

**Università degli studi di Napoli Federico II
Istituto Italiano di Scienze Umane**



Dottorato di ricerca in Diritto ed Economia

- XIX CICLO -

TESI DI DOTTORATO

*L'adozione delle decisioni con impegni
Quale modernizzazione per la politica comunitaria
di concorrenza?*

Tutor:
Chiar.mo Prof.
LUIGI SICO

Coordinatore:
Chiar.mo Prof.
SANDRO STAIANO

Candidato:
Dott.ssa CARLA ACOCELLA

ANNO ACCADEMICO 2005/2006

Indice

	p.
Capitolo I - Ambito, ragioni e percorso dell'indagine.	1
1.1 Possibili intersezioni tra diritto ed economia. La formula "Law and Economics"	1
1.2 Il diritto della concorrenza e l'economia	7
1.3 Gli obiettivi della modernizzazione e l'introduzione delle decisioni con impegni	17
Capitolo II - Le decisioni con impegni: un istituto di semplificazione.	29
2.1 L'utilizzo degli impegni nell'esperienza precedente al Reg. n. 1/2003	29
2.1.1 La risoluzione informale delle procedure di infrazione nella prassi della Commissione. Limiti in termini di pubblicità e trasparenza	29
2.1.2 Il caso delle Comfort Letters	47
2.1.3 I "settlements" nel diritto antitrust statunitense	50
2.2 La formalizzazione degli impegni. Tratti distintivi del nuovo tipo di decisioni	76
2.2.1 La necessità della contestazione dell'infrazione	76
2.2.2 I motivi che inducono le parti ad offrire gli impegni	84
2.2.3 I vantaggi sottesi all'adozione di impegni	90
2.2.4 Il carattere finale delle decisioni con impegni	99
2.2.4.1 ... e la compatibilità con il principio del "ne bis in idem"	105
2.2.4.2 Ampiezza e limiti dei poteri della Commissione. Ancora sulla tutela del legittimo affidamento delle parti	110
2.2.4.3 L'unilateralità delle decisioni con impegni e i limiti dell'approccio consensualistico	113

	p.
Capitolo III - Nodi critici e questioni irrisolte legate all'adozione degli impegni.	121
3.1 Il ruolo delle autorità garanti della concorrenza e delle giurisdizioni nazionali: quale decentralizzazione? Alcune considerazioni sulla possibilità per le autorità nazionali di condurre ulteriori istruttorie in relazione a casi precedentemente risolti dalla Commissione con l'adozione di decisioni con impegni	121
3.2 L'art. 9 del Reg. 1/2003: uno strumento di regolazione? L'impiego di rimedi nell'applicazione degli articoli 81 e 82 e nel controllo delle concentrazioni. Analogie e differenze	130
3.3 Considerazioni conclusive	140
Bibliografia	145

Capitolo I

Ambito, ragioni e percorso dell'indagine.

1.1 Possibili intersezioni tra diritto ed economia. La formula "Law and Economics".

Il presente lavoro rappresenta il risultato dello studio intorno al tema della politica comunitaria della concorrenza, condotto nell'ambito di un dottorato di ricerca in Diritto ed Economia.

Nell'illustrare ragioni, punti di partenza ed obiettivi dell'indagine - compito che è affidato al paragrafo introduttivo di una tesi, quale punto d'approdo nel percorso evolutivo della ricerca – si cercherà di dar conto innanzitutto dei motivi che hanno indotto a privilegiare, nell'ampio spettro di discipline che si apre lungo il percorso ideale in cui diritto ed economia si incontrano, quale campo d'indagine quello del diritto della concorrenza.

Accanto e forse prima di delineare in positivo ciò che si intende dire – attesa la difficoltà insita in questo compito – è bene chiarire cosa non rientra nello scopo della trattazione, né potrebbe in questa sede essere affrontato con pretese di completezza.

Il connubio tra diritto ed economia ha condizionato profondamente la storia del pensiero giuridico, sino a determinare l'affermazione di una precisa opzione epistemologica, quella dell'*Economic Analysis of Law (EAL)*, che sostiene l'opportunità

di impiegare l'apparato concettuale e i metodi empirici dell'economia nello studio del diritto.

A dispetto dell'apparente ancillarità – alla quale l'espressione *EAL* sembra alludere - dei modelli e delle categorie economiche rispetto al sapere giuridico, la pervasività della scienza economica nei confronti delle scienze sociali ad essa contigue - prima fra tutte il diritto - è tale da rivoluzionare la riflessione giuridica non solo in senso tecnico ma anche ideologicamente, e si rivela in questo senso gravida di conseguenze, tra di loro, talvolta anche contraddittorie.

Da studio degli effetti delle regole giuridiche sul funzionamento del sistema economico, e quindi sull'equilibrio di mercato – il che giustifica il fatto che le prime applicazioni dell'economia al diritto si siano focalizzate sulle regole in materia di concorrenza – l'analisi economica del diritto si trasforma in strumento di comprensione del sistema giuridico nel suo complesso, che consente dunque di mettere in luce la struttura economica di comportamenti, per così dire, estranei al mercato.

Così, se per un verso, l'*EAL* trascina dietro di sé un reciproco arricchimento degli strumenti di analisi di entrambe le discipline¹, alcuni dei suoi sviluppi enfatizzano, per altro verso, l'assunto che accompagna la sua stessa genesi - e cioè l'indeterminatezza del diritto, l'inidoneità delle regole giuridiche a produrre soluzioni univoche - e finiscono di conseguenza per negare l'autonomia del sapere giuridico².

¹ F. PARISI, *Scuole e metodologie nell'analisi del diritto*, in *The Cardozo Electronic Law Bulletin*, <http://www.jus.unitn.it>, 2005, p. 3 infatti osserva: «Il connubio tra diritto ed economia ha anche influenzato la professione economica, contribuendo all'espansione dell'originale campo di applicazione dell'analisi microeconomica - lo studio delle preferenze individuali e organizzative nel mercato – allo studio e alla comprensione di altre istituzioni e di fenomeni diversi da quelli di mercato».

² V. R. A. POSNER, *The Decline of Law as an Autonomous Discipline*, in *Harvard Law Review*, 1987, p. 761.

Le norme sono concepite come meccanismi di allocazione di risorse scarse come osserva F. DENOZZA, *Norme efficienti. L'analisi economica delle regole giuridiche*, Milano, 2002, p. 4.

L'apertura laterale del pensiero giuridico determina uno stemperamento del diritto stesso, così dall'affermazione della sua centralità³ si giunge a dichiararne la neutralità⁴ in vista del raggiungimento di obiettivi di efficienza, intesa come valore in sé⁵.

Nella forza espansiva dell'analisi economica, si colloca la tendenza a demolire «le categorie ordinanti tradizionali, e a sgretolare il paradigma ermeneutico consueto del giurista»⁶.

³ Sulla base dello stesso contributo pionieristico di Ronald Coase al moderno approccio dell'analisi economica del diritto - che si distinse da quello della prima generazione per il fatto di per aver messo in luce l'influenza pervasiva dell'economia in tutte le aree del diritto e non solo in quelle della regolazione del commercio e del diritto economico (diritto societario, diritto tributario e diritto della concorrenza) - potrebbe infatti argomentarsi la centralità dello studio delle istituzioni giuridiche nell'ambito del pensiero economico rispetto al ruolo ausiliario delle categorie economiche nell'analisi giuridica. In tema v. D. C. NORTH, *Institutions, Institutional Change and Economic Performance*, Cambridge, 1990, trad. it. W. SANTAGATA (a cura di), Bologna, 1994.

⁴ Tuttavia sottolinea il valore strutturale della norma rispetto alla stessa nozione di mercato M. R. FERRARESE, *Diritto e mercato. Il caso degli Stati Uniti*, Torino, 1992. Per una lettura critica del principio di neutralità cfr. altresì N. IRTI, *L'ordine giuridico del mercato*, Roma- Bari, 1999.

⁵ L'EAL come noto non è un movimento monolitico. E' condivisa tra gli studiosi che si sono occupati della materia l'individuazione di tre principali scuole di pensiero nell'ambito della prima, che sostengono rispettivamente un approccio positivo (scuola di Chicago), normativo (scuola di Yale) e funzionale (attribuito alla scuola della George Mason University). In tema cfr. A. POSNER, F. PARISI, *Scuole e tendenze nell'analisi economica del diritto*, in *Biblioteca della libertà*, (147) 1998, pp. 3-20.

Semplificando oltre il lecito sul punto, è possibile affermare che il comune denominatore dei differenti approcci sia l'assunto economico che gli individui sono massimizzatori razionali - della loro utilità, ricchezza, benessere - e in quanto tali rispondono razionalmente a mutamenti dei vincoli esterni, tra i quali quelli creati dalle regole giuridiche. La teoria della scelta razionale (*rational choice theory*) è stata in origine invocata dall'EAL al fine di analizzare l'impatto delle regole giuridiche in una prospettiva *ex ante*, e quindi al fine di determinare come degli attori razionali reagirebbero dinanzi a determinate regole, procedure, istituzioni giuridiche. In tema cfr. T. S. ULEN, *Firmly grounded: Economics in the Future of Law*, in F. CAFAGGI, A. NICITA, U. PAGANO, *Legal Ordering and Economic Institutions*, London, 2003.

Uno dei punti di partenza dell'analisi condotta dalla analisi economica del diritto positiva è la c.d. "efficiency of the Common law hypothesis" avanzata da Coese nel 1960 e sistematizzata più tardi da Posner negli anni '70, secondo la quale le regole di common law cercano di allocare le risorse secondo il criterio di efficienza di Pareto o di Kaldor-Hicks. La prima ipotesi di efficienza del *common law* consisterebbe nell'affermazione che l'efficienza è il criterio guida e il fattore prevalente nel plasmare regole, procedure, istituzioni giuridiche. Secondo questa scuola, in sostanza, considerazioni di giustizia introducono una inaccettabile ambiguità nel giudizio.

Sulla inconciliabilità di equità ed efficienza v. U. MATTEI, *Comparative Law and Economics*, Ann Arbor, The University of Michigan Press, 1997, p. 1: «un'efficiente soluzione legale potrebbe non essere equa, e un'equa soluzione legale potrebbe non essere efficiente», e p. 4: «la giustizia è un valore soggettivo, mentre l'efficienza è oggettivo».

⁶ Cfr. Introduzione al contributo di A. POSNER, F. PARISI, *Scuole e tendenze nell'analisi economica del diritto*, cit. Sul valore relativo da attribuire all'utilizzo delle formule algebriche, incoraggiato dall'EAL nella soluzione di problemi giuridici v. R. PARDOLESI, *Analisi economica del diritto*, voce *Dig. disc. priv. sez. civ.*, I, Torino, 1987, pp. 316 e ss. In particolare circa la formula di *Learned Hand* utilizzata nella verifica dei presupposti necessari per accordare la tutela cautelare, l'A. sostiene che la stessa «serve, al più, a garantire misure di diligenza, ma manca di norma l'obiettivo di regolare il livello di attività, che tanta parte ha nella produzione di eventi dannosi. Quanto dire, insomma, che $B < P1$ [e cioè che l'onere

Le coordinate sino a questo punto richiamate mettono in evidenza come quello tra diritto ed economia sia un connubio non (sempre) facile, con la conseguenza che anche sulle differenze metodologiche - tra i modelli preesistenti di analisi giuridica e quelli che l'*EAL* ha proposto per lo studio positivo dell'efficienza delle regole giuridiche⁷ - nonché sul ruolo marginale attribuito dal movimento in parola ai valori superiori di giustizia, quali criteri guida della scienza giuridica⁸, si appuntano talvolta obiezioni e ragioni di scetticismo circa il destino dell'analisi economica del diritto.

Lasciando da parte qualsiasi giudizio di valore sulla validità dei presupposti teorici, sull'opportunità delle metodologie e sul contributo dell'*EAL* alla conoscenza della realtà giuridica⁹, si avverte nondimeno l'esigenza di chiarire che il presente studio conserva una prospettiva sostanzialmente giuridica, pur nel tentativo di non relegare sullo sfondo il ruolo decisivo che l'economia è destinata ad esercitare nella tutela antitrust.

delle precauzioni atte a scongiurare il danno è minore del suo costo preventivato, e cioè del costo dell'incidente, ove abbia a verificarsi, moltiplicato per la probabilità, da 0 a 1, del suo materializzarsi] è ben lungi dal chiudere la partita». In altre parole l'efficienza e il rigore concettuale della formula hanno senso solo in una valutazione *ex post*.

Fortemente critico rispetto all'apertura della scienza giuridica all'economia è C. CASTRONOVO, *Diritto privato generale e diritti secondi. La ripresa di un tema*, in *Europa e dir. priv.*, 2/2006, pp. 411 e ss.: «sul terreno metodologico sembra emergere una giurisprudenza dei concetti che ha sostituito ai dogmi propri della dottrina giuridica quelli della scienza economica. Seguendo la quale, in realtà, si rischia di cadere nella chiacchiera descrittivistica che sovrappone visioni valutativamente non neutre a quello che la legge è venuta prevedendo e che costituisce il dato dal quale il giurista non può prescindere né tampoco sovrapporvi modelli suoi, più o meno legittimamente desunti da altri ambiti del sapere. Significa illudersi che la scienza economica possa fornire modelli scevri di aspetti valutativi e ideologici, in grado di imporre soluzioni autoevidenti, come tali indiscutibili. Significa inoltre continuare a pensare al diritto come dato sovrastrutturale rispetto alla materia economica, laddove esso è essenziale e strutturale come prova la considerazione che, tra un'economia di mercato e una di piano, a decidere quale sia il modello è proprio l'ordinamento giuridico; e che parlare di concorrenza sarebbe percuotere l'aria se essa non fosse costituita come regola di libertà dall'ordinamento che così l'ha adottata. Il diritto ha ragioni che l'economia non conosce».

⁷ Ci si riferisce in particolare alle accuse rivolte all'impiego della metodologia di carattere *deduttivo* che l'economia positiva fa propria nello studio della disciplina giuridica, caratterizzata tradizionalmente da un modello analitico di tipo induttivo, e alla quale pertanto la prima risulterebbe inappropriata. Per una ricognizione delle accuse rivolte all'*EAL* e degli argomenti proposti per un superamento delle stesse si rinvia a T. S. ULEN, *Firmly grounded: Economics in the Future of Law*, cit.

⁸ In relazione al "*Failure to attend to Justice Issues*" cfr. T. S. ULEN, *loc. ult. cit.*

⁹ Non è questa la sede per dare conto dell'articolato dibattito scientifico e culturale sulla posizione che l'analisi economica del diritto ha guadagnato nella dialettica dei rapporti tra diritto ed economia, e sulla direzione nella quale l'*EAL* si sta attualmente muovendo. La specie più importante dell'argomentazione impostata sulle conseguenze [è] l'analisi economica del diritto. Cfr. R. H. COASE, *The Problem of Social Cost*, in *Journ. Law and Econ.*, 3, 2003, 1960, pp. 1-44.

L'oggetto dell'indagine non verrà dunque affrontato in termini di analisi economica del diritto, sebbene molte delle possibili risposte alle domande, che ci si pone in sede di applicazione delle norme di diritto comunitario a tutela della concorrenza, si intreccino con il movimento *Law and Economics*.

Se, infatti, come è stato osservato, l'*EAL* «trova il suo campo di applicazione più proficuo nelle materie regolate principalmente mediante c.d. clausole generali – norme che indicano un criterio indeterminato di valutazione dei comportamenti che fa capo ad obiettivi da raggiungere e che affidano al giudice o all'autorità amministrativa il compito di specificare tale criterio in relazione alla complessa e varia casistica» – il caso della normativa antitrust s'inserisce a pieno titolo in questo contesto¹⁰. L'analisi economica positiva del diritto - come del resto dimostra la significativa influenza esercitata dalla scuola di Chicago sull'applicazione delle disposizioni antitrust negli Stati Uniti¹¹ – ha elaborato criteri di valutazione delle intese e delle pratiche abusive modellati sul paradigma dell'efficienza allocativa. Se, da un lato, non può sostenersi che la politica comunitaria di concorrenza sia esente da simili condizionamenti¹², dall'altro, non sarebbe altrettanto corretto negare che nell'*enforcement* del diritto europeo in materia di concorrenza le considerazioni guidate da criteri di efficienza

¹⁰ Cfr. P. AUTERI, *Diritto ed economia: l'analisi economica del diritto e la proprietà intellettuale, Economia Aziendale 2000 web*, 4/2005, in <http://www.ea2000.it>, pp. 1-20.

¹¹ R. A. POSNER, *Some uses and abuses of economics in law*, in *Univ. of Chicago Law Rev.*, 1979, p. 291: «economic efficiency, like the “big-bang” theory must be taken seriously ... because it has scored some successes and provides a coherent theoretical framework for future investigation».

¹² Condiziona uno sviluppo della politica antitrust comunitaria in tale direzione, anche il mutamento di prospettiva nel quale va collocato il ruolo della Commissione alla vigilia della modernizzazione. Nella sintesi che accompagna il *Libro Bianco sulla modernizzazione delle norme per l'applicazione degli articoli 85 e 86 del Trattato CE*, in GUCE C 132 del 12.5.1999, si afferma: «Il ruolo della Commissione ... è mutato. Inizialmente, il fulcro della sua attività ha riguardato la definizione delle regole applicabili agli accordi suscettibili di interferire direttamente con l'obiettivo dell'integrazione del mercato. ... Gli sforzi della Commissione si concentrano ora sull'obiettivo di garantire una concorrenza effettiva». Sull'orientamento inizialmente adottato dalla Commissione, v. J. TEMPLE LANG, *Community Antitrust Law – Compliace and Enforcement*, in *Comm. Mark. Law Rev.*, 1981, p. 352: «a review of the principal Commission decisions suggests that more importance has been given to establishing legal principles that to directly producing economic results on the market involved».

Sull'influenza esercitata dall'analisi economica sulla politica comunitaria della concorrenza per tutti v. D. J. NEVEN, *Competition Economics and Antitrust in Europe*, in *Economic Policy*, vol. I, n. 48/2006, p. 741.

distributiva conservino il loro peso, o affermare che una serie di vincoli di tipo interpretativo, o derivanti dalla lettera della legge, siano superabili alla luce della realizzazione di meri obiettivi efficientistici¹³.

L'approccio "*Law and Economics*" non esaurisce la molteplicità degli strumenti attraverso i quali è possibile cogliere le intersezioni tra diritto ed economia presenti nell'area del diritto della concorrenza. L'ambito che fa da sfondo quindi alla ricerca è quello dell'aspirazione, avvertita attualmente come irrinunciabile, ad una politica comunitaria della concorrenza che sappia conciliare gli obiettivi di efficienza con il quadro normativo nel quale i primi sono inseriti, e riesca in particolare a realizzare i benefici di un'applicazione flessibile delle disposizioni rilevanti¹⁴ – specialmente in termini di incentivi a competere e ad investire – senza diminuire le garanzie giuridiche riconosciute alle parti e, in ultima analisi, la certezza del diritto. L'esigenza è quella cioè di evitare il rischio che l'adozione di un approccio più economico - lungi dall'introdurre elementi di maggiore obiettività nella valutazione delle pratiche - incida negativamente sulla capacità delle parti di prevedere la possibilità che un comportamento sia vietato ai sensi della normativa antitrust vigente, e si risolva, quindi, in una diminuzione delle garanzie poste a presidio dell'effettività dei diritti di difesa delle stesse¹⁵.

¹³ A questo proposito si rinvia all'osservazione compiuta da F. DENOZZA, *Norme efficienti. L'analisi economica delle regole giuridiche*, p. 11, secondo il quale «là dove sono possibili più interpretazioni della stessa norma ... l'analisi economica si configura come uno degli strumenti che l'interprete può utilizzare allorché compie, e motiva, la sua scelta a favore dell'una o dell'altra possibile interpretazione ... andrà pur sempre verificata la compatibilità dell'interpretazione con le indicazioni ricavabili dalla lettera della legge, dai principi generali o dalla dogmatica tradizionale».

¹⁴ A tal proposito è opportuno sottolineare che tra gli obiettivi tradizionalmente posti all'attenzione degli studiosi da parte dell'analisi economica del diritto vi è quello della predisposizione di regole, che non comportino elevati costi transattivi per gli operatori, e che dunque, non si riflettano negativamente sullo sviluppo dell'attività economica, ma all'opposto si adattino alle esigenze del mercato. Cfr. V. A. AIVAZIAN, J. L. CALLEN, *The Core, Transaction Costs, and the Coase Theorem*, in *Constitutional Political Economy*, 14, pp. 287-299.

Per tutti sul tema G. ALPA, P. CHIASSONI, A. PERICU, F. PULITINI, S. RODOTÀ, F. ROMANI, *Analisi economica del diritto privato*, Milano, 1998.

¹⁵ Cfr. in proposito i risultati della consultazione avviata dalla Commissione EU sul *Discussion Paper* relativo alla revisione dell'art. 82 sul quale *infra*. Si vedano in particolare i commenti di Assonime par.

1.2 Il diritto della concorrenza e l'economia.

È comune l'idea che il diritto della concorrenza costituisca il terreno elettivo per il confronto e la sovrapposizione fra discipline giuridiche ed economiche. Per dirla con Richard Whish «*competition law is about economics and economic behaviour, and it is essential for anyone involved in the subject to have some knowledge of the economics concepts concerned*»¹⁶.

Il collegamento è implicito nel fatto che la normativa di cui ci si occupa abbia ad oggetto attività di natura economica, e sia rivolta specificamente a tutelare il corretto funzionamento del mercato, stabilendo una disciplina di carattere generale, che si articola in un sistema di divieti e controlli a carattere preventivo, a carico degli operatori economici e a tutela degli interessi dei destinatari dei prodotti e dei servizi offerti.

Semplificando oltre il lecito su questo ultimo rilievo, può infatti affermarsi che l'obiettivo finale, sotteso alla promozione di mercati realmente competitivi, sia il benessere dei consumatori secondo criteri di efficienza allocativa¹⁷ (i consumatori possono ottenere la quantità di beni e servizi desiderata al presso che essi sono disposti

1.4 (*Economic approach and legal safeguards*) e quelli di C. AHLBORN, V. DENICOLÒ, D. GERARDIN e A.J. PADILLA in http://www.europa.eu/comm/competition/antitrust/others/article_82_contributions.htm. Secondo l'A. l'ammissione della c.d. *efficiency defence* nell'analisi condotta ai sensi dell'art. 82 richiederebbe un'opportuna disciplina dell'onere della prova connesso al bilanciamento tra effetti pro-competitivi ed anticompetitivi delle pratiche. Nel Discussion Paper lo stesso rimane a carico dell'impresa dominante, in contrasto con l'allocazione ben più articolata che riceve nell'ambito delle analisi condotte negli Stati Uniti secondo un "*rule of reason*" approach.

¹⁶ R. WHISH, *Competition Law*, London, 2003, p. 1.

¹⁷ Per tutti cfr. F. M. SCHERER e D. ROSS, *Industrial Market Structure ad Economic Performance*, Houghton Mifflin, 1990, pp. 19 e ss.

L'*allocative efficiency* è raggiunta qualora lo stock esistente di beni e servizi sia allocato sulla base del sistema dei prezzi a quei consumatori che li stimano di più, in termini di propensione a pagare o a rinunciare a consumi alternativi. BORK, *The antitrust paradox: a policy at war with itself*, New York, 1978, p. 58 osservava: «allocative efficiency ... refers to the placement of resources in the economy, the question of whether resources are employed in tasks where consumers value their output most».

a pagare), di efficienza produttiva¹⁸ (i beni e i servizi vengono offerti a prezzi che tendenzialmente non superano il relativo costo di produzione) e da ultimo di efficienza dinamica¹⁹ (nella misura in cui la concorrenza innesca un fattore di innovazione e di ampliamento dello spettro dei prodotti disponibili a vantaggio dei destinatari).

È proprio la centralità del *Consumer Welfare*²⁰ a rappresentare la principale spinta ad un *enforcement* maggiormente basato su un approccio di natura economica²¹.

Già nel Libro Bianco sulla modernizzazione, in relazione alla valutazione degli accordi restrittivi della concorrenza, si affermava che «la Commissione avrebbe adottato un approccio più economico nell'applicazione dell'art. 81.1, limitando l'ambito di applicazione dello stesso alle intese con un certo grado di potere di mercato»²², come successivamente confermato dall'allora commissario alla concorrenza Monti nel suo intervento alla conferenza annuale del *Fordham Law Institute* nell'ottobre del 2002²³.

¹⁸ V. R. WHISH, *op. ult cit.*, p. 3.

Si raggiunge la *productive efficiency* quando i beni vengono prodotti impiegando la combinazione di risorse *most cost effective*. BORK, *The antitrust paradox: a policy at war with itself*, cit., p. 58 in proposito affermava che la «productive efficiency refers to the effective use of resources by particular firms».

¹⁹ Anche definita *innovation efficiency* posto che si tratta dell'efficienza raggiunta attraverso l'invenzione, lo sviluppo e la diffusione di nuovi prodotti o tecnologie produttive che aumentano la ricchezza sociale. Ritiene, tuttavia, che solo il monopolista disponga delle risorse economiche necessarie per investire in processi di innovazione tecnologica J. K. GALBRAITH, *American Capitalism: The Concept of Countervailing Power*, Houghton Mifflin, 1952.

Si sottolinea del resto il fatto che la scuola neoclassica era propensa ad individuare esclusivamente due tipi di efficienza: quella allocativa e produttiva.

²⁰ V. MIGUEL DE LA MANO, *For the customer's sake: the competitive effects of efficiencies in European Merger control*, par. 2.1.1. : «That the consumer is at centre stage in European competition policy is indisputable».

²¹ Cfr. fra gli altri T. Scitovsky, *Welfare and Competition*, Gregg Revivals, UK, 1993, p. 55: «In the economist's eyes the consumer is king; and the aim of our analysis was to see not whether consumer conform to an ideal behaviour pattern but whether the economic system conforms or can be made to conform to the consumer's wishes».

²² Cfr. *Libro Bianco sulla modernizzazione delle norme per l'applicazione degli articoli 85 e 86 del Trattato CE*, in GUCE C 132 del 12.5.1999, par. 78.

²³ Fordham Annual Conference: *International Antitrust Law and Policy*, New York, 31 oct. 2002, in http://www.europa.eu.int/competition/speeches/index_speeches_by_commissioner.html: «I should like to underline that an increased economic approach in the interpretation of our rules was, indeed, one of my main objectives when I took on my responsibilities as Competition Commissioner three years ago. And we have already substantially increased our economic approach in all areas of competition policy».

La Commissione europea dichiara espressamente che l'obiettivo condiviso da entrambe le disposizioni di cui agli articoli 81 e 82 del Trattato CE è quello di «tutelare la concorrenza sul mercato come *strumento per incrementare il benessere dei consumatori* e per assicurare un'allocazione efficiente delle risorse»²⁴.

Se il faro dell'*enforcement policy* a livello comunitario è la protezione della concorrenza, nell'accezione di cui si è detto, e non dei concorrenti in quanto tali²⁵ - persino con riguardo agli abusi di natura escludente - allora, diventa indispensabile individuare le ipotesi in cui le pratiche oggetto di indagine, pur danneggiando i concorrenti, non si riverberano negativamente sui consumatori, e dunque, diviene irrinunciabile un tipo di valutazione orientata a cogliere gli effetti dei comportamenti sul mercato²⁶.

²⁴ V. Comunicazione della Commissione, *Linee direttrici sull'applicazione nell'art. 81, paragrafo 3, del trattato*, in GUCE C 101 del 27.4.2004, p. 97, par. 13: «L'obiettivo dell'art. 81 è tutelare la concorrenza sul mercato come strumento per incrementare il benessere dei consumatori e per assicurare un'allocazione efficiente delle risorse».

Il *Discussion Paper on the application of Article 82 of the Treaty to exclusionary abuses*, in <http://www.europa.eu>, par. 4 presentato del dicembre 2005 dalla Commissione riproduce testualmente questa formulazione: «with regard to exclusionary abuses the objective of Article 82 is the protection of competition on the market as a means of enhancing consumer welfare and of ensuring an efficient allocation of resources».

²⁵ V. *Discussion Paper cit.*, par. 54: «it is competition and not competitors, as such, that is to be protected».

Nel controllo in materia di concentrazioni l'equilibrio tra le due polarità rappresentate dalla protezione dei concorrenti e da quella dei consumatori viene posto in termini analoghi. L'art. 2.1(b) del *Regolamento del Consiglio CE sul controllo delle concentrazioni tra imprese*, n. 139/2004 in GUCE L 24 del 29.1.2004, statuisce che il progresso tecnico ed economico dovrà essere preso in considerazione se va a vantaggio dei consumatori e non è di ostacolo alla concorrenza. Cfr. altresì l'affermazione della Commissione nella Press Release IP/01/939 del 3.7.2001 che accompagna la decisione con cui veniva vietata l'acquisizione di Honeywell da parte di General Electric: «European merger control is not about protecting competitors but about ensuring that markets remain sufficiently competitive in the long run so that consumers benefit from sufficient choice, innovation and competitive prices».

In generale sul tema si veda E. FOX, *We Protect Competition, You Protect Competitors*, in *World Competition*, vol. 26, n. 2/2003, pp. 149-165.

²⁶ «The Commission will adopt an approach which is based on the likely effects on the market»: così il *Discussion Paper cit.*, par. 4.

Del resto già nella valutazione degli accordi che non sono restrittivi quanto all'oggetto, e rispetto ai quali è necessario effettuare un'analisi degli effetti, l'impiego del criterio *de minimis* riflette un approccio di tipo economico. V. Comunicazione in materia di applicazione dell'art. 81.3 *cit.*, par. 24. Già la *Comunicazione relativa agli accordi di importanza minore che non determinano restrizioni sensibili della concorrenza ai sensi dell'art. 81.1 del trattato (de minimis)*, in GUCE C 368 del 22.12.2001, p. 13, aveva chiarito che gli accordi che non rientrano nel campo di applicazione della comunicazione non hanno necessariamente effetti sensibili sulla concorrenza, con la conseguenza che per gli stessi è necessario procedere ad una valutazione individuale.

L'ambito in cui si muove l'indagine è rappresentato da un ripensamento complessivo della politica comunitaria di concorrenza, che privilegi un approccio valutativo più economico, focalizzato, come visto, sugli effetti delle pratiche (c.d. *effect based*), piuttosto che ispirato al formalismo giuridico (*form-based*).

Questa la direzione nella quale sembrerebbe essersi mossa la riforma dei criteri sostanziali di valutazione delle concentrazioni realizzata, in parte, con l'introduzione di un nuovo "*substantive test*" che ha sostituito quello di "dominanza" adottato dal precedente Regolamento n. 4064/89, e in parte, attraverso l'inclusione di considerazioni di efficienza all'interno dell'analisi degli effetti concorrenziali delle fusioni.

Nell'adozione del *Substantial Impediment of Effective Competition (SIEC) test*²⁷ si riflette un'opzione compromissoria tra l'alternativa, rappresentata dalla conservazione di un criterio di analisi che assicurasse una maggiore certezza del diritto e una maggiore convergenza dei parametri valutativi in ambito europeo²⁸, e la possibilità di introdurre, all'opposto, un «criterio più vicino allo spirito dell'analisi su

In sintesi anche per le intese «il divieto di cui all'art. 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»: così la Comunicazione in materia di applicazione dell'art. 81.3 *cit.*, par. 24. Cfr. altresì TPI, causa T-374/94, *European Night Services*, in Racc. 1998, p. II-3141.

²⁷ La versione definitiva dell'art. 2, par. 3 del Reg. n. 139/2004 *cit.* recita infatti: «le concentrazioni che ostacolano in modo significativo una concorrenza effettiva nel mercato comune o in una parte sostanziale di esso, in particolare a causa della creazione o del rafforzamento di una posizione dominante, sono dichiarate incompatibili con il mercato comune».

²⁸ Ci si riferisce al "test di dominanza" previsto dall'art. 2, par. 3 del Reg. n. 4064/89 a mente del quale: «le operazioni di concentrazione che creano o rafforzano una posizione dominante, da cui risulti che una concorrenza effettiva sia ostacolata in modo significativo nel mercato comune o in una parte sostanziale di esso, devono essere dichiarate incompatibili col il mercato comune».

Nel Libro Verde sulla revisione del Reg. CEE n. 4064/89 del Consiglio, del 11.12.2001, la Commissione, osservava (par. 161) che la sostituzione del criterio della dominanza, in relazione al quale esisteva una consolidata giurisprudenza, avrebbe potuto comportare un iniziale disorientamento delle parti circa la previsione del probabile esito dei procedimenti di controllo delle concentrazioni in Europa. Un secondo ordine di perplessità derivava dalla constatazione che la maggior parte degli Stati Membri avesse allineato la legislazione rilevante al criterio della dominanza, e dalla considerazione che l'introduzione di un test di valutazione diverso avrebbe potuto determinare una disparità a livello comunitario.

Per tutti cfr. A. HEIMLER, *Per le fusioni non servono nuovi test. Basta la posizione dominante, in Mercato Concorrenza Regole*, 3/2003, p. 563.

base economica effettuata nel controllo sulle concentrazioni», quale quello della riduzione sostanziale della concorrenza²⁹.

Per quanto la principale finalità sottesa all'attuale formulazione del *substantive test* sia l'estensione dell'ambito di applicazione del regolamento a scenari anticompetitivi non ricollegabili a situazioni di dominanza³⁰, la presenza del nuovo criterio finisce per tradursi, soprattutto in casi limite³¹, nell'emancipazione dell'analisi dalla rigidità e dal formalismo insiti nella nozione di dominanza e nelle convenzionali perimetrazioni del mercato rilevante alle quali la prima veniva ancorata³².

Lo scenario in materia di concentrazioni viene integrato dalla previsione secondo la quale «è possibile che l'incremento di efficienza prodotto dalla concentrazione compensi gli effetti sulla concorrenza, e in particolare il pregiudizio potenziale per i consumatori, che questa avrebbe potuto altrimenti produrre, e che di

²⁹ Ci si riferisce al c.d. *SLC (Substantial Lessening of Competition) test*. Cfr. in proposito il Libro Verde ult. cit., par. 165. Il criterio viene definito "più economico" da P. FATTORI, M. TODINO, *La disciplina della concorrenza*, Bologna, 2004, p. 237.

A favore della riforma del test di dominanza si sono espressi J. VICKERS, *How to reform the EC merger test*, in *EC Merger Control conference*, IBA, Brussels, 2002, in <http://www.oft.gov.uk>; R. WHISH, *Substantive analysis under the EC merger regulation: Should the dominance test be replaced by SLC*, in *EU Competition Law and policy*, Athens, 2002, pp. 45-62; J. FINGLETON, *Does collective dominance provide suitable housing for all anticompetitive oligopolistic mergers?*, in *Annual Proceedings of the Fordham Corporate Law Institute: 2002: International Antitrust Law and Policy*, New York, 2003, pp. 181-199.

³⁰ Il legislatore si propone di riempire il "gap" rappresentato dalle situazioni di "non-collusive oligopoly", nelle quali cioè un'operazione di concentrazione può generare effetti unilaterali anticompetitivi senza che si instauri tra i membri dell'oligopolio alcuna forma di collusione. Il considerando 25 del Reg. n. 139/2004 recita infatti: «La nozione di ostacolo significativo ad una concorrenza effettiva, di cui all'art. 2, paragrafi 2 e 3, dovrebbe essere interpretata come riguardante, al di là del concetto di posizione dominante, solo gli effetti anticoncorrenziali di una concentrazione risultante da un comportamento non coordinato di imprese che non avrebbero una posizione dominante sul mercato in questione».

In tema cfr. M. IVALDI, B. JULLIEN, P. REY, J. TIROLE, *The Economics of Unilateral Effects*, Final Report for DG Competition, European Commission, 2003, in <http://www.europa.eu/comm/competition/mergers/review>.

³¹ E' comune, infatti, l'idea che, sebbene la creazione o il rafforzamento di una posizione dominante non esaurisca tutte le ipotesi suscettibili di produrre effetti anticompetitivi, la situazione di dominanza continuerà a rappresentare il caso più ricorrente di pregiudizio alla concorrenza. Così la Commissione europea nella Press Release (FAQ) del 20.1.2004.

³² P. FATTORI, M. TODINO, *La disciplina della concorrenza*, cit., p. 240.

A tal proposito va osservato che, nonostante la politica antitrust comunitaria abbia tradizionalmente rispecchiato un approccio strutturale – ispirato cioè allo scopo di modificare la natura territoriale di un mercato, alla luce dell'imperativo dell'integrazione, più che alla realizzazione di obiettivi efficientistici – nella prassi della Commissione abbia progressivamente trovato spazio un'analisi fondata, pur in applicazione del test di dominanza, sugli effetti dell'operazione. Cfr. BANKS, *Non-competition factors and their relevance under european merger law*, in *Eur. Comp. Law. Rev.*, 3, 1997, p. 182.

conseguenza la concentrazione stessa non ostacoli in modo significativo una concorrenza effettiva nel mercato comune o in una sua parte sostanziale»³³. In altre parole il legislatore della riforma - non intervenendo sul testo dell'art. 2, par. 1, (b), Reg. n. 139/2004 - mostra di ritenere che le considerazioni di efficienza trovino nella norma in parola sufficiente riconoscimento, ed inoltre, che i “miglioramenti di efficienza” non vadano esaminati alla stregua di una pretesa *efficiency defence*³⁴, ma piuttosto nell'ambito di una complessiva analisi della concentrazione.

Aspirazioni ad un *enforcement* maggiormente basato su un'analisi di tipo economico confluiscono inoltre nel Regolamento n. 1/2003 del Consiglio che, lungi dal limitarsi ad un intervento di riforma sul piano procedurale (c.d. modernizzazione delle regole comunitarie di concorrenza), determina un profondo ripensamento nella sostanza dell'attività valutativa avente ad oggetto comportamenti potenzialmente lesivi della concorrenza.

Come noto l'art. 81, paragrafo 3, del trattato consente di dichiarare inapplicabili le disposizioni di cui al paragrafo 1 dello stesso articolo, agli accordi, decisioni di

³³ Così testualmente il considerando 29 del Reg. n. 139/2004 cit.

Cfr. altresì i parr. 76-88 degli Orientamenti della Commissione relativi alla valutazione delle concentrazioni orizzontali, in GUCE C 31 del 5.2.2004 che, sistematizzando l'*acquis communautaire* sul punto, dispongono che «perché la Commissione possa tenerne conto ... i miglioramenti di efficienza devono andare a beneficio dei consumatori, essere specificamente legati alla concentrazione ed essere verificabili».

³⁴ Per una definizione dell'*efficiency defence* si veda per tutti E. FOX, *Antitrust, competitiveness and the world arena: efficiencies and failing firms in perspective*, in *Antitrust Law Journ.*, 64, 1996, p. 730. Si tratterebbe di un'argomentazione idonea a fare approvare fusioni che altrimenti verrebbero impedito per i loro negativi effetti sulla concorrenza. Prima dell'intervento chiarificatore del nuovo regolamento in materia di concentrazioni, congiuntamente alla Comunicazione della Commissione sulle concentrazioni orizzontali cit. - la formulazione dell'art. 2, par. 1 (b) («la valutazione delle concentrazioni tiene conto ... dell'evoluzione del progresso tecnico ed economico purché essa sia a vantaggio del consumatore e non ostacoli la concorrenza») lasciava il dubbio che le parti avessero a disposizione un'*efficiency defence*, azionabile una volta che la soglia della posizione dominante fosse stata raggiunta. Così P. E. NOEL, *Efficiency considerations in the assessment of horizontal mergers under European and US antitrust law*, in *Eur. Comp. Law Rev.*, 8, 1997, p. 503.

Nondimeno osserva correttamente R. WHISH, *Competition Law*, cit., p. 843 che la suggestione di un'*efficiency defence* assimilabile ai criteri stabiliti dall'art. 81.3 in materia di intese deve essere superata alla luce del fatto che, l'art. 81.3 «can be used to trump a restriction of competition, provided that the elimination of competition will not be substantial. Art. 2(1) of the ECMR however seems to suggest that if competition would be affected at all, efficiency is not available as a trump card. Efficiency is therefore treated asymmetrically in Art. 81(3) and the ECMR».

associazioni di imprese o pratiche concordate che soddisfino cumulativamente³⁵ le quattro condizioni (due positive e due negative)³⁶ elencate dalla norma.

Non è escluso, in sostanza, che un accordo del quale sia già stata acclarata la portata restrittiva, possa nondimeno produrre effetti favorevoli alla concorrenza mediante incrementi di efficienza³⁷. Attraverso l'eccezione dettata dal paragrafo 3 dell'art. 81, trovano ingresso nell'analisi antitrust delle intese i possibili benefici economici generati dalle stesse³⁸.

In questo scenario lo snodo fondamentale della riforma, rappresentato dalla sostituzione del sistema di autorizzazione in deroga - di esclusiva competenza della Commissione - con un meccanismo di eccezione legale direttamente applicabile dai giudici e dalle amministrazioni nazionali, deve leggersi come la chiave che consente di effettuare un'analisi economica dell'insieme degli effetti imputabili ad un accordo, di

³⁵ La giurisprudenza comunitaria ha ribadito in più occasioni la necessità che i quattro requisiti indicati dall'art. 81.3 siano cumulativamente soddisfatti da un accordo perchè possa beneficiare dell'esenzione concessa dalla disposizione. Si vedano in proposito CGCE, 13/7/1966, cause 56/64 e 58/64, *Consten e Grunding/Commissione*, in Racc. p. 457, in particolare pp. 527-528; TPI, 15/7/1994, causa T-17/93, *Matra Hachette/Commissione*, in Racc. p. II-595, punto 104; TPI, 8/10/2002, cause T-185/00, T-216/00, T-299/00, T-300/00, *Métropole television SA (M6)/Commissione*, punto 86. Cfr. infine Comunicazione della Commissione, *Linee direttrici sull'applicazione dell'articolo 81, paragrafo 3*, del trattato, in GUCE C 101 del 27.4.2004, par. 38 e 42.

³⁶ L'art. 81, paragrafo 3, CE recita: «le disposizioni del paragrafo 1 possono essere dichiarate inapplicabili: a qualsiasi accordo o categoria di accordi tra imprese ...pratica concordata che i) contribuisca a migliorare la produzione o la distribuzione dei prodotti o a promuovere il progresso tecnico o economico, ii) pur riservando agli utilizzatori una congrua parte dell'utile che ne deriva (c.d. *fair share to consumers*), ed evitando di iii) imporre alle imprese interessate restrizioni che non siano indispensabili per raggiungere tali obiettivi; iv) dare a tali imprese la possibilità di eliminare la concorrenza per una parte sostanziale dei prodotti di cui trattasi».

³⁷ Cfr. le *Linee direttrici sull'applicazione dell'articolo 81, paragrafo 3*, del trattato, cit., par. 33.

³⁸ Il par. 33 della Comunicazione ult. cit., infatti recita: «l'articolo 81, par. 3, riconosce espressamente che gli accordi restrittivi possono generare benefici economici *oggettivi* tali da superare gli effetti negativi della restrizione della concorrenza». La precisazione in ordine al carattere obiettivo dei benefici economici scaturenti dall'accordo ripercorre le acquisizioni giurisprudenziali sul punto. Nella celebre sentenza del 13/7/1966, cause 56/64 e 58/64 *Consten e Grundig* cit., la CGCE chiarisce che il requisito rappresentato da miglioramenti nella produzione o distribuzione, etc.. non può esaurirsi nel complesso dei vantaggi che le parti dell'accordo traggono dalla conclusione dello stesso. «The subjective method, which makes the content of the concept of "improvement" depend upon the special features of the contractual relationship in question, is not consistent with the aims of Article 85. ... This improvement must in particular show appreciable *objective advantages* which they cause in the field of competition»: cfr. p. 348 della sent.

stimare cioè, come efficacemente sottolinea la stessa Commissione, “l’effetto netto”³⁹ (bilanciamento tra effetti anti e pro-competitivi) di tali accordi.

La diretta applicabilità dell’art. 81 nella sua interezza⁴⁰ segna il superamento di una compartimentazione dell’*enforcement* poco rispondente alla natura - economica⁴¹ - delle valutazioni che la Commissione è costretta ad effettuare, sin dalla prima fase dell’esame di un’intesa, e persino nelle ipotesi di accordi che abbiano come proprio oggetto quello di restringere la concorrenza, per i quali quindi «*some analysis of the impact of an agreement is needed*»⁴².

Nel nuovo quadro normativo troverebbe inoltre soluzione (negativa), almeno in linea teorica, la dibattuta questione circa l’opportunità di un’interpretazione dell’art. 81, paragrafo 1, che consenta di ritenere contemplato dalla norma un «principio di ragionevolezza», e permetta di conseguenza all’*enforcer*, sulla scorta del modello statunitense, di soppesare gli aspetti pregiudizievoli e favorevoli per la concorrenza di

³⁹ Cfr. le *Linee direttrici sull’applicazione dell’articolo 81, paragrafo 3*, cit., par. 33.

⁴⁰ La vera novità introdotta dal Regolamento di modernizzazione in relazione a questo aspetto è rappresentata dalla previsione di cui all’art. 1, paragrafo 2 del Reg. 1/2003, in base alla quale: «Gli accordi, le decisioni e le pratiche concordate di cui all’art. 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».

⁴¹ A questo proposito il Libro Bianco sulla modernizzazione cit., al par. 49 afferma: «L’attuale divisione, nell’applicazione dell’art. 85, tra paragrafo 1 e paragrafo 3 risulta infine artificiale e contraria al carattere inscindibile dell’articolo stesso, che richiede un’analisi economica dell’insieme degli effetti imputabili a un accordo».

⁴² Così R. WHISH, *Competition Law*, cit., p. 110.

La componente economica dell’analisi antitrust delle intese acquisisce un rilievo decisamente maggiore nelle ipotesi in cui la Commissione, non avendo rilevato l’anticompetitività dell’oggetto dell’accordo, passa ad esaminarne gli effetti. Nel caso *European Night Services*, causa T-374/94, il TPI osserva infatti che: «in assessing an agreement under Artiche 81.1 ... account should be taken of the actual conditions in which it functions, in particular the *economic context* in which the undertakings operate, the products or services covered by the agreement and the actual structure of the market concerned ... unless it is an agreement containing obvious restrictions of competition such as price-fixing, market-sharing or the control of outlets ... In the latter case, such restrictions may be weighed against their claimed pro-competitive effects only in the context of Artiche 81.3, with a view to granting an exemption from the prohibition in artiche 81.1».

E’ in ogni caso opportuno sottolineare che per il diritto comunitario non esistono alterazioni della concorrenza che, per loro natura, non possano essere esentate in forza della disposizione di cui all’art. 81.3. A questo proposito si rinvia alle considerazioni svolte dal TPI nel caso *Matra Hachette/Commissione* cit., causa T-17/93, punto 85: «non vi può essere, in via di principio, una prassi anticoncorrenziale la quale, quale che sia l’intensità dei suoi effetti su un determinato mercato, non possa essere esentata, qualora siano cumulativamente soddisfatte le condizioni stabilite dall’art. 85, n. 3 del trattato». Tale posizione viene fedelmente riprodotta al par. 46 delle Linee Direttrici sull’applicazione dell’art. 81, paragrafo 3, cit.

un'intesa ai fini della stessa determinazione dell'applicabilità del divieto di cui al primo paragrafo dell'art. 81.

Il rischio paventato dalla stessa Commissione con riguardo all'introduzione – che si muoverebbe peraltro in palese contrasto con la lettera dell'art. 81 – di una *rule of reason* all'interno di tale ultima disposizione, è quello di svuotare della sua portata il paragrafo 3 dello stesso articolo⁴³, nel cui ambito soltanto deve ritenersi possa svolgersi il bilanciamento tra gli effetti anticoncorrenziali e pro-concorrenziali dell'intesa⁴⁴.

Così, per un verso, viene confermata la struttura bifasica dell'esame da condurre ai sensi dell'articolo 81⁴⁵, e per un altro, viene avvalorata l'idea che nel paragrafo 3 dell'art. 81 trovino accoglimento tendenzialmente “esclusivo” considerazioni di efficienza, e che sia, in linea di principio, da respingersi una interpretazione estensiva

⁴³ Cfr. il Libro Bianco sulla modernizzazione cit., par. 57: «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 85, paragrafo 1 del trattato ... la struttura dell'articolo 85 non consente tuttavia di sfruttarlo più a fondo ... [per il fatto che lo stesso] porterebbe difatti a svuotare del suo contenuto il paragrafo 3 dello stesso articolo e solo una revisione del trattato potrebbe introdurre una simile modifica. Sarebbe quantomeno paradossale privare della sua sostanza l'articolo 85, paragrafo 3, laddove tale disposizione contiene in realtà tutti gli elementi di un *principio di ragionevolezza*».

⁴⁴ Il par. 11 delle Linee direttrici sull'applicazione dell'art. 81, paragrafo 3 afferma: «La valutazione comparata degli effetti anticoncorrenziali e degli effetti favorevoli alla concorrenza è effettuata esclusivamente nell'ambito dell'articolo 81, paragrafo 3».

Il par. 57 cit. del Libro Bianco sulla modernizzazione nonché la previsione delle Linee direttrici qui riportata, sistematizzano le conclusioni sul punto alle quali la giurisprudenza comunitaria era pervenuta. Per tutte si veda TPI, 18/9/2001, causa T-112/99, *Metropole television (M6) e al./Commissione*, in 2001 Racc. II-2459, punti 74 e ss. «L'art. 85, prevede esplicitamente al n. 3, la possibilità di esonerare accordi restrittivi in materia di concorrenza qualora questi ultimi soddisfino un determinato numero di condizioni... Solo nel preciso ambito di tale disposizione può intervenire una ponderazione degli aspetti pro- e anticoncorrenziali di una restrizione ... Vero è che in un determinato numero di sentenze la Corte e il Tribunale si sono espressi a favore di un'interpretazione meno restrittiva del divieto di cui all'art. 85, paragrafo 1 ... tuttavia tali sentenze non possono essere interpretate come una legittimazione dell'esistenza di una regola della ragionevolezza in diritto comunitario in materia di concorrenza. Esse si inseriscono piuttosto in una corrente giurisprudenziale più ampia secondo la quale non occorre ritenere, in maniera completamente astratta e indistinta, che qualsiasi accordo che restringe la libertà di azione delle parti o di una di esse rientri necessariamente nell'ambito del divieto di cui all'art. 85, n. 1. Infatti, ai fini dell'esame dell'applicabilità di tale disposizione ad un accordo, si 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 prodotti e/o servizi contemplati dall'accordo nonché dalle condizioni reali del funzionamento e della struttura del mercato ... una tale impostazione non implica tuttavia una ponderazione degli effetti pro- e anticoncorrenziali di un accordo ai fini della determinazione dell'applicabilità del divieto di cui all'art. 85, n. 1».

⁴⁵ In questo senso v. par. 11 delle Linee direttrici sull'applicazione dell'art. 81, paragrafo 3 cit. Cfr. altresì il par. 12, secondo il quale: «Prima di procedere alla valutazione dei benefici compensativi ai sensi dell'art. 81, paragrafo 3, è necessario aver determinato il carattere restrittivo dell'accordo ed il suo impatto».

della norma in parola, tale cioè da giustificare l'inclusione nell'ambito degli aspetti che neutralizzano la portata restrittiva dell'accordo, anche dei benefici realizzabili nel quadro delle politiche comunitarie che prescindono da obiettivi efficientistici⁴⁶.

Le Linee direttrici in materia stabiliscono in maniera inequivoca che «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'art. 81, paragrafo 3»⁴⁷. Nella valutazione che tende a stabilire se un accordo possa beneficiare o meno dell'eccezione legale in parola, le eventuali giustificazioni che esulino dall'area delle “*efficiency defence*” dovranno essere tenute in considerazione, come insegna la giurisprudenza della Corte di Giustizia sul punto, solo *ad abundantiam*⁴⁸, nel senso cioè di rafforzare un'analisi di per sé positiva dell'intesa,

⁴⁶ A questo proposito va menzionato a titolo esemplificativo il caso *Metro/Commissione*, causa 26/76, 1977, Racc. p. 1875, nel quale la CGCE ha ritenuto che l'occupazione costituisca un fattore rilevante nell'ambito del primo requisito di cui all'art. 81.3, affermando che l'accordo fosse «a stabilising factor with regard to the provision of employment which, since it improves the general conditions of production, especially when the market conditions are unfavourable, comes within the framework of the objectives to which reference may be made pursuant to Article 81(3)».

Vale la pena sottolineare che l'opzione - emersa in sede di consultazione sulla riforma del sistema di autorizzazione in deroga - relativa ad una interpretazione che includesse nell'art. 81, paragrafo 1, una *rule of reason*, avrebbe finito per condizionare il rapporto in parola tra la politica di concorrenza e le ulteriori politiche comunitarie. Sul punto il par. 56 del Libro Bianco sulla modernizzazione cit. recita infatti: «In un tale sistema, l'applicazione dell'esenzione ai sensi del paragrafo 3 sarebbe limitata ai soli casi in cui ragioni di coerenza fra la politica comunitaria di concorrenza e altre politiche comunitarie prevalessero sui risultati dell'analisi concorrenziale».

⁴⁷ Cfr. Linee direttrici sull'applicazione dell'art. 81, paragrafo 3, cit., par. 42.

A tali considerazioni si aggiungono quelle contenute nel paragrafo 47 della Comunicazione in commento, a mente del quale «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. 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 e non è una questione che possa essere disciplinata dalle imprese stesse».

⁴⁸ Cfr. infatti TPI, *Matra Hachette/Commissione* cit., causa T17/93, punto 139: «anche se... la Decisione conclude l'esame della condizione in questione e in cui si esamina l'incidenza del progetto sugli impianti pubblici d'infrastruttura e sull'occupazione, nonché la sua incidenza sull'integrazione europea, essa conclude “Ciò non sarebbe sufficiente a ai fini di un'esenzione qualora non venissero soddisfatte le condizioni dell'art. 85, paragrafo 3, ma si tratta di un elemento di cui la Commissione ha tenuto conto”. Il Tribunale osserva come da quest'ultima frase emerga chiaramente che le “circostanze eccezionali” cui si riferisce così la Decisione sono state considerate dalla Commissione solo ad *abundantiam*». Propende per un “narrow approach to Article 81(3)” R. WHISH, *Competition Law*, cit., p. 152.

condotta alla luce dei parametri indicati dal terzo paragrafo dell'art. 81, senza sostituirsi ai medesimi⁴⁹.

1.3 Gli obiettivi della modernizzazione e l'introduzione delle decisioni con impegni.

Attraverso la sintetica panoramica svolta, si è cercato di porre in luce i criteri che hanno guidato l'individuazione del più vasto ambito che fa da sfondo alla ricerca.

Il grande tema richiamato dal titolo, e cioè quello della modernizzazione delle regole di applicazione della normativa antitrust comunitaria, giustifica poi la scelta di porre al centro dell'attenzione le decisioni c.d. "con impegni", atteso che, come si cercherà di chiarire, nell'introduzione della nuova tipologia di provvedimenti confluiscono le principali istanze della riforma.

L'art. 9 del Regolamento n. 1 del 2003 prevede la possibilità per la Commissione di rendere obbligatori, attraverso l'adozione di formali decisioni, gli impegni spontaneamente offerti dalle imprese, parti del procedimento istruttorio, al fine di superare i profili anticoncorrenziali relativi alle pratiche oggetto di istruttoria, in precedenza sollevati dalla stessa Commissione. Ove quest'ultima, alla luce delle

⁴⁹ La parabola lungo la quale è possibile leggere la progressiva affermazione di un approccio più economico, trova nell'adozione delle Linee direttrici sull'applicabilità dell'art. 81 agli accordi di cooperazione orizzontale (in GUCE C 3 del 6.1.2001) e delle Linee direttrici sulle restrizioni verticali (in GUCE C 291 del 13.10.2000) uno dei suoi snodi fondamentali. Nella Relazione sulla politica di concorrenza per l'anno 2000, infatti, la Commissione ha affermato: «le linee direttrici rappresentano un passaggio dall'impostazione basata su criteri formalistici, che caratterizza la legislazione attuale, ad un approccio di tipo economico inteso a valutare le ripercussioni degli accordi di cooperazione orizzontale. L'obiettivo fondamentale di questa nuova impostazione è consentire la cooperazione tra concorrenti laddove essa contribuisca al benessere economico senza creare rischi per la concorrenza». Nello specifico nelle Linee direttrici sugli accordi di cooperazione orizzontale si afferma (par. 19): «Ai fini [dell'analisi degli effetti dell'accordo] non è sufficiente che l'accordo limiti la concorrenza tra le parti. Occorre anche che esso sia in grado di pregiudicare la concorrenza sul mercato in termini di prezzi, produzione, innovazione, o della varietà dei prodotti o dei servizi offerti». Nello stesso senso le Linee direttrici sulle restrizioni verticali (cfr. par. 102 e *passim*).

modifiche proposte dalle parti, ritenga che il suo «intervento non è più giustificato»⁵⁰, il relativo procedimento può concludersi senza l'accertamento di un'infrazione, e con la possibilità per l'*enforcer* di sanzionare l'eventuale inosservanza dei termini della decisione previamente adottata, con l'irrogazione di ammende e penalità di mora.

Lo strumento di cui ci si occupa consente di rimeditare sul significato delle nozioni di "efficacia" e di "efficienza" dell'attività di applicazione delle norme poste a presidio della libera concorrenza nel mercato interno.

L'obiettivo dell'attività di controllo che il legislatore affida alla Commissione, in uno, ed in misura attualmente sempre più significativa, con le autorità nazionali garanti della concorrenza, è quello di garantire o ristabilire con successo condizioni accettabili di competitività tra gli operatori economici presenti nel mercato rilevante. È con tale finalità che va identificata l'efficacia dell'*enforcement*.

L'individuazione del mezzo più appropriato per perseguire il descritto obiettivo si situa, invece, sul terreno dell'efficienza e dell'economicità dell'azione amministrativa affidata alla Commissione. Si tratta di una scelta condizionata in maniera decisiva dal grado di profondità raggiunto nell'analisi, dallo stadio dell'accertamento al quale la Commissione è pervenuta, e infine dalle singole circostanze che caratterizzano il caso concreto oggetto d'istruttoria.

A questo proposito va nondimeno sottolineato come l'adozione di provvedimenti, di natura ingiuntiva e sanzionatoria, con i quali viene constatata un'infrazione, rappresenti solo una delle alternative presenti nello spettro di opzioni praticabili dalla Commissione, una volta che quest'ultima abbia compiuto una

⁵⁰ Reg. CE n. 1/2003 del Consiglio, 16.12.2002, considerando n. 13.

valutazione preliminare dei comportamenti oggetto di indagine, dalla quale siano emersi dei rilievi per così dire negativi⁵¹.

Come chiarito dalla giurisprudenza sul caso *Automec II*⁵², il potere di fissare gradi di priorità differenti alle questioni sottoposte all'esame della Commissione costituirebbe elemento inerente all'esercizio dell'attività di vigilanza e di controllo affidata dal legislatore a quest'ultima in materia di concorrenza. Se una simile conclusione induce a ritenere insussistente a carico della Commissione un obbligo di pronunciarsi sull'esistenza di un'infrazione, o di istruire il relativo procedimento, dovrebbe altrettanto ragionevolmente escludersi l'obbligo per la Commissione di prolungare un'istruttoria, nelle ipotesi in cui la stessa accerti che «il proprio intervento non è più giustificato». In altre parole, meriterebbero un trattamento per così dire omogeneo, i casi che non costituiscono sin dall'inizio, o non rappresentano più, una priorità nell'agenda della Commissione.

Ragioni di coerenza sistematica inducono, del resto, a leggere i rilievi appena svolti, congiuntamente alle affermazioni compiute dalla Corte di Giustizia CE in merito all'ampio margine di discrezionalità di cui la Commissione disporrebbe «al fine di stabilire se un problema di concorrenza è ben identificabile e può essere risolto facilmente»⁵³, e nell'esercizio del potere di «valutare gli impegni proposti dalle parti»⁵⁴.

Chiarite le ragioni dell'indagine, si proverà a questo punto a chiarirne lo scopo ed il percorso. La trattazione si snoda lungo tre fondamentali linee direttrici.

⁵¹ Il legislatore parla a questo proposito di "preoccupazioni". Cfr. Art. 9, par. 1, del Reg. n. 1/2003 cit.

⁵² Cfr. TPI, 18/9/1992, causa T-24/90, *Automec srl/Commissione*, in *Racc.* (1992) II-2223, punti 73-77.

⁵³ Cfr. sul punto CGCE, 17/11/1987, cause riunite 142/84 e 156/84, *BAT e Reynolds/Commissione*, in *Racc.* p. 4487, punto 62 e TPI, 30/9/2003, causa T-158/00, *ARD/Commissione*, punto 137.

⁵⁴ Cfr. TPI, causa T158/00, *ARD/Commissione*, cit., punto 194 e 328. La sentenza qui richiamata riguarda dei casi di impugnazione di decisioni adottate dalla Commissione nell'ambito del controllo delle concentrazioni. Le considerazioni espresse dai giudici con riguardo alla natura discrezionale del potere che la Commissione esercita in sede di valutazione degli impegni, nonché a monte, in merito alla «necessità di ottenere impegni per dissipare i dubbi sollevati» costituiscono tuttavia, come si chiarirà nel corso della trattazione, un prezioso punto di riferimento nell'analisi dei *commitments* di cui all'art. 9 del Reg. n. 1/2003.

Il primo passo dal quale deve necessariamente muovere l'indagine non può che coincidere con lo scrutinio delle esigenze di semplificazione, che sono sottese in generale alla modernizzazione delle regole di procedura di applicazione del diritto antitrust comunitario, e si riverberano, in maniera peculiare, nella scelta del legislatore di dotare la Commissione del potere di adottare decisioni con impegni, in sede di valutazione di intese e pratiche poste in essere da operatori in posizione dominante.

Ad indicare le coordinate del controllo in materia di intese e abusi di posizione dominante è lo stesso trattato istitutivo della Comunità, che all'art. 83 si riferisce per un verso, alla necessità di esercitare una sorveglianza efficace, e per un altro, al bisogno di *semplificare* le procedure amministrative⁵⁵.

Come lucidamente sottolineato dalla Commissione, con segnato riferimento alla valutazione degli accordi, i principali inconvenienti legati al meccanismo di autorizzazione in deroga previsto dall'art. 4 del precedente regolamento di procedura⁵⁶, erano rappresentati dall'«impossibilità della prima di dedicare le proprie risorse alla lotta contro le restrizioni più dannose per la concorrenza; dalla difficoltà di esaminare entro tempi ragionevoli tutti i casi di cui la stessa fosse investita adottando una decisione formale che fornisse alle imprese un'adeguata certezza del diritto; e dagli ostacoli alla piena realizzazione di un sistema di applicazione decentrata delle regole di concorrenza»⁵⁷.

A questo punto, ed al fine di rendere pienamente intellegibili le ragioni che inducono a guardare alle decisioni con impegni come ad un istituto di semplificazione, è opportuno svolgere una duplice considerazione.

⁵⁵ Nel Libro Bianco sulla modernizzazione cit., il riferimento alla esigenza di semplificazione è diffuso. Cfr. in particolare il par. 41 nel quale si afferma esplicitamente che «la ricerca di un equilibrio fra una politica efficace e un controllo semplificato deve pertanto guidare le scelte fra le diverse riforme attuabili».

⁵⁶ Primo Regolamento del Consiglio d'applicazione degli articoli 85 e 86 del trattato, n. 17 in GUCE n. 13 del 21.2.1962, art. 4.

⁵⁷ Cfr. Libro Bianco sulla modernizzazione cit., par. 55.

In primo luogo non sembra che le conseguenze legate al regime di autorizzazione possano esaurire l'intero spettro degli ostacoli che si frappongono ad un funzionamento efficace del sistema di divieto delle intese; sicché anche la transizione al sistema di eccezione legale, sebbene, e a buon diritto, considerata centro di gravità⁵⁸ della riforma realizzata con il regolamento n. 1/2003, andrebbe ragionevolmente vista come una soltanto, delle componenti di un *optimal enforcement*⁵⁹.

Una seconda considerazione compiuta, ancora una volta, sulla scorta della già citata giurisprudenza *Automec*, si riferisce all'ampiezza dei poteri dei quali la Commissione risulterebbe titolare nell'esercizio dei compiti di vigilanza attribuitile. Come è stato chiarito, «la Commissione ... non può essere obbligata a pronunciarsi mediante decisione sull'esistenza dell'asserita infrazione, salvo il caso in cui l'oggetto della denuncia ricada nella sfera della sua competenza esclusiva»⁶⁰. Deve pertanto concludersi che nell'attuale scenario, attesa la rimozione della competenza esclusiva della Commissione nel concedere e revocare esenzioni ai sensi dell'art. 81.3, quest'ultima goda, per qualsiasi caso portato alla sua attenzione, del medesimo potere di valutare la sussistenza di un interesse comunitario all'istruzione del procedimento e alla conseguente adozione di una decisione finale sull'esistenza dell'asserita infrazione.

In questo contesto l'istituzione di un nuovo tipo di decisioni individuali è dettata dall'esigenza di ampliare il ventaglio di opzioni disponibili, per il trattamento delle conseguenze delle eventuali violazioni dei divieti di cui agli articoli 81 e 82 del trattato, e riflette perciò l'idea che la molteplicità e complessità dei casi concreti prospettabili alla Commissione, non possa trovare adeguata ed unica risposta nell'alternativa tra

⁵⁸ Cfr. C. D. EHLERMANN, *The Modernization of EC Antitrust Policy: a legal and cultural revolution*, in *Comm. Market Law Rev.*, 2000, pp. 589 e ss.

⁵⁹ In tema per tutti v. W. WILS, *The Optimal Enforcement of EC Antitrust Law*, Kluwer Law International, 2002.

⁶⁰ Cfr. TPI, causa T-24/90, *Automec II*, cit., punto 75.

l'istruzione o meno del procedimento, e quindi, tra l'adozione o meno di una decisione con la quale si contesti l'infrazione commessa.

La ricerca di un equilibrio tra una politica efficace e un sistema di controllo semplificato⁶¹, ha indotto il legislatore ad individuare⁶² una soluzione per così dire "intermedia", invocabile in tutte le ipotesi nelle quali, pur sussistendo gli estremi per l'istruzione del caso, la stessa Commissione valuti, nel corso del procedimento, positivamente le modifiche alla condotta oggetto di indagine proposte dalle parti, sino a decidere di chiudere l'istruttoria, realizzando in tal modo un'evidente economia di risorse procedimentali. La natura formale dei provvedimenti in commento rispecchierebbe poi il contemperamento tra la volontà di consentire alla Commissione di adottare decisioni in tempi rapidi - *semplificando* - e l'esigenza di fornire certezza giuridica alle imprese⁶³.

La trattazione ripercorre la genesi delle decisioni con impegni, individuando nell'abituale adozione, per il passato, da parte della Commissione di *informal settlements*, al fine di risolvere una quota rilevante dei casi antitrust oggetto di indagine, un imprescindibile punto di riferimento per l'analisi. All'istituzione della nuova tipologia di decisioni si intende, dunque, sottesa la volontà del legislatore di formalizzare una precedente prassi, e nello specifico di correggerne i limiti più evidenti, quali l'assenza di un livello adeguato di pubblicità e trasparenza.

L'idea che emerge nella ricerca, e viene di conseguenza proposta in questo studio, è quella che sul modello delle decisioni con impegni spieghi un certo

⁶¹ V. ancora art. 83 trattato CE, e par. 55 cit. del Libro Bianco sulla modernizzazione.

⁶² Peraltro la scelta del legislatore di istituire un nuovo tipo di decisioni con le quali rendere obbligatori gli impegni offerti dalle parti è maturata, come si chiarirà nel corso della trattazione, sulla scorta dell'esperienza informale precedente.

⁶³ Nell'ambito della consultazione sul sistema di eccezione legale erano emerse una serie di ulteriori opzioni rispetto a quella che alla fine ha prevalso. In relazione alla prima opzione prospettabile, nel Libro Bianco sulla modernizzazione cit., al par. 66 si osserva: «E' stato talvolta proposto di semplificare tali procedure per permettere alla Commissione di adottare decisioni in tempi rapidi e fornire certezza giuridica alle imprese».

condizionamento anche il diffuso impiego, maturato nell'esperienza antitrust statunitense, dei *settlements*, quale itinerario alternativo rispetto allo svolgimento di procedure di natura contenziosa.

Si giunge così ad evidenziare uno dei principali nodi attraverso cui si svolge l'analisi, rappresentato dalla natura controversa delle questioni oggetto di istruttoria, dalla presenza di un margine di incertezza sull'esito del procedimento, dal carattere conflittuale delle posizioni della Commissione da un lato, e delle parti dall'altro, e dunque, in definitiva, dalla necessità di "negoziare"⁶⁴.

In altre parole il presupposto implicito dell'adozione di una decisione ai sensi dell'art. 9 del Reg. n. 1/2003, è rappresentato dal fatto che la Commissione abbia maturato l'intenzione di «adottare una decisione volta a far cessare un'infrazione»⁶⁵.

Il contenuto delle decisioni con le quali la Commissione accetta e rende obbligatori gli impegni proposti dalle imprese, è in sostanza il risultato di concessioni reciproche tra parti, le quali rappresentano peraltro due distinti centri di interesse: rispettivamente quello pubblico alla promozione e alla tutela di strutture di mercato realmente competitive, e quello privato dettato dalla volontà di evitare i costi connessi, in parte all'ulteriore svolgimento dell'istruttoria, ma in misura prevalente, alla finale constatazione dell'infrazione.

Anticipando una serie di considerazioni che verranno sviluppate nel corso della trattazione, e dunque semplificando estremamente sul punto, sembra che uno degli aspetti di maggiore problematicità - e perciò stesso di significativo interesse - nell'indagine, sia proprio la conciliabilità della natura innegabilmente provvedimentale dell'istituto di cui ci occupa, con l'origine per così dire compromissoria, della disciplina

⁶⁴ Il significato del termine "*settlements*" in uso nella prassi anglosassone, come nella consuetudine informale della quale vi è traccia nelle Relazioni annuali della Commissione sulla politica di concorrenza, è appunto quello di concordato, accordo.

⁶⁵ Cfr. art. 9, Reg. 1/2003, cit.

del futuro comportamento dell'impresa destinataria di una decisione adottata ai sensi dell'art. 9 del Reg. 1/2003.

Le coordinate entro le quali si muove l'indagine sono dunque, da un lato, l'unilateralità degli impegni offerti dalle imprese, che come tali dunque vincolano, nel significato stretto dell'espressione, esclusivamente queste ultime; e il carattere, altrettanto unilaterale, della decisione con la quale la Commissione, nel pieno esercizio dei suoi poteri discrezionali, valuta l'opportunità degli impegni proposti, e ne determina l'obbligatorietà. Dall'altro lato, tuttavia, le decisioni concernenti gli impegni, perimetrano lo spazio di manovra per il futuro della stessa Commissione, precludendo a quest'ultima la possibilità di riaprire un procedimento per violazione degli articoli 81 e 82 del trattato, in relazione alle condotte coperte appunto dagli impegni, se non nelle ipotesi previste dalla legge⁶⁶. È proprio tale ultimo elemento a sollevare delicate questioni. I poteri che la Commissione esercita, all'indomani dell'adozione di una decisione ex art. 9, trovano la loro fonte espressa nella legge. Eppure quest'ultima determina un'interposizione necessaria degli impegni nella regolazione dei rapporti tra Commissione e imprese. La logica sottesa alla disposizione di cui al paragrafo 2 dell'art. 9, appare orientata ad evitare che l'amministrazione ponga nel nulla un programma, che può definirsi, "concordato" con il privato, ed evidenzia in ciò una certa contiguità con le ordinarie dinamiche convenzionali.

L'oggetto dell'indagine s'intreccia, dunque, in certa misura, con il tema della negoziabilità del potere amministrativo discrezionale di cui la Commissione è titolare nell'esercizio dei compiti di vigilanza e di controllo in materia di concorrenza.

⁶⁶ A questo proposito cfr. art. 9, par. 2 del Reg. n. 1/2003: «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; c) se la decisione si basa su informazioni trasmesse dalle parti che sono incomplete, inesatte o fuorvianti».

Al di là degli inquadramenti dogmatici, che rischierebbero di essere avventati e poco opportuni, posto che essi costituiscono il risultato del tentativo di attraversare trasversalmente distinti ordinamenti amministrativi, lo studio richiama i tratti distintivi di moduli convenzionali, che abbiano direttamente ad oggetto il contenuto discrezionale del provvedimento (conclusivo di un procedimento) nel quale gli stessi sono incorporati⁶⁷.

L'indagine si sposta a questo punto sull'altro grande tema evocato dal progetto di modernizzazione del diritto antitrust comunitario, accanto a quello collegato all'imperativo della semplificazione. L'obiettivo di aumentare l'efficacia dell'*enforcement*, congiunto all'esigenza di economizzare le risorse amministrative della Commissione - consentendo dunque a quest'ultima di incanalarle verso la lotta delle restrizioni della concorrenza più gravi - ha indotto il legislatore a presentare il decentramento dell'applicazione delle regole di concorrenza come la pietra angolare della riforma⁶⁸.

In un sistema di competenze parallele, distribuite tra Commissione ed autorità nazionali, la garanzia di uniformità e coerenza nell'applicazione nell'intera Comunità delle norme rilevanti, viene avvertita dal legislatore come esigenza irrinunciabile⁶⁹.

⁶⁷ Ci si riferisce in particolare alla figura degli accordi tra pubblica amministrazione e privato, *procedimentali* e *sostitutivi* di provvedimento, previsti nell'ordinamento italiano dalla legge che detta norme generali sull'azione amministrativa n. 241 del 1990, e alla ricostruzione degli stessi come contratti di diritto pubblico soprattutto in ragione dell'analisi condotta in relazione al modello dell'*öffentlicher Vertrag* presente nell'ordinamento tedesco.

⁶⁸ Cfr. Libro Bianco sulla modernizzazione cit., par. 42: «per adempiere la propria missione istituzionale, la Commissione ritiene necessario disporre di un quadro procedurale che le permetta in primo luogo di concentrare la propria attività sulla lotta contro le restrizioni più gravi, e che consenta in secondo luogo l'applicazione decentrata delle regole di concorrenza comunitarie, preservando al tempo stesso la coerenza di tale politica nella Comunità».

⁶⁹ Cfr. la relazione che accompagna la Proposta del Regolamento d'applicazione degli articoli 81 e 82 del trattato, COM (2000) 582, p. 25: «In un sistema caratterizzato dalla competenza parallela della Commissione, delle autorità nazionali garanti della concorrenza, e degli organi giudiziari degli Stati membri ad applicare gli articoli 81 e 82 del trattato, è fondamentale che tale applicazione avvenga in maniera coerente. ... E' pertanto necessario adottare misure che affrontino in modo efficace tale rischio di applicazione disomogenea».

La regola cardine nella quale confluisce, in maniera evidente, la volontà di evitare un'applicazione disomogenea del *corpus* normativo posto a presidio della libera concorrenza all'interno della Comunità, è contenuta all'articolo 16 del regolamento n. 1/2003⁷⁰. La *ratio* della norma è quella di instaurare un sistema che limiti la possibilità di decisioni divergenti, assumendo, nel contempo, quale punto fermo nella rimeditazione delle strade percorribili a tal fine, la centralità del ruolo svolto dalla Commissione, ed in particolare, dalle decisioni emesse da quest'ultima.

Lo studio delle decisioni con impegni ripropone in maniera singolare, per taluno drammatica, il problema di un virtuale contrasto tra la necessità del decentramento da un lato, e il presidio della centralità della Commissione dall'altro, nella misura in cui il legislatore dispone che «le decisioni concernenti gli impegni non pregiudicano la facoltà delle autorità garanti della concorrenza e delle giurisdizioni degli Stati membri di procedere all'accertamento [del sussistere o perdurare di un'infrazione] e di prendere una decisione»⁷¹.

In particolare, l'adozione in sede nazionale di una decisione con la quale venga constatata un'infrazione, nei confronti delle imprese - già destinatarie di una decisione adottata dalla Commissione ai sensi dell'articolo 9 - e in relazione a condotte oggetto della medesima istruttoria - che ha portato alla finale adozione degli impegni - sembrerebbe in palese conflitto con il principio di uniformità del quale si è detto.

⁷⁰ L'art. 16 del Reg. n. 1/2003 recita: «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. 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».

In tema v. W. WILS, *Principles of European Antitrust Enforcement*, Oxford-Portland Oregon, 2005, pp. 67 e ss.

⁷¹ Cfr. considerando n. 13, cit., Reg. 1/2003.

Anticipando quanto si dirà più avanti, la posizione che qui si sostiene giunge ad escludere, alla luce di una rigorosa perimetrazione del contenuto dispositivo del provvedimento, la riferita antinomia. Si ritiene infatti che non possa, in linea di principio, delinearsi alcun contrasto, laddove, come nelle ipotesi in cui vengano accettati degli impegni ai sensi dell'art. 9 del Reg. 1/2003, non si sia giunti ad alcuna conclusione sulla sussistenza o meno dell'infrazione.

L'ultima parte del lavoro costituisce il tentativo di operare una sintesi delle analogie, e dei punti di innegabile distinzione, tra le logiche che governano rispettivamente l'adozione di decisioni d'impegno per l'applicazione degli articoli 81 e 82 e la prassi, ormai consolidata nell'esperienza comunitaria, di risolvere i problemi concorrenziali scaturenti da una concentrazione notificata, sulla base degli impegni offerti dalle imprese richiedenti.

La frequenza con la quale la Commissione ha fatto ricorso alla negoziazione di *remedies* in sede di controllo delle concentrazioni, nonché il fatto che la stessa giurisprudenza comunitaria abbia in più occasioni avuto occasione di perimetrarne l'ambito di applicazione, offrono una serie di elementi utili ai fini dell'indagine che si svolge. Posizione quest'ultima, che può dirsi avallata, in certa misura, dalla stessa Commissione⁷².

Tuttavia la circostanza che le misure correttive siano adottate in sede di controllo sulle operazioni di concentrazione, e dunque nell'ambito di procedure di natura autorizzatoria, e non dirette a contestare eventuali infrazioni, incide in maniera decisiva sulla considerazione della quale godono i diritti delle parti. Nello specifico si è cercato di far luce sulle ragioni che suggeriscono l'opportunità di ricorrere a rimedi

⁷² A titolo esemplificativo cfr. il par. 126 del Libro Bianco sulla modernizzazione cit., a mente del quale: «Data l'analogia esistente fra gli oneri che possono essere imposti alle imprese nell'ambito dell'autorizzazione di un'operazione di concentrazione e le decisioni di accettazione degli impegni proposte nel presente contesto, potrebbe essere stabilita una seconda categoria di penalità di mora sul modello del regolamento (CEE) n. 4064/89».

strutturali nel trattamento dei problemi concorrenziali sorti in materia di concentrazioni, e che viceversa inducono ad escludere la preferibilità di tale opzione nelle procedure di infrazione degli articoli 81 e 82.

Un segno di tale diversità di prospettive si evince nell'espressa introduzione ad opera del Reg. 1/2003 (art. 7) del c.d. *test legale* in materia di imposizione di rimedi. «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». La ratio della disposizione appare evidentemente quella di tutelare, nella più ampia misura possibile, le situazioni soggettive delle parti, privilegiando delle condizioni che, in linea di principio, sono per le stesse meno gravose, sebbene comportino costi più elevati per l'autorità pubblica, nella misura in cui impongono, per esempio, che l'osservanza degli impegni comportamentali sia affidata a meccanismi di costante monitoraggio.

Nondimeno sono state sottolineate le rispettive differenze tra l'imposizione in via unilaterale dei rimedi ai sensi dell'art. 7, e la negoziazione degli stessi attraverso la procedura cui rinvia l'art. 9, che presuppone quale componente essenziale la spontaneità dell'offerta di impegni da parte delle imprese.

L'indagine su questo punto evoca un tema di estrema complessità, che è quello relativo alla desiderabile dose di regolazione insita nella politica comunitaria di concorrenza, e all'esigenza di contemperare in misura opportuna la presenza nella stessa delle due componenti rappresentate, da una parte, dal modello di stretta applicazione della legge, e dall'altra, dal modello regolatorio.

Capitolo II

Le decisioni con impegni: un istituto di semplificazione.

2.1 L'utilizzo degli impegni nell'esperienza precedente al Reg. n. 1/2003.

2.1.1 La risoluzione informale delle procedure di infrazione nella prassi della Commissione. Limiti in termini di pubblicità e trasparenza.

L'articolo 9 del Reg. n. 1/2003 citato dispone che: «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».

Come già osservato⁷³, la portata inedita della disposizione sarebbe rappresentata dalla formalizzazione della prassi, da tempo in uso presso la Commissione europea,

⁷³ In proposito v. M. FURSE, *The Decision to Commit: Some Pointers from the US*, in *Eur. Comp. Law Rev.*, n. 1/2004, p. 5: «*in effect the commitment decision is a formalisation of the procedure under which the Commission accepts and monitors "undertakings" offered by companies*».

consistente nel “comporre”⁷⁴ i casi oggetto di istruttorie – spesso ritualmente avviate con una comunicazione degli addebiti – senza l’adozione di una decisione formale, nelle ipotesi in cui l’impresa indagata avesse spontaneamente offerto di modificare il comportamento oggetto di contestazione.

A questo proposito deve innanzitutto prendersi atto dell’assenza, nella legislazione rilevante, nella prassi decisionale della Commissione, nonché nelle pronunce dei giudici comunitari, di una definizione espressa dei “*settlements*”, nell’accezione di cui qui ci si occupa.

All’interprete, dunque, non resta che ricostruire natura, finalità e limiti degli impegni, offerti per il periodo precedente all’intervento del Reg. n. 1/2003 citato, sulla base delle indicazioni, peraltro laconiche, presenti nelle relazioni annuali sulla politica comunitaria della concorrenza. Da queste ultime sembrerebbe emergere in primo luogo il dato della consistenza numerica, e anzi, della sensibile prevalenza dei casi risolti informalmente⁷⁵, rispetto a quelli conclusi con una decisione formale a norma degli articoli 81 e 82 del trattato⁷⁶.

Non sarebbe d’altra parte corretto, come si chiarirà nel corso della trattazione, alimentare una tendenza all’ “indistinzione”, e cioè ad assimilare le fattispecie trattate in via informale, alle quali possono essere sottese esigenze di *enforcement* del tutto differenziate.

Si ritiene pertanto opportuno rinviare ad una fase successiva l’esame dei casi chiusi attraverso l’invio delle c.d. “*Comfort Letters*” .

⁷⁴ Alla consuetudine in parola ci si riferisce, infatti, comunemente con l’espressione “*informal settlements*”.

⁷⁵ La stessa Commissione affermava che in media, un’istruttoria su trenta si sarebbe conclusa con una decisione formale. Cfr. GU, C 118 del 1983, p. 23.

⁷⁶ Nella categoria di decisioni formali indicate nelle relazioni annuali, sono incluse accanto ai provvedimenti di constatazione delle infrazioni, le decisioni di autorizzazione in deroga ai sensi dell’art. 81, paragrafo 3, le decisioni di esenzione individuale adottate nell’ambito delle procedure di opposizione previste in alcuni regolamenti di esenzione per categoria, nonché quelle di archiviazione delle denunce.

Il primo elemento riscontrabile nell'analisi è, senz'altro, l'esiguità di informazioni disponibili in merito alla consuetudine di cui ci si occupa⁷⁷. A coincise dichiarazioni nelle quali si rivolgeva un globale riferimento ai “*settled cases*”⁷⁸, si alternavano sintetiche descrizioni dell'accordo raggiunto, ove a richiederlo fosse il rilievo del caso oggetto d'indagine⁷⁹. Successivamente, le relazioni annuali sulla politica antitrust hanno dedicato una specifica sezione, pur scarna, alla “Composizione” dei problemi oggetto di istruttoria⁸⁰.

È agevole intuire che la scarsa pubblicità sulle trattative intercorse tra autorità pubblica ed imprese, e sull'esito delle stesse, dovesse inevitabilmente limitare la possibilità di ricostruire percorso logico e criteri adottati nell'analisi dalla Commissione, e di conseguenza compromettere una delle componenti essenziali di una efficace lotta alle restrizioni della concorrenza all'interno della Comunità.

La celerità con cui il sistema di *enforcement* riesce a ristabilire dosi accettabili di competitività tra gli operatori, e l'incisività dell'intervento, sono infatti direttamente

⁷⁷ I.VAN BAEL e J. F.BELLIS, *Competition law of the European Community*, The Hague, 2005, p. 1136-1137: «An examination of the Annual Reports on Competition Policy and of the Bulletins of the European Communities reveals that less than 5 % of all settlements are (often briefly) mentioned».

⁷⁸ Si tratta di affermazioni di rito come quella che qui si riporta, tratta dalla Quattordicesima Relazione Annuale sulla Politica di Concorrenza della Commissione Europea, 1984, punto 50: «many of the cases concerned distribution and licensing agreements, as in past years, which could be *settled after having been brought into line* with existing block exemptions or notices, or because they fall within the scope of the Commission Notice on Agreements of Minor Importance».

⁷⁹ In proposito la Commissione afferma di ritenersi vincolata ad emettere comunicati stampa solo «in cases of particular importance, either because points of law were raised or because of the economic power of the firms involved»: cfr. VI Relazione Annuale sulla politica di concorrenza, 1977, punto 11. In risposta all'interrogazione dell'On. Tyrell, in GU C 225 del 1984, p. 20: «All cases of importance from the point of view of competition policy or competition law give rise to publication of a press release or an entry in the annual report on competition policy».

⁸⁰ Questa è la tendenza che sembra emergere con una certa continuità a partire dal 1995 in poi. A titolo meramente esemplificativo si fa riferimento alla XXV Relazione sulla politica di concorrenza, 1995, che nella sezione intitolata “Composizione” descrive la vicenda relativa ad un'intesa, relativa ad un regime di prezzi, intercorrente tra la società Organon e i suoi grossisti. La ricostruzione proposta dalla Commissione, riferisce della comunicazione degli addebiti notificata a Organon e della successiva lettera, con la quale quest'ultima comunicava alla Commissione l'intenzione di rinunciare al regime di prezzi discriminatori, e di predisporre un nuovo regime di prezzi. «La Commissione *sospendeva* pertanto per il momento l'esame della questione, riservandosi di studiare la compatibilità dell'eventuale futuro regime di prezzi con le regole europee sulla concorrenza».

Sintetiche descrizioni dei casi risolti informalmente dalla Commissione venivano, talvolta, riportate nei Bollettini delle Comunità Europee pubblicati mensilmente.

correlate alla capacità delle imprese stesse «di prevedere con maggior precisione le conseguenze dei propri comportamenti»⁸¹. Nell'intero disegno di modernizzazione del diritto antitrust europeo, la garanzia di un'efficace applicazione delle regole di concorrenza, viaggia infatti lungo un doppio binario rappresentato, per un verso, da un oculato impiego delle risorse amministrative disponibili, e dall'altro, dalla promozione della capacità di autovalutazione degli operatori economici.

La desiderabile prevedibilità del comportamento dell'*enforcer*, ed i benefici in termini di certezza del diritto che ne conseguono, non possono d'altronde trasformarsi in una "camicia di forza" per la Commissione, sino a determinare cioè una totale evaporazione della natura discrezionale delle valutazioni che quest'ultima è chiamata a compiere.

Un aspetto sul quale vale la pena richiamare l'attenzione, riguarda infatti, la sussistenza o meno di presupposti precisi per la composizione volontaria dei casi, e più precisamente la pretesa titolarità di un diritto, in capo alle parti coinvolte in un procedimento antitrust, a negoziare la propria posizione con la Commissione.

Le conclusioni alle quali conduce l'esame della prassi precedente al 1° maggio 2004, su questo specifico punto, devono ritenersi tuttora valide, e dunque riferibili anche alle decisioni con impegni.

La disponibilità, mostrata nel corso delle indagini dalle parti, ad eliminare le presunte infrazioni o a modificare i comportamenti contestati, e persino l'eliminazione o modifica degli stessi, per il passato, non sono state in alcun modo ritenute decisive nel senso di imporre alla Commissione una conclusione informale dell'istruttoria.

Atteso il ruolo centrale che quest'ultima svolge nella definizione della politica comunitaria della concorrenza, è pienamente giustificabile la «prassi costante di

⁸¹ Cfr. Libro Bianco sulla modernizzazione, cit., par. 48.

adottare una decisione che provi un'infrazione - anche nel caso in cui le parti abbiano in apparenza posto fine alla stessa - se tale decisione può chiarire un punto essenziale della legislazione»⁸².

La serietà dell'infrazione ha inoltre indotto la Commissione ad adottare, persino nelle ipotesi in cui le parti destinatarie degli addebiti si fossero conformate alle sue indicazioni, anteriormente alla conclusione del procedimento⁸³, non solo decisioni formali, ma anche ammende significative.

Sul punto è stato opportunamente osservato che «neither the termination of a restrictive practice nor the type of offence is necessarily determinative of the outcome of a competition case»⁸⁴.

Questa conclusione consente di distinguere un primo profilo attinente alla latitudine dei poteri di valutazione, dei quali la Commissione risulterebbe titolare in quanto garante della libera concorrenza a livello comunitario, ed una seconda questione connessa, piuttosto, alla trasparenza dell'azione amministrativa svolta nel controllo delle infrazioni antitrust.

Sul primo punto - in coerenza con quanto anticipato nelle premesse a questo lavoro - deve ritenersi che la Commissione goda di un ampio margine di discrezionalità, ancor prima che con riguardo alle “valutazioni economiche complesse”⁸⁵ - nel cui

⁸² Come accadde nella decisione in materia di intese, caso IV/26.870 – *Importazioni di alluminio dall'Europa dell'Est*, in GU L 92 del 30/3/1985 p. 1-76.

⁸³ A questo proposito, si riporta un passaggio della decisione IV/30.809 - *John Deere*, in GU L 35 del 7/2/1985, p. 58-64, punto 41: «D'altra parte, dopo aver ricevuto la comunicazione degli addebiti della Commissione nell'agosto 1983, Deere e i suoi rivenditori hanno adottato provvedimenti per eliminare dai loro contratti il divieto di esportare e Deere ha cominciato a dare istruzioni al proprio personale in Europa perché si conformasse alle regole di concorrenza della Comunità. ... La Commissione ne ha tenuto conto nel decidere l'ammontare dell'ammenda».

⁸⁴ Cfr. I. VAN BAEL, *The Antitrust Settlement Practice of the EC Commission*, in *Comm. Mark. Law Rev.*, 23/1986, p. 67.

⁸⁵ La natura complessa delle valutazioni di ordine economico compiute dalla Commissione viene invocata dalla giurisprudenza comunitaria quale criterio utile alla perimetrazione dell'ampiezza dei poteri valutativi discrezionali della Commissione, e di conseguenza del sindacato giurisdizionale sugli stessi. Per una sintesi delle posizioni dei giudici in materia di intese cfr. per tutte CGCE, 11/7/1995, causa 42/84, *Remia e al./Commissione*, Racc. pag. 2545, punto 34; CGCE, 17/11/1987, cause 142/84 e 156/84, *BAT e Reynolds/Commissione*, Racc. pag. 4487, punto 62; CGCE, 28/5/1998, causa C-7/95 P.,

esercizio si identifica parte rilevante dell'analisi - «nel destinare le proprie risorse ai procedimenti in corso»⁸⁶.

Sembra dunque ragionevole concludere che si situi nell'area della discrezionalità anche, e a maggior ragione, il potere della Commissione di valutare l'opportunità di una conclusione informale dell'istruttoria, e di operare, in sostanza, una scelta tra l'adozione o meno di una decisione negativa⁸⁷.

Ciò influirebbe sulla consistenza della posizione giuridica soggettiva della parte - che offre di modificare il proprio comportamento in maniera da neutralizzare i rilievi sollevati dalla Commissione - nel senso di escludere che la conclusione, per il passato, e

Deere/Commissione, Racc. pag. I-3111, punto 34, e CGCE, 7/1/2004, cause C-204, 205, 211, 213, 217, 219/00, *Aalborg Portland/Commissione*, punto 279; da ultimo riprese da TPI, 21/4/2005, causa T-28/03, *Holcim/Commissione*, punto 95: «si deve ricordare che il giudice comunitario esercita in generale un controllo completo relativamente al se siano soddisfatte le condizioni di applicazione dell'art. 85(1) del trattato. Solo nel caso in cui esercita un *controllo sulle valutazioni economiche complesse* operate dalla Commissione, il giudice comunitario deve *limitarsi* alla verifica del rispetto delle norme procedurali, del carattere sufficiente della motivazione, dell'esattezza materiale dei fatti, dell'assenza di manifesto errore di valutazione e di sviamento di potere».

Per ciò che riguarda le valutazioni di ordine economico compiute nell'ambito del controllo in materia di concentrazioni, ai sensi del Reg. n. 4064/89, la giurisprudenza chiarisce che «l'onere della prova incombente alla Commissione non pregiudica l'ampio potere discrezionale dell'istituzione in tale settore». In tal senso da ultimo TPI, 21/9/2005, causa T-87/05, *EDP/Commissione*, punto 63; TPI, 3/4/2003, causa T-342/00, *Petrolessence e SG2R/Commissione*, Racc. pag. II-1161, punto 101; nonché CGCE, 15/2/2005, causa C-12/03 P, *Commissione/Tetra Laval*, Racc. pag. I-987, punto 38. Nella stessa giurisprudenza, in punto di latitudine del sindacato discrezionale si precisa: «il sindacato esercitato dal giudice comunitario su valutazioni economiche complesse effettuate dalla Commissione nell'esercizio del potere discrezionale attribuite dal regolamento n. 4064/89 deve limitarsi alla verifica del rispetto delle norme di procedura e della motivazione, nonché dell'esattezza materiale dei fatti, dell'assenza di errore manifesto di valutazione e di sviamento di potere».

⁸⁶ In tema si rivela costante l'orientamento giurisprudenziale formatosi sulla scorta della pronuncia nel caso *Automec*, (causa T-24/90, punto 77) nel quale, come visto, è stata confermata la titolarità in capo alla Commissione di un potere discrezionale nell'assegnare, in considerazione del loro interesse comunitario, gradi di priorità differenti alle questioni sottoposte al suo esame. Cfr. TPI, 17/12/2006, causa T-219/99, *British Airways/Commissione*, punto 60-61; CGCE, 22/2/2005, causa C-141/02 P, *Commissione/max.mobil*, punto 20; e CGCE, 20/2/1997, causa C-107/95, *BilanzBuchhalter/Commissione*, Racc. pag. I-947, punto 27; TPI, 8/7/1999, T-266/97, *Vlaamse Televisive Maatshappij/Commissione*, Racc. pag. II- 2329, punto 75, nonché TPI, 17/6/2003, causa T-52/00, *Coe Clerici Logistics/Commissione*, punto 86.

⁸⁷ In maniera lapidaria su questo punto affermava J. H. J. BOURGEOIS, *Undertakings in EC Competition Law*, in P. J. SLOT e A. MC DONNEL, *Procedure and Enforcement in EC and US Competition Law*, 1993, London, p. 99 : «Assessing the public interest in settling cases via undertakings is essentially a matter for the Commission only».

in presenza di determinate circostanze, di *informal settlements*, possa equivalere a un riconoscimento in favore della prima di un qualsivoglia diritto soggettivo in tal senso⁸⁸.

L'esito delle riflessioni svolte su questo specifico punto non sembra essere contraddetto dall'introduzione della tipologia di decisioni di cui all'art. 9 del Reg. 1/2003. All'opposto, la logica sottesa alla formalizzazione degli impegni offerti dalle parti interessate, è quella di consentire, come si è detto, una determinazione delle priorità, nell'agenda della Commissione, ancor più flessibile rispetto al passato, e non viceversa di attribuire alle parti un diritto ad ottenere l'adozione di una decisione ex articolo 9⁸⁹.

⁸⁸ Questa conclusione non incide sulla sindacabilità in sede giurisdizionale dell'azione svolta dalla Commissione sotto il profilo della legittimità. Deve piuttosto escludersi che le parti possano far valere in giudizio un preteso rifiuto della Commissione di dar seguito ai propri impegni, non essendovi – nel regolamento di procedura n. 17/1962, e a tutt'oggi nel Reg. 1/2003 – alcun espresso riconoscimento a favore delle stesse di un diritto a ottenere una decisione, sulla modifica in corso di procedimento, della propria condotta. (Non potrebbe in questo senso sostenersi un'attribuzione di diritti procedurali, in termini analoghi a quella operata a favore del denunciante, dal Regolamento di procedura sull'applicazione degli articoli 81 e 82 - ex artt. 85 e 86 – precisamente all'art. 3, par. 2). Deve altresì escludersi che in caso di eventuale impugnazione della decisione, con la quale la Commissione avesse constatato l'infrazione, pur in presenza di modifiche spontanee della condotta da parte delle imprese interessate, queste ultime potessero far valere un preteso obbligo a carico della Commissione a valutare positivamente simili modifiche e dunque a negoziare la conclusione o sospensione dell'istruttoria. Cfr. J. H. J. BOURGEOIS, *Undertakings in EC Competition Law*, cit., p. 99, che riferendosi alla valutazione circa il pubblico interesse alla composizione del caso, affermava: «This assessment is, as a rule, not a matter for judicial review».

Sull'ampiezza del sindacato del giudice valgono poi le considerazioni svolte in precedenza, e dunque sono applicabili i principi generali delineati sul punto dalla giurisprudenza.

Il giudice eserciterebbe un controllo completo relativamente al se siano soddisfatte le condizioni di applicazione dell'art. 85(1). Solo nel caso in cui si esercita un controllo sulle valutazioni economiche complesse operate dalla Commissione, (quali sono quelle effettuate in punto di bilanciamento fra gli effetti pro- ed anticompetitivi di un accordo restrittivo, nel precedente regime finalizzato alla concessione di un'esenzione individuale) il giudice comunitario deve limitarsi alla verifica del rispetto delle norme procedurali del carattere sufficiente della motivazione, dell'esattezza materiale dei fatti, dell'assenza di manifesto errore di valutazione e di sviamento di potere. Cfr. CGCE, causa 42/84, *Remia e al./Commissione*, cit., punto 34; CGCE, cause 142/84 e 156/84, *BAT e Reynolds/Commissione*, cit., punto 62; CGCE, causa C-7/95 P., *Deere/Commissione*, cit., punto 34, nonché causa T-28/03, *Holcim/Commissione*, cit., punto 95.

⁸⁹ L'art. 9, par. 1, del Reg. 1/2003 recita: «Qualora intenda adottare una decisione ... e le imprese interessate propongano degli impegni tali da rispondere alle preoccupazioni espresse dalla Commissione, ... la Commissione può mediante decisione rendere detti impegni obbligatori per le imprese».

Sono frequenti le ipotesi in cui la giurisprudenza ha ancorato il giudizio sull'ampiezza delle discrezionalità attribuita alla Commissione, ad argomenti di ordine testuale. V. per tutte Conclusioni dell'Avv. Gen. Poiates Maduro, causa G141/02, *Commissione/max.mobil*, punto 9 : «Il Tribunale precisa che la procedura di cui all'art. 86 CE non può essere confusa con quella prevista dall'art. 226 CE. Infatti, mentre in forza dell'art. 226 CE, la Commissione “può” avviare un procedimento per inadempimento nei confronti di uno Stato membro, è pacifico che, secondo l'art. 86, n. 3, CE, essa adotta

Del resto una simile conclusione vanificherebbe l'obiettivo della riforma, che è quello di concentrare le attività dell'*enforcer* sui comportamenti vietati, attraverso l'eliminazione del sistema di autorizzazione in deroga, e più in generale di qualsiasi decisione che possa essere ottenuta su richiesta delle imprese⁹⁰.

È in coerenza con questa logica che, nell'ambito del nuovo scenario, il legislatore ha conferito alla Commissione il potere constatare con decisione l'inapplicabilità degli articoli 81 e 82. Si tratta infatti di decisioni, che la Commissione può adottare esclusivamente agendo d'ufficio e per ragioni di pubblico interesse comunitario - che non possono perciò essere ottenute su richiesta delle imprese - e che hanno natura meramente dichiarativa⁹¹.

Quanto sin qui sostenuto non equivarrebbe, d'altro canto, a negare l'esigenza – avvertita in maniera condivisa da chi in passato si è occupato del tema⁹² – che la prassi di negoziare la sospensione o la chiusura delle istruttorie, fosse condotta all'insegna di una maggiore trasparenza.

La considerazione del necessario riconoscimento di garanzie procedurali a favore delle parti direttamente interessate non appare in questo senso decisiva⁹³. Posto

i provvedimenti necessari "ove occorra". Ne deriverebbe che la Commissione dispone in tale settore di un potere che non "è pertanto totalmente discrezionale".

⁹⁰ L'interesse a presentare una denuncia ai sensi dell'articolo 7, paragrafo 2, dell'attuale Reg. n. 1/2003, cit. (ex art. 3, par. 2, del precedente reg. di procedura) ed il conseguente diritto ad una risposta (vale a dire ad un atto definitivo dell'istituzione che si pronuncia in ordine alla denuncia), non equivalgono, come chiarito dalla giurisprudenza *Automec*, al diritto di ottenere una decisione definitiva in merito all'esistenza dell'asserita infrazione.

⁹¹ Le decisioni in parola, in virtù del loro carattere dichiarativo, non instaurerebbero, come facevano le decisioni di esenzione ai sensi dell'art. 81(3), diritti con effetto *erga omnes* per la durata della decisione. Cfr. Proposta del Regolamento d'applicazione degli articoli 81 e 82, cit., pp. 20 e ss.

⁹² Per tutti cfr. I. VAN BAEL, *The Antitrust Settlement Practice of the EC Commission*, cit., pp. 61-90; J. H. J. BOURGEOIS, *Undertakings in EC Competition Law*, cit., 90-103; D. WAELBROECK, *New Forms of Settlement of Antitrust Cases and procedural Safeguards: Is Regulation 17 Falling into Abeyance?*, in *Eur. Law. Rev.*, 11/1986, pp. 269-280; C. S. KERSE, *EC Antitrust Procedure*, London, 1998, pp. 277 e ss.

⁹³ Nondimeno insiste su questo aspetto I. VAN BAEL, *The Antitrust Settlement Practice of the EC Commission*, cit., pp. 82-83, affermando che «increased transparency is bound to lead more checks and balances on the Commission's currently wide discretion in settling or prosecuting a case up to a decision», ed adducendo a sostegno di tale posizione le acquisizioni giurisprudenziali sulla consistenza dei diritti procedurali dei denunciatori come fattore limitante la discrezionalità. In particolare l'A. si riferisce alle Conclusioni dell'Avv. Gen. Rozès, causa 210/81, *Demo-Studio Schmidt/Commissione*,

che, un conto è riconoscere alla Commissione un ampio margine di discrezionalità nell'esercizio delle sue funzioni, un altro è escludere la possibilità di verificare che tale discrezionalità sia stata correttamente esercitata, le parti potrebbero, in ogni caso, difficilmente sostenere l'illegittimità di un preteso rifiuto della Commissione a valutare positivamente gli impegni offerti⁹⁴.

Piuttosto è nel valore guida delle posizioni assunte dalla Commissione nell'ambito della definizione di una politica di concorrenza - e quindi in un beneficio per le imprese interessate⁹⁵, come per quelle che potrebbero trovarsi in situazioni simili⁹⁶ - che va ricercata l'opportunità di un incremento di trasparenza. È essenziale

1983, Racc. p. 3070: «The Commission has a wide discretion in deciding whether or not to commend procedures under Reg. No. 17, but ... a completely discretionary power of assessment on the part of the administration is incompatible with the concept of law on which the Community legal order is based. ... Individuals therefore have the right to expect the discretion to be exercised properly since the provision conferring that power was also adopted in their interest. In this case Art. 3(2), Reg. n. 17/62 which confers on natural and legal persons which claim a legitimate interest a right to submit an application, is itself sufficient to indicate that certain individual interests must be respected in exercising the power and that is necessary, should an application be rejected, to allow the Court to verify that the said discretion has been properly exercised».

Come si è sottolineato in precedenza (cfr. *supra* nota 86) i presupposti che giustificano simili posizioni con riguardo alla posizione dei denunciati non trovano spazio nel caso di specie.

Riferendosi al rilievo attribuito da I. VAN BAEL ai diritti procedurali delle parti interessate, osserva J. H. J. BOURGEOIS, *Undertakings in EC Competition Law, cit.*, pp. 100-101: «However, insisting on some of these procedural safeguards in the context of informal competition policy is tantamount to throwing the baby away with the bathwater. Quite obviously, a statement of objections is an essential procedural requirement in formal proceedings, but should parties insist on it when they would like a settlement?».

⁹⁴ Diverso, come si dirà in seguito, è invece il trattamento che la questione dell'ampiezza del sindacato giurisdizionale, sulle scelte compiute dalla Commissione nel valutare la sufficienza degli impegni, riceve in sede di controllo sulle concentrazioni, coerentemente con la natura autorizzatoria della relativa procedura. Cfr. per tutte TPI, causa T-87/05, *EDP/Commissione*, cit., punti 63 -64: «da un lato, la Commissione è tenuta ad esaminare un'operazione di concentrazione come modificata dagli impegni validamente proposti dalle parti all'operazione (v., in tal senso, sentenza del Tribunale 30 settembre 2003, causa T-158/00, *ARD/Commissione*, Racc. pag. II-3825, punto 280) e, d'altro lato, la Commissione può dichiararla incompatibile con il mercato comune unicamente nel caso in cui tali impegni risultino insufficienti per impedire la costituzione o il rafforzamento di una posizione dominante da cui derivi un significativo ostacolo ad una concorrenza effettiva. ... in definitiva, è la Commissione che è tenuta a dimostrare che tale operazione, come eventualmente modificata dagli impegni, debba essere dichiarata incompatibile con il mercato comune in considerazione della persistenza della costituzione o del rafforzamento di una posizione dominante che ostacoli significativamente una concorrenza effettiva».

⁹⁵ In questo senso v. la Risoluzione del Parlamento Europeo sulla X Relazione Annuale della Commissione sulla politica di concorrenza, GU C 11 del 1982, p. 78: «more information has to be provided in the Annual Reports and in other publications, on the principles and criteria guiding the Commission in reaching its formal settlements, in order to provide more guidance for affected undertakings».

⁹⁶ V. J. H. J. BOURGEOIS, *Undertakings in EC Competition Law, cit.*, p. 101: «Other users of competition law need to know how the law is being applied, including the Commission's practice with respect to undertakings».

cioè che la discrezionalità, connaturata all'esercizio di poteri di controllo sull'osservanza delle norme in materia di concorrenza, non si trasformi per così dire in nebulosità della politica di concorrenza⁹⁷.

Un ulteriore aspetto, sul quale è stato in passato posto l'accento⁹⁸, riguarderebbe poi la sussistenza di un preteso obbligo a carico della Commissione di consultare terzi, in particolare eventuali denunciatori la condotta oggetto di presunta infrazione, e ricevere commenti da parte degli stessi, sulla opportunità di chiudere l'istruttoria alla luce dell'atteggiamento collaborativo mostrato dalle imprese interessate.

Per il periodo precedente all'intervento del Reg. 1/2003, la soluzione al quesito posto, e l'eventuale carenza riscontrata, in termini di garanzie procedurali a favore dei denunciatori, non vanno ricondotte tanto all'insufficiente trasparenza della procedura, quanto piuttosto alla totale assenza di una qualsivoglia *settlement procedure*.

Sulla scorta di una giurisprudenza che ha puntato progressivamente i riflettori sulla necessità di illustrare ai denunciatori l'insussistenza di motivi adeguati per agire a seguito della denuncia, e di consentire ai medesimi di presentare osservazioni in proposito, già il Regolamento n. 2842/1998⁹⁹ disponeva espressamente che la Commissione, nell'indicare i motivi del rigetto, dovesse fissare un termine entro il quale richiedenti e denunciatori potessero manifestare il proprio punto di vista per iscritto¹⁰⁰.

⁹⁷ J. H. J. BOURGEOIS, *Undertakings in EC Competition Law*, cit., p. 102: «Greater transparency could do much to avoid creating the impression that the Commission has no policy in choosing cases to be dealt with a formal decision».

⁹⁸ In tema v. D. WAELBROEK, *New Forms of Settlement of Antitrust Cases and procedural Safeguards*, cit., p. 270: «A crucial question with respect to the settlement procedure is how far the Commission is obliged before reaching any such settlement to consult third parties, in particular possible complainants, and to give them the possibility to comment on it».

⁹⁹ Reg. CE 22 dicembre 1998, n. 2842, Audizioni in taluni procedimenti a norma dell'articolo 85 e 86 del trattato, in GUCE L 354 del 30/12/1998, art. 6. Una disposizione di segno analogo si legge attualmente nell'art. 7, par. 1 del Reg. n. 773/2004, relativo ai procedimenti svolti dalla Commissione a norma degli articoli 81 e 82 del Trattato, in GUCE L 123 del 24.4.2004.

¹⁰⁰ Riferendosi alle disposizioni applicabili nel quadro normativo anteriore all'intervento del Reg. n. 2842/98, D. WAELBROEK, *loc. cit.*, p. 270, affermava: «it is clear that these provisions aim essentially

Per le ipotesi di reale incertezza sulla natura illecita della condotta denunciata - nelle quali era del resto più verosimile una chiusura informale del fascicolo mediante *settlements*¹⁰¹ - il regolamento in parola prevedeva che la Commissione fornisse al richiedente o al denunciante una versione non riservata degli addebiti contestati, e stabilisse un termine utile per esprimere i relativi commenti¹⁰².

Dunque, a parte il diritto di commentare la contestazione degli addebiti, in assenza di una procedura che formalizzasse - lungi dal limitarsi a rendere pubblica - la negoziazione delle modifiche alle condotte integranti presunte infrazioni, non sembra che alle parti dovesse essere garantita la facoltà di esprimere le proprie osservazioni sul punto.

Lo scenario normativo attuale è profondamente mutato con riguardo a questo aspetto: ai sensi dell'art. 27, par. 4, del Reg. n. 1/2003, infatti, «la Commissione, qualora intenda adottare una decisione ai sensi dell'art. 9 ... 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 scelta di garantire, la trasparenza e l'effettiva consultazione dei terzi interessati, nel corso del procedimento, si riflette sulla latitudine dei corrispondenti poteri di controllo in sede giurisdizionale. I terzi, sempre che dimostrino di essere direttamente ed individualmente interessati da una decisione adottata ai sensi dell'art. 9, dovrebbero, infatti, poter richiedere ai giudici competenti di verificare la coerenza e la

at protecting the interests of the undertaking against which proceedings are opened and not those of the complainant».

¹⁰¹ Dai casi in esame vanno infatti distinte le ipotesi, per così dire, poco “problematiche” risolte informalmente attraverso l'invio delle *comfort letters* sulle quali v. *infra*.

¹⁰² Cfr. Reg. CE n. 2842/98 cit., art. 7. Sul punto cfr. ora il Reg. n. 773/2004, art. 6, par. 1.

legittimità delle scelte compiute dalla Commissione, anche alla luce degli elementi di fatto e di diritto emersi in sede di consultazione¹⁰³.

Uno dei profili di maggior interesse nell'analisi di cui ci si occupa, è rappresentato dal valore giuridico dei *settlements*, rispetto alla definizione del quale pubblicità degli accordi e carattere formale della relativa procedura, costituiscono le variabili fondamentali.

Sulla ricostruzione delle conseguenze giuridiche, scaturenti dall'esito delle negoziazioni intercorse tra la Commissione e le imprese interessate, incide negativamente, ed in modo determinante, l'esiguità di informazioni disponibili.

La circostanza che i *settlements* venissero conclusi¹⁰⁴, nella maggioranza dei casi, dai servizi della Commissione, senza garantire in alcun modo il principio di responsabilità collegiale¹⁰⁵, è stato percepito come uno dei fattori maggiormente limitanti l'efficacia giuridica dei primi¹⁰⁶. La descritta prassi esponeva, in sostanza, le

¹⁰³ In tal senso si sottolinea che la *Comunicazione della Commissione sulla procedura applicabile alle denunce presentate alla Commissione ai sensi degli articoli 81 e 82 del trattato*, in GUCE C 101 del 27.4.2004, al par. 76, nel riferirsi agli elementi da indicare nella motivazione della decisione di rigetto di una denuncia, afferma: «Se la Commissione respinge una denuncia in un caso che dà origine anche ad una decisione a norma dell'articolo 10 .. 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».

¹⁰⁴ Ci si riferisce allo svolgimento delle trattative e all'adozione della comunicazione nella quale veniva incorporato il risultato delle prime.

¹⁰⁵ A beneficio della completezza dell'analisi, si sottolinea che il principio che regola l'attività decisionale della Commissione è quello della collegialità: le decisioni vengono adottate collegialmente e tutti i membri della Commissione ne sono collettivamente responsabili. Cfr. art. 17, Trattato di Fusione del 1965 in GU n. 152 del 13/7/1967.

Il Regolamento di procedura prevede tuttavia, la possibilità per la Commissione di delegare ad uno o ad alcuni suoi membri, l'adozione di provvedimenti di gestione o di amministrazione, in suo nome e alle condizioni da essa stessa fissati, ed altresì, la possibilità che le competenze così conferite siano «oggetto di subdelegazione ai direttori generali o ai capi servizio, salvo espressa disposizione contraria contenuta nella decisione di delegazione orizzontale». (v. art. 13).

I limiti del procedimento di delegazione hanno avuto peso decisivo nella soluzione della controversia Commissione/BASF, causa C-137/92, in (1994) Racc. pag. I-2555, punto 64, ove la CGCE ha precisato: «Compliance with the principle [of collegiate responsibility] and especially the need for decisions to be deliberated upon by the Commissioners together, must be of concern to the individuals affected by the legal consequences of such decisions, in the sense that they must be sure that those decisions were actually taken by the college of Commissioners and correspond exactly to its intention». Questa considerazione è particolarmente pertinente, a giudizio della Corte, alle decisioni con le quali si contesta un'infrazione delle regole della concorrenza e si comminano le corrispondenti ammende.

In tema cfr. C. S. KERSE e N. KHAN, *EC Antitrust Procedure*, London, 2005, pp. 313 e ss.

¹⁰⁶ Cfr. I. VAN BAEL, *The Antitrust Settlement Practice of the EC Commission, cit.*, p. 80: «The legal authority of most settlements is doubtful. Unlike the suspension of the proceeding against IBM which was

imprese interessate al rischio che, in futuro, venisse loro contestata l'autorità delle decisioni di sospensione o di chiusura del fascicolo adottate dai funzionari della Direzione Generale Concorrenza.

Non è tuttavia sul terreno dell'organizzazione - e quindi dell'articolazione del processo decisionale interno alla Commissione - che si esauriscono i nodi cruciali in punto di efficacia degli atti in parola.

Anche nelle ipotesi in cui fosse stata la Commissione ad avallare collegialmente la chiusura o la sospensione dell'istruttoria - a seguito dell'assunzione di impegni da parte delle imprese indagate - la natura informale dei *settlements* lasciava per un verso, impregiudicato il potere della prima di riaprire l'istruttoria - nonostante il rispetto dei termini dell'accordo da parte di queste ultime - e per altro verso, ben più preoccupante dal punto di vista dell'*enforcement*, non predeterminava le conseguenze dell'eventuale inosservanza degli impegni.

Esemplare in tal senso è il primo *settlement*, i cui contenuti sono stati resi integralmente pubblici¹⁰⁷, con il quale la Commissione dichiarava di sospendere un procedimento per violazione dell'art. 82, avviato 4 anni prima, a carico di IBM, alla luce degli impegni proposti dalla stessa società, in termini di *unbundling* (vendita disaggregata di sistema operativo e memoria) e di divulgazione delle informazioni di interfaccia, necessarie per consentire ai concorrenti di competere in condizioni di parità.

Veniva esplicitamente dichiarato che, gli impegni assunti non costituivano in alcun modo un'ammissione da parte di IBM dell'esistenza di una posizione dominante o di un abuso della stessa, né una constatazione in tal senso della Commissione, sino al

decided by the Commission, most settlements are reached at staff level». Cfr. altresì C. S. KERSE, *EC Antitrust Procedure*, London, 1998, pp. 282.

¹⁰⁷ Cfr. Bollettino CE, 1984, n. 10; nonché XIV Relazione sulla Politica di Concorrenza, (1984), parr. 94-95.

punto da dichiarare la sostanziale impossibilità di far rispettare i termini dell'intesa raggiunta tra la Commissione e la parte interessata¹⁰⁸.

Il Regolamento n. 1/2003 interviene proprio sul piano dell'*enforceability* degli impegni, stabilendo che alle ipotesi di inosservanza del contenuto dispositivo dell'atto adottato ai sensi dell'art. 9 – provvedimento a tutti gli effetti – la Commissione possa reagire irrogando ammende e penali di mora, equivalenti a quelle che la stessa ha il potere di imporre nei casi di accertata infrazione¹⁰⁹.

L'elemento nodale della riforma consiste in sostanza nell'aver dispensato l'autorità amministrativa dell'onere di riaprire il procedimento di infrazione, precedentemente chiuso o sospeso¹¹⁰, e di proseguire le indagini sino a dimostrare la sussistenza di una violazione dell'art. 81 o 82 del trattato¹¹¹.

Negli impegni assunti da IBM si leggeva infatti: «IBM understands and asks the Commission to confirm that the Commission will rely exclusively upon Articles 85 and 86 of the Treaty and not upon this Undertaking in this or in any other proceeding».

Il principio che all'opposto sopravvive alla riforma del 2003, è rappresentato dall'inidoneità dei *settlements* ad esprimere una posizione conclusiva «sull'eventuale

¹⁰⁸ «This undertaking is made without prejudice and may not be used in any way by IBM or the Commission in this or in any other proceeding and does not constitute in any way an admission by IBM or the Commission. It is fundamental to this undertaking that it should not be enforceable by any other natural or legal person or any authority or agency», in Boll. CE n. 10/1984 cit.

¹⁰⁹ Cfr. articoli 23 e 24 del Reg. n. 1/2003 cit.

¹¹⁰ Il caso IBM si riferisce infatti ad una sospensione dell'istruttoria. Nella lettera della Commissione inviata alla parte, il cui contenuto è stato successivamente reso noto nel Boll. Ce n. 10 del 1984, si legge infatti: «The Commission will not seek to reactivate the *suspended proceeding* so long as IBM's implementation succeeds in giving substantial satisfaction».

¹¹¹ Deve ritenersi che analogo potere di far rispettare i termini delle decisioni adottate ex art. 9 dalla Commissione esista a favore delle autorità di concorrenza nazionali, purché abilitate dalle legislazioni nazionali in tal senso.

Alla possibilità di attivare i poteri sanzionatori in risposta immediata all'inadempimento delle parti degli impegni, resi obbligatori mediante decisione, è chiaramente sottesa la necessità che l'interesse pubblico sia realizzato nel più breve tempo possibile, ottenendo lo stesso risultato che conseguirebbe all'integrale svolgimento di una procedura di accertamento dell'infrazione. L' "eseguibilità" delle decisioni è un indice eloquente della natura provvedimento degli atti in parola.

sussistere o perdurare dell'infrazione»¹¹², elemento nel quale si riflette una simmetria e un equilibrio tra le posizioni dell'autorità amministrativa e delle parti coinvolte nel procedimento, che giustifica l'esistenza stessa della prassi in commento.

È agevole intuire che le parti non avrebbero modificato spontaneamente le proprie condotte, se avessero temuto che gli impegni assunti equivalessero ad un'ammissione di responsabilità, esponendosi al rischio che quest'ultima potesse essere utilizzata da terzi in sede di *private enforcement*, mediante la promozione di un'azione individuale di risarcimento danni.

Uno dei profili di maggior complessità che viene in rilievo in sede di analisi dell'efficacia giuridica dei *settlements*, riguarda la riserva a favore della Commissione, generalmente espressa nel testo della comunicazione di sospensione o chiusura del fascicolo, della facoltà di riaprire l'istruttoria, nell'eventualità che emergessero nuovi elementi di fatto o mutassero le circostanze nelle quali erano state concluse le trattative.

A questo proposito è stato osservato che «in the end the legal value of a settlement is very much akin to that of a negative clearance»¹¹³, posto che un'attestazione negativa, adottata ai sensi dell'art. 2 del Reg. n. 17/1962, non avrebbe precluso a giudici ed autorità nazionali la possibilità di riesaminare la questione, o applicare alla pratica in oggetto la legislazione antitrust nazionale¹¹⁴.

E tuttavia non sembra ragionevole ricondurre la natura per così dire "precaria" dei *settlements* alla circostanza che la Commissione si fosse espressamente riservata la possibilità di ritornare sulla questione.

¹¹² Così testualmente il tredicesimo considerando del Reg. 1/2003 che segue sul punto il modello degli *informal settlements*.

¹¹³ Cfr. I. VAN BAEL, *The Antitrust Settlement Practice of the EC Commission*, cit., p. 81.

¹¹⁴ I. VAN BAEL e J. F. BELLIS, *Competition law of the European Community*, cit., p. 1132: «a decision of negative clearance was of lesser legal value than a formal exemption, in that a negative clearance would not preclude national courts and/or competition authorities from reviewing the facts of the matter, nor from applying national law to the agreement or practice in question».

Come è stato opportunamente sottolineato dall'allora Commissario alla Concorrenza Andriessen, infatti, «the suspension of a particular proceeding cannot preclude the Commission, *as a public authority*, from terminating this suspension or from initiating a new proceeding in respect of the parties' conduct».

In altre parole, un conto è ritenere preferibile che il testo dell'accordo richiami espressamente le condizioni in presenza delle quali è possibile riaprire il caso, un altro è negare che una simile previsione abbia un valore meramente ricognitivo, ed escludere quindi che la Commissione eserciti in tal senso un potere autenticamente amministrativo che è la legge stessa a conferirle, e che principi generali di diritto vincolano quanto ai presupposti di esercizio.

Sarebbe stato, infatti, il principio di legittimo affidamento ad impedire alla Commissione di tornare sul "*settled case*" in assenza di circostanze o elementi di fatto nuovi¹¹⁵, e a costituire in ogni caso un parametro di legittimità delle valutazioni compiute dall'amministrazione.

Alla formulazione del secondo paragrafo dell'art. 9 del Reg. 1/2003 è sottesa l'esigenza di codificare tale principio, ove si dispone che «la Commissione, su domanda o d'ufficio, può riaprire il procedimento, [tra l'altro], se si modifica la situazione di fatto rispetto a un elemento su cui si fonda la decisione».

Ultimo elemento sul quale appare opportuno richiamare l'attenzione, in questa fase dell'indagine, è la scansione temporale della procedura di adozione dei *settlements*.

In un consistente numero di casi le trattative intercorse tra la Commissione e le parti sono iniziate e si sono concluse nella fase antecedente all'apertura formale dell'istruttoria, e quindi all'invio della comunicazione degli addebiti.

¹¹⁵ Cfr. A. J. MACKENZIE STUART, *Legitimate expectations and estoppel in Community Law and English administrative law*, in *Legal Issue of Economic Integration*, 1/1983, p. 53.

Il dato è del tutto comprensibile ove si consideri la frequenza e la consistenza dei contatti che normalmente intercorrono tra le imprese e la Commissione nello stadio informale delle indagini, e che danno quindi modo a quest'ultima di esprimere una iniziale posizione sulla condotta oggetto di esame.

In ogni caso, la ragione principale che giustifica la composizione del caso anteriormente alla formale contestazione degli addebiti alle parti, consiste nel fatto che la preparazione della comunicazione degli addebiti richiede un rilevante dispendio di tempo e di risorse procedurali¹¹⁶. È la logica stessa sottesa all'impiego degli *antitrust settlements*, ovvero individuare una combinazione ottimale tra criteri di efficacia ed economicità nell'azione amministrativa, ad incentivare la Commissione a negoziare la chiusura delle indagini prima che sia stata compiuta la parte più onerosa dell'attività che accompagna l'accertamento di una violazione delle regole di concorrenza.

All'opposto è ragionevole attendersi che con la notifica alle parti, e quindi con l'esposizione chiara dei fatti su cui la comunicazione degli addebiti si fonda¹¹⁷, nonché

¹¹⁶ Cfr. I. VAN BAEL, *The Antitrust Settlement Practice of the EC Commission*, cit., p. 69: «The preparation of a Statement of Objections is a time-consuming exercise».

¹¹⁷ Il rilievo spiegato dalla comunicazione degli addebiti all'interno dei procedimenti per violazione degli articoli 81 e 82 del trattato è rappresentato dal fatto che con la stessa la Commissione perimetra formalmente l'ambito delle indagini, nonché l'oggetto della decisione finale, e dunque definisce le coordinate entro le quali le parti interessate possono esercitare i propri diritti di difesa L'art. 27(1) del Reg. n. 1/2003 detta a tal proposito una regola fondamentale in base alla quale: «La Commissione basa le sue decisioni solo sugli addebiti in merito ai quali le parti interessate sono state poste in condizioni di essere sentite».

Costante giurisprudenza ribadisce che la funzione attribuita dai regolamenti comunitari alla comunicazione degli addebiti consiste nel fornire alle imprese tutti gli elementi necessari per provvedere utilmente alla propria difesa prima che la Commissione adotti una decisione definitiva (cfr. CGCE 15/7/1970, causa 45/69, *Boehringer Mannheim/Commissione*, Racc. pag. 769; 14/7/1972, causa 52/69, *Geigy/Commissione*, Racc. pag. 787; 16/12/1975, cause da 40/73 a 48/73, 50/73, da 54/73 a 56/73, 111/73, 113/73 e 114/73, *Suiker Unie e a./Commissione*, Racc. pag. 1663; 14/2/1978, causa 27/76, *United Brands/Commissione*, Racc. pag. 207; 13/2/1979, causa 85/76, *Hoffmann-La Roche/Commissione*, Racc. pag. 461).

Sulla necessaria relazione di corrispondenza esistente tra comunicazione degli addebiti e decisione finale si ritiene esemplare la decisione della CGCE, nella causa C-89/85, (*Wood Pulp*), (1993), Racc. pag. I-1307, punti 47-53. In considerazione del fatto che, nella decisione finale della Commissione venivano contestate alle parti due distinte infrazioni, che nella comunicazione degli addebiti l'addebito relativo ad una delle due (cioè alla concertazione sui prezzi di transazione) non era stato formulato chiaramente, e

con la qualificazione giuridica attribuita agli stessi, le imprese interessate realizzino la gravità delle censure sollevate nei loro confronti dalla Commissione, e aumentino conseguentemente gli incentivi per le medesime a modificare spontaneamente la condotta contestata, senza attendere una decisione formale di condanna¹¹⁸.

Se, dunque, per un verso, l'opposizione simmetrica delle posizioni rispettive dell'*enforcer* e dell'impresa indagata, va irrigidendosi con l'avanzare dell'istruttoria¹¹⁹, per un altro, il momento della comunicazione degli addebiti può funzionare da fattore incentivante l'impresa ad un atteggiamento collaborativo con l'autorità.

Emblematica a questo proposito la già citata vicenda, relativa al presunto abuso di posizione dominante posto in essere da IBM, nella quale a partire dalla data di notifica degli addebiti alla società, procedimento formale e trattative informali tra le parti sono andate avanti, parallelamente, sino addirittura alla redazione di una bozza di provvedimento finale¹²⁰.

che «pertanto, le imprese non avevano avuto modo di provvedere efficacemente alla propria difesa durante il procedimento amministrativo», la Corte decideva di annullare una parte della decisione. La decisione in commento consente del resto di concludere che, nelle ipotesi in cui la Commissione modifichi nel corso dell'istruttoria formalmente avviata, le proprie censure nei confronti delle parti, la stessa sia tenuta ad emettere una comunicazione degli addebiti supplementare. I. VAN BAEL and J. F. BELLIS, *Competition law of the European Community*, cit., p. 1087.

Sul criterio al quale fare riferimento per determinare l'eventuale violazione dei diritti di difesa delle parti con riguardo a tale aspetto, v. di recente TPI, 8/7/20004, causa T-48/00, *Corus UK/Commissione*, punto 100: «i diritti di difesa sono violati dall'esistenza di una discordanza tra la comunicazione degli addebiti e la decisione finale unicamente a condizione che un addebito figurante nell'uno non sia stato esposto nell'altro in maniera sufficiente per consentire ai destinatari di difendersi».

¹¹⁸ A conferma di ciò v. il caso *IRI/Nielsen*, in XXVI Relazione sulla politica di concorrenza, pp. 144-148: dove «soon after receiving the statement of objections *AC Nielsen* indicated its willingness to reach a settlement with the Commission»; o anche nel caso *ITT/Belgacom*, in XXVII Relazione sulla politica di concorrenza, pp. 129-130, nonché nel caso *Digital*, ibidem, pp. 130-131, dove la Commissione considerava che gli impegni offerti dall'impresa interessata rispondessero ai rilievi espressi nella comunicazione degli addebiti.

¹¹⁹ Osserva infatti I. VAN BAEL, *The Antitrust Settlement Practice of the EC Commission*, cit., p. 70: «It is much less common for settlements to be reached towards the end of the formal proceedings when the parties involved and the Commission tend to remain frozen in their respective adversarial propositions».

¹²⁰ Cfr. Boll. CE, n. 7/8 del 1984, p. 8. A questo proposito HUGHES, *Commission of the European Communities Suspends Proceedings against International Business Machines Corporation*, in *Harvard Intl. Law Journ.*, n. 26/1985, pp. 189-196, riteneva che la stesura della bozza di decisione di infrazione fosse uno strumento di pressione esercitato dalla Commissione nei confronti di IBM.

Un altro caso di *settlement* concluso alla vigilia della chiusura con decisione formale della procedura d'infrazione è il caso *Philip Morris/Rembrandt/Rothmans*, in XIV Relazione sulla Politica di Concorrenza, cit., parr. 98-100.

2.1.2 Il caso delle Comfort Letters.

Come si è detto, alla prassi di concludere informalmente i procedimenti istruttori per violazione degli articoli 81 e 82 sono riconducibili ipotesi del tutto eterogenee tra loro.

È comprensibile che il sistema centralizzato di autorizzazione degli accordi restrittivi, per i quali fosse richiesta un'esenzione ai sensi dell'art. 81, par. 3, rappresentasse lo scenario ideale per l'adozione di strumenti volti ad alleviare il carico di lavoro della Commissione, causato dall'incontenibile numero di notifiche.

In tale contesto si è sviluppata la consuetudine di inviare alle parti, che avessero notificato un accordo al fine di ottenere un'attestazione negativa (ai sensi dell'art. 2 del precedente regolamento di procedura) o in mancanza, un'esenzione individuale, delle "lettere a conforto" con le quali la Commissione comunicava alle prime che non riteneva di dover intervenire nei confronti delle intese o pratiche concordate in questione.

Le ipotesi più frequenti di impiego delle *comfort letters* si riferivano a casi che «a prima vista non sollevavano problemi con riguardo alle norme poste a tutela della concorrenza, e che di conseguenza non esigevano l'adozione di una decisione formale»¹²¹.

Generalmente le lettere a conforto si limitavano ad affermare che gli accordi o pratiche in questione apparivano:

- non pregiudicare sensibilmente il commercio intracomunitario; o
- non restringere apprezzabilmente la concorrenza; o

¹²¹ Così testualmente XI Relazione sulla Politica Comunitaria di concorrenza, par. 15.

- essere di natura tale da non poter pregiudicare la concorrenza; o
- rientrare nell'ambito di applicazione di un regolamento di esenzione per categoria; o
- avere i requisiti per poter beneficiare di un'esenzione individuale¹²².

La funzione degli atti in parola era dunque quella di rassicurare i destinatari, almeno temporaneamente, circa la legittimità del proprio comportamento, pur senza pronunciarsi definitivamente sull'esistenza o sull'inesistenza di un'infrazione ai sensi dell'art. 81, par. 1, né accordare alcuna esenzione ai sensi dell'art. 81, par. 3, e quindi, senza poter produrre gli effetti di una decisione individuale.

La circostanza che le *comfort letters* rappresentassero, in buona sostanza, un'alternativa rispetto all'emanazione di decisioni di attestazione negativa, all'adozione di esenzioni ai sensi dell'art. 81, par. 3, distingue in maniera netta questo strumento dall'oggetto della presente indagine¹²³.

Il reale significato del termine *settlement*, nonostante taluno ne abbia sottolineato l'ambiguità, ritenendo che la relativa nozione si presti ad accogliere al suo interno una moltitudine di fattispecie, anche notevolmente diversificate tra loro¹²⁴, va

¹²² Cfr. in tema J. TEMPLE LANG, *Community Antitrust Law – Compliance and Enforcement*, cit., p. 354-355.

Il tema del valore giuridico delle *comfort letters* è stato affrontato dalla giurisprudenza sui *Perfume cases*: cfr. CGCE 10/7/1980, cause riunite 253/78 e 1/79-3/79, *Giry e Guerlain e a.*, Racc. pag. 2327, punto 13; causa 37/79, *Marty*, Racc. pag. 2481, punto 10, e causa 99/79, *Lancôme e Cosparfrance*, Racc. pag. 2511, punto 11.

Nel caso di specie la Commissione negava qualsiasi efficacia vincolante alle lettere inviate alle case produttrici di profumi in ragione del fatto che «neither the Director General nor the Director who signed the various letters was empowered to make such decisions and that the officials did not purport to be acting on behalf of the Commission, nor had the letter been discussed by the Members of the Commission acting as a college»: V. KORAH, *Comfort Letters – Reflections on the Perfume Cases*, in *Eur. Law Rev.*, 6/1982, pp. 13-39.

¹²³ Emblematica a questo proposito l'affermazione espressa dalla Commissione nella Press release del 17/9/2004, MEMO/04/217 (Frequently asked questions and answers): «the addressee of a commitment decision does not receive a prohibition decision ... neither does it get the Commission's blessing, the commitment decision being a substitute for a prohibition decision and not for an exemption decision».

¹²⁴ A tal proposito osserva D. WAELBROECK, *New Forms of Settlement of Antitrust Cases and procedural Safeguards*, cit., p. 269: «the word “settlement” is relatively ambiguous». L'A. si riferisce infatti alla

ricercato nella capacità di superare una situazione di iniziale contrasto, in forza di mutue concessioni delle parti coinvolte. In questo senso la “composizione”, così come la stessa Commissione la definisce nelle relazioni annuali sulla politica di concorrenza, è configurabile, in maniera tendenzialmente esclusiva, nelle ipotesi per così dire “sensibili” dall’angolo visuale dell’*enforcer*.

A differenza delle situazioni che ad un primo, sommario, esame non sollevassero particolari problemi da un punto di vista concorrenziale, e rispetto alle quali doveva ritenersi sufficiente l’invio di *comfort letters*, il presupposto essenziale perché potesse negoziarsi la conclusione o la sospensione del procedimento, era la presenza di un’asserita infrazione, di una situazione che giustificasse cioè, almeno inizialmente, l’intervento della Commissione. Per *settled cases* doveva perciò intendersi «agreements or other behaviour ... altered to conform with the competition rules»¹²⁵.

Questo elemento permette all’interprete di stabilire un filo conduttore diretto tra la prassi informale, precedente all’adozione del regolamento di modernizzazione, e l’adozione delle decisioni concernenti gli impegni ai sensi dell’attuale art. 9 del Reg. di procedura.

Il considerando 13 del Reg. 1/2003 cit., circoscrive il campo d’indagine ai «procedimenti che potrebbero portare a vietare un accordo o una pratica concordata», così come l’art. 9 indica come presupposto essenziale per la configurabilità degli impegni, l’intenzione espressa da parte della Commissione di «adottare una decisione volta a far cessare un’infrazione».

possibilità di conclusione informale dei procedimenti laddove gli accordi esaminati presentino una palese compatibilità con la normativa antitrust, nonché nelle ipotesi in cui le parti abbiano posto termine alla condotta contestata, o ancora nei casi di modifica dei comportamenti tale da rendere questi ultimi compatibili con la disciplina applicabile.

¹²⁵ V. XIV Relazione sulla politica comunitaria della concorrenza, cit., par. 50.

2.1.3 I “settlements” nel diritto antitrust statunitense.

Nella parte introduttiva del presente lavoro si è sostenuta l’idea che, la consolidata esperienza delle agenzie antitrust americane nell’utilizzo dei *settlements*, possa costituire un quadro di riferimento utile per la presente analisi.

In particolare, è il tratto distintivo sottolineato in chiusura del precedente paragrafo, e cioè la natura controversa della materia oggetto di negoziazione, ad emergere con particolare evidenza nei procedimenti antitrust condotti dalla Commissione Federale per il Commercio (FTC) e dalla Divisione Antitrust del Dipartimento della Giustizia (DoJ), dai quali i *settlements* vengono apertamente prospettati come un’alternativa all’instaurazione, o alla semplice continuazione di un procedimento di natura contenziosa.

Avvertendosi l’impossibilità di descrivere in questa sede, con pretese di completezza, il sistema di applicazione della normativa antitrust statunitense, si ritiene nondimeno opportuno tratteggiarne, in maniera estremamente sintetica, gli snodi fondamentali.

L’elemento caratterizzante il *public enforcement* della legislazione federale antitrust negli Stati Uniti – indipendentemente dal fatto che esso si diriga contro violazioni di rilevanza penale o illeciti di natura civile – è una tendenziale scissione delle funzioni accusatoria e giudicante, con la conseguenza che, l’obiettivo delle indagini condotte dalle autorità garanti della concorrenza, è la raccolta di elementi di

prova sufficienti a promuovere un'azione di natura penale o civile dinanzi ad un tribunale federale, e tali da consentire a quest'ultimo di adottare una decisione finale sul caso istruito.

Persino nell'ambito delle *Adjudicatory Procedures*¹²⁶, procedimenti di natura amministrativa che si svolgono integralmente all'interno della Federal Trade Commission, e sono volti all'adozione di misure con le quali si ingiunge alle parti di porre fine alla violazione contestata, il legislatore impone l'interposizione di un giudice indipendente (*Administrative Law Judge*) per l'emanazione degli "orders to cease and desist"¹²⁷. Dinanzi a quest'ultimo, al quale non è consentito prendere parte alle indagini, si svolge infatti un'audizione finale, nell'ambito della quale sono rappresentate rispettivamente le posizioni, da un lato, dell'amministrazione che asserisce, assumendosi il relativo onere della prova, la sussistenza dell'infrazione, e dall'altro, delle parti interessate¹²⁸.

¹²⁶ Si tratta delle procedure regolate dalla V sezione del *Federal Trade Commission Act* (15 U.S.C., § 45), dall'*Administrative Procedure Act* (5 U.S.C., § 554), e dalle FTC's Rule of Practice for Adjudicative Proceedings (16 C.F.R. punto 3). In tema v. D. F. BRODER, *A Guide to US Antitrust Law*, London, 2005, pp. 178 e ss.

¹²⁷ A questo proposito, va sottolineato come l'obiettivo principale sotteso all'attività svolta da entrambe le agenzie antitrust, la FTC e il DoJ, sia l'adozione di misura idonee a bloccare la condotta ritenuta restrittiva della concorrenza (funzione ingiuntiva) ed evitare il ripetersi della stessa per il futuro (finalità deterrente, che può essere perseguita anche mediante ingiunzioni), e non, almeno non in misura prevalente, quello di perseguire la compensazione dei danni causati ai singoli, per conto di questi ultimi, dalle infrazioni antitrust. L'azione esercitata dalla FTC è rappresentata, dunque, in misura rilevante dall'adozione di provvedimenti ingiuntivi. In tema D. P. DUCORE, *Settlement of Competition Conduct Violations at the United States Antitrust Agencies and at the European Commission – Some Observations*, in Hawk B. E. (a cura di), *Annual Proceedings of the Fordham Corporate Law Institute: 2005: International Antitrust Law & Policy*, New York, 2005, pp. 228-229, e in particolare p. 234: «the standard US remedy for competition law violations is to order injunctive relief, against both the violative conduct itself and other conduct that, albeit lawful in another context, might bring the firm dangerously close to a repeat violation».

¹²⁸ Cfr. D. F. BRODER, *A Guide to US Antitrust Law*, cit., p. 180: «at the hearing, the FTC's complaint counsel bears the burden of proving the FTC's case by a preponderance of the evidence. The ALJ is not bound to adhere to the formal rules of evidence, but may exclude irrelevant or unduly repetitious evidence».

La procedura che si svolge dinanzi al giudice amministrativo è analoga a quella che si svolge dinanzi ad una qualsiasi corte distrettuale, con l'unica differenza che non vi è una giuria. Inoltre, la decisione del giudice amministrativo può essere impugnata di fronte alla Commissione, nella sua composizione completa, da parte dei funzionari della FTC o delle imprese convenute. La Commissione può quindi rivedere integralmente la decisione del giudice ed emette la decisione finale.

In ragione di tale ultimo aspetto, è stato sostenuto che la funzione giudicante rimarrebbe, assieme a quelle istruttoria e accusatoria, nella titolarità dell'amministrazione, e non neutralizzerebbe, perciò, il rischio del

Altro elemento peculiare della politica antitrust americana, e collegato a quello appena descritto, è la fisiologica proiezione in sede contenziosa delle procedure di controllo svolte in materia di concorrenza. In altri termini queste ultime trovano il proprio sbocco naturale nella promozione di azioni civili, da parte della FTC o del DoJ, o di natura penale, ad esclusivo appannaggio del dipartimento della giustizia¹²⁹, dinanzi alle corti distrettuali.

Con riguardo alle prime, la normativa antitrust statunitense prevede la possibilità per le agenzie e le imprese interessate di evitare la lite, del tutto, o solo parzialmente, mediante accordi con i quali le parti regolano le proprie rispettive posizioni.

Dinanzi alla Federal Trade Commission l'esito delle negoziazioni può intervenire in qualsiasi stadio della relativa procedura amministrativa, con la possibilità per le parti di raggiungere un'intesa prima ancora che l'agenzia riferisca la materia al giudice amministrativo¹³⁰. La praticabilità dei *settlements* va inoltre ricollegata

c.d. *prosecutorial bias*, letteralmente di un pregiudizio, di una propensione all'accusa. A tal proposito W. WILS, *The combination of the Investigative and Prosecutorial Function and the Adjudicative Function in EC Antitrust Enforcement: A Legal and Economic Analysis*, in *World Competition*, vol. 27, n. 2/2004, pp. 201-224, osserva: «In the United States, the argument that the mere combination of prosecutorial and adjudicative functions by the FTC violates due process has also been made, but never accepted by the courts absent a strong factual showing of actual bias».

Sul tema in generale E. FOX, *European Community Competition Policy: Decision Making at the Centre or Periphery*, in C.D. EHLERMANN e L. LAUDATI, *Robert Shuman Centre Annual on European Competition Law 1996*, The Hague, 1997, p. 76: «a case handler naturally tends to have a bias in favour of finding a violation once proceedings have been commenced».

¹²⁹ Le condotte illecite contemplate dallo *Sherman Antitrust Act* generalmente infatti costituiscono reato, e la relativa azione in sede giurisdizionale può essere esercitata esclusivamente dal DoJ. Quest'area del *public enforcement* è esclusa dalla presente analisi, atteso che rispetto alla medesima non è configurabile una negoziazione dei diritti delle parti, nell'accezione di cui qui ci si occupa, ma esclusivamente la possibilità del dipartimento di garantire l'immunità, totale o parziale, dalle accuse ai soggetti coinvolti nell'illecito, che tuttavia abbiano tempestivamente collaborato fornendo informazioni utili a perseguire le infrazioni in questione. A questo proposito vale tuttavia la pena sottolineare che le questioni attinenti alla c.d. politica d'indulgenza sono del tutto differenti da quelle che nell'ambito della valutazione dell'opportunità di accettare impegni.

¹³⁰ Cfr. le FTC's Rule of Practice (16 C.F.R. §§ 0.1 e ss.).

In alternativa, come visto, la FTC può proporre al giudice amministrativo l'emanazione di misure ingiuntive, che tuttavia assumono la forma definitiva di ordini dell'amministrazione. In tal caso la procedura per la composizione della materia procede in maniera sostanzialmente analoga a quanto avviene in assenza di controversia (v. 16 C.F.R. § 3.25). D. P. DUCORE, *Settlement of Competition*

all'eventualità che la Commissione promuova, in sede di giurisdizione civile, l'imposizione di rimedi pecuniari di natura equitativa – misure che la FTC, come il DoJ non sono in grado di adottare in via autonoma - ai quali è sottesa innanzitutto la finalità di privare l'impresa responsabile dell'infrazione, dell'indebito arricchimento che quest'ultima ha causato, e contestualmente di scoraggiare simili violazioni per il futuro¹³¹.

È emblematico che il regolamento di procedura della FTC attribuisca alle imprese sottoposte alle indagini, l'iniziativa del procedimento che prelude alla conclusione di un accordo con l'autorità antitrust, disponendo che «any individual, partnership or corporation being investigated shall be afforded the opportunity to submit ... a proposal for disposition of the matter in the form of a consent order agreement ... for consideration by the Commission»¹³². Nondimeno, nella pratica, la formulazione del *consent order*, che viene sottoposto alla Commissione in composizione collegiale per la finale approvazione, non proviene dall'offerta unilaterale dei privati, ma piuttosto è il frutto di intense negoziazioni tra questi e il personale delle direzioni istruttorie della FTC¹³³.

Elemento quest'ultimo di estremo rilievo, posto che, anche nella politica comunitaria di concorrenza, tutte le procedure che culminano in una soluzione

Conduct Violations at the United States Antitrust Agencies and at the European Commission, cit., p. 230: «Once litigation has begun, the procedure is slightly different, but the substance is the same».

¹³¹ Sulla prassi della FTC di richiedere “*disgorgement and restitution remedies*”, e sulle connesse finalità cfr. FTC, *Policy Statement on Monetary Equitable Remedies in Competition Cases*, 25/7/2003, in <http://www.ftc.gov/os/2003/07/disgorgementfrn.htm>. A tal proposito la Commissione provvede ad enucleare una serie di criteri sulla cui base determinare l'opportunità di richiedere rimedi pecuniari di natura equitativa: la chiarezza della violazione; l'esistenza di una base ragionevole per poter calcolare l'ammontare del rimedio; il valore aggiunto del rimedio pecuniario di natura equitativa rispetto agli ulteriori rimedi previsti in materia antitrust (azioni civili private e procedimenti penali).

Sull'eventualità che l'utilizzo di sanzioni di natura pecuniaria possa determinare una duplicazione del risarcimento dei danni a carico dei responsabili delle infrazioni, criticamente R. LANDE, *Are Antitrust “Treble” Damages really Single Damages?*, in *Ohio St. Law. Journ.*, 54/1993, p. 115.

¹³² Cfr. 16 C.F.R. § 2.31.

¹³³ D. P. DUCORE, *Settlement of Competition Conduct Violations at the United States Antitrust Agencies and at the European Commission, cit.*, p. 230: «The parties may submit a proposed settlement to the agency at any time, but it is the almost universal practice that a settlement will be the result of negotiation between the FTC's staff and the parties».

condivisa da Commissione e parti interessate, ruotano intorno al carattere spontaneo della proposta di queste ultime, e sono concepite, quindi, almeno in linea di principio, alla luce del modello di un negozio bilaterale, che vede seguire alla manifestazione da parte dell'impresa indagata dell'intenzione di obbligarsi, un'accettazione da parte dell'autorità pubblica, che ha l'effetto di determinare la chiusura dell'istruttoria¹³⁴.

D'altra parte, se alle stesse realtà autenticamente contrattuali non sono sconosciute "complicazioni" dello schema ordinario descritto, non meraviglia affatto che in un'area, come quella in cui si esplicano poteri amministrativi di vigilanza e di controllo, la cui "disponibilità" è quindi tutta da dimostrare, l'amministrazione eserciti, per così dire, una certa influenza sulle imprese, nella misura in cui essa stessa incoraggi la proposta di modifiche delle condotte oggetto di istruttoria.

È nelle procedure di natura autorizzatoria, come quelle caratterizzanti il controllo in materia di concentrazioni, che viene particolarmente avvertito il problema della divaricazione tra lo spirito della legge¹³⁵ - che enfatizza l'offerta degli impegni proveniente dalle parti - e una realtà nella quale la Commissione imporrebbe le misure correttive, idonee a far ottenere all'operazione notificata il proprio *placet*¹³⁶.

Al di là dei ragionevoli distinguo che si impongono nell'analisi di aree governate da logiche profondamente diverse tra loro, come sono il controllo in materia

¹³⁴ Oltre alla disposizione presente nel CFR ult cit., ci si riferisce alla procedura di adozione delle decisioni concernenti impegni ai sensi dell'art. 9, del Reg. 1/2003 cit. Cfr. infatti il considerando 13 dello stesso reg.: «qualora ... le imprese *propongano* alla Commissione degli impegni ...», e l'espressione analoga che compare nella formulazione dello stesso art. 9.

Di segno analogo sono le previsioni contenute nelle legislazioni nazionali che disciplinano l'istituto. Con riguardo all'ordinamento francese, si rinvia a E. CLAUDEL, *La montée en puissance de la procédure d'engagements*, in *Riv. trim. dr. com.*, 2 /2005, p. 275: «Les engagements sont le fruit d'une négociation entre l'entreprise qui les *propose* et le rapporteur en charge du dossier».

¹³⁵ La Comunicazione della Commissione concernente le misure correttive considerate adeguate a norma del Regolamento CEE n. 4064/89, in GUCE C 68 del 2/3/2001, par. 12 recita infatti: «Mentre la proposta di impegni deve provenire dalle parti, la Commissione può garantire l'esecuzione degli impegni stessi facendo dipendere l'autorizzazione dal loro adempimento».

¹³⁶ Per tutti in tema cfr. N. C. ERSBØLL, *Commitments under the Merger Regulation*, in *Eur. Comp. Law, Rev.*, 9/2001, p. 364: «While commitments are legally speaking, "offered" by the parties, the reality is more often that the Commission imposes them. As indicated in the new draft notice, "it is the Commission's assessment of the competition problem to be resolved that is decisive in determining what the parameters of the remedy should be"».

di concentrazioni e la lotta alle violazioni degli articoli 81 e 82 del trattato, lo spessore del ruolo che la Commissione riveste nella negoziazione degli impegni non sconfessa la logica sottostante all'istituto, e quindi non esclude che sul contenuto degli stessi, ovvero sulla formulazione definitiva del provvedimento che incorpora il *settlement*, intervenga il consenso delle parti¹³⁷.

Il *Code of Federal Regulations* citato configura espressamente il risultato della *settlement procedure* come un accordo tra le parti¹³⁸, prevedendo che ne facciano parte, in maniera necessaria, alcune concessioni da parte delle imprese sottoposte alle indagini, in particolare ammissioni concernenti gli elementi di fatto emersi nel corso dell'istruttoria¹³⁹, e la rinuncia al diritto di contestare in futuro, in sede giurisdizionale, la validità del provvedimento, del quale esse stesse avrebbero del resto proposto la formulazione definitiva¹⁴⁰.

D'altra parte la formulazione letterale della disposizione disciplinante i contenuti del *consent order agreement*, sembrerebbe confermare che quest'ultimo non sia stato concepito come un'assunzione di responsabilità unilaterale da parte delle imprese interessate, ma all'opposto, come un atto, dal quale queste ultime derivano significativi benefici, che presenterebbe, perciò, i tratti distintivi di un accordo di natura

¹³⁷ L'idea di una completa erosione del margine di libertà del quale le parti interessate dispongono nella formulazione dei propri impegni a causa di una pretesa strumentalizzazione dei poteri esercitati dall'*enforcer*, in sede di valutazione, rischierebbe di rimanere confinata sul piano delle speculazioni se non adeguatamente confortata sulla base di dati concreti. In ogni caso, come visto, è da escludere che i giudici possano sostituirsi alla Commissione nell'esercizio delle valutazioni economiche complesse compiute dalla prima in sede di accettazione degli impegni, con la conseguenza che l'unico strumento nella disponibilità delle parti per far valere il carattere per così dire "eccessivo degli impegni" offerti, sarebbe la dimostrazione dell'assenza di corrispondenza tra la formulazione definitiva delle modifiche e quella inizialmente proposta dalle stesse. Cfr. N. C. ERSBØLL, *Commitments under the Merger Regulation*, cit., p. 364.

¹³⁸ Cfr. 16 C.F.R. § 2.32: «Every agreement in settlement of a Commission complaint shall contain ...».

¹³⁹ V. 16 C.F.R. § 2.32 cit.: «The agreement shall contain ... either an admission of the proposed findings of fact and conclusions of law submitted simultaneously by the Commission's staff or an admission of all jurisdictional facts and an express waiver of the requirement that the Commission's decision contain a statement of findings of fact and conclusions of law».

¹⁴⁰ Cfr. ancora Tit. 16 C.F.R. § 2.32 cit.: «Every agreement also shall waive further procedural steps and all rights to seek judicial review or otherwise to challenge or contest the validity of the order».

transattiva¹⁴¹. L'accordo proposto infatti non costituirebbe in alcun modo un riconoscimento delle parti di aver commesso una violazione della normativa antitrust, nei termini di cui all'accusa inizialmente sollevata dalla FTC¹⁴².

La differenza tra le ammissioni inserite in un *consent order*, che si limitano, come visto, alla non contestazione degli elementi di fatto come ricostruiti nell'analisi della FTC¹⁴³, e le contestazioni di responsabilità che vengono mosse alle imprese all'esito di un procedimento di natura contenziosa - o anche di un procedimento amministrativo culminato nell'adozione di un *order to cease and desist* - incide in maniera significativa sulla propensione delle parti a mostrare un atteggiamento collaborativo nei confronti dell'autorità pubblica. Una delle principali ragioni che indurrebbe le prime a comporre la materia, è, infatti, la possibilità di evitare che si pervenga ad una constatazione in sede giudiziaria - sia essa civile¹⁴⁴ o amministrativa - della sussistenza di un'infrazione, elemento quest'ultimo, che potrebbe essere successivamente utilizzato a fini probatori nell'ambito delle eventuali azioni individuali

¹⁴¹ Ove per transazione si intende il contratto con il quale le parti pongono fine a una lite già cominciata o prevenendo una lite che sta per sorgere tra loro, facendosi reciproche concessioni. La letteratura italiana sul tema è vastissima. Cfr. per tutti, DAL PRATO, *La transazione*, voce in *Enc. del diritto*; G. STOLFI, *La transazione*, Napoli, 1931; SANTORO-PASSARELLI, *La transazione*, Napoli, 1986; R. NICOLÒ, *Il riconoscimento e la transazione*, in *Annali Sc. Giur. Univ. di Messina*, VII, 1923-1933, pp. 377 e ss.

¹⁴² Cfr. 16 C.F.R. § 2.32 cit.: «The agreement may state that the signing thereof is for settlement purposes only and does not constitute an admission by any party that the law has been violated as alleged in the complaint».

Sostiene che la logica sottesa all'adozione di impegni nella politica comunitaria della concorrenza sia contigua a quella dei negozi transattivi E. BARBIER DE LA SERRE, *Rev. Lamy de la concurrence*, n. 1/2005, *Chron. de dr. processuel*, p. 99: «la Commission européenne, dans une communication du 17 septembre 2004, a précisé que la décision assortie d'engagements constitue bien une transaction».

¹⁴³ Generalmente i "jurisdictional facts" che devono essere ammessi dalle parti interessate nella proposta di *consent order*, si riferirebbero agli elementi di fatto, indicati in un ordinario provvedimento di avvio istruttorio, non direttamente ricollegabili ad una condotta di tipo illecito, quali a titolo esemplificativo la sede e l'attività economica esercitata dall'impresa sottoposta alle indagini. La ratio della norma che prescrive l'inserimento nel testo dell'accordo di simili indicazioni sarebbe quella di evitare eventuali contestazioni della competenza dell'autorità antitrust sul caso. In proposito afferma D. P. DUCORE, *Settlement of Competition Conduct Violations at the United States Antitrust Agencies and at the European Commission*, cit., p. 241 : «The purpose of the admission is to eliminate the ability of the firm, in an order enforcement proceeding, to argue that notwithstanding its consent to the order, the FTC lacked jurisdiction. By admitting the facts, the jurisdictional argument should be, essentially moot».

¹⁴⁴ Questa opzione si riferisce alle ipotesi in cui la Federal Trade Commission, oltre che puntare all'adozione di provvedimenti che ingiungono alle parti di desistere dall'accertata infrazione, si rivolga alle corti federali distrettuali per ottenere rimedi pecuniari in via equitativa.

di risarcimento danni, promosse da coloro che si ritenessero lesi dalla condotta anticoncorrenziale¹⁴⁵.

A questo proposito appare opportuno chiarire che l'adozione di "ordinanze consensuali" da parte della Commissione federale del commercio, non incide in maniera diretta sulla percorribilità del *private enforcement*, nel senso cioè di limitare la possibilità per i terzi - persone fisiche o giuridiche - di agire in giudizio per il risarcimento dei danni provocati dalla condotta rispetto alla quale è intervenuto il *settlement*.

In ciò è da leggersi, del resto, la volontà del legislatore di non depotenziare una risorsa sulla quale, come noto, si basa la complessiva efficacia del sistema federale di tutela della concorrenza. All'introduzione della *private treble damage action*¹⁴⁶, è infatti sottesa la scelta di alterare il bilanciamento tra i costi e i benefici scaturenti dalle violazioni del diritto antitrust¹⁴⁷, agendo in maniera fortemente dissuasiva nei confronti delle condotte anticoncorrenziali, mediante l'incentivazione delle liti che da queste ultime possono derivare, dato l'elevato ammontare del risarcimento atteso¹⁴⁸.

¹⁴⁵ D. P. DUCORE, *Settlement of Competition Conduct Violations at the United States Antitrust Agencies and at the European Commission*, cit., p. 241: «If a firm declines to settle, however, and incurs a litigated finding of liability and order for relief, it is quite possible that the findings in that matter may be used against the firm in related private litigation. It is not surprising, then, that one motivation for a firm to settle may be to avoid a judicial determination that it has violated the law – a determination that would significantly ease the path of a private party to seek monetary damages for the same conduct».

¹⁴⁶ Cfr. sezioni 4 e 16 del Clayton Act che attribuisce ai privati danneggiati da una violazione del diritto della concorrenza la facoltà di agire in giudizio per risarcimento danni con la garanzia di ottenere, in caso di vittoria, un ristoro pari al triplo del danno subito.

¹⁴⁷ Secondo W. WILS, *Optimal Antitrust Fines: Theory and Practice*, in *World Competition*, vol. 29, n. 2/2006, p. 183-208, uno dei principali strumenti attraverso i quali l'*enforcement* delle regole a tutela della concorrenza persegue la sua finalità deterrente, sarebbe appunto l'alterazione dell'equilibrio tra i costi ed i benefici attesi da una infrazione antitrust.

¹⁴⁸ Sulle ragioni della limitata diffusione del *private enforcement* in Europa la letteratura è vastissima. In particolare, in merito alla contrapposizione tra quanti sostengono - dall'angolo visuale della teoria economica - l'indesiderabilità dell'incremento delle azioni civili private, e quanti all'opposto incoraggiano la funzione ancillare del *private* rispetto al *public antitrust enforcement* v. C. A. JONES, *Private Antitrust Enforcement in Europe: A Policy Analysis and Reality Check*, in *World Competition*, vol. 27, n. 1/2004, pp. 13-24; W. WILS, *Should Private Antitrust Enforcement be encouraged in Europe?*, in *World Competition*, vol. 26, n. 3/2003, pp. 473-488; JAKOB RÜGGERBERG, MAARTEN PIETER SCHINKEL, *Consolidating Antitrust Damages in Europe: A Proposal for Standing in Line with Efficient Private Enforcement*, in *World Competition*, vol. 29, n. 3/2006, pp. 395-420; M. BRKAN, *Procedural*

Anzi, non può non riconoscersi come l'avvio di un procedimento istruttorio per una presunta violazione della normativa antitrust, nonché la pubblicità della procedura che approda alla conclusione in via consensuale del primo, siano di per sé elementi idonei ad identificare l'impresa interessata come potenziale trasgressore, e di conseguenza come futuro bersaglio di azioni civili risarcitorie intraprese da privati o da diverse agenzie governative¹⁴⁹.

Nonostante ciò, le potenzialità della procedura di composizione volontaria dei casi antitrust, sono in gran parte legate all'impossibilità per i terzi di utilizzare il *consent order* come evidenza probatoria nelle azioni singole di risarcimento danni, il

Aspects of Private Enforcement of EC Antitrust Law: Heading Toward New Reforms?, in *World Competition*, vol. 28, n. 4/2005, pp. 479-506.

Il riconoscimento espresso della legittimazione ad agire per il risarcimento del danno conseguente ad un illecito antitrust ai singoli oltretutto alle imprese – presupposto per lo sviluppo del *private enforcement* – si deve alla giurisprudenza comunitaria, in particolare v. CGCE, 20/9/2001, causa C-453/99, *Courage/Crehan*, punti 26 e 27: «la piena efficacia dell'art. 81 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 dal danno causatogli da un contratto o da un comportamento che possono restringere o falsare il gioco della concorrenza. Un siffatto diritto, infatti, rafforza 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».

La Commissione europea ha avviato, con la pubblicazione del Libro Verde del 19/12/2005, COM(2005) 672, una procedura di consultazione volta ad «individuare i principali ostacoli all'attuazione di un sistema più efficace per l'introduzione delle domande di risarcimento del danno e a proporre interventi per agevolare la proposizione di azioni di risarcimento del danno, siano esse azioni di seguito o azioni indipendenti». Sottolineano per altro i rischi connessi ad una eccessiva enfaticizzazione della funzione deterrente - rispetto a quella compensativa - del *private enforcement*, dettata da una meccanica trasposizione di modelli non autoctoni (quello statunitense del *treble damage action*) all'interno della politica comunitaria di concorrenza, non solo i commenti ricevuti in sede di consultazione, ma la stessa Commissione. Sottolinea infatti la necessità di incoraggiare una "*competition culture*" piuttosto che una "*litigation culture*" il Commissario alla concorrenza Kroes, nel discorso *Enhancing Actions for Damages for Breach of Competition Rules in Europe*, tenuto all'Harvard Club, New York, 22/9/2005, nonché nel discorso *Damages Actions for Breaches of Eu Competition Rules: Realities and Potentials*, di apertura della conferenza *La reparation du prejudice cause par une pratique anti-concurrentielle en france et à l'étranger: bilan et perspectives*, Corte di cassazione, Parigi, 17/10/2005; da ultimo nel discorso *More Private Antitrust Enforcement through better access to damages: an invitation for an open debate*, del 9/3/2006, in <http://www.europa.eu.int>. Già in tal senso l'allora Commissario alla Concorrenza Monti, *Private litigation as a key complement to public enforcement of competition rules and the first conclusions on the implementation of the new Merger Regulation*, discorso tenuto alla VIII IBA Annual Competition Conference, Fiesole, 17/9/2004.

Per una rassegna delle questioni sollevate nella consultazione cfr. per tutti J. PHEASANT, *Damages Actions for Breach of the EC Antitrust Rules: The European Commission's Green Paper*, in *Eur. Comp. Law Rev.*, n. 7/2006, pp. 537-551.

¹⁴⁹ V. J. R. ATWOOD, *Observations on negotiating Government Antitrust Settlements in the United States*, in Hawk B. E. (a cura di) *Annual Proceedings of the Fordham Corporate Law Institute, International Antitrust Law and Policy*, cit., p. 194.

che rappresenta comprensibilmente un beneficio non secondario per le imprese sottoposte alle indagini.

L'esistenza di una relazione diretta tra la conclusione negativa di un procedimento amministrativo¹⁵⁰, o di una controversia in sede civile¹⁵¹, che giungano al loro esito fisiologico, e la conseguente semplificazione degli oneri probatori gravanti sul privato, che voglia sostenere la pretesa al risarcimento di un danno, può contribuire a spiegare in termini "economici" la propensione delle imprese interessate ad impegnarsi spontaneamente a modificare o a interrompere il comportamento contestato dall'agenzia, come volontà di evitare la descritta agevolazione¹⁵².

Appare a questo punto opportuno richiamare l'attenzione su alcuni rilevanti aspetti di procedura.

Il fatto che le imprese proponenti *consent orders* rimangano, come visto, esposte all'esperimento di future azioni di risarcimento danni, non sminuisce il carattere finale delle ordinanze in parola. Nel caso cioè, in cui la Commissione - in composizione integrale - e dopo aver avviato una consultazione pubblica sul contenuto dell'accordo proposto dalle parti¹⁵³, lo accetti, il provvedimento che ne incorpora i contenuti, è da

¹⁵⁰ Ci si riferisce all'emanazione di "ordinanze di cessare e desistere".

¹⁵¹ Liti che si concludano cioè con l'accertamento della responsabilità del convenuto per violazione del diritto antitrust, e conseguente condanna alla compensazione dei danni provocati dal comportamento in oggetto.

¹⁵² La valutazione di natura economica che sottende la disponibilità delle imprese ad offrire impegni, pone in diretta correlazione il risultato della *settlement procedure* alla maggiore difficoltà che i terzi incontreranno nel dimostrare la sussistenza di una violazione alla quale ancorare il preteso risarcimento dei danni. La differenza di impatto che hanno rispettivamente, un provvedimento negoziato e una decisione unilaterale sfavorevole, sulle *private treble damage suits* rappresenta in definitiva un guadagno netto per le parti.

¹⁵³ Cfr. 16 C.F.R. § 2.34 (c): «Promptly after its acceptance of the consent agreement, the Commission will place the order contained in the consent agreement, the complaint, and the consent agreement on the public record for a period of 30 days, or such other period as the Commission may specify, for the receipt of comments or views from any interested person. At the same time, the Commission will place on the public record an explanation of the provisions of the order and the relief to be obtained thereby and any other information that it believes may help interested persons understand the order. The Commission also will publish the explanation in the Federal Register. The Commission retains the discretion to issue a complaint and a Final Decision and Order, incorporating the order contained in a consent agreement, in appropriate cases before seeking public comment. Unless directed otherwise by the Commission, such Decision and Order will be *final* upon service».

ritenersi definitivo¹⁵⁴, in maniera del tutto analoga a quanto disposto dalla legge con riguardo alle ordinanze emesse ad esito di un giudizio, in prima istanza o di natura impugnatoria¹⁵⁵.

Dalla natura definitiva delle ordinanze consensuali discende un duplice ordine di conseguenze: per un verso, la possibilità per la Commissione federale del commercio di imporre alle imprese inottemperanti sanzioni pecuniarie, nonché penalità di mora per ogni giorno di ritardo occorso nel conformarsi al contenuto del provvedimento¹⁵⁶, e per altro verso, la disponibilità dell'autorità pubblica a non tornare sulla condotta in relazione alla quale è intervenuto il *settlement*, se non a causa di un mutamento nelle circostanze di fatto o di diritto, o comunque per ragioni di pubblico interesse.

Quest'ultimo rilievo impone di osservare che i *consent orders* - differentemente dalle transazioni di diritto privato, con le quali le parti rinunciano a far valere in futuro qualsiasi reciproca pretesa, che possa trarre origine dal rapporto controverso - non privano tecnicamente l'autorità pubblica dei poteri di controllo e di vigilanza, attribuitile dalla legge in funzione strumentale ad un efficace svolgimento dei compiti istituzionali di tutela della concorrenza¹⁵⁷. In questo senso sembra anzi doversi ribadire l'idea che, l'adozione di un atto rivolto alla cura del pubblico interesse, indipendentemente dalla sua forma, ed in particolare dalla circostanza che il suo

¹⁵⁴ A questo proposito il Tit. 16 C.F.R. § 2.32, (c), recita: «the order will have the same force and effect and may be altered, modified or set aside in the same manner provided by statute for Commission orders issued on a litigated or stipulated record».

¹⁵⁵ A tal proposito è utile segnalare che alla FTC è riconosciuto il potere di adire un tribunale federale anche nelle ipotesi in cui la prima dissenta rispetto al giudizio espresso dal giudice amministrativo, nell'ambito della procedura interna alla stessa Commissione.

¹⁵⁶ Cfr. 45 U.S.C. § 45(1).

¹⁵⁷ A tal proposito D. P. DUCORE, *Settlement of Competition Conduct Violations at the United States Antitrust Agencies and at the European Commission*, cit., p. 240, afferma: «As a legal matter, however, settlement with the US agencies does not technically waive the government's right to seek further relief for the original violation. In this respect, agency settlements are unlike private settlements, which usually recite that the disposition is a resolution of all claims arising from the transaction at issue. .. If appropriate, and if needed to resolve the problem, the agency may seek additional relief going back to the original violation, even though it had accepted a settlement of those claims. Such actions are quite rare, however, and for all practical purposes a settlement resolves the agency's challenge to the conduct at issue».

contenuto sia stato previamente concordato dall'autorità pubblica e dai suoi destinatari, non esaurisce il potere di soddisfare l'interesse in questione¹⁵⁸.

Una serie di elementi sembrerebbero confermare che il *consent order* costituisca un provvedimento a tutti gli effetti, e che sia anzi, prima di ogni cosa, tale natura provvedimento a garantire la stabilità dell'assetto di interessi che con il medesimo viene regolato. Eloquentemente in tal senso la scelta del legislatore di regolare con un'unica disposizione la procedura di riapertura del fascicolo, precedentemente chiuso con l'adozione di una decisione della Commissione, senza distinguere l'ipotesi in cui la stessa sia stata concordata dalle parti, o all'opposto emanata all'esito di una procedura contenziosa. In entrambi i casi agli interessati¹⁵⁹ è richiesto di dimostrare, affinché la propria richiesta di riapertura sia accolta, che siano intervenute *medio tempore* circostanze di fatto o anche di natura normativa, che rendono inopportuna la regola di comportamento o l'ordine contenuto nella decisione precedentemente adottata dalla

¹⁵⁸ L'oggetto dell'indagine richiama, limitatamente a questo specifico aspetto, e non a caso, il tema dell'inesauribilità del potere pubblico, che tanta parte ha avuto nel dibattito scientifico in materia di esercizio consensuale delle funzioni amministrative, e quindi in materia di accordi tra pubblica amministrazione e privato. È stata in particolare oggetto di analisi la conciliabilità tra i principi propri del diritto privato – in base ai quali sarebbe l'accordo a costituire, *rebus sic stantibus*, la disciplina generale del rapporto, e a vincolare l'amministrazione a dare esecuzione a ciò che ha concordato - e la logica pubblicistica secondo la quale l'amministrazione conserva il potere di intervenire unilateralmente sul rapporto costituito. Sul tema per tutti F. G. COCA, *Autorità e consenso*, in *Dir. proc. amm.*, 2002, pp. 441 e ss. L'opzione eletta nel diritto interno, al fine di armonizzare la doverosità e l'inesauribilità dell'esercizio del potere con la vincolatività dell'accordo, è stata quella di circoscrivere la possibilità dell'amministrazione di recedere unilateralmente dal rapporto costituito, per l'insorgenza di motivi di pubblico interesse (cfr. l'art. 11, comma 4, l. n. 241/1990, Legge generale sul procedimento amministrativo), e di escludere nel contempo che una simile evenienza possa verificarsi per originari vizi di merito dell'accordo. In questo ordine di idee è stata sottolineata la completa assimilabilità del recesso dagli accordi integrativi e sostitutivi, alla ordinaria revoca dei provvedimenti amministrativi. Per tutti v. V. CERULLI IRELLI, *Principi del diritto amministrativo II*, Torino, 2005, p. 172.

¹⁵⁹ La disposizione in commento sembra tuttavia circoscrivere la cerchia di soggetti facoltizzati a richiedere la riapertura del fascicolo, ai soli destinatari della decisione della FTC. La regola § 2.51 (a) recita infatti: «Any person, partnership or corporation subject to a Commission decision containing a rule or order which has become effective, or an order to cease and desist which has become final, may file with the Secretary a request that the Commission reopen the proceeding to consider whether the rule or order, ... should be altered, modified or set aside in whole or in part».

Commissione, ed esigono il riesame dell'assetto di interessi quale determinato dal provvedimento, con la possibilità di modificare o annullare lo stesso¹⁶⁰.

Al pari di qualsiasi altro provvedimento, le ordinanze emesse sulla base dell'accordo tra l'autorità pubblica e le parti sottoposte alle indagini, hanno la finalità di chiudere in maniera definitiva il caso oggetto di istruttoria¹⁶¹, come evidenzia la stessa natura delle concessioni inserite dalle imprese interessate nella proposta di accordo presentata alla Commissione¹⁶². D'altronde, l'obiettivo sotteso all'impiego dei *settlements*, e cioè l'evidente economia di risorse procedurali che la strada consensuale consente, rischierebbe di essere vanificata ove i primi fossero destituiti del loro valore definitivo.

Nello specifico, le ordinanze consensuali acquistano efficacia definitiva una volta notificate ai destinatari, laddove, l'efficacia delle ordinanze giudiziali - emesse a seguito di una procedura contenziosa - viene condizionata al decorso infruttuoso del termine concesso alle parti per l'impugnazione delle stesse¹⁶³.

La stabilità dell'assetto di interessi che si determina con l'adozione di un provvedimento, non esclude la possibilità per la stessa Commissione di riaprire il procedimento, modificare o annullare il provvedimento stesso, in circostanze eccezionali, ovvero qualora si siano verificati significativi mutamenti nella situazione di fatto o di diritto, o la valutazione del pubblico interesse renda opportuno un intervento

¹⁶⁰ Cfr. Rule § 2.51 (b): «A request under this section shall contain a satisfactory showing that changed conditions of law or fact require the rule or order to be altered, modified or set aside, in whole or in part, or that the public interest so requires».

¹⁶¹ Rende bene il carattere di definitività che contraddistingue i provvedimenti in parola, l'espressione utilizzata da D. P. DUCORE, *Settlement of Competition Conduct Violations at the United States Antitrust Agencies and at the European Commission*, cit., p. 240: «the entry of a final FTC order, or DoJ court decree, generally resolves the agency's concerns and "closes the books" on the matter».

¹⁶² Ci si riferisce in particolare alla rinuncia al diritto di contestare in futuro la validità dell'ordinanza. Cfr. 16 C.F.R. § 2.32 cit. La differente disciplina degli eventi condizionanti l'efficacia dei provvedimenti in parola, è pienamente intellegibile alla luce del fatto che, come visto, i *consent order agreement* escludono in origine l'impugnabilità dell'ordinanza da parte dei destinatari.

¹⁶³ La disposizione in parola è contenuta al Tit. 15 del US code, § 45 (g), *Finality of order*: «An order of the Commission to cease and desist shall become final upon the expiration of the time allowed for filing a petition for review, if no such petition has been duly filed within such time ...».

di questo tipo¹⁶⁴. La ratio della disposizione in parola è quella di assicurare la stabile rispondenza dell'uso del potere all'interesse pubblico, come visto, indipendentemente dalla natura del modulo procedimentale prescelto, e dalla circostanza quindi che le parti abbiano imboccato la strada alternativa della conclusione consensuale delle procedure di infrazione.

Nell'analisi dei FTC's *consent orders* merita di essere richiamato un ultimo aspetto, che costituisce peraltro un elemento di difformità rispetto alla prassi comunitaria in materia di impegni. Il legislatore ha vincolato il potere di scelta della Commissione europea in punto di valutazione dell'opportunità di adottare *commitment decisions*, affermando che questo tipo di decisioni non sono appropriate nei casi in cui l'autorità intenda comminare un'ammenda¹⁶⁵. Diversamente, nella prassi antitrust americana sono riscontrabili casi in cui la Commissione federale del commercio negozia, congiuntamente a rimedi di carattere comportamentale, anche la compensazione in via pecuniaria per l'eventuale lesione provocata dalla condotta oggetto di indagine, prescindendo dal definitivo accertamento della violazione, esito quest'ultimo a cui non consente di giungere, come visto, la *settlement procedure*. Esisterebbe cioè la possibilità per le parti di pervenire ad un accordo, nel corso di una controversia portata dinanzi alle corti federali dalla FTC - al fine di ottenere la restituzione dall'impresa indagata dei profitti realizzati a causa della presunta violazione - e di includere nella proposta finale di *consent order* l'impegno di

¹⁶⁴ Cfr. 15 U.S.C. § 45 (b) : «After the expiration of the time allowed for filing a petition for review, if no such petition has been duly filed within such time, the Commission may at any time, after notice and opportunity for hearing, reopen and alter, modify, or set aside, in whole or in part any report or order made or issued by it under this section, whenever in the opinion of the Commission conditions of fact or of law have so changed as to require such action or of the public interest shall so require».

¹⁶⁵ Cfr. considerando n. 13 del Reg. n.1/2003 cit.

quest'ultima a corrispondere una somma pecuniaria che induca l'autorità a desistere dall'accusa¹⁶⁶.

Anche il Dipartimento della Giustizia, limitatamente alle azioni civili in materia antitrust, ricorre in maniera del tutto frequente¹⁶⁷ alla conciliazione del caso con le imprese indagate, proponendo al giudice, che esamina la materia, l'emanazione dei "consent decrees". Si tratta di sentenze con le quali l'intesa intervenuta tra attore - il DoJ - e convenuto - l'impresa - all'esito di un'attenta negoziazione, viene ratificata dall'autorità giudiziaria.

Dalla ricostruzione svolta dalla *Supreme Court* emerge con chiarezza la natura compromissoria dell'accordo, nel quale le parti, in vista di un risparmio in termini di tempi, spese e rischi, cedono sulle loro rispettive pretese, e rinunciano in parte ai risultati che avrebbero potuto realizzare a seguito del completo svolgimento della procedura contenziosa¹⁶⁸.

A ciò si aggiunge la constatazione che il *consent decree* non avrebbe un autonomo scopo; piuttosto sarebbero le parti ad essere mosse da interessi confliggenti, e la decisione dell'autorità giudiziaria finirebbe per racchiudere, delle rispettive finalità delle parti, quanto le stesse hanno avuto il potere di contrattare e la capacità di

¹⁶⁶ In proposito afferma J. R. ATWOOD, *Observations on negotiating Government Antitrust Settlements in the United States*, cit., p. 194: «the FTC has been active in seeking ... monetary equitable relief ... as adjunct to its authority to petition a district court for an injunction under FTC Act § 13 (b). That has enabled the Commission, often operating in conjunction with suits by state attorneys general, to obtain settlements that call for the defendant to pay substantial sums into escrow accounts that are then used to satisfy consumer claims».

¹⁶⁷ Già tra il 1955 e il 1974 l'81% dei casi civili portati dinanzi alle Corti federali si concludevano con l'adozione di consent decrees. V. J. D. ANDERSON, *Modifications of Antitrust Consent Decrees: over a double Barrel*, in *Mich. Law Rev.*, vol. 84, n. 1/1985, p. 134-154. Cfr. altresì M.L. WEINER, *Antitrust and the Rise of the Regulatory Consent Decree*, in *Antitrust*, Fall, 1995, p. 4.

¹⁶⁸ Cfr. il caso *United States c. Armour*, 402 U.S. 673 (1971): «Consent decrees are entered into by parties to a case after careful negotiation has produced agreement on their precise terms. The parties waive their right to litigate the issues involved in the case and thus save themselves the time, expense and inevitable risk of litigation. Naturally, the agreement reached normally embodies a compromise; in exchange for the saving of cost and elimination of risk, the parties each give up something they might have won had they proceeded with the litigation».

perseguire¹⁶⁹. Il cuore delle argomentazioni svolte dalla Corte sembra in tal senso evocare la distinzione tra causa e motivi dell'atto di transazione - la prima intesa quale concessione della (e alla) controparte che ha la capacità di risolvere la materia controversa, e i secondi intesi come volontà delle parti di evitare un danno agli interessi di cui le stesse sono portatrici¹⁷⁰ - ed in ciò confermare l'idea, in precedenza sostenuta, di una contiguità tra l'oggetto della presente indagine e il tema della negoziabilità dell'oggetto pubblico.

Spostando l'attenzione sugli aspetti più squisitamente procedurali, deve osservarsi che la legge prescrive in maniera espressa l'obbligo per il dipartimento di giustizia di pubblicare il testo della proposta di *consent decree* nel Registro Federale, e di trasmetterlo alla corte almeno 60 giorni prima della data fissata per la decisione.

I requisiti in termini di pubblicità e trasparenza che accompagnano, per espressa previsione di legge, la *consent decree procedure* sono manifestamente funzionalizzati ad assicurare un ampio e robusto sindacato sulla logicità e coerenza delle valutazioni compiute dall'agenzia antitrust nelle trattative e nella finale accettazione delle misure proposte dalle parti.

A tal fine il *Tunney Act*¹⁷¹ impone l'obbligo di accompagnare la trasmissione della proposta di *consent decree* a un *competitive impact statement*, atto nel quale il dipartimento di giustizia include una serie di coordinate fondamentali al fine di ricostruire i problemi di natura concorrenziale che hanno giustificato l'apertura delle indagini, e l'esercizio di un'azione dinanzi al tribunale federale; nonché per verificare l'idoneità degli impegni a risolvere la questione. La dichiarazione di impatto

¹⁶⁹ Cfr. il caso *United States c. Armour* cit.

¹⁷⁰ Sul tema dell'ammissibilità della transazione dei rapporti di diritto pubblico nel quadro normativo interno, il primo contributo è di E. GUICCIARDI, *La transazione degli enti pubblici*, in *Arch. Dir. pubbl.*, 1936, pp. 64 ss., 205 ss., in particolare sulla distinzione tra causa e motivi dell'atto di transazione p. 213. Il tema è stato ripreso da G. GRECO, *Contratti e accordi della pubblica amministrazione con funzione transattiva (appunti per un nuovo studio)*, in *Dir. amm.*, 2/2005, pp. 223 e ss.

¹⁷¹ *Antitrust Procedures and Penalties Act*, 1974. Cfr. 15 U.S.C. 16.

concorrenziale deve infatti contenere la descrizione della natura e dello scopo del procedimento, delle condotte oggetto di presunta infrazione, nonché una presentazione dei contenuti della proposta di accordo e delle circostanze che hanno condotto all'intesa tra le parti, ed infine l'enunciazione degli effetti attesi sul mercato delle misure concordate nel *settlement*¹⁷².

L'esigenza di orientare in maniera realmente efficace il *public enforcement*, ed evitare che la maggior speditezza del procedimento – che il percorso negoziale consente – finisca con il vulnerare la stabilità del risultato, viene garantita in misura rilevante dalla completezza dell'analisi svolta dall'*enforcer*. È proprio in quest'ottica che il legislatore prescrive la necessità di svolgere una procedura di consultazione pubblica sui contenuti del *settlement*, che possa arricchire gli elementi di giudizio a disposizione dell'autorità pubblica, prima ancora che tutelare un preteso diritto dei terzi interessati a far pervenire le proprie osservazioni sul punto.

A tal fine si dispone l'obbligo di pubblicazione, attraverso idonei mezzi di diffusione, ed in ogni caso sul Registro Federale, del testo degli impegni accompagnato dal *competitive impact statement*, nel quale peraltro devono essere specificati i rimedi esperibili dai potenziali attori privati, danneggiati dalla presunta infrazione, nell'eventualità che si addivenga all'emanazione della sentenza nei termini concordati tra le parti. Le osservazioni dei terzi interessati, al pari delle risposte del DoJ, devono pervenire entro il termine di 60 giorni al dipartimento di giustizia ed essere contestualmente trasmessi alla corte presso la quale pende il caso¹⁷³.

¹⁷² Cfr. 15 U.S.C. 16 (b).

¹⁷³ La partecipazione dei terzi interessati alla *settlement procedure*, per quanto, come visto, abbia un'importanza decisiva nel portare alla luce elementi di giudizio utili per le valutazioni che preludono all'adozione di *consent decrees*, nella generalità dei casi è confinata alla presentazione di commenti al dipartimento di giustizia, secondo la procedura disciplinata dal Tunney Act, 15 U.S.C. s 16(b), (d). È stato a questo proposito osservato da E. J BRANFMAN, *Antitrust Consent Decrees: A Review and Evaluation of the First Seven Years Under the Antitrust Procedures and Penalties Act*, in *Antitrust Bulletin*, 27, pp. 325-326, che «motions to intervene are usually denied as most courts have been on the

Nella prospettiva della verificabilità delle scelte compiute dal DoJ - in sede di valutazione degli impegni offerti dalle imprese - appare inoltre muoversi la disposizione secondo la quale «each defendant must file with the court a description of any and all written or oral communications by or on behalf of such defendant ... with any officer or employee of the United States concerning or relevant to such proposal»¹⁷⁴. Indicazione quest'ultima, che appare rilevante non solo per la funzione che attualmente svolge nell'ambito delle procedure finalizzate all'approvazione finale dei *consent decree*, e quindi delle verifiche compiute dalle corti distrettuali a tal fine, ma anche per il virtuale peso che potrebbe spiegare, ove trasposta in un contesto, come quello comunitario, nel quale la prima occasione di sindacabilità delle valutazioni effettuate dalla Commissione, è successiva all'adozione di una decisione definitiva, e ricorre pertanto nell'ambito di giudizi di natura impugnatoria.

Lo scenario normativo statunitense, infatti, assegna agli antitrust *settlements* la funzione di includere la rinuncia espressa degli interessati ad intraprendere future azioni che mettano in discussione la validità e i contenuti dei *consent orders*, così come dei *consent decrees*, il che risulta pienamente intellegibile alla luce della scissione, alla quale si è accennato in precedenza, tra le funzioni accusatoria e istruttoria da un lato, e quella giudicante dall'altro. La logica è quella di anticipare il controllo dell'autorità

whole reluctant to become embroiled in an active proceeding». La descritta tendenza delle corti federali a non riconoscere la qualificazione di contraddittori necessari nel processo finalizzato all'approvazione dei *consent decrees*, ai soggetti ai quali è consentito intervenire nel procedimento amministrativo nella fase della consultazione, equivale a negare che questi ultimi siano titolari di un diritto soggettivo in materia, e riflette in ciò un orientamento teso a distinguere la natura e la funzione della partecipazione al procedimento amministrativo dalla legittimazione processuale.

In linea con gli esiti della presente indagine appaiono le considerazioni svolte da P. DUCORE, *Settlement of Competition Conduct Violations at the United States Antitrust Agencies and at the European Commission*, cit., p. 235. Secondo l'A., infatti in nessuna delle *settlement procedures* che si svolgono rispettivamente presso la FTC e il DoJ, la posizione giuridica dei terzi assumerebbe la consistenza di diritti soggettivi. «The public comment procedure, however, is for the agency's benefit, not for the benefit of any particular private party. Thus, private parties have no absolute right formally to intervene in the FTC's process, but may provide their views for the FTC's benefit. Somewhat similarly, the DoJ must publish a proposed settlement and allow third parties to comment. The process, however, is aimed toward allowing the court to determine that the proposed settlement is in the public interest, and does not create private causes of action».

¹⁷⁴ Cfr. 15 U.S.C. 16 (g).

giudiziaria¹⁷⁵ sull'attività di indagine svolta dalle agenzie antitrust in una fase prodromica rispetto alla stessa adozione di decisioni, con le quali si constata un'infrazione, si ingiunga di porre fine alla stessa, o si comminino delle sanzioni. Nel medesimo ordine di idee si iscrive l'attività di controllo esercitata dalle corti federali sulla proposta di *consent orders* o di *consent decrees*, ed è in vista dell'esercizio della descritta funzione di controllo *ex ante*, che vanno interpretati i tentativi di ricostruire in maniera precisa i passaggi fondamentali delle negoziazioni, e che va dunque letta la disposizione della quale qui ci si occupa.

Nel quadro della politica comunitaria di concorrenza invece, non è escluso che possano essere gli stessi destinatari delle decisioni con impegni ad impugnare queste ultime, verosimilmente lamentando il carattere eccessivo delle misure inserite nella decisione finale, l'esercizio di pressioni sulla propria libertà di proporre rimedi, ed in particolare una difformità tra gli impegni resi obbligatori e quelli effettivamente proposti e condivisi, censurando in sostanza l'operato della Commissione per eccesso di potere. In questo contesto, la scelta di imporre, sul modello statunitense, la pubblicità delle trattative svolte tra l'autorità pubblica e le parti interessate, consentirebbe al giudice, che pur non può sostituirsi alla Commissione nell'esercizio di valutazioni economiche complesse, di esercitare un sindacato pieno per ciò che riguarda «l'osservanza delle regole di procedura e di motivazione, l'esattezza materiale dei fatti, l'insussistenza dell'errore manifesto di valutazione e di sviamento di potere»¹⁷⁶ e, nello

¹⁷⁵ Con i dovuti distinguo relativi ai casi di cui si occupa la Federal Trade Commission - alla quale dalla legge sono attribuiti i poteri di adottare ordinanze di natura ingiuntiva - che vengono risolti nell'ambito di una procedura integralmente amministrativa, sebbene siano riferiti ad un giudice amministrativo indipendente.

¹⁷⁶ Cfr. per tutte TPI, 30/3/2000, causa T-65/96, *Kish Glass/Commissione*, punto 64, che sistematizzando le conclusioni della giurisprudenza in punto di ampiezza del sindacato giurisdizionale sulle decisioni della Commissione in materia antitrust statuisce: «secondo una giurisprudenza costante, se il giudice comunitario esercita, in via generale, un sindacato pieno sulla sussistenza dei presupposti per l'applicazione delle norme sulla concorrenza, il sindacato che esso esercita sulle valutazioni economiche complesse operate dalla Commissione deve tuttavia necessariamente limitarsi alla verifica

specifico, di verificare che il contenuto della decisione adottata ai sensi dell'art. 9 non sia discordante rispetto alle modifiche sulle quali – alla luce di quanto individuabile nelle maglie delle negoziazioni - è intervenuto il consenso delle parti interessate.

Riguardo poi alla natura, ai limiti e al fondamento del sindacato delle corti federali sull'attività svolta dal DoJ, in vista della proposizione di *consent decrees*, il *Tunney Act* detta una precisa disposizione, intervenendo in uno scenario che avallava la tendenza dell'autorità giudiziaria a declinare la spettanza di un reale potere di controllo nei confronti delle valutazioni espresse dal governo degli Stati Uniti in materia di *settlements*¹⁷⁷. Il *Tunney Act* prevede che «before entering any consent judgement proposed by the United States ... the court shall determine that entry is in the public interest»¹⁷⁸. La ratio della disposizione, come dichiarato dai suoi stessi promotori¹⁷⁹, è quella di garantire che l'intera procedura, che confluisce nell'adozione di decisioni consensuali, sia trasparente ed accessibile allo scrutinio del giudice¹⁸⁰.

D'altro canto, l'ampiezza del parametro di scrutinio - rappresentato dall'interesse pubblico - fornito dal legislatore alle corti, ben si presta ad essere piegato, nella pratica, alle esigenze della dialettica istituzionale tra agenzie antitrust e autorità giurisdizionali, nel senso cioè di garantire che le rispettive attività si svolgano entro i

dell'osservanza delle regole di procedura e di motivazione, nonché dell'esattezza materiale dei fatti, dell'insussistenza dell'errore manifesto di valutazione e di sviamento di potere».

¹⁷⁷ «Sound policy would strongly lead us to decline to assess the wisdom of the Government's judgment in negotiating and accepting [a consent decree]»: così la Corte Suprema nel caso *Sam Fox Publishing Co./United States*, in 366 U.S. 683 (1961), punto 689.

¹⁷⁸ Cfr. 15 U.S.C. s 16(e).

¹⁷⁹ Cfr. dichiarazione del Senatore Tunney che accompagnava la discussione in seno al Congresso dell'Antitrust Procedures and Penalties Act, in 119 Cong. Rec. 24, 1973, 598, nella quale egli esprimeva la speranza che le nuove norme potessero: «transform a procedure which was generally accomplished in a series of private, informal negotiations between antitrust lawyers and attorneys for the defendant, into one that is exposed to the full light of public awareness and judicial scrutiny».

¹⁸⁰ Riferendosi alla scarsa trasparenza della *settlement procedure* prima dell'intervento del *Tunney Act*, L. C. ANDERSON, *United States v Microsoft, Antitrust Consent Decrees, and the Need for a Proper Scope of judicial Review*, in *Antitrust Law Journ.*, 58/1995, 1-3, osservava: «powerful corporate interests used political influence to negotiate a consent decree that did not adequately address the issues raised in a lawsuit».

confini disegnati dalla fonte legislativa, evitando che il controllo giudiziario sugli atti del dipartimento della giustizia consenta al giudice di sostituirsi a quest'ultimo.

In uno dei primi casi in cui una corte distrettuale ha respinto la proposta di *consent decree*, ritenendo che lo stesso non fosse nel pubblico interesse e non correggesse in maniera adeguata le condotte anticoncorrenziali imputate all'impresa interessata, la Corte di Appello successivamente adita dalle parti, nel capovolgere il giudizio emesso nella fase precedente, sostanzialmente ritenendo che il giudice avesse violato il principio di separazione dei poteri, chiariva presupposti e limiti del sindacato.

Se per un verso, veniva ribadita la natura giudiziaria dell'atto con il quale si concludeva la procedura, e quindi l'insussistenza di un obbligo a carico del giudice federale di accettare la proposta di *settlement*, per un altro, tale eventualità veniva circoscritta ai casi limite in cui il testo di *consent decree* apparisse, *prima facie*, "deridere" il potere giudiziario, evidentemente tradendo una palese inopportunità dei termini concordati da attore e convenuto¹⁸¹. Al di fuori di tali ipotesi il *Tunney Act* non potrebbe essere ragionevolmente interpretato come un'autorizzazione per il giudice distrettuale ad assumere il ruolo di avvocato generale, che sostiene dunque l'accusa per conto del dipartimento di giustizia¹⁸².

Le argomentazioni della Corte d'Appello sembrano evocare per molti versi, il principio, enucleato dalla giurisprudenza comunitaria sui limiti del sindacato giurisdizionale in materia antitrust, in base al quale il giudice non potrebbe spingersi sino al punto di formulare autonomamente un giudizio sostitutivo rispetto alla proposta

¹⁸¹ Cfr. sentenze della Corte di Appello nel caso *United States v Microsoft Corpn.*, 56 F.3d ar 1462: «A decree, even entered as a pre-trial settlement, is a judicial act, and therefore the district judge is not obliged to accept one that, on its face, and even after government explanation, appears to make a *mockery* of judicial power».

¹⁸² Così testualmente la Corte d'Appello nella decisione ult. cit.

applicativa formulata dall'amministrazione, poiché ciò integrerebbe non un sindacato sull'esercizio del potere, ma un provvedimento amministrativo vero e proprio¹⁸³.

Nel contesto statunitense, tuttavia, non siamo tecnicamente di fronte ad un giudizio di natura impugnatoria, ma ad un giudizio nel quale anzi la logica accusatoria - le cui peculiarità sono ricostruibili in sede comunitaria solo in via interpretativa¹⁸⁴ - non compare solo sullo sfondo ma è dichiarata¹⁸⁵. Al giudice compete quindi, ineludibilmente il compito di verificare l'esattezza degli elementi di prova allegati, la loro attendibilità e la loro coerenza, e verificare che le conclusioni che le agenzie traggono dai primi siano giustificate. Nondimeno, è ragionevole ritenere che sulla pienezza del sindacato in tal modo riconosciuta, siano intervenute una serie di considerazioni sistematiche, prima tra tutte, quella relativa alla tutela delle posizioni giuridiche soggettive che risultano incise negativamente da un provvedimento proposto dall'agenzia antitrust, che giustifica pertanto il carattere non illimitato della

¹⁸³ Sistematizza le conclusioni della giurisprudenza comunitaria e italiana sul punto P. LAZZARA, *Le competenze comunitarie e i limiti al sindacato giurisdizionale in materia Antitrust*, in *Giorn. dir. amm.*, 2/2006, p. 187.

¹⁸⁴ Il percorso logico che conduce la giurisprudenza comunitaria, e di conseguenza quella interna - posta l'analogia dei due sistemi con riguardo alla combinazione delle funzioni istruttoria, accusatoria e giudicante nell'ambito dei poteri attribuiti alle autorità garanti della concorrenza - a negare che l'amministrazione sia titolare di un potere di valutazione riservata in ordine all'accertamento dell'infrazione, si basa sull'assunto che il giudice possa decidere solo sulla base dei fatti che l'autorità pubblica e le controparti riescono a provare alla stregua delle regole sull'onere della prova, e che dunque le imprese debbano essere assolte in tutte le ipotesi in cui i fatti adottati dalle autorità antitrust non vengano provati in maniera esaustiva, o nel caso in cui i nessi logici delle argomentazioni svolte dall'autorità non appaiono convincenti. In questo senso cfr. TPI, 18/9/1996, causa T-387/94, *Asia motor II*, in *Racc.*, 1996, p. II-961. Finiscono per sottolineare elementi propri di una logica accusatoria le conclusioni cui perviene la CGCE, confermando la sentenza del TPI, sul caso *Tetra Laval*, nella sentenza del 15/2/2005, causa G12/03, punto 39: «Sebbene la Corte riconosca alla Commissione un potere discrezionale in materia economica, ciò non implica che il giudice comunitario debba astenersi dal controllare l'interpretazione, da parte della Commissione, di dati di natura economica. Infatti, detto giudice è tenuto in particolare a verificare non solo l'esattezza materiale degli elementi di prova adottati, la loro attendibilità e la loro coerenza, ma altresì ad accertare se tali elementi costituiscono l'insieme dei dati rilevanti che devono essere presi in considerazione per valutare una situazione complessa e se siano di natura tale da corroborare le conclusioni che se ne traggono».

¹⁸⁵ Alla luce di quanto chiarito nella trattazione che precede, nell'*antitrust public enforcement* statunitense la FCT e il DoJ provano in giudizio il proprio impianto accusatorio, alla stregua di un pubblico ministero, lasciando alle parti resistenti la possibilità di svolgere contrarie allegazioni, e di sostenerne il relativo onere probatorio.

discrezionalità di cui gode l'*enforcer* nell'esercizio dei compiti di vigilanza e controllo in materia di concorrenza.

Con riguardo alle ipotesi di cui attualmente ci si occupa, e cioè alle verifiche svolte dal giudice in sede di approvazione dei *consent decrees*, lo scenario muta profondamente, se non altro per il fatto che il primo è chiamato ad esprimersi in merito ad una situazione non, o almeno non più, conflittuale, posto che sui termini del procedimento finale è intervenuta l'intesa tra DoJ ed imprese interessate.

In ciò si manifesta uno degli aspetti più interessanti della vicenda che fa da sfondo alla negoziazione degli interessi rilevanti nel diritto della concorrenza, e cioè l'indisponibilità dell'interesse pubblico alla tutela di strutture di mercato realmente competitive in quanto tale, obiettivo che, limitatamente a questo specifico profilo, il sistema americano garantisce più di quanto non faccia quello europeo¹⁸⁶. In altre parole, un conto è prendere atto del fatto che impresa interessata e dipartimento della giustizia, una volta giunti a transigere le proprie rispettive posizioni, non possano più definirsi attualmente "controinteressati", un altro è concludere che l'interesse a proteggere, non le posizioni individuali degli operatori presenti nel mercato, ma la concorrenza - e quindi in ultima istanza i consumatori¹⁸⁷ - debba necessariamente trovare una composizione con l'interesse delle parti sottoposte alle indagini. A ciò si aggiunga che, nella ponderazione degli interessi rilevanti che la tutela antitrust impone¹⁸⁸, la posizione espressa dai terzi, per quanto non contraddittori necessari nel processo dinanzi alle corti

¹⁸⁶ Ci si riferisce alla circostanza che il sistema statunitense, mediante la *judicial review* dei provvedimenti antitrust, ancor prima che gli stessi vengano adottati nella loro forma definitiva, predisporre, almeno in linea di principio, una serie di cautele volte a garantire la rispondenza all'interesse pubblico delle misure adottate a tutela della concorrenza.

¹⁸⁷ Si rinvia alle considerazioni svolte nel corso del primo capitolo in proposito, e in particolare in merito alla centralità del *Consumer Welfare* nell'ambito della politica comunitaria di concorrenza, e alla spinta che tale elemento ha esercitato sull'adozione di un approccio più economico da parte di quest'ultima. Del ruolo che l'efficienza allocativa svolge nel sistema antitrust americano si è parimenti detto in quella sede.

¹⁸⁸ In tema appare utile rinviare a A. LALLI, *La selezione degli interessi rilevanti nel diritto della concorrenza*, in *Dir. amm.*, 2/2004, pp. 403-445.

distrettuali, potrebbe far emergere aspetti meritevoli di tutela e suscettibili di essere pregiudicati dall'emanazione di un *consent decree*.

In questa prospettiva vanno lette le affermazioni della Corte di Appello nel caso citato, secondo le quali «the court can and should inquire ... into the purpose, meaning, and efficacy of the decree. If the decree is ambiguous, or the district judge can foresee difficulties in implementation, we would expect the court to insist that these matters be attended to. And, certainly, if third parties contend that they would be positively injured by the decree, a district judge might well hesitate before assuming that the decree is appropriate».

Nondimeno, gli standard adottati nella prassi delle corti federali, ed in particolare il riferito “*mockery test*”¹⁸⁹, hanno finito per depotenziare l'incisività del controllo giurisdizionale sull'attività del governo, confermando che, ove intervenuto un accordo, sia dato rinvenire un contrasto più teorico che reale tra gli apprezzamenti compiuti rispettivamente dall'autorità garante della concorrenza e dal giudice in relazione all'interesse generale.

Appare opportuno concludere la riflessione sull'esperienza statunitense in materia di antitrust *settlements*, delineando un quadro di sintesi dei vantaggi rispettivi che *enforcer* e potenziali trasgressori della normativa antitrust traggono dalla negoziazione di *consent decrees*.

Da entrambi i lati viene valutata, sulla base di un'analisi di natura prospettica dei costi e dei benefici attesi, l'opportunità di conciliare le proprie rispettive posizioni, e quindi di procedere ad uno “scambio reciprocamente vantaggioso”.

¹⁸⁹ Si tratta della considerazione in base alla quale sarebbe consentito respingere una proposta di *consent decree*, solo qualora con la stessa si “derida” il potere giudiziario. Cfr. *supra* nota 180. In tema L. C. ANDERSON, *United States v Microsoft, Antitrust Consent Decrees, and the Need for a Proper Scope of judicial Review*, *cit.*, p. 3: «The “mockery” test for judicial review threatens to eliminate any effective role for the courts in reviewing antitrust consent decrees».

In sostanza, le parti perverranno ad un accordo solo se i costi legali di un processo condotto sino al suo esito fisiologico, si preannunciano più elevati di quelli che comporta la negoziazione.

Non marginale nella determinazione della scelta di negoziare, deve considerarsi il ruolo svolto dall'asimmetria informativa, ed in particolare dalla circostanza che il «convenuto conosca le sue disponibilità e possibilità legali, sconosciute invece al querelante»¹⁹⁰. Per il dipartimento della giustizia, infatti, l'apertura del dialogo con le parti sottoposte alle indagini rappresenta la possibilità di eliminare una serie di fattori di incertezza legati all'esito dell'istruttoria, che sono, evidentemente, nel dominio di queste ultime¹⁹¹. A ciò si aggiungano, come è stato evidenziato più volte nella trattazione che precede, i risparmi direttamente connessi all'itinerario consensuale, in termini di risorse finalizzate all'applicazione delle regole e alla conseguenziale garanzia dell'ottemperanza alle misure imposte dall'autorità antitrust.

Parallelamente, le valutazioni compiute dai presunti trasgressori della normativa antitrust, sono riconducibili ad un ragionamento di natura tipicamente economica, e quindi alla possibilità di evitare gli oneri connessi ad una difesa non agevole, che aumentano ove siano stati sollevati seri dubbi sulla portata anticoncorrenziale delle condotte, ovvero inviati una serie di segnali che rendano probabile un esito negativo della lite¹⁹². A ciò si aggiungano gli innegabili vantaggi che gli interessati derivano

¹⁹⁰ Sull'ipotesi dell'asimmetria informativa L. A. BEBCHUCK, *Litigation and Settlement under Imperfect Information*, in *Rand Journ. of Economics*, 15/1984, pp. 404-415, costruisce un modello descrittivo della propensione alla negoziazione pregiudiziale in alternativa al processo.

¹⁹¹ In questo ordine di idee sembra essersi mosso A. D. MELAMED, *Antitrust: The New Regulation*, in *Antitrust*, Fall., 1995, pp. 13-14, quando osserva: «Consent decrees resolve uncertainty about the defendants' legal duties...».

¹⁹² Cfr. ancora A. D. MELAMED, *loc. ult. cit.*, p. 13: «Presumably, defendants do not enter into consent decrees when it is clear that they have not violated the law, but it appears that defendants commonly enter into consent decrees where the alleged violation is uncertain and the costs of the consent decree remedy are likely to be less than the costs of even a successful defence in litigation». Sul punto cfr. M. FURSE, *The Decision to Commit: Some Pointers from the US*, *cit.*, p. 7.

Si rinvia alla lettura dei contributi che utilizzano la teoria dei giochi per studiare i comportamenti strategici dei litiganti, e costruire dei modelli teorici per indagare le determinanti della scelta tra i diversi

dall'impossibilità per i terzi danneggiati di utilizzare il contenuto dei *consent decrees* come evidenza diretta dell'illiceità della condotta tenuta dai primi, nell'ambito di azioni individuali di risarcimento danni¹⁹³.

In termini analoghi a quanto già osservato con riferimento ai *FTC orders*, la *settlement procedure* si fonda sul complesso connubio della spinta propulsiva delle parti¹⁹⁴, con la natura per così dire esorbitante dei poteri esercitati dall'*enforcer* nell'ambito delle trattative. Nei procedimenti che si svolgono dinanzi al dipartimento della giustizia, quest'ultimo aspetto emerge in maniera ancor più evidente che nel corrispondente precedentemente analizzato, e si trasforma anzi in una scoperta asimmetria, nella misura in cui al governo è concessa la facoltà di revocare la proposta di *consent decree* in qualsiasi fase della procedura, sino al momento dell'adozione della sentenza finale da parte del tribunale presso il quale pende la lite, laddove il convenuto non può ritrattare l'offerta di impegni¹⁹⁵.

All'interno della fattispecie complessa composta dall'accordo - raggiunto dalle parti sull'esito da dare al procedimento per violazione delle norme a tutela della concorrenza - e dal successivo provvedimento (di natura amministrativa o giurisdizionale), necessario per poter rendere vincolanti i termini del primo, si riflette in

metodi di risoluzione delle dispute, in particolare calcolando le probabilità alternative che queste ultime sfocino in una negoziazione pregiudiziale piuttosto che in un processo. Per tutti v. J. COFFEE, *Understanding the Plaintiff's Attorney*, in *Columbia Law Rev.*, vol. 86, n. 4/1986, pp. 669-727; R. D. COOTER e D.L. RUBINFELD, *Economic Analysis of Legal Disputes and Their Resolution*, in *Journ. of Econ. Literature*, vol. 27, 1989, pp. 1067/1097; B. NALEBUFF, *Credible Pretrial Negotiation*, in *Rand Journ. of Economics*, vol. 18, n. 2/1987, pp. 198/210; I. P. L. P'NG, *Strategic Behaviour in Suit, Settlement and Trial*, in *Bell Journ. of Econ.*, 14/1983, pp. 539/550.

¹⁹³ Cfr. infatti il Tunney Act, 15 U.S.C., s 16(a): «a final judgement or decree ... brought by or on behalf of the United States under the antitrust laws to the effect that a defendant has violated said laws shall be prima facie evidence against such defendant in any action ... provided that this section shall not apply to consent judgements or decrees entered before any testimony has been taken».

¹⁹⁴ Nelle *Linee Guida interne al Dipartimento della Giustizia*, del 1987, parte V, B si legge infatti: «it is the general practice of the DoJ that settlement negotiations are initiated by the defendants».

¹⁹⁵ Nell'osservazione svolta da E. J. BRANFMAN, *Antitrust Consent Decrees: A Review and Evaluation of the First Seven Years Under the Antitrust Procedures and Penalties Act*, cit., p. 345-346: «his right to withdraw has occasionally been used by the DoJ to induce defendants to agree to modify consent decrees», si anniderebbe il rischio che le posizioni dei soggetti sottoposti ad indagine vengano sacrificate in nome di obiettivi di natura regolatoria, non sempre limpidamente verificabili.

definitiva la disparità strutturale dei due “contraenti”, da una parte l’autorità pubblica, dall’altra l’impresa sottoposta alle indagini. Del tutto in linea con una logica asimmetrica si rivela l’attribuzione - che generalmente ricorre nei *consent decrees* - al dipartimento di giustizia del potere di controllare e monitorare l’adempimento degli impegni offerti dalle parti, che sancisce dunque, in maniera definitiva, uno squilibrio a favore del “contraente pubblico” nei rapporti sorti in virtù del provvedimento concordato.

2.2 La formalizzazione degli impegni. Tratti distintivi del nuovo tipo di decisioni

2.2.1 La necessità della contestazione dell’infrazione.

Alla luce del quadro di sintesi delineato, sarà ora possibile affrontare lo studio degli impegni nella politica comunitaria di concorrenza evidenziando i numerosi punti di contatto che questi presentano rispetto alla *settlement procedure* statunitense.

Il primo aspetto sul quale si intende richiamare l’attenzione riguarda l’effettivo ambito di applicazione della norma che regola l’adozione delle *commitment decisions* nell’attuale scenario normativo.

La formulazione letterale dell’art. 9 del Reg. n. 1/2003 citato appare inequivoca sul punto. La possibilità di adottare le decisioni in parola viene circoscritta alle ipotesi nelle quali «le imprese interessate propongano degli impegni tali da rispondere alle preoccupazioni espresse loro dalla Commissione nella sua valutazione preliminare». Parallelamente il considerando n. 13 del regolamento contestualizza l’adozione degli

impegni nell'ambito di «un procedimento che potrebbe portare a vietare un accordo o una pratica concordata».

Per quanto, dunque, la Commissione giunga alla conclusione - resa vincolante mediante decisione - che il proprio intervento «non è più giustificato»¹⁹⁶, la necessità di proporre delle modifiche alle condotte oggetto di istruttoria esclude che ci si trovi in presenza di casi non sensibili dall'angolo visuale dell'*enforcer*, che si ritenga quindi possano beneficiare, alla luce di un primo sommario esame, della concessione di un'attestazione negativa¹⁹⁷ o di un'esenzione individuale.

Questo elemento trascinerrebbe automaticamente al di fuori del campo della presente indagine le fattispecie trattate, nella cornice normativa precedente, mediante l'invio di "lettere di conforto".

In primo luogo è, come visto, la lettera delle disposizioni rilevanti, e cioè il riferimento alle preoccupazioni espresse dalla Commissione, a escludere che quest'ultima intraprenda la strada della negoziazione nei «casi che a prima vista non sollevino dubbi riguardo alle regole di concorrenza, e non richiedano perciò l'adozione di una decisione formale»¹⁹⁸.

Sono in ogni caso, considerazioni di ordine sistematico a trovare conferma e, ad un tempo, rafforzare l'argomento testuale appena esposto. Sembra cioè che le decisioni concernenti gli impegni rientrino a pieno titolo nel solco tracciato dall'impiego di *settlements* nell'applicazione delle regole a tutela della concorrenza. La logica sottesa all'istituto è dunque, quella del superamento di una situazione di iniziale, e dichiarata,

¹⁹⁶ Così testualmente il considerando n. 13 e l'art. 9 del Reg. 1/2003 cit.

¹⁹⁷ Cfr. l'art. 2 del precedente regolamento di procedura n. 17/1962 cit., recitava: «la Commissione può accertare, su domanda delle imprese e associazioni di imprese interessate, che, in base agli elementi a sua conoscenza, essa non ha motivo di intervenire a norma dell'art. 85, paragrafo 1 o dell'art. 86 del trattato, nei riguardi di un determinato accordo, decisione o pratica».

¹⁹⁸ E' in questi termini che l'XI Relazione sulla politica comunitaria di concorrenza, (1981), al par. 15 definisce i casi oggetto di procedimenti chiusi attraverso l'invio di *comfort letters*. In senso analogo C. S. KERSE, *EC Antitrust procedure*, London, 1998, p. 276: «the agreement may be considered not to fall within the prohibition of art. 85(1) [...] or might be thought to come within the terms of a block exemption [...] or to be eligible for an exemption under art. 85(3)».

opposizione delle ragioni dell'autorità pubblica e delle imprese parti del procedimento, grazie alla proposta da parte di queste ultime di misure correttive delle condotte oggetto di indagine. Questo il senso del *settlement*, e quindi della negoziazione che approda ad un risultato condiviso e fondato su reciproche concessioni delle parti.

A questo punto appare utile recuperare per un attimo un approccio familiare all'analisi economica del diritto, ed in particolare l'esigenza di calibrare la formulazione delle norme di diritto sostanziale e procedurale su un livello efficace, e per così dire "desiderabile", di *enforcement*, in maniera da perseguire la tendenziale deflazione del numero dei procedimenti il cui avvio o prosecuzione si riveli non giustificata¹⁹⁹. In questa prospettiva si colloca, come evidente, il baricentro della modernizzazione delle regole di procedura in materia antitrust, e cioè la rimozione del sistema di autorizzazione in deroga quale principale elemento distorsivo delle priorità applicative della Commissione, e ostacolo all'attuazione di un'attiva politica di lotta contro le pratiche restrittive più pericolose. L'istituzione di una nuova tipologia di decisioni concepite dal legislatore, come riconosce la stessa Commissione²⁰⁰, come sostituti di decisioni di constatazione ed eliminazione delle infrazioni²⁰¹, si muove nella

¹⁹⁹ Ci si riferisce in particolare a quell'area dell'analisi economica del diritto impegnata nello studio dei fattori incidenti sulla dinamica del flusso dei procedimenti giudiziari, ed in particolare degli effetti delle regole giuridiche, sostanziali e procedurali, sui comportamenti dei litiganti, assumendo come punto di partenza dell'analisi empirica l'esistenza di una relazione tra efficienza del sistema giudiziario ed efficienza del mercato. Per tutti v. R. A. POSNER, *An Economic Approach to Legal Procedure and judicial Administration*, in *Journ. of Legal Studies*, 1973, pp. 399-458; G. L. PRIEST, *Regulating the Content and Volume of Litigation: An Economic Analysis*, in *Supreme Court Econ. Rev.*, 1982, pp. 163-183; P. L. P'NG, *Strategic Behaviour in Suit, Settlement and Trial*, cit., pp. 539-550; A. POLINSKY, D.L. RUBINFELD, *The Deterrent Effects of Settlements and Trials*, in *Intern. Rev. of Law and Econ.*, 8/1988, pp. 109-124.

²⁰⁰ Nella Press release del 17/9/2004, MEMO/04/217, cit., infatti la Commissione afferma: «while the addressee of a commitment decision does not receive a prohibition decision, with the consequent negative publicity, for a violation of the antitrust rules, neither does it get the Commission's blessing, the *commitment decision being a substitute for a prohibition decision* and not for an exemption decision».

²⁰¹ L'astratta fungibilità di commitment decisions e decisioni di constatazione delle infrazioni è in ogni caso deducibile dall'incipit dell'art. 9. In proposito v. W. WILS, *Settlements of EU Antitrust Investigations: Commitment Decisions under Article 9 of Regulation No 1/2003*, in *World Competition*, 3/2006, p. 351: «As is apparent from the first part of the text of Article 9, commitment decisions are conceived as substitutes for infringement decisions under Article 7 of Reg. n. 1/2003».

medesima direzione, ed anzi rappresenta un'ulteriore evoluzione della logica appena descritta.

Il primo passo compiuto al fine di perseguire un livello ottimale di *enforcement*, è stato quello di eliminare i procedimenti da avviarsi sulla base di notifiche di parte - tese ad ottenere una decisione individuale di attestazione negativa o di esenzione²⁰² - e circoscrivere l'attività di controllo e di vigilanza della Commissione ai casi che sfociano in potenziali decisioni di divieto; con l'unica eccezione rappresentata dalle constatazioni di inapplicabilità, che peraltro sono adottabili solo d'ufficio e non rischiano, in quanto tali, di sovraccaricare l'agenda della Commissione.

Il passaggio successivo è rappresentato dalla scelta di dotare la Commissione di uno strumento mediante il quale deflazionare ulteriormente il flusso dei procedimenti pendenti, qualora la proposta di misure correttive da parte delle imprese interessate renda superfluo l'ulteriore dispendio di risorse amministrative.

Questa la ragione per cui sarebbe del tutto insensato ritenere che la Commissione elegga l'itinerario della negoziazione in relazione a casi che non presentano particolare complessità da un punto di vista concorrenziale, poiché è ragionevole attendersi che la stessa eviti, sin dall'origine, di impegnare le proprie risorse per fattispecie di questo genere²⁰³.

Un'interpretazione delle norme relative alla nuova tipologia di decisioni, che prescindendo dalle considerazioni sistematiche qui richiamate, rischierebbe di incoraggiare

²⁰² Si osserva infatti che «the Commission was in principle under an obligation to act upon such notifications». W. WILS, *The Optimal Enforcement of EC Antitrust Law*, London, 2002, pp. 11-113. Cfr. altresì TPI, 22/10/1997, cause riunite T-213/95 e T-18/96, *SCK e FNK/Commissione*, in Racc., (1997), p. II-1746.

²⁰³ Questa lettura viene confermata anche nelle esperienze di impiego dello strumento in sede nazionale. Si veda al riguardo C. PRIETO, D. SPECTOR, A. WACHSMANN, *Engagements: le Conseil de la concurrence accepte les engagements des Haras Nationaux destinés à remédier à d'éventuels abus*, in *Rev. des dr. de la concurr.*, n. 3/2005, pp. 78-79: «alors même que le président du Conseil de la concurrence avait déclaré que la procédure d'engagements s'appliquerait à des affaires simples et peu anciennes les faits sont, en l'espèce, relativement graves et ... les abus commis ne sont pas négligeables et ont nécessité des engagements nombreux».

un impiego non efficiente, e in particolare, superiore al livello di uso degli impegni ritenuto ottimale²⁰⁴. Si paventa cioè il rischio che le imprese tendano a ritenere che la disposizione di cui all'art. 9 supplisca all'attuale assenza di un sistema di notifiche, e attribuisca loro un diritto ad ottenere una decisione concernente gli impegni in casi analoghi a quelli che nel previgente regime avrebbero giustificato l'adozione di attestazioni negative o di esenzioni individuali²⁰⁵.

Non è escluso che contribuisca a generare un clima di generale incertezza applicativa, anche l'istituzione di un immediato parallelismo tra i procedimenti attualmente conclusi mediante l'adozione di *commitment decisions*, e quelli in passato avviati dalla Commissione, in vista della finale constatazione di un'infrazione, dell'ordine di porre termine alla violazione o della comminazione di un'ammenda, ma successivamente approdati alla concessione di un'esenzione individuale condizionata. Nelle ipotesi in cui le imprese sottoposte alle indagini avessero, nel corso del procedimento, proposto delle misure correttive, condivise dalla Commissione, a quest'ultima il Regolamento n. 17/1962 attribuiva espressamente la possibilità di sottoporre ad oneri e condizioni il rilascio dell'autorizzazione in deroga ai sensi dell'art.

²⁰⁴ Ci si riferisce al livello ottimale di impiego di una categoria di decisioni quale livello scaturente da una combinazione di risorse non migliorabile. Semplificando oltre il lecito sul punto, può infatti affermarsi che, il criterio dell'efficienza tende ad individuare le condizioni in presenza delle quali l'allocatione dei beni disponibili tra gli individui (in questo caso, i servizi resi dall'*antitrust enforcement* e quindi i benefici scaturenti dalla lotta alle condotte restrittive della concorrenza) e l'utilizzo delle risorse per la produzione dei beni (nel caso di specie le risorse amministrative di cui dispongono le autorità garanti della concorrenza) siano ottimali – in base al modello Paretiano, tali che, una volta raggiunti, non sia più possibile aumentare il benessere di un individuo senza ridurre quello di un altro. A beneficio della completezza dell'indagine, si ricorda che quello di efficienza paretiana è uno dei concetti più diffusamente impiegati in economia, che l'A. ha teorizzato per la prima volta nel suo *Manuale di Economia Politica*, Piccola Biblioteca Scientifica, 1906, in particolare pp. 14-17, dimostrando l'equivalenza tra uno stato di equilibrio ed uno stato di ottimalità – e circoscrivendo la validità di tale ragionamento all'agire dell'*homo oeconomicus* - per il quale è possibile definire l'efficienza come il punto di equilibrio in cui ogni spostamento potrebbe nuocere ad almeno uno dei soggetti coinvolti, pur consentendo un miglioramento per qualcun altro.

Per tutti in tema v. A. P. KIRMAN, *Pareto as an economist*, in *The New Palgrave Dictionary of Economics*, London, 1987; U. PAGANO e R. ROWTHORN, *Selezione di mercato e Democrazia economica*, in B. JOSSA, e U. PAGANO (a cura di) *Economie di mercato ed efficienza dei diritti di proprietà*, Torino, 1997; M. L. KATZ, H. S. ROSEN, *Microeconomia*, Milano, 2003, p. 400.

²⁰⁵ Su questo punto cfr. W. WILS, *Settlements of EU Antitrust Investigations: Commitment Decisions under Article 9 of Regulation No 1/2003*, cit., pp. 345-366.

81, paragrafo 3²⁰⁶ - rendendo in tal modo vincolanti le modifiche precedentemente offerte dalle parti - e di infliggere ammende in caso di inottemperanza gli oneri formalizzati nella decisione di esenzione²⁰⁷.

A questo proposito è emblematica la vicenda che fa da sfondo al primo caso di impiego del nuovo tipo di decisioni, in relazione ad un procedimento avente ad oggetto la commercializzazione centralizzata dei diritti di sfruttamento mediatico delle partite di campionato di calcio tedesco della prima e della seconda divisione maschile²⁰⁸. Nel corso del procedimento, che aveva preso avvio da una richiesta di attestazione negativa o, in subordine, di esenzione ai sensi dell'art. 81.3, la Commissione esprimeva la convinzione che i contratti, nella forma inizialmente notificata, non fossero compatibili con il divieto di cui all'art. 81.1 del trattato²⁰⁹. In seguito alla presentazione di un piano di modifiche dell'originaria disciplina notificata, in base al quale le imprese interessate si erano sostanzialmente impegnate a commercializzare in modo centralizzato solo una parte dei diritti di diffusione, secondo disposizioni precise e trasparenti, e a consentire in tal modo ai club di commercializzare individualmente determinati diritti, la Commissione concludeva che la disciplina modificata generava vantaggi per i consumatori superiori ai problemi concorrenziali²¹⁰. Il fatto che la vicenda di cui ci si occupa si sia conclusa con l'adozione di una decisione ex art. 9, non avvalorava affatto la

²⁰⁶ Cfr. art. 8, par. 1, del Reg. n. 17/1962 cit.

²⁰⁷ L'art. 15, par. 2 del reg. n. 17/1962 cit. recitava infatti: «La Commissione può mediante decisione, infliggere alle imprese ed alle associazioni di imprese ammende ... quando intenzionalmente o per negligenza ... non osservino un onere imposto in virtù dell'articolo 8, paragrafo 1».

²⁰⁸ Cfr. il caso *Bundesliga* COMP/37.214, decisione finale adottata ai sensi dell'art. 9, il 19/1/2005.

In senso analogo il caso *Repsol*, COMP/38.348, decisione finale del 12/4/2006, aveva ad oggetto un accordo notificato nel 2001 al fine di ottenere un'attestazione negativa, o in subordine, un'esenzione; il procedimento relativo al caso *De Beers/Alrosa*, COMP/38.381, decisione del 22/2/2006, aveva preso avvio dalla notificazione dell'accordo nel corso del 2002; anche i due più recenti casi, non ancora decisi, *Austrian Airlines/SAS* COMP/37.749 e COMP/39.152 e 151 c.d. *Santiago Agreement* riguardano accordi in origine notificati alla Commissione allo scopo di beneficiare di un'esenzione individuale.

²⁰⁹ La vendita congiunta dei diritti radiotelevisivi e di altre forme tecniche di sfruttamento, secondo la Commissione, limitava la concorrenza sui mercati a monte per l'acquisto di diritti televisivi, e dei corrispondenti diritti di diffusione via telefonia mobile o via internet, nonché la concorrenza sui mercati televisivi a valle.

²¹⁰ Cfr. la Comunicazione adottata dalla Commissione a norma dell'art. 19, par. 3 del Reg. n. 17/1962, in GUCE C 261/13 del 30/10/2003.

tesi della sostanziale equivalenza, o per così dire fungibilità, dei casi qualificabili per la concessione di attestazioni negative o esenzioni da un lato, e quelli che rendano necessaria la presentazione di misure correttive. All'opposto i fatti qui richiamati confermano la problematicità dei comportamenti oggetto di indagine, e la circostanza che contro gli stessi, nonostante resi noti con un atto di parte (la notifica), fosse stata indirizzata un'espressa contestazione da parte della Commissione.

Un ulteriore elemento appare del resto confortare questa lettura. Posto che, come già sottolineato, con l'entrata in vigore del Reg. 1/2003 la Commissione avvia esclusivamente procedimenti che potrebbero portare a vietare accordi o pratiche concordate,²¹¹ in coerenza con tale assunto, l'art. 34 dello stesso regolamento dispone che «le domande presentate ai sensi dell'art. 2» e «le notificazioni introdotte ai sensi degli artt. 4 e 5 dello stesso regolamento ... perdono efficacia» dal 1° maggio 2004, e che «gli atti procedurali effettuati in applicazione» del precedente regolamento di procedura «continuino ad avere efficacia *solo*²¹² ai fini dell'applicazione del presente regolamento». Nel caso relativo alla Bundesliga tedesca la Commissione, nell'esercizio di poteri tipicamente discrezionali, ha deciso, di propria iniziativa, di agire in applicazione dell'art. 9, piuttosto che semplicemente desistere dal portare avanti il procedimento²¹³, evidentemente ritenendo giustificata l'adozione di una decisione formale, e necessario vincolare le imprese alle modifiche proposte.

La considerazione relativa alla circostanza che il ricorso alle decisioni concernenti gli impegni è circoscritto ai casi che implicano un'infrazione (presunta) sufficientemente grave, non viene contraddetta dalla previsione secondo la quale «le

²¹¹ Così si esprime il considerando n. 13 cit. del Reg. 1/2003. Lo scenario post-modernizzazione innova rispetto al trattamento delle intese, posto che con riguardo agli abusi di posizione dominante il sistema attuale non differisce significativamente da quello precedente, nel quale la Commissione iniziava le indagini solo nel caso in cui presumesse un'infrazione ai sensi dell'art. 82.

²¹² Corsivo aggiunto.

²¹³ Come di fatto le avrebbe consentito l'art. 34, paragrafo 1 del Reg. 1/2003.

decisioni concernenti gli impegni non sono opportune nei casi in cui la Commissione intende comminare un'ammenda»²¹⁴. Il senso di tale ultima puntualizzazione è quello di limitare, in linea di principio, l'impiego del nuovo tipo di decisioni in relazione ai c.d. *hard core cartels*²¹⁵, definizione usualmente adottata in materia antitrust per indicare intese orizzontali che determinano restrizioni della concorrenza particolarmente perniciose, quali la fissazione del prezzo, la limitazione dell'output o la ripartizione dei mercati.

A tal proposito occorre tuttavia tener presente che la formulazione della disposizione in parola lascia impregiudicato il potere della Commissione di individuare le circostanze nelle quali sia più opportuno imporre un'ammenda, principalmente atteso che quella tra *hard-core* e *non hard-core infringements* è una distinzione puramente indicativa. Esempio con riguardo al carattere relativo dei confini tra le due categorie, è la vicenda che nel corso del 2001 ha visto la Commissione comporre il caso oggetto di un procedimento, avviato l'anno precedente nei confronti di numerose banche in sette Stati membri, concernente un cartello relativo alla fissazione delle spese addebitate per le operazioni di cambio, onde ridurre al minimo le perdite causate dall'introduzione dell'euro. La Commissione, ritenendo adeguate le proposte unilaterali successivamente presentate dalle imprese, e tenendo conto della circostanza eccezionale della scomparsa del mercato in questione - quello relativo al cambio delle banconote in valuta interna - ha in quell'occasione deciso di archiviare il procedimento²¹⁶.

²¹⁴ Cfr. considerando n. 13 del Reg. 1/2003 cit.

²¹⁵ Come la stessa Commissione dichiara nel comunicato stampa del 17/9/2004, MEMO/04/217, cit.: «The Commission ... can consider such a decision if and when the case is not one where a fine would be appropriate (this therefore excludes commitment decisions in hardcore cartel cases)».

²¹⁶ Cfr. casi nn. COMP/37.787, 788, 789, 790, 791 e 919, in XXXI Relazione sulla Politica di concorrenza, 2001, p. 222.

La previsione secondo la quale la Commissione non accetta *commitments* in casi per i quali la stessa sarebbe incline a comminare ammende - imposta da ragioni di ordine sistematico, e cioè l'impossibilità di sanzionare il comportamento delle imprese in assenza di una constatazione di infrazione - sembra piuttosto doversi interpretare come radicale esclusione della eventualità che possano essere congiuntamente negoziate misure correttive di carattere comportamentale e compensazioni di natura pecuniaria, strada, invece, largamente percorsa nell'*antitrust policy* americana²¹⁷.

2.2.2 I motivi che inducono le parti ad offrire gli impegni.

Come più volte sottolineato nel corso della trattazione, gli impegni sono offerti su proposta delle imprese interessate²¹⁸. Il legislatore non fa che acquisire come punto di partenza nella formulazione della norma - nella parte in cui affida all'iniziativa delle imprese l'avvio delle negoziazioni - un dato empiricamente osservabile, e cioè la naturale inclinazione, definita da taluno un "sistematico pregiudizio"²¹⁹, delle parti coinvolte nelle indagini a prediligere decisioni che rendono vincolanti misure correttive che esse stesse hanno proposto, piuttosto che decisioni che constatano una violazione delle regole di concorrenza.

I motivi che inducono le imprese interessate a modificare spontaneamente la propria condotta nel corso del procedimento - ove si provi a sistematizzarli - appaiono

²¹⁷ Ci si riferisce alla possibilità, richiamata in precedenza, per la Federal Trade Commission di concordare con le parti la determinazione di rimedi pecuniari di natura equitativa. V. D. P. DUCORE, *Settlement of Competition Conduct Violations at the United States Antitrust Agencies and at the European Commission – Some Observations*, cit., p. 235: «And even though civil monetary relief (discussed below) is a rarely sought remedy at the federal level, the remedy could be accepted in a settlement that included injunctive relief – as distinct from the EC's stated practice».

²¹⁸ Cfr. il considerando n. 13 cit. : «qualora ... le imprese propongano...», nonché lo stesso art. 9 del Reg. n. 1/2003 cit.

²¹⁹ W. WILS, *Settlements of EU Antitrust Investigations: Commitment Decisions under Article 9 of Regulation No 1/2003*, cit., p. 354: «the undertakings concerned will thus have a *systematic bias* in favour of commitment decisions rather than infringement decisions».

legati ad un duplice ordine di vantaggi, rappresentati per un verso da un alleggerimento degli oneri procedurali a carico delle parti, per un altro, dall'esito del procedimento, e quindi dai tratti distintivi del provvedimento finale.

Con riguardo a questi ultimi, è evidente che la propensione delle parti ad offrire *commitments* sia direttamente condizionata dall'aspettativa di evitare l'adozione di provvedimenti che incidano negativamente sul credito di cui le stesse godono nell'ambiente economico, atteso che le dinamiche di mercato sono crucialmente influenzate dalla reputazione dei soggetti agenti.

Ruolo ancor più decisivo viene giocato dalla possibilità – che costituisce, come visto, il principale fattore di successo della *settlement practice* negli Stati Uniti – di sottrarsi ad un accertamento del quale i terzi danneggiati potrebbero avvalersi come diretta evidenza nell'ambito di azioni civili di natura risarcitoria²²⁰.

Donde la previsione contenuta al tredicesimo considerando del Reg. 1/2003, secondo la quale «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».

Naturalmente, come emerso con riguardo ai *consent orders* e *decrees* americani, l'apertura di un'istruttoria e la conseguente formulazione di rilievi a carico delle parti - posto che in assenza di “preoccupazioni”²²¹ espresse dall'autorità sarebbe escluso in radice il ricorso allo strumento di cui ci si occupa - costituiscono di per sé un indizio della potenziale incompatibilità dei comportamenti indagati con la disciplina a tutela della concorrenza, e sono idonei in quanto tali ad influenzare la valutazione del giudice. Con i dovuti distinguo che si impongono nell'accostamento di esperienze caratterizzate

²²⁰ Giova a questo proposito ricordare che le azioni di risarcimento danni rappresentano solo una delle facce dell'*antitrust private enforcement*.

²²¹ Secondo l'art. 9 del Reg. 1/2003, nonché il XIII considerando cit., gli impegni proposti dalle imprese devono essere «tali da rispondere alle preoccupazioni espresse loro dalla Commissione».

da un livello di penetrazione del *private enforcement* del tutto diverso, può affermarsi che l'instaurazione di un procedimento di infrazione ai sensi degli articoli 81 e 82, invii un segnale ai soggetti che si pretendono lesi dalla condotta oggetto di controllo, e che questi ultimi siano in certa misura avvantaggiati dalla circostanza di poter avere più agevolmente accesso agli elementi di fatto emersi e dei documenti prodotti nel corso dell'istruttoria²²².

Nell'eventualità che i terzi agiscano per la compensazione delle lesioni di carattere patrimoniale provocate da una condotta, in relazione alla quale è intervenuta una decisione con impegni, troveranno applicazione i principi generali in materia chiariti dalla giurisprudenza comunitaria: in particolare la necessità per i primi di dimostrare: l'illiceità del comportamento controverso; la sussistenza di un nesso di causalità tra la condotta e il danno subito; ed infine l'entità della lesione sofferta²²³. In

²²² Analoghi rilievi sono stati svolti con riferimento alle *follow-on damage suits* negli Stati Uniti. Per tutti v. J. R. ATWOOD, *Observations on negotiating Government Antitrust Settlements in the United States*, cit., p. 195; T. KAUPER, E. SNYDER, *Private Antitrust Cases That Follow on Government Cases*, in J. L. WHITE (a cura di) *Private Antitrust Litigation: New Evidence, New Learning*, Cambridge, 1988, pp. 330-331. A titolo esemplificativo esiste la possibilità che l'attore richieda che il convenuto produca in giudizio tutti i documenti precedentemente trasmessi all'autorità pubblica nel corso della procedura di controllo.

Le considerazioni svolte spiegano la ragione per cui l'attrattiva esercitata dalle decisioni con impegni dipenda, in certa misura, dalle modalità con le quali esse sono redatte. In particolare, un maggior grado di definizione delle conclusioni alle quali perviene la Commissione faciliterebbe il compito dei terzi danneggiati, alleggerendo di fatto gli oneri probatori ai quali gli stessi sono sottoposti. Al riguardo, qualche commentatore (v. per tutti J. TEMPLE LANG, *Commitment Decisions and Settlements with Antitrust Authorities under European Antitrust Law*, in B. E. Hawk, *International Antitrust Law & Policy*, cit., p. 272) ha sottolineato che costituirebbe un incentivo all'offerta di *commitments* la possibilità per le parti di evitare anche la mera conclusione formale sulla definizione del mercato rilevante. Ad oggi, in almeno tre dei sette casi di impiego dello strumento in parola, la definizione del mercato rilevante è stata inserita nella decisione finale: si veda la decisione del 22/6/2005, nel caso *Coca-Cola* COMP/39.116; la decisione del 22/3/2006, relativa al caso *FA Premier League*, COMP/38.173; nonché la decisione del 12/4/2006, *Repsol*, COMP/38.348; in altri casi in cui la decisione finale non è stata resa pubblica se non in forma sintetica, la stessa fa riferimento alla definizione di mercato rilevante contenuta nella valutazione preliminare: v. decisione del 22/2/2006, *Alrosa/De Beers*, COMP/38.381.

Sembra tuttavia opportuno non attribuire rilievo decisivo a tale elemento, posto che, anche nelle ipotesi in cui una decisione con impegni non includa la definizione del mercato rilevante, ove la valutazione preliminare ai sensi dell'art. 9 coincida con la comunicazione degli addebiti, le valutazioni di fatto e di diritto nella stessa contenute rappresenterebbero in ogni caso un punto di riferimento per le parti che vogliano provare la responsabilità dell'impresa. In merito al rilievo che la comunicazione degli addebiti spiega nell'ambito di un procedimento di infrazione, e sulla circostanza che la stessa cristallizzi le coordinate identificative del provvedimento finale, si rinvia alle considerazioni svolte in precedenza e alla giurisprudenza *ivi* citata.

²²³ Cfr. per tutte CGCE, 20/9/2001, causa C-453/99, *Crehan/Courage*, in *Racc.* (2001) p. I-6297.

questo senso, la “dannosità” di una decisione con impegni per i suoi destinatari è comunque più localizzata di quella che caratterizzerebbe una decisione di divieto, posto che quest’ultima lascia agli attori esclusivamente il compito di provare il rapporto di causalità e l’ammontare del danno²²⁴.

Venendo ai vantaggi apprezzabili in corso di procedura, è evidente che l’interruzione del procedimento in una fase anticipata rispetto alla sua fisiologica conclusione consenta ai diretti interessati di realizzare un rilevante risparmio di spesa. L’incentivo all’attuazione della scelta più economica, va letto in uno con la volontà di eliminare il carattere di incertezza che pesa sulla l’esito della valutazione circa la condotta investigata.

In generale può affermarsi che l’*enforcement* delle regole poste a tutela della concorrenza, e quindi i procedimenti avviati per presunte violazioni della normativa antitrust, risolvano un problema di *informazione asimmetrica*²²⁵, che riguarda in maniera distinta amministrazione e amministrati. Se, per un verso, come visto, il procedimento di controllo antitrust è finalizzato - in aderenza ad una logica tendenzialmente accusatoria - all’acquisizione da parte dell’autorità pubblica di elementi di prova sufficienti per sostenere la sussistenza di un’infrazione, e quindi a colmare l’asimmetria informativa che esiste *a favore* dei soggetti direttamente coinvolti²²⁶, per altro verso, esso è diretto, in senso diametralmente opposto, a ridurre il

²²⁴ Sul punto J. TEMPLE LANG, *Commitment Decisions Under Regulation 1/2003 – Legal Aspects of a New Kind of Competition Decisions*, in *Eur. Comp. Law Rev.*, 8/2003, p. 350.

²²⁵ A suo modo ciascun centro di interesse – rispettivamente Commissione e imprese interessate – possiede informazioni che di cui l’altra non è a conoscenza. Operando una semplificazione estrema sul punto, ci si limita a ricordare che gli studi sulla contrattazione e il teorema di Coase hanno messo in luce come, nelle ipotesi in cui le preferenze e le opportunità di ogni soggetto coinvolto sono note a tutti, ci si può aspettare che le trattative portino a un risultato efficiente, in caso contrario la contrattazione può essere lunga, costosa e concludersi con insuccesso. In sostanza ciò equivarrebbe all’acquisizione che l’asimmetria informativa è spesso causa di inefficienze. Cfr. in tema tra gli altri M. L. KATZ, H. S. ROSEN, *Microeconomia*, Milano, 2003, pp. 579 e ss., e p. 636. V. altresì J. M. PERLOFF, D.L. RUBINFELD, *Settlement in Private Antitrust Litigation*, in L. WHITE (a cura di) *Private Antitrust Litigation*, Cambridge, 1988, pp. 149-184.

²²⁶ Cfr. *supra* nota 189.

margine di incertezza che grava sulle parti del procedimento, ma più in generale sulla collettività, riguardo alla liceità o meno di determinati comportamenti²²⁷. Questo darebbe conto dell'osservazione a mente della quale «presumably, defendants do not enter into consent decrees²²⁸ when it is clear that they have not violated the law, but it appears that defendants commonly enter into consent decrees where the alleged violation is *uncertain*»²²⁹.

Soprattutto ove il procedimento concerne presunte violazioni dell'art. 82 del trattato, in relazione alle quali si avverte l'assenza di strumenti che integrino il quadro giuridico – costituito dalla giurisprudenza e dalla prassi decisionale²³⁰ – che consente

²²⁷ La lettura proposta si concilia del resto con la considerazione secondo la quale una delle funzioni fondamentali assolta dall'*antitrust enforcement* sarebbe quella di chiarire il contenuto dei divieti di cui agli articoli 81 e 82 del trattato, secondo una linea evolutiva della prassi decisionale dettata dallo sviluppo della teoria economica e dalle fluttuazioni delle preferenze politiche e sociali in relazione ai rispettivi margini di manovra dei poteri pubblici e provati. In tema v. W. WILS, *Optimal Antitrust Fines: Theory and Practice*, cit., p. 189. Cfr. altresì G. AMATO, *Antitrust and the Bounds of Power: The dilemma of liberal democracy in the history of the market*, Oxford, 1997.

²²⁸ In senso analogo può affermarsi che le stesse non offrirebbero impegni.

²²⁹ Cfr. A. D. MELAMED, *Antitrust: The New Regulation*, cit., p. 13.

In ciò si registrano, ancora una volta, elementi di prossimità con le questioni che emergono nello studio dei negozi di natura transattiva, i quali, per poter essere validamente conclusi, devono avere ad oggetto una *res dubia*, e cadere cioè su un rapporto giuridico avente, almeno nell'opinione delle parti, carattere di incertezza.

²³⁰ Come sottolinea la *Comunicazione della Commissione sull'orientamento informale per questioni nuove relative agli articoli 81 e 82 del trattato, sollevate da casi individuali (lettere di orientamento)*, in GUCE C 101 del 24/4/2004, par. 3, i regolamenti di esenzione per categoria, le comunicazioni e le linee guida della Commissione, come recentemente rivisti dalla Commissione, assolvono la finalità di facilitare ulteriormente, rispetto a quanto consentono la giurisprudenza e la prassi decisionale, l'autovalutazione da parte degli operatori economici delle proprie azioni, e sono concepiti, pertanto, come fattori di incremento di certezza giuridica. Appare comune l'idea che l'incertezza registrata nell'applicazione dell'art. 82 del trattato scaturisca, in certa misura, dall'assenza di strumenti di orientamento di carattere generale, differentemente da quanto si è verificato per gli accordi e le concentrazioni orizzontali. Nello specifico, la nozione di "speciale responsabilità" che grava sull'impresa in posizione dominante avrebbe una valenza meramente descrittiva dell'esistenza di una norma che, lungi dal vietare la dominanza in sé, si esaurisce in una previsione *ad hoc* per i comportamenti tenuti dall'operatore in posizione dominante. La nozione in parola non è pertanto di per sé invocabile al fine di discriminare le condotte lecite da quelle illecite. A ciò si aggiunga che l'art. 82, tradizionalmente classificata come *open ended provision*, non contiene una lista esaustiva delle condotte che rientrano nel suo ambito di applicazione ed è stata, pertanto, applicata ad una serie di comportamenti non specificamente menzionati nello stesso. Nell'instabilità del contesto giuridico ed economico che fa da sfondo all'*enforcement* dell'art. 82 viene avvertito il rischio di un'ingiustificata riduzione degli incentivi alla competitività e all'investimento, e dunque la fonte di scelte penalizzanti per i consumatori. Queste le ragioni per le quali la politica di revisione dell'applicazione dell'art. 82, avviata dalla Commissione con la pubblicazione del *Discussion Paper* - reperibile sul sito della DG Competition in <http://www.europa.eu/comm/competition> - viene salutata con favore, quale tentativo di rispondere all'esigenza di chiarire il contenuto del divieto di cui alla disposizione in commento. Al riguardo cfr. i commenti ricevuti nella procedura di consultazione in <http://www.europa.eu/comm/competition>. In merito alla nozione della speciale responsabilità v. per tutte

alle imprese di autovalutare la propria condotta, è ragionevole attendersi che la proposta di misure correttive, che incontrino il consenso della Commissione, equivalga per gli interessati alla possibilità di ottenere un orientamento, che senza spingersi sino ad una dichiarazione di legittimità dei comportamenti in questione, rassicuri i primi della convenienza di questi ultimi.

Queste considerazioni non escludono che, anche rispetto ad accordi o a specifici elementi degli stessi, le imprese interessate aspirino ad ottenere per così dire delle assicurazioni da parte dell'autorità pubblica sulle condotte da tenere, e sul fatto cioè che, almeno per un periodo di tempo determinato²³¹, queste ultime non incontreranno la censura della Commissione²³². Come in precedenza avvertito, tuttavia, tale aspettativa non è corredata dal riconoscimento di un diritto ad ottenere una decisione che formalizzi gli impegni proposti, e che supplisca così, in certa misura, all'assenza nel nuovo scenario normativo della possibilità di richiedere un'attestazione negativa o un'esenzione individuale²³³.

CGCE, 9/11/1983, causa 322/81, *Michelin I*, in Racc. p. 3461, punto 57; cfr. da ultimo le conclusioni dell'Avv. Gen. Kokott, del 23/2/2006, nella causa C-95/04, *British Airways/Commissione*, punto 23. Sul criticismo sollevato da più parti nei confronti della policy adottata dalla Commissione nell'applicazione dell'art. 82 del trattato, ed in particolare in relazione al fatto che la speciale responsabilità degli operatori dominanti si tradurrebbe in un «*handicap upon those firms, effectively penalising them because of their success*», v. R. WHISH, *Competition Law, cit.*, p. 174; in altre parole: «the Commission ... prohibits business practices of dominant firms that would be perfectly acceptable if the firm were not dominant and yet which are considered to be abusive if they are dominant». In merito alla considerazione che una simile politica non si limiti a tutelare effettive strutture competitive, ma finisca per proteggere i concorrenti, e al differente approccio delle agenzie americane ai sensi dello *Sherman Act* rispetto a quello adottato dalla Commissione v. per tutti E. FOX, *Abuse of dominance and monopolization: how to protect competition without protecting competitors*, in C.D. EHLERMANN, I. ATANASIU (a cura di) *European Competition Law Annual 2003: What is an Abuse of a Dominant Position?*, Oxford, Portland, Oregon, 2006, pp. 69-77.

²³¹ Ci si riferisce alla circostanza, fatta espressamente salva dalla formulazione dell'art. 9 del Reg. 1/2003, che le decisioni concernenti gli impegni vengano adottate «per un periodo di tempo determinato».

²³² Al riguardo J. TEMPLE LANG, *Commitment Decisions and Settlements with Antitrust Authorities under European Antitrust Law, cit.*, p. 272, richiama le ipotesi in cui le parti che abbiano concluso un accordo relativo ad uno scambio di informazioni, intendano conoscere quali informazioni possono legittimamente scambiare.

²³³ Nel regime previgente la Commissione doveva infatti ritenersi sottoposta all'obbligo di agire su domanda delle parti di attestato negativo ai sensi dell'art. 2 del reg. n. 17/1962 o su notifica onde ottenere un'esenzione in virtù dell'art. 4 dello stesso Reg. Per tutte cfr. TPI, 22/10/1997, cause T-213/95 e T-18/96, *SCK e FNK/Commissione cit.*, punti 53 e ss.

Infine è evidente che le parti interessate siano maggiormente inclini a proporre misure correttive che sono disposte a mettere in atto, piuttosto che essere esposte all'eventualità, espressamente prevista all'art. 7 del Reg. 1/2003²³⁴, di essere destinatarie di provvedimenti di natura ingiuntiva, nei quali l'individuazione dei rimedi opportuni è frutto di una scelta unilateralistica dell'autorità pubblica.

2.2.3 I vantaggi sottesi all'adozione di impegni.

Analogamente a quanto osservato con riferimento all'*informal settlement practice* della Commissione, l'adozione degli impegni ai sensi dell'art. 9 del Reg. 1/2003, consente all'autorità pubblica di ottenere risultati apprezzabili con il «minimo intervento amministrativo»²³⁵.

Come visto, l'impatto della modernizzazione va colto anche in un rinnovato approccio ai problemi di efficienza posti dall'*enforcement*, consistente nella scelta di preservare risorse amministrative ogni qual volta i risultati in concreto garantiti da una decisione di accertamento delle infrazioni possano essere, in linea di massima, conseguiti attraverso un percorso più spedito, immediato e meno controverso. Più esattamente la Commissione si troverebbe di fronte non ad una scelta tra opzioni equivalenti, bensì ad una comparazione tra alternative, in corrispondenza di ciascuna delle quali si schiudono differenti spettri di vantaggi.

²³⁴ L'art. 7 cit. recita infatti: «.. la Commissione ... 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 l'infrazione stessa».

²³⁵ Al proposito cfr. V Relazione sulla Politica della Concorrenza, p. 9: «although [the settlement] procedure is less well known and has less legal value than a formal decision, its importance should not be underestimated, as it enables some cases to be settled *with a minimum of administrative intervention*».

In determinate circostanze la Commissione “negozierebbe” la portata chiarificatrice di una decisione di constatazione di un’infrazione; la capacità dissuasiva che si accompagna all’irrogazione di sanzioni; nonché il valore educativo spiegato da un provvedimento di condanna - al di là della funzione retributiva assolta dall’ammenda pecuniaria - nel rafforzare l’osservanza della normativa antitrust in coloro che vi si attengono²³⁶, in cambio di una maggiore celerità del procedimento, che consenta comunque di porre fine ad una “presunta” infrazione.

L’effetto utile di una decisione che giunge «alla conclusione dell’eventuale sussistere o perdurare di un’infrazione»²³⁷, già relativizzato a causa della durata e del carattere dispendioso della procedura, rischia di essere ulteriormente depotenziato in ragione della facoltà, riconosciuta ai destinatari del provvedimento, di ricorrere al Tribunale di Primo grado ed eventualmente alla Corte di Giustizia, in sede di appello, per l’annullamento dello stesso. Paradigmatico al riguardo il caso *Irish Ice Cream* che ha visto la Commissione adottare nel 1998, all’esito di un’istruttoria durata cinque anni, una decisione con la quale considerava gli accordi di distribuzione - relativi a frigocongelatori da installarsi nei punti vendita - conclusi da una società irlandese appartenente al gruppo Unilever, incompatibili con gli articoli 81 e 82 del trattato, per il fatto di limitare la capacità dei rivenditori di commercializzare i gelati forniti dai concorrenti della società sottoposta alle indagini. Quest’ultima, nell’impugnare la decisione in parola, otteneva in via cautelare la sospensione dell’esecuzione del provvedimento ingiuntivo contenuto nella decisione della Commissione, per l’intera

²³⁶ Si fa riferimento all’analisi degli obiettivi dell’antitrust enforcement condotta da W. WILS, *Optimal Antitrust Fines: Theory and Practice*, cit., pp. 187-191: «considered broadly, the enforcement of antitrust prohibitions such as Articles 81 and 82 EC could be said to entail three tasks: clarifying the content of the prohibitions, preventing violations of these prohibitions, and dealing with the consequences when violations have nevertheless happened».

²³⁷ Risultato al quale non è dato pervenire con l’adozione di commitments: v. il XIII considerando del Reg. 1/2003 cit.

durata del giudizio impugnatorio, che si concludeva solo nell'ottobre del 2003 con il rigetto della richiesta della ricorrente²³⁸.

In quest'ottica è ragionevole pensare che la Commissione avverta un peculiare incentivo ad accettare impegni ove i mercati interessati dalle condotte oggetto di contestazione siano caratterizzati da una rapida evoluzione, rispetto alla quale quindi, la durata del procedimento si rivela determinante²³⁹. In questo senso, va altresì considerato che l'art. 9 attribuisce alla Commissione il potere di adottare le decisioni concernenti impegni per un periodo di tempo determinato, il che renderebbe particolarmente appropriato il ricorso allo strumento in parola in aree merceologiche sottoposte a continui cambiamenti, prime tra tutte i settori ad alta tecnologia, nei quali non è agevole individuare con un sufficiente grado di dettaglio tutte le condizioni idonee a metter fine al comportamento contestato²⁴⁰, e si rivela essenziale garantire una tempestiva esecuzione dei rimedi, nonché creare occasioni intermedie di verifica dei risultati ottenuti dalle parti nell'attuazione delle misure correttive.

La congruità dell'impiego delle decisioni con impegni emerge in tutti i casi nei quali, come frequentemente accade nei mercati caratterizzati da un elevato grado di dinamicità, i rimedi siano difficilmente standardizzabili²⁴¹, e la necessità di acquisire un quadro completo dei problemi concorrenziali posti dal caso di specie, e di plasmare le misure correttive su tali peculiari circostanze, possa comportare l'espletamento di

²³⁸ La vicenda si è conclusa del tutto recentemente con l'ordinanza della CGCE del 28/9/2006, causa C-552/03, con la quale è stato respinto il ricorso della Unilever Bestfoods Ireland, sebbene in tale ultima fase del giudizio non fosse stata richiesta la sospensione dell'atto impugnato.

²³⁹ Con riguardo all'applicazione della politica della concorrenza alle *new economy industries* osserva C. GRAHAM, *Competition Regulation and the New Economy*, Oxford e Portland, Oregon, 2004, p. 9: «the problems facing competition policy are not necessarily conceptual ones, but will arise from the generic difficulty of applying general principles to specific factual situations and, in particular, the need to take a view about the future developments of the market».

²⁴⁰ TEMPLE LANG, *Commitment Decisions and Settlements with Antitrust Authorities under European Antitrust Law*, cit., p. 281: «A commitment decision expressed to be for a limited period is a simple way of avoiding the difficulty of setting out precisely and in detail all the conditions which would bring the commitment to an end, or lead to it being modified».

²⁴¹ Osserva in proposito J. TEMPLE LANG, *loc. cit.*, p. 292 :«in high technology industries it is not possible to have standardised remedies».

un'attività molto onerosa per l'autorità pubblica. È in questa logica che si inserisce la cooperazione dei diretti interessati, ed anzi la *ratio* della previsione che affida a questi ultimi l'iniziativa nella procedura relativa ai *commitments*. Per un verso, la proposta di impegni si tradurrebbe in un flusso spontaneo di informazioni che agevola l'esercizio delle attività di accertamento e di valutazione affidate alla Commissione, riequilibrando la situazione di asimmetria informativa alla quale si è fatto cenno in precedenza; per altro verso, potenzierebbe l'efficacia del *public enforcement*, posto che la disponibilità mostrata dalle parti nel cooperare con l'amministrazione, aumenta le probabilità che le prime diano esecuzione alle misure concordate, e che vengano quindi ripristinate condizioni di concorrenza effettiva nel mercato comune²⁴².

Un'ulteriore verosimile ipotesi di impiego dello strumento di cui ci si occupa, può essere ricondotto alle circostanze in cui i comportamenti che hanno dato causa agli iniziali rilievi della Commissione siano di fatto cessati²⁴³, e quest'ultima, nel bilanciare l'esigenza di stabilire dei chiari precedenti con quelle di speditezza ed efficacia del procedimento, finisca per ritenere che una decisione con impegni realizzati, più di quanto non faccia una decisione adottata ai sensi dell'art. 7, paragrafo 1, ultimo periodo del Reg. 1/2003²⁴⁴, un congruo compromesso tra le descritte finalità.

A tal riguardo, si correrebbe il rischio di peccare di semplicismo nell'affermare che la Commissione eviti di adottare decisioni con impegni ove intenda fornire alla collettività degli attendibili punti di riferimento alla luce dei quali parametrare la

²⁴² Non sembra lontana dalla prospettiva segnalata l'affermazione secondo la quale «The Commission should find it easier to reach agreement on a complex remedy in a commitment decision procedure than by trying to impose a remedy on an uncooperative company», v. ancora J. TEMPLE LANG, *op. ult. cit.*, p. 275.

²⁴³ Non è un caso che, nel quadro pre-modernizzazione, la Commissione chiudesse informalmente i procedimenti istruttori non solo laddove «the agreements od other behaviour in question were altered to conform with the competition rules» ma anche qualora gli stessi «were terminated, or in the case of agreement expired»: cfr. XIV Relazione sulla Politica di concorrenza, 1984, cit., par. 50.

²⁴⁴ La disposizione in parola attribuisce, infatti, alla Commissione il potere di procedere alla constatazione di un'infrazione già cessata, «qualora abbia un legittimo interesse in tal senso».

legittimità, rispetto alla normativa antitrust, delle proprie azioni per il futuro²⁴⁵. Come visto, infatti, la scelta di formalizzare la *settlement procedure*, risponde in gran parte all'obiettivo di rendere trasparente la medesima, e dunque accessibile l'iter valutativo seguito dall'autorità pubblica non solo ai diretti interessati, parti del procedimento e terzi, ma alla comunità economica e giuridica globalmente intesa. Non è escluso dunque, che la *ratio decidendi* di un provvedimento adottato ai sensi dell'art. 9 del regolamento di procedura possa costituire un precedente per la valutazione di casi che presentino profili di similarità rispetto a quello già deciso²⁴⁶.

Non ultimo per importanza tra i fattori incentivanti l'adozione di *commitments* appare la possibilità di chiudere la procedura d'infrazione, in una fase nella quale non sia stata ancora inviata alle parti una formale comunicazione degli addebiti, la cui stesura rappresenta generalmente uno dei segmenti più onerosi del lavoro compiuto dalle direzioni istruttorie della Commissione. Al riguardo deve sottolinearsi come l'assenza di una disciplina dettagliata degli aspetti procedurali che ineriscono all'approvazione degli impegni, lasci residuare ampi margini per interpretazioni, che non sempre si rivelano convergenti. Uno degli aspetti sui quali si sono appuntate letture di segno contrastante, riguarda la sussistenza di precisi limiti temporali per la conclusione dell'accordo tra le parti o anche, rispetto ad un diverso angolo visuale, il grado di approfondimento che l'analisi della Commissione deve raggiungere prima che quest'ultima possa dichiarare vincolanti gli impegni offerti dalle parti.

²⁴⁵ È comune l'idea che la Commissione ricorra a decisioni di divieto laddove avverta la necessità di stabilire chiari precedenti. Per tutti v. J. TEMPLE LANG, *loc. ult. cit.*, p. 276: «However, the Commission is not likely to adopt a commitment decision in a case in which it wishes to establish a clear precedent for future cases». Tale presunzione non vale ad escludere che anche in una decisione con impegni possa rappresentare un precedente utile per la valutazione di casi ulteriori.

²⁴⁶ Sul rilievo del "precedente" nel processo decisionale v. per tutti N. D. MACCORMICK, R. S. SUMMERS, *Interpreting Precedents. A Comparative Study*, 1997, Aldershot, Ashgate/Dartmouth.

In una differente prospettiva, la Commissione potrebbe ritenere congrua una decisione con impegni nelle ipotesi in cui, attesa la complessità e la "specialità" dei fatti caratterizzanti l'oggetto dell'istruttoria, è poco probabile il profilarsi di situazioni analoghe, con la conseguenza che il dispendio di risorse procedurali e la complessità dell'analisi, che preludono all'adozione di una decisione di constatazione dell'infrazione, determinerebbero un impegno esorbitante rispetto all'esemplarità del caso in questione.

Sul punto il regolamento di procedura si limita a prevedere che la Commissione debba aver espresso le sue preoccupazioni in una valutazione preliminare delle condotte oggetto di indagine. Contrariamente a quanto da taluno sostenuto, riguardo al fatto che l'invio di una comunicazione degli addebiti costituisca un presupposto fondamentale per l'adozione di una decisione ai sensi dell'art. 9²⁴⁷, la prassi decisionale della Commissione sino a questo punto registrata, nonché argomenti di natura testuale, chiariscono che la "valutazione preliminare" alla quale fa riferimento il legislatore non coincide necessariamente con una comunicazione degli addebiti.

Solo in tre dei sette casi in cui, a partire dal 1° maggio 2004, è stato fatto ricorso allo strumento degli impegni²⁴⁸, la Commissione ha reso noti alle parti i problemi di natura concorrenziale emersi nell'analisi delle pratiche che li riguardavano, inviando una formale comunicazione degli addebiti.

L'art. 2 del Reg. n. 773/2004 citato, nell'indicare il termine ultimo nel quale la Commissione può utilmente avviare un procedimento per violazione del diritto antitrust, distingue in maniera espressa la valutazione preliminare di cui all'art. 9 del Reg. 1/2003 dalla comunicazione degli addebiti²⁴⁹. La stessa sostituzione, nell'attuale

²⁴⁷ Così inizialmente J. TEMPLE LANG, *Commitment Decisions Under regulation 1/2003 – Legal Aspects of a New Kind of Competition Decisions*, cit., p. 347-348; nonché A. JONES, B. SUFRIN, *EC Competition law: Text, Cases and Materials*, Oxford University Press, 2004, p. 115, nota 266. In senso opposto si veda C. F. VICIÉN, *Commitment decision under EC Regulation 1/2003*, paper presentato all' International Bar Association/European Commission Conference "Antitrust reform in Europe: a year in practice", Bruxelles, 9-11 marzo 2005, p. 1; M. SOUSA FERRO, *Committing to commitment decisions – Unanswered questions on article 9 decisions*, in *Eur. Competition Law Rev.*, n. 8/2005, p. 451, nonché M. BOCCACCIO e A. SAIJA, *La modernizzazione del diritto antitrust. La decisione con impegni*, in *Mercato concorrenza e regole*, n. 2/2002, p. 285-308.

²⁴⁸ Si veda il caso *Bundesliga* COMP/37.214 cit.; il caso *Coca-Cola*, COMP/39.116, cit.; il caso *Repsol*, COMP/38.348 cit.; il caso *De Beers/Alrosa*, COMP/38.381 cit.; il caso *Football Association Premier League*, COMP/38.173 cit.; il caso relativo al c.d. *Santiago Agreement*, COMP/39.152, cit.; nonché il caso, ancora pendente, *Austrian Airlines/SAS*, COMP/37.749.

²⁴⁹ L'art. 2, par. 1 del Reg. n. 773/2004 cit. recita: «La Commissione può decidere di avviare il procedimento per l'adozione di una decisione ai sensi del capitolo III del reg. CE n. 1/2003 in qualsiasi momento, ma non dopo la data in cui ha espresso la valutazione preliminare di cui all'art. 9, par. 1, di detto regolamento o ha emesso la comunicazione degli addebiti né dopo la data della pubblicazione della comunicazione di cui all'articolo 27, paragrafo 4, dello stesso».

L'originaria proposta di regolamento, nel riferirsi agli atti di formale avvio del procedimento, prevedeva quali uniche alternative l'emanazione della comunicazione degli addebiti e la pubblicazione della

formulazione del considerando 13, nonché dell'art. 9 del Reg. 1/2003, del riferimento letterale alle “obiezioni” - presente, invece, nella proposta originaria di regolamento - con quello alle più neutrali “preoccupazioni”, è apparsa in linea con la volontà di sopprimere elementi che confortassero, anche solo sul piano testuale, delle incertezze interpretative.

Al di là di qualsiasi argomentazione fondata sulla lettera delle disposizioni, ad escludere che, in assenza di una contestazione formale degli addebiti, non possano rendersi vincolanti gli impegni proposti dagli interessati, è la logica stessa sottesa allo strumento in parola, e cioè quella di consentire all'amministrazione di economizzare risorse procedurali. Il potere di esternare l'esito dell'attività preliminare di indagine mediante un atto più conciso e meno dettagliato rispetto a uno “*Statement of Objections*” consente alla Commissione di non “disperdere” i vantaggi che scaturiscono dall'adozione di *commitments*, e si pone in linea di continuità con l'istituzione della nuova tipologia di decisioni.

Alla luce di quanto detto, è verosimile che la Commissione cerchi di chiudere consensualmente l'istruttoria prima di aver affrontato una parte sostanziale del lavoro che prelude al finale accertamento di una violazione²⁵⁰.

comunicazione prevista dall'art. 27, par. 4 del Reg. n. 1/2003. L'attuale formulazione della corrispondente disposizione avvalora dunque la lettura che qui si accoglie. Sul punto cfr. C. F. VICIÉN, *Commitment decision under EC Regulation 1/2003*, cit., pp. 3-4.

²⁵⁰ Sulla questione relativa al grado di dettaglio dal quale dovrebbe essere contraddistinta la comunicazione degli addebiti si pronuncia espressamente la giurisprudenza comunitaria. V. per tutte CGCE, 14/7/1972, *ICI/Commissione*, in *Racc.* (1972) pp. 650-651, dove la Corte ha chiarito che l'impresa sottoposta alle indagini deve essere informata esclusivamente in relazione agli elementi essenziali sui quali si appuntano i rilievi della Commissione. Ancora secondo la Corte l'analiticità dell'esposizione dovrebbe essere tale «to enable the parties to identify the conduct complained of by the Commission» (cfr. CGCE cause riunite C-89/95, C-104/85, C-114/85 e C-116/85, C-117/85, C-125/85 e C-129/85, *Ahlström Osakeyhtiöand e al./Commissione*, punto 42) e «to defend themselves properly before it adopts a final decision» (cfr. TPI, causa T-15/02, *BASF/Commissione*, punto 46).

Al di là della necessità più volte sottolineata, come visto, dalla giurisprudenza, e codificata nell'art. 27.1 del Reg. 1/2003, di basare la decisione finale esclusivamente «sugli addebiti in merito ai quali le parti sono state poste in condizione di essere sentite», vale la pena osservare come, nella pratica, le decisioni finali riproducano anche nella forma, e dunque nell'analiticità dell'esposizione, la comunicazione degli addebiti.

Ciò non deve indurre a ritenere, d'altra parte, che l'invio di una comunicazione degli addebiti precluda alla Commissione la possibilità di valutare positivamente gli impegni proposti dalle parti.

Opportunamente a questo proposito l'*Office of Fair Trading*, nel dettare delle linee guida in relazione alle circostanze nelle quali è conveniente accettare *commitments*, chiarisce: «there is no requirement for a person to offer binding commitments to the OFT at any time. A person or persons may offer binding commitments to the OFT at any time during the course of an investigation and *up until a decision is made*»²⁵¹. Ancora una volta il contenuto dispositivo dei provvedimenti in parola si rivela fondato su un ragionevole compromesso tra distinte finalità, il che automaticamente esclude che possa essere adottata una decisione ai sensi dell'art. 9, laddove ciò presupporrebbe il sacrificio eccessivo degli interessi dell'una o dell'altra parte. È indubitabile infatti, che la convenienza a raggiungere un accordo con le imprese interessate, dall'angolo visuale dell'autorità pubblica, diminuisca notevolmente nello stadio terminale della procedura²⁵².

Questione intimamente connessa al c.d. "*timing issue*" - che in questa sede si è cercato di affrontare - appare quella relativa al livello di profondità dell'analisi al quale deve spingersi la Commissione per poter valutare la praticabilità del percorso consensuale. La natura "preliminare" dell'esame alla quale fa riferimento la lettera della

²⁵¹ Cfr. Office of Fair Trading, *Enforcement Incorporating the OFT's guidance as to the circumstances in which it may be appropriate to accept commitments*, OFT (407), 2004.

In senso analogo alcuni commentatori con riguardo ai settlements statunitensi affermano: «consent decrees may be negotiated at any time in the litigation process»: v. T. E. KAUPER, *The use of consent decrees in American Antitrust cases*, in *Procedure and Enforcement in EC and US Competition law: Proceedings of the Leiden Europa Instituut Seminar on User-friendly Competition Law*, London, 1993, p. 108.

Sebbene le *OFT Guidelines* esprimano indiscutibilmente il punto di vista di una specifica autorità garante della concorrenza, alcuni dei principi e delle questioni affrontati in tale sede, possono ritenersi, anche in considerazione del fatto che la Commissione Europea non ha adottato una comunicazione interpretativa su tale specifico punto, validi in via generale ed applicabili quindi agli impegni ex art. 9 del Reg. n. 1/2003.

²⁵² Nelle *OFT Guidelines* ult. cit., parr. 4.15-4.16, infatti, si afferma al riguardo: «However the OFT is unlikely to consider it appropriate to accept commitments offered at a very late stage in its investigation».

legge²⁵³ non deve trarre in inganno. In primo luogo, si tratta di un atto formale per la cui adozione - così come per quella di una comunicazione degli addebiti - la Commissione ha conferito un'espressa delega al membro responsabile della concorrenza, condizionandone l'efficacia alla previa approvazione del Servizio Giuridico²⁵⁴. Inoltre, un conto è dire che la valutazione preliminare di cui all'art. 9, nei fatti, può non coincidere con la comunicazione degli addebiti, un altro è confondere il grado di dettaglio della veste esteriore che i dubbi concorrenziali espressi dalla Commissione assumono, con l'analiticità dello studio compiuto dalla stessa. È lo stesso legislatore²⁵⁵, infatti, ad esigere che l'indagine dell'autorità si sia spinta ad un punto tale da consentire a quest'ultima di decidere se sia appropriata o meno l'irrogazione di un'ammenda pecuniaria, evenienza che esclude in radice la possibilità di accettare impegni. Ciò significa che la Commissione, ove esprima la sua valutazione preliminare, debba ritenersi in grado, in linea di principio, di inviare alle parti una comunicazione degli addebiti²⁵⁶, nella quale, non a caso, secondo un consolidato orientamento giurisprudenziale, è tenuta a dichiarare «che vaglierà se sia il caso di infliggere ammende alle imprese interessate», indicando contestualmente «i principali elementi di fatto e di diritto che possono implicare l'irrogazione di un'ammenda», posto che alle parti devono fornirsi «le indicazioni necessarie per difendersi non solo contro l'accertamento dell'infrazione, ma altresì contro l'inflizione di un'ammenda»²⁵⁷.

²⁵³ Cfr. ancora art. 9 del Reg. 1/2003 cit.

²⁵⁴ Laddove, invece, l'esercizio del potere di emanazione di una comunicazione degli addebiti è subordinata all'accordo tra il Commissario alla Concorrenza e il Presidente della Commissione. In proposito da ultimo, W. WILS, *Settlements of EU Antitrust Investigations: Commitment Decisions under Article 9 of Regulation No 1/2003*, cit., p. 356.

²⁵⁵ Cfr. il già cit. considerando XIII del Reg. 1/2003: «Le decisioni concernenti gli impegni non sono opportune nei casi in cui la Commissione intende comminare un'ammenda».

²⁵⁶ Quest'ultima del resto rappresenterebbe non più che una «provisional conclusion that there is an infringement of Article 81 and/or 81»: v. I.VAN BAEL e J. F.BELLIS, *Competition law of the European Community*, cit., p. 1087.

²⁵⁷ V. CGCE, cause riunite C-100/80, 103/80, *Musique diffusion française e al./Commissione*, punto 21; nonché da ultimo CGCE; cause riunite C-189/02, C-202/02, C-205/02, C-208/02 e C-213/02 *Dansk Rørindustri e al./Commissione*, par. 428.

2.2.4 Il carattere finale delle decisioni con impegni.

Come visto, nel secondo periodo dell'art. 9, del Reg. 1/2003, si statuisce che «la decisione ... giunge alla conclusione che l'intervento della Commissione non è più giustificato». Il considerando 13 dello stesso regolamento, aggiunge che «le decisioni con impegni dovrebbero accertare che l'intervento della Commissione non è più giustificato senza giungere alla conclusione dell'eventuale sussistere o perdurare di un'infrazione».

Da tali previsioni mi sembra si possano desumere le coordinate fondamentali che identificano le decisioni con impegni. Il contenuto dispositivo del provvedimento in parola, e la natura del corrispondente potere, attribuito dal legislatore alla Commissione in vista dell'adozione del primo²⁵⁸, non è rappresentato dall'accertamento della sussistenza di una violazione del diritto comunitario della concorrenza. La lettera delle disposizioni citate chiarisce in maniera inequivocabile che una decisione adottata ai sensi dell'art. 9 lascia permanere dubbi, non solo sul fatto che la condotta precedentemente tenuta delle imprese ed oggetto di indagine, in assenza delle modifiche proposte dalle parti, potesse costituire un'infrazione, ma addirittura in merito

²⁵⁸ In questo senso ci si richiama a categorie concettuali che non sempre trovano in sede comunitaria un'enunciazione espressa, o non necessariamente sono enunciate con nitore simile a quello caratteristico degli ordinamenti nazionali. Gli atti emanati dalla Commissione europea e dalle autorità garanti della concorrenza in sede di applicazione degli articoli 81 e 82 del trattato hanno, tuttavia, indiscutibilmente carattere provvedimentoale, ed in quanto tali esprimono il potere di cura di determinati interessi concreti e sono intesi a produrre effetti diretti sulla fattispecie oggetto di valutazione e sui soggetti coinvolti. V. M. P. CHITI, *Diritto amministrativo europeo*, Milano, 2004, p. 450. Questa la ragione per la quale con riferimento a tale categoria di atti, sembrano potersi invocare le nozioni di "contenuto dispositivo del provvedimento" volto ad indicare gli effetti che esso in concreto produce, e più in generale l'idea che «il modulo giuridico tipico dell'azione amministrativa è quello dell'esercizio del potere mediante procedimenti normativamente stabiliti che danno luogo all'adozione di atti produttivi di effetti, complessivamente inquadrati nella nozione di provvedimento» (v. sul punto per tutti V. CERULLI IRELLI, *Principi di diritto amministrativo II*, Torino, 2005, p. 14), e dunque ai principi di "legalità" dell'agire amministrativo e di "tipicità provvedimentoale" che tale idea sintetizzano.

alla circostanza che, il futuro comportamento delle imprese interessate, laddove rispettoso degli impegni resi obbligatori, violi nonostante ciò la normativa antitrust.

La consapevolezza di ciò che deve escludersi dall'ambito di applicazione dell'art. 9, rende più agevole la delineazione in positivo delle prescrizioni contenute nella norma in parola, dell'oggetto delle decisioni con impegni, e dunque dell'interesse pubblico alla cui realizzazione le stesse sono preordinate.

Con i provvedimenti di cui ci si occupa la Commissione dispone che il proprio intervento non è più giustificato, e assicura che la soddisfazione dell'interesse generale alla protezione di mercati effettivamente competitivi sia sufficientemente garantita dall'impegno sino a quel punto profuso in termini di tempo e di energie procedimentali, alla luce delle condotte che le parti si impegnano a tenere per il futuro.

L'inidoneità delle decisioni con impegni ad attestare che, in passato sia stata commessa un'infrazione, o che l'ottemperanza degli impegni proposti renda l'accordo o la pratica oggetto di decisione compatibile con gli articoli 81 e 82 del trattato, è pienamente giustificabile alla luce del fatto che la Commissione non ha svolto un'indagine completa, né si è spinta sino al consueto esito di una procedura di infrazione.

È un fatto dunque che, con una *commitment decision*, l'autorità non prenda posizione sulla liceità delle condotte indagate, e lasci una serie di questioni, per così dire, prive di risposta.

D'altro canto non può non riconoscersi che l'inclusione delle decisioni concernenti gli impegni nell'elenco di cui all'art. 5 del Reg. 1/2003, attribuisca inequivocabilmente alle prime natura di provvedimenti formali, che hanno, rispetto al proprio oggetto, carattere definitivo, e che, pertanto, determinano un assetto di interessi dotato di una certa stabilità.

Le decisioni con impegni hanno cioè la pretesa di risolvere “una volta per tutte”²⁵⁹ le questioni portate all’attenzione della Commissione, in relazione alla cui compatibilità con le norme poste a tutela della concorrenza la stessa ha nutrito seri dubbi, tanto da avviare un procedimento per violazione degli articoli 81 e 82.

Il carattere “finale” della nuova tipologia di decisioni si manifesta attraverso una duplice angolazione.

Per un verso, la scelta di formalizzare la procedura di negoziazione degli impegni nel quadro post-modernizzazione, va ricondotta all’intenzione di attribuire una certa solidità ed autorità all’esito delle trattative svoltesi tra la Commissione e le parti, soprattutto nel senso di dotare la prima di uno strumento attraverso il quale garantire l’ottemperanza di queste ultime agli impegni assunti²⁶⁰.

Qualora le decisioni ex art. 9 fossero sprovviste di efficacia vincolante nei confronti dei destinatari – non a caso tale previsione rappresenta il fattore di più vistosa novità dell’attuale *commitments procedure* rispetto alla precedente *informal settlement practice* – ogni tentativo di economizzare risorse procedurali - alla luce del quale, come visto, si giustifica il ricorso allo strumento in parola - rischierebbe di essere vanificato, atteso che, in caso di inosservanza di questi ultimi, alla Commissione non resterebbe che riaprire il procedimento spingendosi sino al punto da raccogliere elementi di prova sufficienti a sostenere la sussistenza di una violazione degli articoli 81 e/o 82 del trattato²⁶¹.

²⁵⁹ D. P. DUCORE, *Settlement of Competition Conduct Violations at the United States Antitrust Agencies and at the European Commission – Some Observations*, pp. 231-232, ove l’A., con riferimento ai *FTC’s orders*, osserva che «purpose of which is to resolve the matter *once and for all*».

²⁶⁰ Oltre alle lacune in termini di trasparenza e pubblicità, W. WILS, *Settlements of EU Antitrust Investigations*, cit., p. 350, individua quale principale limite dell’*informal settlement procedure* della Commissione il fatto che quest’ultima «apart from (threatening with) reopening the case, did not have any means to ensure that the undertaking respected the commitments it had offered and on the basis of which the case had been closed».

²⁶¹ Al riguardo va sottolineato che l’introduzione, operata dal regolamento di modernizzazione più volte citato, di un sistema di eccezione ai sensi dell’art. 81, par. 3, direttamente applicabile aveva sollevato una serie di perplessità in merito ad un eventuale sovvertimento della distribuzione dell’onere della prova

La formalizzazione della procedura che sfocia nell'adozione degli impegni consente, invece, attualmente alla Commissione di infliggere alle imprese e alle associazioni di imprese che, intenzionalmente o per negligenza, non rispettino i primi, ammende fino al 10 % dell'importo del fatturato totale realizzato durante l'esercizio sociale precedente²⁶². Tali sanzioni risultano peraltro identiche, per tipologia ed ammontare, a quelle che la Commissione avrebbe la facoltà di imporre alle imprese nei

riguardo alle violazioni del diritto antitrust. In particolare si trattava della preoccupazione di un affievolimento dei poteri posti a presidio della concorrenza, quale conseguenza di una pretesa maggiore difficoltà nel dimostrare un'infrazione da parte delle autorità garanti e delle parti private che avessero utilizzato l'art. 81 in sede di *private enforcement* per perseguire una strategia offensiva (*as a "sword"*). Durante la vigenza del reg. n. 17/1962, come confermato da costante giurisprudenza, «gravava sull'impresa [richiedente l'esenzione] l'onere di fornire ogni elemento probatorio idoneo a dimostrare la giustificazione economica di un'esenzione, nonché di provare che essa soddisfacesse tutte e quattro le condizioni dettate dall'art. 81, n. 3, CE, che hanno carattere cumulativo». «Del pari, spettava a tale impresa dimostrare che le restrizioni della concorrenza conseguissero gli obiettivi previsti dall'art. 81, n. 3, CE e che essi non *avrebbero potuto* essere raggiunti senza tali restrizioni». V. CGCE, 17/1/1984, cause 43/82 e 63/82, *VBVB e VBBB/Commissione*, in Racc. pag. 19, punti 52 e 61; TPI, 9/7/1992, causa T-66/89, *Publishers Association/Commissione*, in Racc. p. II-1995, punto 69; nonché TPI, 28/2/2002, causa T-86/95, *Compagnie générale maritime e al./Commissione*, in Racc. pag. II-1011, punto 381, come richiamate da ultimo in TPI, 13/1/2004, *JB Service/Commissione*, causa T-67/01, punto 162.

In proposito v. W. WILS, *Principles of European Antitrust Enforcement*, cit., pp. 19 e ss., nonché E. PAULIS, C. GAUER, *La Réforme des Règles d'Application des Articles 81 et 82 du Traité*, in *Journ. des Tribunaux Droit Européen*, vol. 11, n. 65, 2003, par. 11.

Tali questioni hanno giustificato l'inclusione nell'art. 2 del Reg. 1/2003 cit. della disposizione a mente della quale: «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».

Riferendosi a tale disposizione la CGCE, 7/1/2004, causa C-204/00P, *Aalborg portland A/S e al./Commissione*, (cartello nel mercato del cemento), punto 79, osserva che «anche se, secondo tali principi, l'onere legale della prova grava tanto sulla Commissione quanto sull'impresa o sull'associazione interessata, gli elementi di fatto che una parte fa valere possono essere tali da obbligare l'altra parte a fornire una spiegazione o una giustificazione, in mancanza della quale è lecito ritenere che l'onere della prova sia stato soddisfatto».

²⁶² Cfr. l'art. 23, par. 2, del Reg. 1/2003. Cfr. altresì l'art. 24 del Reg. 1/2003 ai sensi del quale la Commissione può irrogare alle imprese, per ogni giorno di ritardo nel conformarsi agli impegni resi obbligatori mediante decisione, penalità di mora pari al 5 % del fatturato giornaliero realizzato dalle prime durante l'esercizio sociale precedente.

La natura vincolante dei *commitments* consente, tra l'altro, di distinguere in maniera netta le ipotesi nelle quali le imprese offrano degli impegni tali da evitare l'imposizione di misure cautelari, da quelle nelle quali le misure correttive vengano poi rese obbligatorie con una decisione adottata ai sensi dell'art. 9. Si ritiene infatti che il ricorso ad uno strumento che rende giuridicamente vincolante per l'impresa interessata gli impegni offerti, sia esorbitante rispetto alla finalità di preservare lo *status quo* precedente all'accertamento, in via definitiva, di un'infrazione. Ciò snaturerebbe la logica sottesa all'impiego dei *commitments* ex art. 9, posto che verrebbe attribuito valore provvisorio ad uno strumento che è stato concepito dal legislatore come idoneo ad offrire una soluzione definitiva al caso oggetto di istruttoria. Analoghi rilievi sembrano potersi cogliere nelle considerazioni svolta da J. TEMPLE LANG, *Commitment Decisions and Settlements with Antitrust Authorities under European Antitrust Law*, cit., p. 294: «So a commitment initially offered instead of interim measures would probably be the subject of a decision under Article 9 only if it seemed that it would become a lasting solution to the case».

casi di accertata infrazione. In una prospettiva efficientistica è tale ultimo aspetto che consente di chiudere il cerchio, e di ritenere cioè che la bilancia dei benefici e dei costi²⁶³, ai quali l'autorità è andata incontro con l'approvazione dei *commitments*, continui a pendere dalla parte dei primi, nonostante le imprese abbiano contravvenuto agli impegni assunti.

Per altro verso, un ulteriore profilo di definitività delle decisioni in parola, sembra potersi cogliere in relazione alla sussistenza di precisi limiti alla possibilità per la stessa amministrazione di ritornare sul caso concluso con l'adozione di un provvedimento ai sensi dell'art. 9. È in tal senso altamente indicativo il fatto che il legislatore, nell'atto di formalizzare la *commitments procedure* e di istituire un nuovo modulo provvedimentale, abbia avvertito l'opportunità di disciplinare le circostanze nelle quali la Commissione può riaprire, su domanda o d'ufficio, il procedimento²⁶⁴, benchè si sia limitato sul punto a codificare principi generali di diritto comunitario, e segnatamente quello del legittimo affidamento²⁶⁵.

In altre parole dalla qualificazione giuridica di un atto della Commissione in chiave provvedimentale - coincidente in sostanza con l'idoneità dello stesso a produrre effetti giuridici obbligatori nei confronti dei terzi, e ad essere suscettibile di impugnazione da parte di questi ultimi ai sensi dell'art. 230 del trattato²⁶⁶ –

²⁶³ Come in precedenza sottolineato, infatti, esistono una serie di finalità tradizionalmente perseguite dall'*antitrust public enforcement* attraverso l'adozione di decisioni di infrazione, che vengono sacrificate ove si elegga il percorso consensuale, alla luce dei vantaggi che quest'ultimo prospetta. Oltre le ipotesi in cui tali vantaggi compensino ed anzi superino i benefici scaturenti dalle decisioni con cui si accerta e di condanna la violazione, l'impiego di decisioni con impegni non è più ottimale. Sintetizza bene questa posizione W. WILS, *Settlements of EU Antitrust Investigations*, cit., p. 353: «optimally, commitment decisions should thus be used instead of infringement decisions (only) in those cases where the benefit in terms of an earlier termination of the infringement and the saving of the cost of longer proceedings outweigh the benefit of the other contributions to the enforcement of Articles 81 and 82 which infringement decisions could make, in terms of clarification of the law, public censure, deterrence, disgorgement of illicit gains and punishment, and facilitation of follow-on actions for compensation».

²⁶⁴ Cfr. al riguardo l'art. 9, par. 2, del Reg. 1/2003.

²⁶⁵ V. K.P.E. LASOK, T. MILLET, *Judicial Control in the EU: Procedures and Principles*, London, 2004, pp. 353-364.

²⁶⁶ Secondo una costante giurisprudenza costituiscono atti o decisioni che possono essere oggetto di un'azione di annullamento ai sensi dell'art. 230 del trattato CE i provvedimenti destinati a produrre

scaturiscono dei vincoli a carico della stessa autorità pubblica. Gli atti con i quali l'istituzione abbia espresso in maniera "definitiva" la propria posizione, impediscono alla prima di "riattivare" la procedura precedentemente conclusa e di riesaminare la pratica sulla quale essa si è pronunciata, se non in presenza di circostanze che possono definirsi eccezionali, quali «l'esistenza o la conoscenza di elementi di fatto o di diritto nuovi»²⁶⁷.

Nonostante il silenzio del precedente regolamento di procedura sul punto, giustificato peraltro dall'assenza di una formale procedura di adozione degli impegni, non è escluso che le parti interessate riuscissero a dimostrare che la Commissione aveva violato la tutela del legittimo affidamento, riaprendo un procedimento istruttorio, chiuso in precedenza in via informale, in assenza di nuove circostanze di fatto.

Nel ritenere non incidente sulla natura definitiva delle decisioni, la forma giuridica dell'atto nel quale le stesse fossero trasfuse²⁶⁸, la giurisprudenza ha confermato la tendenza, caratteristica del diritto comunitario, a incoraggiare un modo sostanzialistico di ordinare la realtà giuridica. In particolare, per ciò che interessa la presente indagine, tale conclusione ha consentito di ritenere che, le lettere amministrative con le quali la Commissione avesse espresso in modo inequivoco la propria intenzione di archiviare un caso, precludessero alla stessa la possibilità di

effetti giuridici obbligatori a incidere sugli interessi di chi li impugna, modificando in misura rilevante la situazione giuridica di questo. Per tutte v. TPI, 17/2/2000, causa T-241/97, *Stork Amsterdam/Commissione*, punto 49.

²⁶⁷ V. CGCE, 1/10/1998, causa C-279/95, *Langnese-Iglo/Commissione*, in Racc. pag. I-5609, punto 30; TPI, 8/6/1995, causa T-7/93, *Langnese-Iglo/Commissione*, in Racc. pag. II-1533, punto 40, come richiamate da TPI, causa T-241/97, *Stork Amsterdam/Commissione*, cit., punto 80.

²⁶⁸ A questo proposito sembrano potersi richiamare le considerazioni svolte dalla giurisprudenza in merito alla possibilità di impugnare con un'azione di annullamento atti che stabilissero definitivamente la posizione dell'istituzione al termine del procedimento, indipendentemente «dalla forma in cui gli atti o le decisioni fossero adottati»: v. CGCE, 11/11/1981, causa 60/81, *IBM/Commissione*, in Racc. pag. 2639, punto 9 e TPI, 10/7/1990, causa T-64/89, *Automec/Commissione (Automec I)*, in Racc. pag. II-367, punto 42.

riaprire la procedura, a meno di motivare debitamente tale scelta in base ad elementi nuovi²⁶⁹.

Tuttavia non può non riconoscersi come il quadro pre-modernizzazione rendesse, nella pratica, la tutela dell'affidamento delle parti meno agevole rispetto a quanto non consenta, attualmente, la previsione di cui al paragrafo 2 dell'art. 9. La protezione delle legittime aspettative delle parti veniva in concreto condizionata dalla possibilità di individuare gli elementi di fatto e di diritto, sui quali la Commissione avesse fondato le proprie valutazioni, dal tenore delle comunicazioni intercorse tra le imprese interessate e l'amministrazione, attraverso le maglie di negoziazioni informali, caratterizzate, come visto, da scarsa trasparenza e non confluenti in un provvedimento finale²⁷⁰.

2.2.4.1 ... e la compatibilità con il principio del “ne bis in idem”.

Atteso che, come si è cercato di dire, la *ratio* sottesa all'adozione di *commitments* è quella di definire in maniera risolutiva le questioni oggetto di “contestazione”, e tale obiettivo sembra compiutamente riflettersi nella veste formale

²⁶⁹ Cfr. per tutte TPI, causa T-241/97, *Stork Amsterdam/Commissione*, cit., punti 70 e ss. In senso analogo, la giurisprudenza ha chiarito che le lettere di archiviazione che rigettano definitivamente una denuncia sono impugnabili in quanto pongono fine alle indagini, «e contengono una valutazione degli accordi e impediscono alle ricorrenti di chiedere la riapertura delle indagini *a meno che esse non forniscano elementi nuovi*». V. CGCE, 11/10/1983, causa 210/81, *Demo-Studio Schmidt/Commissione*, in Racc. pag. 3045, punti 14 e 15; CGCE, 28/3/1985, causa 298/83, *CICCE/Commissione*, in Racc. pag. 1105, punto 18; CGCE, 17/11/1987, *BAT e Reynolds*, cause 142/84 e 156/84, in Racc. pag. 4487, punto 12.

²⁷⁰ Al riguardo osserva W. WILS, *Settlements of EU Antitrust Investigations*, cit., p. 350: «The exact scope of the legitimate expectations would of course depend on the specific assurances given or not given by the Commission, in particular the wording of the letter or other document informing the undertaking of the closure of the case». Del resto confermano che la possibilità delle parti di invocare la tutela del legittimo affidamento fosse tutt'altro che scontata nel previgente regime I.VAN BAEL and J. F.B ELLIS, *Competition law of the European Community*, cit.: «a proceeding may be re-opened or continued notwithstanding compliance by the parties with the terms of the settlements».

che il legislatore ha inteso attribuire ai *settlements* con la modernizzazione del diritto antitrust, è opportuno a questo punto svolgere qualche precisazione.

La natura per così dire “conclusiva” delle decisioni concernenti gli impegni deve inevitabilmente misurarsi con la considerazione che il relativo procedimento amministrativo non si sia svolto sino al suo esito fisiologico. L’ambito di operatività di una *commitment decision* è circoscritto ad una serie determinata di elementi di fatto - quelli che la Commissione si è limitata ad accertare o sui quali ha deciso di focalizzare l’attività decisoria²⁷¹ - e solo in relazione a questi ultimi l’autorità dichiara - e può dichiarare - che non sussistono motivi per proseguire l’attività istruttoria²⁷².

Ciò rende pienamente intellegibile la previsione secondo la quale «la Commissione può riaprire il procedimento se si modifica la situazione di fatto rispetto a un elemento su cui si fonda la decisione»²⁷³. In altre parole la possibilità di tornare all’analisi della condotta originariamente investigata, che la Commissione aveva formalmente dichiarato esulasse, alla luce delle modifiche proposte, dalle proprie priorità, non è un fattore sintomatico della “precarietà” dell’assetto di interessi definito dalla nuova tipologia di decisioni.

In senso analogo l’ipotesi di cui alla lettera c) della disposizione in commento, oltre che escludere, come si chiarirà, lo stato di buona fede soggettiva del destinatario del provvedimento, si riferisce ad una discordanza tra la valutazione preliminare, e quindi tra gli elementi di fatto in relazione ai quali è confinata l’autorità delle decisioni

²⁷¹ Il carattere “incompleto” (v. *supra*) della procedura amministrativa che si conclude con l’adozione degli impegni non dipende tanto dall’ampiezza delle indagini, quanto, come visto, dall’assenza di alcune fasi formali che caratterizzano un ordinario procedimento per violazione degli articoli 81 e 82 del trattato (comunicazione degli addebiti, audizione finale, etc..). In tema v. C. J. COOK, *Commitment decisions: the Law and Practice Under Article 9*, in *World Competition*, vol. 29, n. 2/2006, pp. 211-228.

²⁷² J. TEMPLELANG, *Commitment Decisions Under regulation 1/2003 – Legal Aspects of a New Kind of Competition Decisions*, cit., p. 348: «In any case, the Commission will only be able to state that there are no longer grounds for action by the Commission in relation to a clearly described set of facts».

²⁷³ Cfr. art. 9, paragrafo 2, lett. a).

con impegni, e nuove circostanze che attengono alla condotta già oggetto di valutazione.

Alla luce di tali riflessioni non sembra che la riapertura di un procedimento di infrazione ai sensi dell'art. 9, paragrafo 2 del Reg. 1/2003, limitatamente alle ipotesi sub a) e sub c) possa virtualmente integrare una violazione da parte della Commissione del principio generale di diritto del "*ne bis in idem*".

Il principio, sancito dall'art. 4, n. 1, del Protocollo n. 7 della Convenzione Europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, e proclamato altresì dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea all'art. 50²⁷⁴, è posto a presidio del diritto di qualsiasi individuo a non «essere *perseguito o condannato penalmente* ... per un reato per il quale è già stato assolto o condannato a seguito di una sentenza definitiva».

L'applicabilità del principio in parola nell'ambito della normativa sulla concorrenza - dato peraltro acquisito in giurisprudenza²⁷⁵ - si fonda necessariamente sul rilievo che, l'espressione utilizzata dall'art. 23, par. 5, del Reg. 1/2003 secondo la quale le decisioni con le quali viene comminata un ammenda «non hanno carattere penale»²⁷⁶, non è da ritenersi decisiva nel senso di escludere che i procedimenti antitrust abbiano natura penale nell'accezione di cui alla *CEDU*. Del resto ciò si concilierebbe con la posizione, costantemente espressa dalla Corte europea dei diritti dell'uomo, secondo la

²⁷⁴ Cfr. Carta dei Diritti fondamentali dell'Unione Europea, in GUCE C/346 del 18/12/2002, art. 50: «Nessuno può essere perseguito o condannato per un reato per il quale è stato già assolto o condannato nell'Unione a seguito di una sentenza penale definitiva conformemente alla legge». Sull'incertezza riguardo alla configurabilità del divieto di *bis in idem* quale principio generale di diritto comunitario alla vigilia dell'adozione della Carta dei diritti fondamentali dell'UE si veda W. WILS, *The Principle of Ne Bis in Idem in EC Antitrust Enforcement: A Legal and Economic Analysis*, in *World Competition*, vol. 26, n. 2, 2003, pp. 131-148.

La giurisprudenza ha confermato la natura di principio generale di diritto comunitario: cfr. per tutte la sent. sul caso PVC II, CGCE, 15/10/2002, cause riunite C-238/99 P, 244/99 P, 245/99 P, 247/99 P, 250/99 P, 252/99 P, 254/99 P, *LVM e al./Commissione*, punto 59.

²⁷⁵ V. per tutte CGCE, 14/12/1972, causa 7/72, *Boehringer Mannheim/Commissione*, in Racc. pag. 1981.

²⁷⁶ Tale disposizione riprende la formulazione dell'art. 15, par. 4, di cui al precedente regolamento di procedura n. 17/1962.

quale le indicazioni fornite dalle legislazioni degli Stati membri quanto alla natura penale dell'illecito "hanno un valore meramente indicativo", posto che al termine "penale", nell'accezione utilizzata nell'ambito della Convenzione, e segnatamente all'art. 6²⁷⁷, deve riconoscersi portata autonoma²⁷⁸, e che lo stesso va messo in relazione con una norma la cui finalità è allo stesso tempo "deterrente e punitiva"²⁷⁹. In più occasioni la stessa Corte - benché le questioni poste alla sua attenzione non vertessero sul senso da attribuire all'espressione "procedimento penale" - ha fornito un'interpretazione dell'art. 4 del protocollo 7 addizionale alla CEDU, tale da confermare che la nozione in parola vada intesa nella stessa ampiezza di significato con la quale essa ricorre all'interno dell'art. 6 della Convenzione²⁸⁰.

L'operatività del principio sancito dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti umani nell'area della politica di concorrenza, è peraltro significativamente condizionata dalla circostanza che i procedimenti disciplinati dal regolamento di procedura n. 17/1962, così come quelli attualmente disciplinati dal Reg. n. 1/2003 citato, approdano, anche solo potenzialmente, all'irrogazione di sanzioni pecuniarie per la violazione degli articoli 81 e 82²⁸¹. Il divieto di *bis in idem* preclude in

²⁷⁷ L'art. 6 della CEDU recita infatti: «ogni persona ha diritto a che la sua causa sia esaminata equamente, pubblicamente ed entro un termine ragionevole da un tribunale indipendente ed imparziale, costituito per legge, il quale deciderà sia delle controversie dei suoi diritti e doveri di carattere civile, sia della fondatezza di ogni *accusa penale* che le venga rivolta».

²⁷⁸ Cfr. in particolare Corte eur. dir.um., sent. del 21/2/1984, *Öztürk/Germania*, Serie A n. 73, punti 52 e 50.

²⁷⁹ Corte eur. dir. um., sent. del 25/8/1987, *Lutz/Germania*, Serie A n. 123, punto 55; nonché sent. del 24/2/1994, *Bendenoun/Francia*, Serie A n. 284, punto 47.

²⁸⁰ V. Corte europea dei diritti dell'uomo, sent. del 23/10/1995, *Gradinger/Austria*, serie A n. 328-C; sent. del 30/6/1998, *Oliveira/Svizzera*, ricorso n. 25711/94; sent. del 29/5/2001, *Franz Fischer/Austria*, ricorso n. 37950/97; sent. del 30/5/2002, *W.F./Austria*, ricorso n. 38275/97; sent. del 6/6/2002, *Sailer/Austria*, ricorso n. 38237/97. Tale giurisprudenza ha nello specifico chiarito che il principio di *ne bis in idem* risulta violato non solo laddove un individuo sia sottoposto ad indagini o condannato per violazioni nominalmente identiche, ma anche qualora venga giudicato o punito per due infrazioni i cui tratti distintivi essenziali coincidano, e che la violazione del principio in parola non possa essere evitata riducendo l'ammontare della seconda sanzione rispetto a quello relativo alla sanzione precedentemente irrogata, posto che il primo vieta non solo la duplicazione della condanna, ma altresì la duplicazione delle procedure di accertamento dell'infrazione. Cfr. caso *Franz Fischer/Austria*, *it.*, punto 30.

²⁸¹ Secondo W. WILS, *La compatibilité des procédures communautaires en matière de concurrence avec la Convention européenne des droits de l'homme*, in *Cahiers de Dr. Eur.*, 32/1996, p. 329, appare

ogni caso non solo la possibilità di «infliggere due sanzioni per la stessa violazione», ma anche quella di «avviare due volte un procedimento in relazione ad un medesimo complesso di fatti»²⁸².

È possibile richiamare una serie di argomentazioni svolte dalla giurisprudenza comunitaria nell'analisi delle possibili declinazioni assunte dal principio in commento nell'applicazione del diritto antitrust, per escludere che la riattivazione di una procedura chiusa con l'adozione di una *commitment decision* possa porre una questione di violazione del divieto di bis in idem. Nei casi risolti attraverso l'accordo tra le imprese interessate e la Commissione sulle misure correttive da apportare ai comportamenti contestati, mancherebbe uno dei presupposti fondamentali per l'applicazione del principio in parola, e cioè il fatto che «un'impresa ... in relazione ad un comportamento anticoncorrenziale sia stata sanzionata o dichiarata non responsabile in forza di una decisione non impugnabile»²⁸³. Come chiarito in apertura del presente paragrafo, infatti, le decisioni concernenti gli impegni non solo non dispongono alcuna sanzione a carico delle imprese interessate, ma non prendono alcuna posizione espressa sulla liceità o illiceità da un punto di vista concorrenziale della condotta esaminata.

Come chiarito dalla Corte di Giustizia, «il principio di ne bis in idem, non osta di per sé ad una riattivazione delle procedure sanzionatorie aventi ad oggetto lo stesso comportamento anticoncorrenziale nel caso in cui una prima decisione sia stata annullata per motivi di forma senza che sia intervenuta una pronuncia sul merito dei

difficile, se non impossibile, negare che l'applicazione dei criteri elaborati dalla giurisprudenza della Corte di Strasburgo in merito conduca alla conclusione che i procedimenti in materia antitrust, volti come sono all'irrogazione di ammende per la violazione delle regole sulla concorrenza, si riferiscono a contestazioni assimilabili all' "accusa penale" di cui all'art. 6 della CEDU. Cfr. altresì K. LENAERTS, J. VANHAMME, *Procedural Rights of Private Parties in the Community Administrative Process*, in *Comm. Mark. Law Rev.*, n. 34, 1997, pp. 531-557.

²⁸² Cfr. TPI, 20/4/1999, causa T-305/94, *LVM e al./Commissione*, punto 95.

²⁸³ La CGCE, *LVM e al./Commissione*, cit., punto 59 rileva infatti che «il principio di ne bis in idem ... vieta, in materia di concorrenza, che un'impresa venga condannata o perseguita un'altra volta per un comportamento anticoncorrenziale per il quale sia stata sanzionata o dichiarata non responsabile in forza di una precedente decisione non impugnabile».

fatti contestati²⁸⁴, poiché in tal caso la decisione di annullamento non ha valore di “assoluzione”²⁸⁵. È evidente allora che la riattivazione delle procedure che possono condurre alla comminazione di sanzioni amministrative pecuniarie, debba ritenersi a maggior ragione giustificabile nelle ipotesi in cui manchi un iniziale giudizio sulla sussistenza di un’infrazione del diritto della concorrenza.

2.2.4.2 Ampiezza e limiti dei poteri della Commissione.

Ancora sulla tutela del legittimo affidamento delle parti.

L’ulteriore ordine di riflessioni evocato dalla lettura del secondo paragrafo dell’art. 9 riguarda invece la posizione che l’affidamento delle parti gioca nella *commitments procedure*.

Nell’analisi che precede si è peraltro già segnalato come nel disciplinare le circostanze nelle quali l’autorità pubblica può, legittimamente, riaprire l’istruttoria precedentemente chiusa con l’approvazione di impegni, il legislatore si sia limitato a codificare un principio generale di diritto comunitario, che è quello di proteggere le legittime aspettative dei destinatari del provvedimento.

Con l’istituzione della nuova tipologia di decisioni si realizza, come visto, un incremento di tutela a vantaggio degli amministrati, nella misura in cui la pubblicità della procedura²⁸⁶, nonché la possibilità di veder cristallizzate le proprie posizioni e quelle dell’amministrazione in un formale provvedimento, consente ai primi di

²⁸⁴ La sentenza in commento chiarisce, infatti, al punto 60 che tra i presupposti per l’applicazione del principio di *ne bis in idem* vi sarebbe, in alternativa alla circostanza che vi sia stata una pronuncia sui fatti materiali costituenti la violazione, il fatto che «la legittimità del giudizio formulato intorno a quest’ultima sia stata verificata».

²⁸⁵ Cfr. sent. CGCE ult. cit. punto 62.

²⁸⁶ Non trascurabile in questo senso deve ritenersi l’obbligo per la Commissione di esporre in maniera sommaria i fatti e il contenuto essenziale degli impegni o dell’azione proposta, in relazione ai quali viene indetta una fase di consultazione pubblica. Cfr. art. 27, par. 4 del Reg. 1/2003.

individuare più agevolmente le valutazioni di fatto e di diritto, che hanno originariamente indotto la Commissione a giudicare opportune le misure correttive proposte, e alla luce delle quali far valere una pretesa violazione del proprio affidamento, ed allevia quindi, in sostanza, l'attività che gli stessi sono chiamati a svolgere in sede probatoria.

Nelle disposizioni di cui al secondo paragrafo dell'art. 9, si riflette il tentativo di equilibrare due finalità tendenzialmente divergenti: quella rivolta alla cura dell'interesse pubblico di cui la Commissione è responsabile, e quella connessa alla posizione di cui è titolare l'impresa, quale destinatario della decisione con impegni, intesa come fiducia nella legittimità-stabilità del provvedimento che la riguarda.

Il tema che qui si affronta impone di svolgere qualche sintetica precisazione. Il problema della tutela dell'affidamento si pone tradizionalmente con riguardo al dovere dell'amministrazione di tenere in adeguata considerazione l'interesse del destinatario di un provvedimento favorevole²⁸⁷, nelle valutazioni che la prima compie in vista dell'annullamento dello stesso, poiché illegittimo²⁸⁸.

²⁸⁷ In questo senso si ritiene che nel definire una decisione adottata ai sensi dell'art. 9 come provvedimento "favorevole" per i destinatari si annidi il rischio di peccare di semplicismo, atteso che la stessa, nonostante chiuda l'istruttoria alla quale sono sottoposte le imprese interessate senza accertare una violazione, determinando per queste ultime innegabili vantaggi, non sostituisce le attestazioni negative o le esenzioni individuali contemplate dal previgente regime. Si ricordi la già citata affermazione della Commissione nel MEMO/04/217 del 17/9/2004, a mente della quale «*the commitment decision [is] a substitute for a prohibition decision and not for an exemption decision*».

²⁸⁸ Per uno studio sul tema della tutela pubblicistica dell'affidamento nell'esperienza italiana si rinvia per tutti a F. MERUSI, *Buona fede e affidamento nel diritto pubblico*, Milano, 2000. Il nucleo essenziale della protezione delle legittime aspettative dei destinatari di provvedimenti amministrativi si pone in termini sostanzialmente analoghi nel diritto comunitario, nel cui ambito il principio in parola trova cittadinanza per il tramite di disposizioni come quella che esclude che la Commissione possa recuperare un aiuto di stato - dichiarato illegale - «qualora ciò sia in contrasto con un principio generale di diritto comunitario»: cfr. art. 14, par. 1 *del Regolamento CE n. 659/1999 recante modalità di applicazione dell'articolo 88 (ex art. 93) del trattato*. Non mancano tuttavia le occasioni in cui il giudice comunitario, lungi dal negare la tutelabilità dell'affidamento in astratto, affermi l'insussistenza in concreto di situazioni soggettive meritevoli di tutela, in quanto accompagnate dalla consapevolezza o dalla non incolpevole ignoranza dell'illegittimità degli aiuti ottenuti. A ciò si aggiunga che nelle valutazioni della giurisprudenza comunitaria, intenta a garantire nella misura più ampia possibile l'*effet utile* del divieto di aiuti di cui 87 del trattato, incide significativamente la considerazione relativa alla condotta tenuta dall'autorità pubblica erogatrice dell'aiuto al fine di far decorrere il termine utile per l'annullamento secondo la legislazione dello Stato interessato. Al riguardo cfr. per tutte CGCE, 20/3/1997, C-24/95, *Alcan II*. Per una ricognizione delle posizioni di quanti in dottrina segnalano «la contraddizione nella quale cadrebbe la

Nei casi oggetto della presente indagine, l'interesse pubblico sotteso alla riapertura delle procedure di infrazione antitrust successivamente all'adozione di una decisione con impegni, non appare in alcun modo legato a valutazioni di legittimità²⁸⁹, ma esclusivamente a valutazioni in ordine all'opportunità del provvedimento stesso. Per quanto la riattivazione di una procedura precedentemente chiusa, rappresenti innegabilmente un'operazione di segno contrario a quella che si concretizza con l'accettazione degli impegni, non potrebbe in alcun caso parlarsi di annullamento del provvedimento precedentemente adottato, perché non è l'illegittimità di quest'ultimo a venire in rilievo. L'interesse che muove la Commissione è come sempre quello a salvaguardare strutture di mercato realmente competitive, che potrebbero ritenersi non più adeguatamente tutelate dagli impegni offerti in passato dalle imprese interessate, in ragione di eventi nuovi nel frattempo verificatisi. In ciò non può omettersi di considerare il peso che il fattore tempo esercita in generale nella tutela della concorrenza. I procedimenti di controllo in materia antitrust sono infatti ontologicamente finalizzati a verificare che, alla luce dell'evoluzione dei mercati, non maturino situazioni (conclusione di accordi, condotte tenute da operatori in posizione dominante, operazioni che riducono in maniera sostanziale la concorrenza) incompatibili con una sana competizione tra gli operatori economici. Questo spiegherebbe la ragione per cui la Commissione viene espressamente facultizzata ad adottare decisioni con impegni per un periodo di tempo determinato²⁹⁰.

Corte di Giustizia quando afferma la vigenza, nel diritto comunitario, del principio di tutela dell'affidamento quale principio generale del diritto degli Stati membri e, al contempo, ne riduce l'operatività attraverso la clausola del c.d. *effet utile*», v. F. TRIMARCHI BANFI, *L'annullamento d'ufficio e l'affidamento del cittadino*, in *Dir. amm.*, 4/2005, p. 856.

²⁸⁹ Tuttavia appare opportuno segnalare come la giurisprudenza interna, che ha inteso circoscrivere il ricorso all'annullamento d'ufficio, abbia chiarito che quest'ultimo, quale espressione di amministrazione attiva, assuma a proprio fine non il mero interesse astratto alla legittimità degli atti amministrativi, quanto l'interesse pubblico specifico, e cioè un interesse concreto ed attuale alla modificazione della situazione esistente: v. G. MIELE, *In tema di annullamento di atti amministrativi illegittimi*, nota a Cons. St., sez. IV, n. 378/1947, in *Giur. compl. Cass. Civ.*, 1947, p. 1132.

²⁹⁰ Cfr. art. 9, par. 1, ultimo periodo, Reg. 1/2003.

Nell'ampio spettro di declinazioni che il principio del legittimo affidamento può astrattamente assumere, il legislatore mostra poi di accogliere quella che enfatizza l'importanza dello stato soggettivo del destinatario. Il secondo paragrafo dell'art. 9 esclude, infatti, la pretesa alla tutela delle proprie aspettative possa essere utilmente fatta valere da chi abbia trasmesso alla Commissione informazioni, e quindi elementi di giudizio, incomplete, inesatte e fuorvianti²⁹¹, o addirittura, che abbiano trasgredito gli impegni assunti.

Ove, infatti, l'affidamento sia tutelato come una posizione giuridica alla quale l'ordinamento accorda tutela in via autonoma, e non quale «prodotto accessorio della cura dell'interesse pubblico», è chiaro che esso non possa essere disgiunto dalla sussistenza della buona fede del destinatario²⁹².

2.2.4.3 L'unilateralità delle decisioni con impegni e i limiti dell'approccio consensualistico.

Al di là di ogni esigenza di tutela del legittimo affidamento, l'espressa previsione dei casi nei quali è possibile riaprire l'istruttoria, sembra essere dettata dalla volontà di precisare che è la legge ad attribuire alla Commissione, nell'esercizio dei suoi compiti istituzionali in materia di vigilanza e controllo sulla corretta applicazione delle regole di concorrenza, il potere di tornare sulla propria decisione iniziale, ove a

²⁹¹ In tal senso la norma costituisce un chiaro incentivo per le imprese offerenti gli impegni a fornire informazioni complete alla Commissione.

²⁹² V. F. TRIMARCHI BANFI, *L'annullamento d'ufficio e l'affidamento del cittadino*, cit., p. 843. L'A. ricostruisce il passaggio da una tutela dell'affidamento - che nasce con l'inerzia dell'amministrazione che non ritrae il provvedimento emanato - da realizzarsi in uno con quella dell'interesse pubblico, e quindi come fattore da tenere in conto nella ponderazione degli interessi da effettuarsi in sede di decisione sulla rimozione dell'atto, ad una tutela dell'affidamento - che nasce con l'emanazione del provvedimento - quale oggetto di un'autonoma pretesa, contrapposta a quella dell'amministrazione. Nel primo caso, sarebbe stato irrilevante lo stato di buona fede soggettiva dei destinatari degli atti favorevoli, laddove, nel secondo «la pretesa di chi afferma il proprio affidamento e ne domanda tutela richiede che sia preliminarmente accertata l'inesistenza di cause di esclusione di buona fede».

richiederlo sia una modifica della situazione di fatto sulla quale tale decisione era fondata. La lettera della disposizione, ha il merito di chiarire, ove non fosse già sufficientemente evidente, che ogni eventuale riserva espressa dalla Commissione nel testo del provvedimento della facoltà di riaprire l'istruttoria - come di fatto generalmente accadeva nell'ambito dell'*informal settlement practice*²⁹³ - avrebbe un valore meramente ricognitivo rispetto ad un principio giuridico di carattere generale. La riattivazione del procedimento rappresenta infatti un atto di autorità, ed una facoltà per così dire immanente ai poteri di cui la Commissione è titolare quale responsabile dell'*antitrust enforcement*.

Questa la ragione per la quale sembra condivisibile la posizione di quanti, riferendosi alla risoluzione in via consensuale delle procedure per violazione del diritto della concorrenza, hanno sostenuto «*cette négociation ne débouche pas sur un contrat; il n'y a pas de transaction entre l'autorité de contrôle au sens juridique du terme. Cette dernière conserve tous ses pouvoirs d'intervention et de sanction*»²⁹⁴.

Nell'analisi che precede si è frequentemente evocato il modello transattivo al fine di evidenziare la logica compromissoria sottesa all'utilizzo degli impegni nella politica antitrust, e dunque la circostanza che dall'adozione di decisioni ai sensi dell'art. 9, in alternativa alla constatazione di un'infrazione, scaturiscano contestualmente benefici per la parte pubblica e per la parte privata.

Se, come sembra doversi riconoscere alla luce delle riflessioni da ultimo svolte, la Commissione, nel concordare con i diretti interessati le misure correttive di una condotta potenzialmente restrittiva della concorrenza, esercita poteri autenticamente

²⁹³ Cfr. infatti J. H. J. BOURGEOIS, *Undertakings in EC Competition Law, cit.*, p. 95. Si rinvia alle considerazioni sul punto svolte al par. 2.1.1.

²⁹⁴ Così L. IDOT, *A propos des engagements en droit de la concurrence: quelques réflexions sur la pratique communautaire et française*, in *Cahiers de Dr. Eur.*, 1999, pp. 569-610.

amministrativi, non sembra altrettanto ragionevole concludere che la natura autoritativa della funzione eroda qualsiasi margine di negoziabilità della stessa.

Il punto, in definitiva, non è verificare la possibilità di disporre dell' "oggetto pubblico" - peraltro espressamente riconosciuta da diversi sistemi giuridici²⁹⁵ - quanto piuttosto chiarire che, ove si intendesse mettere in luce la matrice consensuale delle decisioni con impegni, non ci si troverebbe di fronte agli ordinari contratti di diritto privato, ma dovrebbe farsi riferimento ad accordi ascrivibili ad un'autonoma categoria concettuale, caratterizzata in chiave pubblicistica. Questo spiegherebbe il motivo per cui taluno ha escluso che tra le imprese interessate e l'autorità di controllo possa intervenire una transazione "nel senso giuridico del termine"²⁹⁶.

Ancora una volta il problema da affrontare non sarebbe un problema di limiti - e quindi transigibilità in astratto del rapporto tra autorità pubblica e imprese sottoposte alle indagini - quanto piuttosto un problema di modalità²⁹⁷.

²⁹⁵ Il riferimento è alla praticabilità degli accordi tra amministrazione e privato, anche definiti, in ragione della loro caratterizzazione in chiave pubblicistica, "contratti di diritto pubblico". La figura, nell'accezione di cui qui ci si occupa, è espressamente disciplinata negli ordinamenti tedesco ed italiano, dalla legge generale sul procedimento amministrativo, rispettivamente la legge federale del 25 maggio 1976, ai parr. 54-62, e dalla legge n. 241 del 1990 all'articolo 11. In tema per la dottrina tedesca v. ULE, LAUBINGER, *Verwaltungsverfahrenrecht*, Heymans Verlag, 1986; ERICHSEN e MARTENS, *Das Verwaltungshandeln*, in ERICHSEN e MARTENS (a cura di), *Allgemeines Verwaltungsrecht*, Degruyter, 1986; STELKENS, BONK e SACHS, *VerwaltungsVerfahrensgesetz*, München, 1993, pp. 1212 ss.

G. PERICU, *L'attività consensuale della pubblica amministrazione*, in MAZZAROLLI, PERICU, ROMANO, ROVERSI MONACO e SCOCA (a cura di), *Diritto Amministrativo*, II, Bologna, 1993, pp. 1306 e ss; SALA, *Accordi sul contenuto discrezionale del provvedimento e tutela delle situazioni soggettive*, in *Dir. proc. amm.*, 1992, pp. 206 e ss; nonché E. BRUTI LIBERATI, *Consenso e funzione nei contratti di diritto pubblico tra amministrazioni e privati*, Milano, 1996, *passim*. In tema F. LIGUORI, *L'attività non autoritativa tra diritto privato e diritto pubblico. A proposito del comma 1 bis*, in <http://www.giustamm.it>, osserva: «La praticabilità dell'accordo ... implica il superamento del "dogma" della impossibilità di disporre dell' "oggetto pubblico" se non mediante il provvedimento».

Lievemente diversa l'accezione di contratto di diritto pubblico nell'ordinamento francese, dove il criterio dell'inerenza *des contrats administratifs* ad un oggetto pubblico si esaurisce in quello di «une certaine relation du contrat avec une activité de service public»: v. CHAPUS, *Responsabilité publique et responsabilité privée*, 1954, pp. 9 e ss. In tema cfr. altresì DE LABAUDERE, MODERNE e DELVOLVÈ, *Traité des contrats administratifs*, I e II vol., Paris, 1984, p. 116; AUBY, *Les critères de contrat administratif*, in *R.D.P.*, 1974, p. 1486.

²⁹⁶ Cfr. L. IDOT, *loc. ult. cit.*

²⁹⁷ A tal proposito si segnalano gli studi compiuti al fine di dimostrare l'ammissibilità della transazione nei rapporti di diritto pubblico nell'ordinamento italiano da E. GUICCIARDI, *La transazione degli enti pubblici*, in *Arch. dir. pubbl.*, 1934, pp. 64 e ss. In particolare l'A. ha affermato, p. 149: «non è la transigibilità di un determinato rapporto considerato in sé stesso e nella sua disciplina giuridica, quella che può essere affermata o negata; ma è il nuovo rapporto giuridico che in forza della transazione si

Nell'impiego dei *commitments* nell'applicazione del diritto della concorrenza sembrano potersi riconoscere alcuni dei connotati tipici di una transazione.

È evidente che la propensione delle parti (imprese e Commissione) ad offrire e ad accettare impegni aumenti in ragione dell'incertezza sull'esito finale della procedura di accertamento. Da un lato infatti, come sottolineato, è poco verosimile che le imprese interessate intraprendano delle negoziazioni con la Commissione ove è palese che esse non abbiano commesso alcuna violazione della normativa antitrust²⁹⁸. Dall'altro, è probabile che la disponibilità dell'autorità di controllo ad approvare le modifiche proposte dalle parti aumenti nelle ipotesi in cui la stessa «realises that the factual evidence, the economic assessment or the legal principles involved are weak, unconvincing or controversial»²⁹⁹.

Non a caso nel modello statunitense di *settlements* - al quale, come visto, il procedimento di adozione degli impegni in sede comunitaria risulta essersi ispirato - la sussistenza della *res dubia* - quale requisito integrante la formula transattiva - è palese in ciò che il rapporto giuridico che si costituirebbe tra FTC o DoJ e imprese in forza dell'accordo intervenuto tra le stesse, sostituisce il rapporto controverso già dedotto, o sul punto di esserlo, dinanzi ad un tribunale³⁰⁰.

costituirebbe fra le parti in sostituzione del rapporto controverso che, secondo che sia consentito o meno dall'ordinamento giuridico, fa ritenere il negozio ammissibile o inammissibile».

Nell'ordinamento tedesco sono espressamente previsti, in via generale, accordi con funzione transattiva. Cfr. Legge federale del 25 maggio 1976, cit., par. 55: «Contratto di transazione – Un contratto di diritto pubblico ai sensi del § 54, alinea 2, tramite il quale, con adeguata valutazione dei fatti e della situazione giuridica e mediante reciproche concessioni, venga eliminata un'incertezza esistente (transazione), può venire stipulato ove l'autorità, in base ad una debita valutazione discrezionale, ritenga la stipulazione della transazione opportuna allo scopo di eliminare l'incertezza».

In tema si rinvia all'analisi svolta di recente da G. GRECO, *Contratti e accordi della pubblica amministrazione con funzione transattiva (appunti per un nuovo studio)*, in *Dir. amm.*, 2/2005, pp. 223 e ss.

²⁹⁸ Cfr. le osservazioni svolte in riferimento alla negoziazione dei *consent decrees* da A. D. MELAMED, *Antitrust: The New Regulation*, cit., supra nota 191.

²⁹⁹ Cfr. J. TEMPLE LANG, *Commitment Decisions and Settlements with Antitrust Authorities under European Antitrust Law*, cit., p. 275.

³⁰⁰ Si rinvia alle considerazioni svolte in precedenza, e in particolare al fatto che, ordinariamente, nel testo di *consent order* e *decree* sottoposto alla valutazione della Commissione in seduta plenaria o delle

Prendendo in considerazione poi il presupposto rappresentato dalla “disponibilità dei diritti oggetto della lite”, sembra che il senso della instaurazione di trattative tra la Commissione e le imprese sottoposte alle indagini, sia proprio quello di determinare su base consensuale il contenuto discrezionale del provvedimento finale. Né il fatto che l’amministrazione disponga dell’ambito di discrezionalità di cui il potere di emanazione del provvedimento è connotato, destituirebbe la stessa dei poteri di “sanzione e di intervento”³⁰¹ che le competono stabilmente in quanto autorità preposta alla tutela della libera concorrenza all’interno della Comunità. Esiste infatti un nocciolo duro di poteri in relazione ai quali alle parti non è concesso transigere. Non è negoziabile il potere di sanzionare le imprese inottemperanti verso gli impegni resi obbligatori dalla decisione di cui all’art. 9; o di riaprire il procedimento nell’eventualità che nuovi elementi di fatto *medio tempore* emersi rendano l’assetto di interessi definito nella decisione con impegni non più rispondente al pubblico interesse; o ancora non è transigibile il potere di riattivare la procedura d’infrazione nei casi in cui debba escludersi il legittimo affidamento dei destinatari della *commitment decision*, atteso che questi ultimi hanno contravvenuto agli impegni assunti o hanno indotto la Commissione ad accettare la propria proposta fornendo «informazioni incomplete inesatte o fuorvianti»³⁰².

Come osservato in punto di analisi dei *consent orders* e *decrees* statunitensi, la ratio delle norme che disciplinano le ipotesi in cui è possibile riaprire il fascicolo, riesaminare il caso già concluso, con la possibilità di modificare o annullare il provvedimento precedentemente adottato, è appunto quella di consentire la stabile

corti federali, le parti inseriscono l’impegno a non contestare in sede giurisdizionale i termini dell’accordo.

³⁰¹ Si fa riferimento ancora una volta all’osservazione svolta da L. Idot secondo il quale la Commissione conserverebbe a seguito della negoziazione di *engagements* tutti i suoi poteri di sanzione e di intervento. Cfr. *supra* nota 292.

³⁰² Le ipotesi qui richiamate sono indicate dal paragrafo 2 dell’art. 9 del Reg. 1/2003, nonché per il caso della sanzione dell’inottemperanza agli impegni assunti v. art. 23, par. 2 cit. 285.

rispondenza del potere all'interesse pubblico alla cui realizzazione il primo è preordinato, indipendentemente dalla circostanza che il contenuto del provvedimento sia stato concordato con i destinatari³⁰³. Al riguardo va anzi segnalato che la formulazione del citato paragrafo 2 dell'art. 9 del Reg. 1/2003 sembra vincolare il potere di riapertura della procedura in maniera più rigorosa di quanto non faccia la corrispondente disposizione presente nel codice federale degli Stati Uniti, posto che quest'ultima oltre a riferirsi ad un mutamento nelle condizioni di fatto o di diritto nel frattempo prodottosi, contiene un generico rinvio alle esigenze di pubblico interesse³⁰⁴.

Passando ora al carattere dispositivo dell'accordo, sembra possibile affermare, che l'oggetto del provvedimento di cui all'art. 9, si fonda su reciproche concessioni provenienti da centri di interessi inizialmente contrapposti. Né la circostanza che gli effetti della *commitments procedure* si producano esclusivamente all'esito dell'adozione del provvedimento, e quindi secondo una schema di esercizio unilaterale del potere, è di per sé decisiva al fine di escludere che una decisione con impegni rifletta in concreto un compromesso.

In linea di principio è ammissibile che tale risultato venga raggiunto qualora il destinatario di un provvedimento potenzialmente restrittivo (la decisione di constatazione dell'infrazione accompagnata dall'ingiunzione di desistere dalla condotta illecita e dall'irrogazione dell'ammenda) si dichiari spontaneamente pronto a subire un provvedimento, che incide dall'esterno sulla sua posizione giuridica, limitandola³⁰⁵,

³⁰³ A questo proposito sembra opportuno segnalare che la disciplina dei c.d. contratti di diritto pubblico fa salva la capacità dell'amministrazione di intervenire unilateralmente, in situazioni di necessità, sul rapporto definito in forza dell'accordo con le parti. La previsione nell'ordinamento giuridico interno, della facoltà dell'amministrazione di recedere unilateralmente dall'accordo per "sopravvenuti motivi di pubblico interesse" assolverebbe la descritta finalità. In tema cfr. per tutti CERULLI IRELLI, *Principi del diritto amministrativo II*, cit., p. 172: «questo "recesso" è in realtà una revoca del tutto corrispondente alla revoca del provvedimento amministrativo sostitutivo dell'accordo».

³⁰⁴ Cfr. il già cit. 15 U.S.C. § 45 (b): «... whenever in the opinion of the Commission conditions of fact or of law have so changed as to require such action or of the public interest shall so require».

³⁰⁵ Infatti è stato opportunamente osservato che «In theory, a commitment should correspond substantially to the obligations, for the future, which the Commission would have been able to impose on

purché esso sia oggettivamente meno pregiudizievole di quello originariamente atteso³⁰⁶. Ed infatti, come visto, in una decisione con impegni, lungi dal dichiarare la sussistenza di un'infrazione, la Commissione non attesta neanche che una simile violazione sia stata commessa in passato.

Nell'atto di considerare che l'esercizio della funzione, in vista dell'adozione di decisioni ai sensi dell'art. 9, rimanga confinato nel solco di moduli rigidamente unilaterali, si corre il rischio di dimenticare che nella dinamica delle relazioni tra autorità e imprese sottoposte alle indagini, data la complessità delle valutazioni che la prima è chiamata a compiere, nonché la difficoltà di individuare misure correttive idonee a rimuovere i profili anticoncorrenziali della pratica esaminata, la componente consensuale svolge un ruolo determinante.

Nella *commitments procedure* sembra perciò potersi cogliere una certa assonanza con modelli procedimentali caratterizzati dal significativo apporto volitivo dei soggetti interessati, e dalla circostanza che la negoziazione si inserisca nella fase decisoria del procedimento, in funzione integrativa del provvedimento finale, per determinarne il contenuto.

Non che, d'altra parte, una simile considerazione intenda operare sul piano degli inquadramenti dogmatici, e giungere all'estremo di sostenere che le indicazioni che il legislatore ha trasfuso in poche e coincise coordinate di procedura, suggeriscano una qualificazione giuridica dello strumento di cui ci si occupa in termini di accordi, seppur semplicemente integrativi del provvedimento adottato ai sensi dell'art. 9.

the company in question in a formal prohibition decision»: J. TEMPLE LANG, *Commitment Decisions and Settlements with Antitrust Authorities under European Antitrust Law*, cit., p. 283.

³⁰⁶ La lettura qui proposta ripercorre l'itinerario argomentativo suggerito da G. GRECO *Contratti e accordi della pubblica amministrazione con funzione transattiva*, cit., pp. 246-247, nel dimostrare, in via generale, che risultati di natura transattiva possono essere conseguiti anche nel quadro dell'esercizio unilaterale della potestà amministrativa.

Innanzitutto nell'ambito del Reg. 1/2003 il testo degli impegni sul quale si incontrerebbero le volontà di imprese proponenti e autorità non è stato concepito in modo da acquisire autonoma consistenza, come accade invece nello scenario statunitense dove, all'esito delle trattative, le parti sottopongono alla Commissione o ai giudici una proposta di *consent order* o *decree* nella quale è dato, dunque, rinvenire già il consenso dei contrapposti centri di interesse³⁰⁷. In sede comunitaria la Commissione si limita a sintetizzare nella comunicazione di cui all'art. 27, paragrafo 4, i contenuti degli impegni offerti dalle imprese, dichiarando la propria intenzione di approvarli, e subordinando l'emanazione del provvedimento finale all'esito del *market test*. Tale dichiarazione non è di per sé produttiva di effetti sostanziali che potranno scaturire solo dal provvedimento finale. Nondimeno, come visto, è verosimile che una difformità tra la finale formulazione degli impegni e le indicazioni contenute nella comunicazione in parola, non giustificata alla luce di nuovi elementi che siano emersi in fase di consultazione, potrebbe essere utilizzata dai diretti interessati in sede giurisdizionale per sostenere un esercizio della funzione non conforme ai criteri di logicità e ragionevolezza³⁰⁸.

Del resto, ragionando in termini di categorie dogmatiche, si corre il rischio di trasporre modelli profondamente radicati nel tessuto normativo nazionale, all'interno di uno scenario, quello comunitario, nel quale il legislatore, posto un determinato obiettivo, assume tradizionalmente un atteggiamento neutro nei confronti dello strumento utilizzato per il perseguimento del primo.

³⁰⁷ Al riguardo sembra nondimeno opportuno ricordare che, come visto, il Dipartimento di Giustizia può comunque recedere dall'accordo in qualsiasi momento sino alla sua finale approvazione.

³⁰⁸ Taluno ha tuttavia sostenuto che nella procedura comunitaria di adozione dei *commitments*, entrambe le parti (Commissione e imprese) sarebbero libere di recedere dagli impegni assunti in ogni momento fino all'adozione del provvedimento finale. È chiaro che in questo senso mancherebbero i connotati tipici di un accordo integrativo, che normalmente produce effetti interinali (sino all'adozione del provvedimento) tra le parti, tali che il privato non possa in alcun modo sottrarsi agli impegni assunti, e l'Amministrazione sia tenuta ad adottare il provvedimento nei tempi e con le modalità pattuite. Per tutti v. V. CERULLI IRELLI, *Principi del diritto amministrativo II*, cit., p. 174.

Capitolo III

Nodi critici e questioni irrisolte legate all'adozione degli impegni.

3.1 Il ruolo delle autorità garanti della concorrenza e delle giurisdizioni nazionali: quale decentralizzazione?

Alcune considerazioni sulla possibilità per le autorità nazionali di condurre ulteriori istruttorie in relazione a casi precedentemente risolti dalla Commissione con l'adozione di decisioni con impegni.

Nel corso delle pagine precedenti si è cercato di dar conto delle questioni che si situano al cuore della *commitments procedure*.

Come visto, la concisione del legislatore nella disciplina delle regole di procedura che governano l'adozione di impegni, nonché l'assenza di strumenti di natura interpretativa che integrino il descritto quadro normativo³⁰⁹, rappresentano la principale fonte di “*unanswered questions*” in materia³¹⁰.

³⁰⁹ Ci si riferisce in particolare all'assenza di comunicazioni che facciano luce, in maniera analoga a quanto consentono le Linee Guida cit. adottate dall'*Office of Fair Trading*, sugli aspetti maggiormente controversi dell'impiego della nuova tipologia di decisioni.

³¹⁰ Così le definiscono R. WHISH, *Commitment Decisions under Article 9 of the EC Modernisation Regulation: Some Unanswered Questions*, in M. JOHANSSON, U. BERNITZ (a cura di), *Liber Amicorum in Honour of Sven Norberg – A European for All Seasons*, Bruylant, 2006; già in tema M. SOUSA FERRO, *Committing to commitment decisions – Unanswered questions on article 9 decisions*, cit.

Peraltro, accanto e forse prima di ciò che il legislatore non dice, è quello che egli dice, a generare più di qualche perplessità.

Nel tredicesimo considerando del Reg. 1/2003, dopo essere stato chiarito che alle decisioni concernenti gli impegni non è dato «giungere alla conclusione dell'eventuale sussistere o perdurare di un'infrazione», si statuisce che tali decisioni «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».

Dall'altro lato si porrebbe la previsione di cui al secondo paragrafo dell'art. 16, del Reg. 1/2003 secondo la quale: «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».

Taluno ha osservato che le due disposizioni striderebbero reciprocamente per il fatto che la prima, consentendo ad un'autorità garante nazionale di accertare la sussistenza di un'infrazione laddove, in relazione alla stessa condotta, la Commissione abbia ritenuto opportuno, con provvedimento formale, non procedere a detto accertamento, confliggerebbe con il principio di uniforme applicazione del diritto comunitario³¹¹, a presidio del quale è dettata la seconda³¹².

³¹¹ In proposito cfr. R. WHISH, *Competition Law*, cit., 257: «recital 13 says that commitment decisions will not conclude whether or not there has been or still is an infringement of the competition rules, and adds that they are without prejudice to the powers of NCAs and national courts to decide upon the case, a strange provision which sits *oddly* with Article 16». Nello stesso senso C. F. VICIÉN, *Commitment decision under EC Regulation 1/2003*, cit., pp. 5-6; M. SOUSA FERRO, *loc. ult. cit.*, p. 455.

³¹² Sul punto osserva J. TEMPLE LANG, *Commitment Decisions and Settlements with Antitrust Authorities under European Antitrust Law*, cit., p. 289: «The powers of national authorities and courts should not include power to find that conduct which is permitted by the commitment is illegal, because that would conflict with the Commission's finding that "there are no longer grounds for action by the Commission", if that finding is meaningful».

Tuttavia tale contraddizione non sembra potersi ritenere imputabile ad un'incauta redazione delle disposizioni in parola. Il considerando 22 dello stesso regolamento di modernizzazione, che motiva la norma di cui al citato articolo 16, oltre ad affermare 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 di decisioni*», puntualizza che «le decisioni di 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». Le due previsioni sono quindi trasfuse, volutamente, in un'unica disposizione, sicché deve escludersi una “svista” del legislatore.

Decisioni con impegni e decentralizzazione nell'applicazione del diritto comunitario della concorrenza sono del resto figli della stessa riforma. È quindi ragionevole attendersi che, nel mettere a punto meccanismi idonei ad assicurare coerenza nell'applicazione degli articoli 81 e 82 all'interno dell'*European Competition Network*, il legislatore abbia guardato alle decisioni con impegni come parte integrante dello strumentario funzionale all'*enforcement* nel quadro post-modernizzazione.

Nel tentativo di risolvere un contrasto, che può definirsi solo apparente, deve recuperarsi quanto in precedenza osservato in merito al contenuto dispositivo tipico di un provvedimento adottato ai sensi dell'art. 9. Una decisione con impegni non accerta né che la condotta oggetto di indagine, prima di essere spontaneamente modificata dalle imprese interessate, costituisca un'infrazione delle norme poste a tutela della

concorrenza, né che la stessa, ove conforme agli impegni resi obbligatori con decisione, sia compatibile con gli articoli 81 e 82³¹³.

Qualora le competenti autorità nazionali si trovino a condurre un'istruttoria completa avente ad oggetto una pratica, in relazione alla quale è in passato intervenuta una decisione della Commissione ex art. 9, e ritengano all'esito della prima che il comportamento esaminato integri una violazione antitrust, tale constatazione, l'ingiunzione rivolta all'impresa di desistere dalla condotta contestata, o anche l'imposizione in via unilaterale di rimedi comportamentali o strutturali³¹⁴, non potrebbero tecnicamente ritenersi confliggenti con la decisione precedentemente adottata dalla Commissione³¹⁵. Contrasto non può esservi laddove i provvedimenti, in preteso conflitto, abbiano un diverso ambito di applicazione. In altre parole, un conto è dire che due decisioni risolvono in maniera discordante la medesima questione, un altro, è sovrapporre tale eventualità a quella, affatto diversa, in cui due provvedimenti curino in concreto, rispettivamente, differenti interessi pubblici.

In senso analogo tali considerazioni possono ritenersi valide per le ipotesi in cui, i giudici nazionali vengano chiamati, in sede di *private enforcement*, a pronunciarsi sulla liceità antitrust di una condotta già dedotta in una *commitment decision* della Commissione, laddove dei terzi si ritengano lesi da tale comportamento, e chiedono perciò il risarcimento dei danni, o si oppongono all'esecuzione di un accordo perché contrario alle norme in materia di concorrenza.

³¹³ Coglie opportunamente questo aspetto l'osservazione di O. ARMENGOL e Á. PASCUAL, *Some reflections on article 9 commitment decisions in the light of the Coca-Cola case*, in *Eur. Comp. Law. Rev.*, 3/2006, cit., p. 126: «Art. 9 is conceived as a mechanism to bringing administrative procedures, rather than infringements, to an end».

³¹⁴ V. art. 7, Reg. 1/2003.

³¹⁵ Cfr. D. GERBER, P. CASSINIS, *The "Modernisation" of European Community Competition Law: Achieving Consistency in Enforcement-Part II*, in *Eur. Comp. Law. Rev.*, vol. 27, n. 2/2006, p. 53; O. ARMENGOL e Á.PASCUAL, *Some reflections on article 9 commitment decisions in the light of the Coca-Cola case*, cit., p. 124.

Quello che la Commissione si limita a decretare con una decisione ex art. 9 è che il caso sino a quel momento indagato, alla luce delle misure correttive offerte dalle parti, non rientra più nelle sue priorità come autorità garante della concorrenza “al centro” della rete europea di autorità, ed in quanto tale responsabile dell’orientamento della politica comunitaria antitrust.

Una decisione con impegni è opportuna laddove la condotta oggetto di indagine sia modificata in modo tale da non restringere, verosimilmente, la concorrenza nel mercato comune, ma anche qualora qualsiasi presunta infrazione ravvisabile nel comportamento - nonostante le modifiche apportate - presenti un rilievo talmente esiguo da non giustificare un ulteriore dispendio di risorse procedimentali³¹⁶.

Tale lettura è perfettamente in linea con il rilievo, svolto nelle premesse alla presente indagine, che individua l’obiettivo principale della riforma di modernizzazione in una sorveglianza efficace, accompagnata dalla semplificazione delle procedure amministrative, al fine di consentire alla Commissione di riacquistare il controllo della propria “*enforcement agenda*”³¹⁷, sfuggite di mano nel previgente regime.

Nel nuovo scenario normativo, attesa l’abolizione del sistema di autorizzazione centralizzato delle intese, viene enfatizzato il principio in base al quale la Commissione non può ritenersi sottoposta all’obbligo di agire nei confronti di tutte le presunte infrazioni del diritto comunitario della concorrenza. L’ampia discrezionalità della quale l’autorità pubblica gode nel decidere su quali pratiche concentrare la propria attività, prende corpo in due fasi del procedimento reciprocamente speculari, quella di avvio -

³¹⁶ Cfr. W. WILS, *Settlements of EU Antitrust Investigations: Commitment Decisions under Article 9 of Regulation No 1/2003*, cit., p. 366: «The adoption of a commitment decision ... merely imply that the Commission must have considered that either there would no longer be an infringement, or action against the remaining infringement would not have fitted in its enforcement priorities, while saving the resources which it would have had to spend to decide which of the two it was».

³¹⁷ Cfr. Libro Bianco sulla Modernizzazione, cit., par. 41. Cfr. altresì il comunicato stampa del 26/11/2002, IP/02/1739. In tema S. VENIT, *Brave New World: The Modernization and Decentralization of Enforcement Under Articles 81 and 82 of the EC Treaty*, in *Comm. Mark. Law. Rev.*, n. 40/2003, pp. 545-546.

come già chiarito dalla giurisprudenza *Automec II*³¹⁸- e quella di chiusura. Le potenzialità della nuova tipologia di decisioni vanno colte appunto in relazione a quest'ultima.

L'idea che la riferita contraddizione nasconda in realtà un falso problema, non sembra essere sconfessata dal rilievo in base al quale la Commissione, avendo ritenuto di essere l'autorità meglio posizionata per occuparsi della presunta infrazione, dovrebbe di conseguenza essere in grado di tenere sotto controllo l'esito di tale processo. «A NCA should not be free to second-guess the Commission's finding that it was best placed to handle that practice (nor its finding that a Commitment Decision was enough to serve the Community interest in this matter)»³¹⁹.

In primo luogo, infatti, le valutazioni della Commissione sulla rilevanza di una pratica rispetto al parametro dell' "interesse comunitario" possono evolvere nel corso di un procedimento istruttorio. L'assenza sin dall'origine, o all'esito della proposta di impegni, dell'interesse comunitario a dirigersi contro una presunta infrazione, non preclude alle autorità degli Stati membri di ritenere che la condotta in oggetto sollevi, in

³¹⁸ Cfr. TPI, 18/9/1992, causa T-24/90, *Automec II*, cit. Il caso chiarisce che alla Commissione va riconosciuto il potere di graduare le proprie priorità. L'obbligo in discussione era quello di avviare un'istruttoria sulla base di denunce di terzi. Il principio, nel periodo di vigenza del precedente regolamento di procedura subiva, come evidente nelle argomentazioni del tribunale, una giustificabile attenuazione in presenza dell'obbligo di «attestare la non applicabilità del diritto concorrenziale o la esentabilità di un certo comportamento su richiesta di una parte che quel comportamento vuole concretamente tenere o provvedere»: v. C. OSTI, *Le nuove funzioni di orientamento della Commissione europea e dell'autorità Garante*, Intervento al convegno Assonime "adeguare l'ordinamento italiano al Regolamento 1/2003: quali scelte normative per la modernizzazione dell'antitrust", svoltosi il 15/12/2003 presso la Corte Suprema di Cassazione.

Cfr. la *Comunicazione della Commissione sulla procedura applicabile alle denunce presentate alla Commissione ai sensi degli articoli 81 e 82 del trattato*, cit.

³¹⁹ Così M. SOUSA FERRO, *Committing to commitment decisions – Unanswered questions on article 9 decisions*, cit., p. 456.

Sulla nozione di "best placed authority" intorno alla quale ruota la globale distribuzione di competenze nell'applicazione delle regole di concorrenza all'interno della Rete Europea di autorità garanti cfr. gli articoli 11, par. 3, 4 e 6 del Reg. 1/2003, nonché l'art. 16 dello stesso regolamento e la *Comunicazione della Commissione sulla cooperazione nell'ambito della rete delle autorità garanti della concorrenza*, in GUCE C 101 del 27/4/2004, in particolare par. 5, 44 e 51.

una prospettiva *effect-based*, problemi di natura concorrenziale tali da giustificare un'indagine in sede nazionale³²⁰.

La disposizione contenuta all'art. 11, paragrafo 6, secondo la quale «l'avvio di un procedimento [d'infrazione] da parte della Commissione ... priva le autorità garanti della concorrenza degli Stati membri della competenza ad applicare gli articoli 81 e 82 del trattato» ha infatti un effetto transitorio, che dura sino a quando la Commissione non decida di chiudere l'istruttoria con l'adozione di una decisione con impegni. Riacquisita la competenza a pronunciarsi sulla condotta, già oggetto di decisione, le autorità nazionali sono tenute a non adottare provvedimenti che siano in contrasto con la prima. Una tale evenienza è da escludersi, come sopra chiarito, nelle ipotesi in cui le autorità constatino un'infrazione, o ritengano che, al fine di escluderla, sia necessario accettare dalle imprese interessate impegni ulteriori rispetto a quelli già resi vincolanti dalla Commissione.

Potrebbe allora profilarsi un'ipotesi di contrasto con una *commitment decision* emanata dalla Commissione, solo qualora i rimedi imposti o concordati dalle autorità nazionali e dalle imprese interessate rendessero impossibile a queste ultime onorare gli impegni offerti alla Commissione, il che rappresenta uno scenario alquanto inverosimile.

In ogni caso deve ritenersi che i meccanismi predisposti nel quadro della modernizzazione, al fine di assicurare la cooperazione ed il coordinamento dell'attività svolta dalla Commissione e dalle autorità nazionali nell'applicazione delle regole di concorrenza, riducano al minimo le probabilità che si verificano in concreto casi in cui

³²⁰ *Contra* J. TEMPLE LANG, *loc. cit.*, p. 289: «If national authorities and courts could reconsider the adequacy of the commitment accepted by the Commission the advantage of the “one-stop-shop” would be lost».

le seconde accertino che un comportamento coperto da una decisione ex art. 9 costituisca un'infrazione³²¹.

Il caso Coca-Cola citato appare in tal senso emblematico.

Prima che la Commissione avviasse formalmente, il 29 settembre 2004, un procedimento per abuso di posizione dominante a carico della società Coca-Cola e delle sue imprese di imbottigliamento, la competente autorità spagnola stava parallelamente svolgendo un'istruttoria sulle condotte poste in essere dalla stessa società³²². Nonostante tale ultimo procedimento fosse stato interrotto³²³ dall'Ufficio Spagnolo per la Concorrenza già precedentemente all'entrata in vigore del Reg. 1/2003, in virtù della Comunicazione allora vigente sulla cooperazione tra autorità nazionali e Commissione³²⁴, il formale avvio della corrispondente procedura in sede comunitaria, avrebbe prodotto in ogni caso l'effetto di privare il primo della competenza ad applicare gli articoli 81 e 82 al caso in questione³²⁵.

In seguito all'adozione da parte della Commissione europea della decisione con cui la stessa dichiarava che, gli impegni assunti da Coca-Cola giustificassero la chiusura del procedimento³²⁶, l'autorità spagnola revocava la sospensione del

³²¹ In tema cfr. S. BRAMMER, *Concurrent Jurisdiction Under Regulation 1/2003 and the Issue of Case Allocation*, in *Comm. Mark. Law. Rev.*, 42/2005, p. 1383; A. BURNSIDE, H. CROSSLEY, *Co-operation in Competition: a New Era?*, in *Eur. Law Rev.*, 30/2005, pp. e ss. 234; D. GERBER, P. CASSINIS, *The 'Modernisation' of European Community Competition Law: Achieving Consistency in Enforcement-Part I*, in *Eur. Comp. Law. Rew.*, 27/2006, pp. 10 e ss. D. GERBER, J. CASSINIS, *The 'Modernisation' of European Community Competition Law: Achieving Consistency in Enforcement-Part II*, in *Eur. Comp. Law. Rew.*, 27/2006, pp. 51 e ss.

³²² Sebbene alcuni commentatori sottolineino in proposito che l'identità delle violazioni oggetto di indagini, rispettivamente da parte della Commissione e dell'autorità garante spagnola, fosse controversa. Cfr. O. ARMENGOL e Á.PASCUAL, *Some reflections on article 9 commitment decisions in the light of the Coca-Cola case*, cit., p. 128.

³²³ La sospensione era stata disposta infatti nel dicembre 2003: fino a quel momento il procedimento spagnolo si era svolto parallelamente alla conduzione di indagini informali da parte della Commissione.

³²⁴ Cfr. 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 GUCE C 313 del 15/10/1997.

³²⁵ Cfr. art. 11, paragrafo 6, cit.

³²⁶ Cfr. decisione del 22/6/2005, COMP/39.116 cit. Nelle valutazioni preliminari la Commissione aveva espresso la preoccupazione che le pratiche commerciali - riguardanti la fornitura esclusiva, gli sconti subordinati al raggiungimento di determinati obiettivi e soglie d'acquisto e le pratiche consistenti nel far

procedimento e, dopo aver ascoltato i rilievi delle parti, chiudeva lo stesso ai sensi dell'art. 13, paragrafo 2, Reg. 1/2003³²⁷, senza prendere alcuna posizione espressa sulla sussistenza o meno di una violazione degli articoli 81 e 82 del trattato³²⁸.

La descritta successione di eventi mostra in maniera evidente che, in seguito alla chiusura della procedura d'infrazione comunitaria mediante decisione con impegni, l'autorità nazionale spagnola avesse recuperato la piena giurisdizione sul caso precedentemente sospeso³²⁹.

Inoltre, la scelta di invocare l'art. 13.2 del Reg. 1/2003 a fondamento giuridico dell'atto di conclusione formale del procedimento, è altamente significativa, posto che tale norma si limita a conferire alle autorità nazionali e alla Commissione la facoltà di respingere una denuncia per i casi già trattati da altra autorità, lungi dall'imporre un'obbligazione in tal senso³³⁰.

leva sul potere di mercato di svariate categorie di prodotto - poste in essere dalla società Coca-Cola e dalle sue imprese di imbottigliamento violassero l'art. 82 del trattato. Gli impegni proposti dalle imprese interessate (consistenti in sostanza nell'astensione dalla conclusione di accordi in esclusiva e da pratiche di sconti target, e nel lasciare ai dettaglianti la possibilità di utilizzare almeno il 20 % dello spazio presente nei frigocongelatori forniti da Coca-Cola per prodotti acquistati da imprese concorrenti di quest'ultima) sono stati ritenuti dalla Commissione sufficienti per affrontare i problemi individuati sotto il profilo della concorrenza.

³²⁷ L'art. 13, paragrafo 2, recita: «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».

³²⁸ La scelta dell'autorità spagnola di astenersi, in sede di conclusione del procedimento, dall'attestare la sussistenza di un'infrazione o viceversa la compatibilità del comportamento tenuto da Coca-Cola con la normativa antitrust comunitaria e nazionale, alla luce della lettura proposta in questa sede, sembra doversi attribuire a ragioni di opportunità e non all'obbligo di evitare l'adozione di decisioni confliggenti con quelle della Commissione (ex art. 16.2). Nonostante ciò l'esito della vicenda conferma una scarsa inclinazione delle autorità nazionali ad adottare decisioni che si discostino dalle conclusioni contenute in una decisione con impegni adottata dalla Commissione.

³²⁹ Cfr. P. GASPARON, B. VISNAR, *Coca-Cola: wide remedies in fizzy drinks*, in *Comp. Pol. Newsletter*, n. 3/2005, pp. 60-64.

³³⁰ V. I. VAN BAEL e J. F. BELLIS, *Competition law of the European Community*, cit., p. 1027.

3.2 L'art. 9 del Reg. 1/2003: uno strumento di regolazione?

L'impiego di rimedi nell'applicazione degli articoli 81 e 82 e nel controllo delle concentrazioni. Analogie e differenze.

Come anticipato nelle premesse a questo lavoro, tra la procedura di cui all'art. 9 del Reg. 1/2003 e il controllo in materia di concentrazioni è possibile stabilire un filo conduttore, rappresentato dalla possibilità per l'autorità che vigila sul corretto svolgimento della competizione economica all'interno della Comunità, di superare i problemi di natura concorrenziale emersi nell'esame di accordi, pratiche od operazioni di concentrazione, a seguito della proposta da parte degli interessati di impegni «proporzionati al problema sotto il profilo della concorrenza»³³¹ ed idonei a risolverlo.

È ragionevole attendersi che la consolidata esperienza in materia di concentrazioni, ed in particolare nella negoziazione di misure correttive tra le parti e la Commissione, costituisca, in linea di principio, un punto di riferimento importante nell'analisi dei *commitments* ex art. 9, delle finalità e della natura degli stessi³³².

Rispetto alla praticabilità del descritto metodo comparativo, pare nondimeno opportuno adottare un atteggiamento critico, atteso che le differenze tra la natura prospettica delle valutazioni condotte dalla Commissione nell'ambito del controllo sulle concentrazioni, e il carattere *ex-post* dell'analisi che, viceversa, sottende l'*enforcement* degli articoli 81 e 82, pesano inevitabilmente sulla fisionomia delle misure correttive utilizzate nelle rispettive aree.

³³¹ L'espressione è presa a prestito dal considerando 30 del Regolamento in materia di controllo sulle concentrazioni n.139/2004 cit.

³³² Cfr. G. CERRUTI, *Quelques considerations sur l'introduction en droit français des engagements en matière de pratiques anticoncurrentielles*, in *Rev. des dr. de la Conc.*, n. 1/2005, p. 11.

La prima questione controversa investe l'analisi delle finalità sottese all'utilizzo dei *remedies* all'interno dei due ambiti. Come chiarito nella sentenza del Tribunale di primo grado sul caso *Gencor*³³³, richiamata sul punto dalla Commissione nella Comunicazione sulle misure correttive in materia di concentrazioni³³⁴, «lo scopo principale degli impegni è quello di garantire strutture di mercato concorrenziali».

Con riguardo, invece, ai *commitments* nei casi di presunta violazione degli articoli 81 e 82 del trattato, sembra che il veicolo di introduzione delle misure correttive costituisca un fattore di rilievo decisivo nell'orientarne funzioni e limiti.

In relazione ai rimedi “imposti” – piuttosto che concordati – non si registra unanimità di opinioni. Semplificando in maniera estrema sul punto, può affermarsi che, a posizioni che enfatizzano il ruolo del principio di proporzionalità quale criterio guida nell'individuazione di rimedi “efficienti”, e affermano che questi ultimi debbano limitarsi a ripristinare la concorrenza esistente nel mercato prima dell'infrazione, paventando il rischio che un rimedio eccessivo finisca con il disincentivare una competizione vivace³³⁵, si alternano posizioni che valorizzano la portata deterrente del rimedio³³⁶.

Ad oggi il legislatore sembra aver fatto luce sul punto, posto che l'art. 7 del Reg. 1/2003, nell'atto di richiamare il principio di proporzionalità (proporzione tra

³³³ Cfr. TPI, 25/3/1999, causa T-102/96, *Gencor Ltd./Commissione*, in Racc. 1999, pag. II-753, punto 316-318, considerato *leading case* in materia di *merger remedies*: «the commitments [...] must enable the Commission to conclude that the concentration at issue would not create or strengthen a dominant position within the meaning of Art. 2(2) and (3), ECMR».

In tema cfr. D. WENT, *The Acceptability of Remedies Under the EC Merger Regulation: Structural Versus Behavioural*, in *Eur. Comp. Law, Rev.*, 8/2006, pp. 455-475.

³³⁴ Cfr. Comunicazione della Commissione concernente le misure correttive considerate adeguate a norma del Regolamento CEE n. 4064/89, cit., par. 9.

³³⁵ Cfr. E. T. SULLIVAN, *Antitrust remedies in the U.S. and EU: advancing a standard of proportionality*, in *The Antitrust Bulletin*, 48/2003, p. 394: «an overbroad remedy may create a disincentive for vigorous competition».

³³⁶ V. R. A. POSNER, *Antitrust law: an economic perspective*, Chicago University Press, 1976, p. 21: «the basic objective of a remedial system is to deter people from violating the law».

rimedio e infrazione commessa), statuisce che i rimedi devono risultare «necessari a far cessare effettivamente l'infrazione stessa»³³⁷.

Nelle ipotesi di cui all'art. 9 del Reg. 1/2003, la logica richiamata emerge in maniera ancor più evidente, atteso che la disposizione istituisce un collegamento funzionale immediato tra gli impegni e le preoccupazioni espresse dalla Commissione, precisando che i primi devono essere idonei a neutralizzare queste ultime. L'assenza di una finalità deterrente risulta del resto pienamente giustificata dalla circostanza che ci si trovi di fronte a casi nei quali le modifiche alle condotte oggetto di presunta infrazione, vengono proposte spontaneamente dalle parti e non imposte unilateralmente dall'autorità pubblica, in seguito all'accertamento della violazione. La stessa ragione per la quale l'impiego di *commitment decisions* è ritenuto inopportuno nei casi in cui la Commissione intenda comminare un'ammenda³³⁸, impongono di escludere che queste ultime possano assolvere una sostanziale funzione disincentivante nei confronti di future violazioni.

Non a caso, l'unico segmento della *commitments procedure* nel quale può individuarsi una logica deterrente, non è quello relativo all'adozione delle decisioni in parola, bensì quello corrispondente all'imposizione di sanzioni e di penalità di mora prevista dagli articoli 23, paragrafo 2, e 24, paragrafo 1, per i casi rispettivamente di inottemperanza e ritardo nel rispetto degli impegni assunti.

Un'ulteriore questione sulla quale sembra opportuno richiamare brevemente l'attenzione, riguarda il ruolo che l'alternativa tra rimedi c.d. strutturali (che implicano

³³⁷ Sul principio di proporzionalità in materia rimedi cfr. per prima CGCE, causa C-241/91, *P, RTE e ITP/Commissione*, (caso *Magill*), punto 93.

La formulazione letterale dell'art. 9, nella parte in cui recita: «la decisione ... giunge alla conclusione che l'intervento della Commissione *non è più giustificato*», evoca la funzione degli impegni offerti nella prima fase dell'analisi delle concentrazioni, cfr. art. 6, paragrafo 2, Reg. n. 139/2004 cit.: «se la Commissione constata che, a seguito di modifiche apportate dalle imprese interessate, una concentrazione notificata *non suscita più seri dubbi* [per quanto riguarda la sua compatibilità con il mercato comune] dichiara la concentrazione compatibile con il mercato comune».

³³⁸ Sulla logica della deterrenza come criterio fondamentale nella individuazione di sanzioni efficaci v. W. WILS, *Optimal Antitrust Fines: Theory and Practice*, cit., pp. 193 e ss.

in sostanza un cambiamento strutturale nel mercato rilevante) e rimedi di carattere comportamentale (rappresentati da oneri e limitazioni gravanti sulla condotta delle parti) giocherebbe rispettivamente nell'ambito del controllo in materia di concentrazioni e nell'applicazione degli articoli 81 e 82.

Atteso il silenzio che la normativa comunitaria in materia di concorrenza serba sulla dicotomia in parola³³⁹, elementi di valutazione possono desumersi dalla citata Comunicazione sulle misure correttive, nonché dal recente *Merger Remedies Study*³⁴⁰ condotto dalla Direzione generale concorrenza della Commissione europea. Nella prima viene operata, in luogo della distinzione tra natura strutturale e comportamentale del rimedio, una ripartizione delle misure correttive - che tende in linea di massima a sovrapporsi alla prima - nei rimedi che comportano la cessione o la dismissione di attività³⁴¹ e nelle "altre misure correttive"³⁴² (a titolo esemplificativo, la risoluzione di accordi di esclusiva).

Nello Studio sui *remedies* ricorre ancora un'ulteriore classificazione, basata sul criterio discrezionale dell' "effetto competitivo atteso"³⁴³ della misura. All'esito di tale operazione sono individuabili impegni volti a trasferire una posizione di mercato; impegni ad abbandonare una *joint-venture*; impegni a garantire l'accesso a beni essenziali (infrastrutture, a licenze di tecnologia o di diritti di proprietà intellettuale), e quindi idonei ad eliminare barriere all'ingresso dei mercati rilevanti, ed altri impegni. Nella classificazione operata dalla Commissione sembra riflettersi il carattere relativo

³³⁹ Cfr. D. WENT, *The Acceptability of Remedies Under the EC Merger Regulation: Structural Versus Behavioural*, cit., p. 455: «there is no formal definition of structural or behavioural remedies in either the EC Merger Regulation, the Remedie Notice, or elsewhere in jurisprudence».

³⁴⁰ *Merger Remedies Study*, DG Comp, ottobre 2005, in <http://www.europa.eu>.

³⁴¹ Per quanto le dismissioni di attività non esauriscano il panorama dei rimedi strutturali, le stesse sono tradizionalmente assunte a paradigma di tale tipologia di misure. Nell'esempio invocato dal Tribunale di primo grado nel caso *Gencor* cit., la vendita di un ramo di attività sociali viene considerata idonea a modificare la struttura di una delle imprese partecipanti alla concentrazione.

³⁴² V. parr. 6 e ss. della Comunicazione ult. cit.

³⁴³ Cfr. *Mergers Remedies Study* cit., par. 30.

della distinzione strutturale/comportamentale, e la volontà di ribadire che ci si trova dinanzi a categorie caratterizzate da confini precari³⁴⁴.

Operando ancora una estrema semplificazione sul punto, sembra potersi concludere che nell'area del controllo sulle concentrazioni la Commissione prediliga, in via generale, il ricorso a rimedi di natura strutturale, posto che essi sono verosimilmente idonei «una volta per tutte, o almeno per un periodo di tempo determinato» a prevenire la creazione o il rafforzamento di una posizione dominante³⁴⁵.

Tale preferenza è in ogni caso sostenuta da ragioni di opportunità, legate cioè in misura rilevante alla circostanza che i rimedi strutturali sono più agevoli da amministrare, posto che essi non richiedono un monitoraggio di lungo periodo a carico dell'autorità di vigilanza.

Nonostante ciò, nel caso in commento, i giudici hanno confermato la natura meramente indicativa della classificazione, nonché precisato che non possa escludersi in linea di principio l'idoneità dei rimedi comportamentali ad impedire la creazione o il rafforzamento di una posizione dominante, e a produrre, dunque, un effetto strutturale sul mercato rilevante³⁴⁶.

Nei casi di presunta violazione degli articoli 81 e 82 del trattato, appare emergere una logica significativamente differente da quella descritta.

I procedimenti di applicazione delle norme in parola, atteso che essi non implicano un'analisi di tipo prospettico, e consistono nella valutazione di condotte poste in essere in passato e generalmente perduranti nella fase di svolgimento delle

³⁴⁴ Nello specifico, infatti, se per un verso, gli impegni a trasferire posizioni di mercato implicano generalmente la cessione di attività, e possono dunque essere classificati come rimedi strutturali, per un altro, le misure che si riferiscono a licenze di diritti di proprietà intellettuale possono afferire tanto alla prima categoria (r. strutturali), quanto alla terza, non necessariamente di natura strutturale. Sulla precarietà della dicotomia v. G. DRAUZ, *Remedies Under the Merger Regulation*, Fordham Corp. Law Inst., 1996, p. 225: «The distinction between structural and behavioural is not a clear bright line».

³⁴⁵ Cfr. TPI, causa T-102/96, *Gencor Ltd./Commissione*, cit., punto 319.

³⁴⁶ Cfr. sent. ult. cit., punto 319. V. altresì R. WHISH, *Competition Law*, cit., p. 852.

indagini, sono strutturalmente finalizzati a porre fine alla violazione constatata e a ripristinare condizioni di concorrenza effettiva nel mercato rilevante. È ragionevole attendersi che la natura del *target* dell'attività amministrativa di controllo (un comportamento), influisca sulla tipologia del mezzo giuridico più appropriato per rimuovere l'infrazione riscontrata (un rimedio comportamentale).

In ogni caso la preferibilità di rimedi di carattere comportamentale nei procedimenti di applicazione degli articoli 81 e 82, dispone oggi di un preciso fondamento giuridico, posto che la Commissione ha la facoltà di imporre rimedi strutturali «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»³⁴⁷.

La *ratio* della norma è chiara. Nell'ambito di procedimenti finalizzati all'accertamento di una violazione, e che sono ordinariamente proiettati verso l'adozione di provvedimenti di condanna e di natura sanzionatoria, i diritti delle imprese interessate - che sono sottoposte ad indagini e non semplicemente parti "richiedenti" in una procedura di natura autorizzatoria - assumono una consistenza più voluminosa rispetto a quella che si registra nel controllo in materia di concentrazioni, e meritano dunque la dovuta considerazione³⁴⁸.

Pertanto, i rimedi comportamentali devono in tali circostanze essere preferiti a rimedi di natura strutturale benchè, tale opzione si riveli più onerosa per l'amministrazione, e non rappresenti tra le alternative praticabili quella più economica, nella misura in cui essa richiede da parte della Commissione una costante attività di

³⁴⁷ Cfr. art. 7, par. 1, del Reg. 1/2003.

³⁴⁸ In tema A. TAJANA, *If I had a Hammer ... Structural Remedies and Abuse of Dominant Position*, in *Comp. and Reg. in Network Industries*, vol. 1, n. 1/2006, p. 12, osserva: «Regulation 1/2003, takes into account the special nature of structural remedies in *ex-post* intervention and gives more attention to the rights of the parties than to enforcement priorities».

vigilanza e di monitoraggio sul rispetto delle misure imposte ai trasgressori della normativa antitrust.

La disposizione di cui al primo paragrafo dell'art. 7, Reg. 1/2003, e il c.d. "test legale" nella stessa disciplinato, hanno la finalità di guidare l'attività valutativa della Commissione, e di circoscrivere il margine di manovra di cui la stessa dispone nella ponderazione degli interessi rilevanti funzionale alla scelta della misura correttiva più appropriata. All'*enforcer* è consentito propendere per l'imposizione di rimedi strutturali solo nei casi in cui essi si rivelino gli unici in grado di raggiungere il risultato atteso³⁴⁹, o le parti interessate rovescino la tradizionale presunzione in base alla quale un rimedio strutturale comporterebbe per i destinatari un sacrificio più elevato di una misura correttiva comportamentale parimenti efficace.

In maniera del tutto differente, riguardo ai *commitments* ex art. 9, la Commissione si limita ad affermare che «commitments can be either behavioural or structural»³⁵⁰, senza ulteriori puntualizzazioni. Ciò appare potersi ragionevolmente giustificare alla luce della circostanza che, nelle procedure di cui all'art. 9, sono le parti interessate a proporre spontaneamente gli impegni, e sono in questo senso, tutelate, almeno formalmente³⁵¹, dall'imposizione in via unilaterale di misure correttive. Rispetto a questo specifico aspetto può, quindi, ritenersi che la logica sottesa alla selezione di appropriate misure correttive in sede di controllo sulle concentrazioni, si riespanda nell'area della "negoziiazione" degli impegni in procedimenti avviati ai sensi degli articoli 81 e 82.

³⁴⁹ Il test legale dettato dall'art. 7 è un test basato sul criterio dell' "efficacia", potenzialmente confliggente con un test più economico, fondato sull'efficienza della misura individuata. In tema cfr. A. TAJANA, *loc. ult. cit.*

³⁵⁰ Cfr. Comunicato stampa del 17/9/2004, MEMO/04/217, cit.

³⁵¹ In merito alle dinamiche della negoziazione degli impegni in materia di controllo sulle concentrazioni, e alla possibile attenuazione del principio della consensualità v. N.C.ERSBØLL, *Commitments under the Merger Regulation*, in *Eur. Comp.Lw Rev.*, 9/2001, p. 359: «the Commission can seek to "impose" commitments (even though it is meant to be the parties that offer them)».

A ciò si aggiunga che gli impegni resi obbligatori mediante l'adozione di decisioni ai sensi dell'art. 9 non sono accompagnati, a differenza di quelli imposti ex art. 7, dall'accertamento di alcuna violazione³⁵².

In definitiva, le imprese interessate sono inclini a collaborare con l'autorità di vigilanza per il fatto che esse traggono innegabili benefici dalla modifica spontanea della propria condotta e, conformemente a quanto accade in materia di concentrazioni, la Commissione internalizza i vantaggi scaturenti dal ruolo propulsivo giocato dai destinatari del provvedimento nella negoziazione dei rimedi più convenienti, posto che essi «share [with the Commission] both a diagnosis of the situation and possible ways of improving their behaviour»³⁵³.

Nonostante ciò, non può non riconoscersi che la disponibilità a cooperare con l'autorità pubblica sia sottoposta a sollecitazioni, nel quadro delle procedure autorizzatorie delle concentrazioni, del tutto diverse da quelle individuabili nelle ipotesi di cui all'art. 9, posto che nel primo caso gli impegni offerti assicurano alle parti la dichiarazione di compatibilità della concentrazione con il mercato comune, laddove, nella seconda ipotesi, le decisioni concernenti gli impegni non forniscono alle parti alcuna assicurazione formale sulla liceità delle condotte dedotte nell'oggetto del relativo provvedimento³⁵⁴.

Il sistema rivela in ciò una profonda coerenza. I casi trattati dalla Commissione in sede di applicazione degli articoli 81 e 82 del trattato sono, infatti, ad oggi,

³⁵² S. EIBL, *Commitment decisions: an Australian perspective*, in *Eur. Comp. Law. Rev.*, 6/2005, p. 329 «the fact that the commitment process relies on the alleged infringer's active participation» spiegherebbe anche perché «*the preliminary assessment does not offer the same protection of rights that a SO does*».

³⁵³ B. LASSERRE, *The policy of commitments in antitrust law: first steps and first update on the French case*, in *International antitrust law & policy*, cit., p. 40.

J. TEMPLE LANG, *op. ult. cit.*, p. 292 definisce i commitments come uno strumento adottato dalla Commissione al fine di sviluppare «*its so far unimaginative practice in relation to remedies*».

³⁵⁴ Nel MEMO/04/217 cit. la Commissione infatti dichiara: «While the addressee of a commitment decision does not receive a prohibition decision, with the consequent negative publicity, for a violation of the antitrust rules, neither does it get the Commission's blessing, the commitment decision being a substitute for a prohibition decision and not for an exemption decision».

esclusivamente *prohibition cases* e non *notification cases*, e il ricorso all'art. 9 rappresenta un modo per gli interessati di sfuggire ad una potenziale decisione di condonna; laddove nei procedimenti di controllo sulle concentrazioni le parti notificano volontariamente alla Commissione le relative operazioni, al fine di ottenere da quest'ultima un'autorizzazione a procedere con la fusione, e possono comunque, per i casi di disaccordo sui rimedi da adottare, revocare la notifica e desistere dal portare a compimento l'operazione notificata.

Appare a questo punto utile concludere la panoramica delle differenze e delle analogie sussistenti tra le principali aree di impiego degli impegni nella politica comunitaria di concorrenza, con un cenno agli aspetti della procedura in materia di concentrazione che hanno verosimilmente costituito una fonte di ispirazione per il legislatore nella disciplina dei procedimenti ex art. 9.

La previsione all'interno del regolamento in materia di concentrazioni di una verifica di mercato degli impegni proposti (c.d. "market test")³⁵⁵ sembra contestualmente funzionale a garantire l'effettiva consultazione degli Stati membri e dei terzi interessati³⁵⁶, nonché a consentire, in un'ottica puramente efficientistica, alla Commissione di acquisire un quadro completo dei problemi concorrenziali posti dall'operazione notificata.

Entrambe le descritte finalità appaiono sottese alla previsione, di cui all'art. 27, paragrafo 4, del Reg. 1/2003, dell'obbligo a carico della Commissione di pubblicare un'esposizione sommaria dei fatti e del contenuto essenziale degli impegni proposti, e di stabilire un termine utile, non inferiore a un mese, in pendenza del quale le parti possano presentare le proprie osservazioni al riguardo.

³⁵⁵ Cfr. considerando n. 35 del reg. 139/2004.

³⁵⁶ Cfr. considerando n. 30 del Reg. 139/2004 cit.

Nell'affermazione secondo la quale «if the so-called market test reveals any weakness of the proposed action, the Commission can renegotiate or abandon the settlement option and revert to the prohibition scenario if appropriate»³⁵⁷, sembra intravedersi la volontà di evitare che l'abbreviamento dei tempi realizzato con l'adozione di *commitment decisions* possa tradire un non giustificabile difetto di istruttoria, e trasformarsi in un moltiplicatore delle azioni promosse, in sede di *private enforcement*, dai soggetti che si pretendano lesi dal comportamento delle imprese offerenti gli impegni.

Ad oggi, in almeno due dei casi di impiego dello strumento di cui ci si occupa, è stata richiesta una modifica alle parti interessate, all'esito dello svolgimento del *market test*, posto che gli stessi, nella versione originariamente formulata e resa nota al pubblico, sono stati ritenuti insufficienti a risolvere i problemi anticoncorrenziali sollevati³⁵⁸.

Infine, sebbene la legge non disciplini espressamente un sistema di monitoraggio dell'esecuzione degli impegni resi vincolanti ai sensi dell'art. 9, alcune delle decisioni con impegni sino ad oggi adottate includono espressamente l'obbligo a carico delle parti di redigere e trasmettere alla Commissione relazioni periodiche sull'adempimento delle misure oggetto del provvedimento³⁵⁹, o addirittura di nominare a tal scopo un fiduciario³⁶⁰, come generalmente accade in materia di concentrazioni³⁶¹.

³⁵⁷ Cfr. MEMO/04/217 cit.

³⁵⁸ Caso *Repsol*, cit., cfr. MEMO/06/163, e caso *Alrosa/De Beers*, cit., cfr. MEMO/06/90.

³⁵⁹ Cfr. il caso *Coca-Cola*, decision 22.6.2005, cit., p. 13.

³⁶⁰ Cfr. il caso *Repsol*, IP/06/495; nonché il caso *Alrosa/De Beers* case, v. IP/06/204.

³⁶¹ Cfr. Comunicazione sulle misure correttive C 68/2001 cit., parr. 52 e 53. Cfr. altresì E. WIND, *Remedies Sanctions in Article 82 of the EC Treaty*, in *Eur. Comp. Law. Rev.*, 12/2005, p. 661.

3.3 Considerazioni conclusive.

Nel presente lavoro si è cercato di portare avanti l'idea che la nuova tipologia di decisioni istituita con il Regolamento n. 1/2003 possa rappresentare a buon diritto una cartina al tornasole del globale disegno che muove la modernizzazione del diritto comunitario della concorrenza.

In un contesto percorso da una generale esigenza di “semplificare” e, contestualmente, potenziare l'efficacia della lotta alle restrizioni più gravi della concorrenza, assume fondamentale importanza l'individuazione di meccanismi per così dire “deflattivi” di procedimento.

L'eliminazione del sistema centralizzato di autorizzazione in deroga delle intese, ai sensi dell'art. 81, paragrafo 3 del trattato, così come della possibilità per le imprese di ottenere attestazioni negative, volte cioè a dichiarare che la Commissione non ha motivo di intervenire in relazione alle pratiche notificate, risponde alla descritta finalità.

E tuttavia, alla riduzione in senso quantitativo del numero di procedimenti che nel quadro post-modernizzazione la Commissione europea è destinata ad avviare, si accompagna un ripensamento e una rimodulazione degli strumenti che quest'ultima ha a disposizione per l'applicazione delle regole di concorrenza, e quindi, in ultima analisi, una trasformazione dei moduli procedurali.

Alla conclusione del procedimento che segue un binario integralmente governato da una logica unilateralistica, si affianca, infatti, la soluzione consensuale dei casi di presunta infrazione della normativa antitrust comunitaria.

Negoziare significa, in tale prospettiva, semplificare.

L'adozione di *commitment decisions* consente all'autorità di chiudere in maniera spedita le indagini avviate, di evitare una parte sostanziale del lavoro richiesto dal consueto svolgimento di un procedimento per violazione degli articoli 81 e 82, sfruttando la naturale propensione dei diretti interessati ad evitare che l'istruttoria comporti per loro un esito eccessivamente pregiudizievole. In questo senso la modifica spontanea della propria condotta, nella quale può leggersi, dunque, un'autolimitazione della propria libera iniziativa economica, rappresenta per le imprese interessate il male minore.

Peraltro, nella generalità dei casi, la circostanza che le misure correttive idonee a ripristinare una dose accettabile di concorrenza nel mercato comune provengano da una proposta dei loro stessi destinatari, dovrebbe tradursi, almeno in linea di principio, oltre che in un beneficio per questi ultimi, in una garanzia per la comunità economica e giuridica globalmente intesa.

Se è vero infatti che l'*antitrust enforcement* si fonda su un delicato equilibrio, che è quello tra la repressione delle violazioni delle norme poste a presidio della concorrenza, e la promozione di una effettiva competizione tra gli operatori, diventa imprescindibile il bisogno di individuare una linea di confine, oltre la quale il mezzo giuridico scelto rischia di mortificare eccessivamente l'innovazione e gli altri fattori di progresso economico, e di disincentivare, oltre che future violazioni, anche quella dose giusta di agonismo che è essenziale per la crescita del mercato.

In tal senso, è alquanto improbabile che le imprese sottoposte alle indagini, nell'atto di offrire degli impegni, propongano delle misure "disincentivanti". È chiaro quindi che, laddove interessi di Commissione e imprese si incontrano, si finisca per raggiungere un livello ottimale di *enforcement*, quello in corrispondenza del quale, vengono non solo eliminati i problemi di natura concorrenziale resi noti dalla

Commissione nella sua valutazione preliminare, ma vengono anche selezionati i rimedi più efficienti, i cui vantaggi si riverberano, in ultima analisi, sui consumatori.

In tale ottica si ritiene debbano essere ridimensionate le perplessità, che da più parti si levano, relative ad una pretesa strumentalizzazione, da parte della Commissione, della procedura prevista dall'art. 9 del Reg. 1/2003, al fine di esercitare delle pressioni sulle imprese interessate, e ottenere dalle stesse risultati che la prima non riuscirebbe normalmente a conseguire applicando l'art. 7 del Regolamento 1/2003.

Che un impegno reso obbligatorio attraverso decisione possa considerarsi, in certa misura, «a substitute for a regulatory measure»³⁶², non costituisce motivo di stupore né di disapprovazione, posto che i compiti istituzionali conferiti alla Commissione sono stati tradizionalmente concepiti quali espressione contestuale di poteri di supervisione e di regolazione³⁶³.

Del resto il fatto che, anche prima che in sede legislativa fosse espressamente previsto il potere della Commissione di adottare rimedi (art. 7 del Reg. 1/2003) in casi di presunta infrazione degli articoli 81 e 82 del trattato, tale potere fosse stato riconosciuto in sede giurisprudenziale³⁶⁴, conferma che l'applicazione delle regole di concorrenza non sempre si limiti a porre fine all'infrazione accertata e a sanzionare il trasgressore, ma implichi una certa dose di regolazione³⁶⁵. Ciò accade almeno tutte le

³⁶² Cfr. J. TEMPLE LANG, *Commitment Decisions and Settlements with Antitrust Authorities under European Antitrust Law*, cit., p. 293.

³⁶³ Cfr. *caso Automec II*, causa T-24/90, cit., punto 77.

³⁶⁴ Cfr. *caso Magill*, cit., causa C-241/91, punto 90.

³⁶⁵ Cfr. M. CAVE, P. CROWTHER, *Pre-emptive Competition Policy Meets Regulatory Anti-trust*, in *Eur. Comp. Law. Rev.*, 9/2005, pp. 481-490.

Il tema dei rapporti tra regolamentazione e tutela antitrust è di tale complessità da non poter essere esaurito (trattata) in questa sede in maniera esaustiva; ci si limita tuttavia a ricordare che, nonostante l'ampio spettro di significati (poliedricità, il carattere multiforme, dello spettro semantico) che il termine "regolamentazione" evoca, con esso sostanzialmente ci si riferisce agli interventi e ai controlli esercitati da un'istituzione pubblica sull'attività economica degli operatori presenti in mercati e settori ritenuti di particolare rilievo. In tema C. Bentivogli, S. Trento, *Economia e politica della concorrenza*, Roma, 1995, pp. 261 e ss. La dialettica e l'intreccio fra tutela della concorrenza e regolazione dei mercati emerge (consiste nel fatto che) in ciò che, se per un verso, di quest'ultima si avverte l'esigenza laddove si verificano imperfezioni nel funzionamento dei mercati (c.d. fallimenti di mercato), e la stessa sembra perciò finalizzata a replicare modelli concorrenziali (replicare meccanismi concorrenziali), per altro

volte in cui gli effetti della misura, imposta o concordata, non si esauriscano all'atto della loro adozione, ma durino nel tempo, e la decisione, nella quale vengono dedotti i rimedi, diventi cioè per il futuro fonte del rapporto tra Commissione e imprese.

Non appaiono peraltro giustificate neanche le perplessità di quanti individuano un punto di debolezza dello strumento in parola, nella circostanza che esso non offra adeguate garanzie alle parti, per il fatto che queste ultime rimarrebbero esposte all'eventualità di essere sottoposte ad ulteriori indagini, riferite alla stessa condotta già oggetto di una *commitment decision* adottata dalla Commissione, da parte di autorità garanti della concorrenza nazionali, così come ad azioni civili in sede di *private enforcement* dinanzi alle giurisdizioni nazionali.

La logica sottesa all'istituzione della nuova tipologia di decisioni non è quella di offrire garanzie assolute alle imprese interessate, bensì come visto, quella di assicurare un risultato applicativo efficiente, con un risparmio di risorse procedimentali, laddove ciò sia possibile. Tali benefici compensano pienamente l'inidoneità delle decisioni con impegni a prendere una posizione espressa sulla sussistenza o meno di un'infrazione, e la circostanza che esse si limitino ad accertare che l'intervento della Commissione non è più giustificato.

Laddove l'analisi della Commissione si arresta, si riespande la possibilità per le autorità degli Stati membri di effettuare le proprie valutazioni sulla compatibilità della condotta in questione con il diritto comunitario della concorrenza, da un angolo visuale specifico, che è quello dell'analisi in sede nazionale degli effetti della pratica.

verso, nella regolamentazione rappresenta essa stessa una limitazione della concorrenza e «sembra derivare dal giudizio di non desiderabilità o non praticabilità della concorrenza su alcuni mercati». Così se da un lato, la regolamentazione si estrinseca attraverso una tipologia di intervento pubblico volto a garantire la tutela delle regole del gioco, e dunque anche mediante la costituzione di agenzie indipendenti preposte a tale funzione, dall'altro, la presenza di fallimenti di mercato ha rappresentato la ragione determinante per la costituzione di riserve e la nazionalizzazione delle attività nei settori in questione. Nella rassegna delle forme di regolamentazione possibili (*r. all'entrata, r. tariffaria e di prezzo, r. quantitative e informative, r. dell'attività di ingegno, r. ambientali*) si veda ancora C. Bentivogli, S. Trento, pp. 263-264.

Se per un verso, infatti, la Commissione ha il diritto di attribuire un diverso grado di priorità ai casi da trattare, al fine di svolgere efficacemente il suo compito di responsabile dell'attuazione e dell'orientamento della politica comunitaria della concorrenza³⁶⁶, per altro verso, è ragionevole attendersi che le priorità della Commissione e delle autorità garanti nazionali non coincidano.

Le decisioni con impegni rappresentano, in tal senso, uno strumento attraverso il quale alla Commissione è consentito, quale *policy maker*, regolare il numero dei procedimenti amministrativi pendenti dinanzi a sé, e perseguire una razionale distribuzione delle risorse e dei casi oggetto di indagine nell'ambito della rete europea delle autorità di concorrenza.

³⁶⁶ Cfr. CGCE, 14/12/2000, causa C-344/98, *Masterfoods*, punto 46.

Bibliografia

ALPA, CHIASSONI, PERICU, PULITINI, RODOTÀ, ROMANI, *Analisi economica del diritto privato*, Milano, 1998;

AMATO, *Antitrust and the Bounds of Power: The dilemma of liberal democracy in the history of the market*, Oxford, 1997;

ANDERSON, *Modifications of Antitrust Consent Decrees: over a double Barrel*, in *Mich. Law Rev.*, vol. 84, n. 1/1985, pp. 134-154;

ANDERSON, *United States v Microsoft, Antitrust Consent Decrees, and the Need for a Proper Scope of judicial Review*, in *Antitrust Law Journ.*, 58/1995;

ARMENGOL e PASCUAL, *Some reflections on article 9 commitment decisions in the light of the Coca-Cola case*, in *Eur. Comp. Law. Rev.*, 3/2006, pp.124-129;

ATWOOD, *Observations on negotiating government antitrust settlements in the US*, in *HAWK Annual Proceedings of the Fordham Corporate Law Institute: 2005: International Antitrust Law & Policy*, New York, 2005, pp. 189-198;

AUBY, *Les critères di contrat administratif*, in *R.D.P.*, 1974, p. 1486;

AUTERI, *Diritto ed economia: l'analisi economica del diritto e la proprietà intellettuale*, *Economia Aziendale 2000 web*, 4/2005, in <http://www.ea2000.it>, pp. 1-20;

BANKS, *Non-competition factors and their relevance under european merger law*, in

- Eur. Comp. Law. Rev.*, 3/1997, pp. 182 e ss;
- BARBIER DE LA SERRE, *Rev. Lamy de la concurrence, Chron. de dr. processuel*, n.1/2005, p. 99;
- BEBCHUCK, *Litigation and Settlement under Imperfect Information*, in *Rand Journ. of Economics*, vol. 15, 1984, pp. 404-415;
- BOCCACCIO e SAIJA, *La modernizzazione del diritto antitrust. La decisione con impegni*, in *Mercato concorrenza e regole*, 2/2002, pp. 285-308;
- BOURGEOIS, *Undertakings in EC Competition Law*, in SLOT e MC DONNEL (a cura di) *Procedure and Enforcement in EC and US Competition Law*, 1993, London, pp. 90-103;
- BRAMMER, *Concurrent Jurisdiction Under Regulation 1/2003 and the Issue of Case Allocation*, in *Comm. Mark. Law. Rev.*, 42/2005, pp.1383-1424;
- BRANFMAN, *Antitrust Consent Decrees: A Review and Evaluation of the First Seven Years Under the Antitrust Procedures and Penalties Act*, in *Antitrust Bulletin*, 27, pp. 325-346;
- BRKAN, *Procedural Aspects of Private Enforcement of EC Antitrust Law: Heading Toward New Reforms?*, in *World Competition*, vol. 28, n. 4/2005, pp. 479-506;
- BRODER, *A Guide to US Antitrust Law*, London, 2005;
- BRUTI LIBERATI, *Consenso e funzione nei contratti di diritto pubblico tra amministrazioni e privati*, Milano, 1996;

- BURNSIDE, CROSSLEY, *Co-operation in Competition: a New Era?*, in *Eur. Law Rev.*, vol. 30/2005, pp. 234-260;
- CASTRONOVO, *Diritto privato generale e diritti secondi. La ripresa di un tema*, in *Europa e dir. priv.*, 2/2006, pp. 397-423;
- CAVE, CROWTHER, *Pre-emptive Competition Policy Meets Regulatory Anti-trust*, in *Eur. Comp. Law Rev.*, 9/2005, pp. 481-490;
- CERRUTI, *Quelques considerations sur l'introduction en droit français des engagements en matière de pratiques anticoncurrentielles*, in *Rev. des dr. de la Conc.*, 1/2005, pp. 11-14;
- CERULLIIRELLI, *Principi del diritto amministrativo II*, Torino, 2005;
- CLAUDEL, *La montée en puissance de la procédure d'engagements*, in *Rev. Trim. de dr. comm.*, 2/2005, pp. 272-280 ;
- CLAUDEL, LAZARUS, VAN DER WOUDE, *Le Conseil de la concurrence accepte des engagements proposés par la Société des auteurs et compositeurs dramatiques*, in *Rev. des dr. de la Conc.*, 3/2005, pp. 79-82;
- COASE, *The Problem of Social Cost*, in *Journ. Law and Econ.*, 3/2003, pp. 1-44;
- COFFEE, *Understanding the Plaintiff's Attorney*, in *Columbia Law Rev.*, vol. 86, n. 4/1986, pp. 669-727;
- COOK, *Commitment decisions: the Law and Practice Under Article 9*, in *World Competition*, vol. 29, n. 2/2006, pp. 211-228;

COOK, KERSE, *EC Merger Control*, London, 2005;

COOTER, RUBINFELD, *Economic Analysis of Legal Disputes and Their Resolution*,
in *Journ. of Econ. Literature*, vol. 27, 1989, pp. 1067/1097;

DAL PRATO, *La transazione*, voce in *Enc. del diritto*;

DAVIES e DAS, *Private Enforcement of Commission Commitment decision: a step
climb, not a gentle stroll*, in HAWK, *Annual Proceedings of the Fordham
Corporate Law Institute: 2005: International Antitrust Law & Policy*, cit, pp.
199-226;

DE LA MANO, *For the customer's sake: the competitive effects of efficiencies in
European Merger control*, in *Enterprise Papers*, n. 11/2002, DG Imprese
Commissione europea;

DE LABAUDERE, MODERNE e DELVOLVE, *Traité des contrats administratifs*, I e
II vol., Paris, 1984;

DENOZZA, *Norme efficienti. L'analisi economica delle regole giuridiche*, Milano,
2002;

DRAUZ, *Remedies Under the Merger Regulation*, in HAWK (a cura di) *Annual
Proceedings of the Fordham Corporate Law Institute: 1996: International
Antitrust Law & Policy*, New York, 1997, p. 219-238;

DUCORE, *Settlement of Competition Conduct Violations at the United States Antitrust
Agencies and at the European Commission – Some Observations*, in HAWK (a
cura di) *Annual Proceedings of the Fordham Corporate Law Institute: 2005:*

- International Antitrust Law & Policy*, cit., pp. 227-242;
- EHLERMANN, *The Modernization of EC Antitrust Policy: a legal and cultural revolution*, in *Comm. Market Law Rev.*, 2000, pp. 589 e ss;
- EIBL, *Commitment decisions: an Australian perspective*, in *Eur. Comp.Law. Rev.*, 6/2005, pp.328-337;
- ERICHSEN e MARTENS, *Das Verwaltungshandeln*, in ERICHSEN e MARTENS (a cura di) *Allgemeines Verwaltungsrecht*, Degruyter, 1986;
- ERSBØLL, *Commitments under the Merger Regulation*, in *Eur. Comp. Law Rev.*, 9/2001, p. 357-364;
- FATTORI, TODINO, *La disciplina della concorrenza*, Bologna, 2004;
- FERRARESE, *Diritto e mercato. Il caso degli Stati Uniti*, Torino, 1992;
- FINGLETON, *Does collective dominance provide suitable housing for all anticompetitive oligopolistic mergers?*, in HAWK (a cura di) *Annual Proceedings of the Fordham Corporate Law Institute: 2002: International Antitrust Law & Policy*, New York, 2003, p. 181-199;
- FOX, *Abuse of dominance and monopolization: how to protect competition without protecting competitoris*, in C. D. EHLERMANN, I. ATANASIU (a cura di) *European Competition Law Annual 2003: What is an Abuse of a Dominant Position?*, Oxford, Portland, Oregon, 2006, pp. 69-77 ;
- FOX, *Antitrust, competitiveness and the world arena: efficiencies and failing firms in perspective*, in *Antitrust Law Journ.*, 64, 1996, p. 730;

FOX, *We protect Competition, You Protect Competitors*, in *World Competition*, vol. 26, n. 2/2003, pp. 149-165;

FURSE, *The Decision to Commit: Some Pointers from the US*, in *Eur. Comp. Law Rev.*, n. 1/2004, pp. 5-10;

GALBRAITH, *American Capitalism: The Concept of Countervailing Power*, Houghton Mifflin, 1952;

GASPARON, VISNAR, *Coca-Cola: wide remedies in fizzy drinks*, in *Comp. Pol. Newsletter*, n. 3/2005, pp. 60-64;

GAUER, DAHHEIMER, KJOLBYE, DE SMIJTER, *Regulation 1/2003: a modernised application of EC competition rules*, in *Competition Policy Newsletter*, 1/2003, pp. 3-8;

GERBER, CASSINIS, *The “Modernisation” of European Community Competition Law: Achieving Consistency in Enforcement-Part I*, in *Eur. Comp. Law. Rev.*, vol. 27, n. 1/2006, pp. 10-18;

GERBER, P. CASSINIS, *The “Modernisation” of European Community Competition Law: Achieving Consistency in Enforcement-Part II*, in *Eur. Comp. Law. Rev.*, vol. 27, n. 2/2006, pp. 51-57;

GRECO, *Contratti e accordi della pubblica amministrazione con funzione transattiva (appunti per un nuovo studio)*, in *Dir. amm.*, 2/2005, pp. 223-259;

GUICCIARDI, *La transazione degli enti pubblici*, in *Arch. dir. pubbl.*, 1934, pp. 64 ss., 205 ss;

- HEIMLER, *Per le fusioni non servono nuovi test. Basta la posizione dominante*, in *Mercato Concorrenza Regole*, 3/2003, pp. 563-577;
- HOFMANN, *Negotiated and non-negotiated administrative rule-making: the example of competition policy*, in *Comm. Mark. Law Rev.*, vol. 43, n. 1/2006, pp.153-178;
- HUGHES, *Commission of the European Communities Suspends Proceedings against International Business Machines Corporation*, in *Harvard Intl. Law Journ.*, n. 26/1985, pp. 189-196;
- IDOT, *A propos des engagements en droit de la concurrence: quelques réflexions sur la pratique communautaire et française*, in *Cahiers de Dr. Eur.*, vol. 35, 1999, pp. 569-610;
- IDOT, *Droit communautaire de la concurrence – Le nouveau système communautaire de mise en œuvre des articles 81 et 82 CE*, Bruxelles, 2004;
- IRTI, *L'ordine giuridico del mercato*, Roma- Bari, 1999;
- JONES, *Private Antitrust Enforcement in Europe: A Policy Analysis and Reality Check*, in *World Competition*, vol. 27, n. 1/2004, pp. 13-24;
- JONES, SUFRIN, *EC Competition Law: text, cases and materials*, Oxford University Press, 2004;
- KATZ, ROSEN, *Microeconomia*, Milano, 2003;
- KAUPER, SNYDER, *Private Antitrust Cases That Follow on Government Cases*, in WHITE (a cura di) *Private Antitrust Litigation: New Evidence, New Learning*,

Cmbridge, 1988, pp. 329-370;

KAUPER, *The use of consent decrees in American Antitrust cases, in Procedure and Enforcement in EC and US Competition law,* ”, in SLOT and McDONNEL, *Procedure and Enforcement in E.C. and U.S. Competition Law: Proceedings of the Leiden Europa Insituut Seminar on User-friendly Competition Law,* London,1993, pp.104-113;

KERSE e KHAN, *EC Antitrust Procedure,* London, 2005;

KERSE, *EC Antitrust procedure,* London, 1998;

KIRMAN, *Pareto as an economist,* in EATWELL, MILGATE, NEWMAN (a cura di) *The New Palgrave: A Dictionary of Economics,* London, 1987;

KORAH, *Comfort Letters – Reflections on the Perfume Cases,* in *Eur. Law Rev.,* 6/1982, pp. 13-39;

KORAH, *Comfort Letters –Reflections on the Perfume Cases,* in *Eur. Law Rev.,* 1/1981, pp. 13-39;

LALLI, *La selezione degli interessi rilevanti nel diritto della concorrenza,* in *Dir. amm.,* 2/2004, pp. 403-445;

LASOK, MILLET, *Judicial Control in the EU: Procedures and Principles,* London, 2004, pp. 353-364;

LASSERRE, *The policy of commitments in antitrust law: first steps and first update on the French case,* in HAWK, *Annual Proccedings of the Fordham Corporate Law Institute: 2005: International Antitrust Law & Policy, cit.,* pp. 11-41;

- LENAERTS, VANHAMME, *Procedural Rights of Private Parties in the Community Administrative Process*, in *Comm. Mark. Law Rev.*, n. 34, 1997, pp. 531-557;
- LIGUORI, *L'attività non autoritativa tra diritto privato e diritto pubblico. A proposito del comma 1 bis*, in <http://www.giustamm.it>;
- LUC, *À propos de la pratique des engagements*, in *Rev. des dr. de la conc.*, 1/2005, pp. 9-10;
- MACCORMICK, SUMMERS, *Interpreting Precedents. A Comparative Study*, 1997, Aldershot, Ashgate/Dartmouth;
- MACKENZIE STUART, *Legitimate expectations and estoppel in Community Law and English administrative law*, in *Legal Issue of Economic Integration*, 1/1983, p. 53;
- MATTEI, *Comparative Law and Economics*, Ann Arbor, The University of Michigan Press, 1997, p. 1;
- McCURDY, *The impact of Modernisation of the EU competition law system on the courts and private enforcement of the competition laws: a comparative perspective*, in *Eur. Comp. Law Rev.*, 8/2004, pp. 509-517;
- MELAMED, *Antitrust: The New Regulation*, in *Antitrust*, 10/1995, pp.13-15;
- MERUSI, *Buona fede e affidamento nel diritto pubblico*, Milano, 2000;
- MIELE, *In tema di annullamento di atti amministrativi illegittimi*, nota a Cons. St., sez. IV, n. 378/1947, in *Giur. compl. Cass. Civ.*, 1947, p. 1132;

- MODRALL, *Regulation 1/2003 and the modernisation of EC competition law*, in *Global Competition Review*, 5/2003, pp. 29-34;
- MOMÈGE, *Les engagements en droit de la concurrence: Premier bilan de la pratique décisionnelle*, in *Rev. des dr. de la conc.*, 1/2006, pp. 213-222;
- MONTI, Interview, in *Competition Policy Newsletter*, 1/2004, pp.1-4;
- MOURRE, *Le nouveau droit communautaire de la concurrence – Les droits de la défense face aux pouvoirs de la commission européenne*, Bruxelles, 2004;
- NALEBUFF, *Credible Pretrial Negotiation*, in *Rand Journ. of Economics*, vol. 18, n. 2, 1987, pp. 198-210;
- NEVEN, *Competition Economics and Antitrust in Europe*, in *Economic Policy*, vol. I, n. 48/2006, pp. 741-791;
- NICOLÒ, *Il riconoscimento e la transazione*, in *Annali Sc. Giur. Univ. di Messina*, VII, 1923-1933, pp. 377 e ss;
- NOEL, *Efficiency considerations in the assessment of horizontal mergers under European and US antitrust law*, in *Eur. Comp. Law Rev.*, 8, 1997, p. 503;
- NORTH, *Institutions, Institutional Change and Economic Performance*, Cambridge, 1990, trad. it. SANTAGATA (a cura di), Bologna, 1994;
- OSTI, *Le nuove funzioni di orientamento della Commissione europea e dell'autorità Garante*, Intervento al convegno Assonime "Adeguare l'ordinamento italiano al Regolamento 1/2003: quali scelte normative per la modernizzazione

- dell'antitrust", svoltosi il 15/12/2003 presso la Corte Suprema di Cassazione;
- P'NG, *Strategic Behaviour in Suit, Settlement and Trial*, in *Bell. Journ. of Economics*, vol. 14, 1983, pp. 539-550;
- PAGANO e ROWTHORN, *Selezione di mercato e Democrazia economica*, in JOSSA e PAGANO (a cura di), *Economie di mercato ed efficienza dei diritti di proprietà*, Torino, 1997;
- PARDOLESI, *Analisi economica del diritto*, voce *Dig. disc. priv. sez. civ.*, I, Torino, 1987, p. 316;
- PARISI, Scuole e metodologie nell'analisi del diritto, in *The Cardozo Electronic Law Bulletin*, <http://wwwjus.unitn.it>, 2005;
- PERICU, *L'attività consensuale della pubblica amministrazione*, in MAZZAROLLI, PERICU, ROMANO, ROVERSI MONACO e SCOCA (a cura di), *Diritto Amministrativo*, II, Bologna, 1993, pp. 1306 e ss;
- PERLOFF, RUBINFELD, *Settlement in Private Antitrust Litigation*, in L. WHITE (a cura di) *Private Antitrust Litigation*, Cambridge, 1988, pp. 149-184;
- PHEASANT, *Damages Actions for Breach of the EC Antitrust Rules: The European Commission's Green Paper*, in *Eur. Comp. Law Rev.*, n. 7/2006, pp. 537-551;
- POLINSKY, *Detrebling versus Decoupling Antitrust Damages: Lessons from the Theory of Enforcement*, in WHITE (a cura di) *Private Antitrust Litigation*, cit., pp. 87-94;
- POLINSKY, RUBINFELD, *The Deterrent Effects of Settlements and Trials*, in *Intern.*

- Rev. of Law and Econ.*, 8/1988, pp. 109-124;
- POSNER, *An Economic Approach to Legal Procedure and judicial Administration*, in *Journ. of Legal Studies*, 1973, pp. 399-458;
- POSNER, *Antitrust law: an economic perspective*, Chicago University Press, 1976;
- POSNER, PARISI, *Scuole e tendenze nell'analisi economica del diritto*, in *Biblioteca della libertà*, (147) 1998, pp. 3-20;
- POSNER, *Some uses and abuses of economics in law*, in *Univ. of Chicago Law Rev.*, 1979, p. 291;
- POSNER, *The Decline of Law as an Autonomous Discipline*, in *Harvard Law Review*, 1987, p. 761;
- PRIEST, *Regulating the Content and Volume of Litigation: An Economic Analysis*, in *Supreme Court Econ. Rev.*, 1982, pp. 163-183;
- PRIETO, SPECTOR, WACHSMANN, *Alrosa et De Beers proposent des engagements vivant à diminuer les quantités de diamants bruits visées par leur accord commercial*, in *Rev. des dr. de la conc.*, 1/2005, p. 60;
- PRIETO, SPECTOR, WACHSMANN, *Coca-Cola s'engage à ne pas abuser de sa position dominante et échappe à toute sanction*, in *Rev. des dr. de la conc.*, 1/2005, pp. 61-64;
- PRIETO, SPECTOR, WACHSMANN, *Engagements de Repsol CPP pour les contracts de distribution de carburants*, in *Rev. des dr. de la conc.*, n. 1/2005, p. 59;

PRIETO, SPECTOR, WACHSMANN, *Engagements: le Conseil de la concurrence accepte les engagements des Haras Nationaux destinés à remédier à d'éventuels abus*, in *Rev. des dr. de la concurr.*, n. 3/2005, pp. 78-79;

RÜGGERBERG, SCHINKEL, *Consolidating Antitrust Damages in Europe: A Proposal for Standing in Line with Efficient Private Enforcement*, in *World Competition*, vol. 29, n. 3/2006, pp. 395-420;

SALA, *Accordi sul contenuto discrezionale del provvedimento e tutela delle situazioni soggettive*, in *Dir. proc. amm.*, 1992, pp. 206 e ss;

SCHAUB, *The Commission's Position Within the Network*, European University Institute Robert Schuman Centre for Advanced Studies, 2002 EU Competition Law and Policy Proceedings;

SCHERER e ROSS, *Industrial Market Structure ad Economic Performance*, Boston, 1990, pp. 19 e ss;

SCOCA, *Autorità e consenso*, in *Dir. proc. amm.*, 2002, pp. 441 e ss;

SOUSA FERRO, *Committing to commitment decisions – Unanswered questions on article 9 decisions*, in *Eur. Comp. Law Rev.*, 8/2005, p. 451-459;

STELKENS, BONK e SACHS, *VerwaltungsVerfahrensgesetz*, München, 1993, pp. 1212 ss;

STOLFI, *La transazione*, Napoli, 1931;

- STUYCK, GILLIAMS, BALLON, *Modernisation of European Competition Law- The Commission's proposal for a new regulation implementing Articles 81 and 82 EC*, Antwerp, Oxford, New York, 2001;
- SULLIVAN, *Antitrust remedies in the U.S. and EU: advancing a standard of proportionality*, in *The Antitrust Bulletin*, 48/2003, pp. 377- 394;
- TAJANA, *If I had a Hammer ... Structural Remedies and Abuse of Dominant Position*, in *Comp. and Reg. in Network Industries*, vol. 1, n. 1/2006, p. 12;
- TEMPLE LANG, *Commitment Decisions and Settlements with Antitrust Authorities and Private Parties under European Antitrust Law*, in *HAWK Annual Proceedings of the Fordham Corporate Law Institute: 2005: International Antitrust Law & Policy*, cit., pp. 265-324;
- TEMPLE LANG, *Commitment decisions under Regulation 1/2003: Legal aspects of a new kind of Competition decision*, in *Eur. Comp. Law Rev.*, 8/2003, pp. 347-356;
- TEMPLE LANG, *Community Antitrust Law – Compliance and Enforcement*, in *Comm. Mark. Law. Rev.*, 18/1981, pp. 335-362;
- TRIMARCHI BANFI, *L'annullamento d'ufficio e l'affidamento del cittadino*, in *Dir. amm.*, 4/2005, pp. 843-866;
- ULE, LAUBINGER, *Verwaltungsverfahrenrecht*, Heymans Verlag, 1986;
- ULEN, *Firmly grounded: Economics in the Future of Law*, in CAFAGGI, NICITA, PAGANO, *Legal Ordering and Economic Institutions*, London, 2003;
- VAN BAEL e BELLIS, *Competition law of the European Community*, The Hague,

2005;

VAN BAEL, *The Antitrust Settlement Practice of the EC Commission*, in *Comm. Mark. Law Rev.*, 23/1986, pp. 61-90;

VAN BAEL, *Transparency of E.C. Commission Proceedings*, in SLOT e MCDONNEL, *Procedure and Enforcement in E.C. and U.S. Competition Law: Proceedings of the Leiden Europa Insituut Seminar on User-friendly Competition Law*, London, 1993;

VAN BERGEIJK, *Modelling European Mergers, theory, competition policy and cases studies*, Cheltenham, Northampton, 2005;

VENIT, *Brave New World: The Modernization and Decentralization of Enforcement Under Articles 81 and 82 of the EC Treaty*, in *Comm. Mark. Law. Rev.*, n. 40/2003, pp. 545-546;

VICIÉN, *Commitment decision under EC Regulation 1/2003*, Paper presented at the International Bar Association/European Commission Conference “Antitrust reform in Europe: a year in practice”, Brussels, March 9-11 2005, pp. 1-9;

VICKERS, *How to reform the EC merger test*, in *EC Merger Control conference*, IBA, Brussels, 2002, in <http://www.oft.gov.uk>;

WAELBROECK, *New Forms of Settlement of Antitrust Cases and procedural Safeguards: Is Regulation 17 Falling into Abeyance?*, in *Eur. Law. Rev.*, 11/1986, pp. 269-280;

WEINER, *Antitrust and the Rise of the Regulatory Consent Decree*, in *Antitrust*, Fall,

1995, p. 4;

WENT, *The Acceptability of Remedies Under the EC Merger Regulation: Structural Versus Behavioural*, in *Eur. Comp. Law, Rev.*, 8/2006, pp. 455-475;

WHISH, *Commitment Decisions under Article 9 of the EC Modernisation Regulation: Some Unanswered Questions*, in JOHANSSON, BERNITZ (a cura di), *Liber Amicorum in Honour of Sven Norberg – A European for All Seasons*, Bruylant, 2006;

WHISH, *Substantive analysis under the EC merger regulation: Should the dominance test be replaced by SLC*, in *EU Competition Law and policy*, Athens, 2002, pp. 45-62;

WILS, *Optimal Antitrust Fines: Theory and Practice*, in *World Competition*, vol. 29, n. 2/2006, pp. 183-208;

WILS, *Principles of European Antitrust Enforcement*, Oxford-Portland Oregon, 2005;

WILS, *Should Private Antitrust Enforcement be encouraged in Europe?*, in *World Competition*, vol. 26, n. 3/2003, pp. 473-488;

WILS, *The Optimal Enforcement of EC Antitrust Law*, Kluwer Law International, 2002;

WILS, *The Principle of Ne Bis in Idem in EC Antitrust Enforcement: A legal economic analysis*, in *World Competition*, vol.26, n. 2/2003, pp.131-148;

WIND, *Remedies and Sanctions in Article 82 of the EC Treaty*, 12/2005, pp. 659-668;

YSEWYN, *The Commission's Commitment*, in *Eur. Comp. Law Rev.*, 7/2001, pp. 253-255.