

Estensione soggettiva del procedimento

Il Tar Lazio, con le sentenze del 2 dicembre 2009, nn. 12319 e altre, tutte relative al caso *Listino prezzi della pasta*, ha affermato la piena legittimità dell'estensione soggettiva del procedimento ad altre imprese, laddove, “*nel corso della funzione ispettiva formino oggetto di acquisizione documenti sulla base dei quali emergano profili di responsabilità nei confronti di soggetti diversi da quelli inizialmente oggetto di indagine*”; ricordando che “*l'unico limite nell'esercizio dei poteri istruttori è costituito dal divieto di imporre ad un'impresa l'obbligo di fornire risposte attraverso le quali questa sarebbe indotta ad ammettere l'esistenza della trasgressione*”.

Rapporto tra comunicazione delle risultanze istruttorie e provvedimento finale

Con decisione del 29 settembre 2009, n. 5864, *Mercato del calcestruzzo*, il Consiglio di Stato ha ribadito il principio in base a cui “*la Comunicazione delle Risultanze Istruttorie è atto degli uffici dell'Autorità, che deve essere completo nella descrizione delle risultanze istruttorie per consentire l'esercizio del diritto di difesa, ma che non intacca l'autonoma valutazione che spetta all'Autorità, e non agli uffici, in sede di provvedimento finale*”. Alla luce di tale considerazione, quindi “*è ammissibile una differente valutazione su una specifica questione, ma non l'inserimento nel provvedimento di una contestazione non oggetto delle risultanze istruttorie*”.

Motivazione del provvedimento

Il Consiglio di Stato, con la decisione n. 5864/2009, *Mercato del calcestruzzo*, ha ribadito il consolidato principio in base a cui “*l'obbligo di valutare le memorie presentate dalle parti del procedimento non rende necessaria una analitica motivazione e confutazione in merito ad ogni argomento utilizzato dalle parti stesse*”. (nello stesso senso, Tar Lazio, 18 dicembre 2009, n. 13131 e 13134, *Costa Container Lines/Sintermar-Terminal Darsena Toscana*).

Diritto di accesso

Principio di parità delle armi

Ribadendo principi ormai ampiamente consolidati, il Consiglio di Stato, nella decisione del 29 settembre 2009, n. 5864, *Mercato del calcestruzzo*, ha ricordato che “*il principio di parità delle armi non comporta che in ogni caso il diritto di accesso*

prevalga sulle esigenze di riservatezza, ma implica che venga consentito alle imprese di conoscere il contenuto del fascicolo con indicazione degli atti secretati e del relativo contenuto e che, in relazione ai documenti constituenti prova a carico, o comunque richiesti dalle imprese per l'utilizzo difensivo a discarico, la secretazione sia strettamente limitata alle c.d. parti sensibili del documento”.

Lo stesso Collegio, con decisione del 2 marzo 2009, n. 1190, *Produttori di pannelli truciolari in legno*, ha affermato il principio in base a cui, al fine di accertare l'illegittimità “conseguente alla secretazione disposta dall'Autorità di parte della documentazione relativa alla segnalazione del denunciante” e l'eventuale lesione del diritto di difesa che da tale decretazione deriverebbe alle parti del procedimento, “gli interessati hanno l'onere di provare che la lesione del diritto di difesa sia effettivamente avvenuta, indicando fatti o circostanze posti a base del provvedimento adottato e da loro non conosciuti”.

Principio del contraddittorio

Il Consiglio di Stato, con la decisione n. 5864/2009, *Mercato del calcestruzzo*, ha affermato che, laddove l'Autorità tenga conto a fini sanzionatori della dimensione assoluta di una impresa con riguardo al gruppo societario di appartenenza e tenendo conto dei suoi rapporti di integrazione verticale, non è necessaria l'integrazione del contraddittorio nei confronti della controllante

PROFILO PROCESSUALI

Termine per il deposito del ricorso

Nelle sentenze del 3 marzo 2009, n. 2205, *Parmalat/Eurolat*, e del 17 dicembre 2009, n. 13079, *Boston Holdings/Carnini*, il Tar Lazio ha riaffermato il consolidato principio in base al quale i termini per il deposito del ricorso sono quelli dimidiati di cui all'art. 23-bis della legge n. 1034/71.

Legittimazione ad impugnare i provvedimenti dell'Autorità

Il Consiglio di Stato, con decisione del 23 luglio 2009, n. 4597, *Technicolor/Cinecittà Holding-Cinecittà Studios*, ha ribadito la legittimazione ad agire

in giudizio per l'annullamento di un provvedimento c.d. negativo dell'Autorità in capo ai soggetti terzi contro-interessati rispetto ai comportamenti esaminati dall'Autorità.

Al riguardo, il Tar Lazio, con le sentenze del 22 settembre 2009, n. 9176, *Aeroporti di Roma - Tariffe aeroportuali* e n. 9171, *SEA-Tariffe aeroportuali*, ha ammesso la legittimazione della società controparte dell'operatore dominante con riferimento alla parte del provvedimento in cui l'Autorità archiviava la segnalazione di abusività di talune condotte segnalate. Il giudice di prime cure, in particolare, ripercorrendo orientamenti giurisprudenziali ormai consolidati, ha ricordato che “*la legittimazione deve essere riconosciuta a chi si contrappone all'esercizio del potere pubblico essendo titolare di una posizione giuridica soggettiva, ossia di una posizione assistita dai caratteri della differenziazione e della qualificazione rispetto alla generalità degli altri consociati*”. In questo contesto – ha osservato il giudice – “*se il denunciante in quanto tale non è titolare di un interesse qualificato ad un corretto esame della sua denuncia, ma lo diventa solo quando dimostra di essere portatore di un interesse particolare e differenziato, che assume essere stato leso dalla mancata adozione del provvedimento repressivo, va d'altro canto ribadito che la mera partecipazione al procedimento non determina, ex se riguardata, l'acquisizione della legittimazione ad agire (e, quindi, ad impugnare il provvedimento conclusivo del procedimento), laddove il partecipante non si dimostri titolare di una posizione giuridica sostanziale differenziata da quella della generalità degli appartenenti alla collettività e qualificata dall'ordinamento giuridico*”.

Nelle stesse sentenze, il Tar Lazio ha ritenuto che l'associazione dei vettori aerei fosse legittimata ad intervenire nel giudizio relativo ad un provvedimento che aveva accertato l'abuso di posizione dominante da parte del gestore aeroportuale. In particolare, il giudice di prime cure ha ritenuto che “*la vis destruens propria della potenzialità demolitoria che assiste le pronunzie rese dal giudice amministrativo ben può essere accompagnata, ove ne ricorrono i necessari presupposti – da un'attitudine conformativa suscettibile di inalveare il successivo (e consequenziale) esercizio della potestà pubblica. Attitudine, questa, che - ove idonea ad indurre un diverso apprezzamento degli interessi in gioco, tale da propiziare una rinnovata composizione di questi ultimi - ben è idonea a veicolare (nell'ambito del giudizio prognostico proprio della ponderazione della sussistenza e consistenza della posizione giuridica dedotta in giudizio[...]) il positivo riscontro della necessaria caratterizzazione legittimante*”.

Inammissibilità del ricorso avverso segnalazioni e pareri ex artt. 21 e 22, legge n. 287/90

Con la sentenza del 3 febbraio 2008, n. 1027, *Carta per bollini farmaceutici*, il Tar Lazio ha ribadito il principio in base a cui il ricorso presentato avverso una segnalazione effettuata dall'Autorità ai sensi dell'articolo 21 della legge n. 287/90 è inammissibile. Essendo l'atto impugnato “*assunto nell'esercizio del potere di segnalazione al Parlamento e al Governo*”, esso costituisce, quindi, una determinazione non avente portata autoritativa, “*consistendo piuttosto in un atto emanato nel contesto del rapporto di collaborazione tra soggetti pubblici*”; di conseguenza la società ricorrente non può vantare una posizione giuridica sostanziale lesa dal potere amministrativo, “*come tale idonea a sostenere il suo interesse ad agire in giudizio*” (nello stesso senso, con riferimento ai pareri resi dall'Autorità ex art. 22, legge n. 287/90, Tar Lazio, 12 marzo 2009, nn. 2474, 2475, 2476 e 2478, *Protocollo di intesa Regione Autonoma Sardegna/Enel*).

Limiti del sindacato del giudice amministrativo

Il Consiglio di Stato, con decisioni del 25 marzo e del 9 aprile 2009, nn. 1705 e altre, tutte relative al caso *Servizi aggiuntivi di trasporto pubblico nel comune di Roma*, nonché con la decisione del 29 settembre 2009, n. 5864, *Mercato del calcestruzzo*, ha ribadito il principio ormai consolidato in base a cui il giudice amministrativo, “*nel verificare la correttezza di una decisione dell'Autorità, può sindacarne senza alcun limite tutte le valutazioni tecniche, anche quando riferite ai c.d. concetti giuridici indeterminati: il sindacato non è infatti estrinseco ma deve consentire un controllo intrinseco, pieno e penetrante, potendo sia rivalutare le scelte tecniche compiute dall'Autorità sia applicare la corretta interpretazione dei concetti giuridici indeterminati*”; ed ha evidenziato che “*l'unica preclusione al sindacato è l'impossibilità per il giudice di esercitare direttamente il potere rimesso dal legislatore all'Autorità*” (nello stesso senso Tar Lazio, 18 dicembre 2009, n. 13131 e 13134, *Costa Container Lines/Sintermar-Terminal Darsena Toscana*).

Il medesimo principio è stato poi declinato con precipuo riferimento alla definizione del mercato rilevante. Il Tar Lazio, in merito, con le sentenze 22 settembre 2009, n. 9171 e n. 9176, rispettivamente *SEA-Tariffe Aeroportuali e Aeroporti di Roma - Tariffe aeroportuali*, ha, ancora una volta, precisato che “*il sindacato del giudice amministrativo sulla definizione del mercato rilevante non può spingersi – per costante insegnamento*

giurisprudenziale – fino a sostituire le valutazioni dell’Autorità; mentre al medesimo è demandata la verifica in ordine alla correttezza del sotteso processo logico-induttivo, con riferimento all’osservanza delle norme tecniche e procedurali, all’obbligo di motivazione, all’esatta percezione materiale dei fatti, all’insussistenza di errori manifesti di valutazione, ovvero di sviamento di potere” (nei medesimi termini, Tar Lazio, 2 dicembre 2009, nn. 12319 e altre, tutte relative al caso *Listino prezzi della pasta*).

In tutte le sentenze citate, in cui i giudici amministrativi si sono espressi in ordine ai limiti del sindacato sui provvedimenti dell’Autorità, si legge che, per quanto attiene al profilo sanzionatorio, il giudice amministrativo dispone invece, per giurisprudenza costante, un potere di sindacato di merito. Più nel dettaglio, tale principio è stato richiamato dal Tar Lazio, nelle sentenze del 22 settembre 2009, n. 9171 e n. 9176, rispettivamente *SEA-Tariffe Aeroportuali e Aeroporti di Roma - Tariffe aeroportuali*, in cui il giudice di prime cure ha puntualizzato che “*la giurisdizione del giudice amministrativo sul profilo sanzionatorio si estende al merito ai sensi dell’art. 23 della legge 689/81 (applicabile in virtù del richiamo contenuto nell’art. 31 della legge 287/90), sicché all’adito organo di giustizia, oltre al potere di annullamento (totale o parziale) dell’atto, è anche rimesso il potere di modificare lo stesso limitatamente all’entità della sanzione dovuta*”.

In questi termini, inoltre, rileva quanto affermato dal Consiglio di Stato, nelle decisioni del 25 marzo e del 9 aprile 2009, nn. 1705 e altre, tutte relative al caso *Servizi aggiuntivi di trasporto pubblico nel comune di Roma*, in cui viene affermato il principio in base a cui, “*avendo il giudice amministrativo, in tema di sanzioni amministrative pecuniarie, i poteri di merito di cui alla legge n. 689/81, come può, addirittura sostituire la sanzione irrogata con una diversa, può anche ricostruire l’iter logico sotteso alla sanzione irrogata, onde verificarne la legittimità, e dunque supportare con propria motivazione la sanzione irrogata*”.

3. Rapporti internazionali

COMMISSIONE EUROPEA

Attività della Commissione: dati di sintesi

Nel corso del 2009 la Commissione ha portato a termine 12 procedimenti relativi a presunte infrazioni degli articoli 81 e 82 del Trattato CE (dal 1° dicembre dello stesso anno articoli 101 e 102 del Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea).

Decisioni relative agli articoli 81 e 82 del Trattato CE

Numero	Nome caso	Data decisione	Norme applicate	Esito
COMP/39.406	Marine hoses (Manifatturiero)	28 gennaio 2009	Art. 81 Cartello segreto	Divieto con sanzioni, beneficio immunità
COMP/39.402	RWE gas foreclosure (Energia)	19 marzo 2009	Art. 82 Abuso escludente (Rifiuto a contrarre)	Impegni
COMP/37.990	Intel (Informatica)	13 maggio 2009	Art. 82 Abuso escludente (Sconti condizionati)	Sanzioni
COMP/39.401	E.ON/GdF collusion (Energia)	8 luglio 2009	Art. 81 Ripartizione del mercato	Divieto con sanzioni
COMP/39.396	Calcium carbide (Chimico)	22 luglio 2009	Art. 81 Cartello segreto	Divieto con sanzioni, beneficio immunità
COMP/37.956	Tondo per cemento armato (Manifatturiero)	30 settembre 2009	Art. 81 Cartello segreto	Divieto con sanzioni
COMP/39.129	Power transformers (Manifatturiero)	7 ottobre 2009	Art. 81 Cartello segreto	Divieto con sanzioni, beneficio immunità
COMP/39.416	Ship classification services (Servizi di certificazione)	14 ottobre 2009	Art. 81 Decisione di associazione di imprese	Impegni
COMP/38.589	Heat stabilisers (Manifatturiero)	11 novembre 2009	Art. 81 Cartello segreto	Divieto con sanzioni, beneficio immunità
COMP/39.316	GdF foreclosure (Energia)	3 dicembre 2009	Art. 82 Abuso escludente (Rifiuto a contrarre)	Impegni
COMP/38.636	Rambus (Informatica)	9 dicembre 2009	Art. 82 Abuso escludente e di sfruttamento (<i>patent ambush</i>)	Impegni
COMP/39.530	Microsoft (<i>tying</i>) (Informatica)	16 dicembre 2009	Art. 82 Abuso escludente (<i>tying</i>)	Impegni

Per quanto riguarda l'attività di controllo preventivo delle operazioni di concentrazione, nel 2009 la Commissione ha ricevuto 259 notifiche in applicazione del Regolamento n. 139/2004, delle quali 8 sono state ritirate. Tale dato se confrontato a quello degli anni precedenti (340 notifiche per il 2008 e 402 per il 2007) riflette la flessione dell'attività di *Merger and Acquisition* registrata a livello mondiale. Ai sensi dell'art. 4, paragrafo 4, del Regolamento la Commissione ha disposto il rinvio pre-notifica in otto casi e in nessun caso la richiesta di rinvio è stata rifiutata. Parallelamente 25 operazioni sono state notificate ai sensi dell'articolo 4, paragrafo 5, del Regolamento e sebbene non avessero dimensione Comunitaria sono state valutate direttamente dalla Commissione. Anche in questo caso nessuna richiesta di rinvio è stata rigettata. In un solo caso la Commissione ha ricevuto ed acconsentito ad una richiesta di rinvio alle Autorità competenti ai sensi dell'articolo 9 e, parallelamente, in un solo caso gli Stati membri hanno richiesto alla Commissione, ai sensi dell'art. 22 del Regolamento, di esaminare un'operazione priva di dimensione comunitaria.

Attività di controllo preventivo delle operazioni di concentrazione	
Numero totale decisioni in applicazione del Regolamento n. 139/2004	251
Rinvio pre-notifica (art. 4.4)	8
Richiesta delle parti di esame da parte della Commissione di concentrazioni prive di dimensione comunitaria (art. 4.5)	25
Rinvio della Commissione alle autorità competenti (art. 9)	1
Rinvio parziale (9.3)	0
Casi esaminati dalla Commissione di concentrazioni prive di dimensione su richiesta degli Stati (art. 22)	1
Decisioni in fase I: numero totale	238
Concentrazioni autorizzate (art. 6.1(b))	225
Concentrazioni autorizzate subordinatamente al rispetto di impegni(art. 6.2)	13
Decisioni in fase II: numero totale	3
Concentrazioni autorizzate (art. 8.1)	0
Concentrazioni autorizzate subordinatamente al rispetto di impegni(art. 8.2)	3

La maggior parte delle operazioni notificate ed esaminate non presentava profili problematici dal punto di vista concorrenziale, sicché 225 operazioni sono state autorizzate in fase I, mentre per 13 operazioni più problematiche si è resa necessaria l'adozione di impegni ai quali si è subordinata l'autorizzazione ai sensi dell'art. 2, paragrafo 2, del Regolamento. Durante il 2009, la Commissione ha portato a termine 3 istruttorie avviate ai sensi dell'art. 6.1(c) ed in tutti i casi l'istruttoria si è conclusa con un'autorizzazione, ai sensi dell'art 8, paragrafo 2, grazie all'adozione dei impegni atti a rimuovere i profili anticoncorrenziali evidenziati con l'avvio del procedimento.

Criteri di valutazione in materia di intese e abusi

Per quanto concerne i casi di intesa, le decisioni adottate si inseriscono nell'orientamento di *policy* seguito dalla Commissione già da diversi anni, secondo il quale la lotta ai cartelli rappresenta una priorità che viene perseguita con l'ausilio dei programmi di clemenza. Se, infatti, queste forme di concertazione, per un verso rappresentano violazioni della normativa sulla concorrenza estremamente gravi, in ragione degli effetti indubbiamente negativi che recano sul benessere dei consumatori, per altro verso si rivelano particolarmente difficili da accertare senza la collaborazione di una o più delle imprese coinvolte. Alla gravità delle infrazioni la Commissione ha fatto corrispondere sanzioni di ammontare significativo (complessivamente pari a 432,6 milioni di euro nei quattro casi di intesa), che tuttavia non hanno riguardato, in ciascuno dei casi, l'impresa che per prima ha portato la Commissione a conoscenza del cartello, alla quale è stata concessa l'immunità prevista dal vigente programma di clemenza. Anche alle imprese che, pur non meritando l'immunità, hanno fornito un contributo significativo all'accertamento del cartello sono stati riconosciute riduzioni dell'ammontare della sanzione, in misura pari, al massimo, al 50% dell'importo.

Anche per quanto riguarda gli abusi di posizione dominante, gli strumenti di intervento adottati rientrano nell'ambito dell'approccio più generale seguito dalla Commissione con riguardo ai settori regolamentati, nei quali sono state ricorrentemente adottate decisioni con impegni ai sensi dell'articolo 9 del Regolamento n. 1/2003; ciò nella prospettiva, a cui la Commissione ha dichiaratamente improntato la propria attività di *enforcement* in tali settori, di incidere con tempestività sulla struttura dei diversi mercati nazionali, nel senso di una maggiore apertura alla concorrenza, nell'interesse dei consumatori finali. In relazione alla politica sanzionatoria adottata nei

casi di abuso, la Commissione ha inteso penalizzare i comportamenti commerciali dell'operatore Intel, sanzionandoli per oltre un miliardo di euro, in quanto idonei a danneggiare nel lungo termine gli acquirenti, privandoli delle alternative di approvvigionamento.

Tra le decisioni adottate in relazione alle intese restrittive della concorrenza, quattro (segnatamente quelle relative ai casi *Marine hoses*, *Calcium carbide*, *Power transformers* e *Heat stabilisers*) hanno avuto ad oggetto cartelli segreti la cui esistenza è stata accertata con la collaborazione resa dalle imprese coinvolte in applicazione del programma di clemenza²⁹. Si tratta di cartelli volti alla fissazione dei prezzi ed alla ripartizione dei mercati, che si caratterizzano per la numerosità dei soggetti coinvolti, l'estrema complessità e sofisticazione dell'organizzazione della concertazione, nonché per la presenza di meccanismi di monitoraggio capaci di arrecare grande stabilità e dunque conferire durata alla concertazione stessa. Tali intese sono state poste in essere da imprese attive in mercati della produzione industriale, tipicamente caratterizzati da assetti oligopolistici, nei quali, in considerazione della dimensione geografica soprnazionale, la Commissione è generalmente l'autorità meglio posizionata ad accettare infrazioni alle norme di concorrenza stabilite dal Trattato.

Anche la decisione *E.ON/Gas de France* ha avuto ad oggetto un accordo segreto di ripartizione dei mercati, rispetto al quale, a differenza dei precedenti, la Commissione si è attivata di sua iniziativa. L'accordo, che è stato qualificato come restrizione della concorrenza di natura molto grave, è stato sanzionato dalla Commissione con un'ammenda pari a 553 milioni di euro per ciascuna delle due imprese coinvolte.

Nel caso *Ship classification* l'intervento ha stigmatizzato la definizione in comune, da parte di imprese in concorrenza aderenti all'Associazione Internazionale delle Società di Classificazione (*International Association of Classification Societies – IACS*), di *standard* tecnici relativi alla progettazione e costruzione delle navi a causa delle potenzialità anticompetitive rappresentate dal rischio di esclusione dal mercato dei concorrenti che non partecipano all'iniziativa. L'associazione IACS ha presentato impegni, resi vincolanti dalla decisione adottata ai sensi dell'articolo 9 del Regolamento n. 1/2003, volti a ridefinire le regole di funzionamento dell'associazione

²⁹ Cfr. Comunicazione della Commissione relativa all'immunità dalle ammende o alla riduzione del loro importo nei casi di cartelli tra imprese (Com 2006/C298/06 dell'8.12.2006,).

in modo tale da garantire a tutte le imprese del settore la partecipare alla definizione degli *standard* tecnici.

Nel caso *Tondo per cemento armato* la Commissione ha adottato, ai sensi dell'articolo 81 del Trattato CE una nuova decisione relativa a un cartello posto in essere da alcune imprese italiane e dalla relativa associazione di categoria, dopo che l'originaria decisione, adottata nel 2002, era stata annullata dal Tribunale di Primo Grado in quanto basata su una norma (articolo 65 del Trattato CECA) che al momento della decisione non era più in vigore.

In relazione agli abusi di posizione dominante, tra le decisioni adottate dalla Commissione nel 2009, tre hanno riguardato il settore dell'informatica e due quello dell'energia. Quest'ultimo settore, in particolare, era stato precedentemente stato interessato da un'indagine conoscitiva – conclusa nel gennaio 2007³⁰ - strumento sempre più utilizzato dalla Commissione al fine di identificare eventuali problematiche concorrenziali da sottoporre ad accertamento istruttorio con l'ausilio di tutte le informazioni ed evidenze acquisite nel corso dell'indagine³¹.

Ed infatti, i due casi giunti a decisione nel 2009 (*RWE gas foreclosure* e *GdF foreclosure*) rientrano nel novero delle procedure avviate a valle dell'indagine settoriale³². Entrambi hanno riguardato il settore del gas, avendo ad oggetto condotte poste in essere dagli operatori *incumbent* verticalmente integrati (rispettivamente nel mercato tedesco ed in quello francese) volti ad impedire o ostacolare l'accesso alle infrastrutture di rete ad operatori in concorrenza nei mercati a valle.

Nel settore dell'informatica, caratterizzato da imprese con significativo potere di mercato in ragione dell'importanza degli investimenti in ricerca e sviluppo, della

³⁰ *Gas electricity sector inquiry Communication from the Commission - Inquiry pursuant to Article 17 of Regulation (EC) No 1/2003 into the European gas and electricity sectors (Final Report)* COM/2006/0851.

³¹ Altre indagini, già concluse, hanno riguardato il settore assicurativo (cfr. *Communication from the Commission - Sector Inquiry under Article 17 of Regulation (EC) No 1/2003 on business insurance (Final Report)* COM/2007/0556), quello bancario (cfr. *Communication from the Commission - Sector Inquiry under Article 17 of Regulation (EC) No 1/2003 on retail banking (Final Report)* COM/2007/0033). E' tuttora in corso l'indagine relativa al settore farmaceutico, avviata nel luglio 2008 (cfr. *Communication from the Commission – Executive Summary of Pharmaceutical Sector Inquiry Report*).

³² Ulteriori due casi, relativi al settore dell'energia sono stati conclusi nel corso del 2008 (cfr. decisione della Commissione del 26 novembre 2008 nei casi COMP/39388 German Electricity wholesale market e COMP/39389 German Electricity balancing market). Altri casi, relativi al settore del gas, sono tuttora in corso.

relativa tutela brevettuale, e della presenza di importanti effetti di rete dal lato della domanda, la Commissione è intervenuta nel 2009 nei confronti dell'operatore Intel. La pratica di sconti selettivi, posta in essere da quest'ultimo e denunciata alla Commissione da un concorrente nel mercato della produzione delle CPU – *Central Processing Unit*, è stata analizzata nel corso del procedimento sulla base della portata escludente della politica di prezzi praticati da Intel ai propri clienti³³. In particolare, oltre a verificare il carattere abusivo degli sconti condizionati praticati da Intel, la Commissione ne ha valutato la replicabilità da parte di uno o più concorrenti altrettanto efficienti, sulla base del cosiddetto *test “as efficient competitor”*. Tale analisi ha evidenziato che, al di là degli effetti di breve periodo in termini di riduzione dei prezzi, la politica di sconti dell'impresa dominante nel lungo termine avrebbe danneggiato gli acquirenti, privandoli di effettive alternative di approvvigionamento.

Diversamente i casi *Microsoft* e *Rambus* si sono conclusi con decisioni di impegni ai sensi dell'articolo 9 del Regolamento n. 1/2003. In particolare, nel caso Microsoft, la minaccia per la concorrenza effettiva veniva dalla strategia di commercializzazione congiunta del sistema operativo *Windows* e del *browser Internet Explorer*, che avrebbe consentito a Microsoft di estendere la propria posizione dominante nel mercato dei sistemi operativi a quello dei *browser*, grazie all'effetto traino di *Windows*; con l'ulteriore potenziale effetto futuro di rinforzare la posizione dominante di Microsoft nel mercato dei sistemi operativi, contrastando la sempre crescente diffusione delle applicazioni sviluppate sulla piattaforma *web* in sostituzione di questi ultimi. L'impegno dell'impresa a garantire, mediante una schermata di *Windows* adeguatamente congegnata (cosiddetto *ballot screen*), la possibilità per gli utilizzatori di *computer* di scegliere e scaricare qualsiasi *browser*, è stato ritenuto dalla Commissione idoneo a far venir meno l'abbinamento di prodotti potenzialmente abusivo.

Nel caso Rambus si è riproposto il problema delle condizioni alle quali le condotte delle imprese coinvolte in progetti comuni di standardizzazione si pongono in contrasto con le norme a tutela della concorrenza (come nella decisione *Ship classification*). In particolare, sono state oggetto di valutazione le condotte unilaterali

³³ Cfr. Comunicazione della Commissione “Orientamenti sulle priorità della Commissione nell'applicazione dell'articolo 82 del Trattato CE al comportamento abusivo delle imprese dominanti volto all'esclusione dei concorrenti”, OJ C 45, 24.2.2009.

dell'impresa in posizione dominante nel mercato relativo a una tecnologia (sulle condizioni di interfaccia tra i *cip* di memoria e le altre componenti di *hardware* dei *computer*) inclusa nel progetto di standardizzazione portato avanti dalla relativa organizzazione settoriale (JEDEC). La Commissione ha ritenuto idoneo a costituire un abuso di posizione dominante il comportamento di Rambus che, nel contesto dell'associazione produttori JEDEC, dove le regole di condotta prevedevano la trasparenza tra gli aderenti in merito ai diritti di proprietà industriale attuali o pendenti suscettibili di essere incorporati nello *standard* in via di definizione, aveva segretamente protetto la propria tecnologia mediante brevetti. Tale strategia (cosiddetta di *patent ambush*), deliberatamente posta in essere, aveva consentito all'operatore dominante, una volta che lo *standard* è stato adottato, di rivendicare *royalties* più elevate di quelle normalmente previste. Il livello delle *royalties* applicate da Rambus è stato ridimensionato per effetto degli impegni presentati dalla parte nell'ambito del procedimento.

Relazione sul funzionamento del Regolamento (CE) n. 1/2003

Ai sensi dell'articolo 44 del Regolamento n. 1/2003, la Commissione il 29 aprile 2009 ha presentato al Parlamento Europeo e al Consiglio un Rapporto sul funzionamento del Regolamento n. 1/2003, preliminarmente sottoposto a consultazione pubblica e formalizzato nella Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo e al Consiglio³⁴.

Tre sono i punti fondamentali del processo di modernizzazione, trattati nella Comunicazione: *i.* il passaggio dal sistema di notifica a quello di eccezione legale nell'applicazione dell'articolo 81.3 del Trattato e la regola di convergenza di cui all'art. 3 del Regolamento n. 1/2003; *ii.* i nuovi poteri della Commissione; *iii.* il funzionamento della rete tra autorità nazionali di concorrenza (ANC).

In primo luogo, la Comunicazione ha evidenziato i successi derivanti dall'abolizione del sistema di notifica, ai sensi dell'articolo 81.3, sottolineando come dal 1° maggio 2004, oltre alla Commissione, anche tutte le ANC e le Corti nazionali competenti applichino le norme comunitarie sulla concorrenza nella loro interezza, compreso l'articolo 81, paragrafo 3, non più prerogativa esclusiva della Commissione.

³⁴ Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo e al Consiglio Relazione sul funzionamento del Regolamento n. 1/2003, COM(2009)206, del 29 aprile 2009.

Ad avviso della Commissione, il passaggio è avvenuto senza particolari difficoltà ed ha consentito alla Commissione stessa di concentrare le proprie risorse in aree più significative dell'*enforcement*. A una valutazione nel complesso positiva la Commissione è giunta anche con riguardo alla convergenza tra l'azione della Commissione e quella degli Stati Membri, in applicazione dell'articolo 81 del Trattato (art. 3 del Regolamento n. 1/2003). Contemporaneamente, è emersa la necessità di esaminare con maggiore dettaglio le norme nazionali applicabili alle condotte unilaterali delle imprese, che possono essere più restrittive rispetto a quanto disposto dall'art. 82 del Trattato e per la cui applicazione è lasciata ampia libertà agli Stati Membri.

In secondo luogo, la Commissione ha considerato che, in termini generali, i nuovi e rafforzati poteri investigativi e decisionali ad essa attribuiti dal Regolamento n. 1/2003, abbiano portato a risultati positivi, sebbene alcuni aspetti procedurali meritino ulteriori riflessioni. In particolare, la Commissione ha messo in luce come le indagini di settore siano diventate un importante ed efficiente strumento investigativo (si pensi a titolo di esempio alle procedure avviate a seguito delle indagini settoriali sul gas e l'elettricità o nel settore farmaceutico). Inoltre, la possibilità di apporre i sigilli, ispezionare luoghi diversi dai locali commerciali, richiedere informazioni nel corso delle ispezioni, nonché imporre sanzioni per il mancato rispetto degli obblighi che incombono alle imprese, hanno costituito strumenti particolarmente utili e volti ad assicurare maggiore efficienza nelle investigazioni. La Commissione ha, invece, rilevato come l'assenza del potere di imporre sanzioni in caso di informazioni non veritieri fornite nel corso di audizioni, costituisca un *deficit* del sistema. Con riguardo ai nuovi poteri decisionali, la Commissione ha sottolineato la rilevanza delle decisioni con impegni adottate ai sensi dell'articolo 9 del Regolamento n. 1/2003. La Commissione ha riscontrato che tali tipi di decisioni assicurano maggiore efficienza ed efficacia nel reprimere i problemi di concorrenza identificati nei procedimenti, laddove gli impegni presentati dalle parti risultano direttamente rivolti a rimuovere le preoccupazioni concorrenziali dell'organo comunitario. La Commissione ha, peraltro, evidenziato come anche i poteri che non sono mai stati utilizzati, quali il potere di imporre rimedi strutturali ai sensi dell'art. 7 del Regolamento n. 1/2003, abbiano, tuttavia, agevolato l'ottenimento di impegni strutturali in alcuni casi di decisioni adottate ai sensi dell'articolo 9 del Regolamento n. 1/2003. Infine si rileva che la Commissione non ha adottato decisioni a norma

dell'articolo 10 del Regolamento, in quanto l'uso di tale strumento, creato principalmente per garantire la coerenza nell'applicazione delle regole antitrust della CE, non si è reso finora necessario, in ragione degli ampi sforzi compiuti dall'*European Competition Network* ("ECN") per promuovere un'applicazione coerente delle regole comunitarie.

In tal senso, la Commissione sottolineato come la creazione dell'ECN e, pertanto, del sistema di cooperazione tra autorità abbia, da un lato, incrementato l'*enforcement* delle norme comunitarie della concorrenza, assicurando al contempo una maggiore coerenza applicativa, e dall'altro abbia rappresentato un importante *forum* di discussione per questioni di carattere generale. Il successo della rete emerge dal fatto che a fine marzo 2009 si contano 1.000 casi oggetto di indagine all'interno del *Network* e circa 300 *envisaged decision*, mentre, finora, nessun caso avviato da un'autorità nazionale è stato oggetto di avocazione da parte della Commissione in base all'articolo 11(6). Permangono, tuttavia, ostacoli all'effettivo *enforcement* delle norme comunitarie sulla concorrenza provenienti dalla persistenza di divergenze nelle discipline procedurali dei singoli Stati Membri, tra cui quelle relative a sanzioni, responsabilità delle associazioni di imprese e periodi di prescrizione.

Rapporto della Commissione relativo al funzionamento del Regolamento (CE) n. 139/2004 del Consiglio

Nel corso del 2009 l'Autorità ha preso parte alla discussione in merito al rapporto della Commissione sul funzionamento del Regolamento CE n. 139/2004, relativo al controllo delle operazioni di concentrazione tra imprese. A tal fine, tra ottobre e dicembre 2008 si è svolto un processo di consultazione pubblica.

Il Rapporto in parola è stato redatto dalla Commissione in ottemperanza agli artt. 1(5) e 4(6) del Regolamento che prescrive un obbligo per la Commissione di presentare, entro il luglio 2009, una relazione al Consiglio e al Parlamento che dia conto del funzionamento in materia di soglie di fatturato e meccanismi di rinvio³⁵.

Il principio generale del regolamento concentrazioni, su cui si basa il sistema comunitario in merito al riparto di competenze tra Commissione e ANC in materia di concentrazioni, è quello della competenza esclusiva della Commissione sulle operazioni

³⁵ Communication from the Commission to the Council, Report on the functioning of Regulation No 139/2004, COM(2009)281, del 18 giugno 2009.

che hanno “dimensione comunitaria”. Il legislatore comunitario ha scelto il fatturato come criterio per identificare la “dimensione comunitaria” di un’operazione di concentrazione e, pertanto, per determinare la linea di spartiacque tra la competenza della Commissione e quella degli Stati Membri. Tuttavia, non rappresentando tale criterio uno strumento perfetto, lo stesso legislatore ha introdotto dei meccanismi correttivi che, nel rispetto del principio di sussidiarietà, permettano che sia l’autorità “più competente” a trattare il caso. Si tratta della possibilità di rinviare un’operazione di concentrazione avente dimensione comunitaria, dalla Commissione allo Stato o agli Stati nazionali sul territorio dei quali si esplicano gli effetti principali dell’operazione (art. 9 per il rinvio in post-notifica e art. 4(4) del Regolamento per il rinvio in pre-notifica) e viceversa la possibilità, per gli Stati Membri, di rinviare alla Commissione un’operazione di concentrazione che, pur non raggiungendo le soglie di fatturato previste dal Regolamento n. 139/2004, abbia effetti transfrontalieri (art. 22 del Regolamento per il rinvio in post-notifica e art. 4(5) per il rinvio in pre-notifica).

Con riguardo al sistema comunitario sopra illustrato, il rapporto della Commissione mostra che le soglie di fatturato definite all’art. 1, commi 2 e 3 del Regolamento, insieme ai meccanismi di rinvio, hanno rappresentato uno strumento soddisfacente per la ripartizione delle competenze tra Commissione e autorità nazionali, consentendo alle imprese di beneficiare di una valutazione *one-stop-shop* attraverso i meccanismi di rinvio alla Commissione e all’autorità *best placed* nei casi in cui l’operazione avesse un impatto *cross border* o esplicasse i suoi principali effetti nel territorio di uno o più Stati Membri.

Con specifico riguardo ai meccanismi di rinvio, la Commissione ritiene che, sebbene tali strumenti abbiano mantenuto il carattere eccezionale che era stato loro attribuito sin dal Regolamento CE n. 4064/89 (che aveva previsto esclusivamente i rinvii in post-notifica), il riparto di competenza ha beneficiato dei miglioramenti apportati al sistema grazie all’introduzione dei rinvii in pre-notifica e le altre semplificazioni procedurali introdotte con il Regolamento CE n.139/2004. In particolare, la Commissione ha constatato che, con riferimento ai rinvii verso l’alto (ai sensi dell’art. 4(5)) sono stati evitati circa 1.000 procedimenti paralleli a fronte di 150 casi trattati a livello Comunitario. A fronte di un giudizio complessivamente positivo sul riparto di competenza instaurato dal sistema comunitario sul controllo delle concentrazioni, il documento della Commissione, evidenzia, tuttavia, alcune criticità di

tale sistema. Oggetto di riflessione da parte della Commissione sarà in particolare il funzionamento della cosiddetta regola dei “due/terzi” e la constatazione del numero ancora cospicuo di operazioni cosiddette “multigiurisdizionali” che esulano dal controllo delle concentrazioni³⁶.

Best practices relative ai procedimenti della Commissione concernenti l'applicazione degli articoli 81 e 82 del Trattato CE

Nel corso del 2009 la Commissione ha sottoposto all'attenzione dell'ECN, la proposta delle *Best Practices* relative ai procedimenti comunitari concernenti l'applicazione degli articoli 101 e 102 del TFUE (già artt. 81 e 82 del Trattato CE) e la proposta degli Orientamenti sul ruolo dei Consiglieri auditori che la Commissione ha sottoposto a consultazione il 6 gennaio 2010, assieme alle *Best practices* relative alla presentazione di elementi di prova economica. L'obiettivo perseguito dalla Commissione mediante la formalizzazione delle *Best Practices* è quello di assicurare la massima trasparenza delle procedure comunitarie *antitrust*, fornendo al contempo delle linee guida per tutti i soggetti coinvolti nei procedimenti Comunitari di applicazione degli artt. 101 e 102³⁷.

Riguardo alla fase investigativa, nel corso della quale trova definizione il *priority setting* della Commissione e vengono identificati i casi meritevoli di ulteriori approfondimenti, le *Best Practices* introducono la prassi secondo cui al momento dell'adozione della prima misura investigativa formale (di solito una richiesta di informazioni ai sensi dell'art. 18 del Regolamento n. 1/2003), si rende noto alle imprese

³⁶ Particolarmente delicata appare l'analisi relativa al funzionamento della regola dei “due/terzi”, in base alla quale uno Stato Membro è competente ad esaminare una concentrazione quando tutte le parti dell'operazione realizzano almeno i 2/3 del loro fatturato nel territorio dello stesso Stato Membro, indipendentemente dal raggiungimento delle altre soglie di fatturato previste dall'art. 1, commi 2 e 3 del Regolamento n. 139/04. Con riguardo al fenomeno delle cosiddette concentrazioni “multigiurisdizionali”, la Commissione rileva che, nel 2007 circa 260 concentrazioni sono state notificate in più di due Stati Membri e circa 100 in almeno tre Stati Membri. L'esistenza di un numero cospicuo di operazioni idonee ad essere valutate da più Stati Membri e che non raggiungono le soglie comunitarie, ha riaperto il dibattito (già sviluppato in seno al Consiglio Europeo all'epoca dell'adozione del Regolamento n.139/04) in merito al rinvio automatico alla Commissione di quelle operazioni notificabili in più di tre Stati Membri (cosiddetta regola del “3+”).

³⁷ L'ambito di applicazione delle *best practices* si limita ai procedimenti avviati ai sensi degli articoli 101 e 102 del TFEU (inclusi quelli sui cartelli ai quali si applicano inoltre alcune specifiche procedure in materia di *leniency*), non applicandosi al contrario ai procedimenti sulle concentrazioni, a quelli di infrazione condotti ai sensi del combinato disposto dell'art. 86 e degli artt. 81/82 del TFUE, ai procedimenti in materia di Aiuti di Stato.