

L.go Toscanini, 1 - 20122 Milano  
Tel. 02 771971  
Fax 02 77197260  
02 794675 - 02 76015360  
E-mail: santamaria@santalex.com  
http://www.santalex.com

Via Carducci, 4  
00187 Roma  
Tel. 06 48904329  
Fax 06 4827355

Italian Desk at Greenberg Traurig  
LLP, 200 Metlife Building  
10166 New York, N.Y.  
Tel. 001.212.8019200 - Fax 001.2128016400  
E-mail: borgognil@gtlaw.com  
http://www.gtlaw.com

*Director: Prof. Avv. Alberto Santa Maria*

### **La modernizzazione del diritto comunitario della concorrenza.**

#### **Il Regolamento 1/2003 (*Parte prima*)**

##### **Sezione prima**

##### ***Considerazioni introduttive: il Regolamento 17/62, quale primo strumento per l'attuazione del diritto comunitario della concorrenza***

1. Dal 1° maggio 2004 è applicabile il Regolamento CE del Consiglio n. 1/2003<sup>1</sup>, concernente l'applicazione delle regole di concorrenza di cui agli artt. 81 e 82 del Trattato istitutivo delle Comunità Europee. La riforma attuata dal regolamento rappresenta senza dubbio il cambiamento più radicale del diritto europeo della concorrenza nel corso della sua più che quarantennale applicazione. La disciplina applicativa degli artt. 81 e 82 del Trattato CE, fino ad oggi dettata dal regolamento n. 17/62,<sup>2</sup> oltre che, parzialmente, dal regolamento n. 19/65,<sup>3</sup> viene difatti ripensata a partire da presupposti e

problematiche completamente diversi rispetto a quelli posti a fondamento del sistema precedente.

Com'è noto, il primo paragrafo dell'art. 81 del Trattato CE vieta "*tutti gli accordi fra imprese, tutte le decisioni di associazioni d'impresa e tutte le pratiche concordate che possano pregiudicare il commercio fra gli Stati membri e che abbiano per oggetto o per effetto di impedire, falsare o restringere il gioco della concorrenza all'interno del mercato comune (...)*".

All'epoca della redazione del Regolamento n. 17/62 prevalse, in seno alle Istituzioni, l'interpretazione secondo cui l'art. 81 par. 1 del Trattato – che sul punto non operava alcuna scelta precisa – istituì un regime c.d. "*di autorizzazione preventiva*". In questo quadro, la Commissione veniva formalmente investita della competenza esclusiva ad applicare il terzo paragrafo

<sup>1</sup> Regolamento n. 1/2003 del Consiglio del 16 dicembre 2002, concernente l'applicazione delle regole di concorrenza di cui agli artt. 81 e 82 del Trattato istitutivo delle Comunità Europee, in *G.U.U.E.*, L1 del 4 gennaio 2003, p. 1-25.

<sup>2</sup> Regolamento n. 17/62/CEE del Consiglio del 6 febbraio 1962, primo regolamento di applicazione degli artt. 85 e 86 del Trattato CE, in *G.U.C.E.*, L13 del 21 febbraio 1962, p. 204 ss.

<sup>3</sup> Regolamento n. 19/65/CEE del Consiglio del 2 marzo 1965, relativo all'applicazione dell'art. 85 paragrafo 3 del Trattato a categorie di accordi e pratiche concordate, in *G.U.C.E.*, L366 del 6 marzo 1965, p. 533 ss..

dell'art. 81 e ad autorizzare pertanto, in via di eccezione, l'esecuzione delle intese suscettibili di ricadere nell'ambito di applicazione del primo paragrafo dell'art. 81, qualora le intese non avessero presentato una concreta lesività della concorrenza o del mercato. L'art. 4 par. 1 del Regolamento n. 17/62, a sua volta, imponeva alle imprese l'obbligo di notificare le intese alla Commissione, se volevano ottenere l'esenzione dal divieto di cui sopra.

Il Regolamento n. 17/62 è stato in grado di assicurare, per oltre quarant'anni di applicazione del diritto comunitario della concorrenza, il perseguimento di quegli obiettivi che ne avevano giustificato l'adozione, l'uniformità nell'applicazione della normativa antitrust e la certezza giuridica per le imprese, considerato che l'autorizzazione della Commissione costituiva uno scudo contro chiunque volesse opporre al giudice comunitario o alle competenti autorità nazionali l'anticompetitività dell'accordo esentato.

Se, da un lato, il sistema delineato dal Regolamento n. 17/62 ha consentito agevolmente di raggiungere gli obiettivi, dall'altro lato non ha tardato a mostrare alcuni limiti. La necessità di notificare

<sup>4</sup> V. ad es. il regolamento n. 2790/99 del Consiglio del 22 dicembre 1999, pubblicato in *G.U.C.E.*, L336 del 29 dicembre 1999, p. 21 ss., avente ad oggetto "l'applicazione dell'art. 81 paragrafo 3, del Trattato CE a categorie di accordi verticali e pratiche concordate" e le relative linee direttrici. Esenzioni per categorie sono state rilasciate, oltre che nel campo delle restrizioni verticali, nella materia degli accordi di specializzazione, degli accordi di ricerca e sviluppo, di licenza di *know-how* e di brevetto. V. la nostra precedente Newsletter n. 13 del 18 aprile 2001, intitolata "Il nuovo regolamento comunitario di esenzione per categoria delle restrizioni verticali nel settore della distribuzione commerciale".

preventivamente gli accordi alla Commissione per ottenere l'esenzione dal divieto posto dall'art. 81 par. 1 e il monopolio della Commissione stessa nel concedere l'esenzione hanno creato un sovraccarico di lavoro che ha finito per congestionare gli uffici dell'autorità. Né l'emanazione di regolamenti di esenzione per categoria,<sup>4</sup> né l'invito da parte della stessa Commissione alle competenti autorità nazionali ad applicare in via decentrata il diritto antitrust comunitario hanno consentito alla Commissione di accelerare sufficientemente i tempi della procedura.

2. Così, a fronte del radicale cambiamento del quadro socio-economico e del livello di integrazione all'interno dell'Unione avutosi nei quarant'anni di applicazione del Regolamento n. 17/62, alla vigilia del più consistente processo di allargamento sperimentato nella storia dell'Unione Europea e con un mercato interno ora pienamente realizzato, anche in virtù dell'introduzione della moneta unica, s'è cominciato a riflettere sull'opportunità di imprimere una vera e propria svolta al sistema applicativo del diritto antitrust. Il risultato di tali riflessioni è stato esposto nel *Libro bianco della Commissione*,<sup>5</sup> secondo il quale il nuovo diritto antitrust comunitario dovrebbe ruotare intorno ad alcuni obiettivi fondamentali di efficienza, uniformità applicativa e certezza del diritto. A tale scopo si suggeriscono le seguenti misure: 1) la sostituzione del sistema di autorizzazione amministrativa

<sup>5</sup> Commissione, *Libro bianco sulla modernizzazione delle norme per l'applicazione degli articoli 85 (ora 81) e 86 (ora 82) del Trattato CE*, 28 aprile 1999, in *G.U.C.E.*, C132 del 12 maggio 1999.

con uno di “*eccezione legale*” o con la conseguente abolizione del sistema di notifica preventiva; 2) il decentramento dell’applicazione della normativa antitrust comunitaria presso l’organo (nazionale) più adeguato; 3) l’applicazione unitaria del primo e del terzo paragrafo dell’art. 81 del Trattato CE; 4) da ultimo, il deciso rafforzamento dei mezzi e dei poteri di indagine della Commissione. Inoltre, è stata prevista una serie di misure che, pur in un quadro di effettivo decentramento applicativo, da un lato, mirano a conservare alla Commissione un ruolo guida nella definizione delle politiche della concorrenza in ambito comunitario, e, dall’altro, cercano di creare dei meccanismi che consentano un reale coordinamento tra le diverse autorità competenti a vario titolo ad applicare la disciplina della concorrenza.

La pubblicazione del *Libro Bianco* ha consentito la redazione di una Proposta di regolamento del Consiglio, poi tradottasi nel Regolamento n. 1/2003, che si discosta solo marginalmente dai principî informativi in quello contenuti.

## **Sezione seconda**

### ***Il Regolamento 1/2003 e l’abolizione dell’obbligo di notifica***

**3.** La principale novità introdotta dal Regolamento n. 1/2003 è l’abolizione del regime di esenzione individuale dall’applicazione dell’art. 81, par. 1 Tr. CE.

Con il nuovo regime, denominato sistema di “*eccezione legale*”, è abolito l’obbligo di notifica dell’intesa alla Commissione da parte delle imprese interessate. In base all’art. 1 par. 1 del

Regolamento n. 1/2003, gli accordi che *non* soddisfano le condizioni di cui all’art. 81 par. 3 sono vietati, senza che occorra “*una previa decisione in tal senso*”. Parallelamente, ai sensi del par. 2 del medesimo art. 1, gli accordi che soddisfano le condizioni di cui all’art. 81 par. 3 *non* sono vietati “*senza che occorra una previa decisione in tal senso*”.

Le imprese, dunque, possono dare esecuzione immediata ai propri contratti – qualora soddisfino (s’intende) le condizioni imposte dall’art. 81 par. 1 e par. 3. La constatazione dell’inapplicabilità del divieto o l’accertamento delle condizioni esonerative non costituiscono più oggetto di una domanda di esenzione individuale *ex ante*, proponibile esclusivamente alla Commissione, ma di una valutazione *a posteriori*, invocabile sotto forma di eccezione automatica al divieto di intese restrittive della concorrenza da parte di qualsiasi soggetto, parte contraente dell’accordo, o terzo interessato. In questa prospettiva, le intese che, pur ricadendo astrattamente nell’ambito di applicazione dell’art. 81 par. 1, soddisfino le condizioni poste dall’art. 81 par. 3, sono valide e lecite *ab initio*, fino a prova contraria. In questo regime, l’accertamento dell’inapplicabilità dell’art. 81 par. 1 o dell’applicabilità dell’art. 81 par. 3 può essere effettuato non in via principale, ma unicamente *in via di eccezione* nell’ambito di un procedimento amministrativo o giurisdizionale nel quale (ad opera di una delle parti, di un terzo, o da parte di un’autorità antitrust nazionale) sia contestata la validità e la liceità dell’accordo davanti alla Commissione,

alle autorità antitrust nazionali o davanti all'autorità giudiziaria ordinaria.

4. In tale regime di “*eccezione legale*”, o di “*eccezione direttamente applicabile*”, come conseguenza dell'abolizione dell'obbligo di notifica e del sistema di autorizzazione preventiva, l'onere di valutare la compatibilità delle intese con il diritto comunitario della concorrenza ricade autonomamente e *in apicibus* sulle imprese interessate. Questo dovrebbe condurre ad una maggiore responsabilizzazione delle stesse in relazione ai problemi concorrenziali.<sup>6</sup>

Peraltro, il Regolamento n. 1/2003, pur abrogando espressamente l'obbligo di formale notifica delle intese alla Commissione, non esclude la facoltà delle imprese di comunicare volontariamente, in via informale, i propri accordi alla stessa Commissione, per richiedere un orientamento preventivo relativamente alla compatibilità con l'art. 81. Ne consegue che l'ipotesi di intervento preventivo della Commissione, ad istanza di parte, non è esclusa in assoluto nel nuovo sistema, ma soltanto nei limiti in cui l'esigenza di preservare la certezza giuridica e la tutela dell'affidamento per le imprese non contrasti con l'obiettivo più generale della salvaguardia degli scopi della politica della concorrenza e, in particolare, con la necessità di consentire alla Commissione di concentrarsi sui casi aventi maggior interesse comunitario. Si risolve, in tal modo, anche il problema, sorto nel

<sup>6</sup> D'ERRICO, *Sub art. 1 Reg. 1/2003*, in UBERTAZZI, MARCHETTI, *Commentario breve al diritto della concorrenza*, 3° ed., Padova, 2004, p. 2100 ss.

vigore del Regolamento n. 17/62, delle notifiche presentate con l'unico scopo di sospendere un procedimento nazionale, questione già da tempo nel mirino della Commissione.<sup>7</sup>

In questo quadro, le imprese non possono più garantirsi, con la semplice notifica dell'accordo alla Commissione, l'immunità dalle sanzioni per l'attività di esecuzione dell'accordo posto in essere in violazione del diritto della concorrenza. Con l'abrogazione della notifica viene meno, infatti, l'immunità dalle ammende comminabili dalla Commissione per l'attività di esecuzione dell'accordo posta in essere prima della conclusione del procedimento di accertamento, immunità che nel sistema previgente decorreva, come s'è accennato, dal momento della notifica. Pertanto, l'eventuale decisione con cui dovesse esser riconosciuta l'illegittimità di un'intesa per insussistenza delle condizioni di disapplicazione del divieto potrà comportare l'imposizione di un'ammenda anche per l'attività di esecuzione dell'accordo posta in essere dalle parti prima e durante il procedimento che ha portato alla dichiarazione di illegittimità dell'accordo stesso (salvo che si possa dimostrare la buona fede delle imprese interessate).

<sup>7</sup> Vedi ad esempio la *Comunicazione della Commissione concernente la cooperazione tra la Commissione e le autorità garanti della concorrenza degli Stati Membri per l'esame dei casi disciplinati dagli articoli 85 e 86 del Trattato CE*, in G.U.C.E., C313 del 15/10/1997, p. 3.

Si osserva, inoltre che l'art. 34 del Regolamento n. 1/2003 prevede che le domande di attestazione negativa e le notificazioni già presentate alla Commissione perdano efficacia a partire dalla data di applicazione del Regolamento stesso (cioè, a partire dal 1° maggio 2004). Ne consegue che possono essere sanzionate le intese già notificate, oggetto (anche da anni) di una procedura di accertamento avanti alla Commissione. E ciò anche se le parti abbiano riposto affidamento sul fatto che l'eventuale illecito anticoncorrenziale accertabile potesse andare esente dalle sanzioni comminabili dalla Commissione, per essere stato tempestivamente notificato *ex ante* alla Commissione stessa. Conseguentemente, potrebbe rendersi necessaria una rinegoziazione da parte delle imprese interessate dei contratti conclusi o in corso di esecuzione, seppure a loro tempo notificati alla Commissione, per escludere che vengano comminate ammende, considerato che la preesistente notifica, in grado di garantire l'immunità dalle sanzioni, è stata caducata dall'entrata in vigore del Regolamento n. 1/2003.

In tale prospettiva, assume un'importanza fondamentale la certezza, coerenza e prevedibilità del quadro normativo e del contesto regolamentare (o applicativo, del diritto comunitario della concorrenza). È stato anche

<sup>8</sup> GHEZZI, *Il Libro Bianco della Commissione sulla modernizzazione del diritto della concorrenza comunitario*, in *Concorrenza e mercato*, 2000, p. 175 ss., a p. 222.

<sup>9</sup> Il c.d. "Pacchetto modernizzazione" è composto dal Regolamento della Commissione relativo ai procedimenti svolti dalla Commissione a norma degli articoli 81 e 82 del Trattato CE n. 773/2004 del 7 aprile 2004, in *G.U.C.E.*, L123 del 27 aprile 2004, e dalle sei

suggerito di istituire un sistema simile a quello adottato negli Stati Uniti, ove le autorità *antitrust* possono rispondere pubblicamente ai quesiti delle imprese attraverso le c.d. *Business Review Letters*, documenti informativi nei quali le autorità si esprimono allo stato degli atti e in tempi celeri sulla compatibilità di un determinato accordo o di una determinata pratica con il diritto della concorrenza.<sup>8</sup>

La valutazione informale della Commissione dovrebbe assicurare alle imprese l'immunità dalle sanzioni che la Commissione stessa potrebbe applicare. Occorre tuttavia che l'attuale sistema, abolendo la notifica obbligatoria, non si trasformi in una sorta di "richiesta di parere", senza con ciò assicurare quel livello di certezza giuridica che l'esenzione individuale garantiva alle imprese destinatarie.

Dal canto suo, la Commissione ha provveduto ad ampliare gli strumenti interpretativi disponibili con il c.d. "pacchetto modernizzazione", che

Comunicazioni della Commissione, in *G.U.C.E.*, C101 del 27 aprile 2004: Comunicazione della Commissione relativa alle regole di applicazione degli art. 81 e 82; Comunicazione sulla cooperazione nell'ambito della rete delle autorità garanti della concorrenza (2004/C101/03); Comunicazione relativa alla cooperazione tra la Commissione e le giurisdizioni degli Stati membri dell'Unione Europea ai fini dell'applicazione degli art. 81 e 82 del Trattato CE (2004/C101/04); Comunicazione sulla procedura applicabile alle denunce presentate alla Commissione ai sensi degli art. 81 e 82 del Trattato CE (2004/C101/05); Comunicazione sull'orientamento informale per questioni nuove relative agli art. 81 e 82 del Trattato CE, sollevate da casi individuali (lettere di orientamento) (2004/C101/06); Comunicazione – Linee direttrici sulla nozione di pregiudizio al commercio tra Stati membri di cui agli art. 81 e 82 del Trattato (2004/C101/07); Comunicazione – Linee direttrici sull'applicazione dell'articolo 81, par. 3, del Trattato (2004/C101/08).

comprende, oltre al regolamento di procedura, una serie di comunicazioni emanate allo scopo di esporre pubblicamente e con anticipo le linee-guida che verranno seguite dalla Commissione stessa nella valutazione delle intese.<sup>9</sup> La presenza di tali documenti, sebbene privi di efficacia vincolante (se non per la Commissione, a tutela dell'affidamento generato da tali strumenti presso i terzi), facilita l'autovalutazione delle intese ad opera delle imprese stesse, inducendole ad assumersi l'alea della comunicazione solo ove sussistano seri dubbi in merito alla conformità o meno delle loro scelte commerciali con l'art. 81. In tale quadro applicativo, inoltre, particolare rilievo rivestono i regolamenti di esenzione per categoria, che la Commissione mantiene il potere di adottare.

### **Sezione terza**

#### ***L'applicazione unitaria dell'art. 81 da parte dei giudici nazionali e delle autorità antitrust degli Stati membri***

5. Come osservato, il Regolamento n. 1/2003 attribuisce ai giudici interni (oltre che alle autorità antitrust nazionali) competenza nell'applicazione dell'art. 81 par. 3, sottraendola alla competenza esclusiva della Commissione.

In proposito, si osserva anzitutto, che l'efficacia di una sentenza di un'autorità giurisdizionale ordinaria, con cui venga accolta un'eccezione basata sull'art. 81 par. 3, non coincide con l'efficacia di una decisione di esenzione individuale emanata dalla Commissione ai sensi del Regolamento n. 17/62. In primo luogo, infatti, una decisione della Commissione in veste di autorità giudicante antitrust

comporta sempre una valutazione di carattere discrezionale e può spesso implicare profili di natura *lato sensu* politica o dirigistica (ad esempio, la Commissione ha più volte tenuto conto, nelle sue valutazioni di compatibilità con l'art. 81, del coordinamento tra politica della concorrenza ed altri interessi o politiche comunitarie), dei quali una sentenza di un giudice ordinario, tenuto ad applicare la legge senza alcuna discrezionalità amministrativa, non può tenere conto. Una decisione amministrativa di esenzione deve prevedere la durata per la quale è concessa l'esenzione, può contenere eventuali condizioni alle quali essa è subordinata, oltre ad imporre determinati adattamenti all'accordo che ne è oggetto, ove necessario. La sentenza di un giudice, vincolato invece all'applicazione del dato normativo, non può che limitarsi a constatare l'applicabilità o l'inapplicabilità dell'art. 81, senza che la decisione possa esser modulata come converrebbe alla natura dell'esenzione.

Tuttavia, è sotto l'aspetto sostanziale che l'abolizione dell'obbligo di notifica incide maggiormente. Muta, infatti, la relazione tra il par. 1 e il par. 3 dell'art. 81, determinando il passaggio da un'applicazione formalistica e comunque separata delle due disposizioni ad una lettura unitaria. In base all'art. 5 e all'art. 6 del nuovo Regolamento, le Autorità garanti della concorrenza e del mercato all'interno dei singoli Stati membri e i giudici nazionali sono competenti ad applicare l'art. 81 nel suo insieme: non soltanto il par. 1 che, in quanto norma chiara, precisa e incondizionata, era già oggetto di applicazione diretta da parte delle autorità giurisdizionali e

amministrative nazionali, secondo la costante giurisprudenza della Corte di giustizia comunitaria, ma anche il par. 3, la cui applicazione, precedentemente, era rimessa all'esclusiva competenza della Commissione.

Ciò condurrà, inevitabilmente, ad una radicale revisione interpretativa dei rapporti tra il par. 3 e il par. 1 dell'art. 81. In particolare, occorre interrogarsi su come il giudice nazionale potrà procedere nella valutazione di un'intesa *ex art. 81*, e, cioè, se dovrà effettuare una valutazione dapprima alla luce del par. 1 e soltanto successivamente, sulla base del par. 3, rispettando la struttura bipartita della norma, oppure se potrà procedere ad una valutazione dell'accordo applicando l'art. 81 nella sua unitarietà. Quest'ultima prospettiva condurrebbe, evidentemente, a esaminare le condizioni di autorizzazione dell'accordo nel medesimo momento nel quale occorre valutare se l'accordo in questione debba o meno esser vietato.

Tale impostazione fa riferimento a quel principio di ragionevolezza ("*rule of reason*"),<sup>10</sup> mutuato dalla giurisprudenza antitrust americana per determinare se un determinato accordo danneggi o meno l'assetto del mercato, mediante un "bilanciamento" dei suoi aspetti pro e anti-competitivi. Quali siano i termini generali in cui tale "bilanciamento" dovrebbe inquadrarsi, tuttavia, tale giurisprudenza non chiarisce affatto.

<sup>10</sup> Cfr. TPG, 18 settembre 2001, in causa T-112/99, *Métropole Télévision (M6) et al.*, in *Racc.*, 2001, p. II-2459 ss.. In dottrina cfr., anche per ulteriori riferimenti, SIRAGUSA, *L'applicazione degli artt. 81 e 82 del Trattato CE in seguito all'introduzione del Regolamento 1/2003*, in *Dir. ind.*, 2004, p. 348 ss., a p. 354.

Talora si parla di bilanciamento tra effetti pro e anti-concorrenziali; talaltra, di bilanciamento tra effetti anticoncorrenziali e miglioramenti di efficienza; altre volte ancora, sembra che il "bilanciamento" non implichi giudizi di valore, ma si riduca ad un processo empirico, ad una valutazione, cioè, delle probabilità che un certo evento produca l'uno o l'altro effetto. Raramente, invece, l'attuale giurisprudenza americana tratta del bilanciamento tra le esigenze di mantenimento del meccanismo concorrenziale ed esigenze diverse, tendendo queste ultime a scomparire progressivamente a fronte dell'obiettivo costituito da una tutela della concorrenza sempre più incisiva.

In conclusione, il "bilanciamento" nel quale si concreta l'applicazione della "*rule of reason*" da parte dei giudici americani non costituisce nient'altro che una valutazione comparativa tra i divergenti interessi in conflitto che possono presentarsi in un determinato caso concreto (ad es., in presenza di un interesse del consumatore, che potrebbe eventualmente prevalere su quello alla tutela dei concorrenti in un determinato mercato *consumer-oriented*).<sup>11</sup> L'applicazione della "*rule of reason*", con la conseguente tendenza a confinare i divieti assoluti al caso di restrizioni gravissime (quali i cartelli di prezzo), induce l'autorità antitrust ad archiviare il caso per inapplicabilità del divieto di intese restrittive, piuttosto che per la concessione di un'esenzione individuale in deroga al divieto stesso.

<sup>11</sup> DENOZZA, *Pratiche anticoncorrenziali e bilanciamento degli effetti tra efficienza e equità*, Relazione al 45° Convegno della SIE (Società italiana degli economisti), intitolato "*Economia e diritto della concorrenza*", Bologna, 22-23 ottobre 2004.

Secondo l'interpretazione dell'art. 81 adottata dalla Commissione, la valutazione dell'intesa deve effettuarsi anzitutto sulla base del par. 1, concentrandosi sull'oggetto e sull'effetto dell'intesa, e soltanto in seconda battuta, sulla base dell'art. 81 par. 3, all'interno del quale è consentito effettuare, da un punto di vista di analisi economica, un bilanciamento tra effetti anticoncorrenziali ed eventuali effetti procompetitivi dell'intesa. In altri termini, quando la Commissione o la giurisprudenza comunitaria ha applicato un principio di ragionevolezza, ciò è avvenuto unicamente nell'ambito dell'applicazione del par. 3, e mai del par. 1 dell'art. 81. Ciò non soltanto a causa dalla struttura dell'art. 81, organizzata secondo uno schema bipartito tra divieto generale ed eccezione individuale, che induce ad ammettere solamente nell'ambito di quest'ultima un bilanciamento degli effetti positivi e negativi di un accordo restrittivo della concorrenza, ma anche a causa dalla scissione della competenza nell'applicazione dell'esenzione individuale riservata alla Commissione, con l'obiettivo di conservare esclusivamente ad essa la valutazione economica discrezionale degli effetti dell'intesa. Tale interpretazione ha ricevuto l'avallo tanto della Corte di giustizia

<sup>12</sup> Cfr. TPG, 18 settembre 2001, in causa T-112/99, *Métropole Télévision (M6) et al. c. Commissione*, in *Racc.*, 2001, p. II-2459 ss. punto 72 ss.; CG, 8 luglio 1999, in causa C-235/92, P, *Montecatini c. Commissione*, in *Racc.*, 1999, p. I-4539, punto 133; TPG, 10 marzo 1992, in causa T-14/89, *Montedipe c. Commissione*, in *Racc.*, 1992, p. II-1155, punto 265; TPG, 6 aprile 1995, in causa T-148/89, *Tréfilunion c. Commissione*, in *Racc.*, 1995, p. II-1063, punto 109: "solo nell'ambito dell'art. 85, n. 3, del Trattato dette restrizioni possono essere raffrontate con i loro effetti assertivamente favorevoli alla concorrenza, ai fini della concessione di un'esenzione dal divieto di cui al n. 1 dello stesso articolo". V. altresì nota precedente.

comunitaria, quanto (specialmente) del Tribunale di primo grado, che si è espressamente pronunciato in proposito nella sentenza "*Métropole Télévision*".<sup>12</sup> Alla luce di questa sentenza e della Comunicazione della Commissione sulle linee guida per l'applicazione dell'articolo 81, par. 3 del Trattato, che riprende esplicitamente quanto affermato dal Tribunale di primo grado, sembrerebbe che la struttura bifasica dell'articolo 81 debba essere rispettata anche in applicazione del Regolamento 1/2003.

Tuttavia, occorre tener conto che tale approccio formalista si è andato recentemente attenuando, con l'adozione di una posizione maggiormente realista da parte della Commissione, alla quale sembrano aver dato un'apparente adesione sia la Corte di giustizia sia il Tribunale di primo grado.<sup>13</sup> La Commissione si è espressa ripetutamente affermando di essere intenzionata ad interpretare la nozione di "*restrizione della concorrenza*", contenuta nel par. 1

<sup>13</sup> TPG, 15 settembre 1998, nelle cause riunite T-374/94, T-375/94, T-384/94 e T-388/94, *European Night Services et al. c. Commissione*, in *Racc.*, 1998, p. II-3141, in cui si afferma che "la valutazione di un accordo ai sensi dell'art. 81, n. 1, deve tener conto dell'ambito concreto nel quale esso produce i suoi effetti, in particolare del contesto economico e giuridico nel quale operano le imprese interessate, della natura dei servizi contemplati dall'accordo nonché delle effettive condizioni del funzionamento della struttura del mercato interessato" (punto 136). Cfr. altresì le sentenze della Corte di giustizia, 28 febbraio 1991, in causa C-234/89, *Delimitis*, in *Racc.*, 1991, p. I-935, punto 77; 15 dicembre 1994, in causa C-250/92, *DLG*, in *Racc.*, 1994, p. I-5641, punto 31; 12 dicembre 1995, in causa C-399/93, *Oude Luttikhuis et al.*, in *Racc.*, 1995, p. I-4515, punto 10; e la sentenza del Tribunale di primo grado 14 maggio 1997, in causa T-77/94, *VGB et al. c. Commissione*, in *Racc.*, p. II-759, punto 140. Tranne nel caso, tuttavia, in cui si tratti di un accordo che comporta manifeste restrizioni della concorrenza, come la fissazione dei prezzi, la suddivisione del mercato e il controllo degli sbocchi.



dell'art. 81, in aderenza all'aspetto economico, riconoscendo maggior rilevanza all'analisi del contesto economico della singola restrizione anticoncorrenziale, dei concreti effetti della stessa sul mercato rilevante e dei fattori relativi all'effettivo funzionamento di quest'ultimo, promuovendo insomma un'interpretazione volta alla riduzione delle fattispecie che potrebbero astrattamente rientrare nell'art. 81, par. 1. Lo stesso *Libro Bianco* della Commissione ha confermato questa posizione.<sup>14</sup>

Anche le *Linee direttrici sull'applicabilità dell'art. 81 del Trattato agli accordi di cooperazione orizzontale*<sup>15</sup> hanno evidenziato come l'analisi degli effetti dell'accordo debba tenere in debito conto sia gli effetti anticoncorrenziali, sia i vantaggi economici della cooperazione.<sup>16</sup> Inoltre, pure le *Linee direttrici sulle restrizioni verticali*<sup>17</sup> sono orientate verso un'applicazione "realistica" e non formalista dell'art. 81, fondata sull'analisi economica degli effetti delle restrizioni, in grado di tener

<sup>14</sup> "La Commissione ha già adottato in maniera limitata questo approccio effettuando una valutazione degli aspetti pro- e anticoncorrenziali di talune intese ai sensi dell'articolo 81, paragrafo 1 del trattato. Tale approccio è stato confermato dalla Corte di giustizia".

<sup>15</sup> Comunicazione *Linee direttrici sull'applicabilità dell'art. 81 del Trattato agli accordi di cooperazione orizzontale*, doc. COM 2001/C3/02, in *G.U.C.E.*, C3 del 6 gennaio 2001, p. 2 ss.

<sup>16</sup> MANZINI, *The European Rule of Reason Crossing the Sea of Doubt*, in *Eur. comp. law. rev.*, 2002, p. 395 ss.; ID., *La rule of reason nel diritto comunitario della concorrenza: una analisi giuridico-economica*, in *Riv. dir. eur.*, 1991, p. 868 ss.

<sup>17</sup> Comunicazione *Linee direttrici sull'applicabilità dell'art. 81 del Trattato agli accordi di cooperazione verticale*, doc. COM 2000/C291/01, in *G.U.C.E.*, C291 del 13 ottobre 2000, p. 1 ss.

conto del potere delle imprese e della struttura del mercato, da svolgersi nell'ambito del par. 1.

D'altra parte, il Regolamento n. 1/2003, con l'abolizione della competenza esclusiva della Commissione ad applicare l'esenzione prevista dal par. 3 dell'art. 81, restituendo l'art. 81 ad un'applicazione nella sua integrità da parte dell'autorità giurisdizionale o amministrativa competente, sembra escludere la ragione stessa che aveva portato a confinare la *rule of reason* nell'ambito del solo par. 3 dell'art. 81. Sembra quindi probabile (con la cautela dovuta alla mancanza attuale di giurisprudenza sul punto) un'analisi unitaria delle intese non più soltanto da un punto di vista giuridico, ma altresì sulla base degli effetti economici sul mercato, contenente quel bilanciamento degli effetti anticoncorrenziali e pro-concorrenziali di un accordo, nell'ambito dell'art. 81 par. 1, che finora al giudice era stato precluso. In questa prospettiva, la dottrina ha salutato l'emanazione del Regolamento 1/2003 come una sia pur tardiva vittoria della "*rule of reason*".<sup>18</sup>

6. Strettamente collegata al regime di eccezione legale è la nuova disposizione in tema di onere della prova, contenuta nell'art. 2 del Regolamento n. 1/2003. Secondo tale norma, "*in tutti i procedimenti nazionali o comunitari relativi all'applicazione degli artt. 81 e 82 del trattato, l'onere della prova di un'infrazione dell'art. 81 par. 1 o*

<sup>18</sup> D'ATTORRE, *Una "ragionevole" concorrenza: il ruolo della "rule of reason" dopo la riforma del diritto antitrust comunitario*, in *Giur. comm.*, 2004, I, p. 80 ss.

*dell'art. 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'art. 81, par. 3 del trattato l'onere di provare che le condizioni in esso enunciate sono soddisfatte". L'art. 2 del Regolamento, estendendo all'art. 81 par. 1 e par. 3 un'interpretazione in termini di regola ed eccezione, prevede sostanzialmente, da un lato, che l'onere della prova circa l'esistenza di una restrizione spetti al denunciante o alla Commissione, dall'altro lato, che l'onere della prova relativamente all'eccezione spetti all'impresa denunciata. Tale disposizione, peraltro, sembra soffrire di un'impostazione tipica del precedente regime di autorizzazione preventiva: la sua formulazione evoca i procedimenti amministrativi apparendo poco adatta*

per l'ipotesi di un giudizio ordinario avanti i giudici nazionali.

Inoltre, tale norma non sembra suscettibile di incidere, secondo la dottrina, sulle regole processuali nazionali che disciplinano la formazione delle prove e che mirano a garantire il pieno godimento del diritto fondamentale dell'individuo a tutelare i propri diritti e interessi nell'ambito di un contraddittorio.<sup>19</sup> In questa prospettiva, il giudice nazionale si troverà a dover contemperare l'art. 2 del Regolamento n. 1/2003 con le disposizioni procedurali interne in tema di onere della prova.

Ha collaborato a questo numero  
l'Avv. Prof. Paola Piroddi  
il Dott. Luca del Nunzio

<sup>19</sup> CALAMIA, *La nuova disciplina della concorrenza nel diritto comunitario*, Milano, 2004, p. 103.



