nell'ambito della rete delle autorità garanti della concorrenza e,
2. dichiara che rispetterà i suddetti principi, compresi, compresi quelli relativi alla tutela di coloro che richiedono di beneficiare di un trattamento favorevole, in qualsiasi caso nel quale agisca o potrebbe agire ed al quale si applichino detti principi.

**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**

(2004/C 101/04)

(Testo rilevante ai fini del SEE)

I. OGGETTO DELLA COMUNICAZIONE

1. La presente comunicazione tratta della cooperazione tra la Commissione e le giurisdizioni degli Stati membri dell'UE quando queste applicano gli articoli 81 e 82 del trattato CE. Ai fini della presente comunicazione per «giurisdizioni degli Stati membri dell'UE» (in appresso «giurisdizioni nazionali») si intendono i giudici di uno Stato membro dell'UE che sono competenti per applicare gli articoli 81 e 82 del trattato CE e che sono legittimati a chiedere alla Corte di Giustizia delle Comunità Europee di pronunciarsi in via pregiudiziale ai sensi dell'articolo 234 del trattato ⁽¹⁾.
2. Le giurisdizioni nazionali possono essere chiamate ad applicare gli articoli 81 o 82 in controversie tra privati, quali azioni relative a contratti o azioni per danni. Esse possono anche intervenire in veste di autorità incaricate dell'esecuzione nell'interesse pubblico o di organo di appello. Una giurisdizione nazionale può eventualmente essere designata come autorità garante della concorrenza di uno Stato membro (in appresso «autorità nazionale garante della concorrenza») ai sensi dell'articolo 35, paragrafo 1 del regolamento (CE) n. 1/2003 (in appresso «regolamento») ⁽²⁾. In tal caso la cooperazione tra le giurisdizioni nazionali e la Commissione è disciplinata non solo dalla presente comunicazione, ma anche dalla comunicazione sulla cooperazione nell'ambito della rete delle autorità garanti della concorrenza ⁽³⁾.

**II. L'APPLICAZIONE DELLE REGOLE DI CONCORRENZA
COMUNITARIE DA PARTE DELLE GIURISDIZIONI NAZIONALI**

**A. LA COMPETENZA DELLE GIURISDIZIONI NAZIONALI AD APPLICARE
LE REGOLE DI CONCORRENZA COMUNITARIE**

3. Se le giurisdizioni nazionali sono competenti a trattare un caso ⁽⁴⁾, esse sono anche competenti per l'applicazione degli articoli 81 e 82 del trattato CE ⁽⁵⁾. Inoltre, è opportuno ricordare che gli articoli 81 e 82 disciplinano questioni di interesse pubblico e sono essenziali per l'assolvimento dei compiti assegnati alla Comunità e, in particolare, per il funzionamento del mercato interno ⁽⁶⁾. Secondo

ALLEGATO V

la Corte di Giustizia, laddove per effetto del diritto interno le giurisdizioni nazionali sono obbligate a sollevare d'ufficio questioni di diritto fondate su disposizioni nazionali vincolanti, la cui applicazione non è stata invocata dalle parti, lo stesso obbligo esiste anche quando si tratti di applicare disposizioni vincolanti di diritto comunitario come le disposizioni di diritto comunitario in materia di concorrenza. La conclusione è identica nel caso in cui il diritto interno attribuisce alle giurisdizioni nazionali la discrezionalità di applicare d'ufficio disposizioni nazionali vincolanti: le giurisdizioni nazionali devono, quando il diritto interno permette loro di procedere a tale applicazione, applicare le disposizioni di diritto comunitario della concorrenza anche nei casi in cui la parte interessata alla loro applicazione non ne ha fatto richiesta. Tuttavia, il diritto comunitario non impone alle giurisdizioni nazionali di sollevare d'ufficio un motivo basato sulla violazione di disposizioni comunitarie, qualora l'esame di tale motivo li obblighi a rinunciare al principio dispositivo, alla cui osservanza sono tenuti, esorbitando dai limiti della lite quale è stata circoscritta dalle parti e basandosi su fatti e circostanze diversi da quelli che la parte processuale che ha interesse all'applicazione di dette disposizioni ha posto a fondamento della propria domanda ⁽⁷⁾.

4. A seconda delle funzioni ad esse attribuite dal diritto nazionale, le giurisdizioni nazionali possono essere chiamate ad applicare gli articoli 81 e 82 in procedimenti amministrativi, civili o penali ⁽⁸⁾. In particolare, quando una persona fisica o giuridica chiede al giudice nazionale di tutelare i suoi diritti soggettivi, le giurisdizioni nazionali svolgono nell'applicazione degli articoli 81 e 82 una funzione specifica, che è diversa dall'applicazione fattane nell'interesse pubblico dalla Commissione o dalle autorità nazionali garanti della concorrenza ⁽⁹⁾. Infatti, le giurisdizioni nazionali possono applicare gli articoli 81 e 82 stabilendo la nullità di un contratto o concedendo il risarcimento di danni.
5. Le giurisdizioni nazionali possono applicare gli articoli 81 e 82 senza necessariamente applicare in parallelo il diritto nazionale in materia di concorrenza. Tuttavia, se una giurisdizione nazionale applica il diritto nazionale della concorrenza ad accordi, decisioni di associazioni di imprese o pratiche concordate che possano pregiudicare il commercio tra Stati membri ai sensi dell'articolo 81, paragrafo 1, del trattato CE ⁽¹⁰⁾ o ad abusi vietati dall'articolo 82, essa è tenuta ad applicare anche le regole di concorrenza comunitarie a siffatti accordi, decisioni o pratiche concordate ⁽¹¹⁾.
6. Il regolamento non si limita a conferire alle giurisdizioni nazionali il compito di applicare il diritto comunitario della concorrenza. L'applicazione parallela del diritto della concorrenza nazionale ad accordi, decisioni di associazioni di imprese o pratiche concordate che possano pregiudicare il commercio tra Stati membri non

deve portare ad un risultato diverso da quello che si avrebbe applicando il diritto comunitario. L'articolo 3, paragrafo 2 del regolamento dispone che accordi, decisioni di associazioni di imprese o pratiche concordate che possano pregiudicare il commercio tra Stati membri ma che non costituiscono un'infrazione all'articolo 81, paragrafo 1, del trattato o soddisfano le condizioni dell'articolo 81, paragrafo 3, non possono essere vietati neppure dal diritto nazionale della concorrenza⁽¹²⁾. D'altra parte, la Corte di giustizia ha stabilito che accordi, decisioni di associazioni di imprese o pratiche concordate che violano l'articolo 81, paragrafo 1, del trattato e non soddisfano le condizioni dell'articolo 81, paragrafo 3, del trattato non possono essere autorizzati dal diritto nazionale della concorrenza⁽¹³⁾. Per quanto concerne l'applicazione parallela del diritto nazionale della concorrenza e dell'articolo 82 del trattato in caso di condotta unilaterale, l'articolo 3 del regolamento non prevede un analogo obbligo di convergenza. Tuttavia, in caso di conflitto di disposizioni, il principio generale della supremazia del diritto comunitario esige che i giudici nazionali disapplicino qualsiasi disposizione di diritto nazionale che sia in contrasto con una norma comunitaria, a prescindere dal fatto che la disposizione nazionale in questione sia stata adottata prima o dopo la norma comunitaria⁽¹⁴⁾.

7. A prescindere dall'applicazione degli articoli 81 e 82 del trattato, le giurisdizioni nazionali sono anche competenti per l'applicazione degli provvedimenti adottati in virtù del trattato CE o in virtù delle misure adottate per dare esecuzione al trattato, se tali provvedimenti hanno effetto diretto. Le giurisdizioni nazionali possono quindi dover dare esecuzione a decisioni della Commissione⁽¹⁵⁾ o a regolamenti che applicano l'articolo 81, paragrafo 3 a determinate categorie di accordi, decisioni di associazioni di imprese e pratiche concordate. Nell'applicare queste disposizioni del diritto della concorrenza comunitario le giurisdizioni nazionali agiscono nell'ambito del diritto comunitario e sono di conseguenza tenute ad osservare i principi generali del diritto comunitario⁽¹⁶⁾.
8. Nell'applicare gli articoli 81 e 82 le giurisdizioni nazionali devono spesso valutare questioni economiche e giuridiche complesse⁽¹⁷⁾. Nella loro applicazione del diritto comunitario della concorrenza le giurisdizioni nazionali sono vincolate dalla giurisprudenza della Corte di giustizia e del Tribunale di primo grado come pure dai regolamenti della Commissione che applicano l'articolo 81, paragrafo 3 del trattato CE a determinate categorie di accordi, decisioni di associazioni di imprese e pratiche concordate⁽¹⁸⁾. Inoltre l'applicazione che è stata data dalla Commissione agli articoli 81 e 82 in un caso specifico è vincolante per le giurisdizioni nazionali quando applicano il diritto comunitario della concorrenza nello stesso caso parallelamente o successivamente alla Commissione⁽¹⁹⁾. Infine, e fatta salva l'interpretazione definitiva del trattato CE da parte della Corte di giustizia, le giurisdizioni nazionali possono fare riferimento a regolamenti e

ALLEGATO V

decisioni della Commissione che presentano elementi di analogia con la causa di cui trattasi, come pure alle comunicazioni e alle linee direttrici della Commissione relative all'applicazione degli articoli 81 e 82 ⁽²⁰⁾ e alla relazione annuale sulla politica di concorrenza ⁽²¹⁾.

B. ASPETTI PROCEDURALI DELL'APPLICAZIONE DEL DIRITTO COMUNITARIO DELLA CONCORRENZA DA PARTE DELLE GIURISDIZIONI NAZIONALI

9. Le procedure per l'applicazione del diritto comunitario della concorrenza da parte delle giurisdizioni nazionali e le sanzioni che esse possono comminare in caso di infrazione alle norme di tale diritto sono disciplinate in gran parte dal diritto nazionale. Tuttavia, in una certa misura, il diritto comunitario determina anche le condizioni di applicazione del diritto comunitario della concorrenza. Le disposizioni di diritto comunitario in questione possono dare la possibilità alle giurisdizioni nazionali di servirsi di determinati strumenti, per esempio la possibilità di chiedere il parere della Commissione su questioni riguardanti l'applicazione del diritto comunitario della concorrenza ⁽²²⁾, o possono introdurre regole procedurali vincolanti volte ad avere un impatto sui procedimenti in corso, ad esempio quella di permettere alla Commissione ed alle autorità nazionali garanti della concorrenza di presentare osservazioni scritte ⁽²³⁾. Queste disposizioni del diritto comunitario prevalgono sulle disposizioni di diritto nazionale. Le giurisdizioni nazionali devono quindi prescindere dalle disposizioni nazionali che, se applicate, configgerebbero con tali disposizioni di diritto comunitario.

Quando tali disposizioni di diritto comunitario hanno applicabilità diretta, sono fonte immediata di diritti e di obblighi per tutti coloro che esse riguardano, e devono essere applicate uniformemente ed in tutte le loro parti in tutti gli Stati membri a partire dalla data in cui entrano in vigore ⁽²⁴⁾.

10. In mancanza di disposizioni di diritto comunitario sulle procedure e le sanzioni relative all'applicazione del diritto comunitario della concorrenza da parte delle giurisdizioni nazionali, queste applicano il diritto procedurale nazionale e — nella misura in cui sono competenti a farlo — comminano le sanzioni previste dal diritto nazionale. Tuttavia l'applicazione di tali disposizioni nazionali deve essere compatibile con i principi generali del diritto comunitario. Al riguardo è utile ricordare la giurisprudenza della Corte di giustizia, secondo la quale:

a) in caso di violazione del diritto comunitario, il diritto nazionale deve prevedere sanzioni efficaci, proporzionate e dissuasive ⁽²⁵⁾;

- b) quando la violazione del diritto comunitario arreca un pregiudizio ad un privato, questi dovrebbe, al verificarsi di determinate condizioni, poter chiedere alla giurisdizione nazionale il risarcimento dei danni ⁽²⁶⁾;
- c) le norme procedurali e le sanzioni che le giurisdizioni nazionali applicano per dare attuazione al diritto comunitario
- non devono rendere tale attuazione eccessivamente difficile o praticamente impossibile (principio di efficacia) ⁽²⁷⁾ e
 - non devono essere meno favorevoli delle disposizioni applicabili in sede di applicazione di disposizioni equivalenti di diritto nazionale (principio di equivalenza) ⁽²⁸⁾.

In base al principio della prevalenza del diritto comunitario le giurisdizioni nazionali non possono applicare disposizioni nazionali che siano in contrasto con questi principi.

C. APPLICAZIONE PARALLELA O CONSECUTIVA DEL DIRITTO COMUNITARIO DELLA CONCORRENZA DA PARTE DELLA COMMISSIONE E DELLE GIURISDIZIONI NAZIONALI

11. Una giurisdizione nazionale può trovarsi ad applicare il diritto comunitario della concorrenza ad un accordo, una decisione, una pratica concordata o ad un comportamento unilaterale che pregiudica il commercio tra Stati membri contemporaneamente alla Commissione o successivamente alla Commissione ⁽²⁹⁾. Nei punti che seguono si illustrano alcuni degli obblighi ai quali le giurisdizioni nazionali devono attenersi in simili circostanze.
12. Quando una giurisdizione nazionale si pronuncia prima che lo abbia fatto la Commissione, deve evitare di adottare una decisione in contrasto con la decisione contemplata dalla Commissione ⁽³⁰⁾. A tal fine la giurisdizione nazionale può chiedere alla Commissione se abbia avviato un procedimento riguardante i medesimi accordi, decisioni o pratiche ⁽³¹⁾ e, in caso affermativo, di informarla sull'andamento del procedimento e sulla probabilità che venga adottata una decisione in merito al caso in questione ⁽³²⁾. La giurisdizione nazionale può anche, nell'interesse della certezza del diritto, prendere in considerazione la possibilità di sospendere il proprio procedimento finché la Commissione non abbia adottato una decisione ⁽³³⁾. Da parte sua la Commissione farà il possibile per dare la precedenza ai casi per i quali ha deciso di avviare un procedimento ai sensi dell'articolo 2, paragrafo 1 del regolamento (CE) n. 773/2004 della Commissione e che sono oggetto di procedimenti nazionali rimasti di conseguenza sospesi,

ALLEGATO V

soprattutto quando ne dipenda l'esito di una controversia civile. Tuttavia, quando la giurisdizione nazionale non abbia motivi ragionevoli per dubitare del tenore della decisione contemplata dalla Commissione o quando la Commissione ha già adottato una decisione su un caso analogo, la giurisdizione nazionale ha facoltà di pronunciarsi sulla causa pendente conformemente alla decisione contemplata o anteriore senza essere tenuta a chiedere alla Commissione le informazioni di cui sopra o ad attendere la decisione della Commissione.

13. Quando la Commissione si pronuncia in un caso specifico prima della giurisdizione nazionale, questa non può prendere una decisione in contrasto con quella della Commissione. L'effetto vincolante della decisione della Commissione non ipoteca ovviamente l'interpretazione del diritto comunitario da parte della Corte di giustizia. Di conseguenza, se una giurisdizione nazionale dubita della legittimità di una decisione della Commissione, non può sottrarsi all'effetto vincolante di tale decisione senza che la Corte di giustizia si pronunci in senso contrario⁽³⁴⁾. Perciò, se una giurisdizione nazionale ha intenzione di pronunciarsi in modo contrastante con la decisione della Commissione, deve sottoporre alla Corte di giustizia una domanda di pronuncia pregiudiziale (articolo 234 del trattato CE). La Corte si pronuncerà allora sulla conformità della decisione della Commissione con il diritto comunitario. Tuttavia, se la decisione della Commissione è oggetto di un ricorso alle giurisdizioni comunitarie ai sensi dell'articolo 230 del trattato CE e l'esito della controversia dinanzi alla giurisdizione nazionale dipende dalla validità della decisione della Commissione, la giurisdizione nazionale dovrebbe sospendere il procedimento in attesa della sentenza definitiva delle giurisdizioni comunitarie sul ricorso per annullamento a meno che non ritenga che, viste le circostanze del caso, sia opportuno chiedere alla Corte di giustizia di pronunciarsi in via pregiudiziale sulla validità della decisione della Commissione⁽³⁵⁾.

14. Quando una giurisdizione nazionale sospende un procedimento, per esempio per attendere una decisione della Commissione (situazione descritta al punto 12 della presente comunicazione) o una pronuncia definitiva della giurisdizione comunitaria su un ricorso per annullamento o su una questione pregiudiziale (situazione descritta al punto 13), essa è tenuta a valutare se per la difesa degli interessi delle parti, sia necessario disporre misure provvisorie⁽³⁶⁾.

III. LA COOPERAZIONE TRA LA COMMISSIONE E LE GIURISDIZIONI NAZIONALI

15. Il trattato CE, che pure instaura un meccanismo di cooperazione tra le giurisdizioni nazionali e la Corte di giustizia all'articolo 234, non prevede invece esplicitamente una cooperazione tra le giurisdizioni nazionali e la Commissione.

Tuttavia, nell'interpretare l'articolo 10 del trattato CE, che prescrive agli Stati membri di facilitare l'adempimento dei compiti della Comunità, le giurisdizioni comunitarie hanno dichiarato che questa disposizione del trattato impone alle istituzioni europee e agli Stati membri un dovere reciproco di leale collaborazione allo scopo di conseguire gli obiettivi del trattato stesso. L'articolo 10 del trattato implica quindi che la Commissione è tenuta ad assistere le giurisdizioni nazionali nell'applicazione del diritto comunitario⁽³⁷⁾. Analogamente le giurisdizioni nazionali possono essere tenute ad assistere la Commissione nell'adempimento dei suoi compiti⁽³⁸⁾.

16. È opportuno accennare anche alla cooperazione tra giurisdizioni nazionali e autorità nazionali, in particolare autorità nazionali garanti della concorrenza, per l'applicazione degli articoli 81 e 82. Se la cooperazione tra queste due categorie di autorità nazionali è disciplinata fundamentalmente dal diritto nazionale, l'articolo 15, paragrafo 3 del regolamento dispone che le autorità nazionali garanti della concorrenza devono avere la possibilità di presentare osservazioni alle giurisdizioni nazionali dello Stato membro cui appartengono. I punti 31 e da 33 a 35 della presente comunicazione si applicano *mutatis mutandis* anche a tali osservazioni.

A. LA COMMISSIONE COME AMICUS CURIAE

17. Per aiutare le giurisdizioni nazionali nell'applicazione del diritto comunitario della concorrenza, la Commissione è tenuta a fornire assistenza alle giurisdizioni nazionali quando queste ritengono che tale assistenza sia necessaria perché esse possano pronunciarsi in una causa. L'articolo 15 del regolamento cita i tipi più frequenti di tale assistenza: la trasmissione di informazioni (punti da 21 a 26) e l'espressione di pareri della Commissione (punti da 27 a 30), in entrambi i casi su richiesta di una giurisdizione nazionale, e la possibilità per la Commissione di presentare osservazioni (punti da 31 a 35). Poiché questi tipi di assistenza sono previsti dal regolamento, essi non possono essere limitati da norme nazionali degli Stati membri. Tuttavia, in assenza di norme procedurali comunitarie al riguardo e nella misura in cui sono necessarie per agevolare queste forme di assistenza, gli Stati membri sono tenuti ad adottare le opportune disposizioni procedurali per consentire sia alle giurisdizioni nazionali che alla Commissione di esaurire le possibilità offerte dal regolamento⁽³⁹⁾.

18. Le giurisdizioni nazionali possono inviare le loro richieste di assistenza per lettera all'indirizzo:

Commissione europea
Direzione generale Concorrenza

ALLEGATO V

B-1049 Bruxelles/Brussel
Belgio

o trasmetterla per via elettronica a comp-ami-cus@cec.eu.int

19. Va ribadito che, quale che sia la forma assunta dalla cooperazione con le giurisdizioni nazionali, la Commissione rispetterà l'indipendenza delle giurisdizioni nazionali. Di conseguenza l'assistenza offerta dalla Commissione non vincola la giurisdizione nazionale. La Commissione deve anche badare a rispettare l'obbligo del segreto d'ufficio e a salvaguardare il proprio funzionamento e la propria indipendenza⁽⁴⁰⁾. Nell'adempimento del dovere impostole dall'articolo 10 del trattato di assistere le giurisdizioni nazionali nell'applicazione del diritto comunitario della concorrenza, la Commissione è tenuta a mantenersi neutrale ed obiettiva. In effetti l'assistenza fornita dalla Commissione alle giurisdizioni nazionali si iscrive nel suo dovere di tutela dell'interesse pubblico. Essa non è quindi volta a servire l'interesse delle parti della causa pendente dinanzi al giudice nazionale. Di conseguenza la Commissione non intende sentire alcuna delle parti in merito all'assistenza data alla giurisdizione nazionale. Qualora sia stata consultata da qualsiasi delle parti della causa pendente dinanzi alla giurisdizione nazionale in merito a questioni sollevate dinanzi a questa, la Commissione ne informerà il giudice nazionale, a prescindere dal fatto che i contatti con le parti abbiano avuto luogo prima o dopo la richiesta di assistenza della giurisdizione nazionale.

20. La Commissione riferirà sinteticamente in merito alla sua cooperazione con le giurisdizioni nazionali nell'ambito della sua relazione annuale sulla politica di concorrenza. Essa potrà anche pubblicare sul suo sito web i suoi pareri e le sue osservazioni.

1. Il dovere della Commissione di trasmettere informazioni alle giurisdizioni nazionali

21. Il dovere della Commissione di prestare assistenza alle giurisdizioni nazionali nell'applicazione del diritto comunitario della concorrenza si traduce principalmente nell'obbligo della Commissione di trasmettere alle giurisdizioni nazionali le informazioni che detiene. Una giurisdizione nazionale può per esempio chiedere alla Commissione di trasmetterle documenti in suo possesso o di comunicarle informazioni di natura procedurale per poter accertare se un determinato caso è all'esame della Commissione, se la Commissione ha avviato un procedimento o se abbia già preso posizione. Una giurisdizione nazionale può anche chiedere alla Commissione quando sarà presumibilmente presa una decisione, al fine di determinare le condizioni di un'eventuale decisione di

- sospensione del procedimento o se sia necessario adottare misure provvisorie ⁽⁴¹⁾.
22. Per assicurare una cooperazione efficiente con le giurisdizioni nazionali, la Commissione si adopererà per comunicare alla giurisdizione nazionale le informazioni richieste entro un mese dalla data di ricevimento della richiesta. Qualora la Commissione debba chiedere alla giurisdizione nazionale di precisare la sua richiesta o debba consultare le parti direttamente interessate dalla trasmissione dell'informazione, il termine inizierà a decorrere dal momento in cui essa riceve la risposta.
23. Nel trasmettere informazioni alle giurisdizioni nazionali la Commissione deve garantire alle persone fisiche e giuridiche la tutela offerta dall'articolo 287 del trattato CE ⁽⁴²⁾. L'articolo 287 del trattato CE vieta ai membri, funzionari e altri agenti della Commissione di divulgare informazioni protette dal segreto d'ufficio. Le informazioni protette dal segreto d'ufficio possono essere sia informazioni riservate che segreti commerciali. I segreti commerciali sono informazioni di cui non soltanto la divulgazione al pubblico, ma anche semplicemente la trasmissione ad un soggetto di diritto diverso da quello che ha fornito l'informazione può ledere gravemente gli interessi di quest'ultimo ⁽⁴³⁾.
24. Il combinato disposto degli articoli 10 e 287 del trattato CE non comporta un divieto assoluto per la Commissione di trasmettere alle giurisdizioni nazionali informazioni che siano protette dal segreto d'ufficio. La giurisprudenza delle giurisdizioni comunitarie conferma che il dovere di leale collaborazione impone alla Commissione di comunicare alle giurisdizioni nazionali qualsiasi informazione da queste richiesta, anche se si tratta di informazioni protette dal segreto d'ufficio. Tuttavia nel prestare assistenza alle giurisdizioni nazionali la Commissione non può in alcun caso pregiudicare la tutela del segreto garantita dall'articolo 287.
25. Di conseguenza, prima di trasmettere informazioni protette dal segreto d'ufficio ad una giurisdizione nazionale, la Commissione ricorderà che anche questa è tenuta, a norma del diritto comunitario, a tutelare i diritti conferiti dall'articolo 287 del trattato CE alle persone fisiche e giuridiche e le chiederà se sia in grado di e se voglia impegnarsi a garantire la tutela delle informazioni riservate e di quelle che costituiscono segreti commerciali. Se la giurisdizione nazionale non è in grado di assumere tale impegno, la Commissione non le trasmetterà informazioni protette dal segreto d'ufficio ⁽⁴⁴⁾. Solo se la giurisdizione nazionale si sarà impegnata a non divulgare le informazioni riservate e quelle che costituiscono segreti commerciali la Commissione trasmetterà le informazioni richieste, specificando quali parti sono protette dal segreto d'ufficio e quali non lo sono e possono perciò essere divulgate.

26. Vi sono altre eccezioni alla trasmissione di informazioni da parte della Commissione alle giurisdizioni nazionali. In particolare la Commissione può rifiutare di trasmettere informazioni alle giurisdizioni nazionali per preminenti motivi attinenti alla necessità di salvaguardare i suoi interessi o di evitare che siano compromessi il funzionamento e l'indipendenza della Comunità, in particolare pregiudicando l'assolvimento dei compiti affidatole⁽⁴⁵⁾. Di conseguenza, 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.

2. Richiesta di un parere su questioni attinenti all'applicazione del diritto comunitario della concorrenza

27. Quando è chiamata ad applicare il diritto comunitario della concorrenza in una causa pendente dinanzi ad essa, una giurisdizione nazionale può in un primo momento cercare lumi nella giurisprudenza delle giurisdizioni comunitarie o negli orientamenti, nelle linee direttrici, nelle comunicazioni e nei regolamenti della Commissione che applicano gli articoli 81 e 82⁽⁴⁶⁾. Se questi strumenti interpretativi non danno indicazioni sufficienti, la giurisdizione nazionale può chiedere alla Commissione il suo parere su questioni attinenti all'applicazione del diritto comunitario della concorrenza. La giurisdizione nazionale può chiedere alla Commissione il suo parere su questioni economiche, di fatto e di diritto⁽⁴⁷⁾. Ciò non pregiudica la possibilità o l'obbligo per la giurisdizione nazionale di chiedere alla Corte di giustizia di pronunciarsi in via pregiudiziale sull'interpretazione o sulla validità del diritto comunitario conformemente all'articolo 234 del trattato CE.

28. Per essere in grado di esprimere un parere utile, la Commissione può chiedere alla giurisdizione nazionale ulteriori informazioni⁽⁴⁸⁾. Per assicurare una cooperazione efficiente con le giurisdizioni nazionali, la Commissione si adopererà per comunicare al giudice nazionale il parere richiesto entro quattro mesi dalla data di ricevimento della richiesta. Qualora la Commissione debba chiedere alla giurisdizione nazionale informazioni complementari per essere in grado di formulare il suo parere, il termine inizierà a decorrere dal momento del ricevimento delle informazioni complementari.

29. Nell'esprimere il suo parere la Commissione 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. Inoltre, diversamente dall'interpretazione formale del diritto comunitario da parte delle giurisdizioni comunitarie, il parere della Commissione

non vincola giuridicamente la giurisdizione nazionale.

30. In linea con quanto spiegato al punto 19 della presente comunicazione, la Commissione non sente le parti prima di formulare il suo parere per la giurisdizione nazionale. La giurisdizione nazionale terrà conto del parere della Commissione secondo le norme procedurali nazionali pertinenti, che devono essere conformi ai principi generali del diritto comunitario.

3 La presentazione alle giurisdizioni nazionali di osservazioni della Commissione

31. Ai sensi dell'articolo 15, paragrafo 3 del regolamento, le autorità nazionali garanti della concorrenza e la Commissione possono presentare osservazioni in merito a questioni relative all'applicazione dell'articolo 81 o dell'articolo 82 del trattato alle giurisdizioni nazionali chiamate ad applicare tali disposizioni. Il regolamento distingue tra osservazioni scritte, che le autorità nazionali garanti della concorrenza e la Commissione possono presentare di propria iniziativa, e osservazioni orali, che possono essere presentate solo previa autorizzazione della giurisdizione competente ⁽⁴⁹⁾.
32. Il regolamento precisa che la Commissione presenta osservazioni solo qualora ciò sia necessario ai fini dell'applicazione conforme dell'articolo 81 o dell'articolo 82 del trattato. Dato l'obiettivo delle osservazioni, la Commissione si limiterà ad una analisi economica e giuridica dei fatti su cui verte la causa pendente dinanzi alla giurisdizione nazionale.
33. Per consentire alla Commissione di presentare osservazioni utili, le giurisdizioni nazionali possono essere invitate a trasmettere o a far sì che vengano trasmessi alla medesima, copia di qualsiasi documento necessario per la valutazione del caso. Conformemente all'articolo 15, paragrafo 3, secondo comma, del regolamento, la Commissione utilizzerà tali documenti esclusivamente per la preparazione delle sue osservazioni ⁽⁵⁰⁾.
34. Poiché il regolamento non contiene disposizioni procedurali per la presentazione delle osservazioni, la procedura applicabile è determinata dalle norme e dalle prassi degli Stati membri in materia. Se uno Stato membro non ha ancora previsto una procedura applicabile al riguardo, spetta alla giurisdizione nazionale interessata determinare quali siano le regole procedurali da seguire per la presentazione di osservazioni nella causa pendente dinanzi ad essa.
35. La procedura deve essere in linea con i principi esposti al punto 10 della presente comunicazione. Ciò implica tra l'altro che la procedura per la presentazione di

ALLEGATO V

osservazioni in merito a questioni relative all'applicazione dell'articolo 81 o dell'articolo 82 del trattato

- a) deve essere compatibile con i principi generali del diritto comunitario, ed in particolare con i diritti fondamentali delle parti in causa;
- b) non deve rendere la presentazione di osservazioni eccessivamente difficile o praticamente impossibile (principio di efficacia) ⁽⁵¹⁾ e
- c) non può rendere la presentazione di osservazioni da parte della Commissione più difficile che la presentazione di osservazioni in procedimenti giudiziari nei quali si applicano norme di diritto nazionale equivalenti (principio di equivalenza).

B. ASSISTENZA PRESTATATA DALLE GIURISDIZIONI NAZIONALI ALLA COMMISSIONE PER AGEVOLARLA NEL SUO COMPITO DI APPLICAZIONE DEL DIRITTO COMUNITARIO DELLA CONCORRENZA

36. Poiché il dovere di leale collaborazione implica anche che le autorità degli Stati membri sono tenute ad assistere le istituzioni europee in vista del conseguimento degli obiettivi del trattato CE ⁽⁵²⁾ il regolamento prevede che questa assistenza possa esplicarsi in tre modi: 1) la trasmissione dei documenti necessari per la valutazione di un caso in cui la Commissione intende presentare osservazioni (cfr. punto 33), 2) la trasmissione delle sentenze che applicano gli articoli 81 o 82 e 3) l'intervento delle giurisdizioni nazionali nel quadro di ispezioni compiute dalla Commissione.

1. La trasmissione di sentenze delle giurisdizioni nazionali che applicano gli articoli 81 o 82

37. Ai sensi dell'articolo 15, paragrafo 2 del regolamento, gli Stati membri trasmettono alla Commissione senza indugio, dopo che il testo integrale della sentenza scritta è stato notificato alle parti, copia delle sentenze scritte delle giurisdizioni nazionali nelle quali trovano applicazione l'articolo 81 o l'articolo 82 del trattato. La trasmissione delle sentenze nazionali attinenti all'applicazione degli articoli 81 o 82, e le informazioni che per la Commissione ne derivano in merito ai procedimenti dinanzi alle giurisdizioni nazionali permette soprattutto alla Commissione di essere tempestivamente informata in merito a casi sui quali sarebbe opportuno che essa presentasse delle osservazioni qualora una delle parti ricorresse contro la sentenza.

2. Eventuale intervento delle giurisdizioni nazionali nel quadro di ispezioni compiute dalla Commissione

38. Infine, le giurisdizioni nazionali possono essere chiamate ad intervenire in caso di ispezioni compiute dalla Commissione presso le imprese e associazioni di imprese. Il ruolo delle giurisdizioni nazionali dipende dal fatto che le ispezioni siano compiute nei locali dell'impresa o in altri locali.
39. Per le ispezioni compiute nei locali delle imprese, la legislazione nazionale può richiedere l'autorizzazione di una giurisdizione nazionale perché la forza pubblica possa intervenire per aiutare la Commissione a sormontare l'eventuale opposizione dell'impresa interessata. Tale autorizzazione può anche essere richiesta in via preventiva. Ai fini della concessione dell'autorizzazione, l'autorità giudiziaria nazionale controlla l'autenticità della decisione della Commissione e verifica che le misure coercitive previste non siano né arbitrarie né sproporzionate rispetto all'oggetto degli accertamenti. Nel verificare la proporzionalità delle misure coercitive, la giurisdizione nazionale può chiedere alla Commissione, direttamente o tramite l'autorità nazionale garante della concorrenza, una spiegazione dettagliata, in particolare, dei motivi per i quali la Commissione sospetta un'infrazione agli articoli 81 e 82 del trattato non ché della gravità della presunta infrazione e della natura del coinvolgimento dell'impresa interessata ⁽⁵³⁾.
40. Per le ispezioni in locali diversi da quelli delle imprese, il regolamento prescrive che la decisione della Commissione che ordina tali ispezioni non può essere eseguita senza l'autorizzazione preliminare dell'autorità giudiziaria nazionale. Quest'ultima può controllare l'autenticità della decisione della Commissione e verificare che le misure coercitive previste non siano né arbitrarie né sproporzionate in considerazione, in particolare, della gravità della presunta infrazione, dell'importanza della prova richiesta, del coinvolgimento dell'impresa interessata e della ragionevole probabilità che i registri e i documenti aziendali relativi all'oggetto degli accertamenti siano detenuti nei locali per i quali è chiesta l'autorizzazione. La giurisdizione nazionale può chiedere alla Commissione, direttamente o tramite l'autorità nazionale garante della concorrenza, una spiegazione dettagliata degli elementi che sono necessari per permetterle di verificare la proporzionalità delle misure coercitive previste ⁽⁵⁴⁾.
41. In entrambi i casi di cui ai punti 39 e 40, la giurisdizione nazionale non può mettere in discussione la legittimità della decisione della Commissione o la necessità degli accertamenti né chiedere che siano fornite informazioni contenute nel fascicolo della Commissione ⁽⁵⁵⁾. Infine, il dovere di leale collaborazione impone alla giurisdizione nazionale di prendere una decisione entro tempi opportuni, che consentano alla Commissione di compiere efficacemente gli

ALLEGATO V

accertamenti di cui trattasi ⁽⁵⁶⁾.

IV. DISPOSIZIONI FINALI

42. La presente comunicazione è pubblicata per assistere le giurisdizioni nazionali chiamate ad applicare gli articoli 81 ed 82 del trattato CE. Essa non vincola le giurisdizioni nazionali né pregiudica i diritti e gli obblighi degli Stati membri dell'UE e delle persone fisiche e giuridiche in virtù del diritto comunitario.
43. La presente comunicazione sostituisce la comunicazione del 1993 relativa alla cooperazione tra i giudici nazionali e la Commissione nell'applicazione degli articoli 85 e 86 del trattato CEE ⁽⁵⁷⁾.

⁽¹⁾ Per i criteri per determinare quali organi possano essere considerati giurisdizioni ai sensi dell'articolo 234 del trattato CE, cfr. per esempio causa C-516/99, Schmid, Racc. [2002] I-4573, punto 34: «la Corte tiene conto di un insieme di elementi quale l'origine legale dell'organo, il suo carattere permanente, l'obbligatorietà della sua giurisdizione, la natura contraddittoria del procedimento, il fatto che l'organo applichi norme giuridiche e che sia indipendente».

⁽²⁾ 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 (GU L 2003 del 4.1.2003, pag. 1).

⁽³⁾ Comunicazione sulla cooperazione nell'ambito della rete delle autorità garanti della concorrenza (GU C 101 del 27.4.2004, pag. 43). Ai fini di detta comunicazione, per «autorità nazionale garante della concorrenza» si intende l'autorità designata da uno Stato membro conformemente all'articolo 35, paragrafo 1 del regolamento.

⁽⁴⁾ La competenza di una giurisdizione nazionale dipende dalle regole nazionali, europee e internazionali in materia di competenza giurisdizionale. In questo contesto, può essere utile ricordare che il regolamento (CE) n. 44/2001 del Consiglio, del 22 dicembre 2000, concernente la competenza giurisdizionale, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale (GU L 12 del 16.1.2001, pag. 1) si applica a tutte le cause in materia di concorrenza di natura civile o commerciale.

⁽⁵⁾ Cfr. articolo 6 del regolamento.

⁽⁶⁾ Cfr. articoli 2 e 3 del trattato CE, causa. C-126/97, Eco Swiss, Racc. [1999] I-3055, punto 36; causa T-34/92 Fiatagri UK and New Holland Ford, Racc. [1994] II-905, punto 39 e causa T-128/98 Aéroport de Paris, Racc. [2000] II-3929, punto 241.

⁽⁷⁾ Cause riunite C-430/93 e C-431/93 van Schijndel [1995] ECR I-4705, 13 a 15 e 22.

⁽⁸⁾ L'ultima frase del considerando 8 del regolamento (CE) n. 1/2003 precisa che il regolamento stesso non si applica a leggi nazionali che impongono sanzioni penali a persone fisiche, salvo qualora tali sanzioni costituiscano gli strumenti tramite i quali sono attuate le regole di concorrenza applicabili alle imprese.

⁽⁹⁾ Causa T-24/90, Automec, Racc. [1992] II-2223, punto 85.

⁽¹⁰⁾ Per ulteriori chiarimenti sul concetto di incidenza sul commercio, cfr. la comunicazione sull'argomento (GU C 101 del 27.4.2004, pag. 81).

⁽¹¹⁾ Articolo 3, paragrafo 1 del regolamento.

⁽¹²⁾ Cfr. anche la comunicazione sull'applicazione dell'articolo 81, paragrafo 3 del trattato (GU C 101 del 27.4.2004, pag. 81).

⁽¹³⁾ Causa 14/68, Walt Wilhelm, Racc. [1969] punto 1 e cause riunite 253/78 e 1-3/79, Giry e Guerlain, Racc. [1980] 2327, punti da 15 a 17.

⁽¹⁴⁾ Causa 106/77 Simmenthal, Racc. [1978] pag. 629, punto 21 e causa C-198/01 Consorzio Industrie Fiammiferi (CIF), Racc. [2003], punto 49.

ALLEGATO V

(¹⁵) Per es. una giurisdizione nazionale può essere chiamata a far eseguire una decisione della Commissione adottata a norma degli articoli da 7 a 10, 23 e 24 del regolamento.

(¹⁶) Cfr. per es. causa 5/88, Wachauf Racc. [1989] 2609, punto 19.

(¹⁷) Cause riunite C-215/96 e C-216/96, Bagnasco, Racc. [1999] I-135, punto 50.

(¹⁸) Causa 63/75, Fonderies Roubaix, Racc. [1976] 111, punti da 9 a 11 e Delimitis, causa C-234/89, Racc. [1991] I-935, punto 46.

(¹⁹) Sull'applicazione parallela o successiva del diritto comunitario della concorrenza da parte delle giurisdizioni nazionali e della Commissione cfr. anche i punti da 11 a 14.

(²⁰) Causa 66/86, Ahmed Saeed Flugreisen, Racc. [1989] 803, punto 27 e causa C-234/89, Delimitis, Racc. [1991] I-935, punto 50. Un elenco degli orientamenti, delle linee direttrici, delle comunicazioni e dei regolamenti della Commissione nel settore della politica di concorrenza, in particolare i regolamenti che applicano l'articolo 81, paragrafo 3 a determinate categorie di accordi, decisioni di associazioni di imprese e pratiche concordate, è allegato alla presente comunicazione. Le decisioni della Commissione che applicano gli articoli 81 e 82 del trattato CE (dal 1964) sono reperibili all'indirizzo <http://www.europa.eu.int/comm/competition/antitrust/cases/>.

(²¹) Cause riunite C-319/93, C-40/94 e C-224/94, Dijkstra, Racc. [1995] I-4471, punto 32.

(²²) Sulla possibilità per le giurisdizioni nazionali di chiedere un parere alla Commissione cfr. più sotto, punti da 27 a 30.

(²³) Sulla presentazione di osservazioni cfr. più sotto, punti da 31 a 35.

(²⁴) Causa 106/77 Simmenthal, Racc. [1978] pag. 629, punti 14 e 15.

(²⁵) Cfr. causa 68/88, Commissione/Grecia, Racc. [1989] 2965, punti da 23 a 25.

(²⁶) Sui danni in caso di infrazione commessa da un'impresa, cfr. causa C-453/99, Courage e Crehan, Racc. [2001] 6297, punti 26 e 27. Sui danni in caso di infrazione commessa da uno Stato membro o da un'autorità che è un'emanazione dello Stato e sulle condizioni di questa responsabilità dello Stato cfr. per esempio: cause riunite C-6/90 e C-9/90, Francovich, Racc. [1991] I-5357, punti da 33 a 36; causa C-271/91, Marshall/Southampton and South West Hampshire Area Health Authority, Racc. [1993] I-4367, punti 30 e da 34 a 35; cause riunite C-46/93 e C-48/93, Brasserie du Pêcheur e Factortame, Racc. [1996] I-1029; causa C-392/93, British Telecommunications, Racc. [1996] I-1631, punti da 39 a 46 e cause riunite C-178/94, C-179/94 e da C-188/94 a 190/94, Dillenkofer, Racc. [1996] I-4845, punti da 22 a 26 e 72.

(²⁷) Cfr. per esempio: causa 33/76, Rewe, Racc. [1976] 1989, punto 5; causa 45/76, Comet, Racc. [1976] 2043, punto 12 e causa 79/83, Harz, Racc. [1984] 1921, punti 18 e 23.

(²⁸) Cfr. per es.: causa 33/76, Rewe, Racc. [1976] 1989, punto 5; Rewe, causa 158/80, Racc. [1981] 1805, punto 44; causa 199/82, San Giorgio, Racc. [1983] 3595, punto 12 e causa C-231/96, Edis, Racc. [1998] I-4951, punti 36 e 37.

(²⁹) L'articolo 11, paragrafo 6, in combinato disposto con l'articolo 35, paragrafi 3 e 4 del regolamento, osta all'applicazione parallela degli articoli 81 o 82 da parte della Commissione e di una giurisdizione nazionale solo quando quest'ultima è stata designata come autorità nazionale garante della concorrenza.

(³⁰) Articolo 16, paragrafo 1 del regolamento.

(³¹) La Commissione rende noto l'avvio di un procedimento in vista dell'adozione di una decisione ai sensi degli articoli da 7 a 10 del regolamento [cfr. articolo 2, paragrafo 2 del regolamento (CE) n. 773/2004 del 7 aprile 2004 della Commissione relativo ai procedimenti in applicazione degli articoli 81 ed 82 del trattato CE (GU L 123 del 27.4.2004)]. Secondo la Corte di giustizia, l'avvio di un procedimento implica un atto d'imperio della Commissione, col quale questa manifesti la propria volontà di adottare una decisione (causa 48/72, Brasserie de Haecht, Racc. [1973] 77, punto 16).

(³²) Causa C-234/89, Delimitis, Racc. [1991] I-935, punto 53 e cause riunite C-319/93, C-40/94 e C-224/94, Dijkstra, Racc. [1995] I-4471, punto 34. Cfr. sempre a questo proposito il punto 21 della presente comunicazione.

(³³) Cfr. l'articolo 16, paragrafo 1 del regolamento e le cause C-234/89, Delimitis, Racc. [1991] I-935, punto 47 e C-344/98, Masterfoods, Racc. [2000] I-11369, punto 51.

(³⁴) Cfr. causa 314/85, Foto-Frost, Racc. [1987] 4199, punti da 12 a 20.

(³⁵) Cfr. l'articolo 16, paragrafo 1 del regolamento e la causa C-344/98, Masterfoods, Racc. [2000] I-11369, punti da 52 a 59.

(³⁶) Cfr. causa C-344/98, Masterfoods, Racc. [2000] I-11369, punto 58.

(³⁷) Causa C-2/88 Imm, Zwartveld, Racc. [1990] I-3365, punti da 16 a 22 e causa C-234/89, Delimitis, Racc. [1991] I-935, punto 53.

(³⁸) Causa C-94/00 Roquette Frères Racc. [2002] 9011, punto 31.

(³⁹) Sulla compatibilità delle norme procedurali nazionali con i principi generali del diritto comunitario cfr. i punti 9 e 10 della presente comunicazione.

(⁴⁰) Per questi doveri cfr. per esempio i punti da 23 a 26 della presente comunicazione.

(⁴¹) Causa C-234/89, Delimitis, Racc. [1991] I-935, punto 53 e cause riunite C-319/93, C-40/94 e C-224/94, Dijkstra, Racc. [1995] I-4471, punto 34.

(⁴²) Causa C-234/89, Delimitis, Racc. [1991] I-935, punto 53.

(⁴³) Causa T-353/94, Postbank, Racc. [86] II-921, punti 86 e 87 e causa 145/83, Adams, Racc. [1985] 3539, punto 34.

(⁴⁴) Causa C-288, Racc. [1990] I-4405, Zwartveld, punti 10 e 11 e causa T-353/94, Postbank, Racc. [1996] II-921, punto 93.

(⁴⁵) Cfr. causa C-2/88, Zwartveld, Racc. [1990] I-4405, punti 10 e 11; causa C-275/2000, First e Franex, Racc. [2002] I-10943, punto 49 come pure causa T-353/94, Postbank, Racc. [1996] II-921, punto 93.

(⁴⁶) Cfr. punto 8 della presente comunicazione.

(⁴⁷) Sentenze della Corte del 28 febbraio 1991, Delimitis, causa C-234/89, Racc.

ALLEGATO V

[1991] I-935, punto 53 e del 12 dicembre 1995, Dijkstra, cause C-319/93, C-40/94 e C-224/94, Racc. [1995] I-4471, punto 34.

⁽⁴⁸⁾ Si confrontino la causa 96/81, Commissione/Paesi Bassi, Racc. [1982] I 1791, punto 7 e la causa 272/86, Commissione/Grecia, Racc. [1988] 4875, punto 30.

⁽⁴⁹⁾ A norma dell'articolo 15, paragrafo 4 del regolamento, rimangono impregiudicati i più ampi poteri di presentare osservazioni dinanzi alle giurisdizioni che siano conferiti alle autorità garanti della concorrenza degli Stati membri in forza della legislazione nazionale.

⁽⁵⁰⁾ Cfr. anche l'articolo 28, paragrafo 2 del regolamento, che vieta alla Commissione di divulgare le informazioni acquisite che siano protette dal segreto d'ufficio.

⁽⁵¹⁾ Cause riunite 46/87 e 227/88, Hoechst, Racc. [1989] 2859, punto 33. Cfr. anche articolo 15, paragrafo 3 del regolamento.

⁽⁵²⁾ Cfr. causa C-69/90, Commissione/Italia, Racc. [1991] 6011, punto 15.

⁽⁵³⁾ Articolo 20, paragrafi da 6 a 8 del regolamento e causa C-94/00, Roquette Frères, Racc. [2002] 9011.

⁽⁵⁴⁾ Articolo 21, paragrafo 3 del regolamento.

⁽⁵⁵⁾ Cfr. causa C-94/00, Roquette Frères, Racc. [2002] 9011, punti 39 e da 62 a 66.

⁽⁵⁶⁾ *Ibidem*, punti 91 e 92.

⁽⁵⁷⁾ GU C 39 del 13.2.1993, pag. 6.

ALLEGATO

REGOLAMENTI DI ESENZIONE PER CATEGORIA, COMUNICAZIONI E LINEE DIRETTRICI DELLA COMMISSIONE

Il presente elenco è disponibile, e aggiornato, sul sito della Direzione generale Concorrenza della Commissione europea:

<http://europa.eu.int/comm/competition/antitrust/legislation/>

A. Normativa di carattere generale (non settoriale)

1. Comunicazioni di carattere generale

- Comunicazione sulla definizione del mercato rilevante ai fini dell'applicazione del diritto comunitario in materia di concorrenza (GU C 372 del 9.12.1997, pag. 5).
- Comunicazione relativa agli accordi di importanza minore che non determinano restrizioni sensibili della concorrenza ai sensi dell'articolo 81, paragrafo 1, del trattato che istituisce la Comunità europea (de minimis) (GU C 368 del 22.12.2001, pag. 13).
- Comunicazione sulla nozione di pregiudizio al commercio di cui agli articoli 81 e 82 del trattato (GU C 101 del 27.4.2004, pag. 81).
- Linee direttrici sull'applicazione dell'articolo 81, paragrafo 3 del trattato (GU C 101 del 27.4.2004, pag. 2).

2. Accordi verticali

- Regolamento 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 (GU L 336 del 29.12.1999, pag. 21).
- Linee direttrici sulle restrizioni verticali (GU C 291 del 13.10.2000, pag. 1).

3. Accordi di cooperazione orizzontale

- Regolamento (CE) n. 2658/2000 della Commissione, del 29 novembre 2000, relativo all'applicazione dell'articolo 81, paragrafo 3, del trattato a categorie di accordi di specializzazione (GU L 304 del 5.12.2000, pag. 3).

ALLEGATO V

- Regolamento (CE) n. 2659/2000 della Commissione, del 29 novembre 2000, relativo all'applicazione dell'articolo 81, paragrafo 3, del trattato a categorie di accordi in materia di ricerca e sviluppo (GU L 304 del 5.12.2000, pag. 7).
- Linee direttrici sull'applicabilità dell'articolo 81 del trattato CE agli accordi di cooperazione orizzontale (GU C 3 del 6.1.2001, pag. 2).

4. *Accordi di licenza di trasferimento di tecnologia*

- Regolamento (CE) n. 773/2004 del 27 aprile 2004 relativo all'applicazione dell'articolo 81, paragrafo 3 del trattato CE a categorie di accordi di trasferimento di tecnologia (GU L 123 del 27.4.2004).
- Linee direttrici sull'applicazione dell'articolo 81 del trattato CE agli accordi di trasferimento di tecnologia (GU C 101 del 27.4.2004, pag. 2).

B. Normative settoriali

1. *Assicurazioni*

- Regolamento (CE) n. 358/2003 della Commissione, del 27 febbraio 2003, relativo all'applicazione dell'articolo 81, paragrafo 3, del trattato a talune categorie di accordi, decisioni e pratiche concordate nel settore delle assicurazioni (GU L 53 del 28.2.2003, pag. 8).

2. *Autoveicoli*

- Regolamento (CE) n. 1400/2002 della Commissione, del 31 luglio 2002, relativo all'applicazione dell'articolo 81, paragrafo 3, del trattato a categorie di accordi verticali e pratiche concordate nel settore automobilistico (GU L 203 dell'1.8.2002, pag. 30).

3. *Telecomunicazioni e servizi postali*

- Linee direttrici sull'applicazione delle regole di concorrenza della CEE nel settore delle telecomunicazioni (GU C 1991 del 6.9.1991, pag. 2).
- Comunicazione della Commissione sull'applicazione delle regole di concorrenza al settore postale e sulla valutazione di alcune misure statali relative ai servizi postali (GU C 39 del 6.2.1998, pag. 2).

- Comunicazione della Commissione sull'applicazione delle regole di concorrenza agli accordi in materia di accesso nel settore delle telecomunicazioni — Quadro normativo, mercati rilevanti e principi (GU C 265 del 22.8.1998, pag. 2).
- Linee direttrici per l'analisi del mercato e la valutazione del significativo potere di mercato ai sensi del nuovo quadro normativo comunitario per le reti e i servizi di comunicazione elettronica (GU C 165 dell'1 1.7.2002, pag. 6).

4. *Trasporti*

- Regolamento (CEE) n. 1617/93 della Commissione, del 25 giugno 1993, relativo all'applicazione dell'articolo 85, paragrafo 3 del Trattato CEE ad alcune categorie di accordi, decisioni e pratiche concordate aventi per oggetto, sui servizi aerei di linea, la programmazione congiunta e il coordinamento degli orari, gli esercizi congiunti, le consultazioni sulle tariffe per i passeggeri e le merci e l'assegnazione di bande orarie negli aeroporti (GU L 15 5 del 26.6.1993, pag. 18).
- Chiarimenti relativi alle raccomandazioni della Commissione in materia di applicazione delle regole di concorrenza ai progetti di nuove infrastrutture di trasporto (GU C 298 del 30.09.1997, pag. 5).
- Regolamento (CE) n. 823/2000 della Commissione, del 19 aprile 2000, relativo all'applicazione dell'articolo 81, paragrafo 3 del trattato a talune categorie di accordi, di decisioni e di pratiche concordate tra compagnie di trasporto marittimo di linea (consorzi) (GU L 100 del 20.4.2000, pag. 24).

Comunicazione della Commissione sulla procedura applicabile alle denunce presentate alla Commissione ai sensi degli articoli 81 e 82 del trattato CE

(2004/C 101/05)

(Testo rilevante ai fini del SEE)

I. INTRODUZIONE E OGGETTO DELLA COMUNICAZIONE

1. Il regolamento 1/2003 ⁽¹⁾ stabilisce un sistema di competenze parallele per l'applicazione degli articoli 81 e 82 del trattato CE da parte della Commissione e da parte delle autorità garanti della concorrenza e delle giurisdizioni degli Stati membri. Il regolamento riconosce in particolare le funzioni complementari della Commissione e delle autorità garanti della concorrenza degli Stati membri che agiscono nell'interesse pubblico e delle giurisdizioni degli Stati membri che si pronunciano su controversie private per la tutela dei diritti individuali derivanti dagli articoli 81 ed 82 ⁽²⁾.
2. A norma del regolamento 1/2003, le autorità che agiscono nell'interesse pubblico possono concentrarsi sull'esame di infrazioni gravi degli articoli 81 ed 82, che sono spesso difficili da scoprire. A tal fine, esse utilizzano le informazioni fornite dalle imprese e dai consumatori.
3. La Commissione intende quindi incoraggiare i cittadini e le imprese a rivolgersi alle autorità che agiscono nell'interesse pubblico per informarle di presunte violazioni delle regole di concorrenza. Per quanto riguarda la Commissione, vi sono due modi per farlo: il primo è la presentazione di una denuncia ai sensi dell'articolo 7, paragrafo 2, del regolamento 1/2003. Ai sensi degli articoli da 5 a 9 del regolamento 773/2004 ⁽³⁾, le denunce devono soddisfare determinati requisiti.
4. L'altra possibilità è la comunicazione di informazioni sul mercato, che non devono soddisfare i requisiti richiesti per la presentazione di denunce ai sensi dell'articolo 7, paragrafo 2, del regolamento 1/2003. A tal fine, la Commissione ha creato un apposito sito web per raccogliere informazioni dai cittadini, dalle imprese e dalle loro associazioni che desiderino informare la Commissione di presunte violazioni degli articoli 81 ed 82. Queste informazioni possono dare avvio ad un'indagine della Commissione ⁽⁴⁾. Le informazioni su presunte infrazioni possono essere inviate al seguente indirizzo:

<http://europa.eu.int/dgcomp/info-on-anti-competitive-practices>

ALLEGATO VI

oppure a:

Commissione europea
DG Concorrenza
B-1049 Bruxelles/Brussel

5. Fatta salva l'interpretazione del regolamento 1/2003 e del regolamento 773/2004 della Commissione da parte degli organi giurisdizionali comunitari, la presente comunicazione intende fornire delle indicazioni ai cittadini e alle imprese che chiedono che sia posto fine a presunte violazioni delle regole di concorrenza. La comunicazione consta di due parti principali:

- la parte II fornisce indicazioni volte a facilitare la scelta tra presentare una denuncia alla Commissione o adire una giurisdizione nazionale. Inoltre essa richiama i principi relativi alla divisione del lavoro tra la Commissione e le autorità nazionali garanti della concorrenza nel sistema di applicazione instaurato dal regolamento 1/2003, principi che sono chiariti nella Comunicazione sulla cooperazione nell'ambito della rete delle autorità garanti della concorrenza ⁽⁵⁾,
- la parte III illustra la procedura per il trattamento delle denunce applicata dalla Commissione ai sensi dell'articolo 7, paragrafo 2, del regolamento 1/2003.

6. La presente comunicazione non tratta le seguenti fattispecie:

- denunce presentate dagli Stati membri ai sensi dell'articolo 7, paragrafo 2, del regolamento 1/2003,
- denunce che richiedono alla Commissione di intervenire nei confronti di uno Stato membro ai sensi dell'articolo 86, paragrafo 3, in combinato disposto con gli articoli 81 o 82 del trattato,
- denunce relative ad aiuti di Stato ai sensi dell'articolo 87 del trattato,
- denunce relative ad infrazioni degli Stati membri per le quali la Commissione può intervenire nel quadro dell'articolo 226 del trattato ⁽⁶⁾.

II. LE DIVERSE POSSIBILITÀ PER PRESENTARE UNA DENUNCIA DI PRESUNTE INFRAZIONI DEGLI ARTICOLI 81 O 82

A. LE DENUNCE NEL NUOVO SISTEMA INSTAURATO DAL REGOLAMENTO 1/2003

7. A seconda della natura della denuncia, si può scegliere di adire una giurisdizione nazionale o di denunciare i fatti ad un'autorità garante della concorrenza che agisce nell'interesse pubblico. Il presente capitolo della comunicazione è inteso ad aiutare i potenziali autori di una denuncia a scegliere con cognizione di causa se rivolgersi alla Commissione, all'autorità garante della concorrenza di uno degli Stati membri o ad un organo giurisdizionale nazionale.
8. Mentre le giurisdizioni nazionali sono chiamate a tutelare i diritti individuali e sono quindi obbligate a pronunciarsi in merito alle questioni che vengono loro sottoposte, le autorità pubbliche di esecuzione non possono aprire un'indagine su tutti i casi denunciati ma devono stabilire un ordine di priorità. La Corte di giustizia ha stabilito che la Commissione, a cui l'articolo 85, paragrafo 1, del trattato CE conferisce il compito di vigilare sull'applicazione dei principi fissati dagli articoli 81 e 82 del trattato CE, è responsabile della definizione e dell'orientamento della politica comunitaria della concorrenza e che, per assolvere efficacemente questo compito, essa ha il diritto di attribuire un diverso grado di priorità alle denunce che le vengono presentate ⁽⁷⁾.
9. Il regolamento 1/2003 conferisce alle giurisdizioni e alle autorità garanti della concorrenza degli Stati membri il potere di applicare pienamente gli articoli 81 e 82, accanto alla Commissione. Uno dei principali obiettivi del regolamento 1/2003 è che le giurisdizioni e le autorità garanti della concorrenza degli Stati membri partecipino effettivamente all'applicazione degli articoli 81 e 82 ⁽⁸⁾.
10. Inoltre, l'articolo 3 del regolamento 1/2003 stabilisce che le giurisdizioni e le autorità garanti della concorrenza degli Stati membri devono applicare anche gli articoli 81 e 82 a tutti i casi di accordi o pratiche che possano pregiudicare il commercio tra Stati membri quando applicano il diritto nazionale in materia di concorrenza. Ancora, gli articoli 11 e 15 del regolamento istituiscono una serie di meccanismi mediante i quali le giurisdizioni e le autorità garanti della concorrenza degli Stati membri cooperano con la Commissione nell'applicazione degli articoli 81 e 82.
11. Nell'ambito di questo nuovo quadro legislativo la Commissione intende riorientare l'uso delle risorse a sua disposizione secondo i seguenti indirizzi:

ALLEGATO VI

- applicazione delle regole di concorrenza comunitarie nei casi in cui si trova in una posizione idonea per intervenire⁽⁹⁾, concentrando le sue risorse sulle infrazioni più gravi⁽¹⁰⁾,
- trattazione dei casi in relazione ai quali è opportuno che la Commissione intervenga per definire la politica di concorrenza comunitaria e/o garantire un'applicazione coerente degli articoli 81 o 82.

B. I RUOLI COMPLEMENTARI DELLE AUTORITÀ CHE AGISCONO NELL'INTERESSE PUBBLICO E DELLE GIURISDIZIONI NAZIONALI NELL'APPLICAZIONE DEGLI ARTICOLI 81 E 82

12. Secondo una giurisprudenza comunitaria costante, i giudici nazionali sono tenuti a tutelare i diritti attribuiti ai singoli per effetto diretto dell'articolo 81, paragrafo 1, e dell'articolo 82⁽¹¹⁾.
13. Le giurisdizioni nazionali possono decidere della nullità o validità dei contratti e solo le giurisdizioni nazionali possono riconoscere il risarcimento dei danni ad un soggetto privato in caso di violazione degli articoli 81 e 82. Secondo la giurisprudenza della Corte di giustizia, al fine di garantire la piena efficacia del diritto comunitario della concorrenza, chiunque è legittimato a chiedere il risarcimento del danno causatogli da un contratto o da un comportamento idoneo a restringere o falsare il gioco della concorrenza. Le azioni per il risarcimento dei danni dinanzi ai giudici nazionali possono contribuire sostanzialmente al mantenimento di un'effettiva concorrenza nella Comunità in quanto scoraggiano le imprese a convenire o applicare accordi o pratiche restrittivi⁽¹²⁾.
14. Il regolamento 1/2003 tiene espressamente conto del fatto che le giurisdizioni nazionali svolgono un ruolo essenziale nell'applicazione delle regole di concorrenza comunitarie⁽¹³⁾. Nell'estendere alle giurisdizioni nazionali il potere di applicare l'articolo 81, paragrafo 3, tale regolamento esclude la possibilità che le imprese ritardino un procedimento giudiziario a livello nazionale mediante una notifica alla Commissione ed elimina quindi un ostacolo ad un'azione di diritto privato che era presente nel regime del regolamento n. 17⁽¹⁴⁾.
15. Fatto salvo il diritto o l'obbligo dei giudici nazionali di chiedere alla Corte di giustizia di pronunciarsi in via pregiudiziale ai sensi dell'articolo 234 del trattato, l'articolo 15, paragrafo 1, del regolamento 1/2003 dispone espressamente che le giurisdizioni nazionali possono chiedere pareri o informazioni alla Commissione. Questa disposizione mira a facilitare l'applicazione degli articoli 81 e 82 da parte delle giurisdizioni nazionali⁽¹⁵⁾.

16. Un'azione dinanzi alle giurisdizioni nazionali presenta i seguenti vantaggi per i ricorrenti:

- Le giurisdizioni nazionali possono riconoscere il risarcimento del danno subito a causa di una violazione degli articoli 81 e 82;
- Le giurisdizioni nazionali possono pronunciarsi in merito alle richieste di pagamento o a obbligazioni contrattuali fondate su un accordo da loro esaminato in sede di applicazione dell'articolo 81.
- Spetta ai giudici nazionali sancire la nullità di cui all'articolo 81, paragrafo 2, nell'ambito dei rapporti contrattuali tra soggetti privati ⁽¹⁶⁾. In particolare, essi sono in grado di valutare, secondo il diritto nazionale applicabile, la portata e le conseguenze della nullità di talune clausole contrattuali ai sensi dell'articolo 81, paragrafo 2, del trattato CE, con specifico riferimento a tutti gli altri elementi contenuti nell'accordo ⁽¹⁷⁾.
- I giudici nazionali si trovano di norma in una posizione migliore rispetto alla Commissione per l'adozione di provvedimenti provvisori ⁽¹⁸⁾.
- Dinanzi ai giudici nazionali è possibile far valere congiuntamente pretese basate sul diritto comunitario della concorrenza e altre pretese fondate sul diritto nazionale.
- I giudici hanno di norma il potere di condannare la parte soccombente a sopportare le spese legali incorse dalla controparte. Questa possibilità non esiste mai in un procedimento amministrativo dinanzi alla Commissione.

17. Il fatto che il denunciante possa tutelare i suoi diritti mediante un'azione dinanzi al giudice nazionale è un elemento importante di cui la Commissione può tenere conto nel valutare l'interesse comunitario ad aprire un'indagine a seguito di una denuncia ⁽¹⁹⁾.

18. La Commissione ritiene che il nuovo sistema instaurato dal regolamento 1/2003 aumenta per i denuncianti le possibilità di chiedere e ottenere una tutela efficace dinanzi alle giurisdizioni nazionali.

C. DIVISIONE DEL LAVORO TRA LE AUTORITÀ CHE AGISCONO NELL'INTERESSE PUBBLICO NELLA COMUNITÀ EUROPEA

19. Il regolamento 1/2003 istituisce un sistema di competenze parallele per l'applicazione degli articoli 81 e 82 conferendo alle autorità garanti della

ALLEGATO VI

concorrenza degli Stati membri il potere di applicare pienamente gli articoli 81 e 82 (articolo 5). L'applicazione decentrata da parte delle autorità garanti della concorrenza degli Stati membri è incoraggiata anche dalla possibilità di scambiare informazioni (articolo 12) e di prestarsi reciproca assistenza nelle indagini (articolo 22).

20. Il regolamento non ripartisce il lavoro tra la Commissione e le autorità garanti degli Stati membri ma lascia la divisione dei casi alla cooperazione tra la Commissione e le autorità garanti della concorrenza degli Stati membri nell'ambito della rete europea delle autorità garanti della concorrenza (ECN). Il regolamento si propone di assicurare l'efficace applicazione degli articoli 81 e 82 attraverso una suddivisione flessibile dell'esame dei casi tra le autorità che agiscono nell'interesse pubblico all'interno della Comunità.

21. Gli orientamenti per la divisione del lavoro tra la Commissione e le autorità garanti della concorrenza degli Stati membri sono stabiliti in una comunicazione apposita ⁽²⁰⁾. Le indicazioni contenute in detta comunicazione, che riguarda i rapporti tra le autorità che agiscono nell'interesse pubblico, presentano un interesse per i denunciatori poiché permettono loro di rivolgersi all'autorità che presumibilmente si trova nella posizione più idonea per trattare il loro caso.

22. La comunicazione sulla cooperazione nell'ambito della rete delle autorità di concorrenza stabilisce in particolare ⁽²¹⁾ che:

«Si può ritenere che un'autorità sia nella posizione idonea per trattare il \ caso se sono soddisfatte le seguenti tre condizioni cumulative:

- 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;
- l'autorità è in grado di far cessare efficacemente l'infrazione nel suo complesso, vale a dire 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;
- l'autorità può raccogliere, eventualmente con l'assistenza di altre autorità, le prove necessarie per comprovare l'infrazione.

I predetti criteri indicano che, affinché si possa ritenere che l'autorità garante della concorrenza di uno Stato membro sia nella posizione idonea per intervenire, deve esistere un legame sostanziale tra l'infrazione e il territorio dello Stato membro.

Nella maggior parte dei casi si può ritenere che si trovino nella posizione idonea le autorità degli Stati membri nei quali la concorrenza è pregiudicata in maniera sensibile da un'infrazione, a condizione che esse siano in grado di far effettivamente cessare l'infrazione tramite un'azione autonoma o parallela, a meno che non sia la Commissione ad essere nella posizione migliore per intervenire (cfr. infra, punti 13 e [...]).

Si può pertanto affermare che in genere un'unica autorità nazionale garante della concorrenza è nella posizione idonea per trattare gli accordi o le pratiche che pregiudicano in maniera sensibile la concorrenza nell'ambito del proprio territorio [...].

Inoltre, l'azione autonoma di un'autorità nazionale garante della concorrenza può essere adeguata anche quando, pur potendosi ritenere che più di un'autorità nazionale garante della concorrenza sia nella posizione idonea, l'azione di un'unica autorità è sufficiente a far cessare l'infrazione [...].

L'azione parallela di due o di tre autorità nazionali garanti della concorrenza potrebbe rilevarsi adeguata qualora un accordo o una pratica producano effetti sensibili sulla concorrenza principalmente nei rispettivi territori e l'azione di un'unica autorità nazionale garante della concorrenza non sia sufficiente a far cessare l'infrazione nel suo complesso e/o a sanzionarla adeguatamente [...].

Le autorità che trattano il caso in parallelo devono coordinare per quanto possibile le loro attività. A tal fine, esse possono trovare utile designare una di loro come autorità capofila e delegare ad essa compiti quali, ad esempio, il coordinamento delle misure d'indagine, mentre ciascuna autorità resta responsabile della conduzione dei propri procedimenti.

La Commissione è nella posizione più idonea quando uno o più accordi o pratiche, ivi comprese le reti di accordi o di pratiche simili, incidono sulla concorrenza in più di tre Stati membri (mercati transfrontalieri che coprono più di tre Stati membri o diversi mercati nazionali) [...].

Inoltre, la Commissione è in una posizione particolarmente idonea per trattare i casi che presentano una stretta relazione con altre disposizioni comunitarie per la cui applicazione la Commissione ha la competenza esclusiva o che possono essere applicate meglio dalla Commissione, come pure i casi nei quali la tutela dell'interesse comunitario richieda l'adozione di una decisione della Commissione per adeguare la politica di concorrenza comunitaria a problemi di concorrenza nuovi o per assicurare il rispetto effettivo delle regole di concorrenza.»

ALLEGATO VI

23. Nell'ambito dell'ECN, le informazioni sui casi oggetto di indagine a seguito di una denuncia saranno messe a disposizione degli altri membri della rete prima o immediatamente dopo l'avvio della prima misura formale di indagine⁽²²⁾. Se la stessa denuncia è stata presentata a più autorità o se il caso non è stato denunciato ad un'autorità in posizione idonea per trattarlo, i membri della rete si adopereranno per determinare entro un termine indicativo di due mesi quale o quali autorità deve o devono trattare il caso.
24. Gli stessi denunciati rivestono un ruolo importante nel ridurre la necessità di riattribuzione del caso che trae origine dalla loro denuncia. Essi riferiscono agli orientamenti sulla divisione del lavoro nell'ambito della rete al momento di decidere a chi presentare la propria denuncia. Qualora un caso venga comunque riattribuito all'interno della rete, le imprese interessate e i denunciati ne sono informati il più rapidamente possibile ad opera delle autorità garanti della concorrenza interessate⁽²³⁾.
25. La Commissione può respingere una denuncia ai sensi dell'articolo 13 del regolamento 1/2003 qualora questa sia oggetto di esame da parte dell'autorità garante della concorrenza di uno Stato membro o sia già stata esaminata dalla stessa. Nel respingere una denuncia la Commissione deve, ai sensi dell'articolo 9 del regolamento 773/2004, comunicare senza indugio al denunciante quale autorità garante della concorrenza stia esaminando o abbia già esaminato il caso.

III. TRATTAMENTO DA PARTE DELLA COMMISSIONE DELLE DENUNCE PRESENTATE AI SENSI DELL'ARTICOLO 7, PARAGRAFO 2, DEL REGOLAMENTO 1/2003

A. PRINCIPI GENERALI

26. Ai sensi dell'articolo 7, paragrafo 2, del regolamento 1/2003 le persone fisiche o giuridiche che dimostrino un legittimo interesse⁽²⁴⁾ possono presentare una denuncia per chiedere alla Commissione di constatare un'infrazione degli articoli 81 e 82 del trattato CE e di far cessare l'infrazione stessa conformemente all'articolo 7, paragrafo 1, del regolamento 1/2003. La presente parte della comunicazione ha ad oggetto i requisiti che le denunce presentate ai sensi dell'articolo 7, paragrafo 2, del regolamento 1/2003 devono avere, le modalità di valutazione delle stesse e la procedura che sarà applicata dalla Commissione.
27. La Commissione, diversamente dalle giurisdizioni civili, che hanno il compito di tutelare i diritti individuali dei privati, è un'autorità amministrativa che deve agire nell'interesse pubblico. Il margine di discrezionalità di cui dispone la Commissione nella fissazione dei gradi di priorità, costituisce una caratteristica

inerente alla sua funzione di autorità che agisce nell'interesse pubblico ⁽²⁵⁾.

28. La Commissione è legittimata ad attribuire diversi gradi di priorità alle denunce presentate e può fare riferimento all'interesse comunitario rappresentato da un caso come criterio di priorità ⁽²⁶⁾. La Commissione può respingere una denuncia se ritiene che il caso non presenti un interesse comunitario sufficiente a giustificare ulteriori indagini. Quando la Commissione respinge una denuncia, il denunciante ha diritto a che la Commissione adotti una decisione ⁽²⁷⁾ fatto salvo l'articolo 7, paragrafo 3, del regolamento 773/2004.

**B. PRESENTAZIONE DI UNA DENUNCIA AI SENSI DELL'ARTICOLO 7,
PARAGRAFO 2, DEL REGOLAMENTO 1/2003**

a) Modulo di denuncia

29. Una denuncia ai sensi dell'articolo 7, paragrafo 2, del regolamento 1/2003 può essere presentata esclusivamente per una presunta infrazione degli articoli 81 o 82 affinché la Commissione intervenga ai sensi dell'articolo 7, paragrafo 1, del regolamento 1/2003. Tutte le denunce ai sensi dell'articolo 7, paragrafo 2, del regolamento 1/2003 devono essere conformi al modulo C di cui all'articolo 5, paragrafo 1, del regolamento 773/2004, riportato in allegato a detto regolamento.

30. Il modulo C è disponibile in forma elettronica all'indirizzo <http://europa.eu.int/dgcomp/complaints-form> ed è inoltre allegato alla presente comunicazione. La denuncia deve essere presentata in tre copie cartacee e, se possibile, in forma elettronica. Inoltre il denunciante deve trasmettere una versione non riservata della denuncia (articolo 5, paragrafo 2, del regolamento 773/2004). La versione elettronica può essere trasmessa alla Commissione tramite il sito web indicato; le copie cartacee vanno inviate al seguente indirizzo:

Commissione europea
DG Concorrenza
B-1049 Bruxelles/Brussel

31. Il modulo C richiede che i denuncianti forniscano informazioni esaurienti relativamente alla loro denuncia. Essi dovrebbero anche fornire copia della documentazione rilevante di cui possano ragionevolmente disporre e, per quanto possibile, indicare dove la Commissione potrebbe ottenere informazioni e documenti rilevanti di cui essi non possono disporre. In casi particolari, la Commissione può dispensare dall'obbligo di comunicare una parte delle informazioni previste dal modulo C (articolo 5, paragrafo 1, del regolamento 773/2004). La Commissione ritiene che questa possibilità possa, in particolare,

ALLEGATO VI

contribuire ad agevolare le denunce da parte di associazioni di consumatori che, pur potendo presentare elementi di prova a sostegno della loro denuncia, non possono disporre di specifiche informazioni provenienti dalle imprese oggetto della denuncia.

32. La corrispondenza indirizzata alla Commissione che non sia conforme ai requisiti di cui all'articolo 5 del regolamento 773/2004 e che non costituisca quindi una denuncia ai sensi dell'articolo 7, paragrafo 2, del regolamento 1/2003 sarà considerata dalla Commissione come un'informazione di carattere generale che, se utile, potrà dar luogo ad un'indagine d'ufficio (cfr. sopra, punto 4).

b) Legittimo interesse

33. La qualifica formale di autore di una denuncia ai sensi dell'articolo 7, paragrafo 2 del regolamento 1/2003 è riservata alle persone giuridiche e fisiche che sono in grado di dimostrare di avere un legittimo interesse⁽²⁸⁾. Si considera che gli Stati membri abbiano un legittimo interesse per tutte le denunce che decidono di presentare.

34. Nella precedente prassi della Commissione, non era frequente che si potesse dubitare della sussistenza di un legittimo interesse in quanto la maggior parte dei denunciatori si trovavano nella situazione di essere direttamente lesi dalla presunta infrazione. Tuttavia, vi sono situazioni in cui la sussistenza di un «legittimo interesse» ai sensi dell'articolo 7, paragrafo 2, deve essere oggetto di un ulteriore esame al fine di concludere che tale condizione sia stata soddisfatta. Indicazioni utili possono essere fornite attraverso una serie non esaustiva di esempi.

35. Il Tribunale di primo grado ha ritenuto che un'associazione di imprese può sostenere di avere un legittimo interesse a presentare una denuncia, anche se, in quanto impresa che opera sul mercato di cui trattasi, il comportamento denunciato non la riguarda direttamente, a condizione tuttavia che essa abbia il diritto di rappresentare gli interessi dei suoi membri e che il comportamento denunciato sia atto a ledere i loro interessi⁽²⁹⁾. Al contrario, è stato ritenuto che la Commissione poteva legittimamente non dare seguito a una denuncia di un'associazione di imprese i cui membri non intervenivano nelle attività economiche oggetto della denuncia⁽³⁰⁾.

36. Da tale giurisprudenza si può dedurre che le imprese (direttamente o tramite associazioni legittimate a rappresentare i loro interessi) possono far valere un legittimo interesse se operano nel mercato rilevante o quando il comportamento denunciato è idoneo a ledere direttamente i loro interessi. Ciò conferma la prassi consolidata della Commissione che ha ammesso che un legittimo interesse possa,

per esempio, essere fatto valere dalle parti dell'accordo o della pratica oggetto della denuncia, dai concorrenti i cui interessi siano stati presuntamente lesi dal comportamento oggetto della denuncia o da imprese escluse da un sistema di distribuzione.

37. Anche le associazioni di consumatori possono presentare denunce alla Commissione ⁽³¹⁾. La Commissione ritiene inoltre che singoli consumatori i cui interessi economici sono direttamente lesi, in quanto essi sono gli acquirenti dei beni o servizi cui si riferisce l'infrazione, possano avere un legittimo interesse ⁽³²⁾.
38. Tuttavia la Commissione non considera come legittimo interesse ai sensi dell'articolo 7, paragrafo 2, l'interesse di persone o organizzazioni che desiderano intervenire a tutela dell'interesse pubblico senza dimostrare che le stesse o i loro membri possono essere direttamente lesi dall'infrazione (pro bono publico).
39. Gli enti pubblici territoriali possono far valere un legittimo interesse nella loro veste di acquirenti o utenti dei beni o dei servizi interessati dal comportamento denunciato. Tali enti, non possono invece essere considerati come titolari di un legittimo interesse ai sensi dell'articolo 7, paragrafo 2, del regolamento 1/2003 quando richiamano l'attenzione della Commissione su presunte infrazioni pro bono publico.
40. I denuncianti devono dimostrare di avere un legittimo interesse. Quando una persona fisica o giuridica presenta una denuncia ma non è in grado di dimostrare un legittimo interesse, la Commissione è legittimata, fermo restando il suo diritto di avviare un procedimento d'ufficio, a non dare seguito alla denuncia. La Commissione può verificare se tale condizione sia soddisfatta in qualsiasi fase dell'indagine ⁽³³⁾.

C. ESAME DELLE DENUNCE

a) Interesse comunitario

41. Secondo una giurisprudenza comunitaria costante, la Commissione non è tenuta ad aprire un'indagine su tutti i casi ⁽³⁴⁾ né, a maggior ragione, ad adottare una decisione ai sensi dell'articolo 249 del trattato CE sull'esistenza o meno di un'infrazione degli articoli 81 o 82 ⁽³⁵⁾, ma è legittimata ad assegnare diversi gradi di priorità alle denunce che le vengono presentate ed a fare riferimento all'interesse comunitario per determinare l'ordine di priorità da assegnare a tali denunce ⁽³⁶⁾. Diverso è il caso in cui la denuncia rientra nell'ambito della competenza esclusiva della Commissione ⁽³⁷⁾.

ALLEGATO VI

42. La Commissione deve tuttavia esaminare con attenzione gli elementi di fatto e di diritto esposti dal denunciante al fine di valutare l'interesse comunitario ad aprire un'indagine sul caso ⁽³⁸⁾.
43. La valutazione dell'interesse comunitario rappresentato da una denuncia dipende dalle circostanze di ogni singolo caso. Di conseguenza, il numero dei criteri di valutazione che possono essere applicati dalla Commissione non è limitato, né la Commissione è tenuta a ricorrere esclusivamente a determinati criteri. Poiché le circostanze di fatto e di diritto possono essere notevolmente diverse da un caso all'altro, è ammissibile l'applicazione di nuovi criteri che non erano stati considerati in precedenza ⁽³⁹⁾. Se del caso, la Commissione può privilegiare un unico criterio per valutare l'interesse comunitario ⁽⁴⁰⁾.
44. Tra i criteri che sono stati ritenuti pertinenti dalla giurisprudenza per la valutazione dell'interesse comunitario a svolgere una (ulteriore) indagine su un caso figurano quelli seguenti:
- La Commissione può respingere una denuncia qualora il denunciante abbia la possibilità di far valere i suoi diritti promuovendo un'azione dinanzi ai giudici nazionali ⁽⁴¹⁾.
 - La Commissione non può considerare escluse a priori dalla sua sfera d'azione determinate situazioni rientranti nel ruolo assegnatole dal trattato ma è tenuta a valutare in ciascun caso la gravità delle presunte infrazioni e la persistenza dei loro effetti. Questo significa in particolare che la Commissione deve tenere conto della durata e della portata delle infrazioni denunciate e dei loro effetti sulla situazione della concorrenza nella Comunità ⁽⁴²⁾.
 - La Commissione può trovarsi a dover mettere a confronto la rilevanza dell'asserita infrazione per il funzionamento del mercato comune, la probabilità di poterne accertare l'esistenza e la portata delle misure istruttorie necessarie al fine di adempiere, nel miglior modo possibile, al proprio compito di vigilanza sul rispetto degli articoli 81 e 82 ⁽⁴³⁾
 - L'esistenza del potere discrezionale della Commissione non dipende dal carattere più o meno avanzato dell'istruzione di una causa; invece, tale elemento fa parte delle circostanze del caso di specie che la Commissione è tenuta a prendere in considerazione nell'esercizio del suo potere discrezionale ⁽⁴⁴⁾.
 - La Commissione può decidere che non è opportuno dare seguito ad una denuncia quando le pratiche denunciate sono cessate. A tale fine, tuttavia, la Commissione dovrà accertare se non persistano effetti anticoncorrenziali e se la gravità delle

infrazioni o la persistenza dei loro effetti non conferiscano alla denuncia un interesse comunitario ⁽⁴⁵⁾.

- La Commissione può anche decidere che non è opportuno dare seguito ad una denuncia quando le imprese interessate accettano di modificare il loro comportamento in modo tale che essa ritenga che non vi sia più un interesse comunitario sufficiente ad intervenire ⁽⁴⁶⁾.

45. Se giunge alla conclusione che un caso non presenta un interesse comunitario sufficiente a giustificare (ulteriori) indagini, la Commissione è legittimata a respingere una denuncia invocando tale motivo. Una simile decisione può essere presa sia prima di aprire un'indagine, sia dopo aver proceduto a degli accertamenti ⁽⁴⁷⁾. Tuttavia la Commissione non è obbligata ad archiviare una denuncia per mancanza di interesse comunitario ⁽⁴⁸⁾.

b) Esame alla luce degli articoli 81 e 82

46. L'esame di una denuncia alla luce degli articoli 81 e 82 comporta due aspetti: la verifica dell'esistenza dei fatti che configurerebbero un'infrazione degli articoli 81 o 82 e la valutazione giuridica del comportamento oggetto della denuncia.

47. Costituisce un motivo valido per respingere la denuncia il fatto che la stessa, pur soddisfacendo i requisiti di cui all'articolo 5 del regolamento 773/2004 e del modulo C, non dimostri in maniera sufficiente l'effettiva sussistenza dei fatti denunciati ⁽⁴⁹⁾. Per respingere una denuncia in ragione del fatto che il comportamento denunciato non viola le regole di concorrenza comunitarie o non ricade nel loro campo d'applicazione, la Commissione non è tenuta a prendere in considerazione elementi di fatto che non sono stati portati a sua conoscenza dal denunciante e di cui avrebbe potuto scoprire l'esistenza solo avviando un'inchiesta ⁽⁵⁰⁾.

48. I criteri per la valutazione giuridica degli accordi e delle pratiche alla luce degli articoli 81 e 82 non possono essere trattati in modo esaustivo nel quadro della presente comunicazione. Tuttavia, chi sia intenzionato a presentare una denuncia è invitato a consultare le spiegazioni dettagliate fornite dalla Commissione ⁽⁵¹⁾, così come pure le altre fonti e, in particolare, la giurisprudenza delle giurisdizioni comunitarie e la casistica in cui si concreta la prassi della Commissione. Qui di seguito sono trattate quattro questioni specifiche con indicazioni su dove si possono trovare ulteriori chiarimenti.

49. Rientrano nel campo d'applicazione degli articoli 81 e 82 gli accordi e le pratiche che sono atti a pregiudicare il commercio tra Stati membri. Gli accordi e

ALLEGATO VI

le pratiche che non soddisfano questa condizione possono eventualmente violare il diritto nazionale in materia di concorrenza, ma non il diritto comunitario della concorrenza. Ampi chiarimenti in materia si trovano nella comunicazione sulla nozione di pregiudizio al commercio ⁽⁵²⁾.

50. Accordi che rientrano nel campo d'applicazione dell'articolo 81 possono essere accordi di importanza minore che non sono considerati come restrizioni sensibili della concorrenza. Chiarimenti in materia si trovano nella comunicazione de minimis della Commissione ⁽⁵³⁾.

51. Se un accordo soddisfa le condizioni prescritte per beneficiare di un'esenzione per categoria, si presume che esso soddisfi le condizioni di cui all'articolo 81, paragrafo 3 ⁽⁵⁴⁾. Perché la Commissione possa revocare il beneficio di un'esenzione per categoria ai sensi dell'articolo 29 del regolamento 1/2003, deve accertare, a seguito di un esame individuale, che un accordo che rientra nel campo d'applicazione del regolamento di esenzione per categoria produce tuttavia effetti incompatibili con l'articolo 81, paragrafo 3.

52. Accordi che restringono la concorrenza ai sensi dell'articolo 81, paragrafo 1, possono ciononostante soddisfare le condizioni di cui all'articolo 81, paragrafo 3. Ai sensi dell'articolo 1, paragrafo 2, del regolamento 1/2003 tali accordi non sono vietati, senza che occorra una previa decisione amministrativa in tal senso. Chiarimenti sulle condizioni che devono essere soddisfatte da un accordo ai sensi dell'articolo 81, paragrafo 3, si trovano nella comunicazione sull'applicazione dell'articolo 81, paragrafo 3 ⁽⁵⁵⁾.

D. PROCEDURA APPLICATA DALLA COMMISSIONE PER IL TRATTAMENTO DELLE DENUNCE

a) Sintesi

53. Come ricordato sopra, la Commissione non è tenuta ad aprire un'indagine a seguito di ciascuna denuncia pervenuta per accertare se è stata commessa un'infrazione. Tuttavia, la Commissione è tenuta ad esaminare attentamente gli elementi di fatto e di diritto esposti dal denunciante per stabilire se tali elementi possano indicare che è in atto un comportamento idoneo a configurare una violazione degli articoli 81 e 82 ⁽⁵⁶⁾.

54. Nella procedura applicata dalla Commissione per il trattamento delle denunce si possono distinguere diverse fasi ⁽⁵⁷⁾.

55. Nella prima fase, dopo la presentazione della denuncia, la Commissione esamina la denuncia stessa e può raccogliere ulteriori informazioni per decidere quale

seguito darvi. In questa fase può svolgersi uno scambio di opinioni informale tra la Commissione e il denunciante per chiarire gli elementi di fatto e di diritto attinenti alla denuncia. Sempre in questa fase, la Commissione può dare una prima risposta al denunciante per consentirgli di integrare quanto già esposto nella denuncia alla luce di tale risposta.

56. Nella seconda fase, la Commissione può procedere ad una prima indagine in vista dell'apertura di un procedimento ai sensi dell'articolo 7, paragrafo 1, del regolamento 1/2003 nei confronti delle imprese denunciate. Se la Commissione ritiene che non vi siano motivi sufficienti per intervenire a seguito della denuncia, informa il denunciante dei motivi della sua posizione e gli offre la possibilità di presentare ulteriori osservazioni entro un termine opportunamente fissato (articolo 7, paragrafo 1, del regolamento 773/2004).

57. Se il denunciante non replica entro il termine stabilito dalla Commissione, si considera che la denuncia sia stata ritirata (articolo 7, paragrafo 3 del regolamento 773/2004). In tutti gli altri casi, nella terza fase della procedura, la Commissione prende atto delle osservazioni del denunciante e decide se avviare un procedimento contro il soggetto denunciato, o se adottare una decisione di rigetto della denuncia ⁽⁵⁸⁾.

58. Quando respinge una denuncia ai sensi dell'articolo 13 del regolamento 1/2003 perché questa è all'esame o è già stata esaminata da un'altra autorità, la Commissione procede conformemente all'articolo 9 del regolamento 773/2004.

59. Per tutta la durata del procedimento i denunciati beneficiano di una serie di diritti, sanciti in particolare dagli articoli da 6 a 8 del regolamento 773/2004. Tuttavia, un procedimento della Commissione in materia di concorrenza non è un procedimento in contraddittorio tra il denunciante e le imprese oggetto dell'indagine. Di conseguenza, i diritti procedurali dei denunciati non sono ampi come i diritti di difesa delle imprese nei confronti delle quali la Commissione conduce le indagini ⁽⁵⁹⁾.

b) Termine indicativo per informare il denunciante delle intenzioni della Commissione

60. La Commissione è tenuta a decidere in merito a una denuncia entro un termine ragionevole ⁽⁶⁰⁾. La ragionevolezza del termine dipende dalle circostanze specifiche di ciascun caso e, in particolare, dal contesto di quest'ultimo, dalle varie fasi procedurali espletate dalla Commissione, dalla condotta delle parti nel corso del procedimento, dalla complessità del caso, nonché dagli interessi delle parti coinvolte ⁽⁶¹⁾.

ALLEGATO VI

61. In linea di principio la Commissione si adopererà per informare i denunciante del corso che intende dare alla denuncia entro un termine indicativo di quattro mesi dal ricevimento della stessa. Quindi, in funzione delle circostanze del singolo caso e in particolare dell'eventuale necessità di chiedere informazioni complementari al denunciante o a terzi, la Commissione comunicherà in linea di massima entro quattro mesi al denunciante se intende o meno approfondire il caso. Il suddetto termine non è da ritenersi vincolante.

62. Pertanto, nel corso del termine di quattro mesi, la Commissione può comunicare le sue intenzioni al denunciante a titolo di prima risposta nel corso della prima fase della procedura (v. punto 55). Se l'esame della denuncia ha raggiunto la seconda fase (v. punto 56) la Commissione può anche provvedere ad informare direttamente il denunciante della sua valutazione provvisoria mediante una lettera ai sensi dell'articolo 7, paragrafo 1, del regolamento 773/2004.

63. Per assicurare un sollecito trattamento della denuncia, è auspicabile che i denunciante collaborino diligentemente nel corso del procedimento⁽⁶²⁾, per esempio informando la Commissione di nuovi sviluppi.

c) Diritti procedurali del denunciante

64. Quando la Commissione invia una comunicazione degli addebiti alle imprese denunciate ai sensi dell'articolo 10, paragrafo 1, del regolamento 773/2004, il denunciante ha diritto a ricevere una copia di tale documento dalla quale siano stati omessi i segreti aziendali e le altre informazioni riservate (versione non riservata della comunicazione degli addebiti); cfr. articolo 6, paragrafo 1, del regolamento 773/2004. Il denunciante è invitato a presentare osservazioni scritte sulla comunicazione degli addebiti. Viene stabilito un termine per la presentazione delle osservazioni.

65. Inoltre, se i denunciante ne fanno richiesta nelle loro osservazioni scritte, la Commissione può, se lo ritiene opportuno, permettere ai denunciante di esporre il loro punto di vista in occasione dell'audizione delle parti alle quali è stata indirizzata una comunicazione degli addebiti⁽⁶³⁾.

66. I denunciante possono produrre, su loro iniziativa o a seguito di una richiesta della Commissione, documenti che contengono segreti aziendali o altre informazioni riservate. La riservatezza di tali informazioni è tutelata dalla Commissione⁽⁶⁴⁾. A norma dell'articolo 16 del regolamento 773/2004, i denunciante sono tenuti ad individuare le informazioni riservate, ad indicare i motivi per i quali le informazioni sono considerate riservate e a presentare una

versione distinta non riservata nella quale esprimono la propria posizione ai sensi dell'articolo 6, paragrafo 1, e dell'articolo 7, paragrafo 1, del regolamento 773/2004; tale obbligo sussiste anche quando i denunciatori presentano ulteriori informazioni nell'ambito del medesimo procedimento. Inoltre, la Commissione può, in tutti gli altri casi, invitare i denunciatori che producono documenti o dichiarazioni ad individuare i documenti o le parti dei documenti e delle dichiarazioni che considerano riservati. Essa può in particolare fissare un termine entro il quale il denunciante deve precisare perché un elemento d'informazione debba essere considerato riservato e mettere a disposizione una versione non riservata, che consista in una descrizione succinta o in una versione non riservata di ogni passo o elemento omissivo.

67. Il fatto che un'informazione sia qualificata come riservata non impedisce alla Commissione di divulgare e di utilizzare, ove necessario, tale informazione come mezzo di prova di un'infrazione degli articoli 81 o 82 ⁽⁶⁵⁾. Se segreti aziendali e informazioni riservate sono elementi di prova indispensabili per dimostrare la sussistenza di un'infrazione, la Commissione deve valutare per ciascun documento se l'esigenza di renderlo pubblico prevalga sul pregiudizio che potrebbe essere arrecato dalla sua pubblicazione.

68. Quando la Commissione ritiene di non dover dare ulteriore seguito ad una denuncia perché non esiste un sufficiente interesse comunitario a proseguirne l'esame o per altri motivi, ne informa il denunciante mediante una lettera che indica la sua base giuridica (articolo 7, paragrafo 1, del regolamento 773/2004), espone i motivi che hanno indotto la Commissione a concludere in via provvisoria nel senso indicato e offre al denunciante la possibilità di sottoporre elementi o osservazioni supplementari entro un termine stabilito dalla Commissione. La Commissione indica anche le conseguenze di una mancata risposta ai sensi dell'articolo 7, paragrafo 3, del regolamento 773/2004, come spiegato in seguito.

69. A norma dell'articolo 8, paragrafo 1, del regolamento 773/2004, il denunciante ha diritto di accedere alle informazioni in base alle quali la Commissione è giunta alla sua conclusione preliminare. Di norma l'accesso è concesso allegando alla lettera copia dei documenti in questione.

70. Il termine per la presentazione da parte del denunciante delle sue osservazioni sulla lettera della Commissione a norma dell'articolo 7, paragrafo 1, del regolamento 773/2004 è stabilito in funzione delle circostanze del caso. Esso non può essere inferiore a quattro settimane (articolo 17, paragrafo 2, del regolamento 773/2004). Se il denunciante non replica entro il termine stabilito, la denuncia si considera ritirata ai sensi dell'articolo 7, paragrafo 3, del regolamento 773/2004. I denunciatori possono anche ritirare la loro denuncia in qualsiasi momento, a loro

discrezione.

71. Il denunciante può chiedere una proroga del termine per la presentazione delle sue osservazioni. In funzione delle circostanze del caso, la Commissione può concedere tale proroga.
72. In tal caso, se il denunciante comunica osservazioni aggiuntive, la Commissione ne prende conoscenza. Se esse sono di natura tale da indurre la Commissione a modificare le sue intenzioni, essa può avviare un procedimento nei confronti delle imprese denunciate. In tale procedimento, il denunciante gode dei diritti procedurali illustrati sopra.
73. Se le osservazioni del denunciante non modificano il punto di vista della Commissione, essa respinge la denuncia mediante decisione⁽⁶⁶⁾.

d) La decisione di rigetto della denuncia

74. Quando la Commissione respinge una denuncia con decisione ai sensi dell'articolo 7, paragrafo 2, del regolamento 773/2004 deve motivare la sua decisione conformemente all'articolo 253 del trattato CE, ossia in maniera adeguata all'atto in questione e tenendo conto delle circostanze di ciascun caso.
75. La motivazione deve illustrare in modo chiaro ed inequivocabile il ragionamento seguito dalla Commissione in modo che il denunciante possa conoscere i motivi della decisione e le giurisdizioni comunitarie competenti possano esercitare il loro potere di controllo. La Commissione non è tuttavia tenuta a prendere posizione su tutti gli argomenti addotti dai denunciati a sostegno della loro denuncia. Essa deve soltanto esporre gli elementi di diritto e di fatto che hanno importanza determinante per la decisione⁽⁶⁷⁾.
76. Se la Commissione respinge una denuncia in un caso che dà origine anche ad una decisione a norma dell'articolo 10 del regolamento 1/2003 (Constatazione di inapplicabilità degli articoli 81 o 82) o dell'articolo 9 del regolamento 1/2003 (Impegni), la decisione di rigetto della denuncia può rinviare all'altra decisione adottata in base alle disposizioni di cui trattasi.
77. La decisione di rigetto di una denuncia è un atto impugnabile dinanzi alle giurisdizioni comunitarie⁽⁶⁸⁾.
78. La decisione di rigetto della denuncia preclude ai denunciati la possibilità di chiedere la riapertura dell'indagine, a meno che essi non presentino nuovi elementi di prova di significativa importanza. Di conseguenza, ulteriore

corrispondenza riguardante la medesima presunta infrazione da parte di chi abbia già presentato una denuncia in merito non può essere considerata come una nuova denuncia, a meno che non vengano sottoposti alla Commissione nuovi elementi di prova di significativa importanza. Tuttavia la Commissione può sempre riaprire un caso se vi sono motivi sufficienti per farlo.

79. La decisione di rigetto di una denuncia non costituisce una pronuncia definitiva sull'esistenza o sull'inesistenza di un'infrazione degli articoli 81 o 82, ciò anche se la Commissione ha valutato i fatti in base a tali articoli. Pertanto, le valutazioni espresse dalla Commissione in una decisione di rigetto di una denuncia non ostano a che una giurisdizione o un'autorità garante della concorrenza di uno Stato membro applichino gli articoli 81 e 82 ad accordi e pratiche sottoposti al loro esame. Le valutazioni espresse dalla Commissione in una decisione di rigetto di una denuncia costituiscono elementi di fatto di cui i giudici o le autorità garanti della concorrenza nazionali possono tener conto nell'esaminare la conformità agli articoli 81 e 82 degli accordi o dei comportamenti di cui trattasi ⁽⁶⁹⁾.

e) Situazioni specifiche

80. Ai sensi dell'articolo 8 del regolamento 1/2003 la Commissione può, d'ufficio, adottare misure cautelari se vi è il rischio di un danno grave e irreparabile per la concorrenza. Dall'articolo 8 del regolamento 1/2003 risulta chiaramente che gli autori di una denuncia ai sensi dell'articolo 7, paragrafo 2, del regolamento stesso non possono chiedere misure cautelari. Misure cautelari possono essere chieste dalle imprese alle giurisdizioni degli Stati membri che sono nella posizione idonea per decidere in merito a tali misure ⁽⁷⁰⁾.

81. Le persone che desiderano informare la Commissione di presunte infrazioni degli articoli 81 o 82 senza che la loro identità venga comunicata alle imprese a cui vengono mossi gli addebiti possono senz'altro contattare la Commissione. Questa è tenuta a rispettare la richiesta di anonimato dei suoi informatori ⁽⁷¹⁾, a meno che la loro richiesta di non essere identificati sia manifestamente infondata.

⁽¹⁾ Regolamento (CE) n. 1/2003 del Consiglio del 16 dicembre 2002 concernente l'applicazione delle regole di concorrenza di cui agli articoli 81 e 82 del trattato (GU L 1 del 4.1.2003, pag. 1).

⁽²⁾ Cfr. in particolare i considerando da 3 a 7 e 35 del regolamento 1/2003.

⁽³⁾ Regolamento (CE) n. 773/2004 della Commissione del 7 aprile 2004 relativo ai procedimenti della Commissione in applicazione degli articoli 81 ed 82 del trattato CE (GU L 123 del 27.4.2004).

⁽⁴⁾ La Commissione tratta la corrispondenza di chi comunica informazioni secondo i

ALLEGATO VI

suoi principi di buona condotta amministrativa.

(⁵) Comunicazione sulla cooperazione nell'ambito della rete delle autorità garanti della concorrenza (pag. 43).

(⁶) Per il trattamento di tali denunce cfr. la comunicazione della Commissione del 10 ottobre 2002, COM (2002) 141.

(⁷) Causa C-344/98, Masterfoods/HB Ice Cream, Racc. [2000] I-11369, punto 46; causa C-119/97 P, Union française de l'express (Ufex) e a./Commissione, Racc. [1999] I-1341, punto 88; causa T-24/90, Automec/Commissione, Racc. [1992] II-2223, punti 73-77.

(⁸) Cfr. in particolare gli articoli 5, 6, 11, 12, 15, 22, 29, 35 e i considerando da 2 a 4 e da 6 a 8 del regolamento 1/2003.

(⁹) Cfr. comunicazione sulla cooperazione nell'ambito della rete delle autorità garanti della concorrenza, punti 5 e segg.

(¹⁰) Cfr. considerando n. 3 del regolamento 1/2003.

(¹¹) Giurisprudenza costante, cfr. Causa 127/73, Belgische Radio en Televisie (BRT)/SABAM e Fonior, Racc. [1974] 51, punto 16; causa C-282/95 P, Guérin automobiles/Commissione, Racc. [1997] I-1503, punto 39; causa C-453/99, Courage/Bernhard Crehan, Racc. [2001] I-6297, punto 23.

(¹²) Causa C-453/99, Courage/Bernhard Crehan, Racc. [2001] I-6297, punti 26 e 27; il potere delle giurisdizioni nazionali di accordare risarcimenti è sottolineato anche nel considerando n. 7 del regolamento 1/2003.

(¹³) Cfr. in particolare gli articoli 1, 6 e 15 ed il considerando n. 7 del regolamento 1/2003.

(¹⁴) Regolamento n. 17: Primo regolamento d'applicazione degli articoli 85 e 86 del trattato; GU P 13 del 21 febbraio 1962, pag. 204. Il regolamento n. 17 è abrogato dall'articolo 43 del regolamento 1/2003 con effetto a partire dal 1° maggio 2004.

(¹⁵) Per una spiegazione più dettagliata di questo meccanismo, cfr. Comunicazione relativa alla cooperazione tra la Commissione e le giurisdizioni degli Stati membri ai fini dell'applicazione degli articoli 81 e 82 del trattato CE

(¹⁶) Causa T-24/90, Automec/Commissione, Racc. [1992] II-2223, punto 93.

(¹⁷) Causa C-230/96, Cabour e Nord Distribution Automobile/Arnor «SOCO», Racc. [1998] I-2055, punto 51; cause riunite T-185/96, T-189/96 e T-190/96, Dalmasso e a./Commissione, Racc. [1999] II-93, punto 50.

(¹⁸) Cfr. considerando n. 8 del regolamento 1/2003 e punto 80 della presente comunicazione. A seconda del caso, le autorità garanti della concorrenza degli Stati membri possono essere ugualmente in una posizione idonea per adottare misure cautelari.

(¹⁹) Cfr. punti 44 e segg. della presente comunicazione.

(²⁰) Comunicazione sulla cooperazione nell'ambito della rete delle autorità garanti della concorrenza (pag. 43).

(²¹) Comunicazione sulla cooperazione nell'ambito della rete delle autorità di concorrenza, punti 8-15.

(²²) Cfr. in particolare i paragrafi 2 e 3 dell'articolo 11 del regolamento 1/2003. Comunicazione sulla cooperazione nell'ambito della rete delle autorità garanti della concorrenza, punti 16 e 17.

(²³) Comunicazione sulla cooperazione nell'ambito della rete delle autorità garanti della concorrenza, punto 34.

(²⁴) Per un approfondimento di questa nozione cfr. punti 33 e segg. della presente comunicazione.

(²⁵) Causa C-119/97 P, Union française de l'express (Ufex) e a./Commissione, Racc. [1999] I-1341, punto 88; causa T-24/90, Automec/Commissione, Racc. [1992] II-2223, punti 73-77 e 85.

(²⁶) Secondo una giurisprudenza consolidata a partire dalla causa T-24/90, Automec/Commissione, Racc. [1992] II-2223, punto 85.

(²⁷) Causa C-282/95 P, Guérin automobiles/Commissione, Racc. [1997] I-1503, punto 36.

(²⁸) Cfr. articolo 5, paragrafo 1, del regolamento 773/2004.

(²⁹) Causa T-114/92, Bureau Européen des Médias et de l'Industrie Musicale (BEMIM)/Commissione, Racc. [1995] II-147, punto 28. Delle associazioni di imprese erano i denunciatori anche nei casi che hanno dato luogo alle sentenze nella causa 298/83, Comité des industries cinématographiques des Communautés européennes (CICCE)/Commissione, Racc. [1985] 1105 e nella causa T-319/99, Federacion Nacional de Empresas (FENIN)/ Commissione, non ancora pubblicata.

(³⁰) Cause riunite T-133/95 e T-204/95, International Express Carriers Conference (IECC)/Commissione, Racc. [1998] II-3645, punti 79-83.

(³¹) Causa T-37/92, Bureau Européen des Unions des Consommateurs (BEUC)/Commissione, Racc. [1994] II-285, punto 36.

(³²) Si tratta di una questione sollevata in un procedimento pendente dinanzi al Tribunale di primo grado (cause riunite T-213 e 214/01). La Commissione ha anche ammesso come denunciante un singolo consumatore nella decisione del 9 dicembre 1998 nel caso IV/D-2/34.466, Traghetti greci, GU L 109 del 27 aprile 1999, pag. 24, punto 1.

(³³) Cause riunite T-133/95 e T-204/95, International Express Carriers Conference (IECC)/Commissione, Racc. [1998] II-3645, punto 79.

(³⁴) Causa T-24/90, Automec/Commissione, Racc. [1992] II-2223, punto 76; causa C-91/95 P, Roger Tremblay e a./Commissione, Racc. [1996] I-5547, punto 30.

(³⁵) Causa 125/78, GEMA/Commissione, Racc. [1979] I-3173, punto 17; causa C-119/97 P, Union française de l'express (Ufex) e a./Commissione, Racc. [1999] I-1341, punto 87.

(³⁶) Secondo una giurisprudenza consolidata a partire dalla causa T-24/90, Automec/Commissione, Racc. [1992] II-2223, punti 77 e 85; il consi derando 18 del regolamento 1/2003 conferma espressamente questa possibilità.

(³⁷) Secondo una giurisprudenza consolidata a partire dalla causa T-24/90, Automec/Commissione, Racc. [1992] II-2223, punto 75. Nel quadro del

ALLEGATO VI

regolamento 1/2003, questo principio può trovare applicazione solo nel contesto dell'articolo 29 del regolamento stesso.

⁽³⁸⁾ Causa 210/81, Oswald Schmidt, titolare della ditta Demo-Studio Schmidt/Commissione, Racc. [1983] 3045, punto 19 e causa C-119/97 P, Union française de l'express (Ufex) e a./Commissione, Racc. [1999] I-1341, punto 86.

⁽³⁹⁾ Causa C-119/97 P, Union française de l'express (Ufex) e a./Commissione, Racc. [1999] I-1341, punti 79-80.

⁽⁴⁰⁾ Causa C-450/98 P, International Express Carriers Conference (IECC)/Commissione, Racc. [2001] I-3947, punti 57-59.

⁽⁴¹⁾ Causa T-24/90, Automec/Commissione, Racc. [1992] II-2223, punti 88 e segg.; causa T-5/93, Roger Tremblay e a./Commissione, Racc. [1995] II-185, punti 65 e segg.; causa T-575/93, Casper Koelman/Commissione, Racc. [1996] II-1, punti 75-80; per maggiori dettagli in proposito cfr. parte II della presente comunicazione.

⁽⁴²⁾ Causa C-119/97 P, Union française de l'express (Ufex) e a./Commissione, Racc. [1999] I-1341, punti 92-93.

⁽⁴³⁾ Secondo una giurisprudenza consolidata a partire dalla causa T-24/90, Automec/Commissione, Racc. [1992] II-2223, punto 86.

⁽⁴⁴⁾ Causa C-449/98 P, International Express Carriers Conference (IECC)/Commissione, Racc. [2001] I-3875, punto 37.

⁽⁴⁵⁾ Causa T-77/95, Syndicat français de l'express international e a./Commissione, Racc. [1997] II-1, punto 57, causa C-119/97 P, Union française de l'express (Ufex) e a./Commissione, Racc. [1997] I-1341, punto 95. Cfr. anche la causa T-37/92, Bureau Européen des Unions des Consommateurs (BEUC)/Commissione, Racc. [1994] II-285, punto 113, dove un impegno non registrato per iscritto, convenuto tra uno Stato membro e un paese terzo fuori del quadro della politica commerciale comune, è stato ritenuto insufficiente per determinare che la condotta lamentata fosse cessata.

⁽⁴⁶⁾ Causa T-110/95, International Express Carriers Conference (IECC)/Commissione e a., Racc. [1998] II-3605, punto 57, confermata nella causa 449/98 P, International Express Carriers Conference (IECC)/Commissione e a., Racc. [2001] I-3875, punti 44-47.

⁽⁴⁷⁾ Causa C-449/98 P, International Express Carriers Conference (IECC)/Commissione e a., Racc. [2001] I-3875, punto 37.

⁽⁴⁸⁾ Cfr. già la causa T-77/92, Parker Pen/Commissione, Racc. [1994] II-549, punti 64-65.

⁽⁴⁹⁾ Causa 298/83, Comité des industries cinématographiques des Communautés européennes (CICCE)/Commissione, Racc. [1985] 1105, punti 21-24; causa T-198/98, Micro Leader Business/Commissione, Racc. [1999] II-3989, punti 32-39.

⁽⁵⁰⁾ Causa T-319/99, Federacion Nacional de Empresas (FENIN)/Commissione, non ancora pubblicata in Racc., punto 43.

⁽⁵¹⁾ Numerose indicazioni si trovano sul sito della Commissione all'indirizzo http://europa.eu.int/comm/competition/index_it.html

- (⁵²) Comunicazione sulla nozione di pregiudizio al commercio di cui agli articoli 81 e 82 del trattato (pag. 81).
- (⁵³) Comunicazione della Commissione relativa agli accordi di importanza minore che non determinano restrizioni sensibili della concorrenza ai sensi dell'articolo 81, paragrafo 1, del trattato che istituisce la Comunità europea (de minimis) (GU C 368 del 22 dicembre 2002, pag. 13).
- (⁵⁴) Il testo di tutti i regolamenti di esenzione per categoria è riportato nel sito della Commissione all'indirizzo http://europa.eu.int/comm/competition/index_it.html
- (⁵⁵) Comunicazione della Commissione — Linee direttrici sull'applicazione dell'articolo 81, paragrafo 3 del trattato (pag. 97).
- (⁵⁶) Causa 210/81, Oswald Schmidt, titolare della ditta Demo-Studio Schmidt/Commissione, Racc. [1983] 3045, punto 19; causa T-24/90, Automec/Commissione, Racc. [1992] II-2223, punto 79.
- (⁵⁷) Cfr. causa T-64/89, Automec/Commissione, Racc. [1990] II-367, punti 45-47, e causa T-37/92, Bureau Européen des Unions des Consommateurs (BEUC)/Commissione, Racc. [1994] II-285, punto 29.
- (⁵⁸) Sentenza della Corte di giustizia del 18 marzo 1997, causa C-282/95 P, Guérin automobiles/Commissione, Racc. [1997] I-1503, punto 36.
- (⁵⁹) Cause riunite 142 e 156/84, British American Tobacco Company Ltd e R. J. Reynolds Industries, Inc./Commissione, Racc. [1987] 249, punti 19-20.
- (⁶⁰) Causa C-282/95 P, Guérin automobiles/Commissione, Racc. [1997] I-1503, punto 37.
- (⁶¹) Cause riunite T-213/95 e T-18/96, Stichting Certificatie Kraanverhuurbedrijf (SCK) e Federatie van Nederlandse Kraanbedrijven (FNK)/Commissione, Racc. [1997] 1739, punto 57.
- (⁶²) Di «diligenza» del ricorrente parla il Tribunale di primo grado nella causa T-77/94, Vereniging van Groothandelaren in Bloemkwekerijprodukten e a./Commissione, Racc. [1997] II-759, punto 75.
- (⁶³) Cfr. articolo 6, paragrafo 2, del regolamento 773/2004 della Commissione.
- (⁶⁴) Articolo 287 del trattato CE, articolo 28 del regolamento 1/2003 ed articoli 15-17 del regolamento 773/2004.
- (⁶⁵) Cfr. l'articolo 27, paragrafo 2, del regolamento 1/2003.
- (⁶⁶) Cfr. articolo 7, paragrafo 2, del regolamento 773/2004; causa C-282/95 P, Guérin automobiles/Commissione, Racc. [1997] I-1503, punto 36.
- (⁶⁷) Secondo una giurisprudenza costante; cfr. tra l'altro causa T-1 14/92, Bureau Européen des Médias et de l'Industrie Musicale (BEMIM)/Commissione, Racc. [1995] II-147, punto 41.
- (⁶⁸) Secondo una giurisprudenza costante a partire dalla causa 210/81, Oswald Schmidt, titolare della ditta Demo-Studio Schmidt/Commissione, Racc. [1983] 3045.
- (⁶⁹) Causa T-575/93, Casper Koelman/Commissione, Racc. [1996] II-1, punti 41-43.
- (⁷⁰) A seconda del caso, anche le autorità garanti della concorrenza degli Stati

ALLEGATO VI

membri possono essere nella posizione idonea per adottare provvedimenti provvisori.

(⁷¹) Causa 145/83, Stanley George Adams/Commissione, Racc. [1985] 3539.

MODELLO C

Denuncia ai sensi dell'articolo 7, paragrafo 2 del regolamento (CE) n. 1/2003

I. informazioni concernenti il denunciante e l'impresa o associazione di imprese che danno adito alla denuncia

1. Identificare in modo esauriente la persona giuridica o fisica che presenta la denuncia. Se il denunciante è un'impresa, indicare il gruppo al quale fa capo e descrivere sommariamente la natura e l'ambito delle sue attività. Indicare il nominativo di una persona di contatto (con il numero telefonico, indirizzo postale e e-mail) a cui rivolgersi per informazioni complementari.
2. Identificare l'impresa o l'associazione d'impresе di cui viene denunciato il comportamento, fornendo quando ciò sia possibile, tutte le informazioni disponibili anche sul gruppo a cui essa/esse fanno capo e la natura e l'ambito delle attività svolte dalle stesse. Indicare la posizione del denunciante rispetto all'impresa o associazione di imprese denunciate (per esempio: cliente, concorrente).

II. Descrizione della presunta infrazione e prove

3. Esporre in modo dettagliato i fatti che configurano, secondo il denunciante, un'infrazione dell'articolo 81 e 82 del trattato CE e/o all'articolo 53 o 54 dell'accordo SEE. Indicare in particolare la natura dei prodotti (beni o servizi) interessati dalla presunta infrazione e spiegare, se necessario, le relazioni commerciali riguardanti tali prodotti. Fornire tutte le informazioni disponibili sugli accordi o sulle pratiche delle imprese o delle associazioni di imprese a cui si riferisce la denuncia. Indicare, per quanto possibile, le posizioni di mercato relative delle imprese interessate dalla denuncia.
4. Presentare tutta la documentazione di cui dispone relativa a o direttamente connessa con i fatti esposti dalla denuncia (per esempio, testi di accordi, verbali di trattative e riunioni, condizioni di operazioni, documenti di affari, circolari, corrispondenza, appunti di conversazioni telefoniche...). Indicare il nominativo e indirizzo delle persone in grado di confermare i fatti esposti nella denuncia, e in particolare, di persone che hanno subito un pregiudizio a causa della presunta infrazione. Presentare statistiche o altri dati relativi ai fatti esposti, in particolare quando indicano sviluppi avvenuti sul mercato (per esempio informazioni relative ai prezzi e all'andamento dei prezzi, ad ostacoli posti all'ingresso sul mercato di nuovi fornitori, ecc.).

ALLEGATO VI

5. Indicare qual è, secondo il denunciante, l'ambito geografico della presunta infrazione e spiegare, se non risulta ovvio, in che misura il commercio tra Stati membri o tra la Comunità e uno o più stati EFTA, parti contraenti dell'accordo SEE, può essere pregiudicato dal comportamento denunciato.

III: Decisione che si chiede alla Commissione di prendere e legittimo interesse

6. Spiegare qual è, secondo il denunciante, la decisione che la Commissione dovrebbe prendere o in che modo essa dovrebbe intervenire a seguito della denuncia.

7. Esporre i motivi per i quali il denunciante ritiene di avere un legittimo interesse ai sensi dell'articolo 7 del regolamento (CE) n. 1/2003. Spiegare in particolare come il comportamento denunciato danneggi il denunciante e come, a suo giudizio, un intervento della Commissione potrebbe far cessare il presunto pregiudizio.

IV. Procedimenti in corso presso autorità nazionali garanti della concorrenza o giurisdizioni nazionali

8. Fornire informazioni esaurienti su eventuali esposti presentati, sul medesimo oggetto o oggetti strettamente connessi, ad un'altra autorità garante della concorrenza e indicare se è stata instata una causa dinnanzi ad una giurisdizione nazionale. In caso affermativo, specificare quale sia l'organo amministrativo o giudiziario al quale ci si è rivolti e indicare gli elementi sottoposti al suo giudizio.

Dichiarare che le informazioni contenute nel presente modello e nei suoi allegati sono complete e veritiere.

.....
Data e firma

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)

(2004/C 101/06)

(Testo rilevante ai fini del SEE)

I. REGOLAMENTO N. 1/2003

1. Il Regolamento n. 1/2003⁽¹⁾ istituisce un nuovo sistema di applicazione degli articoli 81 e 82 del Trattato. Inteso a riporre l'accento sull'obiettivo principale di un'applicazione efficace delle regole di concorrenza, il Regolamento crea nel contempo certezza giuridica, dal momento che gli accordi⁽²⁾ che rientrano nel campo di applicazione dell'articolo 81, paragrafo 1, ma che soddisfano le condizioni di cui all'articolo 81, paragrafo 3, sono validi e pienamente applicabili ab initio senza che occorra una decisione previa di un'autorità garante della concorrenza (articolo 1 del Regolamento 1/2003).
2. Il sistema creato dal Regolamento 1/2003, pur introducendo una competenza parallela per Commissione, autorità garanti della concorrenza degli Stati membri e giurisdizioni degli Stati membri per l'applicazione degli articoli 81 e 82 nella loro interezza, limita con una serie di misure il rischio di un'applicazione non coerente, garantendo così la principale componente della certezza giuridica per le imprese evidenziato dalla giurisprudenza della Corte di giustizia, ovvero l'applicazione coerente delle regole di concorrenza in tutta la Comunità.
3. Le imprese sono generalmente in grado di valutare la legittimità delle loro azioni così da poter decidere con cognizione di causa se concludere un accordo o adottare una determinata pratica e in quale forma. Esse conoscono i fatti da vicino e hanno a loro disposizione il quadro giuridico costituito dai regolamenti di esenzione per categoria, la giurisprudenza e la prassi decisionale, nonché dal vasto orientamento fornito dalle linee direttrici e comunicazioni della Commissione⁽³⁾.
4. Parallelamente alla riforma delle regole di applicazione degli articoli 81 e 82 realizzata dal Regolamento 1/2003, la Commissione ha effettuato una revisione dei regolamenti di esenzione per categoria, delle comunicazioni e delle linee guida della Commissione al fine di facilitare ulteriormente l'autovalutazione da parte degli operatori economici. La Commissione ha anche elaborato linee direttrici sull'applicazione dell'articolo 81, paragrafo 3 del Trattato⁽⁴⁾. Nella grande maggioranza dei casi questi diversi strumenti permettono alle imprese di valutare in maniera affidabile i loro accordi ai sensi dell'articolo 81. Inoltre la prassi della

ALLEGATO VII

Commissione è di infliggere ammende più che simboliche ⁽⁵⁾ solo nei casi in cui gli strumenti orizzontali, o la giurisprudenza o la prassi hanno stabilito che un determinato comportamento costituisce un'infrazione.

5. Nei casi che, nonostante gli strumenti sopra indicati, danno adito ad una reale incertezza perché presentano questioni nuove o non risolte circa l'applicazione degli articoli 81 e 82 è possibile che le singole imprese desiderino ottenere dalla Commissione un orientamento informale ⁽⁶⁾. Ove lo giudichi opportuno e subordinatamente alle sue priorità in materia di applicazione, la Commissione può fornire tali orientamenti su questioni nuove relative all'interpretazione degli articoli 81 e/o 82 in una dichiarazione scritta (lettera di orientamento). La presente comunicazione fornisce alcuni dettagli su tale strumento.

II. QUADRO ENTRO CUI VALUTARE L'OPPORTUNITÀ DI PUBBLICARE UNA LETTERA DI ORIENTAMENTO

6. Il Regolamento 1/2003 conferisce alla Commissione poteri per perseguire efficacemente le infrazioni agli articoli 81 e 82 ⁽⁷⁾ e imporre sanzioni. Uno dei principali obiettivi del Regolamento è di garantire un'applicazione efficiente delle regole di concorrenza comunitarie eliminando il precedente sistema di notifica e consentendo così alla Commissione di concentrare la sua politica repressiva sulle infrazioni più gravi ⁽⁸⁾.
7. Mentre il Regolamento 1/2003 non pregiudica la possibilità per la Commissione di fornire orientamenti informali alle singole imprese ⁽⁹⁾, come indicato nella presente comunicazione, tale possibilità non dovrebbe interferire con l'obiettivo principale del Regolamento, che consiste nel garantire un'efficace applicazione delle regole di concorrenza. La Commissione può quindi fornire orientamenti informali alle singole imprese soltanto nella misura in cui ciò sia compatibile con le sue priorità in materia di applicazione.
8. Subordinatamente al punto 7 la Commissione, al ricevimento di una richiesta di una lettera di orientamento, valuterà l'opportunità di trattare tale domanda. L'emissione di una lettera d'orientamento potrà essere presa in considerazione soltanto se saranno soddisfatte le seguenti condizioni cumulative:
 - a) La valutazione sostanziale di un accordo o pratica ai sensi degli articoli 81 e/o 82 del Trattato solleva un problema di applicazione del diritto che non è chiarito né nel quadro giuridico comunitario esistente, inclusa la giurisprudenza comunitaria, né negli orientamenti generali pubblicamente disponibili, la prassi decisionale o le lettere di orientamento precedenti.

b) Una valutazione preliminare delle specificità e del contesto del caso sembra indicare che è utile chiarire la questione nuova mediante una lettera di orientamento in considerazione dei seguenti elementi:

- l'importanza economica, dal punto di vista del consumatore, delle merci o servizi interessati dall'accordo, o dalla pratica, e/o
- la misura in cui l'accordo o pratica corrisponde o può corrispondere ad un utilizzo economico più diffuso nel mercato e/o
- l'importanza degli investimenti legati all'operazione rispetto alla dimensione delle imprese interessate e la misura in cui l'operazione costituisce un'operazione strutturale come la formazione di un'impresa comune non pienamente autonoma.

c) La lettera di orientamento può essere preparata sulla base delle informazioni fornite, non è richiesta cioè alcuna indagine supplementare.

9. Inoltre la Commissione non prenderà in considerazione una richiesta di lettera di orientamento nei due casi seguenti:

- i problemi sollevati nella richiesta sono identici o simili a quelli sollevati in una causa pendente davanti al Tribunale di primo grado o alla Corte di giustizia europea;
- l'accordo o la pratica cui si riferisce la richiesta sono oggetto di un procedimento pendente dinanzi alla Commissione, a una giurisdizione nazionale o all'autorità garante della concorrenza di uno Stato membro.

10. La Commissione non prenderà in considerazione le questioni ipotetiche e non emetterà lettere di orientamento su accordi o pratiche che non sono più attuati dalle parti. Le imprese possono tuttavia chiedere alla Commissione di emettere una lettera di orientamento su questioni sollevate da un accordo o pratica che essi abbiano progettato, ossia prima che detto accordo o detta pratica siano attuate. In tal caso l'operazione deve avere raggiunto uno stadio sufficientemente avanzato perché la richiesta sia presa in considerazione.

11. La richiesta di una lettera di orientamento non pregiudica il potere della Commissione di avviare un procedimento ai sensi del Regolamento 1/2003 relativamente ai fatti esposti nella domanda.

III. INDICAZIONI SU COME RICHIEDERE ORIENTAMENTO

12. Per quanto riguarda le questioni di interpretazione sollevati da un accordo o una pratica, una richiesta può essere presentata da imprese che abbiano concluso un accordo o abbiano adottato una pratica che può rientrare nel campo di applicazione degli articoli 81 e/o 82 del Trattato, o che abbiano intenzione di farlo.

13. La richiesta di lettera di orientamento deve essere inviata al seguente indirizzo:

Commissione europea
DG Concorrenza
B-1049 Bruxelles/Brussel.

14. Non esiste un formulario. Dovrà essere presentato un promemoria che indichi con chiarezza:

- l'identità di tutte le imprese interessate e un indirizzo unico per i contatti con la Commissione;
- le questioni specifiche in merito alle quali si chiede orientamento;
- informazioni complete ed esaurienti su tutti i punti utili per valutare con cognizione di causa le questioni sollevate nonché la documentazione pertinente;
- l'esposizione dettagliata, alla luce del punto 8, lettera a), dei motivi per cui le questioni sollevate nella richiesta sono nuove;
- qualsiasi altra informazione che permetta di valutare la domanda alla luce degli aspetti indicati ai punti 8-10 della presente comunicazione, ivi compresa in particolare una dichiarazione che l'accordo o pratica cui si riferisce la domanda non sono oggetto di procedimenti in corso presso un tribunale o un'autorità garante della concorrenza di uno Stato membro;
- qualora la domanda contenga elementi considerati come segreti aziendali, l'indicazione precisa di tali elementi;
- qualsiasi altra informazione o documento rilevante nel caso concreto.

IV. TRATTAMENTO DELLA DOMANDA

15. La Commissione in linea di massima valuterà la richiesta sulla base delle informazioni fornite. Nonostante quanto stabilito al punto 8 lettera c), la Commissione può utilizzare informazioni supplementari di cui dispone provenienti da fonti pubbliche, procedimenti precedenti o da qualsiasi altra fonte e può chiedere al richiedente/ai richiedenti di fornire informazioni supplementari. Alle informazioni fornite dal richiedente/dai richiedenti si applicano le normali regole sul segreto professionale.
16. La Commissione può comunicare alle autorità garanti della concorrenza degli Stati membri le informazioni ricevute e a sua volta ricevere informazioni da queste ultime. Potrà discutere il merito della richiesta con le autorità garanti della concorrenza degli Stati membri prima di adottare una lettera di orientamento.
17. Se non viene pubblicata alcuna lettera di orientamento la Commissione ne darà comunicazione al richiedente/ai richiedenti.
18. Un'impresa può ritirare la propria richiesta in qualsiasi momento. La Commissione conserva in ogni caso le informazioni fornite nell'ambito di una richiesta di orientamento e può utilizzarle in procedimenti successivi ai sensi del Regolamento 1/2003 (si veda sopra al punto 11).

V. LETTERE DI ORIENTAMENTO

19. Una lettera di orientamento contiene:
- una descrizione sintetica dei fatti su cui si basa;
 - la motivazione giuridica principale che è alla base dell'interpretazione da parte della Commissione delle questioni nuove e non risolte relative agli articoli 81 e/o 82 sollevate dalla richiesta.
20. Una lettera di orientamento può limitarsi a trattare una parte delle questioni sollevate nella richiesta. Essa può anche comprendere altri elementi oltre a quelli indicati nella richiesta.
21. Le lettere di orientamento sono pubblicate sul sito web della Commissione tenendo conto delle legittime esigenze di tutela dei segreti aziendali delle imprese. Prima di adottare una lettera di orientamento la Commissione concorda con i richiedenti una versione pubblica.

VI. GLI EFFETTI DELLE LETTERE DI ORIENTAMENTO

22. Le lettere di orientamento mirano in primo luogo ad aiutare le imprese ad effettuare da sole una valutazione dei loro accordi e delle loro pratiche con cognizione di causa.
23. Una lettera di orientamento non può pregiudicare la valutazione della stessa questione da parte degli organi giurisdizionali comunitari.
24. Una lettera di orientamento non esclude che successivamente la Commissione esamini un accordo o una pratica che costituivano la base fattuale di una lettera di orientamento, nell'ambito di un procedimento a norma del Regolamento 1/2003, in particolare a seguito di una denuncia. In tal caso la Commissione terrà conto di una lettera di orientamento precedente, subordinatamente in particolare ad eventuali cambiamenti dei fatti su cui essa si fondava, ad elementi nuovi sollevati da una denuncia, a sviluppi nella giurisprudenza comunitaria o a mutamenti più generali nella politica della Commissione.
25. Le lettere di orientamento non sono decisioni della Commissione e non vincolano le autorità garanti della concorrenza e le giurisdizioni degli Stati membri competenti nell'applicazione degli articoli 81 e 82. Tuttavia le autorità garanti della concorrenza e le giurisdizioni degli Stati membri possono tenere conto delle lettere di orientamento emesse dalla Commissione nella maniera che esse giudichino conveniente nell'ambito di un caso specifico.

⁽¹⁾ Regolamento (CE) n. 1/2003 del Consiglio, del 16 dicembre 2002, concernente l'applicazione delle regole di concorrenza di cui agli articoli 81 e 82 del trattato (GU L 1 del 4.1.2003, pagg. 1-25).

⁽²⁾ Nella presente comunicazione il termine «accordo» è utilizzato per gli accordi, le decisioni di associazioni di imprese e le pratiche concordate. Il termine «pratiche» si riferisce alla condotta di imprese dominanti. Il termine «imprese» comprende anche le «associazioni di imprese».

⁽³⁾ Tutti i testi citati sono disponibili al seguente indirizzo: http://europa.eu.int/comm/competition/index_en.html

⁽⁴⁾ Comunicazione della Commissione — Linee direttrici sull'applicazione dell'articolo 81, paragrafo 3 del Trattato (pag. 97).

⁽⁵⁾ Le ammende simboliche sono fissate normalmente a 1 000 euro. Si vedano gli orientamenti della Commissione per il calcolo delle ammende inflitte in applicazione dell'articolo 15, paragrafo 2 del Regolamento n. 17 e dell'articolo 65, paragrafo 5 del trattato CECA (GU C 9 del 14.1.1998).

⁽⁶⁾ Si veda il considerando 38 del Regolamento 1/2003.

⁽⁷⁾ Si vedano in particolare gli articoli da 7 a 9, 12, 17-24, 29 del Regolamento 1/2003.

⁽⁸⁾ Si veda in particolare il considerando 3 del Regolamento 1/2003.

⁽⁹⁾ Si veda il considerando 38 del Regolamento 1/2003.

COMUNICAZIONE DELLA COMMISSIONE

Linee direttrici la nozione di pregiudizio al commercio tra Stati membri di cui agli articoli 81 e 82 del trattato

(2004/C 101/07)

(Testo rilevante ai fini del SEE)

1. INTRODUZIONE

1. Gli articoli 81 e 82 del trattato sono applicabili agli accordi a livello orizzontale e verticale e alle pratiche delle imprese che «possano pregiudicare il commercio fra Stati membri».
2. Nella loro interpretazione degli articoli 81 e 82, gli organi giurisdizionali comunitari hanno già sostanzialmente chiarito il contenuto e la portata della nozione di pregiudizio al commercio tra Stati membri.
3. Le presenti linee direttrici illustrano i principi sviluppati dagli organi giurisdizionali comunitari relativamente all'interpretazione della nozione di pregiudizio al commercio di cui agli articoli 81 e 82. Precisano inoltre una regola per stabilire quando è in generale improbabile che un accordo sia atto a pregiudicare sensibilmente il commercio tra Stati membri (regola dell'assenza di incidenza sensibile sul commercio). Le presenti linee direttrici non intendono essere esaustive: il loro scopo è definire una metodologia per applicare la nozione di pregiudizio al commercio e fornire indicazioni sulla sua applicazione in situazioni che ricorrono di frequente. Anche se non sono per esse vincolanti, le presenti linee direttrici sono intese anche a fornire alle giurisdizioni e alle autorità degli Stati membri degli orientamenti ai fini dell'applicazione della nozione di pregiudizio al commercio di cui agli articoli 81 e 82.
4. Nelle presenti linee direttrici non viene trattato il problema di cosa costituisca una restrizione sensibile della concorrenza ai sensi dell'articolo 81, paragrafo 1. Tale questione, che va distinta dalla questione dell'idoneità degli accordi ad incidere sensibilmente sul commercio tra Stati membri, è trattata nella comunicazione della Commissione relativa agli accordi di importanza minore che non determinano restrizioni sensibili della concorrenza ai sensi dell'articolo 81, paragrafo 1, del trattato ⁽¹⁾ (regola de minimis). Le presenti linee direttrici non sono inoltre intese a dare indicazioni sulla nozione di pregiudizio al commercio di cui all'articolo 87, paragrafo 1, del trattato in materia di aiuti di Stato.

5. Le presenti linee direttrici, compresa la regola dell'assenza di incidenza sensibile sul commercio, lasciano impregiudicata l'interpretazione degli articoli 81 e 82 che potrà essere data dalla Corte di giustizia o dal Tribunale di primo grado.

2. IL CRITERIO DEL PREGIUDIZIO AL COMMERCIO

2.1. Principi generali

6. L'articolo 81, paragrafo 1, stabilisce che «sono incompatibili con il mercato comune e vietati tutti gli accordi fra imprese, tutte le decisioni di associazioni di imprese e tutte le pratiche concordate che possano pregiudicare il commercio tra Stati membri e che abbiano per oggetto o per effetto di impedire, restringere o falsare il gioco della concorrenza». Per semplicità, nel seguito si utilizzerà il termine «accordi» per indicare collettivamente gli accordi, le decisioni di associazioni di imprese e le pratiche concordate.
7. L'articolo 82 prevede inoltre che «è incompatibile con il mercato comune e vietato, nella misura in cui possa essere pregiudizievole al commercio tra Stati membri, sfruttamento abusivo da parte di una o più imprese di una posizione dominante sul mercato comune o su una parte sostanziale di questo». Nel seguito si utilizzerà il termine «pratiche» per indicare il comportamento di imprese in posizione dominante.
8. Il criterio del pregiudizio al commercio determina inoltre il campo di applicazione del regolamento n. 1/2003, concernente l'applicazione delle regole di concorrenza di cui agli articoli 81 e 82 del trattato ⁽²⁾.
9. Ai sensi dell'articolo 3, paragrafo 1, di detto regolamento, le autorità garanti della concorrenza degli Stati membri e le giurisdizioni nazionali devono applicare l'articolo 81 agli accordi, decisioni di associazioni di imprese o prati che concordate ai sensi dell'articolo 81, paragrafo 1, del trattato che possano pregiudicare il commercio tra Stati membri ai sensi di detta disposizione, quando applicano la legislazione nazionale in materia di concorrenza a siffatti accordi, decisioni o pratiche concordate. Analoga mente, quando applicano la legislazione nazionale in materia di concorrenza agli abusi vietati dall'articolo 82 del trattato, le autorità garanti della concorrenza e le giurisdizioni degli Stati membri applicano anche l'articolo 82 del trattato. L'articolo 3, paragrafo 1 obbliga pertanto le autorità garanti della concorrenza e le giurisdizioni degli Stati membri ad applicare anche gli articoli 81 e 82 quando applicano la legislazione nazionale in materia di concorrenza ad accordi e a pratiche abusive che possano pregiudicare il commercio tra Stati membri. D'altro canto, l'articolo 3, paragrafo 1 non obbliga le autorità garanti della concorrenza e le giurisdizioni nazionali ad

applicare la legislazione nazionale in materia di concorrenza quando applicano gli articoli 81 e 82 ad accordi, decisioni o pratiche concordate e ad abusi che possano pregiudicare il commercio tra Stati membri. In tali casi esse possono applicare esclusivamente la legislazione comunitaria in materia di concorrenza.

10. Ai sensi dell'articolo 3, paragrafo 2, dall'applicazione della legislazione nazionale in materia di concorrenza non può scaturire il divieto di accordi, decisioni di associazioni di imprese o pratiche concordate che possano pregiudicare il commercio tra Stati membri ma che non impongono restrizioni alla concorrenza ai sensi dell'articolo 81, paragrafo 1, del trattato, o che soddisfano le condizioni dell'articolo 81, paragrafo 3, del trattato o le condizioni di un regolamento di applicazione dell'articolo 81, paragrafo 3, del trattato. Il regolamento 1/2003 non impedisce tuttavia agli Stati membri di adottare e applicare nel loro territorio norme nazionali più rigorose che vietino o sanzionino le condotte unilaterali delle imprese.
11. Va inoltre rammentato che a norma dell'articolo 3, paragrafo 3, fatti salvi i principi generali ed altre disposizioni di diritto comunitario, i paragrafi 1 e 2 non si applicano quando le autorità garanti della concorrenza e le giurisdizioni degli Stati membri applicano la legislazione nazionale in materia di controllo delle concentrazioni, né precludono l'applicazione di norme nazionali che perseguono principalmente un obiettivo differente rispetto a quello degli articoli 81 e 82 del trattato.
12. Il criterio del pregiudizio al commercio è un criterio autonomo del diritto comunitario, che deve essere valutato separatamente per ogni caso. Si tratta di un criterio giurisdizionale, che definisce il campo di applicazione della normativa comunitaria in materia di concorrenza ⁽³⁾. Il diritto comunitario della concorrenza non si applica agli accordi e alle pratiche che non siano idonei a pregiudicare sensibilmente il commercio tra Stati membri.
13. Il criterio del pregiudizio al commercio limita il campo di applicazione degli articoli 81 e 82 agli accordi ed alle pratiche abusive che possono avere un livello minimo di effetti transfrontalieri all'interno della Comunità. Secondo quanto stabilito dalla Corte di giustizia, la capacità dell'accordo o della pratica di pregiudicare il commercio tra Stati membri deve essere «sensibile» ⁽⁴⁾.
14. Nel caso dell'articolo 81 del trattato, è l'accordo che deve essere in grado di pregiudicare il commercio tra Stati membri. Non si esige che ogni singola parte dell'accordo, compresa ogni restrizione della concorrenza, che potrebbe derivare dall'accordo, possa avere questo tipo di effetto ⁽⁵⁾. Se l'accordo nel suo insieme è

ALLEGATO VIII

in grado di pregiudicare il commercio tra Stati membri, il diritto comunitario si applica all'intero accordo, comprese tutte le parti dell'accordo che non pregiudicano singolarmente il commercio tra Stati membri. Quando le relazioni contrattuali tra le medesime parti riguardano più attività, queste attività, per essere considerate come rientranti in un unico accordo, devono essere direttamente connesse e costituire parte integrante di uno stesso accordo globale tra le imprese⁽⁶⁾. In caso contrario, si considera che esista un accordo distinto per ciascuna attività.

15. È inoltre irrilevante se la partecipazione all'accordo di una determinata impresa abbia o meno un effetto sensibile sugli scambi tra Stati membri⁽⁷⁾. Un'impresa non può sfuggire all'applicazione del diritto comunitario soltanto perché il suo contributo ad un accordo, che è di per sé atto a pregiudicare il commercio tra Stati membri, è insignificante.

16. Per stabilire l'applicabilità del diritto comunitario non è necessario stabilire un collegamento tra la presunta restrizione della concorrenza e l'idoneità dell'accordo a pregiudicare il commercio tra Stati membri. Anche gli accordi non restrittivi possono pregiudicare il commercio tra Stati membri. Ad esempio, gli accordi di distribuzione selettiva basati su criteri di selezione puramente qualitativi giustificati dalla natura dei prodotti, che non restringono la concorrenza ai sensi dell'articolo 81, paragrafo 1, possono nondimeno pregiudicare il commercio tra Stati membri. Tuttavia, le presunte restrizioni derivanti da un accordo possono fornire una chiara indicazione dell'idoneità dell'accordo stesso a pregiudicare il commercio tra Stati membri. Per esempio, un accordo di distribuzione che proibisce le esportazioni è per sua natura in grado di pregiudicare il commercio tra Stati membri, anche se non necessariamente in misura sensibile⁽⁸⁾.

17. Per quanto riguarda l'articolo 82, è l'abuso che deve pregiudicare il commercio tra Stati membri. Questo non implica, tuttavia, che ogni aspetto del comportamento debba essere valutato isolatamente. Un comportamento che faccia parte di una strategia globale perseguita dall'impresa in posizione dominante deve essere valutato con riguardo al suo impatto complessivo. Qualora un'impresa dominante adotti pratiche diverse nel perseguimento del medesimo scopo, ad esempio pratiche che mirano ad eliminare o precludere i concorrenti dal mercato, affinché l'articolo 82 sia applicabile a tutte le pratiche che fanno parte di questa strategia globale, è sufficiente che almeno una di queste sia in grado di pregiudicare il commercio tra Stati membri⁽⁹⁾.

18. Dal disposto degli articoli 81 e 82 e dalla giurisprudenza della Corte di giustizia e del Tribunale di primo grado risulta pertanto che nell'applicazione del criterio

del pregiudizio al commercio vanno presi in considerazione in particolare tre elementi:

- a) il concetto di «commercio tra Stati membri»,
- b) il concetto di «possano pregiudicare» e
- c) il concetto di «incidenza sensibile».

2.2. Il concetto di «commercio tra Stati membri»

19. Il concetto di «commercio» non è limitato agli scambi tradizionali di beni e servizi a livello transfrontaliero⁽¹⁰⁾. Si tratta di un concetto più ampio, che copre tutta l'attività economica transfrontaliera, incluso lo stabilimento⁽¹¹⁾. Questa interpretazione è coerente con l'obiettivo fondamentale del trattato di promuovere la libera circolazione dei beni, dei servizi, delle persone e dei capitali.

20. Sulla base di una giurisprudenza consolidata, il concetto di «commercio» comprende anche i casi nei quali gli accordi o le pratiche pregiudicano la struttura della concorrenza nel mercato. Gli accordi e le pratiche che pregiudicano la struttura della concorrenza all'interno della Comunità eliminando o minacciando di eliminare un concorrente che opera all'interno della Comunità possono essere soggetti alle regole di concorrenza comunitarie⁽¹²⁾. Quando un'impresa è o rischia di essere eliminata, viene pregiudicata la struttura concorrenziale all'interno della Comunità così come vengono pregiudicate le attività economiche svolte da detta impresa.

21. Perché possa esservi un effetto sul commercio «tra Stati membri» devono esserci delle ripercussioni sull'attività economica transfrontaliera che interessino almeno due Stati membri. Non è necessario che l'accordo o la pratica pregiudichino il commercio tra l'intero territorio di uno Stato membro e l'intero territorio di un altro Stato membro. Gli articoli 81 e 82 sono applicabili anche nei casi che riguardano una parte di uno Stato membro, nella misura in cui l'incidenza sul commercio è sensibile⁽¹³⁾.

22. L'applicazione del criterio del pregiudizio al commercio è indipendente dalla definizione dei mercati geografici rilevanti. Il commercio tra Stati membri può essere pregiudicato anche nei casi in cui il mercato rilevante è nazionale o sub-nazionale⁽¹⁴⁾.

2.3. La nozione di «possano pregiudicare»

23. La nozione di «possano pregiudicare» serve a definire la natura dell'incidenza sul commercio tra Stati. Secondo il criterio standard sviluppato dalla Corte di giustizia, la nozione di «possano pregiudicare» implica che dev'essere possibile prevedere con un grado di probabilità adeguato, in base ad un complesso di fattori obiettivi, di fatto o di diritto, che l'accordo o la pratica possano avere un'influenza, diretta o indiretta, attuale o potenziale, sulle correnti degli scambi fra Stati membri ⁽¹⁵⁾ ⁽¹⁶⁾. Come illustrato al punto 20, la Corte di giustizia ha inoltre elaborato un criterio fondato sull'idoneità dell'accordo o della pratica a pregiudicare la struttura della concorrenza. Quando l'accordo o la pratica sono atti a pregiudicare la struttura della concorrenza all'interno della Comunità, si applica il diritto comunitario.

24. Il criterio standard sviluppato dalla Corte di giustizia contiene i seguenti elementi principali, che vengono trattati nelle sezioni che seguono:

- a) «un grado di probabilità adeguato in base ad un complesso di elementi oggettivi di diritto o di fatto»,
- b) un'influenza sulle «correnti degli scambi tra Stati membri»,
- c) «un'influenza, diretta o indiretta, attuale o potenziale» sulle correnti degli scambi.

2.3.1. *Un grado di probabilità adeguato, in base ad un complesso di elementi oggettivi di diritto o di fatto.*

25. La valutazione degli effetti sul commercio si basa su fattori oggettivi. Non è richiesta l'intenzione soggettiva da parte delle imprese interessate. Se, tuttavia, è provato che le imprese hanno inteso pregiudicare il commercio tra Stati membri, ad esempio perché hanno cercato di ostacolare le esportazioni o le importazioni da altri Stati membri, questo è un fattore pertinente da considerare.

26. I termini «possano pregiudicare» ed il riferimento fatto dalla Corte di giustizia a «un grado di probabilità adeguato» implica che non sia necessario, per applicare il diritto comunitario, stabilire se l'accordo o la pratica abbiano o abbiano avuto un'effettiva incidenza sul commercio tra gli Stati membri. È sufficiente che l'accordo o la pratica siano «idonei» ad avere un effetto di questo tipo ⁽¹⁷⁾.

27. Non vi è alcun obbligo o necessità di calcolare il volume reale degli scambi tra gli Stati membri interessati dall'accordo o dalla pratica. Ad esempio, nel caso di

accordi che vietano le esportazioni verso altri Stati membri non vi è alcuna necessità di stimare quale sarebbe stato, in mancanza dell'accordo, il livello di commercio parallelo tra gli Stati membri interessati. Quest'interpretazione è coerente con la natura giurisdizionale del criterio del pregiudizio al commercio. L'applicabilità del diritto comunitario si estende alle categorie di accordi e di pratiche che sono atte ad avere effetti transfrontalieri, indipendentemente dal fatto che un accordo o una pratica particolari abbiano effettivamente tale incidenza.

28. La valutazione in base al criterio del pregiudizio al commercio dipende da una serie di fattori che possono essere non decisivi se considerati singolarmente⁽¹⁸⁾. I fattori pertinenti comprendono la natura dell'accordo e della pratica, la natura dei prodotti a cui si applicano l'accordo o la pratica e la posizione e l'importanza delle imprese interessate⁽¹⁹⁾.
29. La natura dell'accordo e della pratica fornisce un'indicazione da un punto di vista qualitativo della loro idoneità a pregiudicare il commercio tra Stati membri. Alcuni accordi e pratiche sono per loro natura in grado di pregiudicare il commercio tra Stati membri, mentre altri richiedono un'analisi più dettagliata in tal senso. I cartelli transfrontalieri sono un esempio del primo caso, mentre le imprese comuni limitate al territorio di un singolo Stato membro sono un esempio del secondo. Quest'aspetto viene ulteriormente esaminato nella sezione 3, che tratta le diverse categorie di accordi e di pratiche.
30. La natura dei prodotti a cui si applicano gli accordi o le pratiche fornisce un'ulteriore indicazione della possibilità che il commercio tra Stati membri sia pregiudicato. Quando per loro natura i prodotti sono venduti facilmente a livello transfrontaliero o sono importanti per le imprese che vogliono avviare o ampliare le loro attività sui mercati di altri Stati membri, è più facile stabilire l'applicabilità della legislazione comunitaria rispetto ai casi in cui, per loro natura, i prodotti offerti da fornitori di altri Stati membri hanno una domanda limitata e sono di interesse limitato dal punto di vista dello stabilimento transfrontaliero o dell'espansione dell'attività economica svolta a partire da tale luogo di stabilimento⁽²⁰⁾. Lo stabilimento comprende la costituzione, da parte di imprese di uno Stato membro, di agenzie, succursali o controllate in un altro Stato membro.
31. La posizione di mercato delle imprese interessate ed i loro volumi di vendita sono indicativi, da un punto di vista quantitativo, dell'idoneità dell'accordo o della pratica in questione a pregiudicare il commercio tra Stati membri. Quest'aspetto, che costituisce parte integrante della valutazione dell'incidenza sensibile, è affrontato alla sezione 2.4.

ALLEGATO VIII

32. Oltre ai fattori già citati, è necessario tenere conto della situazione di fatto e di diritto nella quale hanno luogo l'accordo o la pratica. Il contesto economico e legale specifico permette di comprendere meglio i possibili effetti sul commercio tra Stati membri. Se vi sono barriere assolute al commercio transfrontaliero tra Stati membri, esterne all'accordo o alla pratica, il commercio può essere pregiudicato soltanto se è probabile che queste barriere scompaiano in un prossimo futuro. Nei casi in cui le barriere non sono assolute ma rendono soltanto le attività transfrontaliere più difficili, è della massima importanza assicurarsi che gli accordi e le pratiche non ostacolino ulteriormente tali attività. Gli accordi che determinano siffatte conseguenze sono in grado di pregiudicare il commercio tra Stati membri.

2.3.2. *Incidenza sulle «correnti degli scambi tra Stati membri»*

33. Per applicare gli articoli 81 e 82 è necessario che vi sia un'incidenza sulle «correnti degli scambi tra Stati membri».

34. L'espressione «correnti degli scambi» ha carattere neutro. Il presupposto non è che il commercio venga ristretto o ridotto⁽²¹⁾. La struttura degli scambi può essere alterata anche quando un accordo o una pratica determinano un aumento degli scambi. In effetti, si applica il diritto comunitario se è probabile che il commercio tra Stati membri si sviluppi in maniera diversa in presenza dell'accordo o della pratica rispetto a come si sarebbe probabilmente sviluppato in sua assenza⁽²²⁾.

35. Quest'interpretazione riflette il fatto che il criterio del pregiudizio al commercio serve a stabilire il diritto applicabile, ossia a distinguere gli accordi e le pratiche che possono avere effetti transfrontalieri tali da giustificare un esame ai sensi del diritto comunitario della concorrenza dagli accordi e dalle pratiche che non hanno tali effetti.

2.3.3. *«Un'influenza, diretta o indiretta, attuale o potenziale» sulle correnti degli scambi*

36. L'influenza degli accordi e delle pratiche sulle correnti degli scambi tra Stati membri può essere «diretta o indiretta, attuale o potenziale».

37. Gli effetti diretti sul commercio tra Stati membri si determinano solitamente in relazione ai prodotti a cui si applica un accordo o una pratica. Quando, per esempio, i fabbricanti di un particolare prodotto nei diversi Stati membri concludono un accordo per la spartizione dei mercati, si producono degli effetti diretti sul commercio tra Stati membri sul mercato dei prodotti interessati. Un

altro esempio di effetti diretti è il caso in cui un fornitore conceda sconti ai distributori solo relativamente ai prodotti da essi venduti all'interno dello Stato membro nel quale sono stabiliti. Tali pratiche aumentano il prezzo relativo dei prodotti destinati all'esportazione, rendendo le esportazioni meno attraenti e meno competitive.

38. Gli effetti indiretti si verificano spesso in relazione a prodotti connessi a quelli a cui si applica un accordo o una pratica. Gli effetti indiretti possono, per esempio, verificarsi quando un accordo o una pratica hanno un impatto sulle attività economiche transfrontaliere di imprese che utilizzano o che in qualche modo dipendono dai prodotti a cui si applica l'accordo o la pratica⁽²³⁾. Tali effetti possono prodursi, ad esempio, quando l'accordo o la pratica riguardano un prodotto intermedio, che non è oggetto di commercio, ma che viene utilizzato per la fornitura di un prodotto finale, il quale invece è oggetto di commercio. La Corte di giustizia ha ritenuto che il commercio tra Stati membri poteva essere pregiudicato nel caso di un accordo che comportava la fissazione dei prezzi dell'acquavite usata per produrre cognac⁽²⁴⁾. Anche se la materia prima non veniva esportata, era esportato il prodotto finale, ossia il cognac. In tali casi è pertanto applicabile il diritto comunitario della concorrenza se il commercio del prodotto finale può essere pregiudicato in maniera sensibile.
39. Gli effetti indiretti sul commercio tra Stati membri possono verificarsi anche relativamente ai prodotti a cui si applica l'accordo o la pratica. Ad esempio, gli accordi mediante i quali un produttore limita le garanzie per i prodotti venduti dai distributori nel loro Stato membro di stabilimento determinano dei disincentivi all'acquisto dei prodotti per i consumatori di altri Stati membri in quanto questi non potrebbero invocare la garanzia⁽²⁵⁾. L'esportazione da parte dei distributori ufficiali e dei rivenditori paralleli è resa più difficile in quanto, per i consumatori, i prodotti sono meno interessanti senza la garanzia del produttore⁽²⁶⁾.
40. Gli effetti attuali sul commercio tra Stati membri sono quelli che vengono a verificarsi a seguito dell'esecuzione dell'accordo o della pratica. È probabile che un accordo tra un fornitore ed un distributore nello stesso Stato membro, che vieti, ad esempio, le esportazioni in altri Stati membri produca effetti attuali sul commercio tra gli Stati membri. In mancanza di un tale accordo il distributore sarebbe libero di effettuare esportazioni. Si ricorda, tuttavia, che non è richiesto che gli effetti attuali siano dimostrati: è sufficiente che l'accordo o la pratica siano idonei ad avere effetti di questo tipo.
41. Gli effetti potenziali sono quelli che possono verificarsi in futuro con un grado adeguato di probabilità. In altre parole, vanno presi in considerazione gli sviluppi prevedibili del mercato⁽²⁷⁾. Anche se il commercio non può essere pregiudicato

ALLEGATO VIII

nel momento in cui l'accordo è concluso o la pratica è realizzata, gli articoli 81 e 82 restano di applicazione se è probabile che i fattori che hanno portato a tale conclusione cambino in un prossimo futuro. A tale riguardo è opportuno considerare gli effetti delle misure di liberalizzazione adottate dalla Comunità o dallo Stato membro in questione e altre misure prevedibili volte ad eliminare le barriere giuridiche agli scambi.

42. Inoltre, anche se in un determinato momento le condizioni di mercato sono sfavorevoli al commercio transfrontaliero, ad esempio perché i prezzi sono simili negli Stati membri in questione, il commercio può comunque essere pregiudicato qualora sia probabile che la situazione cambi a seguito del mutamento delle condizioni di mercato⁽²⁸⁾. Ciò che conta è l'idoneità dell'accordo o della pratica a pregiudicare il commercio tra Stati membri e non il fatto che ciò avvenga effettivamente in un determinato momento.

43. L'inclusione di effetti indiretti o potenziali nell'analisi dell'incidenza sul commercio tra Stati membri non significa che l'analisi possa basarsi su effetti remoti o ipotetici. La probabilità che un particolare accordo produca effetti indiretti o potenziali deve essere spiegata dall'autorità o dalla parte che sostiene che il commercio tra Stati membri può essere pregiudicato in maniera sensibile. Effetti ipotetici o speculativi non sono sufficienti per determinare l'applicabilità del diritto comunitario. Ad esempio, un accordo che aumenta il prezzo di un prodotto che non è oggetto di esportazioni riduce il reddito disponibile dei consumatori. I consumatori, avendo meno denaro da spendere, potrebbero acquistare un minor numero di prodotti importati da altri Stati membri. Tuttavia il nesso tra simili effetti sui redditi e il commercio tra Stati membri è generalmente troppo indiretto per determinare l'applicabilità del diritto comunitario.

2.4. Il concetto di incidenza sensibile

2.4.1. *Principio generale.*

44. Il criterio del pregiudizio al commercio contiene un elemento quantitativo, che limita la sfera di applicabilità del diritto comunitario agli accordi ed alle pratiche che possono avere effetti di una certa portata. Gli accordi e le pratiche non rientrano nel campo di applicazione degli articoli 81 e 82 quando influiscono sul mercato soltanto in modo trascurabile, vista la debole posizione delle imprese interessate sul mercato dei prodotti in questione⁽²⁹⁾. L'incidenza sensibile può essere valutata in particolare con riferimento alla posizione e all'importanza delle imprese in questione sul mercato dei prodotti rilevanti⁽³⁰⁾.

45. La valutazione dell'incidenza sensibile dipende dalle circostanze di ogni singolo

caso, in particolare dalla natura dell'accordo e della pratica, dalla natura dei prodotti interessati e dalla posizione di mercato delle imprese coinvolte. Quando un accordo o una pratica sono per loro natura in grado di pregiudicare il commercio tra Stati membri, la soglia dell'incidenza sensibile è più bassa rispetto ai casi in cui gli accordi e le pratiche non sono, per loro natura, in grado di avere tali effetti. Quanto più forte è la posizione di mercato delle imprese interessate, tanto più probabile è che un accordo o una pratica siano idonei ad arrecare un pregiudizio sensibile al commercio tra Stati membri ⁽³¹⁾.

46. In alcuni casi relativi alle importazioni e alle esportazioni la Corte di giustizia ha ritenuto che il criterio dell'incidenza sensibile fosse soddisfatto quando le vendite delle imprese interessate rappresentavano circa il 5 % del mercato ⁽³²⁾. La sola quota di mercato non è stata tuttavia sempre considerata come il fattore decisivo. In particolare, è necessario tenere conto anche del fatturato delle imprese relativo ai prodotti in causa ⁽³³⁾.

47. L'incidenza sensibile può dunque essere misurata sia in termini assoluti (fatturato) che in termini relativi, confrontando la posizione dell'impresa o delle imprese interessate con quella di altri operatori sul mercato (quota di mercato). L'accento posto sulla posizione e sull'importanza delle imprese interessate è coerente con il concetto «possano pregiudicare», il che implica che la valutazione sia basata sull'idoneità dell'accordo o della pratica a pregiudicare il commercio tra Stati membri piuttosto che sull'impatto sui flussi transfrontalieri reali di beni e di servizi. La posizione di mercato delle imprese interessate ed il loro fatturato per i prodotti in questione sono indicativi dell'idoneità di un accordo o di una pratica a pregiudicare il commercio tra Stati membri. Su questi due elementi si basano, fra l'altro, le presunzioni discusse in appresso nei punti 52 e 53.

48. L'applicazione del criterio dell'incidenza sensibile non richiede necessariamente che siano definiti i mercati rilevanti e che vengano calcolate le quote di mercato ⁽³⁴⁾. Le vendite di un'impresa in termini assoluti possono essere sufficienti per affermare che l'effetto sul commercio è sensibile. Questo avviene in particolare per gli accordi e le pratiche che per loro natura possono pregiudicare il commercio tra Stati membri, ad esempio perché interessano le importazioni o le esportazioni o perché interessano parecchi Stati membri. Il fatto che in tali circostanze il fatturato dei prodotti a cui si applica l'accordo può essere sufficiente per sostenere la tesi di un effetto sensibile sul commercio tra Stati membri è oggetto della presunzione relativa positiva precisata oltre al punto 53.

49. Gli accordi e le pratiche devono sempre essere considerati nel contesto economico e giuridico nel quale vengono posti in essere. Nel caso di accordi verticali può essere necessario considerare gli eventuali effetti cumulativi di reti

parallele di accordi simili ⁽³⁵⁾. Anche se un singolo accordo o una rete di accordi non sono in grado di pregiudicare sensibilmente il commercio tra Stati membri, l'effetto di reti parallele di accordi, considerate nel loro complesso, può essere di questo tipo. Occorre tuttavia che il singolo accordo o la singola rete di accordi diano un contributo significativo all'incidenza complessiva sul commercio ⁽³⁶⁾.

2.4.2. *Determinazione dell'incidenza sensibile.*

50. Non è possibile stabilire regole quantitative generali, applicabili a tutte le categorie di accordi e di pratiche, che indichino quando il commercio tra Stati membri è suscettibile di essere pregiudicato in maniera sensibile. È possibile, tuttavia, indicare quando il commercio non è normalmente suscettibile di essere pregiudicato in maniera sensibile. In primo luogo, nella sua comunicazione relativa agli accordi di importanza minore che non determinano restrizioni sensibili della concorrenza ai sensi dell'articolo 81, paragrafo 1, del trattato («de minimis») ⁽³⁷⁾, la Commissione ha affermato che gli accordi fra piccole e medie imprese (PMI), quali definiti nell'allegato alla raccomandazione 96/280/CE della Commissione ⁽³⁸⁾, non sono solitamente di natura tale da influenzare sensibilmente il commercio tra Stati membri. La ragione di questa presunzione è il fatto che le attività delle PMI sono normalmente di natura locale o tutt'al più regionale. Le PMI possono tuttavia essere soggette alle disposizioni comunitarie in questione quando svolgono, in particolare, un'attività economica transfrontaliera. In secondo luogo, la Commissione ritiene appropriato enunciare dei principi generali che indichino quando il commercio non può normalmente essere pregiudicato in misura sensibile, ossia un criterio che definisca l'assenza di un effetto apprezzabile sul commercio tra gli Stati membri (regola dell'assenza di incidenza sensibile sul commercio). Nell'applicare l'articolo 81, la Commissione considererà questo criterio come una presunzione relativa negativa applicabile a tutti gli accordi ai sensi dell'articolo 81, paragrafo 1, indipendentemente dalla natura delle restrizioni contenute nell'accordo, comprese quelle che sono state identificate come restrizioni fondamentali nei regolamenti d'esenzione per categoria e nelle linee direttrici della Commissione. Nei casi in cui si applica questa presunzione la Commissione, di norma, non aprirà un procedimento, né su domanda né di propria iniziativa. Se le imprese sono convinte in buona fede che l'accordo è coperto da questa presunzione negativa, la Commissione non infliggerà ammende.

51. Fatto salvo quanto precisato di seguito al punto 53, questa definizione negativa di un pregiudizio sensibile non implica che gli accordi e le pratiche che non soddisfano i criteri elencati in appresso siano considerati automaticamente atti a pregiudicare sensibilmente il commercio tra Stati membri: è necessaria un'analisi caso per caso.

52. La Commissione ritiene, in linea di principio, che gli accordi non siano in grado di pregiudicare sensibilmente il commercio tra Stati membri quando sono soddisfatte le condizioni cumulative esposte in appresso.

- a) La quota di mercato aggregata delle parti su qualsiasi mercato rilevante all'interno della Comunità interessato dagli accordi non supera il 5 % e
- b) nel caso di accordi orizzontali, il fatturato comunitario aggregato annuo delle imprese interessate⁽³⁹⁾ relativo ai prodotti a cui si applica l'accordo non è superiore a 40 milioni di euro; nel caso di accordi concernenti l'acquisto congiunto di prodotti, il fatturato rilevante sarà quello relativo all'acquisto aggregato dei prodotti interessati dall'accordo;

nel caso di accordi verticali, il fatturato comunitario aggregato annuo del fornitore dei prodotti interessati dall'accordo non è superiore a 40 milioni di euro. Nel caso degli accordi di licenza il fatturato da prendere in considerazione sarà il fatturato aggregato dei licenziatari dei prodotti contenenti la tecnologia oggetto di licenza ed il fatturato del licenziante relativo a tali prodotti. Nel caso di accordi conclusi tra un acquirente e diversi fornitori, il fatturato da prendere in considerazione sarà quello relativo all'acquisto aggregato, da parte dell'acquirente, dei prodotti interessati dagli accordi.

La Commissione continuerà a considerare valida questa presunzione qualora durante due anni civili consecutivi la summenzionata soglia di fatturato non venga superata di più del 10 % e la succitata soglia di mercato non sia oltrepassata di più di 2 punti percentuali. Se l'accordo riguarda un mercato emergente che non esiste ancora e nel quale di conseguenza le parti non realizzano un fatturato né detengono alcuna quota del mercato rilevante, la Commissione non riterrà applicabile tale presunzione. In questi casi può risultare necessario valutare il carattere sensibile dell'incidenza sul commercio in base alla posizione delle parti sui mercati del prodotto connessi o in base alla loro forza nel campo delle tecnologie interessate dall'accordo.

53. La Commissione ritiene invece che, qualora un accordo o una pratica siano per loro natura in grado di pregiudicare il commercio tra Stati membri, ad esempio perché interessano le importazioni e le esportazioni o si applicano a diversi Stati membri, vi è una presunzione relativa positiva che tali effetti sul commercio siano sensibili quando il fatturato delle parti concernente i prodotti interessati dall'accordo, calcolato come indicato ai punti 52 e 54, è superiore a 40 milioni di euro. Nel caso di accordi che per loro stessa natura sono atti a pregiudicare il commercio tra Stati membri si può anche spesso presumere che tali effetti siano

ALLEGATO VIII

sensibili quando la quota di mercato delle parti supera la soglia del 5 % di cui al punto precedente. Tale presunzione, tuttavia, viene meno quando l'accordo concerne solo una parte di uno Stato membro (cfr. punto 90 infra).

54. La soglia di fatturato di 40 milioni di euro (cfr. punto 52 supra) è calcolata sulla base delle vendite complessivamente effettuate nella Comunità dalle imprese interessate dei prodotti oggetto dell'accordo (i prodotti contrattuali) al netto delle imposte durante il precedente esercizio. Sono escluse le vendite tra entità che fanno parte della medesima impresa⁽⁴⁰⁾.

55. Per applicare la soglia basata sulla quota di mercato, è necessario determinare il mercato rilevante⁽⁴¹⁾. Si tratta del mercato rilevante del prodotto e del mercato geografico rilevante. Il calcolo delle quote di mercato deve essere basato su dati relativi al valore delle vendite o, se del caso, su dati relativi al valore degli acquisti. Qualora questi non siano disponibili, possono essere effettuate delle stime basate su altre attendibili informazioni di mercato, ivi compresi i volumi delle vendite.

56. Nel caso di reti di accordi conclusi dal medesimo fornitore con differenti distributori, si tiene conto delle vendite realizzate attraverso l'intera rete.

57. I contratti che fanno parte di uno stesso accordo commerciale globalmente considerato costituiscono un singolo accordo ai fini della regola dell'assenza di incidenza sensibile sul commercio⁽⁴²⁾. Le imprese non possono scendere abusivamente al di sotto delle soglie summenzionate suddividendo artificialmente un accordo che costituisce un tutt'unico dal punto di vista economico.

3. L'APPLICAZIONE DEI PRINCIPI SUCCITATI A TIPI COMUNI DI ACCORDI E DI ABUSI

58. La Commissione applicherà la presunzione negativa di cui alla sezione precedente a tutti gli accordi, compresi quelli che per loro natura sono in grado di pregiudicare il commercio tra Stati membri, come pure gli accordi che riguardano il commercio con imprese situate in paesi terzi (cfr. sezione 3.3 infra).

59. Al di fuori del campo d'applicazione della presunzione negativa, la Commissione terrà conto di fattori qualitativi relativi alla natura dell'accordo o della pratica e alla natura dei prodotti interessati (cfr. punti 29 e 30 supra). Che la natura di un accordo sia rilevante risulta anche dalla presunzione positiva (cfr. punto 53 supra) che un accordo abbia effetti sensibili se, per sua natura, è in grado di pregiudicare il commercio tra Stati membri. Per fornire orientamenti più precisi sull'applicazione della nozione di pregiudizio al commercio è quindi utile

passare in rassegna i tipi più comuni di accordi.

60. Nelle sezioni seguenti viene operata una distinzione principale tra gli accordi e le pratiche che riguardano più Stati membri e quelli che sono limitati ad un unico Stato membro o ad una parte di esso. Queste due categorie principali sono suddivise in ulteriori sottocategorie in base alla natura dell'accordo o della pratica in questione. Vengono inoltre trattati anche gli accordi e le pratiche che interessano paesi terzi.

3.1. Accordi e abusi che riguardano o vengono attuati in più Stati membri

61. Gli accordi e le pratiche che riguardano o vengono attuati in più Stati membri sono in quasi tutti i casi per loro natura in grado di pregiudicare il commercio tra Stati membri. Quando il volume d'affari rilevante supera la soglia precisata sopra al punto 53, nella maggior parte dei casi non è quindi necessario effettuare un'analisi dettagliata per verificare se il commercio tra Stati membri può essere influenzato. Tuttavia, al fine di fornire un orientamento anche in questi casi e di illustrare i principi di cui alla sezione 2, è utile spiegare quali sono i fattori che vengono normalmente utilizzati per sostenere la tesi dell'applicabilità del diritto comunitario.

3.1.1. *Accordi relativi ad importazioni ed esportazioni.*

62. Gli accordi tra imprese in due o più Stati membri, che interessano le importazioni e le esportazioni, sono per loro natura in grado di pregiudicare il commercio tra Stati membri. Tali accordi, indipendentemente dal fatto che siano o meno restrittivi della concorrenza, hanno un impatto diretto sui flussi commerciali tra Stati membri. Nella causa Kerpen & Kerpen, ad esempio, relativa ad un accordo tra un produttore francese ed un distributore tedesco che si applicava a più del 10% delle esportazioni di cemento dalla Francia alla Germania, per un totale di 350 000 tonnellate l'anno, la Corte di giustizia ha stabilito che era impossibile sostenere che un tale accordo non fosse in grado di pregiudicare (in misura sensibile) gli scambi tra Stati membri⁽⁴³⁾.

63. Questa categoria comprende gli accordi che impongono restrizioni alle importazioni ed alle esportazioni, comprese quelle alle vendite attive e passive e alla rivendita da parte degli acquirenti ai clienti in altri Stati membri⁽⁴⁴⁾. In questi casi vi è un collegamento sostanziale tra la presunta restrizione della concorrenza e l'incidenza sul commercio, poiché lo scopo della restrizione è proprio quello di ostacolare il flusso altrimenti possibile di beni e servizi tra Stati membri. È ininfluenza il fatto che le parti dell'accordo siano situate nello stesso Stato membro o in diversi Stati membri.

3.1.2. *Cartelli che si estendono a più Stati membri.*

64. Gli accordi di cartello, quali quelli che prevedono la fissazione dei prezzi e la ripartizione del mercato, che si estendono a più Stati membri sono per loro natura atti a pregiudicare il commercio tra Stati membri. I cartelli transfrontalieri armonizzano le condizioni di concorrenza e pregiudicano nuovi flussi commerciali transfrontalieri perpetuando le correnti tradizionali degli scambi⁽⁴⁵⁾. Quando le imprese si accordano per ripartire i territori geografici, le vendite da altre aree verso i territori assegnati possono essere eliminate o ridotte. Quando le imprese si accordano per fissare i prezzi, eliminano la concorrenza e qualsiasi differenziale di prezzo che spingerebbe sia i concorrenti che i clienti a praticare il commercio transfrontaliero. Quando le imprese si accordano sulle quote di vendita, vengono mantenute le correnti tradizionali degli scambi. Le imprese interessate evitano di aumentare la produzione e quindi di servire clienti potenziali in altri Stati membri.

65. L'incidenza sul commercio determinata dai cartelli transfrontalieri, per sua natura, è generalmente sensibile anche a causa della posizione di mercato delle parti del cartello. I cartelli, infatti, vengono solitamente costituiti soltanto quando le imprese partecipanti detengono insieme un'ampia parte del mercato poiché questo permette loro di aumentare i prezzi o di ridurre la produzione.

3.1.3. *Accordi di cooperazione orizzontale che riguardano più Stati membri.*

66. Questa sezione concerne diversi tipi di accordi di cooperazione orizzontale. Gli accordi di cooperazione orizzontale possono per esempio assumere la forma di accordi mediante i quali due o più imprese cooperano nello svolgimento di una particolare attività economica, come la produzione e la distribuzione⁽⁴⁶⁾. Tali accordi sono spesso definiti come imprese comuni. Alle imprese comuni che esercitano stabilmente tutte le funzioni di una entità economica autonoma si applica tuttavia il regolamento sulle concentrazioni⁽⁴⁷⁾. A livello comunitario tali imprese comuni a pieno titolo non sono trattate a norma degli articoli 81 e 82⁽⁴⁸⁾ fatti salvi i casi in cui l'art. 2, paragrafo 4, del regolamento sulle concentrazioni risulta applicabile. La presente sezione non tratta dunque delle imprese comuni a pieno titolo. Nel caso delle imprese comuni che non sono entità economiche autonome, l'entità comune non opera come fornitore (o acquirente) autonomo su alcun mercato, ma si limita a servire le imprese madri, che operano direttamente sul mercato⁽⁴⁹⁾.

67. Le imprese comuni che operano in due o più Stati membri o la cui produzione è venduta dalle imprese madri in due o più Stati membri incidono sulle attività

commerciali delle parti in tali zone della Comunità. Questi accordi sono dunque, per loro natura, solitamente in grado di pregiudicare il commercio tra Stati membri rispetto alla situazione che esisterebbe in mancanza dell'accordo⁽⁵⁰⁾. Le correnti degli scambi sono pregiudicate quando le imprese trasferiscono le loro attività all'impresa comune o la utilizzano per costituire una nuova fonte di approvvigionamento nella Comunità.

68. Il commercio può essere influenzato anche quando un'impresa comune produce per le società madri un fattore di produzione che viene in seguito ulteriormente trasformato o inserito in un prodotto delle imprese madri. È probabile che questo avvenga se il fattore di produzione in questione veniva in precedenza acquistato da fornitori situati in altri Stati membri, se esso veniva in precedenza prodotto dalle imprese madri in altri Stati membri o se il prodotto finale è scambiato in più di uno Stato membro.

69. Nella valutazione dell'incidenza sensibile è importante tenere conto delle vendite dei prodotti interessati dall'accordo da parte delle imprese madri e non soltanto di quelle dell'entità comune creata dall'accordo, poiché l'impresa comune non opera come fornitore o acquirente autonomo su alcun mercato.

3.1.4. *Accordi verticali concernenti più Stati membri.*

70. Gli accordi verticali e le reti di accordi verticali simili posti in essere in più Stati membri sono normalmente in grado di pregiudicare il commercio tra Stati membri, qualora canalizzino gli scambi in maniera particolare. Le reti di accordi di distribuzione selettiva posti in essere in due o più Stati membri, ad esempio, canalizzano gli scambi in maniera particolare in quanto limitano il commercio ai membri della rete, influenzando in questo modo sulle correnti degli scambi rispetto alla situazione che esisterebbe in mancanza dell'accordo⁽⁵¹⁾.

71. Il commercio tra Stati membri può inoltre essere influenzato dagli accordi verticali che hanno effetti di preclusione. Questo può avvenire ad esempio in caso di accordi mediante i quali distributori di più Stati membri convengono di acquistare solo da un determinato fornitore o di vendere soltanto i suoi prodotti. Tali accordi possono limitare il commercio tra gli Stati membri nei quali gli accordi vengono posti in essere o il commercio in provenienza dagli Stati membri che non rientrano negli accordi. La preclusione può derivare da singoli accordi o da reti di accordi. Quando un accordo o reti di accordi concernenti più Stati membri hanno effetti di preclusione, tale accordo o accordi sono solitamente idonei per loro natura a pregiudicare in maniera sensibile il commercio tra Stati membri.

ALLEGATO VIII

72. Anche gli accordi tra fornitori e distributori che prevedono l'imposizione dei prezzi di rivendita e che si applicano a due o più Stati membri sono normalmente, per loro natura, atti a pregiudicare il commercio tra Stati membri ⁽⁵²⁾. Tali accordi alterano i livelli dei prezzi che sarebbero probabilmente esistiti in assenza degli accordi e di conseguenza alterano le correnti degli scambi.

3.1.5. *Abusi di posizione dominante concernenti più Stati membri.*

73. In caso di abusi di posizione dominante è utile distinguere tra gli abusi che creano barriere all'entrata o eliminano i concorrenti (abusivi escludenti) e quelli attraverso i quali l'impresa in posizione dominante sfrutta il suo potere economico, ad esempio facendo pagare prezzi eccessivi o discriminatori (abusivi sfruttamento). Entrambi i tipi di abusi possono essere attuati o mediante accordi, che sono soggetti anche all'articolo 81, paragrafo 1, o mediante comportamenti unilaterali che, sotto il profilo del diritto comunitario della concorrenza, sono soggetti esclusivamente all'articolo 82.

74. Nel caso degli abusi di sfruttamento come gli sconti discriminatori, gli effetti si manifestano sui partner commerciali a valle, che hanno dei vantaggi o degli svantaggi, alterando la loro posizione competitiva ed influenzando sulle correnti degli scambi tra Stati membri.

75. Quando un'impresa dominante adotta un comportamento escludente in più di uno Stato membro, tale abuso, per sua natura, è normalmente in grado di pregiudicare il commercio tra Stati membri. Tale comportamento ha un effetto negativo sulla concorrenza in un'area che non comprende soltanto un unico Stato membro, ed è probabile che determini un cambiamento del corso che gli scambi avrebbero seguito in assenza dell'abuso. Per esempio, le correnti degli scambi possono essere alterate qualora l'impresa dominante conceda sconti fedeltà. È probabile che i clienti che fanno parte del sistema di sconti acquistino meno dai concorrenti dell'impresa dominante rispetto a quanto avrebbero altrimenti fatto. Il comportamento escludente che mira direttamente all'eliminazione di un concorrente, come l'applicazione di prezzi predatori, è inoltre in grado di pregiudicare il commercio tra Stati membri a causa del suo impatto sulla struttura di effettiva concorrenza sul mercato all'interno della Comunità ⁽⁵³⁾. Quando un'impresa dominante adotta un comportamento volto ad eliminare un concorrente che opera in più di uno Stato membro, il commercio può essere pregiudicato in vari modi. In primo luogo, c'è il rischio che il concorrente in questione cessi di essere una fonte di approvvigionamento all'interno della Comunità. Anche se l'impresa presa di mira non è eliminata, è probabile che il suo futuro comportamento concorrenziale sia influenzato, il che può avere un impatto anche sul commercio tra Stati membri. In secondo luogo, l'abuso può

avere un effetto su altri concorrenti. Attraverso il suo comportamento abusivo l'impresa dominante può segnalare ai propri concorrenti che punirà i tentativi di esercitare una vera concorrenza. In terzo luogo, la stessa eliminazione di un concorrente può essere sufficiente per pregiudicare il commercio tra Stati membri. Questo può avvenire anche quando l'impresa che rischia di essere eliminata opera soprattutto nelle esportazioni verso i paesi terzi ⁽⁵⁴⁾. Qualora vi sia il rischio che la struttura di effettiva concorrenza sul mercato all'interno della Comunità sia ulteriormente compromessa, si applica il diritto comunitario.

76. Quando un'impresa dominante commette abusi di sfruttamento o escludenti in più di uno Stato membro, tali abusi normalmente saranno, per loro natura, idonei a pregiudicare in maniera sensibile il commercio tra Stati membri. Data la posizione di mercato dell'impresa dominante interessata e il fatto che l'abuso è attuato in diversi Stati membri, la portata dell'abuso e la sua probabile incidenza sui flussi commerciali è normalmente tale da poter influenzare sensibilmente il commercio tra Stati membri. Nel caso di un abuso di sfruttamento, come la discriminazione dei prezzi, l'abuso altera la posizione competitiva dei partner commerciali in diversi Stati membri. Nel caso degli abusi escludenti, compresi quelli che mirano ad eliminare un concorrente, viene influenzata l'attività economica svolta dai concorrenti in diversi Stati membri. L'esistenza stessa di una posizione dominante in diversi Stati membri implica che la concorrenza è già indebolita in una parte sostanziale del mercato comune ⁽⁵⁵⁾. Quando un'impresa dominante, ricorrendo ad un comportamento abusivo, indebolisce ulteriormente la concorrenza, ad esempio eliminando un concorrente, l'idoneità dell'abuso a pregiudicare il commercio tra Stati membri è solitamente sensibile.

3.2. Accordi ed abusi relativi ad un singolo Stato membro o solo ad una parte di uno Stato membro

77. Quando gli accordi o le pratiche abusive riguardano il territorio di un singolo Stato membro, può essere necessario procedere ad un'indagine più approfondita sulla capacità degli accordi o delle pratiche abusive di pregiudicare il commercio tra Stati membri. Va ricordato che, affinché vi sia un'incidenza sul commercio tra Stati membri, non è necessario che il commercio venga ridotto: è sufficiente che possa essere causata un'alterazione sensibile della struttura degli scambi tra Stati membri. Tuttavia, in molti casi relativi ad un unico Stato membro la natura della presunta infrazione e, in particolare, la sua vocazione a precludere il mercato nazionale, forniscono una buona indicazione dell'idoneità dell'accordo o della pratica a pregiudicare il commercio tra Stati membri. Gli esempi citati di seguito non sono esaustivi, ma sono solo esempi di casi in cui gli accordi limitati al territorio di un unico Stato membro possono essere considerati idonei a pregiudicare il commercio tra Stati membri.

3.2.1. *Cartelli relativi ad un unico Stato membro.*

78. I cartelli orizzontali che si applicano ad un intero Stato membro sono normalmente in grado di pregiudicare il commercio tra Stati membri. In effetti, gli organi giurisdizionali comunitari hanno stabilito in diverse sentenze che gli accordi che si estendono a tutto il territorio di uno Stato membro hanno, per loro natura, l'effetto di consolidare la compartimentazione dei mercati a livello nazionale, ostacolando così l'integrazione economica voluta dal trattato ⁽⁵⁶⁾.

79. L'idoneità di tali accordi a compartimentare il mercato interno deriva dal fatto che le imprese che partecipano ai cartelli in un solo Stato membro devono solitamente adottare misure per escludere i concorrenti di altri Stati membri ⁽⁵⁷⁾. In caso contrario e se il prodotto a cui si applica l'accordo è oggetto di commercio transfrontaliero ⁽⁵⁸⁾, il cartello rischia di essere insidiato dalla concorrenza di imprese di altri Stati membri. Anche tali accordi sono, per loro natura, solitamente atti a pregiudicare in maniera sensibile il commercio tra Stati membri, data la copertura di mercato richiesta affinché questi cartelli siano efficaci.

80. Tenuto conto del fatto che la nozione di pregiudizio al commercio comprende anche gli effetti potenziali, non è decisivo se venga effettivamente adottata una azione di questo tipo contro i concorrenti di altri Stati membri. Se il prezzo praticato dal cartello è simile a quello prevalente in altri Stati membri, può non esserci un'esigenza immediata per i membri del cartello di adottare misure contro i concorrenti di altri Stati membri. Ciò che occorre stabilire è se vi è o no la probabilità che essi agiscano in tal modo qualora cambino le condizioni di mercato. La probabilità dipende dall'esistenza o meno di barriere naturali agli scambi nel mercato, compreso in particolare il fatto che il prodotto in questione sia commerciabile o no. In una causa relativa a determinati servizi bancari al dettaglio ⁽⁵⁹⁾, la Corte di giustizia ha ad esempio affermato che il commercio non poteva essere pregiudicato in maniera sensibile perché il potenziale degli scambi dei prodotti specifici interessati era molto limitato e perché essi non erano un fattore determinante ai fini della scelta da parte delle imprese di altri Stati membri di stabilirsi o meno nello Stato membro in questione ⁽⁶⁰⁾.

81. L'attenzione con cui i membri di un cartello sorvegliano i prezzi ed i concorrenti di altri Stati membri possono fornire un'indicazione della possibilità che i prodotti a cui si applica il cartello diventino oggetto di commercio transfrontaliero. Una sorveglianza indica che la concorrenza ed i concorrenti di altri Stati membri sono percepiti come una minaccia potenziale al cartello. Inoltre, se è provato che i membri del cartello hanno deliberatamente fissato il livello dei prezzi in base a quello prevalente in altri Stati membri (strategia di limitazione dei prezzi), si ha

un'indicazione del fatto che i prodotti in questione possono essere oggetto di scambi transfrontalieri e che il commercio tra Stati membri può essere pregiudicato.

82. Il commercio può solitamente essere pregiudicato anche quando i membri di un cartello nazionale attenuano la pressione concorrenziale esercitata dai concorrenti di altri Stati membri inducendoli ad aderire all'accordo restrittivo o se la loro esclusione dall'accordo mette i concorrenti in una situazione di svantaggio concorrenziale⁽⁶¹⁾. In tali casi l'accordo impedisce a questi concorrenti di sfruttare qualsiasi vantaggio competitivo di cui dispongano o aumenta i loro costi con un conseguente impatto negativo sulla loro competitività e sulle loro vendite. In entrambi i casi l'accordo ostacola le attività di concorrenti di altri Stati membri sul mercato nazionale in questione. Lo stesso avviene quando un accordo di cartello limitato ad un unico Stato membro viene concluso tra le imprese che rivendono i prodotti importati da altri Stati membri⁽⁶²⁾.

3.2.2. Accordi di cooperazione orizzontale relativi ad un unico Stato membro.

83. Gli accordi di cooperazione orizzontale ed in particolare le imprese comuni che non esercitano tutte le funzioni di una entità economica autonoma (cfr. punto 66 supra), che sono limitati ad un unico Stato membro e non riguardano direttamente le importazioni e le esportazioni, non appartengono alla categoria di accordi che per loro natura non sono in grado di pregiudicare il commercio tra Stati membri. Può dunque essere necessario un attento esame della capacità del singolo accordo di pregiudicare il commercio tra Stati membri.

84. Gli accordi di cooperazione orizzontale possono, in particolare, pregiudicare il commercio tra Stati membri quando hanno effetti di preclusione. Questo può avvenire in caso di accordi che stabiliscono a livello settoriale sistemi di standardizzazione e di certificazione, che escludono le imprese di altri Stati membri o che sono più facilmente rispettati dalle imprese dallo Stato membro in questione poiché si basano su norme ed usi nazionali. In tali circostanze gli accordi rendono più difficile per le imprese di altri Stati membri l'accesso ad un mercato nazionale.

85. Il commercio può essere pregiudicato anche qualora un'impresa comune determini l'esclusione di imprese di altri Stati membri da un importante canale di distribuzione o fonte di domanda. Se, ad esempio, due o più distributori stabiliti nello stesso Stato membro e che rappresentano una parte sostanziale delle importazioni dei prodotti in questione, costituiscono un'impresa comune di acquisto combinando i loro acquisti di tale prodotto, la conseguente riduzione del numero dei canali di distribuzione limita le possibilità per i fornitori di altri Stati

ALLEGATO VIII

membri di accedere al mercato nazionale in questione. Il commercio può dunque essere pregiudicato ⁽⁶³⁾. Esso può essere influenzato anche quando le imprese, che importavano in precedenza un determinato prodotto, costituiscono un'impresa comune alla quale affidano la produzione di tale prodotto. In questo caso l'accordo determina un cambiamento delle correnti degli scambi tra Stati membri rispetto alla situazione esistente prima dell'accordo.

3.2.3. *Accordi verticali relativi ad un unico Stato membro.*

86. Gli accordi verticali che riguardano un intero Stato membro possono, in particolare, incidere sulla struttura degli scambi tra Stati membri quando rendono più difficile per le imprese di altri Stati membri l'accesso al mercato nazionale in questione attraverso le esportazioni o attraverso lo stabilimento (effetto di preclusione). Quando provocano tali effetti di preclusione, gli accordi verticali contribuiscono alla compartimentazione dei mercati su base nazionale, ostacolando così la compenetrazione economica voluta dal trattato ⁽⁶⁴⁾.

87. La preclusione può verificarsi, ad esempio, quando i fornitori impongono agli acquirenti un obbligo di acquisto esclusivo ⁽⁶⁵⁾. Nella sentenza nella causa *Delimitis* ⁽⁶⁶⁾, relativa ad accordi tra un produttore di birra ed i proprietari dei locali nei quali la birra veniva consumata, in base ai quali questi ultimi si erano impegnati a comperare la birra esclusivamente da detto produttore, la Corte di giustizia ha definito la preclusione come l'assenza, dovuta agli accordi, di possibilità reali e concrete di accedere al mercato. Gli accordi creano solitamente barriere significative all'ingresso sul mercato soltanto quando riguardano una parte significativa del mercato. La quota di mercato e la copertura di mercato possono essere utilizzate come indicatori al riguardo. Nell'effettuare questa valutazione, occorre tener conto non solo dell'accordo o della particolare rete di accordi in questione, ma anche di altre reti parallele di accordi che hanno effetti simili ⁽⁶⁷⁾.

88. Gli accordi verticali che riguardano un intero Stato membro e che si riferiscono a prodotti oggetto di commercio transfrontaliero possono pregiudicare il commercio tra Stati membri, anche se non creano ostacoli diretti agli scambi. Gli accordi con cui le imprese si impegnano al mantenimento dei prezzi di rivendita possono avere effetti diretti sul commercio tra Stati membri in quanto aumentano le importazioni da altri Stati membri e fanno diminuire le esportazioni dallo Stato membro in questione ⁽⁶⁸⁾. Gli accordi che prevedono il mantenimento dei prezzi di rivendita possono incidere sui flussi degli scambi più o meno allo stesso modo dei cartelli orizzontali. Se il livello di prezzi è più elevato rispetto a quello prevalente in altri Stati membri a causa di un accordo per il mantenimento dei prezzi di rivendita, tale livello è sostenibile soltanto se le importazioni provenienti da altri

Stati membri possono essere controllate.

3.2.4. *Accordi relativi ad una sola parte di uno Stato membro.*

89. In termini qualitativi la valutazione di accordi relativi soltanto ad una parte di uno Stato membro è analoga a quella degli accordi che si applicano ad un intero Stato membro. Questo significa che si applica l'analisi di cui alla sezione 2. Nel valutare se l'incidenza è sensibile, tuttavia, le due categorie devono essere distinte, poiché si deve considerare che l'accordo è applicabile soltanto in una parte dello Stato membro. Occorre inoltre considerare in che proporzione il territorio nazionale è soggetto agli scambi. Se, ad esempio, per le imprese di altri Stati membri non è economicamente redditizio operare nell'intero territorio di un altro Stato membro a causa dei costi di trasporto o del raggio operativo delle attrezzature, il commercio può essere pregiudicato se l'accordo preclude l'accesso alla parte del territorio dello Stato membro nella quale sono possibili gli scambi, a meno che questa parte del territorio non sia insignificante ⁽⁶⁹⁾.

90. Qualora un accordo precluda l'accesso ad un mercato regionale, affinché il commercio venga pregiudicato in maniera sensibile il volume delle vendite pregiudicate deve essere significativo rispetto al volume globale di vendite dei prodotti interessati all'interno dello Stato membro in questione. Questa valutazione non può essere basata solo sull'estensione geografica. Si deve inoltre dare un peso abbastanza limitato alla quota di mercato delle parti dell'accordo. Anche se le parti hanno una quota di mercato elevata in un mercato regionale correttamente definito, la dimensione di tale mercato in termini di volume può essere insignificante rispetto alle vendite totali dei prodotti interessati all'interno dello Stato membro in questione. In generale, si considera che il migliore indicatore della capacità dell'accordo di pregiudicare (in maniera sensibile) il commercio tra Stati membri sia dunque la parte del mercato nazionale in termini di volume che viene preclusa. Accordi relativi a zone con un'alta concentrazione della domanda avranno dunque un'importanza maggiore rispetto ad accordi relativi a zone nelle quali la domanda è meno concentrata. Per concludere che è applicabile il diritto comunitario, la parte del mercato nazionale che viene preclusa deve essere significativa.

91. Gli accordi di natura locale non sono di per sé in grado di pregiudicare sensibilmente il commercio tra Stati membri. Questo avviene anche se il mercato locale si trova in una zona di frontiera. Per contro, se la parte preclusa del mercato nazionale è significativa, il commercio è suscettibile di essere pregiudicato anche se il mercato in questione non si trova in una zona di frontiera.

92. In casi di questo genere un orientamento può provenire dalla giurisprudenza

ALLEGATO VIII

relativa alla nozione di parte sostanziale del mercato comune di cui all'articolo 82⁽⁷⁰⁾. Si dovrebbe ritenere, ad esempio, che incidono sensibilmente sul commercio tra Stati membri gli accordi che hanno l'effetto di ostacolare i concorrenti di altri Stati membri ad accedere ad una parte di uno Stato membro che costituisce una parte sostanziale del mercato comune.

3.2.5. *Abusi di posizione dominante relativi ad un unico Stato membro.*

93. Qualora un'impresa che detiene una posizione dominante sulla totalità di uno Stato membro, commette abusi escludenti, normalmente il commercio tra Stati membri è suscettibile di essere pregiudicato. Tale comportamento abusivo generalmente renderà più difficile la penetrazione nel mercato da parte dei concorrenti di altri Stati membri, nel quale caso le correnti degli scambi sono suscettibili di essere pregiudicate⁽⁷¹⁾. Nella causa Michelin⁽⁷²⁾, ad esempio, la Corte di giustizia ha stabilito che un sistema di sconti fedeltà aveva precluso i concorrenti di altri Stati membri e aveva dunque pregiudicato il commercio ai sensi dell'articolo 82. Anche nella causa Rennet⁽⁷³⁾ la Corte ha concluso che un abuso sotto forma di obbligo di acquisto esclusivo per i clienti aveva precluso l'accesso al mercato di prodotti provenienti da altri Stati membri.

94. Anche gli abusi escludenti che pregiudicano la struttura della concorrenza sul mercato all'interno di uno Stato membro, ad esempio eliminando o minacciando di eliminare un concorrente, possono pregiudicare il commercio tra Stati membri. Quando l'impresa che rischia di essere eliminata opera soltanto in un singolo Stato membro, l'abuso solitamente non pregiudicherà il commercio tra Stati membri. Tuttavia, questo può verificarsi se l'impresa in questione effettua esportazioni o importazioni da e verso altri Stati membri⁽⁷⁴⁾ e se opera anche in altri Stati membri⁽⁷⁵⁾. L'impatto dissuasivo di un comportamento abusivo nei confronti di altri concorrenti può determinare un effetto sul commercio. Se l'impresa dominante adotta ripetutamente un comportamento tale da diffondere la convinzione che attuerà sistematicamente pratiche di esclusione nei riguardi dei concorrenti che tentano di esercitare una concorrenza diretta, è probabile che i concorrenti di altri Stati membri competano in modo meno aggressivo; in tal caso il commercio può essere pregiudicato anche se la vittima nel caso di specie non proviene da un altro Stato membro.

95. Nel caso degli abusi di sfruttamento, quali la discriminazione dei prezzi e la fissazione di prezzi eccessivi, la situazione può essere più complessa. La discriminazione dei prezzi tra clienti nazionali non pregiudica solitamente il commercio tra Stati membri. Questo può tuttavia avvenire se gli acquirenti svolgono attività di esportazione e sono danneggiati dai prezzi discriminatori o se questa pratica è utilizzata per impedire le importazioni⁽⁷⁶⁾. Le pratiche che

consistono nell'offrire prezzi più bassi ai clienti che più probabilmente importerebbero prodotti da altri Stati membri possono rendere più difficile l'accesso al mercato per i concorrenti di altri Stati membri. In tali casi il commercio tra gli Stati membri può essere pregiudicato.

96. Quando un'impresa ha una posizione dominante che si estende alla totalità di uno Stato membro non è solitamente rilevante se l'abuso specifico posto in essere da detta impresa riguarda soltanto una parte del suo territorio o incide su determinati acquirenti nel territorio nazionale. Un'impresa dominante può ostacolare il commercio in maniera significativa adottando un comportamento abusivo nelle aree o nei confronti dei clienti che sono più suscettibili di diventare l'obiettivo di concorrenti di altri Stati membri. Può avvenire, ad esempio, che un particolare canale di distribuzione rappresenti un mezzo particolarmente importante per accedere ad ampie categorie di consumatori. Ostacolare l'accesso a tali canali può avere un impatto sostanziale sul commercio tra Stati membri. Nel valutare se l'incidenza è sensibile si deve considerare anche il fatto che è probabile che la presenza stessa dell'impresa dominante sull'intero territorio di uno Stato membro renda l'accesso al mercato più difficile. Si deve dunque ritenere che qualsiasi abuso che renda più difficile l'accesso ad un mercato nazionale incida sensibilmente sul commercio. La combinazione della posizione di mercato dell'impresa dominante e della natura anticoncorrenziale del suo comportamento implica che tali abusi abbiano solitamente, per loro natura, un'incidenza sensibile sul commercio. Tuttavia, se l'abuso è di natura puramente locale o riguarda soltanto una parte insignificante delle vendite dell'impresa dominante nello Stato membro in questione, esso può non essere atto a pregiudicare in maniera sensibile il commercio.

3.2.6. Abusi di posizione dominante relativi ad una sola parte di uno Stato membro.

97. Qualora una posizione dominante interessi soltanto parte di uno Stato membro, è possibile trarre delle indicazioni, come nel caso degli accordi, da quanto stabilito dall'articolo 82, ossia che la posizione dominante deve estendersi ad una parte sostanziale del mercato comune. Se la posizione dominante riguarda una parte di uno Stato membro che costituisce una parte sostanziale del mercato comune e l'abuso rende più difficile, per i concorrenti di altri Stati membri, accedere al mercato nel quale l'impresa è dominante, va solitamente ritenuto che il commercio tra Stati membri possa essere pregiudicato in misura sensibile.

98. Nell'applicare questo criterio è necessario considerare, in particolare, le dimensioni del mercato in questione in termini di volume. Regioni o addirittura porti o aeroporti situati in uno Stato membro possono, a seconda della loro importanza, costituire una parte sostanziale del mercato comune ⁽⁷⁷⁾. In questi casi

si deve valutare se l'infrastruttura in questione viene utilizzata per fornire servizi transfrontalieri e, in caso affermativo, in che misura. Quando le infrastrutture come gli aeroporti ed i porti sono importanti per la fornitura di servizi transfrontalieri, il commercio tra Stati membri è suscettibile di essere pregiudicato.

99. Come nel caso delle posizioni dominanti che si estendono alla totalità di uno Stato membro (cfr. sopra al punto 95), se l'abuso è di natura puramente locale o riguarda soltanto una parte insignificante delle vendite dell'impresa dominante, esso può non essere atto a pregiudicare in maniera sensibile il commercio.

3.3. Accordi ed abusi relativi ad importazioni ed esportazioni con imprese situate in paesi terzi ed accordi e pratiche relativi ad imprese situate in paesi terzi

3.3.1. Osservazioni generali.

100. Gli articoli 81 e 82 si applicano agli accordi ed alle pratiche che sono in grado di pregiudicare il commercio tra Stati membri anche se una o più parti interessate sono situate al di fuori della Comunità⁽⁷⁸⁾. Gli articoli 81 e 82 si applicano indipendentemente dal luogo dove le imprese sono situate o l'accordo è stato concluso, quando gli accordi e le pratiche sono posti in essere all'interno della Comunità⁽⁷⁹⁾ o hanno effetti all'interno della Comunità⁽⁸⁰⁾. Gli articoli 81 e 82 possono applicarsi anche ad accordi ed alle pratiche relativi a paesi terzi, qualora essi siano atti a pregiudicare il commercio tra Stati membri. Il principio generale precisato alla sezione 2, secondo il quale l'accordo o la pratica devono essere in grado di avere un'influenza sensibile, diretta o indiretta, attuale o potenziale, sulle correnti degli scambi fra Stati membri, si applica anche nel caso di accordi e abusi che interessano imprese situate in paesi terzi o che si riferiscono ad importazioni o esportazioni con paesi terzi.

101. Al fine di determinare l'applicabilità del diritto comunitario è sufficiente che un accordo o una pratica, che interessa paesi terzi o imprese situate in paesi terzi, sia in grado di pregiudicare l'attività economica transfrontaliera all'interno della Comunità. L'importazione in un unico Stato membro può essere sufficiente per determinare effetti di questo tipo. Le importazioni possono influire sulle condizioni della concorrenza nello Stato membro importatore, il che può avere a sua volta ripercussioni sulle esportazioni e sulle importazioni di prodotti concorrenti da e verso altri Stati membri. In altre parole, le importazioni da paesi terzi riconducibili all'accordo o alla pratica possono determinare una deviazione del commercio tra Stati membri, incidendo in questo modo sulle correnti degli scambi.

102. Nell'applicare il criterio del pregiudizio al commercio agli accordi ed alle pratiche sopra descritti è pertinente esaminare, tra l'altro, qual è l'oggetto dell'accordo o della pratica risultante dal suo contenuto o dall'intento delle imprese interessate⁽⁸¹⁾.

103. Quando l'oggetto dell'accordo è quello di limitare la concorrenza all'interno della Comunità, il pregiudizio al commercio tra Stati membri è accertato più direttamente rispetto ai casi in cui oggetto dell'accordo è principalmente quello di regolare la concorrenza al di fuori della Comunità. In effetti nella prima ipotesi l'accordo o la pratica hanno un'incidenza diretta sulla concorrenza all'interno della Comunità ed il commercio tra Stati membri. Tali accordi e pratiche, che possono interessare sia le importazioni che le esportazioni, sono solitamente, per loro natura, idonei a pregiudicare il commercio tra Stati membri.

3.3.2. Accordi aventi per oggetto la restrizione della concorrenza all'interno della Comunità.

104. Nel caso delle importazioni, questa categoria comprende gli accordi che determinano un isolamento del mercato interno⁽⁸²⁾. Questo avviene, ad esempio, in caso di accordi con i quali i concorrenti nella Comunità e nei paesi terzi si ripartiscono i mercati, per esempio convenendo di non vendere nei rispettivi mercati domestici o concludendo accordi reciproci di distribuzione (esclusiva)⁽⁸³⁾.

105. Nel caso delle esportazioni, questa categoria comprende i casi nei quali le imprese che competono in due o più Stati membri convengono di esportare determinati quantitativi (in eccesso) verso paesi terzi allo scopo di coordinare il proprio comportamento di mercato all'interno della Comunità. Tali accordi d'esportazione servono a ridurre la concorrenza sui prezzi limitando l'offerta all'interno della Comunità e pregiudicando in questo modo il commercio tra Stati membri. Senza l'accordo di esportazione questi quantitativi avrebbero potuto essere venduti all'interno della Comunità⁽⁸⁴⁾.

3.3.3. Altri accordi.

106. Nel caso di accordi e pratiche il cui oggetto non sia quello di restringere la concorrenza all'interno della Comunità, è solitamente necessario procedere ad un'analisi più dettagliata per verificare se l'attività economica transfrontaliera all'interno della Comunità e, di conseguenza, le correnti degli scambi tra Stati membri possano essere pregiudicate o meno.

ALLEGATO VIII

107. In questo senso è pertinente esaminare gli effetti dell'accordo o della pratica sui clienti e sugli altri operatori all'interno della Comunità che fanno affidamento sui pro dotti delle imprese che prendono parte all'accordo o alla pratica⁽⁸⁵⁾. Nella sentenza della causa *Compagnie maritimes belges*⁽⁸⁶⁾, relativa ad accordi tra le imprese di spedizione che operavano tra porti comunitari e porti dell'Africa occidentale, la Corte ha ritenuto che gli accordi fossero idonei a pregiudicare indirettamente il commercio tra Stati membri in quanto modificavano la zona di attrazione dei porti comunitari a cui si applicavano gli accordi e incidevano sulle attività di altre imprese in tali zone. Più specificamente, gli accordi pregiudicavano le attività di imprese che facevano affidamento sulle parti per i servizi di trasporto, come mezzo di trasporto delle merci acquistate o vendute in paesi terzi o come fattore importante per i servizi offerti dai porti stessi.

108. Il commercio può essere pregiudicato anche se l'accordo impedisce le reimportazioni nella Comunità. Questo può avvenire, ad esempio, in caso di accordi verticali tra fornitori comunitari e distributori di paesi terzi che impongano restrizioni alla rivendita al di fuori di un territorio assegnato, compresa la Comunità. Se in assenza dell'accordo la rivendita nella Comunità fosse possibile e probabile, tali importazioni possono alterare i flussi degli scambi all'interno della Comunità⁽⁸⁷⁾.

109. Tuttavia, affinché tali effetti siano probabili, deve esservi una differenza sensibile tra i prezzi dei prodotti praticati nella Comunità e al di fuori della Comunità e tale differenza non deve essere erosa dai diritti doganali e dai costi del trasporto. Inoltre, i volumi di prodotto esportati non devono essere insignificanti rispetto al mercato complessivo per quei prodotti nel territorio del mercato comune⁽⁸⁸⁾. Se questi volumi di prodotto sono insignificanti rispetto a quelli venduti all'interno della Comunità, l'incidenza di qualsiasi reimportazione sul commercio tra Stati membri non è considerata sensibile. Nell'effettuare questa valutazione, occorre tener conto non soltanto del singolo accordo concluso tra le parti ma anche di qualsiasi effetto cumulativo di accordi simili conclusi dagli stessi fornitori e da fornitori concorrenti. È possibile, ad esempio, che i volumi di prodotto a cui si applica un singolo accordo siano abbastanza ridotti, ma che quelli a cui si applicano diversi accordi di questo tipo siano significativi. In tal caso gli accordi considerati nel loro complesso possono pregiudicare sensibilmente il commercio tra Stati membri. Si ricorda tuttavia che (cfr. sopra, punto 49) occorre che il singolo accordo o la singola rete di accordi diano un contributo significativo all'incidenza complessiva sul commercio.

- (¹) GU C 368 del 22.12.2001, pag. 13.
- (²) GU L 1 del 4.1.2003, pag. 1.
- (³) Cfr. ad esempio cause riunite 56/64 e 58/64, Consten e Grundig, Racc. 1996, pag. 458 e cause riunite 6/73 e 7/73, Commercial Solvents, Racc. 1974, pag. 223.
- (⁴) Cfr. in proposito causa 22/71, Béguelin, Racc. 1971, pag. 949, punto 16.
- (⁵) Cfr. causa 193/83, Windsurfing, Racc. 1986, pag. 611, punto 96, e causa T-77/94, Vereniging van Groothandelaren in Bloemkwekerijprodukten, Racc. 1997, pag. II-759, punto 126.
- (⁶) Cfr. punti da 142 a 144 della sentenza Vereniging van Groothandelaren in Bloemkwekerijprodukten, citata nella nota precedente.
- (⁷) Cfr. ad esempio causa T-2/89, Petrofina, Racc. 1991, pag. II-1087, punto 226.
- (⁸) La nozione di «incidenza sensibile» è trattata più sotto, nella sezione 2.4.
- (⁹) Cfr. in proposito causa 85/76, Hoffmann-La Roche, Racc. 1979, pag. 461, punto 126.
- (¹⁰) Nelle presenti linee direttrici il termine «prodotti» si riferisce sia ai beni che ai servizi.
- (¹¹) Cfr. causa 172/80, Züchner, Racc. 1981, pag. 2021, punto 18. Cfr. inoltre causa C-309/99, Wouters, Racc. 2002, pag. I-1577, punto 95, causa C-475/99, Ambulanz Glöckner, Racc. 2001, pag. I-8089, punto 49, cause riunite C-215/96 e 216/96, Carlo Bagnasco e a./Banca Popolare di Novara soc. coop. a r. l. (BNP), Racc. 1999, pag. I-135, punto 51, causa C-55/96, Job Centre, Racc. 1997, pag. I-7119, punto 37, e causa C-41/90, Höfner e Elser, Racc. 1991, pag. I-1979, punto 33.
- (¹²) Cfr. ad esempio cause riunite T-24/93 e altre, Compagnie maritimes belge, Racc. 1996, pag. II-1201, punto 203, e causa Commercial Solvents, citata alla nota 3, punto 23.
- (¹³) Cfr. cause riunite T-213/95 T-18/96, SCK e FNK, Racc. 1997, pag. II-1739; cfr. anche infra sezioni 3.2.4 e 3.2.6.
- (¹⁴) Cfr. infra sezione 3.2.
- (¹⁵) Cfr. ad esempio causa Züchner, citata alla nota 11, e causa 319/82, Société de vente de ciments et bétons de l'Est SA/Kerpen und Kerpen GmbH und CO. KG., Racc. 1983, pag. 4173, cause riunite 240/82 e altre, Stichting Sigarettenindustrie, Racc. 1985, pag. 3831, punto 48, e cause riunite T-25/95 e altre, Cimenteries CBR, Racc. 2000, pag. II-491, punto 3930.
- 27.4.2004 I IT | Gazzetta ufficiale dell'Unione europea C 101/95
- (¹⁶) In alcune sentenze, relative soprattutto ad accordi verticali, la Corte di giustizia ha precisato che l'accordo in causa era atto ad ostacolare il raggiungimento degli obiettivi del mercato unico tra Stati membri; cfr. ad esempio causa T-62/98, Volkswagen, Racc. 2000, pag. II-2707, punto 179, causa Bagnasco, citata alla nota 11, punto 47 e causa 56/65, Société Technique Minière, Racc. 1996, pag. 337. L'impatto di un accordo sull'obiettivo del mercato unico è pertanto un fattore di cui è possibile tener conto.
- (¹⁷) Cfr. ad esempio causa T-228/97, Irish Sugar, Racc. 1999, pag. II-2969, punto

ALLEGATO VIII

170, e causa 19/77, Miller, Racc. 1978, pag. 131, punto 15.

(¹⁸) Cfr. ad esempio causa C-250/92, Gøttrup-Klim, Racc. 1994, pag. II-5641, punto 54.

(¹⁹) Cfr. ad esempio causa C-306/96, Javico, Racc. 1998, pag. II-1983, punto 17, e causa Béguelin, citata alla nota 4, punto 18.

(²⁰) Si confrontino a tale riguardo le sentenze Bagnasco e Wouters citate alla nota 11.

(²¹) Cfr. ad esempio causa T-141/89, Tréfileurope, Racc. 1995, pag. II-791, causa T-29/92, Vereniging van Samenwerkende Prijsregelende Organisaties in de Bouwnijverheid (SPO), Racc. 1995, pag. II-289, per quanto riguarda le esportazioni, e la decisione della Commissione nel caso Volkswagen (II) (GU L 262 del 2.10.2001, pag. 14).

(²²) Cfr. a tale riguardo causa 71/74, Frubo, Racc. 1975, pag. 563, punto 38, cause riunite 209/78 e altre, Van Landewyck, Racc. 1980, pag. 3125, punto 172, causa T-61/89, Dansk Pelsdyravler Forening, Racc. 1992, pag. II-1931, punto 143, e causa T-65/89, BPB Industries e British Gypsum, Racc. 1993, pag. II-389, punto 135.

(²³) Cfr. a tale proposito causa T-86/95, Compagnie générale maritime e a./Commissione, Racc. 2002, pag. II-1011, punto 148, e punto 202 della sentenza Compagnie Maritime Belge citata alla nota 12.

(²⁴) Cfr. causa 123/83, BNIC/Clair, Racc. 1985, pag. 391, punto 29.

(²⁵) Cfr. la decisione della Commissione nel caso Zanussi (GU L 322 del 16.11.1978, pag. 36), punto 11.

(²⁶) Cfr. a tale proposito causa 31/85, ETA Fabrique d'Ebauches, Racc. 1985, pag. 3933, punti 12 e 13.

(²⁷) Cfr. cause riunite C-241/91 P e C-242/91 P, RTE (Magill), Racc. 1995, pag. I-743, punto 70, e causa 107/82, AEG, Racc. 1983, pag. 3151, punto 60.

(²⁸) Cfr. punto 60 della sentenza nella causa AEG, citata alla nota precedente.

(²⁹) Cfr. causa 5/69, Völk, Racc. 1969, pag. 295, punto 7.

(³⁰) Cfr. ad esempio il punto 17 della sentenza nella causa Javico citata alla nota 19 e il punto 138 della sentenza nella causa BPB Industries e British Gypsum citata alla nota 22.

(³¹) Cfr. punto 138 della sentenza nella causa BPB Industries e British Gypsum, citata alla nota 22.

(³²) Cfr. ad esempio i punti 9 e 10 della sentenza Miller citata alla nota 17 e il punto 58 della sentenza AEG citata alla nota 27.

(³³) Cfr. cause riunite 100/80 e a., Musique Diffusion Française, Racc. 1983, pag. 1825, punto 86. In questo caso i prodotti in questione rappresentavano poco più del 3 % delle vendite sui mercati nazionali rilevanti. La Corte ha affermato che gli accordi, che ostacolavano il commercio parallelo, erano in grado di pregiudicare sensibilmente il commercio tra gli Stati membri a causa dell'elevato fatturato delle parti e della posizione relativa di mercato dei prodotti rispetto a quelli fabbricati dai fornitori concorrenti.

⁽³⁴⁾ Cfr. a tale riguardo i punti 179 e 231 della sentenza Volkswagen citata alla nota 16 e la causa T-213/00, CMA CGM e a., Racc. 2003, punti 219 e 220.

⁽³⁵⁾ Cfr. ad esempio causa T-7/93, Langnese-Iglo, Racc. 1995, pag. II-1533, punto 120.

⁽³⁶⁾ Cfr. punti 140 e 141 della sentenza nella causa Vereniging van Groothandelaren in Bloemkwekerijprodukten, citata alla nota 5.

⁽³⁷⁾ Cfr. comunicazione della Commissione relativa agli accordi di importanza minore che non determinano restrizioni sensibili della concorrenza ai sensi dell'articolo 81, paragrafo 1, del trattato (GU C 368 del 22.12.2001, pag. 13), punto 3.

⁽³⁸⁾ GU L 107 del 30.4.1996, pag. 4. A decorrere dal 1.1.2005 la suddetta raccomandazione verrà sostituita dalla raccomandazione della Commissione relativa alla definizione delle microimprese, piccole e medie imprese (GU L 124 del 20.5.2003, pag. 36).

⁽³⁹⁾ L'espressione «imprese interessate» comprende le imprese collegate come definite al punto 12.2 della comunicazione della Commissione relativa agli accordi di importanza minore che non determinano restrizioni sensibili della concorrenza ai sensi dell'articolo 81, paragrafo 1, del trattato che istituisce la Comunità europea (de minimis) (GU C 368 del 22.12.2001, pag. 13).

⁽⁴⁰⁾ Cfr. la nota precedente.

⁽⁴¹⁾ Nel definire il mercato rilevante va fatto riferimento alla comunicazione della Commissione sulla definizione del mercato rilevante ai fini dell'applicazione del diritto comunitario in materia di concorrenza (cfr. GU C 372 del 9.12.1997, pag. 5).

⁽⁴²⁾ Cfr. anche punto 14 supra.

⁽⁴³⁾ Cfr. punto 8 della sentenza nella causa Kerpen & Kerpen, citata alla nota 15. Va notato che la Corte non fa riferimento alla quota di mercato ma alla percentuale delle esportazioni francesi ed ai volumi del prodotto interessati.

⁽⁴⁴⁾ Cfr. ad esempio la sentenza nella causa Volkswagen citata alla nota 16 e la causa T-175/95, BASF Coatings, Racc. 1999, II-1581. Per quanto riguarda la possibilità che un accordo orizzontale impedisca il commercio parallelo cfr. cause riunite 96/82 ed altre, IAZ International, Racc. 1983, pag. 3369, punto 27.

⁽⁴⁵⁾ Cfr. ad esempio causa T-142/89, Usines Gustave Boël, Racc. 1995, pag. II-867, punto 102.

⁽⁴⁶⁾ Gli accordi di cooperazione orizzontale sono trattati nelle linee direttrici della Commissione sull'applicabilità dell'articolo 81 del trattato CE agli accordi di cooperazione orizzontale (GU C 3 del 6.1.2001, pag. 2). Tali linee direttrici trattano la valutazione sostanziale a livello di concorrenza di diversi tipi di accordi ma non la questione dell'incidenza sul commercio.

⁽⁴⁷⁾ Cfr. regolamento (CE) n. 139/2004 del Consiglio, relativo al controllo delle concentrazioni tra imprese (GU L 24 del 22.1.2004, pag. 1).

⁽⁴⁸⁾ La comunicazione della Commissione relativa alla nozione di imprese comuni che esercitano tutte le funzioni di una entità economica autonoma a norma del

ALLEGATO VIII

regolamento sulle concentrazioni (GU C 66 del 2.3.1998, pag. 1) offre un orientamento sulla portata di tale nozione.

C 101/96 I IT | Gazzetta ufficiale dell'Unione europea 27.4.2004

(⁴⁹) Cfr. ad esempio la decisione della Commissione nel caso Ford/Volkswagen (GU L 20 del 28.1.1993, pag. 14).

(⁵⁰) Cfr. a questo proposito il punto 146 della sentenza nella causa *Compagnie Générale Maritime* citata alla nota 23.

(⁵¹) Cfr. in proposito cause riunite 43/82 e 63/82, *VBVB and VBBB/Commissione*, Racc. 1984, pag. 19, punto 9.

(⁵²) Cfr. a questo riguardo causa T-66/89, *Publishers Association*, Racc. 1992, pag. II-1995.

(⁵³) Cfr. a questo proposito la sentenza nella causa *Commercial Solvents*, citata alla nota 3, la sentenza nella causa *Hoffmann-La Roche*, punto 125, citata alla nota 9 e la sentenza nella causa *RTE e ITP* citata alla nota 28, così come la causa 6/72 *Continental Can*, Racc. 1973, pag. 215, punto 16 e la causa 27/76, *United Brands*, Racc. 1978, pag. 207, punti da 197 a 203.

(⁵⁴) Cfr. punti 32 e 33 della sentenza nella causa *Commercial Solvents*, citata alla nota 3.

(⁵⁵) Secondo una giurisprudenza consolidata, la posizione dominante è una situazione di potenza economica grazie alla quale l'impresa che la detiene è in grado di ostacolare la persistenza di una concorrenza effettiva sul mercato di cui trattasi ed ha la possibilità di tenere comportamenti alquanto indipendenti nei confronti dei suoi concorrenti, dei suoi clienti e, in ultima analisi, dei consumatori (cfr. ad esempio il punto 38 della sentenza nella causa *Hoffmann-La Roche* citata alla nota 9).

(⁵⁶) Per un esempio recente, cfr. punto 95 della sentenza nella causa *Wouters* citata alla nota 11.

(⁵⁷) Cfr. causa 246/86, *Belasco*, Racc. 1989, pag. 2117, punti 32-38.

(⁵⁸) Cfr. il punto 34 della sentenza nella causa *Belasco* citata alla nota precedente e più recentemente le cause riunite T-202/98 e a., *British Sugar plc e Napier Brown & Co. Ltd/Commissione*, Racc. 2001, pag. II-2035, punto 79. D'altro canto, questo non avviene quando il mercato non è soggetto ad importazioni, cfr. punto 51 della sentenza *Bagnasco* citata alla nota 11.

(⁵⁹) Garanzie per aperture di credito in conto corrente.

(⁶⁰) Cfr. il punto 51 della sentenza nella causa *Bagnasco* citata alla nota 11.

(⁶¹) Cfr. in proposito causa 45/85 *Verband der Sachversicherer*, Racc. 1987, pag. 405, punto 50 e causa C-7/95 P, *John Deere*, Racc. 1998, pag. I-3111. Cfr. inoltre il punto 172 della sentenza nella causa *Van Landewyck* citata alla nota 22, dove la Corte ha sottolineato che l'accordo in causa riduceva sensibilmente l'incentivo a vendere prodotti importati.

(⁶²) Cfr. ad esempio la sentenza nella causa *Stichting Sigarettenindustrie*, citata alla nota 15, punti 49 e 50.

(⁶³) Cfr. a tale proposito causa T-22/97, *Kesko*, Racc. 1999, pag. II-3775, punto 109.

(⁶⁴) Cfr. ad esempio causa T-65/98, Van den Bergh Foods, Racc. 2003, e la sentenza nella causa Langnese-Iglo, citata alla nota 35, punto 120.

(⁶⁵) Cfr. ad esempio la causa C-214/99, Neste Markkinointi Oy/Yötuuli Ky e a., Racc. 2000, pag. I-11121.

(⁶⁶) Cfr. causa C-234/89, Stergios Delimitis/Henninger Braeu AG, Racc. 1991, pag. I-935.

(⁶⁷) Cfr. il punto 120 della sentenza nella causa Langnese-Iglo citata alla nota 35.

(⁶⁸) Cfr. ad esempio la decisione della Commissione nel caso Volkswagen (II), citata alla nota 21, punti 81 e segg.

(⁶⁹) Cfr. a tale proposito i punti da 177 a 181 della sentenza nella causa SCK e FNK citata alla nota 13.

(⁷⁰) Cfr. per questa nozione la sentenza nella causa Ambulanz Glöckner, citata alla nota 11, punto 38, la causa C-1 79/90, Merci Convenzionali Porto di Genova SpA/Siderurgica Gabrielli SpA, Racc. 1991, pag. I-5889, e la causa C-242/95, GT-Link A/S/De Danske Statsbaner (DSB), Racc. 1997, pag. I-4449.

(⁷¹) Cfr. ad esempio il punto 135 della sentenza nella causa BPB Industries e British Gypsum, citata alla nota 22.

(⁷²) Cfr. causa 322/81, NV Nederlandse Banden-Industrie Michelin/Commissione, Racc. 1983, pag. 3461.

(⁷³) Cfr. causa 61/80, Coöperative Stremsel- en Kleurselfabriek/Commissione, Racc. 1981, pag. 851, punto 15.

(⁷⁴) Cfr. a tale proposito punto 169 della sentenza nella causa Irish Sugar, citata alla nota 17.

(⁷⁵) Cfr. punto 70 della sentenza nella causa RTE (Magill), citata alla nota 27.

(⁷⁶) Cfr. la sentenza nella causa Irish Sugar, citata alla nota 17.

(⁷⁷) Cfr. ad esempio la giurisprudenza citata alla nota 70.

(⁷⁸) Cfr. a tale proposito causa 28/77, Tepea/Commissione, Racc. 1978, pag. 1391, punto 48 e punto 16 della sentenza Continental Can citata alla nota 53.

(⁷⁹) Cfr. cause riunite C-89/85 e altre, Ahlström Osakeyhtiö, Racc. 1988, pag. 651, punto 16.

(⁸⁰) Cfr. a questo proposito causa T-102/96, Gencor, Racc. 1999, pag. II-753, che applica il criterio degli effetti nel campo delle concentrazioni.

(⁸¹) Cfr. a questo proposito il punto 19 della sentenza nella causa Javico citata alla nota 19.

(⁸²) Cfr. a tale proposito causa 51/75, EMI/CBS, Racc. 1976, pag. 811, punti 28 e 29.

(⁸³) Cfr. la decisione della Commissione nel caso Siemens/Fanuc (GU L 376 del 31.12.1985, pag. 29).

(⁸⁴) Cfr. a questo proposito cause riunite 29/83 e 30/83, Compagnie Royale Asturienne des Mines SA e Rheinzink GmbH/Commissione, Racc. 1984, pag. 1679 e cause riunite 40/73 e a., Cooperatieve Vereniging Suiker Unie U.A. e a./Commissione, Racc. 1975, pag. 1663, punti 564 e 580.

(⁸⁵) Cfr. punto 22 della sentenza Javico citata alla nota 19.

ALLEGATO VIII

(⁸⁶) Cfr. il punto 203 della sentenza nella causa *Compagnie maritimes belge*, citata alla nota 12.

(⁸⁷) Cfr. a tale riguardo la sentenza *Javico* citata alla nota 19.

(⁸⁸) Cfr. a questo proposito i punti da 24 a 26 della sentenza nella causa *Javico* citata alla nota 19.

COMUNICAZIONE DELLA COMMISSIONE

Linee direttrici sull'applicazione dell'articolo 81, paragrafo 3, del trattato

(2004/C 101/08)

(Testo rilevante ai fini del SEE)

1. INTRODUZIONE

1. L'articolo 81, paragrafo 3, del trattato prevede una deroga di cui le imprese possono avvalersi, evitando di trovarsi in violazione dell'articolo 81, paragrafo 1, del trattato. Gli accordi, le decisioni di associazioni di imprese e le pratiche concordate ⁽¹⁾ di cui all'articolo 81, paragrafo 1, del trattato che soddisfano le condizioni di cui all'articolo 81, paragrafo 3 sono validi e applicabili senza che occorra una previa decisione in tal senso.
2. L'articolo 81, paragrafo 3, può applicarsi a casi individuali o, mediante un regolamento di esenzione per categoria, a categorie di accordi e di pratiche concordate. Il regolamento n. 1/2003 concernente l'applicazione delle regole di concorrenza di cui agli articoli 81 e 82 del trattato ⁽²⁾ non pregiudica la validità e la natura giuridica dei regolamenti di esenzione per categoria. Tutti i regolamenti di esenzione per categoria vigenti restano in vigore e gli accordi che rientrano nel campo di applicazione di tali regolamenti sono giuridicamente validi ed applicabili anche se restrittivi della concorrenza ai sensi dell'articolo 81, paragrafo 1 ⁽³⁾. Tali accordi possono essere vietati solo per quanto riguarda il futuro e soltanto su richiesta formale di revoca del regolamento di esenzione per categoria da parte della Commissione o dell'autorità garante della concorrenza di uno Stato membro ⁽⁴⁾. Gli accordi che beneficiano dell'esenzione per categoria non possono essere dichiarati nulli dai giudici nazionali nel quadro di controversie private.
3. Le vigenti linee direttrici sulle restrizioni verticali, sugli accordi di cooperazione orizzontale e sugli accordi di trasferimento di tecnologia ⁽⁵⁾ illustrano l'applicazione dell'articolo 81 a vari tipi di accordi e di pratiche concordate. Obiettivo di tali linee direttrici è illustrare la posizione della Commissione in merito ai criteri sostanziali di valutazione applicati ai vari tipi di accordi e pratiche.
4. Le presenti linee direttrici illustrano l'interpretazione della Commissione riguardo alle condizioni per l'esenzione prevista dall'articolo 81, paragrafo 3 del trattato. Esse pertanto offrono indicazioni su come essa applicherà l'articolo 81 nei singoli casi. Pur non essendo vincolanti, le presenti linee direttrici sono destinate anche a

ALLEGATO IX

fornire un orientamento alle giurisdizioni ed alle autorità degli Stati membri per l'applicazione dell'articolo 81, paragrafi 1 e 3 del trattato.

5. Le presenti linee direttrici stabiliscono un quadro di analisi per l'applicazione dell'articolo 81, paragrafo 3. Il loro scopo è quello di mettere a punto una metodologia per l'applicazione di questa disposizione del trattato. Questa metodologia si basa su di un approccio economico, già introdotto e sviluppato nelle linee direttrici sulle restrizioni verticali, sugli accordi di cooperazione orizzontale e sugli accordi di trasferimento delle tecnologie. La Commissione seguirà le presenti linee direttrici che forniscono indicazioni più precise sull'applicazione delle quattro condizioni di cui all'articolo 81, paragrafo 3 rispetto alle indicazioni già contenute nelle linee direttrici sulle restrizioni verticali, sugli accordi di cooperazione orizzontale e sugli accordi di trasferimento delle tecnologie, anche per quel che riguarda la valutazione degli accordi menzionati da queste ultime linee direttrici.
6. Le regole definite nelle presenti linee direttrici devono essere applicate tenendo conto delle circostanze specifiche dei singoli casi. È quindi esclusa un'applicazione meccanica. Ciascun caso deve essere valutato sulla base degli elementi fattuali che gli sono propri e le linee direttrici devono essere applicate con ragionevolezza e flessibilità.
7. Per quel che riguarda talune questioni, le presenti linee direttrici riflettono lo stato attuale della giurisprudenza della Corte di giustizia. Tuttavia, la Commissione intende anche illustrare la sua politica riguardante le questioni che non sono ancora state trattate dalla giurisprudenza, o che sono soggette a interpretazione. Tuttavia, la posizione della Commissione lascia impregiudicata la giurisprudenza della Corte di giustizia o dal Tribunale di primo grado riguardante l'interpretazione dell'articolo 81, paragrafi 1 e 3, nonché l'interpretazione che le giurisdizioni comunitarie potranno dare a queste disposizioni in futuro.

2. IL QUADRO GENERALE DELL'ARTICOLO 81, DEL TRATTATO CE

2.1. Le disposizioni del trattato

8. L'articolo 81, paragrafo 1, vieta tutti gli accordi fra imprese, decisioni di associazioni di imprese e pratiche concordate che possano pregiudicare il commercio tra Stati membri⁽⁶⁾ e che abbiano per oggetto o per effetto di impedire, restringere o falsare il gioco della concorrenza⁽⁷⁾.
9. In deroga a tale norma, l'articolo 81, paragrafo 3 dispone che il divieto di cui all'articolo 81, paragrafo 1 possa essere dichiarato inapplicabile in caso di accordi

che contribuiscano a migliorare la produzione o la distribuzione dei prodotti o a promuovere il progresso tecnico o economico, pur riservando agli utilizzatori una congrua parte dell'utile che ne deriva, che non impongano restrizioni che non siano indispensabili per raggiungere tali obiettivi e che non diano alle imprese interessate la possibilità di eliminare la concorrenza per una parte sostanziale dei prodotti di cui trattasi.

10. Conformemente all'articolo 1, paragrafo 1, del regolamento n. 1/2003, gli accordi di cui all'articolo 81, paragrafo 1 che non soddisfano le condizioni di cui all'articolo 81, paragrafo 3 sono vietati senza che occorra una previa decisione in tal senso⁽⁸⁾. Conformemente all'articolo 1, paragrafo 1, del regolamento n. 1/2003, gli accordi di cui all'articolo 81, paragrafo 1, del trattato che soddisfano le condizioni di cui all'articolo 81, paragrafo 3, del trattato non sono vietati senza che occorra una previa decisione in tal senso. Tali accordi sono validi ed applicabili a decorrere dal momento in cui le condizioni di cui all'articolo 81, paragrafo 3 sono soddisfatte e fintantoché continuano ad esserlo.
11. La valutazione a norma dell'articolo 81 comporta pertanto due fasi. La prima fase consiste nel valutare se un accordo tra imprese, che possa pregiudicare il commercio tra Stati membri, abbia un oggetto anticoncorrenziale o effetti anticoncorrenziali, effettivi o potenziali⁽⁹⁾. La seconda fase, che interviene solo qualora si ritenga che un accordo sia restrittivo della concorrenza, consiste nel determinare i benefici sotto il profilo della concorrenza prodotti dall'accordo in questione e nel valutare se tali effetti positivi superino gli effetti negativi per la concorrenza. La valutazione comparata degli effetti anticoncorrenziali e degli effetti favorevoli alla concorrenza è effettuata esclusivamente nell'ambito dell'articolo 81, paragrafo 3⁽¹⁰⁾.
12. Prima di procedere alla valutazione dei benefici compensativi ai sensi dell'articolo 81, paragrafo 3, è necessario aver determinato il carattere restrittivo dell'accordo ed il suo impatto. Per situare l'articolo 81, paragrafo 3 nel giusto contesto, è opportuno delineare brevemente l'obiettivo e il contenuto principale del divieto di cui all'articolo 81, paragrafo 1. Le linee direttrici della Commissione sulle restrizioni verticali, sugli accordi di cooperazione orizzontale e sugli accordi di trasferimento di tecnologia⁽¹¹⁾ danno ampie indicazioni sull'applicazione dell'articolo 81, paragrafo 1 a vari tipi di accordi. Le presenti linee direttrici si limitano dunque a delineare il quadro analitico di base per l'applicazione dell'articolo 81, paragrafo 1.

2.2. Il divieto di cui all'articolo 81, paragrafo 1

2.2.1. Considerazioni generali

13. L'obiettivo dell'articolo 81 è tutelare la concorrenza sul mercato come strumento per incrementare il benessere dei consumatori e per assicurare un'allocazione efficiente delle risorse. La concorrenza e l'integrazione del mercato contribuiscono entrambe alla realizzazione di tali obiettivi, in quanto la creazione e il mantenimento di un mercato unico aperto promuovono un'allocazione efficiente delle risorse nell'intera Comunità, a vantaggio dei consumatori.
14. Il divieto di cui all'articolo 81, paragrafo 1 si applica agli accordi restrittivi ed alle pratiche concordate tra imprese, nonché alle decisioni di associazioni di imprese nella misura in cui possano pregiudicare il commercio tra Stati membri. Un principio generale alla base dell'articolo 81, paragrafo 1, ribadito nella giurisprudenza degli organi giurisdizionali comunitari, è il fatto che ogni operatore economico deve autonomamente determinare la condotta ch'egli intende seguire sul mercato ⁽¹²⁾. In base a tale principio, gli organi giurisdizionali comunitari hanno definito gli «accordi», le «decisioni» e le «pratiche concordate» come concetti di diritto comunitario che permettono di operare una distinzione tra il comportamento unilaterale di un'impresa ed il coordinamento del comportamento o la collusione tra imprese ⁽¹³⁾. Il comportamento unilaterale, sotto il profilo del diritto comunitario della concorrenza, è soggetto unicamente all'articolo 82 del trattato. Inoltre, la regola della convergenza di cui all'articolo 3, paragrafo 2, del regolamento n. 1/2003 non si applica alle condotte unilaterali delle imprese. Tale disposizione si applica solo ad accordi, decisioni e pratiche concordate che possono pregiudicare il commercio tra Stati membri. L'articolo 3, paragrafo 2 dispone che, quando non rientrano nel divieto di cui all'articolo 81, tali accordi, decisioni e pratiche concordate non possono essere vietati dalla legislazione nazionale in materia di concorrenza. L'articolo 3 lascia impregiudicato il principio fondamentale della preminenza del diritto comunitario, da cui consegue, in particolare, che gli accordi e le pratiche abusive vietati dagli articoli 81 e 82 non possono essere autorizzati dalla legislazione nazionale ⁽¹⁴⁾.
15. Il tipo di coordinamento dei comportamenti o di collusione tra imprese che rientra nell'ambito dell'articolo 81, paragrafo 1 è quello in cui almeno un'impresa si impegna, nei confronti di un'altra impresa, ad adottare un determinato comportamento sul mercato o quello in cui, a seguito di contatti tra le imprese, l'incertezza relativa al loro comportamento viene eliminata o quanto meno sostanzialmente ridotta ⁽¹⁵⁾. Ne consegue che il coordinamento può assumere la forma di obblighi che disciplinano il comportamento sul mercato di almeno una delle parti, nonché di accordi che influiscono sul comportamento sul mercato di

almeno una delle parti determinando un mutamento dei suoi incentivi. Non è necessario che il coordinamento avvenga nell'interesse di tutte le imprese interessate⁽¹⁶⁾. Il coordinamento non deve neanche essere necessariamente esplicito. Esso può anche essere tacito. Perché un accordo possa ritenersi concluso in virtù di una accettazione tacita, è necessario che un'impresa rivolga ad un'altra un invito, espresso o tacito, alla realizzazione comune di uno scopo⁽¹⁷⁾. In determinate circostanze, un accordo può essere desunto e ascritto ad una relazione commerciale in corso tra le parti⁽¹⁸⁾. Tuttavia, il semplice fatto che una misura adottata da un'impresa si inserisca nel contesto di relazioni commerciali continuative non è sufficiente per affermare l'esistenza di un accordo⁽¹⁹⁾.

16. Gli accordi fra imprese rientrano nel divieto di cui all'articolo 81, paragrafo 1 quando possono verosimilmente avere un impatto negativo sensibile sui parametri della concorrenza nel mercato, quali prezzo, produzione, qualità dei prodotti, varietà dei prodotti e innovazione. Gli accordi possono produrre tali effetti quando il coordinamento riduce sensibilmente la rivalità tra le parti dell'accordo o tra le parti e i terzi.

2.2.2. Principi fondamentali di valutazione degli accordi ai sensi dell'articolo 81, paragrafo 1

17. Nel valutare se un accordo è restrittivo della concorrenza occorre tenere conto del contesto reale in cui la concorrenza sarebbe esercitata qualora non esistesse l'accordo in oggetto, con le clausole di cui si ipotizza il carattere restrittivo⁽²⁰⁾. Nell'effettuare tale valutazione, è necessario tenere conto del possibile impatto dell'accordo sulla concorrenza «inter-marca» (vale a dire sulla concorrenza tra fornitori di marchi concorrenti) e sulla concorrenza «intra-marca» (vale a dire sulla concorrenza tra distributori della stessa marca). L'articolo 81, paragrafo 1 vieta le restrizioni sia della concorrenza tra marche sia della concorrenza all'interno della stessa marca⁽²¹⁾.

18. Per determinare se un accordo, o una delle sue parti, sia atto a restringere la concorrenza tra marche o la concorrenza all'interno di una marca, è necessario valutare come, ed in quale misura, tale accordo incida o possa verosimilmente incidere sulla concorrenza sul mercato. La trattazione delle due domande seguenti fornisce un quadro utile a tal fine. La prima domanda riguarda l'effetto dell'accordo sulla concorrenza inter-marca, mentre la seconda domanda si riferisce all'effetto dell'accordo sulla concorrenza intra-marca. Poiché le restrizioni possono incidere allo stesso tempo sulla concorrenza inter-marca e sulla concorrenza intra-marca, può essere necessario analizzare una restrizione alla luce di entrambe le domande prima di poter concludere se costituisca o no una restrizione della concorrenza ai sensi dell'articolo 81, paragrafo 1.

ALLEGATO IX

1. L'accordo determina una restrizione della concorrenza, effettiva o potenziale, che sarebbe esistita in assenza dell'accordo. Se così è, l'accordo può rientrare nel campo di applicazione dell'articolo 81, paragrafo 1. Nell'effettuare questa valutazione, è necessario prendere in considerazione la concorrenza tra le parti e quella proveniente da terzi. Ad esempio, si ha restrizione della concorrenza (potenziale) esistente prima dell'accordo, se due imprese stabilite in Stati membri diversi si impegnano reciprocamente a non vendere i propri prodotti sul mercato interno della controparte. Analogamente, quando un fornitore impone ai suoi distributori obblighi di non vendere prodotti concorrenti e tali obblighi precludono a terzi l'accesso al mercato, si ha una restrizione della concorrenza effettiva o potenziale esistente prima dell'accordo. Nel valutare se le parti di un accordo sono concorrenti reali o potenziali, occorre tener conto del contesto economico e giuridico. Ad esempio, se a causa dei rischi finanziari e delle capacità tecniche delle parti, è improbabile, sulla base di fattori obiettivi, che ciascuna parte sia in grado di svolgere autonomamente le attività a cui si applica l'accordo, si presume che le parti non siano concorrenti per quanto riguarda detta attività⁽²²⁾. L'onere della prova in questo senso spetta alle parti.
2. L'accordo determina una restrizione della concorrenza, reale o potenziale, che sarebbe esistita in assenza delle restrizioni contrattuali. Se così è, l'accordo può rientrare nel campo di applicazione dell'articolo 81, paragrafo 1. Ad esempio, quando un fornitore limita la libertà dei suoi distributori di farsi reciprocamente concorrenza, viene limitata la concorrenza (potenziale) che avrebbe potuto esistere tra i distributori in mancanza di tali restrizioni. Le restrizioni di questo tipo comprendono l'imposizione dei prezzi di vendita e le restrizioni territoriali o la restrizione delle vendite tra distributori. Alcune restrizioni possono tuttavia, in determinati casi, non rientrare nel campo d'applicazione dell'articolo 81, paragrafo 1, qualora siano obiettivamente necessarie per l'esistenza di un accordo di un determinato tipo o di una determinata natura⁽²³⁾. Tale esclusione dall'applicazione dell'articolo 81, paragrafo 1 può essere fatta solo sulla base di fattori oggettivi esterni alle parti e non sulla base delle opinioni soggettive e delle caratteristiche delle parti. Ciò che occorre accertare non è se le parti, nella loro specifica situazione, non avrebbero accettato di concludere un accordo meno restrittivo, ma se, data la natura dell'accordo e le caratteristiche del mercato, imprese in condizioni analoghe non avrebbero potuto concludere un accordo meno restrittivo. Ad esempio, le restrizioni territoriali previste da un accordo tra un fornitore e un distributore potrebbero non ricadere nel campo di applicazione dell'articolo 81, paragrafo 1 per un determinato periodo di tempo, qualora esse fossero oggettivamente necessarie per permettere al distributore di entrare in un nuovo mercato⁽²⁴⁾.

Inoltre il divieto, imposto a tutti i distributori, di vendere ad alcune categorie di utenti finali può non restringere la concorrenza, se tale restrizione è obiettivamente necessaria per ragioni di sicurezza o sanitarie connesse alla natura pericolosa del prodotto in questione. Non è sufficiente sostenere che, in assenza di restrizioni, il fornitore sarebbe ricorso all'integrazione verticale. La decisione se procedere o no ad un'integrazione verticale dipende da numerosi e complessi fattori economici, alcuni dei quali sono interni all'impresa interessata.

19. Nell'applicare il quadro di analisi descritto al punto precedente, occorre tener conto del fatto che detto articolo distingue tra accordi che hanno per oggetto una restrizione della concorrenza e accordi che hanno per effetto una restrizione della concorrenza. Un accordo o restrizione contrattuale sono vietati ai sensi dell'articolo 81, paragrafo 1 solo quando hanno per oggetto o per effetto una restrizione della concorrenza inter-marca o intra-marca.
20. La distinzione tra restrizioni della concorrenza per oggetto e per effetto è una distinzione importante. Una volta stabilito che un accordo ha per oggetto di restringere la concorrenza, non è necessario tenere conto dei suoi effetti concreti ⁽²⁵⁾. In altre parole, ai fini dell'applicazione dell'articolo 81, paragrafo 1, non è necessario che venga dimostrata l'esistenza di effetti anticoncorrenziali se l'accordo ha per oggetto una restrizione della concorrenza. L'articolo 81, paragrafo 3, invece, non distingue tra accordi che hanno per oggetto di restringere la concorrenza e accordi che hanno per effetto di restringere la concorrenza. Esso si applica a tutti gli accordi che soddisfano le quattro condizioni ivi stabilite ⁽²⁶⁾.
21. Le restrizioni della concorrenza per oggetto sono quelle che per loro stessa natura possono restringere la concorrenza. Si tratta di restrizioni che, alla luce degli obiettivi delle regole di concorrenza comunitarie, hanno una potenzialità talmente alta di produrre effetti negativi sulla concorrenza che è inutile, ai fini dell'applicazione dell'articolo 81, paragrafo 1, dimostrare l'esistenza di effetti specifici sul mercato. Questa presunzione si basa sul carattere grave della restrizione e sull'esperienza acquisita, che ha dimostrato che le restrizioni della concorrenza per oggetto possono verosimilmente determinare effetti negativi sul mercato e pregiudicare gli obiettivi perseguiti dalle regole di concorrenza comunitarie. Le restrizioni per oggetto, quali la fissazione dei prezzi e la ripartizione del mercato, provocano riduzioni della produzione ed aumenti dei prezzi, determinando una cattiva allocazione delle risorse, in quanto i beni e i servizi richiesti dai consumatori non vengono prodotti. Tali restrizioni determinano inoltre una riduzione del benessere dei consumatori, i quali devono pagare un prezzo più elevato per i beni e i servizi in questione.

22. La valutazione volta a stabilire se un accordo abbia o no per oggetto la restrizione della concorrenza si basa su una serie di fattori. Tali fattori includono, in particolare, il contenuto dell'accordo e gli obiettivi concreti da esso perseguiti. Può anche risultare necessario considerare il contesto in cui è o sarà applicato e la condotta ed il comportamento effettivamente adottati dalle parti sul mercato⁽²⁷⁾. In altre parole, può essere richiesta una valutazione dei fatti alla base dell'accordo e delle circostanze specifiche nelle quali esso funziona prima di poter concludere che una determinata restrizione costituisce una restrizione della concorrenza per oggetto. Le modalità di attuazione di un accordo possono rivelare una restrizione per oggetto, anche se l'accordo formale non contiene alcuna clausola espressa in tal senso. La prova dell'intenzione soggettiva delle parti di restringere la concorrenza, pur rappresentando un fattore importante, non costituisce una condizione necessaria.
23. Indicazioni non esaustive in merito a quelle che sono considerate restrizioni per oggetto figurano nei regolamenti di esenzione per categoria, nelle linee direttrici e nelle comunicazioni della Commissione. Le restrizioni che figurano nella lista nera di un regolamento di esenzione per categoria o che sono individuate come restrizioni fondamentali nelle linee direttrici e nelle comunicazioni sono in genere considerate dalla Commissione restrizioni per oggetto. Nel caso degli accordi orizzontali, le restrizioni della concorrenza per oggetto comprendono la fissazione dei prezzi, la limitazione della produzione e la ripartizione dei mercati e della clientela⁽²⁸⁾. Per quanto riguarda gli accordi verticali, la categoria delle restrizioni per oggetto include, in particolare, la fissazione dei prezzi e l'imposizione di un prezzo minimo di rivendita e le restrizioni che assicurano una protezione territoriale assoluta, incluse le restrizioni delle vendite passive⁽²⁹⁾.
24. Se un accordo non è restrittivo della concorrenza per oggetto, si deve esaminare se abbia effetti restrittivi sulla concorrenza. Devono essere presi in considerazione sia gli effetti reali che quelli potenziali⁽³⁰⁾. In altre parole, deve essere probabile che l'accordo produca effetti anticoncorrenziali. Nel caso delle restrizioni della concorrenza per effetto non vi è la presunzione di effetti anticoncorrenziali. Perché un accordo sia restrittivo per effetto deve pregiudicare la concorrenza effettiva o potenziale in misura tale che, con ragionevole probabilità, si possano prevedere effetti negativi sui prezzi, sulla produzione, sull'innovazione o sulla varietà o qualità dei beni e dei servizi offerti sul mercato rilevante⁽³¹⁾. Tali effetti negativi devono essere sensibili. Il divieto di cui all'articolo 81, paragrafo 1 non si applica infatti quando gli effetti anticoncorrenziali individuati sono trascurabili⁽³²⁾. Questo criterio riflette l'approccio economico applicato dalla Commissione. Il divieto di cui all'articolo 81, paragrafo 1 si applica soltanto se, sulla base di una corretta analisi di mercato, è possibile concludere che è probabile che l'accordo abbia effetti anticoncorrenziali sul mercato⁽³³⁾. Il fatto che le quote

di mercato delle parti superino le soglie di cui alla comunicazione de minimis della Commissione ⁽³⁴⁾ non permette, da solo, di giungere a tale conclusione. Gli accordi che rientrano nella zona protetta dei regolamenti d'esenzione per categoria possono rientrare nell'ambito dell'articolo 81, paragrafo 1, ma non vi rientrano necessariamente. Inoltre, il fatto che, a causa delle quote di mercato detenute dalle parti, un accordo non rientri nella zona protetta di un regolamento d'esenzione per categoria, non permette di per sé di concludere che esso rientri nel campo d'applicazione dell'articolo 81, paragrafo 1, o che non soddisfi le condizioni di cui all'articolo 81, paragrafo 3. È necessario procedere ad una valutazione individuale degli effetti che può verosimilmente produrre l'accordo.

25. È probabile che si verifichino effetti negativi per la concorrenza sul mercato rilevante quando le parti, singolarmente o congiuntamente, detengano o pervengano a detenere un certo potere di mercato e l'accordo contribuisca alla creazione, al mantenimento o al rafforzamento di tale potere di mercato, ovvero consenta alle parti di sfruttarlo. Il potere di mercato è la capacità di mantenere i prezzi ad un livello superiore a quello competitivo per un periodo significativo o di mantenere la produzione, in termini di quantitativi prodotti, di qualità e varietà dei prodotti o di innovazione, ad un livello inferiore a quello competitivo per un periodo significativo. Nei mercati nei quali i costi fissi sono elevati, le imprese devono fissare i propri prezzi sensibilmente al di sopra dei costi di produzione marginali, per avere un adeguato rendimento sul capitale investito. Il fatto che le imprese fissino i propri prezzi al di sopra dei costi marginali non è dunque di per sé indice del fatto che la concorrenza sul mercato non funzioni e che le imprese possiedano un potere di mercato che permette loro di fissare i prezzi ad un livello superiore a quello competitivo. È quando la pressione concorrenziale non è sufficiente a mantenere i prezzi e la produzione a livelli competitivi che le imprese dispongono di un potere di mercato ai sensi dell'articolo 81, paragrafo 1.

26. La creazione, il mantenimento o il rafforzamento del potere di mercato possono derivare da una restrizione della concorrenza tra le parti dell'accordo. Essi possono inoltre risultare da una restrizione della concorrenza tra una delle parti e terzi, ad esempio in quanto l'accordo determina una preclusione nei confronti dei concorrenti o in quanto ne aumenta i costi, limitando la loro capacità di competere efficacemente con le parti dell'accordo. Il potere di mercato è una questione di grado. Il grado di potere di mercato necessario di norma perché venga riscontrata un'infrazione ai sensi dell'articolo 81, paragrafo 1, nel caso di accordi restrittivi della concorrenza per effetto, è inferiore al grado di potere di mercato necessario perché venga constatata l'esistenza di una posizione dominante ai sensi dell'articolo 82.

27. Ai fini dell'analisi degli effetti restrittivi di un accordo, è di norma necessario

definire il mercato rilevante⁽³⁵⁾. È solitamente necessario inoltre esaminare e valutare, tra l'altro, la natura dei prodotti, la posizione di mercato delle parti, la posizione di mercato dei concorrenti, la posizione di mercato degli acquirenti, l'esistenza di concorrenti potenziali e il livello delle barriere all'ingresso. In taluni casi, tuttavia, è possibile dimostrare l'esistenza di effetti anticoncorrenziali direttamente, analizzando la condotta delle parti dell'accordo sul mercato. Può essere, ad esempio, possibile stabilire che un accordo ha determinato aumenti dei prezzi. Le linee direttrici sugli accordi di cooperazione orizzontale e sulle restrizioni verticali definiscono un quadro dettagliato per l'analisi dell'impatto sulla concorrenza dei vari tipi di accordi orizzontali e verticali di cui all'articolo 81, paragrafo 1⁽³⁶⁾.

2.2.3. *Restrizioni accessorie*

28. Il punto 18 di cui sopra definisce un quadro di analisi dell'incidenza di un accordo e delle restrizioni individuali sulla concorrenza inter-marca e sulla concorrenza intra-marca. Se, sulla base di tali principi, si giunge alla conclusione che la principale operazione prevista dall'accordo non restringe la concorrenza, è necessario valutare se anche le singole restrizioni contenute nell'accordo sono compatibili con l'articolo 81, paragrafo 1, per il fatto stesso di essere accessorie all'operazione principale, che non è restrittiva.

29. Nel diritto della concorrenza comunitario, il concetto di restrizioni accessorie comprende qualsiasi presunta restrizione della concorrenza direttamente collegata e necessaria alla realizzazione di un'operazione principale non restrittiva e proporzionata rispetto a quest'ultima⁽³⁷⁾. Se le parti principali di un accordo, ad esempio di distribuzione o di costituzione di un'impresa comune, non hanno per oggetto o per effetto di restringere la concorrenza, le restrizioni direttamente collegate e necessarie alla realizzazione dell'operazione sono anch'esse escluse dal campo di applicazione dell'articolo 81, paragrafo 1⁽³⁸⁾. Queste restrizioni collegate sono denominate restrizioni accessorie. Una restrizione è direttamente collegata all'operazione principale se è subordinata alla realizzazione di tale operazione ed indissolubilmente legata a quest'ultima. La verifica del carattere necessario implica che la restrizione deve essere oggettivamente necessaria per la realizzazione dell'operazione principale e ad essa proporzionata. Di conseguenza, il criterio per le restrizioni accessorie è simile al criterio di cui al punto 18 (2). Il criterio per le restrizioni accessorie si applica tuttavia in tutti i casi in cui l'operazione principale non restringe la concorrenza⁽³⁹⁾ e non soltanto per determinare l'incidenza dell'accordo sulla concorrenza all'interno dello stesso marchio.

30. L'applicazione del concetto di restrizione accessoria deve essere distinta

dall'applicazione della deroga di cui all'articolo 81, paragrafo 3, che si riferisce a determinati benefici economici prodotti dagli accordi restrittivi e comparati con gli effetti restrittivi degli accordi. L'applicazione del concetto della restrizione accessoria non comporta una messa a confronto degli effetti positivi e negativi sulla concorrenza. Tale valutazione comparativa si applica esclusivamente ai fini dell'articolo 81, paragrafo 3 ⁽⁴⁰⁾.

31. La valutazione delle restrizioni accessorie si limita a determinare se, nel contesto specifico dell'operazione o dell'attività principale non restrittiva, una particolare restrizione sia necessaria e proporzionata alla realizzazione dell'operazione o dell'attività. Se, sulla base di fattori oggettivi, è possibile concludere che senza la restrizione l'operazione principale non restrittiva sarebbe stata difficile o impossibile da realizzare, la restrizione può essere considerata oggettivamente necessaria e proporzionata alla sua realizzazione ⁽⁴¹⁾. Se, ad esempio, l'oggetto principale di un accordo di franchising non determina restrizioni della concorrenza, le restrizioni che sono necessarie per il corretto funzionamento dell'accordo, come gli obblighi volti a proteggere l'uniformità e la reputazione del sistema di franchising, sono anch'esse escluse dal campo di applicazione dell'articolo 81, paragrafo 1 ⁽⁴²⁾. Analogamente, quando un'impresa comune non è essa stessa restrittiva della concorrenza, le restrizioni che sono necessarie per il funzionamento dell'accordo sono considerate accessorie all'operazione principale e non rientrano pertanto nel campo di applicazione dell'articolo 81, paragrafo 1. Nel caso TPS ⁽⁴³⁾, ad esempio, la Commissione ha concluso che un obbligo delle parti di non essere coinvolte in imprese impegnate nella distribuzione e nella commercializzazione di programmi televisivi via satellite era accessoria alla costituzione dell'impresa comune durante la fase iniziale. È stato pertanto ritenuto che la restrizione non rientrasse nel campo di applicazione dell'articolo 81, paragrafo 1 per un periodo di tre anni. Nell'arrivare a tale conclusione, la Commissione ha tenuto conto dei considerevoli investimenti e rischi commerciali connessi all'ingresso sul mercato delle televisioni a pagamento.

2.3. La deroga di cui all'articolo 81, paragrafo 3

32. La valutazione delle restrizioni per oggetto e per effetto ai sensi dell'articolo 81, paragrafo 1 è solo un aspetto dell'analisi. L'altro aspetto, recepito nell'articolo 81, paragrafo 3, è la valutazione degli effetti economici positivi degli accordi restrittivi.

33. L'obiettivo delle regole di concorrenza comunitarie è tutelare la concorrenza sul mercato come strumento per incrementare il benessere dei consumatori e per assicurare un'allocatione efficiente delle risorse. Gli accordi che determinano restrizioni della concorrenza possono al tempo stesso produrre effetti favorevoli

ALLEGATO IX

alla concorrenza mediante incrementi di efficienza⁽⁴⁴⁾. Questi incrementi di efficienza possono generare un incremento di valore, in quanto riducono i costi di fabbricazione di un prodotto, ne migliorano la qualità o portano alla realizzazione di un nuovo prodotto. Quando gli effetti di un accordo favorevoli alla concorrenza superano gli effetti anticoncorrenziali, l'accordo è in definitiva favorevole alla concorrenza e compatibile con gli obiettivi delle regole di concorrenza comunitarie. L'effetto netto di tali accordi è di promuovere l'essenza stessa del processo concorrenziale, vale a dire la conquista di clienti mediante l'offerta di prodotti o di prezzi migliori di quelli offerti dai concorrenti. Questo quadro di analisi si riflette nell'articolo 81, paragrafo 1 e nell'articolo 81, paragrafo 3. Quest'ultima disposizione riconosce espressamente che gli accordi restrittivi possono generare benefici economici oggettivi tali da superare gli effetti negativi della restrizione della concorrenza⁽⁴⁵⁾.

34. L'applicazione della deroga di cui all'articolo 81, paragrafo 3 è soggetta a quattro condizioni cumulative, delle quali due positive e due negative:

- a) l'accordo deve contribuire a migliorare la produzione o la distribuzione dei prodotti o a promuovere il progresso tecnico o economico;
- b) agli utilizzatori deve essere riservata una congrua parte dell'utile che ne deriva;
- c) la restrizione deve essere indispensabile per raggiungere tali obiettivi, ed infine
- d) l'accordo non deve dare alle imprese interessate la possibilità di eliminare la concorrenza per una parte sostanziale dei prodotti o dei servizi di cui trattasi.

Quando queste quattro condizioni sono soddisfatte, l'accordo rafforza la concorrenza all'interno del mercato rilevante, in quanto induce le imprese interessate ad offrire ai consumatori prodotti meno costosi o migliori, così da compensarli degli effetti negativi delle restrizioni della concorrenza.

35. L'articolo 81, paragrafo 3 si applica a singoli accordi o a categorie di accordi mediante regolamenti di esenzione per categoria. Quando un accordo rientra nel campo di applicazione di un regolamento di esenzione per categoria, le parti dell'accordo restrittivo sono liberate dall'onere di cui all'articolo 2 del regolamento n. 1/2003, che impone di provare che il loro specifico accordo soddisfa ciascuna delle condizioni di cui all'articolo 81, paragrafo 3. Le parti devono solo provare che l'accordo restrittivo beneficia dell'esenzione per categoria. L'applicazione dell'articolo 81, paragrafo 3 a determinate categorie di accordi in virtù di regolamenti di esenzione per categoria si basa sulla presunzione che gli accordi restrittivi che rientrano nel loro campo di applicazione⁽⁴⁶⁾

soddisfino ognuna delle quattro condizioni di cui all'articolo 81, paragrafo 3.

36. Se in un caso specifico l'accordo rientra nel campo di applicazione dell'articolo 81, paragrafo 1 e le condizioni di cui all'articolo 81, paragrafo 3 non sono soddisfatte, l'esenzione per categoria può essere revocata. Sulla base dell'articolo 29, paragrafo 1, del regolamento n. 1/2003, la Commissione ha il potere di revocare il beneficio di un'esenzione per categoria qualora constati che, in uno specifico caso, un accordo cui si applica il regolamento di esenzione ha effetti incompatibili con l'articolo 81, paragrafo 3, del trattato. Sulla base dell'articolo 29, paragrafo 2, del regolamento n. 1/2003, anche l'autorità garante della concorrenza di uno Stato membro può revocare il beneficio di un regolamento di esenzione per categoria sul suo territorio (o in una parte del suo territorio) se tale territorio ha tutte le caratteristiche di un mercato geografico distinto. In caso di revoca, spetta alle autorità garanti della concorrenza interessate provare che l'accordo viola l'articolo 81, paragrafo 1 e che non soddisfa le condizioni di cui all'articolo 81, paragrafo 3.

37. Le giurisdizioni nazionali non hanno la facoltà di revocare il beneficio di un regolamento di esenzione per categoria. Inoltre, nell'applicare i regolamenti di esenzione per categoria, le giurisdizioni nazionali non possono modificarne il campo di applicazione per estenderlo ad accordi che non rientrano nel regolamento di esenzione per categoria di cui trattasi⁽⁴⁷⁾. Al di fuori dell'ambito dei regolamenti di esenzione per categoria, le giurisdizioni degli Stati membri hanno il potere di applicare l'articolo 81 nella sua interezza (vedasi l'articolo 6 del regolamento 1/2003).

3. L'APPLICAZIONE DELLE QUATTRO CONDIZIONI DI CUI ALL'ARTICOLO 81, PARAGRAFO 3

38. La rimanente parte delle presenti linee direttrici esaminerà ciascuna delle quattro condizioni di cui all'articolo 81, paragrafo 3⁽⁴⁸⁾. Considerato che queste quattro condizioni sono cumulative⁽⁴⁹⁾, una volta stabilito che una delle condizioni di cui all'articolo 81, paragrafo 3 non è soddisfatta, non è necessario esaminare le condizioni restanti. Nell'esaminare i singoli casi, può pertanto essere opportuno verificare le quattro condizioni in un ordine diverso.

39. Ai fini delle presenti linee direttrici, si ritiene opportuno invertire l'ordine della seconda e della terza condizione ed esaminare quindi la questione del carattere indispensabile prima della questione del trasferimento di parte dei benefici agli utilizzatori. L'analisi del trasferimento di parte dei benefici richiede una valutazione comparata degli effetti negativi e positivi di un accordo sugli utilizzatori. Questa analisi non dovrebbe includere gli effetti di eventuali

restrizioni che già non soddisfano il criterio del carattere indispensabile e che, per tale ragione, sono vietate dall'articolo 81.

3.1. Principi generali

40. L'articolo 81, paragrafo 3, del trattato diventa pertinente solo quando un accordo tra imprese restringe la concorrenza ai sensi dell'articolo 81, paragrafo 1. Nel caso di accordi non restrittivi, non vi è alcuna necessità di esaminare i benefici prodotti dall'accordo.
41. Quando, in un caso specifico, sia stata dimostrata una restrizione della concorrenza ai sensi dell'articolo 81, paragrafo 1, è possibile invocare la deroga di cui all'articolo 81, paragrafo 3. Sulla base dell'articolo 2 del regolamento n. 1/2003, l'onere della prova per quanto concerne le condizioni di cui all'articolo 81, paragrafo 3 incombe alle imprese che chiedono di beneficiare della deroga. Quando le condizioni di cui all'articolo 81, paragrafo 3, non sono soddisfatte, l'accordo è nullo di pieno diritto (cfr. articolo 81, paragrafo 2). Tale nullità si applica tuttavia ai soli elementi dell'accordo che sono incompatibili con l'articolo 81, purché tali elementi siano separabili dell'accordo nel suo insieme⁽⁵⁰⁾. Se solo una parte dell'accordo è nulla, le relative conseguenze per la restante parte dell'accordo sono stabilite dalla legislazione nazionale applicabile⁽⁵¹⁾.
42. Sulla base di una giurisprudenza consolidata, le quattro condizioni di cui all'articolo 81, paragrafo 3 devono considerarsi cumulative⁽⁵²⁾, vale a dire che tutte e quattro devono essere soddisfatte perché la deroga sia applicabile. In caso contrario, l'applicazione della deroga di cui all'articolo 81, paragrafo 3 deve essere negata⁽⁵³⁾. Le quattro condizioni di cui all'articolo 81, paragrafo 3 devono anche considerarsi esaustive. Quando esse sono soddisfatte, la deroga è applicabile e non può essere subordinata ad altre condizioni. Gli obiettivi perseguiti da altre disposizioni del trattato possono essere presi in considerazione nella misura in cui possano essere fatti rientrare nelle quattro condizioni di cui all'articolo 81, paragrafo 3⁽⁵⁴⁾.
43. La valutazione, ai sensi dell'articolo 81, paragrafo 3, dei benefici derivanti da accordi restrittivi viene effettuata, in linea di principio, entro i confini di ciascuno dei mercati rilevanti cui l'accordo si riferisce. Le regole di concorrenza comunitarie hanno come obiettivo la protezione della concorrenza sul mercato e non possono essere separate da tale obiettivo. La condizione in base alla quale agli utilizzatori⁽⁵⁵⁾ deve essere riservata una congrua parte dell'utile implica inoltre che gli incrementi di efficienza generati dall'accordo restrittivo all'interno di un mercato rilevante debbano essere almeno sufficienti a superare gli effetti anticoncorrenziali prodotti dall'accordo all'interno dello stesso mercato

rilevante ⁽⁵⁶⁾. Gli effetti negativi per gli utilizzatori su un mercato geografico o del prodotto non possono di norma essere controbilanciati e compensati dagli effetti positivi per gli utilizzatori su un altro mercato geografico o del prodotto. Tuttavia, quando due mercati sono collegati, gli incrementi di efficienza conseguiti su mercati distinti possono essere presi in considerazione a condizione che il gruppo di utilizzatori interessato dalla restrizione e che beneficia degli incrementi di efficienza sia sostanzialmente lo stesso ⁽⁵⁷⁾. In effetti, in alcuni casi l'accordo ha un'incidenza solo sugli utilizzatori in un mercato a valle, nel qual caso devono essere valutati gli effetti dell'accordo su tali utilizzatori. Questo accade per esempio nel caso degli accordi di acquisto ⁽⁵⁸⁾.

44. La valutazione degli accordi restrittivi ai sensi dell'articolo 81, paragrafo 3, è effettuata nel contesto effettivo in cui tali accordi sono conclusi ⁽⁵⁹⁾ e sulla base degli elementi fattuali esistenti in un dato momento. La valutazione deve tenere conto di eventuali cambiamenti rilevanti della situazione. La deroga di cui all'articolo 81, paragrafo 3 si applica fintantoché sono soddisfatte le quattro condizioni e cessa di applicarsi quando tale situazione viene meno ⁽⁶⁰⁾. Quando si applica l'articolo 81, paragrafo 3, conformemente a questi principi, è necessario tenere conto degli investimenti iniziali irrecuperabili fatti da una o dall'altra parte e del tempo o delle restrizioni necessarie per realizzare e recuperare un investimento destinato ad aumentare l'efficienza di un'impresa. Non è possibile applicare l'articolo 81 senza tener conto di questi investimenti ex ante. I rischi che devono affrontare le parti e gli investimenti irrecuperabili che devono essere realizzati per attuare l'accordo possono far sì che esso non rientri nel campo d'applicazione dell'articolo 81, paragrafo 1, oppure che soddisfi le condizioni di cui all'articolo 81, paragrafo 3, per il periodo necessario a recuperare l'investimento.

45. In certi casi l'accordo restrittivo è irreversibile. Una volta data attuazione all'accordo restrittivo, non è possibile ristabilire la situazione ex ante. In tali casi, la valutazione deve essere effettuata esclusivamente sulla base degli elementi fattuali pertinenti al momento dell'attuazione dell'accordo. Nel caso, ad esempio, di un accordo di ricerca e sviluppo mediante il quale ciascuna delle parti acconsente ad abbandonare il rispettivo progetto di ricerca e a mettere in comune le proprie capacità con quelle di un'altra parte, può essere tecnicamente ed economicamente impossibile, da un punto di vista oggettivo, riprendere il progetto una volta che sia stato abbandonato. La valutazione degli effetti anticoncorrenziali e degli effetti favorevoli alla concorrenza di un accordo che prevede l'abbandono di progetti di ricerca individuali deve pertanto essere effettuata con riferimento alla data di completamento della sua attuazione. Se, in quel momento, l'accordo è compatibile con l'articolo 81, ad esempio perché esistono sufficienti progetti di ricerca e sviluppo alternativi di terzi, l'accordo mediante il quale le parti decidono

di abbandonare i loro progetti individuali resta compatibile con l'articolo 81 anche se successivamente i progetti dei terzi dovessero venire meno. Il divieto di cui all'articolo 81 può tuttavia applicarsi ad altri elementi dell'accordo in relazione ai quali la questione del carattere irreversibile non si pone. Se il progetto prevede, ad esempio, oltre alla ricerca e sviluppo in comune anche lo sfruttamento in comune, l'articolo 81 si può applicare a questa parte dell'accordo se, a seguito di successivi sviluppi del mercato, l'accordo diventa restrittivo della concorrenza e non soddisfa più le condizioni dell'articolo 81, paragrafo 3, tenuto debito conto degli investimenti irrecuperabili ex ante (cfr. punto precedente).

46. L'articolo 81, paragrafo 3 non esclude a priori certi tipi di accordi dal suo campo di applicazione. In linea di principio, tutti gli accordi restrittivi che soddisfano le quattro condizioni di cui all'articolo 81, paragrafo 3 possono beneficiare della deroga ⁽⁶¹⁾. Le restrizioni gravi della concorrenza, tuttavia, non possono verosimilmente soddisfare le quattro condizioni di cui all'articolo 81, paragrafo 3. Tali restrizioni figurano solitamente nella lista nera dei regolamenti di esenzione per categoria o sono individuate come restrizioni fondamentali nelle linee direttrici e nelle comunicazioni della Commissione. In genere gli accordi di questa natura non soddisfano (almeno) le prime due condizioni di cui all'articolo 81, paragrafo 3. Essi non creano benefici economici oggettivi ⁽⁶²⁾ e non determinano benefici per gli utilizzatori ⁽⁶³⁾. Ad esempio, un accordo orizzontale per la fissazione dei prezzi determina una limitazione della produzione ed una cattiva allocazione delle risorse. Esso trasferisce inoltre valore dagli utilizzatori ai produttori, in quanto conduce a prezzi più elevati senza generare una compensazione per gli utilizzatori all'interno del mercato rilevante. Di norma, inoltre, questi tipi di accordi non soddisfano il criterio del carattere di indispensabilità di cui alla terza condizione ⁽⁶⁴⁾.

47. Sostenere che accordi restrittivi della concorrenza sono giustificati in quanto volti ad assicurare condizioni eque di concorrenza sul mercato è per sua natura una pretesa infondata che deve essere respinta ⁽⁶⁵⁾. L'obiettivo dell'articolo 81 è proteggere la concorrenza effettiva assicurando che i mercati rimangano aperti e competitivi. La protezione di condizioni eque di concorrenza è un compito che spetta al legislatore nel rispetto degli obblighi di diritto comunitario ⁽⁶⁶⁾ e non è una questione che possa essere disciplinata dalle imprese stesse.

3.2. Prima condizione di cui all'articolo 81, paragrafo 3: incrementi di efficienza

3.2.1. Considerazioni generali

48. In base alla prima condizione di cui all'articolo 81, paragrafo 3, l'accordo deve

contribuire a migliorare la produzione o la distribuzione dei prodotti o a promuovere il progresso tecnico o economico. La disposizione si riferisce esplicitamente solo ai prodotti, ma si applica per analogia anche ai servizi.

49. Dalla giurisprudenza della Corte di giustizia si evince che possono essere presi in considerazione solo i benefici oggettivi ⁽⁶⁷⁾. Ciò significa che gli incrementi di efficienza non sono valutati dal punto di vista soggettivo delle parti ⁽⁶⁸⁾. I risparmi sui costi derivanti dal puro esercizio del potere di mercato delle parti non possono essere presi in considerazione. Ad esempio, quando le imprese si accordano riguardo alla fissazione dei prezzi o alla ripartizione dei mercati, esse riducono la produzione e di conseguenza i costi di produzione. La riduzione della concorrenza può anche determinare una riduzione delle spese di vendita e di marketing. Simili riduzioni dei costi sono una conseguenza diretta della riduzione della produzione e del valore. Le riduzioni dei costi in questione non generano effetti favorevoli alla concorrenza sul mercato. In particolare, non determinano la creazione di valore attraverso un'integrazione di mezzi e di attività, ma consentono semplicemente alle imprese interessate di aumentare i loro profitti e sono pertanto irrilevanti dal punto di vista dell'articolo 81, paragrafo 3.

50. L'obiettivo della prima condizione di cui all'articolo 81, paragrafo 3 è di definire i tipi di incrementi di efficienza che possono essere presi in considerazione ed essere sottoposti alla successiva verifica della seconda e terza condizione di cui all'articolo 81, paragrafo 3. Lo scopo dell'analisi è determinare quali sono i vantaggi obiettivi apportati dall'accordo e quale è l'importanza economica degli incrementi di efficienza. Tenuto conto del fatto che, affinché sia applicabile l'articolo 81, paragrafo 3, gli effetti favorevoli alla concorrenza dell'accordo devono compensarne gli effetti anticoncorrenziali, è necessario verificare quale è la natura del legame tra l'accordo ed i presunti incrementi di efficienza e quale è il loro valore.

51. Tutti i presunti incrementi di efficienza devono pertanto essere comprovati per consentire di verificare gli aspetti seguenti:

- a) la natura dei presunti incrementi di efficienza;
- b) il legame tra l'accordo e gli incrementi di efficienza;
- c) la probabilità e l'entità di ciascun incremento di efficienza;
- d) come e quando i singoli incrementi di efficienza saranno realizzati.

52. La lettera a) consente di verificare se la natura del presunto incremento di

efficienza è obiettiva (cfr. supra, punto 49).

53. La lettera b) consente di verificare se vi sia un legame causale sufficiente tra l'accordo restrittivo ed i presunti incrementi di efficienza. Questa condizione solitamente richiede che gli incrementi di efficienza risultino dall'attività economica che costituisce l'oggetto dell'accordo. Tale attività può, ad esempio, consistere nella distribuzione, nella concessione di licenze di tecnologia, nella produzione congiunta o nell'attività congiunta di ricerca e sviluppo. Tuttavia, nella misura in cui un accordo determina incrementi di efficienza di più ampia portata sul mercato di cui trattasi, in quanto consente, ad esempio, una riduzione dei costi di un intero settore, anche questi benefici addizionali sono presi in considerazione.
54. Il legame causale tra l'accordo e i presunti incrementi di efficienza deve di norma essere un legame diretto ⁽⁶⁹⁾. Le argomentazioni basate su effetti indiretti sono, in linea generale, troppo vaghe e remote per poter essere prese in considerazione. Esiste, ad esempio, un legame causale diretto quando un accordo di trasferimento di tecnologia permette ai licenziatari di produrre prodotti nuovi o migliori o quando un accordo di distribuzione permette la distribuzione dei prodotti ad un costo più basso o la produzione di servizi di qualità. Un esempio di effetto indiretto sarebbe questo: l'aumento dei profitti delle imprese interessate grazie ad un accordo restrittivo permette loro di investire di più nella ricerca e sviluppo a beneficio, in ultima analisi, dei consumatori. Anche se vi può essere un legame tra la redditività e la ricerca e sviluppo, questo legame non è in genere sufficientemente diretto per poter essere preso in considerazione nel contesto dell'articolo 81, paragrafo 3.
55. Le lettere c) e d) permettono di verificare il valore dei presunti incrementi di efficienza che, nel contesto della terza condizione di cui all'articolo 81, paragrafo 3, devono essere messi a confronto con gli effetti anticoncorrenziali dell'accordo (cfr. infra, punto 101). Poiché l'articolo 81, paragrafo 1, si applica soltanto quando è probabile che l'accordo abbia effetti negativi per la concorrenza ed i consumatori (in caso di restrizioni fondamentali tali effetti sono, in ogni caso, presunti), i presunti incrementi di efficienza devono essere confermati da prove, in modo da poter essere verificati. Presunti incrementi di efficienza non sostenuti da prove non sono accettati.
56. Nel caso di presunti risparmi sui costi, le imprese che chiedono di beneficiare della deroga di cui all'articolo 81, paragrafo 3, devono calcolare o stimare, con la massima accuratezza ragionevolmente possibile, il valore degli incrementi di efficienza e descrivere dettagliatamente le modalità di calcolo di tale importo. Esse devono inoltre descrivere i metodi mediante i quali gli incrementi di

efficienza sono stati o saranno realizzati. I dati trasmessi devono essere verificabili, affinché vi sia un grado di certezza sufficiente in merito al fatto che gli incrementi di efficienza si sono effettivamente realizzati o si realizzeranno probabilmente in futuro.

57. Nel caso in cui i presunti incrementi di efficienza consistano in prodotti nuovi o migliori ed altri incrementi non relativi ai costi, le imprese che chiedono di beneficiare della deroga di cui all'articolo 81, paragrafo 3, devono descrivere e spiegare dettagliatamente la natura degli incrementi di efficienza e spiegare in che modo e per quali ragioni essi costituiscono un beneficio economico oggettivo.
58. Nei casi in cui l'accordo non sia ancora stato attuato integralmente, le parti devono comprovare le proiezioni relative alla data a partire dalla quale gli incrementi di efficienza saranno operativi così da determinare un significativo impatto positivo sul mercato.

3.2.2. Le diverse categorie di incrementi di efficienza

59. I tipi di incrementi di efficienza menzionati all'articolo 81, paragrafo 3, sono categorie ampie, volte ad includere tutti gli incrementi oggettivi di efficienza economica. Vi sono notevoli sovrapposizioni tra le diverse categorie menzionate all'articolo 81, paragrafo 3 e lo stesso accordo può determinare più tipi di incrementi di efficienza. Non è pertanto opportuno tracciare distinzioni nette e rigide tra le diverse categorie. Ai fini delle presenti linee direttrici, si distingue tra incrementi di efficienza in termini di costi ed incrementi di efficienza in termini di qualità, nei quali il valore aggiunto è rappresentato da prodotti nuovi o migliori, da una maggiore varietà dei prodotti ecc.
60. In linea generale, gli incrementi di efficienza derivano da un'integrazione delle attività economiche mediante la quale le imprese mettono in comune i loro mezzi di produzione al fine di realizzare quello che non potrebbero realizzare da sole in maniera altrettanto efficiente, o mediante la quale affidano ad un'altra impresa compiti che questa può svolgere in maniera più efficiente.
61. Il processo che comprende le attività di ricerca e sviluppo, produzione e distribuzione può essere considerato come una catena di valore che può essere suddivisa in più fasi. In ogni fase di questa catena, un'impresa deve scegliere se realizzare direttamente l'attività in questione, se realizzarla insieme ad altre imprese o se esternalizzarla completamente, affidandola ad altre imprese.
62. In ogni caso, quando la scelta implica la cooperazione sul mercato con un'altra impresa, è di norma necessario concludere un accordo ai sensi dell'articolo 81,

paragrafo 1. Può trattarsi di accordi verticali, nel caso in cui le parti operano a livelli diversi della catena di valore, o di accordi orizzontali, nel caso in cui le imprese operano allo stesso livello della catena di valore. Entrambe le categorie di accordi possono generare incrementi di efficienza, in quanto permettono alle imprese in questione di svolgere un particolare compito ad un costo inferiore o con un maggior valore aggiunto per i consumatori. Tali accordi possono contenere o determinare restrizioni della concorrenza, nel qual caso possono intervenire il divieto di cui all'articolo 81, paragrafo 1 e la deroga di cui all'articolo 81, paragrafo 3.

63. I tipi di incrementi di efficienza menzionati in prosieguo costituiscono solo esempi e non sono da considerare esaustivi.

3.2.2.1. Incrementi di efficienza in termini di costi

64. Gli incrementi di efficienza in termini di costi derivanti da accordi tra imprese possono essere determinati da una serie di fattori diversi. Una fonte molto importante di risparmi sui costi è lo sviluppo di nuove tecnologie e metodi di produzione. In generale, le maggiori possibilità di realizzare risparmi sui costi si raggiungono nel caso dei grandi progressi tecnologici. L'introduzione della catena di montaggio, ad esempio, ha portato ad una sostanziale riduzione dei costi di produzione degli autoveicoli.

65. Un'altra fonte molto importante di incrementi di efficienza è rappresentata dalle sinergie derivanti da un'integrazione dei mezzi esistenti. Quando le parti di un accordo mettono in comune i rispettivi mezzi di produzione, esse possono essere in grado di pervenire ad una configurazione costi/produzione che non sarebbe altrimenti stata possibile. La combinazione di due tecnologie esistenti e complementari può ridurre i costi di produzione o permettere la produzione di un prodotto di qualità superiore. È possibile, ad esempio, che i mezzi di produzione dell'impresa A permettano una produzione oraria elevata, richiedendo tuttavia un consumo relativamente alto di materie prime per unità prodotta, mentre i mezzi di produzione dell'impresa B permettono soltanto una produzione oraria più modesta, ma che richiede un consumo inferiore di materie prime per unità prodotta. È possibile realizzare sinergie se, costituendo un'impresa comune di produzione che combini i mezzi di produzione di A e di B, le parti possono raggiungere un livello di produzione oraria (più) elevato con un consumo (più) basso di materie prime per unità prodotta. Analogamente, se un'impresa ha già ottimizzato una parte della catena di valore ed un'altra impresa ha ottimizzato un'altra parte della catena di valore, la combinazione delle loro attività può determinare una riduzione dei costi. L'impresa A può, ad esempio, disporre di impianti di produzione notevolmente automatizzati, che comportano costi di

produzione bassi per unità prodotta, mentre B può aver messo a punto un efficace sistema di trattamento degli ordini. Il sistema permette di adattare la produzione alla richiesta dei clienti, garantendo consegne entro i termini richiesti e riducendo i costi di magazzinaggio e di obsolescenza. Combinando i propri mezzi, è possibile che A e B riescano ad ottenere una riduzione dei costi.

66. Gli incrementi di efficienza in termini di costi possono anche essere la conseguenza di economie di scala, vale a dire della diminuzione del costo per unità di prodotto legata all'aumento della produzione. A titolo di esempio, gli investimenti in attrezzature e in altri mezzi di produzione devono spesso essere effettuati in blocchi indivisibili. Se un'impresa non può utilizzare integralmente un blocco, i suoi costi medi saranno superiori: infatti, il costo di esercizio di un autocarro, ad esempio, è sostanzialmente lo stesso indipendentemente dal fatto che viaggi quasi vuoto, mezzo pieno o pieno. Grazie ad accordi mediante i quali mettono in comune le loro attività logistiche, le imprese possono aumentare i coefficienti di carico e ridurre il numero di veicoli utilizzati. Una scala maggiore può inoltre permettere una migliore divisione del lavoro e una conseguente riduzione dei costi unitari. Le imprese possono realizzare economie di scala in relazione a tutte le parti della catena di valore, dalla ricerca e sviluppo alla produzione, alla distribuzione e al marketing. Le economie di apprendimento costituiscono un tipo di incremento di efficienza collegato. L'acquisizione dell'esperienza nell'utilizzazione di un determinato processo produttivo o nell'esecuzione di particolari operazioni può determinare un aumento della produttività, in quanto il processo viene reso più efficiente o in quanto l'operazione viene eseguita più rapidamente.
67. Le economie di diversificazione sono un'altra fonte di incrementi di efficienza, che si verificano quando le imprese realizzano risparmi sui costi fabbricando prodotti diversi sulla base degli stessi fattori di produzione. Simili incrementi di efficienza possono essere dovuti al fatto che è possibile utilizzare gli stessi componenti, le stesse apparecchiature e lo stesso personale per fabbricare una serie di prodotti diversi. Analogamente, nel caso della distribuzione, le economie di diversificazione possono verificarsi quando diversi tipi di prodotti sono distribuiti utilizzando gli stessi veicoli. Ad esempio, un produttore di pizza surgelata ed un produttore di verdure surgelate possono realizzare economie di diversificazione grazie alla distribuzione congiunta dei loro prodotti. Entrambi i gruppi di prodotti devono essere distribuiti mediante veicoli refrigerati ed è probabile che vi siano significative sovrapposizioni in termini di clienti. Combinando le loro attività, i due produttori possono ridurre i costi di distribuzione per unità di prodotto distribuita.
68. Gli incrementi di efficienza sotto forma di riduzioni dei costi possono anche

essere la conseguenza di accordi che consentono una migliore pianificazione della produzione, così da ridurre la necessità di un'onerosa gestione delle scorte e da permettere una migliore utilizzazione della capacità. Gli incrementi di efficienza di questo tipo possono, ad esempio, derivare dal ricorso agli acquisti «just in time», vale a dire dall'obbligo per il fornitore di componenti di rifornire continuamente l'acquirente sulla base del suo fabbisogno, evitando in tal modo la necessità che l'acquirente mantenga scorte ingenti di componenti che rischiano di diventare obsoleti. I risparmi sui costi possono anche derivare da accordi che permettono alle parti di razionalizzare la produzione attraverso un uso migliore delle loro apparecchiature.

3.2.2.2. Incrementi di efficienza qualitativi

69. Gli accordi tra imprese possono determinare vari incrementi di efficienza in termini di qualità, rilevanti per l'applicazione dell'articolo 81, paragrafo 3. In diversi casi, i principali incrementi di efficienza che un accordo può determinare non sono riduzioni dei costi ma miglioramenti della qualità ed altri incrementi di efficienza di carattere qualitativo. A seconda dei singoli casi, tali incrementi di efficienza possono dunque avere un'importanza uguale o maggiore rispetto a quelli relativi ai costi.

70. I progressi tecnici e tecnologici rappresentano una componente essenziale e dinamica dell'attività economica, in quanto generano significativi benefici sotto forma di prodotti e servizi nuovi o migliori. Attraverso la cooperazione, le imprese possono essere in grado di generare incrementi di efficienza che non sarebbero stati possibili senza l'accordo restrittivo, o che sarebbero stati possibili solo con notevole ritardo o ad un costo più elevato. Simili incrementi di efficienza costituiscono un'importante fonte dei benefici economici di cui alla prima condizione dell'articolo 81, paragrafo 3. Gli accordi in grado di determinare incrementi di efficienza di questo tipo comprendono in particolare gli accordi di ricerca e sviluppo. Ad esempio, A e B potrebbero costituire un'impresa comune per lo sviluppo e, in caso di successo, la produzione congiunta di un pneumatico a cellule. La foratura di una delle cellule non influisce sulle altre, il che significa che, in caso di foratura, il pneumatico non rischia di sgonfiarsi completamente. Questi pneumatici sono dunque più sicuri dei pneumatici tradizionali. Inoltre non è necessario cambiare immediatamente il pneumatico e quindi avere con sé un pneumatico di scorta. I due tipi di incrementi di efficienza costituiscono vantaggi oggettivi ai sensi della prima condizione dell'articolo 81, paragrafo 3.

71. Così come la combinazione di mezzi complementari può comportare una riduzione dei costi, la combinazione di mezzi può creare anche sinergie che determinano incrementi di efficienza in termini di qualità. La combinazione dei

mezzi di produzione può ad esempio permettere la produzione di prodotti di migliore qualità o con caratteristiche nuove. Tali incrementi di efficienza possono ad esempio essere determinati da accordi di licenza e da accordi per la produzione in comune di prodotti o servizi nuovi o migliori. Gli accordi di licenza possono assicurare in particolare la diffusione più rapida delle nuove tecnologie nella Comunità e consentire ai licenziatari di rendere disponibili nuovi prodotti o di utilizzare nuove tecniche di produzione che consentono miglioramenti in termini di qualità. Gli accordi di produzione in comune possono permettere, in particolare, l'introduzione sul mercato di prodotti o servizi nuovi o migliori in tempi più rapidi ed ad un costo inferiore⁽⁷⁰⁾. Nel settore delle telecomunicazioni si ritiene, ad esempio, che gli accordi di cooperazione abbiano creato incrementi di efficienza, in quanto hanno reso disponibili più rapidamente nuovi servizi globali⁽⁷¹⁾. Anche nel settore bancario si ritiene che gli accordi di cooperazione che hanno permesso di migliorare le strutture per i pagamenti transfrontalieri abbiano determinato incrementi di efficienza che rientrano nell'ambito della prima condizione dell'articolo 81, paragrafo 3⁽⁷²⁾.

72. Anche gli accordi di distribuzione possono generare incrementi di efficienza in termini di qualità. I distributori specializzati, ad esempio, possono essere in grado di prestare servizi più rispondenti alle esigenze dei clienti o possono offrire una consegna più rapida o garantire una migliore qualità a tutti i livelli della catena di distribuzione⁽⁷³⁾.

3.3. Terza condizione di cui all'articolo 81, paragrafo 3: carattere indispensabile delle restrizioni

73. In base alla terza condizione di cui all'articolo 81, paragrafo 3, l'accordo restrittivo non deve imporre restrizioni che non siano indispensabili per realizzare gli incrementi di efficienza determinati dall'accordo in questione. Questa condizione implica una duplice verifica. Innanzitutto, l'accordo restrittivo deve essere, in quanto tale, ragionevolmente necessario alla realizzazione degli incrementi di efficienza. In secondo luogo, anche le singole restrizioni della concorrenza determinate dall'accordo devono essere ragionevolmente necessarie alla realizzazione degli incrementi di efficienza.

74. Per quanto concerne la terza condizione di cui all'articolo 81, paragrafo 3, il fattore decisivo è se l'accordo restrittivo e le singole restrizioni permettono o no di realizzare l'attività in questione in maniera più efficiente di quanto sarebbe avvenuto in assenza dell'accordo o della restrizione di cui trattasi. Non si tratta cioè di stabilire se in assenza della restrizione l'accordo non sarebbe stato concluso, ma se grazie all'accordo o alla restrizione si realizzano maggiori incrementi di efficienza di quelli che si realizzerebbero in loro assenza⁽⁷⁴⁾.

ALLEGATO IX

75. Il primo criterio di cui alla terza condizione di cui all'articolo 81, paragrafo 3, impone che gli incrementi di efficienza siano specificamente legati all'accordo in questione, vale a dire che non esistano altre soluzioni economicamente praticabili e meno restrittive per realizzare tali incrementi di efficienza. Nell'effettuare quest'ultima valutazione, devono essere prese in considerazione le condizioni del mercato e la realtà del settore in cui operano le parti dell'accordo. Alle imprese che chiedono di beneficiare dell'articolo 81, paragrafo 3 non si chiede di considerare alternative puramente ipotetiche o teoriche. La Commissione non effettuerà interpretazioni riguardo i giudizi economici delle parti. Essa interverrà solo quando è ragionevolmente chiaro che esistono alternative realistiche e fattibili. Le parti devono limitarsi a spiegare e dimostrare per quali ragioni tali alternative apparentemente realistiche e sensibilmente meno restrittive dell'accordo sarebbero state molto meno efficienti.

76. È importante in particolare esaminare se, tenuto conto alle circostanze del caso di specie, le parti avrebbero potuto realizzare gli incrementi di efficienza mediante un tipo di accordo meno restrittivo, e in tal caso quando avrebbero potuto conseguire gli incrementi di efficienza. Può anche essere necessario esaminare se le parti avrebbero potuto realizzare le efficienze da sé. Quando, ad esempio, i presunti incrementi di efficienza consistono in riduzioni dei costi derivanti da economie di scala o di diversificazione, le imprese interessate devono spiegare e documentare le ragioni per le quali gli stessi incrementi di efficienza non avrebbero verosimilmente potuto essere realizzati attraverso la crescita interna e la concorrenza sui prezzi. Nell'effettuare tale valutazione, è importante considerare, tra l'altro, la dimensione minima efficiente sul mercato di cui trattasi. La dimensione minima efficiente è il livello di produzione richiesto per minimizzare il costo medio e sfruttare al massimo le economie di scala⁽⁷⁵⁾. Maggiore è la dimensione minima efficiente rispetto alle dimensioni effettive di ciascuna delle parti dell'accordo, maggiore è la probabilità che gli incrementi di efficienza siano considerati specificamente legati all'accordo. Nel caso di accordi che determinano sostanziali sinergie attraverso la combinazione di mezzi e capacità complementari, la natura stessa degli incrementi di efficienza induce a ritenere che l'accordo sia necessario per la loro realizzazione.

77. Questi principi possono essere illustrati dagli esempi seguenti, di carattere ipotetico:

A e B combinano, nell'ambito di un'impresa comune, le rispettive tecniche di produzione, per aumentare la loro produzione e diminuire il loro consumo di materie prime. All'impresa comune viene concessa una licenza esclusiva sulle rispettive tecniche di produzione. Le parti trasferiscono i loro impianti di

produzione all'impresa comune. Trasferiscono anche alcuni elementi chiave del personale, per garantire che le esistenti economie di apprendimento possano essere utilizzate e sviluppate. Si stima che queste economie riducano i costi di produzione di un ulteriore 5 %. La produzione dell'impresa comune è venduta in maniera indipendente sia da A che da B. In questo caso, per determinare se l'accordo è indispensabile, occorre valutare se sarebbe o no possibile ottenere una parte sostanziale dei vantaggi acquisiti tramite un accordo di licenza, che sarebbe probabilmente una soluzione meno restrittiva perché A e B continuerebbero a produrre autonomamente. Nel caso appena descritto, ciò non sarebbe probabilmente possibile in quanto, mediante un accordo di licenza, le parti non avrebbero la possibilità di beneficiare in modo così diretto e permanente delle rispettive esperienze in materia d'applicazione delle due tecnologie, il che comporta significative economie di apprendimento.

78. Una volta accertato che l'accordo in questione è necessario per la realizzazione degli incrementi di efficienza, è necessario valutare il carattere indispensabile di ciascuna restrizione della concorrenza legata all'accordo. A tale proposito, occorre valutare se le singole restrizioni siano ragionevolmente necessarie per realizzare gli incrementi di efficienza. Le parti dell'accordo devono comprovare le loro asserzioni per quanto concerne sia la natura della restrizione, sia la sua intensità.

79. Una restrizione è indispensabile se la sua assenza eliminerebbe o ridurrebbe sensibilmente gli incrementi di efficienza che derivano dall'accordo o renderebbe molto meno probabile la loro realizzazione. La valutazione delle soluzioni alternative deve tenere conto dei miglioramenti effettivi e potenziali sotto il profilo della concorrenza che si otterrebbero grazie all'eliminazione di una particolare restrizione o all'applicazione di un'alternativa meno restrittiva. Più la restrizione è grave, più il criterio relativo alla terza condizione è applicato in maniera rigorosa ⁽⁷⁶⁾. È improbabile che le restrizioni che figurano nella lista nera di un regolamento di esenzione per categoria o che sono individuate come restrizioni fondamentali nelle linee direttrici e nelle comunicazioni della Commissione possano essere considerate indispensabili.

80. La valutazione del carattere indispensabile è effettuata nel contesto effettivo in cui opera l'accordo e deve tenere conto in particolare della struttura del mercato, dei rischi economici collegati all'accordo e dei possibili incentivi per le parti. Più il successo del prodotto oggetto dell'accordo è aleatorio, più una restrizione può essere necessaria per assicurare che gli incrementi di efficienza si realizzino. Le restrizioni possono altresì essere indispensabili al fine di uniformare gli incentivi delle parti ed assicurare che esse concentrino il loro impegno sull'attuazione dell'accordo. Una restrizione può ad esempio essere necessaria al fine di evitare il problema dell'opportunismo post-contrattuale (hold-up) una volta che una delle

ALLEGATO IX

parti abbia già realizzato un ingente investimento irrecuperabile. Una volta, ad esempio, che un fornitore abbia effettuato un investimento ingente, specificamente legato alla relazione contrattuale, al fine di fornire ad un cliente un determinato fattore di produzione, il fornitore è vincolato a quel determinato cliente. Al fine di evitare che, a posteriori, il cliente sfrutti questa dipendenza per ottenere condizioni più favorevoli, può essere necessario imporre un obbligo di non acquistare i componenti da terzi, ovvero di acquistare quantitativi minimi del componente dal fornitore in questione ⁽⁷⁷⁾.

81. In certi casi, una restrizione può essere indispensabile solo per un certo periodo di tempo, nel qual caso la deroga di cui all'articolo 81, paragrafo 3 si applica solo durante tale periodo. Nell'effettuare tale valutazione, è necessario tenere conto del periodo di tempo richiesto perché le parti realizzino gli incrementi di efficienza che giustificano l'applicazione della deroga ⁽⁷⁸⁾. Nei casi in cui i benefici non possano essere realizzati senza considerevoli investimenti, si deve tenere conto in particolare del periodo di tempo necessario per assicurare un rendimento adeguato di tali investimenti (cfr. anche supra, punto 44).

82. Tali principi possono essere illustrati mediante i seguenti esempi:

P produce e distribuisce pizze surgelate e detiene il 15 % del relativo mercato nello Stato membro X. I prodotti sono consegnati direttamente ai dettaglianti. Poiché la maggior parte dei dettaglianti ha capacità di stoccaggio limitate, sono necessarie consegne relativamente frequenti, il che comporta un basso tasso d'utilizzo delle capacità ed il ricorso a veicoli relativamente piccoli. T è un grossista di pizze surgelate ed altri prodotti surgelati, che rifornisce essenzialmente gli stessi clienti di P. Le pizze distribuite da T rappresentano il 30 % del mercato. T possiede una flotta di veicoli più grandi ed ha un eccesso di capacità. P conclude un accordo di distribuzione esclusiva con T per lo Stato membro X e si impegna affinché i distributori degli altri Stati membri non vendano sul territorio di T, in modo sia attivo che passivo. T si impegna a fare pubblicità per i prodotti, a compiere inchieste sui gusti dei consumatori e sul loro tasso di soddisfazione e a garantire la consegna di tutti i prodotti ai dettaglianti entro 24 ore. L'accordo comporta un abbassamento dei costi totali di distribuzione del 30 %, in quanto le capacità sono meglio utilizzate e non vengono percorsi più volte gli stessi itinerari. L'accordo determina anche la fornitura di servizi aggiuntivi ai consumatori. Le restrizioni delle vendite passive sono individuate come restrizioni fondamentali nel regolamento di esenzione per categoria sulle restrizioni verticali ⁽⁷⁹⁾ e possono essere considerate indispensabili solo in circostanze eccezionali. La posizione ben stabilita di T sul mercato e la natura degli obblighi che le sono imposti indicano che non si tratta di un caso eccezionale. È tuttavia probabile che il divieto delle vendite attive sia

indispensabile. T potrebbe verosimilmente avere un minor incentivo a vendere e promuovere il marchio P se i distributori di altri Stati membri potessero vendere attivamente nello Stato membro X approfittando così degli sforzi di T, tanto più che T distribuisce anche marchi concorrenti e ha dunque la possibilità di favorire i marchi che sono meno esposti al cosiddetto parassitismo («free riding»).

S è un produttore di bevande gassate analcoliche e detiene il 40 % del mercato. La quota di mercato del suo concorrente più prossimo è del 20 %. S conclude accordi di fornitura con clienti che rappresentano il 25 % della domanda, in base ai quali essi si impegnano a rifornirsi esclusivamente presso S per 5 anni. S conclude accordi con altri clienti, che rappresentano il 15 % della domanda, in virtù dei quali tali clienti ricevono sconti trimestrali se i loro acquisti superano determinati obiettivi fissati individualmente. S sostiene che questi accordi le permettono di prevedere la domanda con maggiore precisione e quindi di pianificare meglio la produzione, il che riduce i costi di stoccaggio e di magazzinaggio delle materie prime ed evita una discontinuità dei rifornimenti. Data la posizione di S sul mercato e la portata combinata delle restrizioni, è molto poco probabile che esse siano giudicate indispensabili. L'obbligo d'acquisto esclusivo va al di là di quanto necessario per pianificare la produzione e altrettanto vale per il sistema di sconti. È possibile prevedere la domanda con mezzi meno restrittivi. S potrebbe ad esempio incentivare i propri clienti affinché ordinino grandi quantità alla volta offrendo loro sconti quantità o proponendo uno sconto ai clienti che fanno ordini anticipati, consegnabili a date precise.

3.4. Seconda condizione di cui all'articolo 81, paragrafo 3: congrua parte dei benefici riservata agli utilizzatori

3.4.1. Considerazioni generali

83. Sulla base della seconda condizione di cui all'articolo 81, paragrafo 3, agli utilizzatori deve essere riservata una congrua parte degli incrementi di efficienza determinati dall'accordo restrittivo.

84. Il concetto di «utilizzatori» comprende tutti i fruitori, diretti o indiretti, dei prodotti oggetto dell'accordo, inclusi i produttori che usano il prodotto quale materia prima, i distributori all'ingrosso, i dettaglianti e gli utilizzatori finali, ovverosia le persone che operano per fini che possono essere considerati come non facenti parte delle loro attività commerciali o professionali. In altre parole, gli utilizzatori ai sensi dell'articolo 81, paragrafo 3, sono i clienti delle parti dell'accordo ed i successivi acquirenti. Questi clienti possono essere imprese, come nel caso degli acquirenti di macchinari industriali o di un fattore di produzione destinato ad un'ulteriore trasformazione, o consumatori finali, come

ALLEGATO IX

nel caso degli acquirenti di gelati per immediata consumazione o di biciclette.

85. Il concetto di «congrua parte» implica che il trasferimento dei benefici deve almeno compensare gli utilizzatori degli effetti negativi, effettivi o possibili, determinati nei loro confronti dalla restrizione della concorrenza constatata ai sensi dell'articolo 81, paragrafo 1. In linea con l'obiettivo generale dell'articolo 81, che è quello di impedire accordi anticoncorrenziali, l'effetto netto dell'accordo deve almeno essere neutro dal punto di vista di quei consumatori che, direttamente o indirettamente, subiscono gli effetti dell'accordo⁽⁸⁰⁾. Se, a seguito dell'accordo, tali utilizzatori si ritrovano in una posizione più negativa, la seconda condizione di cui all'articolo 81, paragrafo 3 non è soddisfatta. Gli effetti positivi di un accordo devono essere confrontati con gli effetti negativi sugli utilizzatori e devono almeno compensare tali effetti negativi⁽⁸¹⁾. Quando ciò si verifica, gli utilizzatori non sono penalizzati dall'accordo. Inoltre, è la società nel suo complesso a beneficiare dell'accordo, qualora gli incrementi di efficienza permettano di ridurre le risorse utilizzate per fabbricare i prodotti consumati o di produrre prodotti di migliore qualità e determinino quindi un'allocatione più efficiente delle risorse.

86. Non è necessario che agli utilizzatori sia riservata una parte di tutti i singoli incrementi di efficienza individuati in base alla prima condizione, è sufficiente che vengano loro trasferiti benefici tali da compensare gli effetti negativi dell'accordo restrittivo. In questo caso, gli utilizzatori ottengono una parte equa degli utili totali⁽⁸²⁾. Se un accordo restrittivo può verosimilmente determinare un aumento dei prezzi, gli utilizzatori devono essere compensati integralmente attraverso un miglioramento della qualità o altri benefici. In caso contrario, la seconda condizione di cui all'articolo 81, paragrafo 3 non è soddisfatta.

87. L'elemento decisivo è l'impatto sugli utilizzatori dei prodotti sul mercato rilevante considerati globalmente e non l'impatto su singoli membri di questo gruppo di utilizzatori⁽⁸³⁾. In alcuni casi, può essere necessario un certo periodo di tempo perché gli incrementi di efficienza si concretizzino. Fino a quel momento l'accordo può produrre solo effetti negativi. Il fatto che il trasferimento degli effetti positivi agli utilizzatori avvenga con un certo ritardo non esclude di per sé l'applicazione dell'articolo 81, paragrafo 3. Tuttavia, maggiore è il lasso di tempo che intercorre, maggiori dovranno essere gli incrementi di efficienza richiesti per compensare la perdita subita dagli utilizzatori durante il periodo precedente il trasferimento.

88. Nell'effettuare questa valutazione si deve tenere conto del fatto che il valore di benefici futuri e di benefici presenti per gli utilizzatori non è lo stesso. Un risparmio di 100 euro oggi ha un valore maggiore che un risparmio dello stesso importo tra un anno. Per gli utilizzatori, un beneficio futuro non compensa

pertanto integralmente una perdita presente di valore nominale equivalente. Al fine di permettere un raffronto corretto delle perdite presenti e dei benefici futuri per gli utilizzatori, il valore dei benefici futuri deve essere attualizzato. Il tasso di sconto applicato deve riflettere il tasso dell'eventuale inflazione e gli interessi persi come indicazione del valore minore dei benefici futuri.

89. In altri casi, l'accordo può permettere alle parti di realizzare gli incrementi di efficienza prima di quanto sarebbe altrimenti stato possibile. In tali circostanze, è necessario tenere conto del possibile impatto negativo sugli utilizzatori all'interno del mercato rilevante una volta trascorso tale periodo di tempo. Se attraverso l'accordo restrittivo le parti arrivano a detenere una posizione di forza sul mercato, esse possono essere in grado di praticare prezzi significativamente più elevati di quanto sarebbe altrimenti avvenuto. Affinché la seconda condizione di cui all'articolo 81, paragrafo 3 sia soddisfatta, il vantaggio per gli utilizzatori rappresentato dal fatto di avere accesso più rapidamente ai prodotti in questione deve essere altrettanto significativo. Questo può ad esempio avvenire quando un accordo consente a due produttori di pneumatici non soltanto di immettere sul mercato, con tre anni di anticipo, un nuovo pneumatico notevolmente più sicuro ma anche, aumentando il proprio potere di mercato, di aumentare i prezzi del 5 %. In tal caso, è probabile che il fatto di avere più rapidamente accesso ad un prodotto significativamente migliorato pesi di più dell'aumento di prezzo.

90. La seconda condizione di cui all'articolo 81, paragrafo 3 comprende una scala progressiva. Maggiore è la restrizione della concorrenza riscontrata ai sensi dell'articolo 81, paragrafo 1, maggiori devono essere gli incrementi di efficienza trasferiti agli utilizzatori. Questo approccio basato su una scala progressiva implica che se gli effetti restrittivi di un accordo sono relativamente limitati e gli incrementi di efficienza significativi, è probabile che una congrua parte dei risparmi sui costi venga trasferita agli utilizzatori. In tali casi non è quindi di norma necessario procedere ad un'analisi dettagliata della seconda condizione di cui all'articolo 81, paragrafo 3, purché siano soddisfatte le altre tre condizioni per l'applicazione di tale disposizione.

91. Se, d'altro canto, gli effetti restrittivi dell'accordo sono significativi ed i risparmi sui costi relativamente insignificanti, è molto improbabile che la seconda condizione di cui all'articolo 81, paragrafo 3 sia soddisfatta. L'impatto della restrizione della concorrenza dipende dall'intensità della restrizione e dal grado di concorrenza restante dopo l'accordo.

92. Se l'accordo determina effetti significativi sulla concorrenza sia in senso positivo che in senso negativo, è necessaria un'analisi accurata. In simili casi, nel procedere alla valutazione comparata dei due tipi di effetti, si deve tenere conto

ALLEGATO IX

del fatto che la concorrenza è un importante fattore promotore a lungo termine di efficienza e di innovazione. Le imprese che non sono soggette ad effettive pressioni concorrenziali — come ad esempio le imprese dominanti — sono meno incentivate a mantenere o a sviluppare gli incrementi di efficienza. Maggiore è l'impatto dell'accordo sulla concorrenza, maggiore è la probabilità che gli utilizzatori siano penalizzati sul lungo periodo.

93. Le due sezioni seguenti illustrano più dettagliatamente il quadro di analisi per la valutazione del trasferimento degli incrementi di efficienza agli utilizzatori. La prima sezione si occupa degli incrementi di efficienza in termini di costi, mentre la seconda riguarda altri tipi di incrementi di efficienza, come prodotti nuovi o migliori (incrementi di efficienza in termini di qualità). Il quadro delineato in queste due sezioni riveste un'importanza particolare nei casi in cui non è immediatamente evidente che gli effetti negativi sulla concorrenza superano i benefici per gli utilizzatori o viceversa ⁽⁸⁴⁾.

94. Nell'applicazione dei principi illustrati di seguito, la Commissione terrà conto del fatto che in molti casi è difficile calcolare accuratamente il tasso di trasferimento degli incrementi di efficienza agli utilizzatori. Le imprese sono soltanto tenute a documentare le loro affermazioni fornendo stime ed altri dati per quanto ragionevolmente possibile tenuto conto delle circostanze del caso specifico.

3.4.2. Trasferimento agli utilizzatori e valutazione comparata degli incrementi di efficienza in termini di costi

95. Quando, come di norma, i mercati non sono in concorrenza perfetta, le imprese sono in grado di influenzare il prezzo di mercato, in maniera più o meno incisiva, modificando la loro produzione ⁽⁸⁵⁾. Esse possono anche essere in grado di praticare discriminazioni in termini di prezzi tra i loro clienti.

96. Gli incrementi di efficienza in termini di costi possono a volte determinare un aumento della produzione ed una riduzione dei prezzi per gli utilizzatori interessati. Se, grazie agli incrementi di efficienza in termini di costi, le imprese in questione possono aumentare i profitti espandendo la produzione, è possibile che si verifichino trasferimenti di benefici a favore degli utilizzatori. Nel valutare la possibilità che gli incrementi di efficienza in termini di costi siano trasferiti agli utilizzatori ed il risultato della valutazione comparata tra i diversi effetti dell'accordo di cui all'articolo 81, paragrafo 3, si devono tenere presenti in particolare i fattori seguenti:

a) le caratteristiche e la struttura del mercato;

- b) la natura e l'entità degli incrementi di efficienza;
- c) l'elasticità della domanda; e
- d) l'entità della restrizione della concorrenza.

Di norma, tutti questi fattori devono essere presi in considerazione. Poiché l'articolo 81, paragrafo 3 si applica solo nei casi in cui si determinano sensibili restrizioni della concorrenza sul mercato (cfr. supra, punto 24), non è possibile presumere che la concorrenza residua garantisca che agli utilizzatori sia riservata una congrua parte dei benefici. Tuttavia, il grado di concorrenza restante sul mercato e la natura di tale concorrenza influiscono sulla probabilità del trasferimento dei benefici.

97. Maggiore è il grado di concorrenza residua, maggiore è la probabilità che le singole imprese cerchino di aumentare le vendite trasferendo agli utilizzatori gli incrementi di efficienza in termini di costi. Se le imprese sono in concorrenza sui prezzi e non sono soggette a vincoli significativi in termini di capacità, i trasferimenti di benefici possono avvenire relativamente in fretta. Se la concorrenza riguarda prevalentemente la capacità e gli adeguamenti di capacità richiedono un certo lasso di tempo, i trasferimenti di benefici saranno più lenti. Essi rischiano di essere più lenti anche quando la struttura del mercato induce ad una collusione tacita⁽⁸⁶⁾. Se è probabile che i concorrenti reagiscano con ritorsioni ad un aumento della produzione di una o più parti dell'accordo, l'incentivo ad aumentare la produzione può essere moderato, a meno che il vantaggio concorrenziale conferito dagli incrementi di efficienza sia tale che le imprese interessate siano incentivate ad abbandonare la politica comune adottata sul mercato dai membri dell'oligopolio. In altre parole, gli incrementi di efficienza generati dall'accordo possono trasformare le imprese interessate in cosiddetti «cani sciolti» (mavericks)⁽⁸⁷⁾.

98. Anche la natura degli incrementi di efficienza può svolgere un ruolo importante. Secondo la teoria economica, le imprese massimizzano i loro profitti vendendo unità di prodotto fino al punto in cui il ricavo marginale uguaglia il costo marginale. Il ricavo marginale è la variazione dei ricavi totali derivante dalla vendita di un'unità addizionale di prodotto ed il costo marginale è la variazione dei costi totali derivante dalla produzione di quell'unità addizionale di prodotto. Da questo principio consegue, come norma generale, che le decisioni in materia di produzione e di prezzi di un'impresa che operi per massimizzare i profitti non sono determinate dai suoi costi fissi (vale a dire dai costi che non variano in funzione del tasso di produzione), ma dai suoi costi variabili (vale a dire dai costi

ALLEGATO IX

che variano in funzione del tasso di produzione). Una volta sostenuti i costi fissi e fissata la capacità, le decisioni in materia di prezzi e di produzione sono determinate dai costi variabili e dalle condizioni della domanda. Si prenda ad esempio una situazione nella quale due imprese producano ciascuna due prodotti utilizzando due linee di produzione che operano solo al 50 % della loro capacità. Un accordo di specializzazione può permettere alle due imprese di specializzarsi nella produzione di uno dei due prodotti e di smantellare la seconda linea di produzione, relativa all'altro prodotto. Al tempo stesso, la specializzazione può consentire alle imprese di ridurre i costi variabili legati ai fattori di produzione e alle scorte. Solo questi ultimi risparmi avranno un effetto diretto sulle decisioni delle imprese in materia di prezzi e di produzione, in quanto incideranno sui costi marginali di produzione. Lo smantellamento di una linea di produzione da parte di ciascuna impresa non ne ridurrà i costi variabili e non avrà alcuna influenza sui costi di produzione. Ne consegue che le imprese possono avere un incentivo diretto a trasferire agli utilizzatori, sotto forma di maggiore produzione e di prezzi più bassi, gli incrementi di efficienza che riducono i costi marginali, mentre non hanno incentivi diretti simili per quanto riguarda gli incrementi di efficienza che riducono i costi fissi. È perciò più probabile che gli utilizzatori beneficino di una congrua parte della maggiore efficienza in termini di costi in caso di riduzioni dei costi variabili piuttosto che in caso di riduzioni dei costi fissi.

99. Il fatto che le imprese possano avere un incentivo a trasferire agli utilizzatori certi tipi di incrementi di efficienza in termini di costi non significa che il tasso di trasferimento sia necessariamente del 100 %. Il tasso di trasferimento effettivo dipende dalla misura in cui gli utilizzatori reagiscono alle variazioni di prezzo, vale a dire dall'elasticità della domanda. Maggiore è l'aumento della domanda determinato da una diminuzione del prezzo, maggiore è il tasso di trasferimento. Ciò deriva dal fatto che maggiori sono le vendite addizionali generate da una riduzione del prezzo dovuta ad un aumento della produzione, maggiore è la probabilità che tali vendite compensino i minor ricavi determinati dalla riduzione dei prezzi dovuta all'aumento della produzione. In assenza di discriminazioni in termini di prezzi, la riduzione dei prezzi riguarda tutte le unità vendute dall'impresa, nel qual caso il ricavo marginale è inferiore al prezzo ottenuto per la produzione marginale. Se le imprese interessate sono in grado di praticare prezzi diversi a clienti diversi, vale a dire di operare discriminazioni in termini di prezzi, il trasferimento degli incrementi di efficienza andrà di norma a vantaggio dei soli utilizzatori sensibili al fattore prezzo⁽⁸⁸⁾.

100. Si deve anche tenere conto del fatto che spesso gli incrementi di efficienza non riguardano l'intera struttura dei costi dell'impresa interessata. In tal caso, l'incidenza sul prezzo praticato agli utilizzatori è ridotta. Se, ad esempio, un accordo permette alle parti di ridurre i costi di produzione del 6 %, ma i costi di

produzione rappresentano solo un terzo dei costi sulla base dei quali sono fissati i prezzi, l'incidenza sul prezzo del prodotto è pari al 2 % ipotizzando che venga trasferito l'intero importo.

101. Infine, fatto particolarmente importante, è necessario comparare le due forze opposte che risultano dalla restrizione della concorrenza e dagli incrementi di efficienza in termini di costi. Da un lato, l'eventuale incremento del potere di mercato determinato dall'accordo restrittivo dà alle imprese interessate la possibilità di aumentare i prezzi e l'incentivo a farlo. D'altro canto, gli incrementi di efficienza in termini di costi presi in considerazione possono incentivare le imprese interessate a ridurre i prezzi (cfr. supra, punto 98). È dunque necessario procedere alla valutazione comparata degli effetti di queste due forze opposte. Si ricorda a questo proposito che la condizione relativa al trasferimento degli incrementi di efficienza agli utilizzatori include una scala progressiva. Quando l'accordo determina una riduzione sostanziale delle pressioni concorrenziali cui sono esposte le parti, gli incrementi di efficienza in termini di costi devono essere estremamente elevati perché si verifichi un trasferimento di benefici sufficiente.

3.4.3. Trasferimento agli utilizzatori e valutazione comparata di altri tipi di incrementi di efficienza

102. Il trasferimento di benefici agli utilizzatori può anche assumere la forma di incrementi di efficienza di carattere qualitativo, come prodotti nuovi e migliori, che creino un valore sufficiente affinché gli utilizzatori siano compensati degli effetti anticoncorrenziali dell'accordo, incluso un aumento dei prezzi.

103. Una simile valutazione richiede sempre un giudizio in termini di valore. È difficile attribuire un valore preciso ad incrementi di efficienza dinamici di questa natura. Il principale obiettivo della valutazione rimane tuttavia lo stesso, vale a dire determinare l'impatto complessivo dell'accordo restrittivo sugli utilizzatori nel mercato rilevante. Le imprese che invocano il beneficio previsto dall'articolo 81, paragrafo 3, debbono dimostrare che i consumatori otterranno benefici compensativi (a questo riguardo, si veda supra i paragrafi 57 e 86).

104. La disponibilità di prodotti nuovi e migliori costituisce una fonte importante di benessere dei consumatori. Fintantoché l'incremento di valore derivante da tali miglioramenti supera gli inconvenienti determinati da un mantenimento o un aumento dei prezzi legato all'accordo restrittivo, la situazione degli utilizzatori è migliore rispetto a quella che si verificherebbe in assenza dell'accordo e la condizione di cui all'articolo 81, paragrafo 3, relativa al trasferimento dei benefici agli utilizzatori è di norma soddisfatta. Nei casi in cui l'effetto probabile dell'accordo è di far aumentare i prezzi per gli utilizzatori nel mercato rilevante, si

deve valutare attentamente se l'incremento di efficienza invocato ha un valore reale per gli utilizzatori nel mercato di cui trattasi, tale da compensare gli effetti negativi della restrizione di concorrenza.

3.5. Quarta condizione di cui all'articolo 81, paragrafo 3: non eliminazione della concorrenza

105. Sulla base della quarta condizione di cui all'articolo 81, paragrafo 3, l'accordo non deve dare alle imprese interessate la possibilità di eliminare la concorrenza per una parte sostanziale dei prodotti di cui trattasi. In definitiva, la protezione della rivalità e del processo concorrenziale viene considerata prioritaria rispetto agli incrementi di efficienza favorevoli alla concorrenza che potrebbero derivare da accordi restrittivi. L'ultima condizione di cui all'articolo 81, paragrafo 3 riconosce il fatto che la rivalità tra imprese è un elemento motore fondamentale dell'efficienza economica, inclusi gli incrementi di efficienza dinamici sotto forma di innovazione. In altre parole, l'obiettivo ultimo dell'articolo 81 è proteggere il processo concorrenziale. Quando la concorrenza viene eliminata, il processo concorrenziale viene meno e gli incrementi di efficienza a breve termine sono superati dalle perdite a lungo termine che derivano tra l'altro dalle spese sostenute dall'operatore che domina il mercato per mantenere la sua posizione (ricerca di una rendita), da una cattiva allocazione delle risorse, da una riduzione dell'innovazione e da prezzi più alti.

106. Il concetto di eliminazione della concorrenza per una parte sostanziale dei prodotti rilevanti di cui all'articolo 81, paragrafo 3 è un concetto del diritto comunitario autonomo e specifico dell'articolo 81, paragrafo 3⁽⁸⁹⁾. Tuttavia, nell'applicare questo concetto è necessario tener conto del rapporto tra l'articolo 81 e l'articolo 82. Sulla base di una giurisprudenza consolidata, l'applicazione dell'articolo 81, paragrafo 3 non pregiudica l'applicazione dell'articolo 82 del trattato⁽⁹⁰⁾. Poiché inoltre gli articoli 81 e 82 perseguono entrambi l'obiettivo di mantenere una concorrenza effettiva sul mercato, si deve per coerenza ritenere che l'articolo 81, paragrafo 3, precluda l'applicazione di tale disposizione agli accordi restrittivi che costituiscono un abuso di posizione dominante⁽⁹¹⁾⁽⁹²⁾. Non tutti gli accordi restrittivi conclusi da un'impresa dominante costituiscono tuttavia un abuso di posizione dominante. È quanto accade ad esempio quando un'impresa dominante è parte di un'impresa comune che non esercita stabilmente tutte le funzioni di un'entità economica autonoma⁽⁹³⁾, la quale è considerata restrittiva della concorrenza, ma al tempo stesso comporta una sostanziale integrazione dei mezzi di produzione.

107. L'eliminazione della concorrenza ai sensi dell'ultima condizione di cui all'articolo 81, paragrafo 3, dipende dal grado di concorrenza esistente prima

dell'accordo e dall'influenza dell'accordo restrittivo sulla concorrenza, vale a dire dalla riduzione della concorrenza determinata dall'accordo. Più la concorrenza sul mercato interessato è debole, minore è l'ulteriore riduzione necessaria perché la concorrenza sia eliminata ai sensi dell'articolo 81, paragrafo 3. Inoltre, maggiore è la riduzione della concorrenza determinata dall'accordo, maggiore è la probabilità che la concorrenza per una parte sostanziale dei prodotti di cui trattasi rischi di essere eliminata.

108. L'applicazione dell'ultima condizione di cui all'articolo 81, paragrafo 3 richiede un'analisi realistica delle varie fonti di concorrenza presenti sul mercato, del livello di pressione concorrenziale che queste impongono alle parti dell'accordo e dell'influenza dell'accordo su tali pressioni concorrenziali. È necessario prendere in considerazione sia la concorrenza effettiva, sia quella potenziale.

109. Anche se le quote di mercato sono rilevanti, l'importanza delle fonti di concorrenza effettiva restanti non può essere misurata esclusivamente sulla base della quota di mercato. È di norma necessaria un'analisi più ampia sotto il profilo qualitativo e quantitativo. Si deve ad esempio esaminare la capacità dei concorrenti effettivi di fare concorrenza e i loro incentivi a farlo. Se, ad esempio, i concorrenti sono soggetti a vincoli in termini di capacità o se hanno costi di produzione relativamente più elevati, la loro risposta concorrenziale sarà necessariamente limitata.

110. Nella valutazione dell'influenza dell'accordo sulla concorrenza, è anche importante esaminare la sua influenza sui vari parametri della concorrenza. L'ultima condizione per la deroga di cui all'articolo 81, paragrafo 3 non è soddisfatta se l'accordo elimina la concorrenza in una delle sue espressioni più importanti. Ciò avviene in particolare quando un accordo elimina la concorrenza⁽⁹⁴⁾ sui prezzi o la concorrenza relativa all'innovazione e allo sviluppo di nuovi prodotti.

111. L'effettivo comportamento sul mercato delle parti può fornire indicazioni in merito all'influenza dell'accordo. Se, a seguito della conclusione dell'accordo, le parti hanno applicato e mantenuto significativi aumenti dei prezzi o hanno adottato un altro comportamento che dimostri l'esistenza di un grado considerevole di potere di mercato, ciò costituisce un'indicazione del fatto che le parti non sono soggette ad effettive pressioni concorrenziali e che la concorrenza è stata eliminata per una parte sostanziale dei prodotti di cui trattasi.

112. Anche l'interazione concorrenziale passata può fornire un'indicazione dell'influenza dell'accordo sull'interazione concorrenziale futura. Un'impresa può

ALLEGATO IX

essere in grado di eliminare la concorrenza ai sensi dell'articolo 81, paragrafo 3, concludendo un accordo con un concorrente che in passato è stato un «cane sciolto»⁽⁹⁵⁾. Un simile accordo può modificare gli incentivi concorrenziali e le capacità del concorrente ed eliminare in tal modo un'importante fonte di concorrenza sul mercato.

113. Nei casi che riguardano prodotti differenziati, vale a dire prodotti che differiscono agli occhi degli utilizzatori, l'influenza dell'accordo può dipendere dalla relazione concorrenziale tra i prodotti venduti dalle parti dell'accordo. Quando le imprese offrono prodotti differenziati, la pressione concorrenziale che i singoli prodotti esercitano reciprocamente sugli altri prodotti concorrenti varia a seconda del grado di sostituibilità esistente tra tali prodotti. Si deve pertanto considerare il grado di sostituibilità tra i prodotti offerti dalle parti, vale a dire la pressione concorrenziale che essi esercitano reciprocamente sugli altri prodotti. Più i prodotti delle parti dell'accordo sono sostituibili, maggiori sono i possibili effetti restrittivi dell'accordo. In altre parole, maggiore è la sostituibilità dei prodotti, maggiori sono i possibili cambiamenti determinati dall'accordo in termini di restrizione della concorrenza sul mercato e maggiore è la probabilità che la concorrenza per una parte sostanziale dei prodotti di cui trattasi rischi di essere eliminata.

114. Sebbene le fonti di concorrenza effettiva siano di solito le più importanti, in quanto più facilmente verificabili, anche le fonti di concorrenza potenziale devono essere prese in considerazione. La valutazione della concorrenza potenziale richiede un'analisi delle barriere all'ingresso per le imprese che non sono già presenti sul mercato rilevante. Le parti devono comprovare le loro asserzioni relative all'esistenza di basse barriere all'ingresso mediante informazioni che individuino le fonti di concorrenza potenziale e devono documentare le ragioni per le quali queste fonti rappresentano un'effettiva pressione concorrenziale per le parti.

115. Nella valutazione delle barriere all'ingresso e dell'effettiva possibilità di nuovi ingressi in scala significativa, è importante esaminare, tra l'altro gli aspetti seguenti:

- i) il quadro regolamentare, al fine di determinare la sua influenza sui nuovi operatori;
- ii) i costi legati all'ingresso, compresi i costi irrecuperabili, vale a dire quei costi che non possono essere recuperati se il nuovo operatore abbandona il mercato. Maggiori sono i costi irrecuperabili, maggiore è il rischio per i nuovi operatori potenziali;

- iii) la dimensione minima efficiente del settore, vale a dire il tasso di produzione al quale i costi medi sono minimizzati. Se la dimensione minima efficiente è grande rispetto alle dimensioni del mercato, un ingresso efficiente può verosimilmente essere più costoso e rischioso;
- iv) la forza concorrenziale dei nuovi operatori potenziali. Un ingresso effettivo è più probabile quando i nuovi operatori potenziali hanno accesso almeno a tecnologie con un rapporto costo-efficacia equivalente a quello delle tecnologie utilizzate dagli operatori già insediati o ad altri vantaggi concorrenziali che consentano loro di competere in maniera efficace. Quando i nuovi operatori potenziali si trovano allo stesso livello tecnologico degli operatori già insediati o ad un livello inferiore senza disporre di altri significativi vantaggi concorrenziali, l'ingresso è più rischioso e meno efficace;
- v) la posizione degli acquirenti e la loro capacità di introdurre sul mercato nuove fonti di concorrenza. Il fatto che taluni acquirenti forti possano essere in grado di strappare condizioni più favorevoli alle parti dell'accordo rispetto ai loro concorrenti più deboli è irrilevante⁽⁹⁶⁾. La presenza di acquirenti forti può verosimilmente servire a confutare una prima conclusione, secondo cui la concorrenza verrebbe eliminata, solo se è probabile che gli acquirenti in questione agevoleranno l'ingresso effettivo di nuovi operatori;
- vi) la possibile risposta degli operatori già presenti al tentativo di ingresso di nuovi operatori. Gli operatori già presenti possono ad esempio aver acquisito attraverso la loro condotta passata una reputazione di aggressività, che può avere un'influenza sui nuovi operatori che intendano entrare sul mercato;
- vii) le prospettive economiche del settore, le quali possono essere un indicatore della sua attrattiva a lungo termine. I settori in stagnazione o in recessione sono meno attrattivi per i nuovi operatori rispetto ai settori in crescita;
- viii) l'ingresso su scala significativa di nuovi operatori in passato o la sua assenza.

116. Questi principi possono essere illustrati dagli esempi seguenti, di carattere ipotetico, che non hanno lo scopo di fissare soglie:

L'impresa A è un fabbricante di birra che detiene il 70 % del mercato rilevante, compresa la vendita di birra nei caffè ed in altri luoghi di consumo sul posto. Negli ultimi cinque anni, A ha aumentato la propria quota di mercato, che era del 60 %. Ci sono quattro altri concorrenti sul mercato, B, C, D e E, che detengono rispettivamente quote di mercato del 10 %, 10 %, 5 % e 5 %. Non vi è stato alcun

ALLEGATO IX

nuovo ingresso sul mercato nel passato recente e le modifiche di prezzo applicate da A sono state generalmente adottate anche dai suoi concorrenti. A conclude accordi con il 20 % del settore dei luoghi di consumo sul posto, che rappresentano il 40 % del suo volume di vendite, in base ai quali le parti contraenti si impegnano ad acquistare birra soltanto da A per un periodo di cinque anni. Questi accordi aumentano i costi e riducono le entrate dei concorrenti, a cui sono preclusi gli sbocchi più interessanti. Vista la posizione di A sul mercato, che si è rafforzata nel corso degli anni precedenti, la mancanza di nuovi ingressi sul mercato e la posizione già debole dei concorrenti, è probabile che la concorrenza sul mercato venga eliminata ai sensi dell'articolo 81, paragrafo 3.

Le società di trasporto A, B, C e D, che detengono insieme più del 70 % del mercato rilevante, concludono un accordo in base al quale decidono di coordinare i propri orari e le proprie tariffe. A seguito dell'attuazione dell'accordo, gli aumenti dei prezzi sono compresi tra il 30 e il 100 %. Ci sono altri quattro operatori, il più importante tra questi detiene circa il 14 % del mercato rilevante. Non c'è stato alcun nuovo ingresso sul mercato negli ultimi anni e le parti dell'accordo non hanno perso quote di mercato significative a seguito degli aumenti di prezzo. I concorrenti esistenti non hanno portato sul mercato una nuova capacità significativa e non vi sono stati nuovi ingressi. Vista la posizione delle parti sul mercato e l'assenza di reazioni dei concorrenti alla loro condotta comune, si può ragionevolmente pensare che le parti dell'accordo non siano soggette ad effettive pressioni concorrenziali e che l'accordo dia loro la possibilità di eliminare la concorrenza ai sensi dell'articolo 81, paragrafo 3.

A è un produttore di apparecchiature elettriche per uso professionale e detiene una quota di mercato del 65 % sul mercato rilevante. B è un produttore concorrente, che detiene il 5 % del mercato e che ha sviluppato un nuovo tipo di motore che è più potente pur consumando meno elettricità. A e B concludono un accordo in virtù del quale costituiscono un'impresa comune di produzione per la fabbricazione del nuovo motore. B si impegna a rilasciare una licenza esclusiva all'impresa comune. L'impresa comune combina la nuova tecnologia di B con gli efficaci processi di produzione e di controllo qualità di A. Esiste un altro grosso concorrente, che detiene il 15 % del mercato. Un altro concorrente, con una quota di mercato del 5 %, è stato appena acquisito da C, grosso produttore internazionale di apparecchiature elettriche concorrenti, che possiede tecnologie efficienti. C non ha finora operato su tale mercato, principalmente perché i clienti desiderano una presenza locale ed un servizio clienti. Attraverso l'acquisizione, C ottiene l'accesso all'organizzazione di servizio clienti necessaria per penetrare sul mercato. L'ingresso sul mercato di C garantirà probabilmente che la concorrenza non venga eliminata.

(¹) Di seguito, il termine «accordo» comprende le pratiche concordate e le decisioni di associazioni di imprese.

(²) GU L 1 del 4.1.2003, pag. 1.

(³) Tutti i regolamenti di esenzione per categoria e tutte le comunicazioni della Commissione attualmente in vigore sono disponibili sul sito web della DG Concorrenza al seguente indirizzo: <http://www.europa.eu.int/comm/dgs/competition>.

(⁴) Cfr. infra, punto 36.

(⁵) Cfr. comunicazione della Commissione — Linee direttrici sulle restrizioni verticali (GU C 291 del 13.10.2000, pag. 1), comunicazione della Commissione — Linee direttrici sull'applicabilità dell'articolo 81 del trattato CE agli accordi di cooperazione orizzontale (GU C 3 del 6.1.2001, pag. 2) e comunicazione della Commissione — Linee direttrici sull'applicazione dell'articolo 81 del trattato CE agli accordi di trasferimento di tecnologia (non ancora pubblicata).

(⁶) La nozione del pregiudizio al commercio tra Stati membri è oggetto di linee direttrici distinte.

(⁷) Di seguito, il termine «restrizione» comprende l'impedimento e la distorsione della concorrenza.

(⁸) Sulla base dell'articolo 81, paragrafo 2, tali accordi sono nulli di pieno diritto.

(⁹) L'articolo 81, paragrafo 1 vieta sia gli effetti anticoncorrenziali effettivi che quelli potenziali, cfr. causa C-7/95 P, John Deere/Commissione (John Deere), Raccolta 1998, pag. I-3111, punto 77.

(¹⁰) Cfr. causa T-65/98, Van den Bergh Foods Ltd/Commissione delle Comunità europee (Van den Bergh Foods), Raccolta 2003, punto 107 e causa T-1 12/99, Métropole télévision (M6), Suez-Lyonnaise des eaux, France Télécom e Télévision française 1 SA (TF1)/Commissione delle Comunità europee [Métropole télévision (M6) e a.], Raccolta 2001, pag. II-2459, punto 74, nella quale il Tribunale di primo grado ha stabilito che solo nel preciso ambito dell'articolo 81, paragrafo 3, può intervenire una valutazione comparata degli aspetti pro- e anticoncorrenziali di una restrizione.

(¹¹) Cfr. supra, nota 5.

(¹²) Cfr. causa C-49/92 P, Commissione delle Comunità europee/Anic Partecipazioni SpA (Anic Partecipazioni), Raccolta 1999, pag. I-4125, punto 116; cause riunite da 40/73 a 48/73 e a., Cooperatieve Vereniging Suiker Unie e a./Commissione (Suiker Unie), Raccolta 1975, pag. 1663, punto 173.

(¹³) Cfr. in questo senso il punto 108 della sentenza nella causa Anic Partecipazioni di cui alla nota precedente e la causa C-277/87 Sandoz prodotti farmaceutici SpA/Commissione delle Comunità europee (Sandoz Prodotti), Raccolta 1990, pag. I-45.

(¹⁴) Cfr. a tale proposito causa 14/68, Walt Wilhelm e a./Bundeskartellamt (Walt Wilhelm), Raccolta 1969, pag. I e, più recentemente, causa T-203/01, Manufacture française des pneumatiques Michelin/Commissione delle Comunità europee (Michelin II), Raccolta 2003, punto 112.

⁽¹⁵⁾ Cfr. cause riunite T-25/95 e altre, Cimenteries CBR e a./Commissione delle Comunità europee (Cimenteries CBR), Raccolta 2000, pag. II-491, punti 1849 e 1852; cause riunite T-202/98 e altre, Tate & Lyle plc, British Sugar plc e Napier Brown & Co. Ltd/Commissione delle Comunità europee (British Sugar), Raccolta 2001, pag. II-2035, punti da 58 a 60.

⁽¹⁶⁾ Cfr. a tale proposito causa C-453/99, Courage Ltd/Bernard Crehan e Bernard Crehan/Courage Ltd e a. (Courage/Crehan), Raccolta 2001, pag. I-6297, e punto 3444 della sentenza nella causa Cimenteries CBR citata nella nota precedente.

⁽¹⁷⁾ Cfr. al proposito cause riunite C-2/01 P e C-3/01 P, Bundesverband der Arzneimittel-Importeure eV e Commissione delle Comunità europee/Bayer AG (Bundesverband der Arzneimittel-Importeure), Raccolta 2004, punto 102.

⁽¹⁸⁾ Cfr. cause riunite 25/84 e 26/84, Ford Werke AG e Ford of Europe/Commissione delle Comunità europee (Ford), Raccolta 1985, pag. 2725.

⁽¹⁹⁾ Cfr. a tale proposito punto 141 della sentenza nella causa Bundesverband der Arzneimittel-Importeure, citata alla nota 17.

⁽²⁰⁾ Cfr. causa 56/65, Société Technique Minière/Maschinenbau Ulm GmbH (Société Technique Minière), Raccolta 1966, pag. 337 e punto 76 della sentenza nella causa John Deere, citata alla nota 9.

⁽²¹⁾ Cfr. al proposito cause riunite 56/64 e 58/66, Consten e Grundig/Commissione delle Comunità europee (Consten e Grundig), Raccolta 1966, pag. 429.

⁽²²⁾ Cfr. a questo proposito, ad esempio, le decisioni della Commissione nel caso Elopak/Metal Box Odin (GU L 209 dell'8.8.1990, pag. 15), e nel caso TPS (GU L 90 del 2.4.1999, pag. 6).

⁽²³⁾ Cfr. a tale proposito sentenza nella causa Société Technique Minière citata alla nota 20, e la causa 258/78, L.C. Nungesser KG e Kurt Eisele/Commissione delle Comunità europee (Nungesser), Raccolta 1982, pag. 2015.

⁽²⁴⁾ Cfr. la regola 10 al punto 119 delle Linee direttive sulle restrizioni verticali citate alla nota 5, secondo la quale, tra l'altro, le restrizioni delle vendite passive — una restrizione fondamentale — sono considerate non ricadere nell'ambito d'applicazione dell'articolo 81, paragrafo 1 per un periodo di 2 anni quando le restrizioni stesse sono collegate alla penetrazione di nuovi mercati del prodotto o geografici.

⁽²⁵⁾ Cfr. punto 99 della sentenza nella causa Anic Partecipazioni citata alla nota 12.

⁽²⁶⁾ Cfr. *infra*, punto 46.

⁽²⁷⁾ Cfr. cause riunite 29/83 e 30/83, Compagnie Royale Asturienne des Mines SA e Rheinzink GmbH/Commissione delle Comunità europee (CRAM e Rheinzink), Raccolta 1984, pag. 1679, punto 26, e cause riunite 96/82 e altre, NV IAZ International Belgium e a./Commissione delle Comunità europee (ANSEAU-NAVEWA), Raccolta 1983, pag. 3369, punti 23-25.

⁽²⁸⁾ Cfr. le linee direttrici sugli accordi di cooperazione orizzontale, citate alla nota 5, punto 25, e l'articolo 5 del regolamento n. 2658/2000 della Commissione relativo all'applicazione dell'articolo 81, paragrafo 3, del trattato a categorie di accordi di

specializzazione (GU L 304 del 5.12.2000, pag. 3).

(²⁹) Cfr. articolo 4 del regolamento n. 2790/1999 della Commissione relativo all'applicazione dell'articolo 81, paragrafo 3, trattato CE a categorie di accordi verticali e pratiche concordate (GU L 336 del 29.12.1999, pag. 21), e le linee direttrici sulle restrizioni verticali citate alla nota 5, punti 46 e segg. Cfr. inoltre causa Tipp-ex GmbH & Co KG/Commissione delle Comunità europee (Tipp-Ex), Raccolta 1990, pag. I-261, e causa T-62/98, Volkswagen AG/Commissione delle Comunità europee (Volkswagen), Raccolta 2000, pag. II-2707, punto 178.

(³⁰) Cfr. punto 77 della sentenza nella causa John Deere, citata alla nota 9.

(³¹) Non è sufficiente di per sé che l'accordo limiti la libertà di azione di una o più parti, cfr. punti 76 e 77 della sentenza nella causa Métropole télévision (M6) e a., citata alla nota 10. Questo è in linea con il fatto che l'oggetto dell'articolo 81 è quello di tutelare la concorrenza sul mercato a beneficio dei consumatori.

(³²) Cfr. causa 5/69, Franz Völk/J. Vervaecke s.p.r.l. (Völk), Raccolta 1969, pag. 295, punto 7. Elementi d'interpretazione sul concetto di «incidenza sensibile» sono contenuti nella comunicazione della Commissione relativa agli accordi di importanza minore che non determinano restrizioni sensibili della concorrenza ai sensi dell'articolo 81, paragrafo 1, del trattato che istituisce la Comunità europea (de minimis), (GU C 368 del 22.12.2001, pag. 13). La comunicazione dà una definizione in negativo di tale concetto. Gli accordi che non rientrano nel campo di applicazione della comunicazione «de minimis» non hanno necessariamente effetti sensibili sulla concorrenza. È necessario in tal caso procedere ad una valutazione individuale.

(³³) Cfr. in proposito cause riunite T-374/94 e altre, European Night Services e a./Commissione delle Comunità europee (European Night Services), Raccolta 1998, pag. II-3141.

(³⁴) Cfr. nota 32.

(³⁵) Cfr. a tale proposito la comunicazione della Commissione sulla definizione del mercato rilevante ai fini dell'applicazione del diritto comunitario in materia di concorrenza (GU C 372 del 9.12.1997, pag. 5).

(³⁶) Cfr. nota 5 per il riferimento alla GU.

(³⁷) Cfr. punto 104 della sentenza nella causa Métropole télévision (M6) e a., citata alla nota 10.

(³⁸) Cfr. causa C-399/93, H.G. Oude Luttikhuis e a./Verenigde Coöperatieve Melkindustrie Coberco BA. (Luttikhuis), Raccolta 1995, pag. I-4515, punti da 12 a 14.

(³⁹) Cfr. a questo riguardo i punti 118 e segg. della sentenza nella causa Métropole télévision (M6) e a., citata alla nota 10.

(⁴⁰) Cfr. punto 107 della sentenza nella causa Métropole télévision (M6) e a., citata alla nota 10.

(⁴¹) Cfr. la decisione della Commissione nel caso Elopak/Metal Box — Odin (GU L 209 dell'8.8.1990, pag. 15).

(⁴²) Cfr. causa 161/84, Pronuptia de Paris GmbH/Pronuptia de Paris Irmgard Schillgallis (Pronuptia), Raccolta 1986, pag. 353.

(⁴³) Cfr. nota 22. La decisione è stata confermata dal Tribunale di primo grado nella sentenza nella causa Métropole télévision (M6) e a., citata alla nota 10.

(⁴⁴) I risparmi sui costi e altri guadagni per le parti derivanti dal puro esercizio del potere di mercato delle parti non danno luogo a benefici obiettivi e non possono dunque essere presi in considerazione (cfr. infra, punto 49).

(⁴⁵) Cfr. sentenza nella causa Consten e Grundig, citata alla nota 21.

(⁴⁶) Il fatto che un accordo benefici dell'esenzione per categoria non indica di per sé che gli accordi individuali rientrino nel campo di applicazione dell'articolo 81, paragrafo 1.

(⁴⁷) Cfr. causa C-234/89, Delimitis/Henninger Bräu AG (Delimitis), Raccolta 1991, pag. I-935, punto 46.

(⁴⁸) L'articolo 36, paragrafo 4 del regolamento n. 1/2003 ha, tra l'altro, soppresso l'articolo 5 del regolamento n. 1017/68 relativo all'applicazione di regole di concorrenza ai settori dei trasporti ferroviari, su strada e per vie navigabili. Tuttavia, le decisioni adottate in applicazione del regolamento n. 1017/68 rimangono rilevanti ai fini dell'applicazione dell'articolo 81, paragrafo 3 nel settore dei trasporti terrestri.

(⁴⁹) Cfr. infra, punto 42.

(⁵⁰) Cfr. sentenza nella causa Société Technique Minière, citata alla nota 20.

(⁵¹) Cfr. a questo riguardo causa 319/82, Société de vente de ciments et betons de l'Est SA/Kerpen und Kerpen GmbH und Co. KG. (Kerpen & Kerpen), Raccolta 1983, pag. 4173, punti 11 e 12.

(⁵²) Cfr. causa T-185/00 e altre, Métropole télévision SA (M6)/Commissione delle Comunità europee [Métropole télévision (M6)], Raccolta 2002, pag. II-3805, punto 86; causa T-17/93, Matra Hachette/Commissione delle Comunità europee (Matra), Raccolta 1994, pag. II-595, punto 85; cause riunite 43/82 e 63/82, Vereniging ter bevordering van het vlaamse boekwezen, VBVB, e Vereniging ter bevordering van de belangen des boeckhandels, VBBB/Commissione delle Comunità europee (VBVB e VBBB), Raccolta 1984, pag. 19, punto 61.

(⁵³) Cfr. causa T-213/00, CMA CGM e a./Commissione delle Comunità europee (CMA CGM), Raccolta 2003, punto 226.

(⁵⁴) Cfr. a tal proposito implicitamente il punto 139 della sentenza Matra citata alla nota 52 e la causa 26/72, Metro (I), Raccolta 1977, pag. 1875, punto 43.

(⁵⁵) Sulla nozione di utilizzatori cfr. il punto 83 infra, dove si precisa che gli utilizzatori sono i clienti delle parti dell'accordo ed i successivi acquirenti. Le parti stesse non sono «utilizzatori» ai fini dell'articolo 81, paragrafo 3.

(⁵⁶) La valutazione deve riferirsi specificamente al mercato di cui trattasi. Cfr. in proposito causa T-1 31/99, Michael Hamilton Shaw e Timothy John Falla/Commissione delle Comunità europee (Shaw), Raccolta 2002, pag. II-2023, punto 163, nella quale il Tribunale di primo grado ha stabilito che la valutazione in base all'articolo 81, paragrafo 3 deve essere ricondotta sullo stesso piano di analisi

utilizzato per l'esame degli effetti restrittivi; e causa C-360/92 P, Publishers Association/Commissione delle Comunità europee (Publishers Association), Raccolta 1995, pag. I-23, punto 29, nella quale la Corte di giustizia ha stabilito che, se il mercato rilevante trascende il mercato nazionale, non è corretto, ai fini dell'applicazione dell'articolo 81, paragrafo 3, considerare esclusivamente gli effetti prodotti sul territorio nazionale.

⁽⁵⁷⁾ Nella causa T-86/95, Compagnie générale maritime e a./Commissione delle Comunità europee (Compagnie générale maritime e a.), Raccolta 2002, pag. II-1011, punti da 343 a 345, il Tribunale di primo grado ha indicato che l'articolo 81, paragrafo 3, non esige che i benefici siano collegati ad un mercato specifico e che in taluni casi si debba considerare i benefici per «qualsiasi altro mercato su cui l'accordo controverso possa produrre effetti favorevoli, ossia, più in generale, per qualsiasi servizio la cui qualità o efficacia possa migliorare per effetto dell'esistenza di tale accordo». È importante sottolineare che in questo caso il gruppo di consumatori interessato era lo stesso. La causa aveva per oggetto servizi di trasporto multimodale che comprendevano, tra l'altro, un insieme di servizi di trasporto marittimo e terrestre forniti alle compagnie di navigazione in tutta la Comunità. Le restrizioni concernevano i servizi di trasporto terrestre, che erano considerati costituire un mercato a sé stante, mentre si riteneva che i vantaggi derivassero dai servizi di trasporto marittimo. Entrambi i servizi erano richiesti dai caricatori richiedenti servizi di trasporti multimediali fra l'Europa del nord e il sud est e l'est asiatico. La sentenza nella causa CMA CGM, citata supra nella nota 53, riguardava anche una situazione in cui l'accordo, benché riguardasse diversi distinti servizi, influenzava lo stesso gruppo di consumatori, ovvero sia i caricatori dei prodotti in container fra il nord dell'Europa e l'estremo oriente. In base all'accordo, le parti avevano fissato prezzi e sovrapprezzi riguardanti i servizi di trasporto interni, i servizi portuali ed i servizi di trasporto marittimi. Il Tribunale di primo grado ha statuito (cfr. i punti 226 a 228) che, tenuto conto delle circostanze del caso, non era necessario definire il mercato rilevante al fine dell'applicazione dell'articolo 81, paragrafo 3. L'accordo era restrittivo della concorrenza per il suo stesso oggetto e non esistevano benefici per i consumatori.

⁽⁵⁸⁾ Cfr. i punti 126 e 132 delle Linee direttrici sugli accordi di cooperazione orizzontale citati alla nota 5.

⁽⁵⁹⁾ Cfr. la sentenza nella causa Ford, citata alla nota 18.

⁽⁶⁰⁾ Cfr. a tale proposito, ad esempio, decisione della Commissione nel caso TPS (GU L 90 del 2.4.1999, pag. 6). Analogamente, il divieto posto dall'articolo 81, paragrafo 1 si applica soltanto fintantoché l'accordo ha per oggetto o per effetto una restrizione della concorrenza.

⁽⁶¹⁾ Cfr. punto 85 della sentenza nella causa Matra, citata alla nota 52.

⁽⁶²⁾ Cfr. infra, punto 49, per quanto riguarda questo requisito.

⁽⁶³⁾ Cfr. causa T-29/92, Vereniging van Samenwerkende Prijsregelende Organisaties in de Bouwnijverheid e a./Commissione delle Comunità europee [Vereniging van

ALLEGATO IX

Samenwerkende Prijregelende Organisaties in de Bouwnijverheid (SPO)], Raccolta 1995, pag. II-289.

⁽⁶⁴⁾ Cfr. causa 258/78, L.C. Nungesser Kg e Kurt Eisele/Commissione delle Comunità europee (Nungesser), Raccolta 1982, pag. 2015, punto 77, concernente la protezione territoriale assoluta.

⁽⁶⁵⁾ Cfr. a tale proposito punto 298 della sentenza nella causa SPO citata alla nota 63.

⁽⁶⁶⁾ Le disposizioni nazionali devono, tra l'altro, conformarsi alle norme del trattato in materia di libera circolazione delle merci, dei servizi, delle persone e dei capitali.

⁽⁶⁷⁾ Cfr. sentenza nella causa Consten e Grundig, citata alla nota 21.

⁽⁶⁸⁾ Cfr. a tale proposito decisione della Commissione nel caso Van den Bergh Foods Limited (GU L 246 del 4.9.1998, pag. 1).

⁽⁶⁹⁾ Cfr. a tale proposito decisione della Commissione nel caso Glaxo Wellcome (GU L 302 del 17.11.2001, pag. 1).

⁽⁷⁰⁾ Cfr. decisioni della Commissione nel caso GEAE/P&W (GU L 58 del 3.3.2000, pag. 16), nel caso British Interactive Broadcasting/Open (GU L 312 del 6.12.1999, pag. 1), e nel caso Asahi/Saint Gobain (GU L 354 del 31.12.1994, pag. 87).

⁽⁷¹⁾ Cfr. decisione della Commissione nel caso Atlas (GU L 239 del 19.9.1996, pag. 23), e decisione nel caso Phoenix/Global One (GU L 239 del 19.9.1996, pag. 57).

⁽⁷²⁾ Cfr. decisione della Commissione nel caso Eurocheques uniformi (GU L 35 del 7.2.1985, pag. 43).

⁽⁷³⁾ Cfr. decisione della Commissione nel caso Cégétel + 4 (GU L 218 del 18.8.1999, pag. 14).

⁽⁷⁴⁾ Cfr. supra, punto 18, per quanto concerne la prima questione, che può essere rilevante ai fini dell'articolo 81, paragrafo 1.

⁽⁷⁵⁾ Vi è di norma un punto raggiunto il quale le economie di scala si esauriscono. Al di là di tale punto il costo medio si stabilizza e poi aumenta, ad esempio a causa dei vincoli di capacità o di strozzature.

⁽⁷⁶⁾ Cfr. a tale proposito punti da 392 a 395 della sentenza nella causa Compagnie Générale Maritime e a., citata alla nota 57.

⁽⁷⁷⁾ Cfr. punto 116 delle linee direttrici sulle restrizioni verticali, citate alla nota 5, per maggiori dettagli.

⁽⁷⁸⁾ Cfr. cause riunite T-374/94 e altre, European Night Services e a./Commissione delle Comunità europee (European Night Services), Raccolta 1998, pag. II-3141, punto 230.

⁽⁷⁹⁾ Cfr. regolamento n. 2790/1999 della Commissione relativo all'applicazione dell'articolo 81, paragrafo 3, trattato CE a categorie di accordi verticali e pratiche concordate (GU L 336 del 29.12.1999, pag. 21).

⁽⁸⁰⁾ Cfr. a tale proposito la sentenza nella causa Consten e Grundig citata alla nota 21, nella quale la Corte di giustizia ha stabilito che i miglioramenti ai sensi della prima condizione dell'articolo 81, paragrafo 3 devono presentare vantaggi oggettivi sensibili, tali da compensare gli inconvenienti che ne derivano sul piano della

concorrenza.

(⁸¹) Si ricorda che gli effetti positivi e negativi sui consumatori sono in principio soppesati nel quadro di ciascun mercato rilevante (cfr. supra paragrafo 43).

(⁸²) Cfr. a tale proposito punto 48 della sentenza nella causa Metro (I), citata alla nota 54.

(⁸³) Cfr. punto 163 della sentenza nella causa Shaw, citata alla nota 56.

(⁸⁴) Per praticità, nelle sezioni seguenti ci si riferisce agli effetti negativi per la concorrenza in termini di prezzi più elevati; tali effetti negativi per la concorrenza potrebbero tuttavia anche consistere in un livello di qualità inferiore, in una minore varietà o in una minore innovazione di quanto si sarebbe altrimenti verificato.

(⁸⁵) In regime di concorrenza perfetta, le singole imprese devono accettare i prezzi del mercato. Esse vendono i loro prodotti al prezzo di mercato, che è determinato dall'offerta e dalla domanda complessive. La produzione delle singole imprese è talmente limitata che una variazione della produzione di una singola impresa non influenza il prezzo di mercato.

(⁸⁶) La collusione tacita tra imprese si verifica quando, in un mercato oligopolistico, esse sono in grado di coordinare il loro comportamento sul mercato senza ricorrere ad un accordo di cartello esplicito.

(⁸⁷) Il termine indica quelle imprese che limitano l'azione delle altre imprese del mercato in materia di prezzi che avrebbero altrimenti potuto adottare un comportamento di collusione tacita.

(⁸⁸) L'accordo restrittivo può addirittura permettere alle imprese in questione di praticare un prezzo più elevato ai clienti con una bassa elasticità della domanda.

(⁸⁹) Cfr. cause riunite T-191/98, T-212/98 e T-214/98, Atlantic Container Line AB e a./Commissione delle Comunità europee [Atlantic Container Line (TACA)], Raccolta 2002, pag. II-875, punto 330.

(⁹⁰) Cfr. cause riunite C-395/96 P e C-396/96 P, Compagnie marittime belge e a./Commissione delle Comunità europee (Compagnie Marittime Belge), Raccolta 2000, pag. I-1365, punto 130. Analogamente, l'applicazione dell'articolo 81, paragrafo 3 non pregiudica l'applicazione delle norme del trattato in materia di libera circolazione delle merci, dei servizi, delle persone e dei capitali. Tali disposizioni trovano applicazione, in talune circostanze, in relazione agli accordi, alle decisioni e alle pratiche concordate ai sensi dell'articolo 81, paragrafo 1; cfr. a tale proposito causa C-309/99, J. C. J. Wouters, J. W. Savelbergh e Price Waterhouse Belastingadviseurs BV/Algemene Raad van de Nederlandse Orde van Advocaten, (Wouters), Raccolta 2002, pag. I-1577, punto 120.

(⁹¹) Cfr. a tale proposito causa T-51/89, Tetra Pak Rausing SA/Commissione delle Comunità europee (Tetra Pak), Raccolta 1990, pag. II-309 e cause riunite T-191/98, T-212/98 e T-214/98, Atlantic Container Line AB e a./Commissione delle Comunità europee [Atlantic Container Line (TACA)], Raccolta 2003, punto 1456.

(⁹²) In tal senso devono essere interpretati il punto 135 delle linee direttrici sulle restrizioni verticali ed i punti 36, 71, 105, 134 e 155 delle linee direttrici sugli

ALLEGATO IX

accordi di cooperazione orizzontale, citate alla nota 5, quando stabiliscono che in linea di massima gli accordi restrittivi conclusi dalle imprese dominanti non possono essere esentati.

⁽⁹³⁾ Le imprese comuni che esercitano stabilmente tutte le funzioni di una entità economica autonoma rientrano nel campo di applicazione del regolamento (CEE) n. 4064/89 del Consiglio relativo al controllo delle operazioni di concentrazione tra imprese (GU L 257 del 21.9.1990, pag. 13).

⁽⁹⁴⁾ Cfr. punto 21 della sentenza nella causa Metro (I) citata alla nota 54.

⁽⁹⁵⁾ Cfr. supra, punto 97.

⁽⁹⁶⁾ Cfr. a tale proposito causa T-228/97, Irish Sugar plc/Commissione delle Comunità europee (Irish Sugar), Raccolta 1999, pag. II-2969, punto 101.

SENTENZA DELLA CORTE

20 settembre 2001 ⁽¹⁾

«Art. 85 del Trattato CE (divenuto art. 81 CE) - Contratto di acquisto esclusivo di birra - Locazione di bar - Intesa - Diritto al risarcimento danni per una delle parti del contratto»

Nel procedimento C-453/99,

avente ad oggetto la domanda di pronuncia pregiudiziale proposta alla Corte, a norma dell'art. 234 CE, dalla Court of Appeal (England & Wales) (Civil Division) (Regno Unito), nella causa dinanzi ad essa pendente tra

Courage Ltd

e

Bernard Crehan

e tra

Bernard Crehan

e

Courage Ltd e a.,

domanda vertente sull'interpretazione dell'art. 85 del Trattato CE (divenuto art. 81 CE) e di altre disposizioni di diritto comunitario,

LA CORTE,

composta dai sigg. G. C. Rodríguez Iglesias, presidente, C. Gulmann, M. Wathelet (relatore) e V. Skouris, presidenti di sezione, D. A. O. Edward, P. Jann, L. Sevón, dalle sig. re F. Macken e N. Colneric, dai sigg. J. N. Cunha Rodrigues e C. W. A. Timmermans, giudici,

avvocato generale: J. Mischo

cancelliere: sig. ra L. Hewlett, amministratore

viste le osservazioni scritte presentate:

ALLEGATO X

- per la Courage Ltd, dal sig. N. Green, QC, su incarico della sig. ra A. Molyneux, solicitor;
- per il sig. Crehan, dai sigg. D. Vaughan, QC, e M. Brealey, barrister;
- per il governo del Regno Unito, dal sig. J. E. Collins, in qualità di agente, assistito dal sig. K. Parker, QC;
- per il governo francese, dalle sig. re K. Rispal-Bellanger et R. Loosli-Surrans, in qualità di agenti;
- per il governo italiano, dal sig. U. Leanza, in qualità di agente;
- per il governo svedese, dalla sig. ra L. Nordling e dal sig. I. Simfors, in qualità di agenti;
- per la Commissione delle Comunità europee, dal sig. K. Wiedner, in qualità di agente, assistito dal sig. N. Khan, barrister,

vista la relazione d'udienza,

sentite le osservazioni orali della Courage Ltd, rappresentata dal sig. N. Green e dalla sig. ra M. Gray, barrister, del sig. Crehan, rappresentato dai sigg. D. Vaughan e M. Brealey, del governo del Regno Unito, rappresentato dai sigg. J. E. Collins e K. Parker, e della Commissione, rappresentata dai sigg. K. Wiedner e N. Khan, all'udienza del 6 febbraio 2001,

sentite le conclusioni dell'avvocato generale, presentate all'udienza del 22 marzo 2001,

ha pronunciato la seguente

Sentenza

1. Con ordinanza 16 luglio 1999, pervenuta in cancelleria il successivo 30 novembre, la Court of Appeal (England & Wales) (Civil Division) ha sottoposto alla Corte, a norma dell'art. 234 CE, quattro questioni pregiudiziali vertenti sull'interpretazione dell'art. 85 del Trattato CE (divenuto art. 81 CE) e di altre disposizioni del diritto comunitario.
2. Tali questioni sono state sollevate nell'ambito di una controversia tra la società

Courage Ltd (in prosieguito: la «Courage») e il sig. Crehan, esercente di bar, in merito a forniture di birra rimaste insolte da parte di quest'ultimo.

I fatti della causa principale e le questioni pregiudiziali

3. Nel 1990 la Courage, una fabbrica di birra che nel Regno Unito deteneva quote pari al 19% del mercato della vendita di birra, e la Grand Metropolitan (in prosieguito: la «Grand Met»), una società che aveva diversi interessi nel settore alberghiero e della ristorazione, si accordavano sulla fusione dei loro bar (in prosieguito: i «pub»), da esse concessi in locazione. A tal fine, i loro rispettivi pub venivano trasferiti alla Inntrepreneur Estates Ltd (in prosieguito: la «IEL»), una società posseduta in parti uguali dalla Courage e dalla Grand Met. Un accordo stipulato tra la IEL e la Courage prevedeva che tutti i locatari della IEL dovevano acquistare la loro birra esclusivamente dalla Courage. Quest'ultima era tenuta a fornire i quantitativi di birra ordinati al prezzo specificato nel listino prezzi applicabile ai pub locati dalla IEL.
4. La IEL sottoponeva un contratto tipo di locazione ai suoi locatari. Se il livello del canone poteva costituire oggetto di trattativa con il potenziale locatario, l'obbligo di acquisto esclusivo e le altre clausole del contratto non erano negoziabili.
5. Nel 1991 il sig. Crehan stipulava con la IEL due contratti di locazione ventennali accompagnati da un obbligo di acquisto a favore della Courage. Il canone era soggetto a revisione quinquennale, solo verso l'alto, fino a concorrenza dell'importo del canone più elevato per il periodo precedente, ovvero del miglior canone ottenibile sul libero mercato per la rimanente durata sulla base delle altre condizioni del contratto di locazione. L'esercente doveva acquistare un quantitativo minimo delle birre specificate e la IEL acconsentiva a che i tipi di birra specificati fossero forniti all'esercente dalla Courage ai prezzi risultanti dal listino prezzi di quest'ultima.
6. Nel 1993 la Courage, attrice nella causa principale, intendeva un'azione giudiziaria nei confronti del sig. Crehan, convenuto nella causa principale, reclamando da questi il pagamento di un importo di GBP 15 266, corrispondenti a forniture di birra rimaste insolte. Da un lato, il sig. Crehan contestava la fondatezza di detta azione sostenendo che l'obbligo di acquisto era in contrasto con l'art. 85 del Trattato. D'altro lato, egli proponeva una domanda riconvenzionale di risarcimento danni.
7. Il sig. Crehan faceva valere che la Courage vendeva la sua birra ai gestori di pub indipendenti a prezzi sostanzialmente più bassi rispetto a quelli riportati nel listino dei prezzi applicati agli esercenti locatari della IEL vincolati alla stessa da una

ALLEGATO X

clausola di esclusiva. Egli asseriva che tale differenza di prezzo aveva la conseguenza di ridurre la redditività dell'attività degli esercenti soggetti ad una siffatta clausola e di costringerli a porre fine alla loro attività.

8. Il contratto tipo di locazione usato dalla Courage, dalla Grand Met e dalle loro consociate veniva notificato alla Commissione nel 1992. Nel 1993 quest'ultima pubblicava una comunicazione a norma dell'art. 19, n. 3, del regolamento del Consiglio 6 febbraio 1962, n. 17, primo regolamento di applicazione degli articoli 85 e 86 del Trattato (GU 1962, pag. 204), in cui annunciava la propria intenzione di concedere un'esenzione ai sensi dell'art. 85, n. 3, del Trattato.
9. La notifica veniva ritirata nell'ottobre 1997 in seguito all'introduzione da parte della IEL di un nuovo contratto tipo di locazione, che veniva anch'esso notificato alla Commissione. Il nuovo contratto, tuttavia, non è in discussione nella fattispecie in esame nella causa principale, dal momento che le azioni intentate riguardano l'esecuzione della clausola di acquisto esclusivo ai sensi del vecchio contratto di locazione.
10. Le considerazioni che hanno indotto la Court of Appeal a sottoporre le questioni pregiudiziali alla Corte sono le seguenti.
11. Secondo il giudice a quo, il diritto inglese non consente ad una delle parti di un accordo illecito di esperire un'azione di risarcimento danni nei confronti della controparte. Ne consegue che, anche ammesso che il motivo dedotto dal sig. Crehan a propria difesa, secondo cui il contratto di locazione da lui stipulato viola l'art. 85 del Trattato, sia fondato, in base al diritto inglese la sua azione di risarcimento danni sarebbe irricevibile.
12. Peraltro, in una sentenza precedente alla decisione di rinvio, la Court of Appeal aveva dichiarato, senza ritenere necessario interpellare la Corte su tale punto, che l'art. 85, n. 1, del Trattato era diretto a tutelare i terzi, concorrenti o consumatori, e non le parti dell'accordo illecito. Queste ultime sarebbero, infatti, le responsabili e non le vittime della restrizione della concorrenza.
13. La Court of Appeal rileva che, nella decisione *Perma Life Mufflers Inc contro Int'l Parts Corp* [392 U.S. 134 (1968)], la Suprema Corte degli Stati Uniti d'America ha statuito che una delle parti di un accordo anticoncorrenziale può, qualora si trovi in una situazione di inferiorità economica, intentare un'azione di risarcimento danni contro l'altro contraente.
14. Pertanto la Court of Appeal si pone il problema della compatibilità con il diritto comunitario dell'irricevibilità che il diritto inglese opporrebbe alle pretese del

sig. Crehan, descritte al punto 6 della presente sentenza.

15. Nel caso in cui il diritto comunitario conferisca ad una parte di un contratto idoneo a restringere o falsare il gioco della concorrenza una tutela giuridica analoga a quella offerta dal diritto degli Stati Uniti d'America, la Court of Appeal rileva che esisterebbe un possibile conflitto tra il principio dell'autonomia processuale e quello dell'applicazione uniforme del diritto comunitario.

16. Di conseguenza, essa ha deciso di sospendere il giudizio e di sottoporre alla Corte le seguenti questioni pregiudiziali:

«1) Se l'art. 81 CE (ex art. 85) debba essere interpretato nel senso che una delle parti di un contratto illecito di locazione di un bar, contenente una clausola di esclusiva, può far valere tale norma per ottenere una tutela giurisdizionale (relief) nei confronti della controparte.

2) In caso di soluzione in senso affermativo della questione sub 1), se la parte che chiede una tutela giurisdizionale (relief) sia legittimata ad ottenere un risarcimento dei pretesi danni subiti a seguito del suo assoggettamento alla clausola contrattuale vietata ai sensi dell'art. 81.

3) Se una norma dell'ordinamento nazionale, ai sensi della quale i giudici non debbono consentire ad un soggetto di far valere propri atti illeciti e/o fondarsi su di essi come presupposto per ottenere un risarcimento danni, debba essere considerata compatibile con il diritto comunitario.

4) Se la soluzione della questione sub 3) sia nel senso che in talune circostanze una siffatta norma possa essere incompatibile con il diritto comunitario, quali siano le circostanze che il giudice nazionale dovrebbe prendere in considerazione».

Sulle questioni

17. Con le questioni prima, seconda e terza, che è opportuno esaminare insieme, il giudice di rinvio chiede, in sostanza, se una parte di un contratto idoneo a restringere o falsare il gioco della concorrenza ai sensi dell'art. 85 del Trattato possa dedurre la violazione di tale disposizione dinanzi ad un giudice nazionale al fine di ottenere, nei confronti della controparte, una tutela giurisdizionale («relief»), ed in particolare il risarcimento di un preteso danno subito a causa dell'assoggettamento della parte stessa ad una clausola contrattuale in contrasto con il detto articolo 85 e, di conseguenza, se il diritto comunitario osti ad una norma di diritto nazionale che nega ad un soggetto il diritto di fondarsi sui propri

ALLEGATO X

atti illeciti per ottenere un risarcimento danni.

18. Nel caso in cui il diritto comunitario osti ad una norma nazionale di tale natura, il giudice nazionale intende sapere, con la quarta questione, quali circostanze debbano essere prese in considerazione per valutare la fondatezza di una siffatta domanda di risarcimento danni.

19. Va innanzi tutto ricordato che il Trattato ha istituito un ordinamento giuridico proprio, integrato negli ordinamenti giuridici degli Stati membri e che si impone ai loro giudici, i cui soggetti sono non soltanto gli Stati membri, ma anche i loro cittadini e che, nello stesso modo in cui impone ai singoli degli obblighi, il diritto comunitario è altresì volto a creare diritti che entrano a far parte del loro patrimonio giuridico; questi diritti sorgono non solo nei casi in cui il Trattato espressamente li menziona, ma anche in relazione agli obblighi che il medesimo impone in maniera ben definita ai singoli, agli Stati membri e alle istituzioni comunitarie (v. sentenze 5 febbraio 1963, Van Gend & Loos, causa 26/62, Racc. pag. 1, in particolare pag. 23; 15 luglio 1964, Costa, causa 6/64, pag. 1127, in particolare pagg. 1144-1145, e 19 novembre 1991, cause C-6/90 e C-9/90, Francovich e a., Racc. pag. I-5357, punto 31).

20. In secondo luogo, l'art. 85 del Trattato costituisce, ai sensi dell'art. 3, lett. g), del Trattato CE [divenuto, in seguito a modifica, art. 3, n. 1, lett. g), CE], una disposizione fondamentale indispensabile per l'adempimento dei compiti affidati alla Comunità e, in particolare, per il funzionamento del mercato interno (v. sentenza 1° giugno 1999, causa C-126/97, Eco Swiss, Racc. pag. I-3055, punto 36).

21. Del resto, l'importanza di una disposizione siffatta ha indotto gli autori del Trattato a prevedere espressamente, all'art. 85, n. 2, che gli accordi e le decisioni vietati in virtù di tale articolo sono nulli di pieno diritto (v. sentenza Eco Swiss, citata, punto 36).

22. Tale nullità, che può essere fatta valere da chiunque, s'impone al giudice quando ricorrono i presupposti per l'applicazione dell'art. 85, n. 1, e l'accordo di cui trattasi non può giustificare la concessione di un'esenzione ai sensi dell'art. 85, n. 3, del Trattato (su quest'ultimo punto, v. in particolare sentenza 9 luglio 1969, causa 10/69, Portelange, Racc. pag. 309, punto 10). Posto che la nullità di cui all'art. 85, n. 2, è assoluta, l'accordo che ricada sotto questa disposizione è privo di effetti nei rapporti fra i contraenti e non può essere opposto ai terzi (v. sentenza 25 novembre 1971, causa 22/71, Beguelin, Racc. pag. 949, punto 29). Inoltre, questa nullità riguarda tutti gli effetti, passati e futuri, dell'accordo o della decisione interessati (v. sentenza 6 febbraio 1973, causa 48/72, Brasserie de

Haecht, Racc. pag. 77, punto 26).

23. In terzo luogo, va ricordato che la Corte ha già dichiarato che gli artt. 85, n. 1, del Trattato e 86 del Trattato CE (divenuto art. 82 CE) producono effetti diretti nei rapporti tra i singoli ed attribuiscono direttamente a questi dei diritti che i giudici nazionali devono tutelare (v. sentenze 30 gennaio 1974, causa 127/73, BRT e SABAM, detta «BRTI», Racc. pag. 51, punto 6, e 18 marzo 1997, causa C-285/95 P, Guérin automobiles/Commissione, Racc. pag. I-1503, punto 39).
24. Dalle considerazioni che precedono risulta che qualsiasi singolo è legittimato a far valere in giudizio la violazione dell'art. 85, n. 1, del Trattato, anche qualora sia parte di un contratto che può restringere o falsare il gioco della concorrenza ai sensi di tale disposizione.
25. Per quanto riguarda la possibilità di chiedere il risarcimento del danno causato da un contratto o da un comportamento che possono restringere o falsare il gioco della concorrenza, va innanzi tutto ricordato che, come risulta da una giurisprudenza costante, è compito dei giudici nazionali incaricati di applicare, nell'ambito delle loro competenze, le norme del diritto comunitario, garantire la piena efficacia di tali norme e tutelare i diritti da esse attribuiti ai singoli (v., in particolare, sentenze 9 marzo 1978, causa 106/77, Simmenthal, Racc. pag. 629, punto 16, e 19 giugno 1990, causa C-213/89, Factortame, Racc. pag. I-2433, punto 19).
26. La piena efficacia dell'art. 85 del Trattato e, in particolare, l'effetto utile del divieto sancito al n. 1 di detto articolo sarebbero messi in discussione se chiunque non potesse chiedere il risarcimento del danno causatogli da un contratto o da un comportamento che possono restringere o falsare il gioco della concorrenza.
27. Un siffatto diritto rafforza, infatti, il carattere operativo delle regole di concorrenza comunitarie ed è tale da scoraggiare gli accordi o le pratiche, spesso dissimulate, che possono restringere o falsare il gioco della concorrenza. In quest'ottica, le azioni di risarcimento danni dinanzi ai giudici nazionali possono contribuire sostanzialmente al mantenimento di un'effettiva concorrenza nella Comunità.
28. Di conseguenza, non si può escludere a priori che un'azione del genere venga intentata da una parte di un contratto che sia giudicato contrario alle regole di concorrenza.
29. Tuttavia, in mancanza di una disciplina comunitaria in materia, spetta all'ordinamento giuridico interno di ciascuno Stato membro designare i giudici

ALLEGATO X

competenti e stabilire le modalità procedurali dei ricorsi intesi a garantire la tutela dei diritti spettanti ai singoli in forza dell'effetto diretto del diritto comunitario, purché dette modalità non siano meno favorevoli di quelle che riguardano ricorsi analoghi di natura interna (principio di equivalenza) né rendano praticamente impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio dei diritti conferiti dall'ordinamento giuridico comunitario (principio di effettività) (v. sentenza 10 luglio 1997, causa C-261/95, Palmisani, Racc. pag. I-4025, punto 27).

30. A tale proposito, la Corte ha già dichiarato che il diritto comunitario non osta a che i giudici nazionali vigilino affinché la tutela dei diritti garantiti dall'ordinamento giuridico comunitario non comporti un arricchimento senza giusta causa degli aventi diritto (v., in particolare, sentenze 4 ottobre 1979, causa 238/78, Ireks-Arkady/Consiglio e Commissione, Racc. pag. 2955, punto 14; 27 febbraio 1980, causa 68/79, Just, Racc. pag. 501, punto 26, e 21 settembre 2000, cause riunite C-441/98 e C-442/98, Michailidis, Racc. pag. I-7145, punto 31).

31. Analogamente, il diritto comunitario non osta, a condizione che vengano rispettati i principi di equivalenza e di effettività (v. sentenza Palmisani, citata, punto 27), a che il diritto nazionale neghi ad una parte, della quale sia stata accertata una responsabilità significativa nella distorsione della concorrenza, il diritto di ottenere un risarcimento danni dalla controparte. Infatti, conformemente ad un principio riconosciuto nella maggior parte degli ordinamenti giuridici degli Stati membri e già applicato dalla Corte (v. sentenza 7 febbraio 1973, causa 39/72, Commissione/Italia, Racc. pag. 101, punto 10), un singolo non può trarre beneficio dal proprio comportamento illecito, qualora quest'ultimo sia accertato.

32. Al riguardo, tra gli elementi di valutazione che possono essere presi in considerazione dal giudice nazionale competente, è necessario menzionare il contesto economico e giuridico nel quale le parti si trovano nonché, come rileva giustamente il governo del Regno Unito, il potere di negoziazione e il rispettivo comportamento delle due parti contrattuali.

33. In particolare, è compito di detto giudice verificare se la parte che sostiene di avere subito un danno in seguito alla conclusione di un contratto che può restringere o falsare il gioco della concorrenza si trovasse in una posizione d'inferiorità grave, nei confronti della controparte, tale da compromettere seriamente, e persino da annullare, la sua libertà di negoziare le clausole del detto contratto nonché la sua capacità di evitare il danno o limitarne l'entità, in particolare sperando tempestivamente tutti i rimedi giuridici a sua disposizione.

34. Facendo riferimento alle sentenze della Corte 12 dicembre 1967, causa 23/67, (Brasserie de Haecht, Racc. pag. 479, in particolare pag. 489) e 28 febbraio 1991,

causa C-234/89 (Delimitis, Racc. pag. I-935, punti 14-26), la Commissione e il governo del Regno Unito hanno altresì giustamente menzionato l'ipotesi di un contratto che risulti in contrasto con l'art. 85, n. 1, del Trattato per il solo motivo di far parte di una rete di contratti analoghi che producono un effetto cumulativo sul gioco della concorrenza. In una simile ipotesi, la controparte del titolare della rete può non avere una responsabilità significativa nella violazione dell'art. 85, in particolare qualora i termini del contratto gli siano stati imposti, di fatto, dal titolare della rete.

35. Contrariamente a quanto sostiene la Courage, una valutazione differenziata della portata delle responsabilità non è in contrasto con la giurisprudenza della Corte secondo cui poco importa, ai fini dell'applicazione dell'art. 85 del Trattato, che le parti di un accordo si trovino o meno su un piano di parità per quanto riguarda la loro posizione e la loro funzione economica (v. in particolare, sentenza della Corte 13 luglio 1966, cause riunite 56/64 e 58/64, Consten e Grundig/Commissione, Racc. pag. 457, in particolare pag. 517). Infatti, tale giurisprudenza riguarda i presupposti per l'applicazione dell'art. 85 del Trattato, mentre le questioni deferite alla Corte nella causa in esame vertono su talune conseguenze civilistiche di una violazione di tale norma.

36. Alla luce del complesso delle considerazioni che precedono, le questioni proposte vanno così risolte:

- una parte di un contratto idoneo a restringere o falsare il gioco della concorrenza ai sensi dell'art. 85 del Trattato può far valere la violazione di tale norma al fine di ottenere una tutela giurisdizionale («relief») nei confronti della controparte;
- l'art. 85 del Trattato osta ad una norma di diritto nazionale che vieti a chi è parte di un contratto che può restringere o falsare il gioco della concorrenza, ai sensi di tale articolo, di chiedere il risarcimento di un danno causato dall'esecuzione del detto contratto per il solo motivo che il richiedente è parte di quest'ultimo;
- il diritto comunitario non osta ad una norma di diritto nazionale che neghi a chi è parte di un contratto che può restringere o falsare il gioco della concorrenza il diritto di fondarsi sui propri atti illeciti per ottenere un risarcimento danni, qualora sia accertato che tale parte ha una responsabilità significativa nella distorsione della concorrenza.

Sulle spese

37. Le spese sostenute dai governi del Regno Unito, francese, italiano e svedese, nonché dalla Commissione, che hanno presentato osservazioni alla Corte, non

ALLEGATO X

possono dar luogo a rifusione. Nei confronti delle parti nella causa principale il presente procedimento costituisce un incidente sollevato dinanzi al giudice nazionale, cui spetta quindi statuire sulle spese.

Per questi motivi,

LA CORTE,

pronunciandosi sulle questioni sottopostele dalla Court of Appeal (England & Wales) (Civil Division) con ordinanza 16 luglio 1999, dichiara:

- 1) Una parte di un contratto idoneo a restringere o falsare il gioco della concorrenza ai sensi dell'art. 85 del Trattato CE (divenuto art. 81 CE) può dedurre la violazione di tale norma al fine di ottenere una tutela giurisdizionale («relief») nei confronti della controparte.**
- 2) L'art. 85 del Trattato osta ad una norma di diritto nazionale che vieti a chi è parte di un contratto che può restringere o falsare il gioco della concorrenza, ai sensi di tale articolo, di chiedere il risarcimento di un danno causato dall'esecuzione del detto contratto per il solo motivo che il richiedente è parte di quest'ultimo.**
- 3) Il diritto comunitario non osta ad una norma di diritto nazionale che neghi a chi è parte di un contratto che può restringere o falsare il gioco della concorrenza il diritto di fondarsi sui propri atti illeciti per ottenere un risarcimento danni, qualora sia accertato che tale parte ha una responsabilità significativa nella distorsione della concorrenza.**

Rodríguez Iglesias, Gulmann, Wathelet, Skouris, Edward, Jann, Sevón, Macken, Colneric, Cunha, Rodrigues, Timmermans

Così deciso e pronunciato a Lussemburgo il 20 settembre 2001.

Il cancelliere R. Grass

Il presidente G.C. Rodríguez Iglesias

1: Lingua processuale: l'inglese.

SENTENZA DELLA CORTE

(Terza Sezione) 13 luglio 2006 (*)

«Art. 81 CE - Concorrenza - Intesa - Sinistri causati da autoveicoli, natanti e ciclomotori - Assicurazione obbligatoria della responsabilità civile - Aumento dei premi - Effetti sul commercio tra Stati membri - Diritto dei terzi di chiedere il risarcimento del danno subito - Giudice nazionale competente - Termine di prescrizione - Indennizzi a carattere sanzionatorio»

Nei procedimenti riuniti da C-295/04 a C-298/04,

aventi ad oggetto alcune domande di pronuncia pregiudiziale proposte alla Corte, ai sensi dell'art. 234 CE, dal Giudice di pace di Bitonto con decisione 30 giugno 2004, pervenute in cancelleria il 13 luglio 2004, nelle cause

Vincenzo Manfredi (causa C-295/04)

contro

Lloyd Adriatico Assicurazioni SpA,

Antonio Cannito (causa C-296/04)

contro

Fondiarìa Sai SpA,

e

Nicolò Tricarico (causa C-297/04),

Pasqualina Mugolo (causa C-298/04)

contro

Assitalia SpA,

LA CORTE (Terza Sezione),

composta dal sig. A. Rosas, presidente di sezione, dai sigg. J. Malenovský, S. von Bahr (relatore), A. Borg Barthet e A. Ó Caoimh, giudici,

ALLEGATO XI

avvocato generale: sig. L. A. Geelhoed

cancelliere: sig. a L. Hewlett, amministratore principale

vista la fase scritta del procedimento e in seguito alla trattazione orale del 10 novembre 2005,

considerate le osservazioni presentate:

- per l'Assitalia SpA (cause C-297/04 e C-298/04), dagli avv. ti A. Pappalardo, M. Merola e D. P. Domenicucci;
- per il governo italiano, dal sig. I.M. Braguglia, in qualità di agente, assistito dal sig. M. Fiorilli, avvocato dello Stato;
- per il governo tedesco, dalla sig. ra C. Schulze-Bahr, in qualità di agente; per il governo austriaco, dalla sig. ra C. Pesendorfer, in qualità di agente;
- per la Commissione delle Comunità europee, dai sigg. T. Christoforou e F. Amato, in qualità di agenti,

sentite le conclusioni dell'avvocato generale, presentate all'udienza del 26 gennaio 2006,

ha pronunciato la seguente

Sentenza

1. Le domande di pronuncia pregiudiziale riguardano l'interpretazione dell'art. 81 CE
2. Tali questioni sono state sollevate nell'ambito di azioni di risarcimento danni proposte dal sig. Manfredi contro la Lloyd Adriatico Assicurazioni SpA, dal sig. Cannito contro la Fondiaria Sai SpA e, rispettivamente, dal sig. Tricarico e dalla sig. ra Murgolo contro l'Assitalia SpA (in prosieguito: l'«Assitalia») per far condannare le dette compagnie di assicurazioni alla restituzione delle maggiorazioni dei premi dell'assicurazione obbligatoria della responsabilità civile relativa ai sinistri causati da autoveicoli, natanti e ciclomotori (in prosieguito: l'«assicurazione RC auto»), maggiorazioni versate a seguito degli aumenti applicati dalle dette società in forza di un'intesa dichiarata illecita dall'Autorità garante della concorrenza e del mercato (in prosieguito: l'«AGCM»).

Contesto normativo nazionale

3. L'art. 2, n.2, della legge 10 ottobre 1990, n.287, relativa alle norme per la tutela della concorrenza e del mercato (GURI n.240 del 13 ottobre 1990, pag. 3; in prosieguo: la «legge n.287/90»), vieta le intese fra imprese che abbiano per oggetto o per effetto di impedire, restringere o falsare in maniera consistente il gioco della concorrenza sul mercato nazionale o in una sua parte rilevante.
4. Ai sensi del n.1 di tale art. 2, sono considerate «intese» gli accordi e/o le pratiche concordate tra imprese, nonché le deliberazioni, anche se adottate ai sensi di disposizioni statutarie o regolamentari, di consorzi, associazioni di imprese ed altri organismi similari.
5. Secondo l'art. 2, n.3, della legge n.287/90, le intese vietate sono nulle ad ogni effetto.
6. L'art. 33, n.1, di tale legge attribuisce alla Corte d'appello competente per territorio la competenza a pronunciarsi sulle azioni di nullità e di risarcimento danni, nonché sui ricorsi volti ad ottenere provvedimenti di urgenza in relazione alle violazioni delle disposizioni di cui ai titoli I-IV della medesima legge, fra cui l'art. 2.

Causa principale e questioni pregiudiziali

7. Con provvedimenti 8 settembre 1999 e 10 novembre 1999, nonché 3 febbraio 2000, l'AGCM avviava il procedimento per infrazione di cui all'art. 2 della legge n.287/90 nei confronti di diverse compagnie di assicurazioni, fra cui le tre compagnie convenute nella causa principale. A queste ultime era contestato il fatto di aver partecipato ad un'intesa avente ad oggetto «abbinamento di prodotti distinti e scambio d'informazioni tra imprese concorrenti». Per quanto concerne le presenti cause, rileva soltanto l'intesa per lo scambio d'informazioni tra imprese concorrenti.
8. L'AGCM osservava che negli anni compresi tra il 1994 e il 1999 in Italia, a differenza di quanto avveniva nel resto dell'Europa, si verificava un anormale e crescente aumento dei premi dell'assicurazione RC auto, che è obbligatoria.
9. L'AGCM osservava parimenti che il mercato delle polizze RC auto presenta notevoli barriere all'entrata, erette soprattutto per la necessità di approntare un'efficace rete di distribuzione e una rete di centri per la liquidazione dei danni per i sinistri in tutto il paese.

ALLEGATO XI

10. Nel corso del procedimento dinanzi ad essa, l'AGCM acquisiva una documentazione dalla quale emergeva l'esistenza di un esteso e pervasivo scambio di informazioni tra numerose imprese di assicurazione per la RC auto relativo a tutti gli aspetti dell'attività assicurativa, e cioè, in particolare, ai prezzi, agli sconti, agli incassi, ai costi dei sinistri e di distribuzione.
11. Con provvedimento finale 28 luglio 2000, n.8546 (I377) (Bollettino 30/2000, del 14 agosto 2000), l'AGCM concludeva che le compagnie d'assicurazione coinvolte avevano posto in essere un accordo illecito avente ad oggetto lo scambio d'informazioni relativo al settore assicurativo. Tale accordo aveva consentito a tali imprese di coordinare e di fissare i premi delle assicurazioni RC auto in modo da imporre agli utenti consistenti aumenti dei premi non giustificati dalle condizioni del mercato e non eludibili dai consumatori.
12. Il provvedimento dell'AGCM, impugnato dalle compagnie di assicurazione, veniva sostanzialmente confermato dal Tribunale amministrativo regionale per il Lazio e dal Consiglio di Stato.
13. Gli attori nelle cause principali hanno rispettivamente adito il Giudice di pace di Bitonto per ottenere la condanna di ciascuna delle compagnie di assicurazione interessata alla restituzione della maggiorazione dei premi pagata in virtù dell'intesa dichiarata illecita dall'AGCM.
14. Dalle osservazioni dell'Assitalia risulta che gli attori nelle cause principali fanno valere che l'indagine condotta dall'AGCM ha rivelato un prezzo medio delle polizze RC auto superiore del 20% rispetto a quello che si sarebbe determinato in presenza di dinamiche concorrenziali non alterate dalla pratica concordata. Dall'illecito commesso dalle compagnie di assicurazione partecipanti a tale pratica sarebbe dunque derivato un pregiudizio per i consumatori finali consistente per l'appunto nella corresponsione di un premio per la polizza RC auto mediamente superiore del 20% a quello che essi avrebbero dovuto pagare in assenza dell'illecito anticoncorrenziale.
15. Le compagnie d'assicurazione convenute nella cause principali hanno eccepito, in particolare, l'incompetenza del Giudice di pace di Bitonto in conformità dell'art. 33 della legge n.287/90 e la prescrizione del diritto alla restituzione e/o al risarcimento del danno.
16. Il giudice del rinvio ritiene che, essendo state partecipi dell'accordo sanzionato dall'AGCM anche compagnie d'assicurazione appartenenti ad altri Stati membri ed esercenti la loro attività pure in Italia, l'intesa contestata violi non solo l'art. 2

della legge n.287/90, ma anche l'art. 81 CE, che al n.2 commina la nullità di tutti gli accordi e di tutte le intese vietati.

17. Orbene, qualsiasi terzo, tra cui il consumatore e l'utente finale di un servizio, potrebbe ritenersi legittimato a far valere la nullità di un'intesa vietata dall'art. 81 CE e chiedere il risarcimento del danno subito ove sussista un nesso di causalità tra quest'ultimo e l'intesa vietata.
18. Se così fosse, una disposizione come quella dell'art. 33 della legge n.287/90 potrebbe ritenersi in contrasto con il diritto comunitario. I tempi ed i costi relativi ad un processo dinanzi alla Corte d'appello sarebbero, infatti, rispettivamente molto più lunghi e molto più alti di quelli per un procedimento dinanzi al Giudice di pace e ciò potrebbe compromettere l'efficacia dell'art. 81 CE.
19. Il giudice del rinvio dubita altresì della compatibilità con l'art. 81 CE dei termini di prescrizione dell'azione risarcitoria e dell'entità del danno da liquidare stabiliti dal diritto nazionale.
20. Il Giudice di pace di Bitonto ha pertanto deciso, nelle cause da C-295/04 a C-297/04, di sospendere il giudizio e di sottoporre alla Corte le seguenti questioni pregiudiziali:

«1) Se l'art. 81 del Trattato debba essere interpretato nel senso che esso commini la nullità di un'intesa o di una pratica concordata tra compagnie di assicurazione consistente in uno scambio di reciproche informazioni tale da permettere un aumento dei premi per le polizze di assicurazione RC auto non giustificato dalle condizioni di mercato, anche in considerazione della partecipazione all'accordo o alla pratica concordata d'impresa che appartengano a diversi Stati membri;

2) Se l'art. 81 del Trattato debba essere interpretato nel senso che esso legittimi i terzi, portatori di un interesse giuridicamente rilevante, a far valere la nullità di un'intesa o di una pratica vietata dalla stessa norma comunitaria e a chiedere il risarcimento dei danni subiti ove sussista il nesso di causalità tra l'intesa o la pratica concordata ed il danno;

3) Se l'art. 81 del Trattato debba essere interpretato nel senso che il termine di prescrizione dell'azione risarcitoria su di esso fondata debba ritenersi decorrere dal giorno in cui l'intesa o la pratica concordata è stata posta in essere oppure dal giorno in cui l'intesa o la pratica concordata è cessata;

4) Se l'art. 81 del Trattato debba essere interpretato nel senso che il giudice nazionale, ove ravvisi che il danno liquidabile in base al proprio diritto nazionale

ALLEGATO XI

sia comunque inferiore al vantaggio economico ricavato dall'impresa danneggiante parte dell'intesa o della pratica concordata vietata, debba altresì d'ufficio liquidare al terzo danneggiato il danno punitivo, necessario a rendere il danno risarcibile superiore al vantaggio ricavato dal danneggiante, al fine di scoraggiare la posizione in essere di intese o di pratiche concordate vietate dall'art. 81 del Trattato».

21. Nella causa C-298/04, il Giudice di pace di Bitonto ha deciso di sospendere il giudizio e di sottoporre alla Corte le seguenti questioni pregiudiziali:

«1) Se l'art. 81 del Trattato debba essere interpretato nel senso che esso commini la nullità di un'intesa o di una pratica concordata tra compagnie di assicurazione consistente in uno scambio di reciproche informazioni tale da permettere un aumento dei premi per le polizze di assicurazione RC auto non giustificato dalle condizioni di mercato, anche in considerazione della partecipazione all'accordo o alla pratica concordata d'impresе che appartengano a diversi Stati membri;

2) Se l'art. 81 del Trattato debba essere interpretato nel senso che osti all'applicazione di una norma nazionale di tenore analogo a quello dell'art. 33 della legge italiana 287/1990 secondo cui la domanda risarcitoria per violazione delle norme comunitarie e nazionali per le intese anticoncorrenziali deve essere proposta anche dai terzi dinanzi ad un giudice diverso da quello ordinariamente competente per domande di pari valore, comportando così un notevole aumento dei costi e dei tempi di giudizio;

3) Se l'art. 81 CE debba essere interpretato nel senso che esso legittimi i terzi, portatori di un interesse giuridicamente rilevante, a far valere la nullità di un'intesa o di una pratica vietata dalla stessa norma comunitaria e a chiedere il risarcimento dei danni subiti ove sussista il nesso di causalità tra l'intesa o la pratica concordata ed il danno;

4) Se l'art. 81 del Trattato debba essere interpretato nel senso che il decorso del termine di prescrizione dell'azione risarcitoria su di esso fondata debba ritenersi decorrere dal giorno in cui l'intesa o la pratica concordata è stata posta in essere oppure dal giorno in cui l'intesa o la pratica concordata è cessata;

5) Se l'art. 81 del Trattato debba essere interpretato nel senso che il giudice nazionale, ove ravvisi che il danno liquidabile in base al proprio diritto nazionale sia comunque inferiore al vantaggio economico ricavato dall'impresa danneggiante parte dell'intesa o della pratica concordata vietata, debba altresì d'ufficio liquidare al terzo danneggiato il danno punitivo, necessario a rendere il danno risarcibile superiore al vantaggio ricavato dal danneggiante, al fine di

scoraggiare la posizione in essere di intese o di pratiche concordate vietate dall'art. 81 del Trattato».

22 Con ordinanza del presidente della Corte 28 settembre 2004, le cause da C-295/04 a C-298/04 sono state riunite ai fini delle fasi scritta e orale del procedimento nonché della sentenza.

Sulla ricevibilità delle questioni pregiudiziali

Osservazioni presentate alla Corte

23. L'Assitalia fa valere, in primo luogo, che l'esposizione del contesto fattuale e normativo che sottende le questioni pregiudiziali è insufficiente ed ambigua, al punto da non consentire a tutte le parti potenzialmente interessate di formulare adeguatamente le proprie osservazioni nel merito e alla Corte di fornire una soluzione utile alle questioni medesime.

Pagina 4 di 14

24. In secondo luogo, l'Assitalia sostiene l'irricevibilità delle questioni pregiudiziali sollevate dal Giudice di pace di Bitonto in quanto esse sono dirette all'interpretazione di una norma del Trattato CE manifestamente inapplicabile alle controversie nelle cause principali.

25. L'intesa oggetto delle cause principali avrebbe, infatti, prodotto effetti limitatamente al territorio italiano e, pertanto, non avrebbe arrecato un pregiudizio sensibile al commercio tra gli Stati membri ai sensi dell'art. 81 CE (v., in particolare, sentenza 21 gennaio 1999, cause riunite C-215/96 e C-216/98, Bagnasco e a., Racc. pag. I-135). D'altra parte, l'omessa applicazione dell'art. 81 CE non sarebbe stata contestata nelle apposite sedi giudiziarie nazionali e la decisione dell'AGCM, basata sull'art. 2 della legge n.287/90, è diventata definitiva. Inoltre l'art. 1, n.1, della legge n.287/90 preciserebbe che essa «si applica alle intese, agli abusi di posizione dominante e alle concentrazioni di imprese che non ricadono nell'ambito di applicazione degli articoli [81 CE] e/o [82 CE], dei regolamenti (...) o di atti comunitari con efficacia normativa equiparata».

Giudizio della Corte

26. Occorre ricordare che, secondo costante giurisprudenza, nell'ambito della collaborazione tra la Corte e i giudici nazionali istituita dall'art. 234 CE, spetta esclusivamente al giudice nazionale cui è stata sottoposta la controversia e che deve assumersi la responsabilità dell'emananda decisione giurisdizionale valutare,

ALLEGATO XI

alla luce delle particolari circostanze della causa, sia la necessità di una pronuncia pregiudiziale ai fini della pronuncia della propria sentenza, sia la rilevanza delle questioni che sottopone alla Corte. Di conseguenza, quando le questioni pregiudiziali sollevate vertono sull'interpretazione del diritto comunitario, la Corte, in via di principio, è tenuta a statuire (v., in particolare, sentenze 15 dicembre 1995, causa C-415/93, *Bosman*, Racc. pag. I-4921, punto 59, e 10 novembre 2005, causa C-316/04, *Stichting Zuid-Hollandse Milieufederatie*, Racc. pag. I-9759, punto 29).

27. Tuttavia, la Corte ha altresì dichiarato che, in ipotesi eccezionali, le spetta esaminare le condizioni in presenza delle quali è adita dal giudice nazionale al fine di verificare la propria competenza (v., in tal senso, sentenza 16 dicembre 1981, causa 244/80, *Foglia*, Racc. pag. 3045, punto 21). Il rifiuto di statuire su una questione pregiudiziale sollevata da un giudice nazionale è possibile solo qualora risulti manifestamente che l'interpretazione del diritto comunitario richiesta da tale giudice non ha alcuna relazione con la realtà o con l'oggetto della causa principale, quando il problema è di natura teorica o quando la Corte non dispone degli elementi di fatto e di diritto necessari per fornire una soluzione utile alle questioni che le vengono sottoposte (v., in particolare, citate sentenze *Bosman*, punto 61, e *Stichting Zuid-Hollandse Milieufederatie*, punto 30).

28. Nella presente causa non si verifica alcuna di tali ipotesi.

29. A tale riguardo occorre osservare, da un lato, che la decisione di rinvio e le osservazioni scritte e orali hanno fornito alla Corte informazioni sufficienti che le consentono di interpretare le norme di diritto comunitario alla luce della situazione che forma oggetto della controversia nelle cause principali (v., in particolare, sentenze 3 marzo 1994, causa C-316/93, *Vaneetveld*, Racc. pag. I-763, punto 14, e 21 settembre 1999, causa C-378/97, *Wijsenbeek*, Racc. pag. I-6207, punto 21).

30. D'altra parte, contrariamente a quanto sostiene l'Assitalia, non risulta manifestamente che l'interpretazione dell'art. 81 CE non abbia alcuna relazione con la realtà o con l'oggetto della causa principale. Pertanto, l'obiezione sollevata dall'Assitalia in ordine all'inapplicabilità di tale articolo alle controversie di cui alle cause principali non riguarda la ricevibilità delle presenti controversie, ma rientra nel merito della prima questione.

31. D'altronde, occorre ricordare che gli artt. 81 CE e 82 CE costituiscono disposizioni di ordine pubblico che devono essere applicate d'ufficio dai giudici nazionali (v., in tal senso, sentenza 1° giugno 1999, causa C-126/97, *Eco Swiss*, Racc. pag. I-3055, punti 39 e 40).

32. Ne consegue che le questioni pregiudiziali sono ricevibili.

Sulla prima questione nelle cause da C-295/04 a C-298/04

33. Con la sua prima questione, il giudice del rinvio chiede, in sostanza, se un'intesa o una pratica concordata, come quella di cui alle cause principali, tra compagnie di assicurazioni, consistente in uno scambio reciproco di informazioni tale da permettere un aumento dei premi delle polizze di assicurazione RC auto non giustificato dalle condizioni di mercato, che costituisce una violazione delle norme sulla tutela della concorrenza, possa anche costituire una violazione dell'art. 81 CE, alla luce in particolare della partecipazione all'intesa o alla pratica concordata di imprese appartenenti a diversi Stati membri.

Osservazioni presentate alla Corte

34. In considerazione del carattere assolutamente generico e strumentale della questione l'Assitalia suggerisce alla Corte di dichiarare che risulta impossibile fornire una soluzione utile in ordine all'applicabilità dell'art. 81 CE.

35. Il governo italiano ritiene che ad intesa come quella controversa nelle cause principali non si applichi l'art. 81 CE. Infatti, perché un comportamento anticoncorrenziale rientri all'ambito della disciplina comunitaria, dovrebbe essere soddisfatta una serie di criteri che andrebbero al di là della mera partecipazione all'intesa di imprese di altri Stati membri.

36. La Commissione delle Comunità europee sostiene che l'art. 81 CE dev'essere interpretato nel senso che esso vieta un'intesa o una pratica concordata fra imprese restrittiva della concorrenza, qualora, in base ad un insieme di elementi di diritto o di fatto, appaia sufficientemente probabile che tale intesa o pratica concordata eserciti un'influenza diretta o indiretta, attuale o potenziale, sulle correnti di scambio tra Stati membri. La circostanza che alcune imprese di altri Stati membri abbiano partecipato a tale intesa o pratica concordata non costituirebbe di per sé un elemento sufficiente per concludere che la detta intesa o pratica concordata esercita un'influenza del genere sulle correnti di scambio tra Stati membri.

Giudizio della Corte

37. Anzitutto occorre dichiarare che, contrariamente a quanto asserisce l'Assitalia, tale questione è sufficientemente precisa per permettere alla Corte di fornire una soluzione utile al giudice del rinvio.

38. Inoltre, occorre ricordare che, secondo costante giurisprudenza, il diritto comunitario e il diritto nazionale in materia di concorrenza si applicano parallelamente, dato che essi considerano le pratiche restrittive sotto aspetti diversi. Mentre gli artt. 81 CE e 82 CE le contemplanò sotto il profilo degli ostacoli che ne possono risultare per il commercio tra gli Stati membri, le leggi nazionali, ispirandosi a considerazioni proprie di ciascuno Stato, considerano le pratiche restrittive in questo solo ambito (v., in particolare, sentenze 13 febbraio 1969, causa 14/68, Wilhelm e a., Racc. pag. 1, punto 3; 10 luglio 1980, cause riunite 253/78, 1/79-3/79, Giry e Guerlain e a., Racc. pag. 2327, punto 15, e 9 settembre 2003, causa C-137/00, Milk Marque e National Farmers' Union, Racc. pag. I-7975, punto 61).
39. Occorre anche ricordare che gli artt. 81, n.1, CE e 82 CE producono effetti diretti nei rapporti tra i singoli ed attribuiscono direttamente a questi ultimi diritti che i giudici nazionali devono tutelare (v. sentenze 30 gennaio 1974, causa 127/73, BRT e SABAM, detta «BRT/I», Racc. pag. 51, punto 16; 18 marzo 1997, causa C-285/95 P, Guérin automobiles/Commissione, Racc. pag. I-1503, punto 39, e 20 settembre 2001, causa C-453/99, Courage et Crehan, Racc. pag. I-6297, punto 23), e che il principio del primato del diritto comunitario esige che sia disapplicata qualsiasi disposizione della legislazione nazionale in contrasto con una norma comunitaria, indipendentemente dal fatto che sia anteriore o posteriore a quest'ultima (v., in particolare, sentenza 9 settembre 2003, causa C-198/01, CIF, Racc. pag. I-8055, punto 48).
40. Tuttavia, come risulta già dalla formulazione degli artt. 81 CE e 82 CE, perché le norme comunitarie in materia di concorrenza si applichino ad un'intesa o ad una pratica abusiva occorre che quest'ultima possa pregiudicare il commercio tra Stati membri.
41. L'interpretazione e l'applicazione di tale condizione relativa agli effetti sul commercio fra Stati membri devono assumere come punto di partenza il fatto che lo scopo di tale condizione è quello di delimitare, in materia di disciplina della concorrenza, il campo di applicazione del diritto comunitario rispetto a quello degli Stati membri. Rientrano perciò nell'ambito del diritto comunitario qualsiasi intesa e qualsiasi prassi atte ad incidere sulla libertà del commercio fra Stati membri in un senso che possa nuocere alla realizzazione degli scopi di un mercato unico fra gli Stati membri, in particolare isolando i mercati nazionali o modificando la struttura della concorrenza nel mercato comune (v., in tal senso, sentenze 31 maggio 1979, causa 22/78, Hugin/Commissione, Racc. pag. 1869, punto 17, e 25 ottobre 2001, causa C-475/99, Ambulanz Glöckner, Racc. pag. I-8089, punto 47).

42. Perché una decisione, un accordo o una pratica possa pregiudicare il commercio fra Stati membri è necessario che, in base ad un complesso di elementi obiettivi di diritto o di fatto, appaia sufficientemente probabile che essi siano atti ad esercitare un'influenza diretta o indiretta, attuale o potenziale, sugli scambi tra Stati membri, in modo tale da far temere che possano ostacolare la realizzazione di un mercato unico fra Stati membri (v. sentenze 11 luglio 1985, causa 42/84, Remia e a./Commissione, Racc. pag. 2545, punto 22, e *Ambulanz Glöckner*, cit., punto 48). Tale influenza non deve, inoltre, essere insignificante (sentenza 28 aprile 1998, causa C-306/96, *Javico*, Racc. pag. I-1983, punto 16).
43. Così, il pregiudizio agli scambi intracomunitari risulta, in generale, dalla combinazione di più fattori che di per sé non sarebbero necessariamente determinanti (v. sentenze *Bagnasco e a.*, cit., punto 47, e 29 aprile 2004, causa C-359/01 P, *British Sugar/Commissione*, Racc. pag. I-4933, punto 27).
44. A tale riguardo occorre, da un lato, constatare, come ha giustamente fatto l'avvocato generale al paragrafo 37 delle sue conclusioni, che il semplice fatto che tra i partecipanti ad un'intesa nazionale figurino anche operatori provenienti da altri Stati membri è un elemento di valutazione importante, ma di per sé non è determinante per poter concludere che risulta soddisfatto il criterio dell'incidenza sul commercio tra Stati membri.
45. Dall'altro lato, la circostanza che un accordo abbia per oggetto soltanto la distribuzione dei prodotti in un unico Stato membro non è sufficiente ad escludere che gli scambi tra Stati membri possano essere pregiudicati (v. sentenza 11 luglio 1989, causa 246/86, *Belasco e a./Commissione*, Racc. pag. I-2117, punto 33). Infatti, un'intesa che si estenda a tutto il territorio di uno Stato membro ha, per natura, l'effetto di consolidare la compartimentazione dei mercati a livello nazionale, ostacolando così l'integrazione economica voluta dal Trattato (sentenze 17 ottobre 1972, causa 8/72, *Vereeniging van Cementhandelaren/Commissione*, Racc. pag. 977, punto 29; *Remia e a./Commissione*, cit., punto 22, e 18 giugno 1998, causa C-35/96, *Commissione/Italia*, Racc. pag. I-3851, punto 48).
46. Inoltre, in materia di servizi, la Corte ha già rilevato che l'influenza sui flussi di scambi tra gli Stati membri può consistere, in particolare, nell'organizzare le attività di cui trattasi in modo tale che abbiano l'effetto di suddividere il mercato comune ed ostacolare quindi la libera prestazione di servizi, che è uno degli scopi del Trattato (v. sentenze 4 maggio 1988, causa 30/87, *Bodson*, Racc. pag. 2479, punto 24, e *Ambulanz Glöckner*, cit., punto 49).
47. È compito del giudice nazionale verificare se, in considerazione delle

ALLEGATO XI

caratteristiche del mercato nazionale di cui trattasi, appaia sufficientemente probabile che l'intesa o la pratica concordata di cui alle cause principali possa esercitare un'influenza diretta o indiretta, attuale o potenziale, sulla vendita delle polizze d'assicurazione RC auto nello Stato membro interessato da parte di operatori di altri Stati membri e che tale influenza non sia insignificante.

48. Tuttavia, la Corte, nel pronunciarsi su un rinvio pregiudiziale, può, ove necessario, fornire precisazioni dirette a guidare il giudice nazionale nella sua interpretazione (v., in particolare, sentenza 17 ottobre 2002, causa C-79/01, Payroll e a., Racc. pag. I-8923, punto 29).
49. A tale proposito occorre ricordare che, secondo la giurisprudenza della Corte, qualora si tratti di un mercato permeabile alle prestazioni di servizi da parte degli operatori di altri Stati membri, le imprese aderenti ad un accordo nazionale in materia di prezzi possono conservare la loro quota di mercato soltanto se si tutelano contro la concorrenza straniera (v., per quanto riguarda le importazioni, le citate sentenze Belasco e a./Commissione, punto 34, e British Sugar/Commissione, punto 28).
50. Orbene, la decisione di rinvio precisa che l'AGCM ha rilevato che il mercato delle polizze d'assicurazione RC auto presenta notevoli barriere all'entrata, soprattutto erette dalla necessità di approntare un'efficace rete di distribuzione e una rete di centri per la liquidazione dei danni per i sinistri in tutta l'Italia. Tuttavia, il giudice del rinvio rileva altresì che talune compagnie di assicurazione di altri Stati membri ed esercitanti la loro attività anche in Italia hanno partecipato all'accordo sanzionato dall'AGCM. Risulta quindi che si tratta di un mercato permeabile alle prestazioni di servizi da parte delle compagnie di assicurazioni di altri Stati membri, anche se dette barriere rendono più difficile la prestazione dei detti servizi.
51. Pertanto, è compito, in particolare, del giudice del rinvio esaminare se l'esistenza stessa dell'intesa o della pratica concordata potesse avere un effetto dissuasivo sulle compagnie di assicurazioni di altri Stati membri non esercenti attività in Italia, segnatamente permettendo il coordinamento e la fissazione dei premi dell'assicurazione RC auto ad un livello al quale la vendita di tale assicurazione da parte delle summenzionate compagnie non sarebbe redditizia (v., in tal senso, sentenza British Sugar, cit., punti 29 e 30).
52. Pertanto, occorre risolvere la prima questione, nella cause da C-295/04 a C-298/04, nel senso che un'intesa o una pratica concordata come quelle di cui alle cause principali, tra compagnie di assicurazioni, consistente in uno scambio reciproco di informazioni tale da permettere un aumento dei premi delle polizze di

assicurazione RC auto, non giustificato dalle condizioni di mercato, che costituisce una violazione delle norme nazionali sulla tutela della concorrenza, può altresì costituire una violazione dell'art. 81 CE se, in considerazione delle caratteristiche del mercato nazionale di cui trattasi, appaia sufficientemente probabile che l'intesa o la pratica concordata in esame possa avere un'influenza diretta o indiretta, attuale o potenziale, sulla vendita delle polizze di detta assicurazione nello Stato membro interessato da parte di operatori stabiliti in altri Stati membri e che tale influenza non sia insignificante.

Sulla seconda questione nelle cause da C-295/04 a C-297/04 e sulla terza questione nella causa C-298/04

53 Con tale questione, che occorre esaminare prima della seconda questione nella causa C-298/04, il giudice del rinvio chiede, in sostanza, se l'art. 81 CE debba essere interpretato nel senso che esso legittimi chiunque a far valere la nullità di un'intesa o di una pratica vietata dalla stessa norma comunitaria e a chiedere il risarcimento dei danni subiti ove sussista un nesso di causalità tra l'intesa o la pratica ed il danno.

Osservazioni presentate alla Corte

54. L'Assitalia propone alla Corte di rispondere affermativamente, ricordando tuttavia che, in mancanza di una disciplina comunitaria in materia, spetta all'ordinamento giuridico interno di ciascuno Stato membro designare i giudici competenti e stabilire le modalità procedurali dei ricorsi intesi a garantire la tutela dei diritti spettanti ai singoli in forza dell'effetto diretto del diritto comunitario, purché tali modalità rispettino i principi di equivalenza e di effettività (v. sentenza *Courage e Crehan*, cit., punto 29).

55. Secondo il governo tedesco e la Commissione, l'art. 81 CE dovrebbe essere interpretato nel senso che legittima i terzi portatori di un interesse giuridicamente rilevante a far valere la nullità di un'intesa o di una pratica vietata da tale norma comunitaria e a chiedere il risarcimento dei danni subiti ove sussista un nesso di causalità tra l'intesa o la pratica concordata ed il danno.

Giudizio della Corte

56. Anzitutto occorre ricordare che l'art. 81, n.2, CE prevede la nullità di qualsiasi accordo e decisione vietati ai sensi dell'art. 81 CE.

57. Risulta da una giurisprudenza costante che tale nullità, che può essere invocata da chiunque, s'impone al giudice quando ricorrono i presupposti per

ALLEGATO XI

- l'applicazione dell'art. 81, n.1, CE e quando l'accordo di cui trattasi non può giustificare la concessione di un'esenzione ai sensi dell'art. 81, n.3, CE (v., su quest'ultimo punto, in particolare, sentenza 9 luglio 1969, causa 10/69, Portelange, Racc. pag. 309, punto 10). Posto che la nullità di cui all'art. 81, n.2, CE è assoluta, l'accordo che ricada sotto questa disposizione è privo di effetti nei rapporti fra i contraenti e non può essere opposto a terzi (v. sentenza 25 novembre 1971, causa 22/71, Béguelin, Racc. pag. 949, punto 29). Inoltre, essa riguarda tutti gli effetti, passati e futuri, dell'accordo o della decisione interessati (v. sentenze 6 febbraio 1973, causa 48/72, Brasserie de Haecht, Racc. pag. 77, punto 26, e Courage e Crehan, cit., punto 22).
58. Inoltre, come è stato ricordato al punto 39 della presente sentenza, l'art. 81, n.1, CE produce effetti diretti nei rapporti tra i singoli ed attribuisce direttamente a questi diritti che i giudici nazionali devono tutelare.
59. Ne consegue che qualsiasi singolo è legittimato a far valere in giudizio la violazione dell'art. 85, n.1, CE (v. sentenza Courage e Crehan, cit., punto 24) e, di conseguenza, a invocare la nullità di un'intesa o di una pratica vietata da tale articolo.
60. Per quanto poi riguarda la possibilità di chiedere il risarcimento del danno causato da un contratto o da un comportamento idoneo a restringere o a falsare il gioco della concorrenza, occorre ricordare che la piena efficacia dell'art. 81 CE e, in particolare, l'effetto utile del divieto sancito al n.1 di tale articolo sarebbero messi in discussione se chiunque non potesse chiedere il risarcimento del danno causatogli da un contratto o da un comportamento idoneo a restringere o a falsare il gioco della concorrenza (v. sentenza Courage e Crehan, cit., punto 26).
61. Ne consegue che chiunque ha il diritto di chiedere il risarcimento del danno subito quando esiste un nesso di causalità tra tale danno e un'intesa o pratica vietata dall'art. 81 CE.
62. In mancanza di una disciplina comunitaria in materia, spetta all'ordinamento giuridico interno di ciascuno Stato membro designare i giudici competenti e stabilire le modalità procedurali dei ricorsi intesi a garantire la tutela dei diritti spettanti ai singoli in forza dell'effetto diretto del diritto comunitario, purché tali modalità non siano meno favorevoli di quelle che riguardano ricorsi analoghi di natura interna (principio di equivalenza) né rendano praticamente impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio dei diritti conferiti dall'ordinamento giuridico comunitario (principio di effettività) (v. sentenze 10 luglio 1997, causa C-261/95, Palmisani, Racc. pag. I-4025, punto 27, e Courage e Crehan, cit., punto 29).

63. Pertanto occorre risolvere la seconda questione nelle cause da C-295/04 a C-297/04 e la terza questione nella causa C-298/04 nel senso che chiunque ha il diritto di far valere la nullità di un'intesa o di una pratica vietata da tale articolo e, quando esiste un nesso di causalità tra essa e il danno subito, di chiedere il risarcimento di tale danno.
64. In mancanza di una disciplina comunitaria in materia, spetta all'ordinamento giuridico interno di ciascuno Stato membro stabilire le modalità di esercizio di tale diritto, comprese quelle relative all'applicazione della nozione di «nesso di causalità», purché i principi di equivalenza e di effettività siano rispettati.

Sulla seconda questione nella causa C-298/04

65. Con tale questione, il giudice del rinvio chiede, in sostanza, se l'art. 81 CE debba essere interpretato nel senso che osta ad una norma nazionale quale l'art. 33, n.2, della legge n.287/1990, secondo cui i terzi devono proporre i loro ricorsi per risarcimento del danno derivante dalla violazione delle regole di concorrenza comunitarie e nazionali dinanzi ad un giudice diverso da quello ordinariamente competente per domande di pari valore, comportando così un notevole aumento dei costi e dei tempi di giudizio.

Osservazioni presentate alla Corte

66. L'Assitalia fa osservare che l'art. 33, n. 2, della legge n. 287/90 si applica alle sole azioni di risarcimento danni fondate sulla violazione delle norme nazionali che tutelano la concorrenza e che, per converso, le azioni di risarcimento danni fondate sulla violazione degli artt. 81 CE e 82 CE, in assenza di un'espressa previsione di legge, sono di competenza del giudice ordinario.
67. Pertanto, alla luce del principio dell'autonomia procedurale, il giudice nazionale, qualora fosse chiamato a verificare il rispetto dei principi di equivalenza e di effettività in relazione all'art. 33 della legge n. 287/90, dovrebbe rilevare che la situazione giuridica fondata sul diritto comunitario è maggiormente tutelata, in considerazione della garanzia del doppio grado di giudizio, rispetto a quella fondata sul diritto nazionale.
68. Il governo italiano sostiene che la scelta sull'attribuzione della competenza a conoscere le controversie di cui trattasi deriva esclusivamente dall'organizzazione giudiziaria dei singoli Stati membri, fatti salvi i principi di equivalenza e di effettività.

69. La Commissione sostiene che una normativa nazionale che prevede regole di competenza diverse per le azioni civili fondate sulla violazione delle norme comunitarie in materia di concorrenza rispetto a quelle applicabili in azioni simili di natura interna è compatibile con il diritto comunitario qualora le prime non siano meno favorevoli rispetto alle seconde né rendano praticamente impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio dei diritti conferiti ai singoli dall'ordinamento giuridico comunitario.

Giudizio della Corte

70. Anzitutto, per quanto riguarda la questione se l'art. 33, n. 2, della legge n. 287/90 si applichi alle sole azioni di risarcimento danni fondate sulla violazione delle norme nazionali in materia di concorrenza o anche alle azioni di risarcimento danni fondate sulla violazione degli artt. 81 CE e 82 CE, la Corte non è competente ad interpretare il diritto interno né ad esaminare la sua applicazione al caso di specie (v., in particolare, sentenze 24 ottobre 1996, causa C-435/93, Dietz, Racc. pag. I-5223, punto 39, e 19 gennaio 2006, causa C-265/04, Bouanich, non ancora pubblicata nella Raccolta, punto 51).

71. Inoltre, come risulta dal punto 62 della presente sentenza, in mancanza di una disciplina comunitaria in materia, spetta all'ordinamento giuridico interno di ciascuno Stato membro designare i giudici competenti e stabilire le modalità procedurali dei ricorsi intesi a garantire la tutela dei diritti spettanti ai singoli in forza dell'effetto diretto del diritto comunitario, purché tali modalità non siano meno favorevoli di quelle che riguardano ricorsi analoghi di natura interna (principio di equivalenza) né rendano praticamente impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio dei diritti conferiti dall'ordinamento giuridico comunitario (principio di effettività).

72. Pertanto, occorre risolvere la seconda questione nella causa C-298/04 nel senso che, in mancanza di una disciplina comunitaria in materia, spetta all'ordinamento giuridico interno di ciascuno Stato membro designare i giudici competenti a conoscere dei ricorsi per risarcimento danni fondati su una violazione delle regole di concorrenza comunitarie e stabilire le modalità procedurali di tali ricorsi, purché le disposizioni di cui trattasi non siano meno favorevoli di quelle relative ai ricorsi per risarcimento danni fondati su una violazione delle norme nazionali in materia di concorrenza e le dette disposizioni nazionali non rendano praticamente impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio del diritto di chiedere il risarcimento del danno causato da un'intesa o da una pratica vietata dall'art. 81 CE.

Sulla terza questione nelle cause da C-295/04 a C-297/04 e sulla quarta questione nella causa C-298/04

73. Con tale questione, il giudice del rinvio chiede, in sostanza, se l'art. 81 CE debba essere interpretato nel senso che osta ad una norma di diritto nazionale secondo cui il termine di prescrizione dell'azione di risarcimento del danno causato da un'intesa o da una pratica vietata dall'art. 81 CE decorre dal giorno in cui l'intesa o la pratica concordata è stata posta in essere.

Osservazioni presentate alla Corte

74. L'Assitalia rileva che, in base al principio dell'autonomia procedurale, spetta al giudice nazionale, nel rispetto dei principi di equivalenza e di effettività, stabilire, alla luce del proprio ordinamento, quali siano i termini di prescrizione e le modalità di applicazione degli stessi (v. sentenza 14 dicembre 1995, causa C-312/93, Peterbroeck, Racc. pag. I-4599).

75. Secondo il governo italiano, la tutela contro gli effetti negativi derivanti da un'intesa diviene efficace solo a partire dal giorno in cui quest'ultima è stata posta in essere. Il termine di prescrizione della domanda di risarcimento danni fondata sull'art. 81 CE decorre quindi a partire dal quel momento.

76. La Commissione afferma che, in mancanza di una disciplina comunitaria in materia, spetta all'ordinamento giuridico di ciascuno Stato membro regolare questioni quali il decorso del termine di prescrizione per l'esercizio delle azioni fondate sulla violazione delle regole comunitarie in materia di concorrenza, purché tale termine non risulti meno favorevole di quello che riguarda ricorsi analoghi di natura interna né renda praticamente impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio dei diritti conferiti dall'ordinamento giuridico comunitario.

Giudizio della Corte

77. Come è stato ricordato al punto 62 della presente sentenza, in mancanza di una disciplina comunitaria in materia, spetta all'ordinamento giuridico interno di ciascuno Stato membro stabilire le modalità procedurali dei ricorsi intesi a garantire la tutela dei diritti spettanti ai singoli in forza dell'effetto diretto del diritto comunitario, purché tali modalità rispettino i principi di equivalenza e di effettività.

78. Una norma nazionale in virtù della quale il termine di prescrizione per la presentazione di un ricorso per risarcimento danni decorre dal giorno in cui l'intesa o la pratica concordata è stata posta in essere potrebbe rendere

ALLEGATO XI

praticamente impossibile l'esercizio del diritto di chiedere il risarcimento del danno causato da tale intesa o pratica vietata, in particolare qualora tale norma nazionale preveda anche un termine di prescrizione breve e tale termine non possa essere sospeso.

79. Infatti, in una situazione del genere, nel caso di infrazioni continuate o ripetute, non è escluso che il termine di prescrizione si estingua addirittura prima che sia cessata l'infrazione e in tal caso chiunque abbia subito danni dopo la scadenza del termine di prescrizione si trova nell'impossibilità di presentare un ricorso.

80. È compito del giudice nazionale verificare se ciò avvenga nel caso della norma nazionale controversa nelle cause principali.

81. Pertanto, occorre risolvere la terza questione nelle cause da C-295/04 a C-297/04 e la quarta questione nella causa C-298/04 nel senso che, in mancanza di una disciplina comunitaria in materia, spetta all'ordinamento giuridico interno di ciascuno Stato membro stabilire il termine di prescrizione per chiedere il risarcimento del danno causato da un'intesa o da una pratica concordata vietata dall'art. 81 CE, purché siano rispettati i principi di equivalenza e di effettività.

82. A tale riguardo, è compito del giudice nazionale verificare se una norma nazionale in virtù della quale il termine di prescrizione per chiedere il risarcimento del danno causato da un'intesa o da una pratica vietata dall'art. 81 CE decorre a partire dal giorno in cui tale intesa o tale pratica vietata è stata posta in essere - in particolare qualora tale norma preveda anche un termine di prescrizione breve e tale termine non possa essere sospeso - renda praticamente impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio del diritto di chiedere il risarcimento del danno subito.

Sulla quarta questione nelle cause da C-295/04 a C-297/04 e sulla quinta questione nella causa C-298/04

83. Con tale questione il giudice del rinvio chiede, in sostanza, se l'art. 81 CE debba essere interpretato nel senso che impone ai giudici nazionali l'obbligo di liquidare il danno punitivo, affinché l'indennizzo sia superiore al vantaggio ricavato dall'operatore economico che ha violato tale disposizione e scoraggi così la realizzazione di intese o di pratiche vietate da quest'ultima.

Osservazioni presentate alla Corte

84. L'Assitalia fa valere che la questione relativa al riconoscimento di un indennizzo punitivo al terzo danneggiato da una condotta anticoncorrenziale attiene ancora

una volta al principio dell'autonomia procedurale. Non esistendo infatti una disciplina comunitaria in materia di danno punitivo, spetta all'ordinamento giuridico di ciascuno Stato membro stabilire i criteri che consentono la determinazione dell'entità del risarcimento, sempre nel rispetto dei principi di equivalenza e di effettività (v. in particolare, in tal senso, sentenza 5 marzo 1996, cause riunite C-46/93 e C-48/93, Brasserie du pêcheur e Factortame, Racc. pag. I-1029, punti 89 e 90).

85. Il governo italiano sostiene che l'istituto del danno punitivo è estraneo all'ordinamento giuridico italiano e alla ragion d'essere dell'istituto del risarcimento. Quest'ultimo, infatti, sarebbe concepito come strumento di ristoro del pregiudizio subito e provato dal danneggiato, senza che possano in alcun modo venire in rilievo funzioni sanzionatorie o repressive, che sono oggetto di riserva di legge.

86. Il governo tedesco ritiene che tale questione debba essere risolta in senso negativo.

87. A parere del governo austriaco, per garantire l'applicazione dell'art. 81 CE non occorre liquidare d'ufficio il danno punitivo al terzo danneggiato, in quanto un arricchimento del danneggiato non è né voluto né necessario. La maggior parte degli ordinamenti giuridici degli Stati membri non farebbe scaturire conseguenze giuridiche siffatte da una violazione dell'art. 81, n.1, CE, bensì prevedrebbe diritti in materia di risarcimento danni e di inibitoria, e ciò sarebbe sufficiente ai fini dell'efficace applicazione dell'art. 81 CE.

88. Secondo la Commissione, in mancanza di una disciplina comunitaria della materia, spetta all'ordinamento giuridico di ciascuno Stato membro disciplinare questioni quali la liquidazione del danno derivante dalla violazione delle norme comunitarie in materia di concorrenza, purché il risarcimento del danno in tali casi non risulti meno favorevole al danneggiato del risarcimento che questi potrebbe ottenere sperando azioni analoghe di natura interna.

Giudizio della Corte

89. Come risulta da una giurisprudenza costante, è compito dei giudici nazionali incaricati di applicare, nell'ambito delle loro competenze, le norme del diritto comunitario garantire la piena efficacia di tali norme e tutelare i diritti da esse attribuiti ai singoli (v., in particolare, sentenze 9 marzo 1978, causa 106/77, Simmenthal, Racc. pag. 629, punto 16; 19 giugno 1990, causa C-213/89, Factortame, Racc. pag. I-2433, punto 19, e Courage e Crehan, cit., punto 25).

ALLEGATO XI

90. Come è stato ricordato al punto 60 della presente sentenza, la piena efficacia dell'art. 81 CE e, in particolare, l'effetto utile del divieto sancito al n.1 di tale articolo sarebbero messi in discussione se chiunque non potesse chiedere il risarcimento del danno causatogli da un contratto o da un comportamento idoneo a restringere o falsare il gioco della concorrenza.
91. Un siffatto diritto rafforza, infatti, il carattere operativo delle regole di concorrenza comunitarie ed è tale da scoraggiare gli accordi o le pratiche, spesso dissimulati, idonei a restringere o a falsare il gioco della concorrenza. In quest'ottica, le azioni di risarcimento danni dinanzi ai giudici nazionali possono contribuire sostanzialmente al mantenimento di un'effettiva concorrenza nella Comunità (sentenza *Courage e Crehan*, cit., punto 27).
92. Per quanto riguarda la concessione di un risarcimento danni e un'eventuale possibilità di liquidare danni punitivi, in mancanza di disposizioni comunitarie in materia, spetta all'ordinamento giuridico interno di ciascuno Stato membro stabilire i criteri che consentono di determinare l'entità del risarcimento, purché i principi di equivalenza e di effettività siano rispettati.
93. A tale riguardo, da un lato, in conformità del principio di equivalenza, una forma particolare di risarcimento, qual è il risarcimento esemplare o punitivo, deve poter essere riconosciuta nell'ambito di azioni fondate sulle regole comunitarie di concorrenza, qualora possa esserlo nell'ambito di azioni analoghe fondate sul diritto interno (v., in tal senso, sentenza *Brasserie du pêcheur e Factortame*, cit., punto 90).
94. Tuttavia, risulta da una giurisprudenza costante che il diritto comunitario non osta a che i giudici nazionali vigilino affinché la tutela dei diritti garantiti dall'ordinamento giuridico comunitario non comporti un arricchimento senza giusta causa degli aventi diritto (v., in particolare, sentenze 4 ottobre 1979, causa 238/78, *Ireks-Arkady/Consiglio e Commissione*, Racc. pag. 2955, punto 14; 21 settembre 2000, cause riunite C-441/98 e C-442/98, *Michaïlidis*, Racc. pag. I-7145, punto 31, e *Courage e Crehan*, cit., punto 30).
95. D'altra parte, dal principio di effettività e dal diritto di chiunque a chiedere il risarcimento del danno causato da un contratto o da un comportamento idoneo a restringere o a falsare il gioco della concorrenza discende che le persone che hanno subito un danno devono poter chiedere il risarcimento non solo del danno reale (*damnum emergens*), ma anche del mancato guadagno (*lucrum cessans*), nonché il pagamento di interessi.
96. Infatti l'esclusione totale del lucro cessante dal danno risarcibile non può essere

ammessa in caso di violazione del diritto comunitario poiché, soprattutto in tema di controversie di natura economica o commerciale, una tale esclusione totale del lucro cessante si presta a rendere di fatto impossibile il risarcimento del danno (v. sentenze *Brasserie du pêcheur et Factortame*, cit., punto 87, e 8 marzo 2001, cause riunite C-397/98 e C-410/98, *Metallgesellschaft e a.*, Racc. pag. I-1727, punto 91).

97. Per quanto riguarda il pagamento di interessi, la Corte ha ricordato al punto 31 della sentenza 2 agosto 1993, causa C-271/91, *Marshall* (Racc. pag. I-4367), che la loro corresponsione, ai sensi delle pertinenti norme nazionali, costituisce una componente essenziale di un indennizzo.

98. Ne consegue che occorre risolvere la quarta questione nelle cause da C-295/04 a C-297/04 e la quinta questione nella causa C-298/04 nel senso che, in mancanza di disposizioni di diritto comunitario in materia, spetta all'ordinamento giuridico interno di ciascuno Stato membro stabilire i criteri che consentono la determinazione dell'entità del risarcimento del danno causato da un'intesa o da una pratica vietata dall'art. 81 CE, purché siano rispettati i principi di equivalenza e di effettività.

99. Pertanto, da un lato, in conformità del principio di equivalenza, se un risarcimento danni particolare, come il risarcimento esemplare o punitivo, può essere riconosciuto nell'ambito di azioni nazionali analoghe alle azioni fondate sulle regole comunitarie di concorrenza, esso deve poterlo essere anche nell'ambito di queste ultime azioni. Tuttavia, il diritto comunitario non osta a che i giudici nazionali vigilino affinché la tutela dei diritti garantiti dall'ordinamento giuridico comunitario non comporti un arricchimento senza causa degli aventi diritto

100. D'altro lato, dal principio di effettività e dal diritto del singolo di chiedere il risarcimento del danno causato da un contratto o da un comportamento idoneo a restringere o a falsare il gioco della concorrenza discende che le persone che hanno subito un danno devono poter chiedere il risarcimento non solo del danno reale (*damnum emergens*), ma anche del mancato guadagno (*lucrum cessans*), nonché il pagamento di interessi.

Sulle spese

101. Nei confronti delle parti nelle cause principali il presente procedimento costituisce un incidente sollevato dinanzi al giudice nazionale, cui spetta quindi statuire sulle spese. Le spese sostenute da altri soggetti per presentare osservazioni alla Corte non possono dar luogo a rifusione.

Per questi motivi, la Corte (Terza Sezione) dichiara:

1) Un'intesa o una pratica concordata come quella di cui alle cause principali, tra compagnie di assicurazioni, consistente in uno scambio reciproco di informazioni tale da permettere un aumento dei premi dell'assicurazione responsabilità civile obbligatoria relativa ai sinistri causati da autoveicoli, natanti e ciclomotori, non giustificato dalle condizioni di mercato, che costituisce una violazione delle norme nazionali sulla tutela della concorrenza, può altresì costituire una violazione dell'art. 81 CE se, in considerazione delle caratteristiche del mercato nazionale di cui trattasi, appaia sufficientemente probabile che l'intesa o la pratica concordata in esame possa avere un'influenza diretta o indiretta, attuale o potenziale, sulla vendita delle polizze della detta assicurazione nello Stato membro interessato da parte di operatori stabiliti in altri Stati membri e che tale influenza non sia insignificante.

2) L'art. 81 CE deve essere interpretato nel senso che chiunque ha il diritto di far valere la nullità di un'intesa o di una pratica vietata da tale articolo e, quando esiste un nesso di causalità tra essa e il danno subito, di chiedere il risarcimento di tale danno.

In mancanza di una disciplina comunitaria in materia, spetta all'ordinamento giuridico interno di ciascuno Stato membro stabilire le modalità di esercizio di tale diritto, comprese quelle relative all'applicazione della nozione di «nesso di causalità», purché i principi di equivalenza e di effettività siano rispettati.

3) In mancanza di una disciplina comunitaria in materia, spetta all'ordinamento giuridico interno di ciascuno Stato membro designare i giudici competenti a conoscere dei ricorsi per risarcimento danni fondati su una violazione delle regole di concorrenza comunitarie e stabilire le modalità procedurali di tali ricorsi, purché le disposizioni di cui trattasi non siano meno favorevoli di quelle relative ai ricorsi per risarcimento danni fondati su una violazione delle norme nazionali in materia di concorrenza e che stabiliscono le loro modalità procedurali e le dette disposizioni nazionali non rendano praticamente impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio del diritto di chiedere il risarcimento del danno causato da un'intesa o da una pratica vietata dall'art. 81 CE.

4) In mancanza di una disciplina comunitaria in materia, spetta all'ordinamento giuridico interno di ciascuno Stato membro stabilire il

termine di prescrizione per chiedere il risarcimento del danno causato da un'intesa o da una pratica vietata dall'art. 81 CE, purché siano rispettati i principi di equivalenza e di effettività.

A tale riguardo, è compito del giudice nazionale verificare se una norma nazionale, in virtù della quale il termine di prescrizione per chiedere il risarcimento del danno causato da un'intesa o da una pratica vietata dall'art. 81 CE decorre a partire dal giorno in cui tale intesa o tale pratica vietata è stata posta in essere - in particolare qualora tale norma nazionale preveda anche un termine di prescrizione breve e tale termine non possa essere sospeso - renda praticamente impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio del diritto di chiedere il risarcimento del danno subito.

- 5) In mancanza di disposizioni di diritto comunitario in materia, spetta all'ordinamento giuridico interno di ciascuno Stato membro stabilire i criteri che consentono la determinazione dell'entità del risarcimento del danno causato da un'intesa o da una pratica vietata dall'art. 81 CE, purché siano rispettati i principi di equivalenza e di effettività.

Pertanto, da un lato, in conformità del principio di equivalenza, se un risarcimento danni particolare, come il risarcimento esemplare o punitivo, può essere riconosciuto nell'ambito di azioni nazionali analoghe alle azioni fondate sulle regole comunitarie di concorrenza, esso deve poterlo essere anche nell'ambito di queste ultime azioni. Tuttavia, il diritto comunitario non osta a che i giudici nazionali vigilino affinché la tutela dei diritti garantiti dall'ordinamento giuridico comunitario non comporti un arricchimento senza causa degli aventi diritto.

D'altro lato, dal principio di effettività e dal diritto del singolo di chiedere il risarcimento del danno causato da un contratto o da un comportamento idoneo a restringere o a falsare il gioco della concorrenza discende che le persone che hanno subito un danno devono poter chiedere il risarcimento non solo del danno reale (*damnum emergens*), ma anche del mancato guadagno (*lucrum cessans*), nonché il pagamento di interessi.

Firme

Lingua processuale: l'italiano.

1. *Legal Scholarship in Africa* - MARCO GUADAGNI (1989)
2. *L'insegnamento della religione nel Trentino-Alto Adige* - ERMINIA CAMASSA AUREA (1990)
3. *Il nuovo processo penale. Seminari* - MARTA BARGIS (1990)
4. *Proprietà-garanzia e contratto. Formule e regole nel leasing finanziario* - MAURO BUSSANI (1992)
5. *Fonti e modelli nel diritto dell'Europa orientale* - GIANMARIA AJANI (1993)
6. *Il giudizio di "congruità" del rapporto di cambio nella fusione* - LUIGI ARTURO BIANCHI (1993)
7. *Interessi pubblici e situazioni soggettive nella disciplina della concorrenza del mercato* - FRANCO PELLIZZER (1993)
8. *La legge controllata. Contributo allo studio del procedimento di controllo preventivo delle leggi regionali* - EMANUELE ROSSI (1993)
9. *L'oggetto del giudizio sui conflitti di attribuzione tra i poteri dello Stato. Fonti normative. Strumenti e tecniche di giudizio della Corte Costituzionale* - DAMIANO FLORENZANO (1994)
10. *Dall'organizzazione allo sviluppo* - SILVIO GOGGIO (1994)
11. *Diritto alla riservatezza e trattamenti sanitari obbligatori: un'indagine comparata* - CARLO CASONATO (1995)
12. *Lezioni di diritto del lavoro tedesco* - ULRICH ZACHERT (1995)
13. *Diritti nell'interesse altrui. Undisclosed agency e trust nell'esperienza giuridica inglese* - MICHELE GRAZIADEI (1995)
14. *La struttura istituzionale del nuovo diritto comune europeo: competizione e circolazione dei modelli giuridici* - LUISA ANTONIOLLI DEFLORIAN (1996)
15. *L'eccezione di illegittimità del provvedimento amministrativo. Un'indagine comparata* - BARBARA MARCHETTI (1996)

16. *Le pari opportunità nella rappresentanza politica e nell'accesso al lavoro. I sistemi di "quote" al vaglio di legittimità* - (a cura di) STEFANIA SCARPONI (1997)
17. *I requisiti delle società abilitate alla revisione legale* - EMANUELE CUSA (1997)
18. *Germania ed Austria: modelli federali e bicamerali a confronto* - FRANCESCO PALERMO (1997)
19. *Minoranze etniche e rappresentanza politica: i modelli statunitense e canadese* - CARLO CASONATO (1998)
20. *Scritti inediti di procedura penale* - NOVELLA GALANTINI e FRANCESCA RUGGIERI (1998)
21. *Il dovere di informazione. Saggio di diritto comparato* - ALBERTO M. MUSY (1999)
22. *L'Anti-Rousseau di Filippo Maria Renazzi (1745-1808)* - BEATRICE MASCHIETTO (1999)
23. *Rethinking Water Law. The Italian Case for a Water Code* - NICOLA LUGARESI (2000)
24. *Making European Law. Essays on the 'Common Core' Project* - MAURO BUSSANI e UGO MATTEI (2000)
25. *Considerazioni in tema di tutela cautelare in materia tributaria* - ALESSANDRA MAGLIARO (2000)
26. *Rudolf B. Schlesinger – Memories* - UGO MATTEI e ANDREA PRADI (2000)
27. *Ordinamento processuale amministrativo tedesco (VwGO) – Versione italiana con testo a fronte* - GIANDOMENICO FALCON e CRISTINA FRAENKEL (cur.) (2000)
28. *La responsabilità civile. Percorsi giurisprudenziali* (Opera ipertestuale. Libro + Cd-Rom) - GIOVANNI PASCUZZI (2001)
29. *La tutela dell'interesse al provvedimento* - GIANDOMENICO FALCON (2001)

30. *L'accesso amministrativo e la tutela della riservatezza* - ANNA SIMONATI (2002)
31. *La pianificazione urbanistica di attuazione: dal piano particolareggiato ai piani operativi* - (a cura di) DARIA DE PRETIS (2002)
32. *Storia, istituzione e diritto in Carlo Antonio de Martini (1726-1800). 2° Colloquio europeo Martini, Trento 18-19 ottobre 2000, Università degli Studi di Trento* - (a cura di) HEINZ BARTA, GÜNTHER PALLAVER, GIOVANNI ROSSI, GIAMPAOLO ZUCCHINI (2002)
33. *Giustino D'Orazio. Antologia di saggi. Contiene l'inedito "Poteri prorogati delle camere e stato di guerra"* - (a cura di) DAMIANO FLORENZANO e ROBERTO D'ORAZIO (2002)
34. *Il principio dell'apparenza giuridica* - ELEONORA RAJNERI (2002)
35. *La testimonianza de relato nel processo penale. Un'indagine comparata* - GABRIELLA DI PAOLO (2002)
36. *Funzione della pena e terzietà del giudice nel confronto fra teoria e prassi. Atti della Giornata di studio - Trento, 22 giugno 2000* - (a cura di) MAURIZIO MANZIN (2002)
37. *Ricordi Politici. Le «Proposizioni civili» di Cesare Speciano e il pensiero politico del XVI secolo* - PAOLO CARTA (2003)
38. *Giustizia civile e diritto di cronaca. Atti del seminario di studio tenuto presso la Facoltà di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Trento, 7 marzo 2003* - (a cura di) GIOVANNI PASCUZZI (2003)
39. *La glossa ordinaria al Decreto di Graziano e la glossa di Accursio al Codice di Giustiniano: una ricerca sullo status giuridico degli eretici* - RUGGERO MACERATINI (2003)
40. *La disciplina amministrativa e penale degli interventi edilizi. Un bilancio della normativa trentina alla luce del nuovo testo unico sull'edilizia. Atti del Convegno tenuto nella Facoltà di*

Giurisprudenza di Trento l'8 maggio 2003 - (a cura di) DARIA DE PRETIS e ALESSANDRO MELCHIONDA (2003)

41. *The Protection of Fundamental Rights in Europe: Lessons from Canada* - CARLO CASONATO (ED.) (2004)

42. *Un diritto per la scuola. Atti del Convegno "Questioni giuridiche ed organizzative per la riforma della scuola"*. Giornata di Studio in onore di Umberto Pototschnig (Trento, 14 maggio 2003). *In appendice: U. Pototschnig, SCRITTI VARI (1967-1991)* - (a cura di) DONATA BORGONOVO RE e FULVIO CORTESE (2004)

43. *Giurisdizione sul silenzio e discrezionalità amministrativa. Germania - Austria - Italia* - CRISTINA FRAENKEL-HAEBERLE (2004)

44. *Il processo di costituzionalizzazione dell'Unione europea. Saggi su valori e prescrittività dell'integrazione costituzionale sovranazionale* - (a cura di) ROBERTO TONIATTI e FRANCESCO PALERMO (2004)

45. *Nuovi poteri del giudice amministrativo e rimedi alternativi al processo. L'esperienza francese* - ANNA SIMONATI (2004)

46. *Profitto illecito e risarcimento del danno* - PAOLO PARDOLESI (2005)

47. *La procreazione medicalmente assistita: ombre e luci* - (a cura di) ERMINIA CAMASSA e CARLO CASONATO (2005)

48. *La clausola generale dell'art. 100 c.p.c. Origini, metamorfosi e nuovi ruoli* - MARINO MARINELLI (2005)

49. *Diritto di cronaca e tutela dell'onore. La riforma della disciplina sulla diffamazione a mezzo stampa. Atti del convegno tenuto presso la Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Trento il 18 marzo 2005* - (a cura di) ALESSANDRO MELCHIONDA e GIOVANNI PASCUZZI (2005)

50. *L'Italia al Palazzo di Vetro. Aspetti dell'azione diplomatica e della presenza italiana all'ONU* - (a cura di) STEFANO BALDI e GIUSEPPE NESI (2005)

51. *Appalti pubblici e servizi di interesse generale. Atti dei seminari tenuti presso la Facoltà di Giurisprudenza di Trento. Novembre - Dicembre 2004* - (a cura di) GIAN ANTONIO BENACCHIO e DARIA DE PRETIS (2005)
52. *Il termalismo terapeutico nell'Unione europea tra servizi sanitari nazionali e politiche del turismo* - ALCESTE SANTUARI (2006)
53. *La gestione delle farmacie comunali: modelli e problemi giuridici* - (a cura di) DARIA DE PRETIS (2006)
54. *Guida alla ricerca ed alla lettura delle decisioni delle corti statunitensi* - (a cura di) ROBERTO CASO (2006)
55. *Dialoghi sul danno alla persona. Saggi raccolti nell'ambito della seconda edizione dei "Dialoghi di diritto civile" tenutisi presso il Dipartimento di Scienze Giuridiche dell'Università di Trento (a.a. 2004-2005)* - (a cura di) UMBERTO IZZO (2006)
56. *Il diritto degli OGM tra possibilità e scelta. Atti del Convegno tenuto presso la Facoltà di Giurisprudenza di Trento. 26 novembre 2004* - (a cura di) CARLO CASONATO e MARCO BERTI (2006)
57. *Introduzione al biodiritto. La bioetica nel diritto costituzionale comparato* - CARLO CASONATO (2006)
58. *La famiglia senza frontiere. Atti del convegno tenuto presso la Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Trento il 1° ottobre 2005* - (a cura di) GIOVANNI PASCUZZI (2006)
59. *Sicurezza informatica: regole e prassi. Atti del Convegno tenuto presso la Facoltà di Giurisprudenza di Trento il 6 maggio 2005* - (a cura di) ROBERTO CASO (2006)
60. *Attività alberghiera e di trasporto nel pacchetto turistico all inclusive: le forme di tutela del turista-consumatore. Atti del Convegno. Trento-Rovereto, 4-5 novembre 2005* - (a cura di) SILVIO BUSTI e ALCESTE SANTUARI (2006)

61. *La Società Cooperativa Europea. Quali prospettive per la cooperazione italiana?* Atti del Convegno tenuto presso la Facoltà di Economia di Trento il 24 giugno 2005 - (a cura di) ANTONIO FICI e DANILO GALLETTI (2006)

62. *Le impugnazioni delle delibere del c.d.a. Premesse storico-comparatistiche* - SILVANA DALLA BONTÀ (2006)

63. *La traduzione del diritto comunitario ed europeo: riflessioni metodologiche.* Atti del Convegno tenuto presso la Facoltà di Giurisprudenza di Trento, 10-11 marzo 2006 - (a cura di) ELENA IORIATTI FERRARI (2007)

64. *Globalizzazione, responsabilità sociale delle imprese e modelli partecipativi* - (a cura di) STEFANIA SCARPONI (2007)

65. *Il contratto di trasporto di persone marittimo e per acque interne* - ALCESTE SANTUARI (2007)

66. *Il Private enforcement del diritto comunitario della concorrenza: ruolo e competenze dei giudici nazionali.* Atti del Convegno tenuto presso la Facoltà di Giurisprudenza di Trento, 15-16 giugno 2007 - (a cura di) GIAN ANTONIO BENACCHIO e MICHELE CARPAGNANO (2007) (volume non destinato alla vendita)

67. *L'azione di risarcimento del danno per violazione delle regole comunitarie sulla concorrenza* - GIAN ANTONIO BENACCHIO e MICHELE CARPAGNANO (2007) (volume non destinato alla vendita)