

**La Rete europea delle autorità garanti della concorrenza: strumento di  
convergenza tra i sistemi nazionali di tutela della concorrenza**

**di Federica Togo**

<b>Introduzione .....</b>	<b>3</b>
<b>I - La Rete europea delle autorità garanti della concorrenza .....</b>	<b>4</b>
<b>II – Composizione della Rete.....</b>	<b>6</b>
<b>III – Norme basilari in tema di cooperazione .....</b>	<b>8</b>
<b>IV – L’operato della Rete .....</b>	<b>10</b>
<b>V – Il processo di convergenza.....</b>	<b>14</b>
<b>VI - Verso un’armonizzazione procedurale? .....</b>	<b>18</b>
<b>VII - L’ECN Model Leniency Programme .....</b>	<b>22</b>
<b>Conclusioni .....</b>	<b>28</b>

## Introduzione

Nel nuovo sistema di applicazione delle regole di concorrenza comunitarie, creato dal regolamento 1/2003<sup>1</sup>, assume rilievo preminente l'esigenza di assicurare un unico quadro giuridico nell'applicazione degli articoli 81 e 82 del Trattato in tutto il territorio dell'Unione, da considerare un'area in cui le autorità garanti della concorrenza e i giudici nazionali applicano le norme comunitarie con la necessaria coerenza ed effettività.

Una modifica introdotta con il citato regolamento ha riguardato l'istituzione di un meccanismo di cooperazione tra la Commissione e le autorità nazionali che costituisce una novità assoluta in tema di collaborazione tra autorità nazionali nell'ordinamento comunitario. Si è realizzato un vero e proprio Network che consente nell'applicazione degli articoli 81 e 82 la cooperazione tra autorità nazionali e la Commissione attraverso una serie di meccanismi e di scambi di informazioni, che prevedono un utilizzo delle informazioni scambiate all'interno della Rete delle autorità europee di concorrenza anche come mezzo di prova; tra queste rientrano anche le informazioni confidenziali<sup>2</sup>. Appare, per questo,

---

<sup>1</sup> Regolamento (CE) n. 1/2003 del Consiglio, del 16 dicembre 2002, concernente l'applicazione delle regole di concorrenza di cui agli articoli 81 e 82 del Trattato, in *GU* n. L 1 del 4-1-2003.

<sup>2</sup> In generale sul tema della c.d. modernizzazione vedi: A. Pera – P. Cassinis, *Applicazione decentrata del diritto comunitario della concorrenza: la recente esperienza italiana e le prospettive della modernizzazione*, in *Diritto del commercio internazionale*, 1999, p. 701; E. Gentile, *La svolta di inizio millennio del diritto comunitario della concorrenza: il nuovo approccio economico, la semplificazione delle norme, la cooperazione internazionale e la modifica del regolamento 17/62*, in *Contratto e impresa/Europa* 2000, p. 557; F. Ghezzi, *Il libro bianco della Commissione sulla modernizzazione del diritto della concorrenza comunitario*, in *Concorrenza e Mercato* 2000, p. 175; M. Maggiolino, *Il progetto di regolamento comunitario in materia di procedure di applicazioni degli artt. 81 e 82* in *Concorrenza e Mercato* 2001, p. 281; M. Monti, *The Modernisation of EC Antitrust Policy*, in *European Competition Law Annual 2000: The Modernisation of EC Antitrust Policy* (edited by C. D. Ehlermann and I. Atanasiu), The Robert Schuman Centre at the European University Institute, Firenze, 2001, p. 3; J.H.J. Bourgeois – C. Humpe, *The Commission's Draft "New Regulation 17"*, in *European Competition Law Review*, 2002, p. 43; L. Toffoletti, *Riforma del diritto antitrust comunitario: giudizio di esenzione e diritti dei singoli*, in *Giurisprudenza Commerciale* 2002, p. 417; G. Berruti, *La nuova cooperazione attiva tra Istituzioni comunitarie, Antitrust nazionali e Giudici nel Regolamento comunitario n. 1/2003*, in *Corriere giuridico*, 2004, p. 118; C. Gauer – D. Dalheimer – L. Kjolbye – E. De Smijter, *Regulation 1/2003: a modernised application of EC competition rules*, in *Competition Policy Newsletter*, 2003, p. 3; A. Pera e V. Falce, *The modernization of EC Competition law and the role of national competition authorities - Revolution or evolution?*, in *Il Diritto dell'Unione europea*, 2003, p. 433; J. Venit, *Brave new world: the modernization and decentralization of enforcement under articles 81 and 82 of the EC Treaty*, in *Common Market Law Review*, 2003, p. 545; A. Calamia, *La nuova disciplina della concorrenza nel diritto comunitario*, Milano, 2004; P. Fattori – M. Todino, *La disciplina della concorrenza in Italia*, Bologna, 2004; M. Scuffi, *I riflessi ordinamentali ed organizzativi del regolamento n. 1/2003 sulla concorrenza*, in *Corriere Giuridico*, 2004, p. 123; M. Tavassi, *Il regolamento CE n. 1/2003: verso una devoluzione di competenze in materia di concorrenza dalla Commissione Europea alle autorità garanti ed ai giudici nazionali* in *Rivista del commercio e degli scambi internazionali*, 2004, p. 315; G. L. Tosato – L. Bellodi, *Il nuovo diritto della concorrenza. Aspetti procedurali*, Milano, 2004; W. P. J. Wils, *Regulation 1/2003: a reminder of the main issue, in Modernisation and enlargement: two major challenges for EC Competition* (edited by D. Geradin), Oxford, 2004, p. 28; L. F. Pace, *I fondamenti del diritto antitrust europeo. Norme di competenza e sistema applicativo dalle origini alla Costituzione*, Milano, 2005; D. J. Gerber – P. Cassinis, *The "Modernisation" of European Community Competition Law: Achieving Consistency in Enforcement – Part I*, in *European Competition Law Review*, 2006, p. 10; D. J. Gerber – P. Cassinis, *The "Modernisation" of European Community Competition Law: Achieving Consistency in Enforcement – Part II*, in *European Competition Law Review*, 2006, p. 51; A. Adinolfi – L. Daniele – B. Nascimbene – S. Amadeo, *L'applicazione del diritto comunitario della concorrenza – Commentario al regolamento (CE) n. 1/2003 del Consiglio del 16 dicembre 2002*, Milano, 2007; L. F. Pace, *Diritto europeo della concorrenza – Divieti antitrust, controllo delle concentrazioni e procedimenti applicativi*, Padova, 2007; M. Siragusa – G. Faella, *The implementation of competition rules in the two years since modernization*, in *Antitrust tra diritto nazionale e diritto comunitario*, VII Convegno 18-19 maggio 2006, Treviso, 2007, p. 13.

condivisibile l'affermazione secondo cui il regolamento 1/2003 non si sia limitato a ridisegnare il sistema di applicazione del diritto comunitario della concorrenza, ma abbia anche codificato, in materia di concorrenza, le modalità di attuazione del principio di cooperazione tra gli Stati membri nell'attuazione degli obiettivi della Comunità europea di cui all'art. 10 del Trattato. Si dà luogo, in questo modo, ad una cooperazione interistituzionale e procedimentale che si attua nei rapporti tra la Commissione e le autorità garanti nazionali, nei rapporti tra le autorità garanti nazionali *inter se* ed, infine, nei rapporti tra la Commissione e le autorità nazionali da un lato e organi giurisdizionali dall'altro lato<sup>3</sup>.

L'articolo tenterà di analizzare la cooperazione tra autorità nazionali della concorrenza e la Commissione all'interno della Rete, alla luce delle previsioni legali e delle forme di dialogo informali che sono state realizzate nella prassi. Vale la pena ricordare che un'indagine sul consolidamento della cultura della concorrenza in Europa non può limitarsi ad una ricognizione delle iniziative di armonizzazione normativa in senso stretto, ma deve e può includere il riavvicinamento "spontaneo" che opera sia sul piano delle regole sostanziali, sia su quello degli strumenti procedurali che danno attuazione a tali previsioni normative. In tale prospettiva, appare degno di menzione il fatto che all'interno della Rete si è verificato un processo spontaneo in base al quale le modifiche apportate da un legislatore a livello nazionale hanno indotto altri membri a modificare le corrispondenti regole procedurali nazionali. Tanto è avvenuto, per esempio, per l'abolizione del meccanismo della notifica preventiva e per l'introduzione dello strumento delle decisioni con impegni e delle misure cautelari; in questo contesto la Rete ha svolto un ruolo fondamentale, come strumento di convergenza, soprattutto in tema di programmi di clemenza, attraverso la predisposizione di un "modello" a cui le autorità garanti si sono conformate.

## **I - La Rete europea delle autorità garanti della concorrenza**

Con il regolamento di procedura 1/2003, le autorità nazionali della concorrenza e le autorità giudiziarie nazionali sono state investite del potere di applicare gli articoli 81 e 82 per l'intero contenuto precettivo, ivi compreso il par. 3 dell'art. 81, relativo alle esenzioni individuali dal divieto di intese restrittive, in precedenza di esclusiva pertinenza della Commissione.

Appare in tutta evidenza il fatto che, dall'approvazione del regolamento in poi, gli articoli 81 e 82 sono applicati interamente sia dalla Commissione sia dalle autorità nazionali, con la conseguenza non trascurabile di consentire alla Commissione di concentrare le sue risorse per contrastare le infrazioni più gravi. Si afferma, dunque, un sistema di applicazione decentrata che richiede, per operare efficientemente, sia un maggiore coordinamento tra i *public enforcers*, ossia la Commissione e le diverse autorità nazionali della concorrenza, così come un maggiore coinvolgimento delle autorità giudiziarie nazionali in veste di *main private enforcers*. Pertanto, il Regolamento ha istituito un

---

<sup>3</sup> R. Nazzini, *Procedure comunitarie e nazionali in materia antitrust. Sui profili processuali del rapporto tra diritto comunitario e diritti interni*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 2006, p. 97.

sistema di cooperazione, appunto la Rete europea delle autorità garanti della concorrenza (*European Competition Network - ECN*), composta dalla Commissione europea e dalle autorità di concorrenza degli Stati membri dell'Unione, che va al di là dei sistemi di Network già esistenti. Attraverso il sistema di cooperazione istituito dal regolamento 1/2003, le autorità garanti nazionali e la Commissione tentano di distribuire i casi tra loro in maniera efficiente; cercano di fornirsi assistenza reciproca nella ricostruzione delle diverse fattispecie e nell'applicazione degli articoli 81 e 82; sono impegnate ad assicurare un'applicazione coerente degli articoli 81 e 82 all'interno del mercato comune. La Rete europea delle autorità garanti della concorrenza è, dunque, testimonianza di come una rete svolga un ruolo essenziale in termini di cooperazione, di scambio di dati e informazioni, di coordinamento organizzativo e funzionale, rappresentando, al tempo stesso, lo snodo attraverso cui il diritto europeo entra in circolo a livello nazionale<sup>4</sup>. In definitiva, la Rete non è né un'entità legale, né un'organizzazione internazionale, bensì una struttura per applicare e sviluppare il diritto europeo della concorrenza, con un ruolo ben preciso: migliorare la cultura europea della concorrenza all'interno dell'Unione europea e adempiere in maniera efficace agli obblighi di cooperazione scaturenti dalla legislazione comunitaria<sup>5</sup>.

Le prime aperture ad una maggiore cooperazione nell'operato della Commissione e delle autorità nazionali della concorrenza, si concretizzarono, quando ancora era in vigore il regolamento 17/1962<sup>6</sup>, con la Comunicazione del 1997<sup>7</sup> con la quale la Commissione invitava le imprese a rivolgersi con maggior frequenza e senza alcun timore alle autorità garanti nazionali per ottenere il rispetto dell'art 81, par. 1 e dell'art. 82.

Tuttavia, la Comunicazione in questione non determinò la svolta auspicata nell'applicazione del diritto comunitario antitrust.

Il sistema, ancora imperniato sul principio del controllo preventivo della compatibilità di accordi, decisioni e pratiche garantito per il tramite dell'istituto della notificazione e sulla competenza esclusiva della Commissione in materia in base all'art. 81, par. 3 del trattato, continuò a funzionare, in pratica, come modello centralizzato e preventivo e le autorità nazionali non si mostrarono particolarmente attive nella repressione di accordi, decisioni e pratiche di rilievo chiaramente comunitario<sup>8</sup>. Le imprese coinvolte in una procedura nazionale avevano sempre la possibilità di notificare le loro intese alla Commissione per contrastare l'azione locale. Infatti, l'avvio di una procedura da parte della Commissione privava automaticamente le autorità nazionali della competenza

---

<sup>4</sup> M. D'Alberti, *La rete europea di concorrenza e la costruzione del diritto antitrust*, in *Antitrust tra diritto nazionale e diritto comunitario*, VI Convegno 13-14 maggio 2004, Treviso 2005, p. 35.

<sup>5</sup> K. Dekeyser – M. Jasper, *A new era of ECN Cooperation – Achievements and Challenges with Special Focus on Work in the Leniency Field*, in *World Competition – Law and Economics Review*, 2007, p. 5.

<sup>6</sup> Regolamento (CEE) n. 17 del Consiglio: primo regolamento di applicazione degli articoli 85 e 86 del trattato in *GUCE* n. 13 del 21.02.1962.

<sup>7</sup> 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 in *GUCE* C 313 del 15 ottobre 1997, p. 3.

<sup>8</sup> R. Nazzini, *Procedure comunitarie e nazionali in materia antitrust. Sui profili processuali del rapporto tra diritto comunitario e diritti interni*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 2006, p. 97.

in merito al caso trattato, ai sensi e per gli effetti dell'art. 9, par. 3 del regolamento 17/62<sup>9</sup>. Con l'adozione del regolamento 1/2003 viene abolito il monopolio della Commissione in materia di esenzione e, viene dunque, eliminato l'ostacolo principale ad un pieno decentramento applicativo delle regole antitrust da parte delle autorità garanti nazionali (ed anche dei giudici nazionali). In base all'art. 5 del regolamento "*le autorità sono competenti ad applicare gli articoli 81 e 82 del trattato in casi individuali (..)*"<sup>10</sup>. In effetti, si garantisce l'applicazione delle regole comunitarie di concorrenza da parte delle autorità nazionali in tutti i casi in cui l'intervento a livello nazionale risulti più efficace<sup>11</sup>.

Il regolamento 1/2003 introduce, inoltre, novità rilevanti sui rapporti tra Commissione e autorità antitrust nazionali. La stretta collaborazione all'interno della rete opera sia a livello "verticale", tra Commissione e le autorità nazionali della concorrenza, che a livello "orizzontale", tra singole autorità nazionali all'interno della rete, dando luogo ad equilibri diversi dal passato<sup>12</sup>. Il Network opera con riferimento a specifici obblighi reciproci di informazione e di consultazione preventiva, ma anche in base a meccanismi e strumenti di coordinamento che concorrono al raggiungimento di due finalità: evitare, per quanto possibile, la duplicazione di procedimenti e decisioni relative a medesime fattispecie; prevenire e risolvere eventuali situazioni di conflitto. Complessivamente si tratta di assicurare un'allocazione ottimale dei singoli casi, in base al principio che i medesimi devono essere trattati dall'autorità più idonea a valutarli<sup>13</sup>.

## **II – Composizione della Rete**

La Rete europea delle autorità garanti della concorrenza (*European Competition Network - ECN*) è composta dalla Commissione europea e dalle autorità di concorrenza degli Stati membri dell'Unione. Il regolamento all'art. 35 impone a ciascuno Stato di provvedere autonomamente a designare le autorità che sono responsabili dell'applicazione degli articoli 81 e 82 del Trattato CE "*in modo da garantire un'efficace conformità alle disposizioni del presente regolamento*" e si preoccupa di ripartire le competenze e i compiti a seconda della struttura prescelta dagli Stati, nel rispetto del principio dell'autonomia istituzionale. Il termine autorità della concorrenza rappresenta un concetto autonomo: il suo significato può, pertanto, differire dal significato che allo stesso termine viene dato in base ad un

---

<sup>9</sup> L'art. 9 par. 3 del regolamento 17/62 recitava: "*Fino a quando la Commissione non abbia iniziato alcuna procedura a norma degli articoli 2, 3 o 6, le Autorità degli Stati membri restano competenti per l'applicazione dell'articolo 85, par. 1 e dell'art. 86, in conformità con l'art. 88 del Trattato (..)*".

<sup>10</sup> Per ragioni di completezza si segnala che analoga previsione è contenuta nell'art. 6 del regolamento per quanto riguarda le giurisdizioni nazionali.

<sup>11</sup> G. L. Tosato – L. Bellodi, *Il nuovo diritto della concorrenza. Aspetti procedurali*, Milano, 2004, p. 34.

<sup>12</sup> M. D'Alberty, *La rete europea di concorrenza e la costruzione del diritto antitrust*, in *Antitrust tra diritto nazionale e diritto comunitario*, VI Convegno 13-14 maggio 2004, Treviso 2005, p. 35, L. Pace, *I fondamenti del diritto antitrust europeo. Norme di competenza e sistema applicativo dalle origini alla Costituzione europea*, Milano, 2005, p. 357.

<sup>13</sup> Nell'Unione europea, una forma di cooperazione tra le autorità nazionali garanti della concorrenza sussiste, non solo in sede di applicazione degli articoli 81 e 82 del Trattato, ma anche, seppur in grado minore, in tema di notifica delle concentrazioni nell'ambito del sistema del rinvio di concentrazioni, sia prima che dopo la notificazione, dalla Commissione agli Stati membri e viceversa, riformato dal nuovo Regolamento (CE) n. 139/2004 del Consiglio, del 20 gennaio 2004, relativo al controllo delle concentrazioni tra imprese ("Regolamento comunitario sulle concentrazioni") in *GU L* 24/1 del 29.01.2004, p. 1.

diritto nazionale. Gli Stati membri, nel designare le autorità competenti ad applicare gli articoli 81 e 82, devono assicurare che le diverse funzioni attribuite dal Regolamento alle autorità della concorrenza siano effettivamente svolte, in caso contrario si verificherebbe una violazione del diritto comunitario. Nel far ciò, hanno piena discrezionalità di dividere le molteplici funzioni previste tra diverse autorità amministrative o giudiziali responsabili dell'applicazione degli articoli 81 e 82, sempre che sia assicurata l'effettiva applicazione delle previsioni contenute nel Regolamento. In tal modo, l'art. 35 si preoccupa di "riconoscere le ampie differenze che esistono nei sistemi pubblici degli Stati membri predisposti all'applicazione della legge", così come evidenziato dal considerando n. 35 del regolamento, e quindi procede ad equiparare le autorità amministrative a quelle giudiziarie. In effetti, quando si passa ad esaminare la struttura delle autorità garanti della concorrenza, così come precisato dalla Comunicazione sulla cooperazione, e si riscontra che essa varia a seconda degli Stati membri<sup>14</sup>.

All'interno della Rete si contano, dunque, essenzialmente tre tipi di strutture organizzative:

- 1) strutture amministrative integrate, competenti sia per la fase investigativa che per la fase decisionale (c.d. "modello unitario ad esempio l'*Autorità Garante della concorrenza e del mercato* in Italia<sup>15</sup>).
- 2) Autorità amministrative distinte, l'una rappresentata di solito da una divisione del Ministero dell'Economia (o comunque inserita nella Pubblica Amministrazione) e competente per l'attività investigativa e l'altra, un'autorità amministrativa indipendente (ovvero, di solito, un'autorità paragiurisdizionale, con carattere di indipendenza) incaricata, invece, di istruire i casi e competente ad adottare le decisioni [c.d. "modello dualista"<sup>16</sup>, ad esempio in Francia, con il *Ministre de l'économie* (con funzioni di indagine) e con il *Conseil de la concurrence* (autorità amministrativa indipendente con funzioni di istruttoria e decisione)<sup>17</sup>].
- 3) L'ultimo gruppo ricomprende un'autorità amministrativa responsabile delle indagini e delle decisioni (di solito si tratta di decisioni di constatazione di inapplicabilità della normativa a tutela della

---

<sup>14</sup> Cfr. Par. 2 della citata Comunicazione sulla cooperazione nell'ambito della rete: "In alcuni Stati membri vi è un unico organismo competente per la conduzione delle indagini e per l'adozione di tutti i tipi di decisioni. In altri Stati membri, le funzioni sono attribuite a due organismi distinti, uno competente per le indagini e l'altro, spesso un organo collegiale, responsabile dell'adozione delle decisioni. Infine, in taluni Stati membri, le decisioni di divieto e/o le decisioni di infliggere una sanzione possono essere adottate solo da un organo giurisdizionale: un'altra autorità garante della concorrenza riveste compiti di pubblico ministero e sottopone il caso ai giudici. (...)"

<sup>15</sup> Cfr. F. Souty, *Répartition des pouvoirs entre autorités de concurrence: Approche comparée des pays du G7*, in *Concurrences – Revue des droits de la concurrence*, 2007, p. 201.

<sup>16</sup> C. Stocchi, *Art. 35 designazione delle autorità garanti della concorrenza degli Stati membri*, in *L'applicazione del diritto comunitario della concorrenza – Commentario al regolamento (CE) n. 1/2003 del Consiglio del 16 dicembre 2002*, a cura di A. Adinolfi – L. Daniele – B. Nascimbene – S. Amadeo, Milano, 2007, p. 420, che segnala non solo come questo modello sembrerebbe essere quello più utilizzato negli Stati dell'Unione europea, compresi i nuovi Stati membri, ma anche che una variante di tale modello, sarebbe rappresentata dal Regno Unito. In tale Stato membro, accanto al *Office of fair Trading*, un'autorità amministrativa dotata di poteri di indagine ma anche di disporre misure cautelari e sanzioni, sussiste la *Competition Commission*, un'autorità amministrativa dotata di poteri istruttori e di decisione, e il *Competition Appeal Tribunal*, un organo giurisdizionale di appello contro le decisioni della *Competition Commission*.

<sup>17</sup> Con la riforma che è entrata in vigore il 1 gennaio 2009 (*Loi n. 2008-776 du 4 août 2008 de modernisation de l'économie*) il *Conseil de la concurrence* è stato trasformato nella *Autorité de la concurrence*, un'autorità amministrativa indipendente che manterrà integralmente l'organizzazione del *Conseil* e che sarà dotata di un potere di investigazione rafforzato in materia di pratiche anticoncorrenziali. Per maggiori informazioni: <http://www.conseil-concurrence.fr/user/index.php>

concorrenza) ed un'autorità giudiziaria dinanzi alla quale la suddetta autorità può portare un caso perché venga proibito un accordo o un comportamento anticoncorrenziale con o senza la comminazione di un'ammenda. In sostanza si tratta di un modello in cui le autorità di concorrenza non sono organi amministrativi, ma giurisdizionali (ad esempio Irlanda).

La linea di demarcazione tra il secondo ed il terzo gruppo non è netta, tanto da spingere parte della dottrina ad operare un'unica distinzione tra il sistema "monista" e il sistema "dualista"<sup>18</sup>. In tale contesto è opportuno ricordare che gran parte delle singole autorità degli Stati membri dell'Unione a 15 Stati membri, possedeva il potere di applicare gli articoli 81 e 82 del Trattato CE, già prima dell'entrata in vigore del regolamento; in questo contesto solo le autorità nazionali della concorrenza tedesca, spagnola ed italiana apparivano essere le più attive<sup>19</sup>.

### III – Norme basilari in tema di cooperazione

Le norme basilari in tema di cooperazione tra Commissione e autorità nazionali garanti della concorrenza sono contenute nel capitolo IV del citato Regolamento, nella Comunicazione sulla cooperazione nell'ambito della rete delle autorità garanti della Concorrenza<sup>20</sup> e nella Dichiarazione Comune del Consiglio e della Commissione sul funzionamento della Rete delle autorità garanti della concorrenza<sup>21</sup>.

Il principio fondamentale che ispira il funzionamento del Network è sancito nell'art. 11, par. 1 del regolamento in base al quale "*La Commissione e le autorità garanti della concorrenza degli Stati membri applicano le regole di concorrenza comunitarie in stretta collaborazione*". Tale cooperazione presenta degli elementi verticali ed orizzontali.

L'obbligo di cooperazione verticale imposto dal regolamento è realizzato nell'art. 11, che prevede in capo alle autorità nazionali, allorquando applicano il diritto comunitario della concorrenza:

? l'obbligo di informare la Commissione circa la prima misura formale di indagine (11 par. 3 - prima o immediatamente dopo l'avvio)

---

<sup>18</sup> Cfr. A. P. Komninos, *Article 234 EC and National Competition Authorities in the Era of Decentralisation*, in *European Law Review*, 2004, p. 108, il quale riporta il caso unico dell'Irlanda, dove in mancanza di una autorità amministrativa specializzata o di corti specializzate è il giudice ordinario a decidere su i singoli casi di violazione alle regole di concorrenza. Inoltre, si segnala come il *Conseil de la concurrence* in Belgio sia considerato dalla legge come una giurisdizione amministrativa, al contrario il *Conseil de la concurrence* in Francia, sebbene abbia la stessa composizione del suo equivalente belga, non è considerato un'autorità giudiziaria, bensì un'autorità amministrativa indipendente.

<sup>19</sup> Cfr. D. Cahill (ed.), *The Modernisation of EU Competition Law Enforcement in the EU: FIDE 2004 National Reports*, Cambridge, 2004. Prima del 1° maggio 2004, i nuovi Stati membri non erano, ovviamente, coinvolti nell'applicazione degli articoli 81 e 82 del Trattato CE, ma era stata, comunque, introdotta una normativa in vista della accesso all'Unione europea che, in linea di massima, attribuiva alle già esistenti autorità nazionali della concorrenza il potere di applicare la normativa comunitaria in materia antitrust.

<sup>20</sup> Comunicazione della Commissione sulla cooperazione nell'ambito della rete delle autorità garanti della concorrenza, GU del 27 aprile 2004 C 101 p. 43 adottata dalla Commissione nell'ambito del c.d. *Modernisation Package*. Contestualmente all'adozione del regolamento, la Commissione ha adottato una serie di Comunicazioni dirette a chiarire le principali innovazioni della nuova disciplina comunitaria e a specificarne le modalità applicative.

<sup>21</sup> Disponibile on-line all'indirizzo: [http://ec.europa.eu/comm/competition/ecn/joint\\_statement\\_it.pdf](http://ec.europa.eu/comm/competition/ecn/joint_statement_it.pdf)

? l'obbligo di informare la Commissione circa l'adozione di una decisione volta ad ordinare la cessazione di un'infrazione ex art. 7, la decisione volta ad accettare impegni ex art. 9, a revocare l'applicazione di un regolamento di esenzione per categoria ex art. 29, par. 2 [ma non anche l'adozione di misure cautelari] (art. 11, par. 4 – al più tardi 30 giorni prima l'adozione)

? l'obbligo di fornire alla Commissione tutti gli ulteriori documenti in suo possesso necessari alla valutazione della pratica (art. 11, par. 4 – su richiesta della Commissione), nonché

? il potere di consultare la Commissione su qualsiasi caso che implichi l'applicazione del diritto comunitario (art. 11, par. 5)

? l'obbligo di procedere su richiesta della Commissione agli accertamenti che la Commissione ritenga necessari o che essa ha ordinato con decisione (art. 22, par. 2).

D'altro canto la Commissione, nell'ambito di questa cooperazione verticale è obbligata:

? a trasmettere copia dei principali documenti raccolti ai fini dell'adozione di una decisione volta ad ordinare la cessazione di una infrazione ex art. 7, ad adottare misure cautelari ex art. 8, ad accettare impegni ex art. 9, a revocare l'applicazione di un regolamento di esenzione per categoria ex art. 29, par. 1 (art. 11, par. 2 – a tutte le autorità nazionali)

? a fornire all'autorità nazionale di uno Stato membro tutti gli ulteriori documenti in suo possesso necessari alla valutazione della pratica trattata (art. 11, par. 2 – su richiesta della autorità nazionale)

? a informare le autorità nazionali circa l'adozione della prima misura di indagine (in realtà il Regolamento non prevede alcun obbligo in capo alla Commissione; è la Comunicazione sulla cooperazione nell'ambito della rete che stabilisce al punto 17 tale "obbligo equivalente").

La cooperazione orizzontale riguarda, invece, la cooperazione tra autorità nazionali garanti della concorrenza. Il Regolamento consente alle autorità nazionali di mettere a disposizione delle altre autorità informazioni e documenti. In particolare:

? l'informazione data alla Commissione circa la prima misura formale di indagine può essere resa disponibile anche alle autorità degli altri Stati membri (art. 11, par. 3)

? l'informazione data alla Commissione (al più tardi 30 giorni prima) circa l'adozione di una decisione volta ad ordinare la cessazione di un'infrazione ex art. 7, la decisione volta ad accettare impegni ex art. 9 oppure a revocare l'applicazione di un regolamento di esenzione per categoria ex art. 29 par. 2 possono essere fornite anche alle autorità degli altri Stati membri (art. 11, par. 4)

? le informazioni e gli ulteriori documenti forniti alla Commissione per la valutazione della pratica possono essere messi a disposizione delle autorità degli altri Stati membri (art. 11, par. 4)  
inoltre

? le autorità nazionali possono anche scambiarsi direttamente le informazioni necessarie alla valutazione di un caso di cui si occupano in base agli articoli 81 e 82 (art. 11, par. 4 – scambio diretto di informazioni tra autorità nazionali)

? l'autorità nazionale che decida di chiudere o di sospendere il procedimento, perché il caso viene trattato da un'altra autorità (art. 13), può trasmettere ex art. 12 le informazioni fornite dal denunciante all'autorità che dovrà occuparsi del caso (ipotesi prevista al par. 23 della Comunicazione)

? l'autorità nazionale può procedere sul proprio territorio ad accertamenti in nome e per conto dell'autorità di un altro Stato membro e le informazioni raccolte sono scambiate (ed usate) sulla base dell'art. 12 (art. 22, par. 1).

Questo complesso sistema di cooperazione è, comunque, soggetto al prevalente potere della Commissione di privare qualunque autorità nazionale della propria competenza ad applicare gli articoli 81 e 82 in virtù dell'art. 11, par. 6.

Le norme ed i principi basilari, sopra delineati in maniera sommaria, sono integrati dall'obbligo generale della Commissione e delle autorità nazionali di rispettare il segreto professionale in base all'art. 28. Inoltre, l'art. 12 stabilisce ulteriori restrizioni all'uso come prova delle informazioni scambiate.

#### **IV – L'operato della Rete**

In concreto il campo di applicazione ed il potenziale della Rete vanno al di là delle previsioni e degli obblighi giuridici disposti nel Regolamento citato. La cooperazione all'interno della Rete, infatti, non si limita alle discussioni e alle forme di assistenza relative ad un singolo caso, ma la Rete ha anche dimostrato con successo di rappresentare un forum di discussione di tematiche di indirizzo generale del diritto della concorrenza<sup>22</sup>.

La Rete ha iniziato ad operare sin dal 2003, dal momento in cui i gruppi di lavoro si sono insediati per discutere alcuni aspetti chiave della Comunicazione sulla cooperazione e tematiche di ordine generale collegate alla fase di transizione per l'instaurazione del nuovo sistema di *enforcement*. All'interno della Rete, sin dal 2004, sono stati creati gruppi di esperti, con lo scopo di discutere specifiche tematiche relative a determinati settori con lo scopo di promuovere un approccio comune, attraverso lo scambio delle diverse esperienze delle autorità nazionali e di identificare le *best practices*. Nel 2004, ad esempio, la Commissione ha istituito all'interno della Rete il sottogruppo energia con l'intento di creare un *forum* all'interno del quale discutere problematiche centrali del settore e per sviluppare un approccio comune riguardo all'applicazione delle regole di concorrenza comunitarie nel settore energetico. Particolarmente attivi, inoltre, i sottogruppi della Rete nel settore dei servizi finanziari (con riguardo alle reti di carte di pagamento, alle assicurazioni e agli strumenti finanziari); infatti, le riunioni nel 2004 sia relative a casi specifici che su aspetti metodologici, mirate a costruire una linea d'azione comune con riguardo alle problematiche anticompetitive presenti nel settore dei servizi finanziari, sono state numerose. I rappresentanti di alcune autorità nazionali (Danimarca, Polonia e Regno Unito) hanno presentato le indagini in corso nei rispettivi Paesi su accordi in materia di

---

<sup>22</sup> K. Dekeyser – M. Jasper, *A new era of ECN Cooperation – Achievements and Challenges with Special Focus on Work in the Leniency Field*, in *World Competition – Law and Economics Review*, 2007, p. 7.

commissioni interbancarie delle reti di carte di pagamento operanti nei rispettivi Paesi, i rappresentanti di altre autorità nazionali (Paesi Bassi, Finlandia e Italia) hanno illustrato casi riguardanti le reti nazionali di carte di debito. Nel complesso, la discussione ha evidenziato la necessità, in questo settore, di un'applicazione concordata delle regole di concorrenza in tutta Europa. Obiettivo delle riunioni degli esperti appartenenti al sottogruppo degli strumenti finanziari è stato, anzitutto, quello di giungere ad un'interpretazione comune a tutte le autorità nazionali di nozioni basilari per il settore (quali ad es. negoziazione, compensazione e regolamento degli strumenti finanziari) ed inoltre di consentire uno scambio di opinioni sulla concorrenza e sull'attività normativa nel settore di riferimento degli strumenti finanziari. Infine, la Commissione ha raccolto il parere delle autorità nazionali su come migliorare in futuro le riunioni e i contatti tra le autorità garanti della concorrenza. In definitiva, il 2004 è stato il primo anno in cui la Rete è stata completamente operativa ed è stata coinvolta in casi individuali di applicazione della normativa comunitaria antitrust: sofisticati supporti tecnologici sono stati installati prima del 1° maggio per consentire a tutti i membri la possibilità di seguire tutti i casi trattati all'interno della Rete e rendere effettivo lo scambio di informazioni<sup>23</sup>. Il 2005 è stato, invece, il primo anno completo di applicazione del nuovo sistema di *enforcement* creato dal regolamento 1/2003 ed è stato caratterizzato, così come gli anni 2006 e 2007, da un ulteriore rafforzamento della cooperazione tra le autorità nazionali della concorrenza e la Commissione.

In base all'operato della Rete, così come si è svolto nel corso di questi primi anni di funzionamento, non si può che concordare, dunque, con l'affermazione secondo la quale il punto di forza e il potenziale della cooperazione nell'ambito della Rete vanno al di là degli obblighi legali stabiliti nel regolamento (si tratta dei due principali obblighi che le autorità nazionali competenti hanno di informare la Commissione: quando vengono avviati nuovi casi; prima che venga presa la decisione finale). La Rete offre, dunque, anche una piattaforma utile per le autorità garanti della concorrenza dell'Unione europea per coordinare gli interventi volti a garantire l'applicazione delle norme, assicurare la coerenza a priori e discutere questioni di politica generale<sup>24</sup>.

Sin dal 2005 la Rete è stata, pertanto, usata dalle autorità nazionali come forum per discutere problematiche di politica generale in materia di concorrenza essenzialmente in quattro diverse maniere, che riguardano differenti livelli organizzativi:

1) Il direttore generale della DG Concorrenza e i responsabili delle autorità nazionali di concorrenza si incontrano regolarmente per discutere problematiche di politica della concorrenza di importante rilievo: è stato previsto che un simile incontro dovrebbe aver luogo almeno con cadenza annuale. Nel 2005 la discussione si è incentrata sulla revisione dell'art. 82, mentre nel 2006 è stato approvato l'*ECN Model Leniency Programme*.

---

<sup>23</sup> Relazione annuale della Commissione sulla politica di concorrenza relativamente all'anno 2004, in GU pp. 45 e ss, disponibile anche on-line all'indirizzo: [http://europa.eu.int/comm/competition/annual\\_reports/](http://europa.eu.int/comm/competition/annual_reports/)

<sup>24</sup> Relazione annuale della Commissione sulla politica di concorrenza relativamente all'anno 2006, in GU pp. 21 e ss, disponibile anche on-line all'indirizzo: [http://europa.eu.int/comm/competition/annual\\_reports/](http://europa.eu.int/comm/competition/annual_reports/)

2) In secondo luogo, le autorità nazionali della concorrenza e la Commissione si sono incontrate regolarmente nei c.d. “*plenary meetings*”, dove si discutono tematiche generali di interesse comune, connesse alla politica antitrust e dove avviene uno scambio di esperienze e di *know-how*, che incoraggia la creazione di una cultura comune in materia antitrust all’interno della Rete (ad esempio, nel corso del 2005 utili discussioni hanno avuto luogo con riguardo alle indagini settoriali e, nel contesto dei programmi di clemenza, con riguardo alla *oral procedure* per i *corporate statements*). Inoltre, queste riunioni plenarie consentono anche delle discussioni preliminari tra i membri della Rete sulle proposte della Commissione in materia di concorrenza, come ad esempio è avvenuto per il Libro Verde sulle azioni per il risarcimento danni. Nel 2007 un settore chiave di intervento ha riguardato la capacità delle autorità nazionali della concorrenza in sede di applicazione degli articoli 81 e 82 del trattato CE di disapplicare misure statali contrastanti con i principi comunitari di tutela della concorrenza, in base alla giurisprudenza della Corte di giustizia nel caso *CIF*<sup>25</sup>. Il dibattito si è incentrato sulle condizioni che devono essere soddisfatte perché le autorità nazionali possano disapplicare misure statali anticoncorrenziali; rafforzando, in tal modo, l’abilità delle singole autorità nazionali di affrontare gli eventuali casi di disapplicazione. Nel corso delle riunioni plenarie si è inoltre discusso di indagini *ex officio* e l’uso delle *commitment decisions* all’interno della Rete.

3) Infine, sono stati messi in funzione sin dal 2005 dei gruppi settoriali, dedicati a specifici settori di attività. Attualmente sono ben quindici e nello specifico si occupano delle problematiche relative ai seguenti settori: *banche, titoli, assicurazioni, alimentazione, prodotti farmaceutici, servizi professionali, assistenza sanitaria, ambiente, energia, ferrovie, trasporto marittimo, autoveicoli, telecomunicazioni, mezzi di comunicazione e sport*. Alcuni gruppi hanno programmato delle riunioni in date specifiche, mentre per altri l’interazione avviene principalmente attraverso i mezzi elettronici di comunicazione; in tali gruppi è possibile sottoporre qualsiasi problematica di settore e questo consente un’utile condivisione di esperienze e l’identificazione di “*best practices*”. I gruppi settoriali assicurano un’ottima coordinazione a monte e mirano ad ottenere un approccio comune ed una coerenza nell’applicazione del diritto della concorrenza comunitario, al di là dei singoli casi individuali.

4) Accanto a questi gruppi “settoriali”, in cui si condividono esperienze e prospettive di *policy* in materia antitrust, sussistono gruppi che affrontano problematiche specifiche. Si tratta di gruppi di lavoro “orizzontali”, che affrontano, anche in materia operativa, problematiche comuni, che emergono in sede di cooperazione tra le autorità nazionali di concorrenza e tra queste e la Commissione. Nel corso del 2005 e del 2006 un *working group* è stato dedicato alle tematiche di ordine generale collegate alla fase di transizione per l’instaurazione del nuovo sistema di *enforcement*, un altro è stato dedicato ad individuare le possibili difficoltà che potrebbero scaturire dalle discrepanze tra i diversi programmi di clemenza, un terzo *working group* si è occupato delle tematiche connesse alla eterogeneità delle procedure e delle sanzioni negli Stati membri, un quarto *working group* ha

---

<sup>25</sup> Corte di Giustizia sentenza del 9.9.2003 caso C-198/01, *Consorzio Industrie Fiammiferi (CIF) e Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*, in GU C 264 dell’1.11.2003, p. 6.

affrontato il problema delle informazioni e delle comunicazioni all'interno della Rete; un altro ancora si è occupato dei temi connessi alla fattispecie dell'abuso di posizione dominante (in particolare, prezzi predatori, rifiuto di contrarre, sconti, pratiche leganti) e alle indagini settoriali. L'ultimo *working group* è composto dai *Chief competition economists*, gli economisti responsabili della concorrenza di ciascuna autorità nazionale facente parte della Rete; nelle riunioni di tale gruppo è stata discussa l'analisi economica di una serie selezionata di casi antitrust e di fusioni nazionali e comunitarie. L'obiettivo di questo gruppo è quello di sviluppare, attraverso la creazione di uno stretto contatto tra gli economisti delle singole autorità nazionali e la Commissione, una competenza tecnica ed un approccio comune nell'applicazione dei modelli economici alla politica di concorrenza. Questi gruppi di lavoro, in definitiva, rappresentano degli eccellenti forum per uno scambio di esperienze su tematiche concrete e contribuiscono anch'essi allo sviluppo delle *best practices*<sup>26</sup>. Nel 2007 tre *working groups* hanno affrontato particolari tematiche, uno si è soffermato sugli aspetti della cooperazione all'interno della Rete, in particolare nel contesto di indagini conoscitive e in caso di richiesta di assistenza nello svolgimento delle indagini da parte delle autorità nazionali ex art. 22 del regolamento. Un altro gruppo è stato dedicato alle problematiche relative l'abuso di posizione dominante, infine l'ultimo gruppo composto dai *Chief competition economists* ha affrontato tematiche quali: le conseguenze sulla concorrenza della condivisione delle informazioni e la valutazione a posteriori del sistema di *enforcement* creato in materia di politica della concorrenza.

Questi incontri informali che avvengono nella Rete promuovono una coerente applicazione degli articoli 81 e 82 prima che abbiano luogo le consultazioni formali e ben prima che si dia seguito agli obblighi di informazione previsti dalla normativa comunitaria; la natura informale del funzionamento della Rete favorisce, del resto, il costante dialogo tra le autorità senza l'aggravio rappresentato dal rispetto delle formalità. La condivisione delle esperienze consente alle diverse autorità nazionali di avere un'idea ben precisa su come ciascuna autorità affronta questioni sia di natura giuridica che economica oppure di natura meramente procedurale. Ciò rafforza il consolidarsi di principi comuni nella valutazione di pratiche commerciali piuttosto complicate che si presentano, in particolare, nei mercati in rapido sviluppo (rispetto a questi ultimi le teorie economiche sono in costante evoluzione). E' opportuno evidenziare come in presenza di simili casi sia estremamente difficile assicurare una coerente applicazione degli articoli 81 e 82 considerato che un approccio unitario non è sempre scontato anche per il fatto che la medesima pratica all'interno dell'Unione europea produce diversi effetti anticompetitivi. Tuttavia è proprio in simili situazioni che la Rete ha consentito di trovare un terreno comune per una coerente valutazione economica di alcuni fenomeni, come ad esempio è avvenuto nel caso delle commissioni interbancarie delle reti di carte di pagamento<sup>27</sup>.

---

<sup>26</sup> Relazione annuale della Commissione sulla politica di concorrenza relativamente all'anno 2005, in GU pp. 45 e ss, disponibile anche on-line all'indirizzo: [http://europa.eu.int/comm/competition/annual\\_reports/](http://europa.eu.int/comm/competition/annual_reports/)

<sup>27</sup> V. Decisione della Commissione del 19.12.2007, che vieta la commissione interbancaria multilaterale intra-SEE di MasterCard, disponibile on-line all'indirizzo [http://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases/decisions/34579/provisional\\_nc\\_decision.pdf](http://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases/decisions/34579/provisional_nc_decision.pdf). Anche altre autorità

A tale proposito è importante sottolineare che l'obiettivo della Rete è realizzare la coerente applicazione delle regole, non l'assoluta uniformità. Infatti, non vi è ombra di dubbio che caratteristiche specifiche del mercato oppure particolarità del caso concreto potrebbero portare ad un risultato diverso con riguardo a casi che quantomeno all'inizio possono sembrare gli stessi. Inoltre, i membri della rete potrebbero optare per strumenti diversi per affrontare e risolvere il problema individuato, come ad esempio una decisione di divieto oppure una decisione che accetta gli impegni presentati dall'impresa coinvolta. Di conseguenza, si può considerare raggiunto lo scopo di assicurare ovunque nell'Unione europea un unico quadro giuridico nell'applicazione delle regole di concorrenza, quando lo stesso tipo di argomentazioni e considerazioni governano le azioni di *enforcement* da parte di tutti i membri della Rete<sup>28</sup>.

Questo primo periodo di funzionamento della Rete ha dimostrato, dunque, che la condivisione delle esperienze all'interno della Rete tra le diverse autorità nazionali, può influenzare la politica nazionale in materia di concorrenza di ciascun Stato membro e rendere più efficienti le procedure nazionali al di là della trattazione dei singoli casi<sup>29</sup>. Inoltre, la cooperazione all'interno della Rete può funzionare da catalizzatore per la convergenza anche in aree non coperte dal regolamento 1/2003. I paragrafi che seguono evidenzieranno, dopo una breve analisi del fenomeno della convergenza considerato come frutto del processo di progressivo avvicinamento tra gli ordinamenti nazionali all'interno dell'Unione europea, come questo processo di convergenza abbia già prodotto risultati tangibili con riguardo alle regole procedurali ed in particolare al programma di clemenza.

## **V – Il processo di convergenza**

Il crescente interesse per la comparazione nel diritto ed i frequenti trapianti di istituti giuridici da un ordinamento ad un altro, accompagnati anche dal fenomeno delle imitazioni tra i vari sistemi segnano il processo del progressivo avvicinamento tra gli ordinamenti nazionali all'interno dell'Unione europea, ponendo le basi per una vera armonizzazione dei diritti nazionali e per la creazione di un nuovo diritto comune. Gli effetti giuridici della globalizzazione e l'incidenza unificante dell'Unione europea rappresentano insieme il più potente fattore di superamento della dimensione nazionale dei diritti. Per il diritto amministrativo nell'ambito europeo è in atto una tendenza alla convergenza di principi generali, istituti giuridici e soluzioni di natura organizzativa e procedimentale tra i diritti amministrativi degli Stati membri, nel quadro dell'integrazione giuridica che connota complessivamente l'ordinamento giuridico europeo. Tale effettiva evoluzione del diritto positivo è, nel

---

nazionali (ad esempio in Polonia, in Gran Bretagna, in Spagna e in Germania) stanno portando o hanno già concluso delle indagini a livello nazionale sul medesimo oggetto, giungendo alle medesime conclusioni.

<sup>28</sup> Relazione annuale della Commissione sulla politica di concorrenza relativa all'anno 2007- *Commission Staff working documents*, disponibile sul sito-internet: [http://europa.eu.int/comm/competition/annual\\_reports/](http://europa.eu.int/comm/competition/annual_reports/)

<sup>29</sup> K. Dekeyser – M. Jasper, *A new era of ECN Cooperation – Achievements and Challenges with Special Focus on Work in the Leniency Field*, in *World Competition – Law and Economics Review*, 2007, p. 7, il quale, sottolinea come la coordinazione anticipata all'interno dei *working groups* dell'ECN, ben prima che i casi siano formalmente introdotti in base all'art. 11, par. 4, minimizza i rischi di un approccio non coerente e consente lo sviluppo di una certa forma di metodologia comune di valutazione dei casi.

contesto europeo, rappresentata da due fenomeni: l'estendersi della disciplina amministrativa comune prodotta dalla Comunità e lo scambio reciproco di esperienze e soluzioni, favorito dall'essere parti di un ordinamento giuridico complessivo che è ispirato a valori e principi comuni. Le valenze diverse assunte da soluzioni apparentemente identiche, non appaiono in contraddizione con il dato di fondo della convergenza, non la mettono in discussione ma dimostrano come la ricerca di soluzioni comuni o simili non rappresenti l'annullamento delle diversità degli ordinamenti e delle relative culture giuridiche. E' stato correttamente sostenuto che il processo in corso ha effettuato certamente una forte omogeneizzazione degli strumenti giuridici e delle culture europee. Negare le circostanze oggettive della tendenza verso la "europeizzazione" del diritto amministrativo in cui certamente talune particolarità nazionali si perderanno, oppure richiamarsi ai pregi delle diversità rappresenterebbe il disagio culturale di una parte degli studiosi a fronte dei nuovi sviluppi<sup>30</sup>.

Il Regolamento 1/2003 si inserisce in questo processo complessivo di convergenza nel quale mentre le principali caratteristiche che differenziano i vari sistemi nazionali si vanno attenuando, i modelli nazionali si indirizzano verso istituti e soluzioni giuridiche simili. Il Regolamento rappresenta per queste ragioni una svolta fondamentale nell'evoluzione del diritto comunitario antitrust ed evidenzia la necessità di una rinnovata riflessione sui rapporti tra ordinamento nazionale e comunitario non solo in materia di tutela della concorrenza ma, in termini più generali, con riguardo al processo di armonizzazione delle procedure amministrative e del diritto processuale civile e amministrativo.

A tal riguardo acquistano particolare rilievo le considerazioni di chi ha sostenuto<sup>31</sup> che è in atto un processo di "armonizzazione riflessiva" in cui il progressivo avvicinamento tra gli ordinamenti nazionali si attua non solo grazie all'adozione di atti legislativi comunitari ma anche attraverso l'identificazione e circolazione, sulla base di atti comunitari che istituiscono una piattaforma concettuale e normativa comune, di modelli, derivati da ordinamenti nazionali all'interno dell'Unione, che si prestano ad essere adottati da altri ordinamenti.

Si contribuisce, in questo modo, ad un processo di armonizzazione co-evolutiva, che conserva la specificità degli ordinamenti degli Stati Membri, pur nella convergenza fondata sulla trasmigrazione e trasformazione plurilaterale di istituzioni e modelli normativi.

Il concetto di armonizzazione riflessiva, a cui si fa riferimento, rappresenta il fenomeno in atto dell'avvicinamento progressivo di ordinamenti giuridici nazionali attraverso la circolazione di "modelli giuridici". D'altro canto, tale concetto rappresenta anche un modello interpretativo che si offre all'operatore giuridico come utile strumento nell'applicazione del diritto comunitario e nazionale in materie disciplinate, in tutto o in parte, direttamente o indirettamente, dal diritto dell'Unione europea. Tale concetto di armonizzazione riflessiva è stato applicato sia in teoria generale del diritto che in definite aree del sapere giuridico.

---

<sup>30</sup> V. M.P. Chiti, *Diritto amministrativo europeo*, Milano, 2004, p. 148.

<sup>31</sup> R. Nazzini, *Procedure comunitarie e nazionali in materia antitrust. Sui profili processuali del rapporto tra diritto comunitario e diritti interni*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 2006, p. 97.

Lo scopo dell'armonizzazione riflessiva è quello di proteggere l'autonomia e la diversità dei sistemi giuridici nazionali ed al tempo stesso cercare di incanalare il processo di adattamento evolutivo delle regole a livello dell'Unione europea, attraverso un processo di *mutual learning* tra gli Stati<sup>32</sup>.

In questo contesto si ritiene necessario, a parere di chi scrive, rilevare come l'armonizzazione confermi il significato di rendere il più possibile omogenee le varie discipline normative nazionali (*c.d. armonizzazione legislativa*), ma essa comporta, tendenzialmente, anche un'omogeneità delle pratiche d'attuazione (*c.d. armonizzazione strumentale*)<sup>33</sup>.

In tale prospettiva, è comprensibile come al fine di consolidare la cultura della concorrenza in Europa non sia stato sufficiente armonizzare le previsioni normative di diritto sostanziale delle singole legislazioni nazionali avendo come punto di riferimento gli art. 81 e 82 del Trattato CE e prevedere attraverso l'art. 3, par. 2 del regolamento una regola di coerenza applicativa tra norme nazionali e comunitarie, *c.d. regola di convergenza*, ma si sia sentita l'esigenza di armonizzare anche gli strumenti procedurali che a tali previsioni normative danno attuazione. Ciò si è verificato per lo più attraverso un processo di spontanea convergenza delle legislazioni nazionali, che ha riguardato ad esempio l'abolizione del meccanismo della notifica preventiva e l'introduzione dello strumento delle decisioni con impegni e delle misure cautelari all'interno degli ordinamenti nazionali degli Stati membri. All'interno della Rete si è verificato un processo che è stato definito di "*healthy imitation process*"<sup>34</sup>, laddove le modifiche in termini di convergenza apportate da un membro della Rete hanno indotto altri membri a modificare le corrispondenti regole procedurali nazionali. In questo contesto la Rete delle autorità garanti della concorrenza ha svolto un ruolo fondamentale; soprattutto in tema di *leniency*, attraverso la predisposizione di un vero e proprio "modello" a cui le autorità garanti si sono conformate.

Di convergenza si è parlato in merito all'art. 3, par. 2 del regolamento 1/2003<sup>35</sup>. In particolare, il regolamento all'art. 3, par. 1 consente che in relazione ad uno stesso caso vengano applicate in parallelo agli articoli 81 e 82 del trattato CE anche le norme antitrust nazionali. La possibile applicazione parallela di norme comunitarie e nazionali di concorrenza pone un evidente problema di coerenza applicativa delle due normative. E' per questo che l'art. 3, par. 2, pone un *c.d.* "vincolo di

---

<sup>32</sup> S. Deakin, *Two types of regulatory competition: competitive federalism versus reflexive harmonisation: a law and economics perspective on Centros*, in *Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, 1999, p. 231. L'essenza della legislazione riflessiva è il riconoscimento che interventi regolatori hanno maggiore probabilità di avere successo quando cercano di raggiungere i loro obiettivi non attraverso delle prescrizioni dirette, ma attraverso l'induzione di effetti di secondo ordine da parte di attori sociali. In altre parole questo approccio intende abbinare alla regolamentazione esterna il processo di autoregolazione. Pertanto la legislazione riflessiva avrebbe un orientamento procedurale.

<sup>33</sup> V. Pepe, *Il processo di istituzionalizzazione delle autorità indipendenti: l'Antitrust*, Milano, 2005, p. 117.

<sup>34</sup> K. Dekeyser – M. Jasper, *A new era of ECN Cooperation – Achievements and Challenges with Special Focus on Work in the Leniency Field*, in *World Competition – Law and Economics Review*, 2007, p. 12

<sup>35</sup> Cfr. S. Norberg, *The co-operation between the national courts and the Commission in the application of EC competition rules* Conferenza organizzata dalla *Association of European Competition Law Judges*, Luxembourg, 13.06.2003. Disponibile on-line all'indirizzo [http://ec.europa.eu/comm/competition/speeches/text/sp2003\\_060\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/comm/competition/speeches/text/sp2003_060_en.pdf); P. Fattori – M. Todino, *La disciplina della concorrenza in Italia*, Bologna, 2004, p. 326; P. Cassinis, *La riforma della modernizzazione ed i meccanismi a garanzia della coerenza applicativa della disciplina comunitaria della concorrenza*, in *Antitrust tra diritto nazionale e diritto comunitario VI Convegno 13-14 maggio 2004*, Treviso, 2005, p. 479; J. Faull – A. Nikpay, *The EC Law of Competition*, 2nd edition, Oxford, 2007, p. 100.

convergenza” nella valutazione delle intese in capo alle competenti istituzioni nazionali. Le autorità nazionali non potranno ritenere vietate in base a norme antitrust nazionali più rigorose, accordi, decisioni o pratiche concordate atte a pregiudicare gli scambi intra-comunitari, ma che non integrano una violazione dell’art. 81 del trattato, o perché non restrittive in base all’art. 81, par. 1, o perché soddisfano le condizioni di cui all’art. 81, par. 3, o perché, ancora, rientrano nel campo di applicazione di un regolamento comunitario di esenzione per categoria<sup>36</sup>.

Il vincolo di convergenza descritto si applica alle intese e non preclude l’applicabilità di discipline nazionali più severe laddove queste ultime abbiano ad oggetto condotte unilaterali d’impresa, non rientranti in quanto tali nell’ambito di applicazione dell’art. 81. Inoltre, il vincolo di convergenza non si applica alle norme nazionali in materia di concentrazioni, né alle norme nazionali che abbiano finalità diverse rispetto alla tutela della concorrenza sul mercato, come, ad esempio, la repressione della concorrenza sleale, ovvero di condotte che concretano un abuso di dipendenza economica.

Il citato vincolo di convergenza non elimina, all’evidenza, il problema dell’uniforme applicazione del diritto comunitario della concorrenza o, per meglio dire, il margine di apprezzamento delle istituzioni nazionali chiamate all’applicazione parallela delle regole di concorrenza. Le istituzioni nazionali sono tenute a verificare l’illiceità concorrenziale di una determinata condotta d’impresa tenendo conto sia della normativa comunitaria così come interpretata dai giudici di Lussemburgo, dalla prassi e dalle Comunicazioni della Commissione che delle peculiarità del singolo caso, in termini di circostanze di fatto e di contesto economico-giuridico, di grande rilievo per apprezzare la restrittività di una determinata pratica.

Ciò detto, non c’è alcun dubbio sul fatto che le autorità o i giudici nazionali dovranno adottare decisioni coerenti con i precedenti comunitari di riferimento e nell’eventualità motivare perché se ne discostano.

Ad ogni modo, tale presunta regola di convergenza, ad avviso di chi scrive, è essenzialmente rivolta ad ottenere la coerenza applicativa nell’applicazione parallela della normativa comunitaria e della normativa nazionale in materia di concorrenza, piuttosto che rappresentare una regola di convergenza vera e propria. Di conseguenza, l’art. 3 del regolamento è essenzialmente diretto a garantire che tutte le operazioni aventi effetti transfrontalieri siano soggette, per quanto possibile, ad uno stesso *corpus* normativo<sup>37</sup>. Il ricorso ad un unico quadro giuridico nell’applicazione delle regole di concorrenza è un tratto qualificante della riforma, che di per sé dovrebbe facilitare la convergenza nell’applicazione

---

<sup>36</sup> Questa disposizione rappresenta una sorta di codificazione, in forma più rigorosa, della giurisprudenza *Walt Wilhelm* (Corte di Giustizia, sentenza del 13 febbraio 1969, causa 14/68 in Raccolta 1969, p. 1) circa il primato del diritto comunitario della concorrenza sui diritti nazionali. Innovando rispetto all’imposizione precedente, il regolamento sulla modernizzazione ha, dunque, stabilito che l’applicazione della normativa nazionale è ora soggetta ad un doppio limite: essa, non può giungere a conclusioni meno severe rispetto a quella comunitaria, e non può neppure giungere a conclusioni più severe. Cfr. A. Pera, *Le decisioni con impegni tra diritto comunitario e diritto nazionale*, Atti del Convegno “*Poteri e garanzie nel diritto antitrust: l’esperienza italiana nel sistema della modernizzazione*”, Assonime, Roma 23 luglio 2007, p. 13 dell’elaborato (Note e studi n. 107).

<sup>37</sup> Tra l’altro la versione originaria dell’art. 3 contenuta nella Proposta di Regolamento prevedeva l’applicazione esclusiva del diritto comunitario della concorrenza, garantendo in modo semplice ed efficace che tutte le operazioni aventi effetti transfrontalieri fossero soggette ad uno stesso corpus normativo. Cfr. Proposta di Regolamento del Consiglio d’applicazione degli articoli 81 e 82 del trattato, p. 9.

delle norme, siano esse comunitarie o nazionali. L'uniformità del diritto applicabile sarebbe, dunque, lo strumento capace di consentire un'allocatione di funzioni tra la Commissione e le autorità nazionali di concorrenza, in maniera tale che ciascuna decisione sia più efficacemente adottata dall'istituzione più vicina al destinatario della stessa<sup>38</sup>.

## VI - Verso un'armonizzazione procedurale?

Il citato vincolo di convergenza non affronta direttamente il problema, *stricto sensu*, di un'eventuale convergenza in senso stretto, intesa come "armonizzazione" degli istituti procedurali nazionali in tema di diritto della concorrenza. Molti sono stati i commenti sul Libro Bianco che hanno preceduto l'adozione del regolamento 1/2003 riguardo l'eterogeneità dei membri della Rete e la limitata armonizzazione della procedura, in particolare circa la possibilità della Rete di funzionare efficacemente anche senza un grado minimo di armonizzazione<sup>39</sup>. Si è spesso invocato un intervento della Commissione per proporre una direttiva sull'armonizzazione dei sistemi procedurali nazionali basata sull'art. 83 del Trattato nella considerazione del fatto che la Rete europea delle autorità garanti della concorrenza non sarebbe stata creata dal nulla; i membri della Rete, infatti, sarebbero state le già esistenti autorità nazionali della concorrenza, molte delle quali avevano alle loro spalle una lunga storia ed una consolidata esperienza e tradizione. La loro struttura, i loro poteri, le regole procedurali e le sanzioni esprimevano la varietà di tradizioni dei loro sistemi nazionali<sup>40</sup>.

L'opinione secondo cui il dibattito sull'armonizzazione procedurale non avrebbe dovuto ritardare l'esecuzione della riforma era, comunque, diffusa anche in considerazione del fatto che l'armonizzazione delle procedure nazionali poneva questioni da trattare necessariamente in un contesto europeo più ampio e non esclusivamente nel campo dell'applicazione del diritto della concorrenza europeo. Si è sostenuto, in particolare che un certo grado di armonizzazione con riguardo alle sanzioni e alle procedure sarebbe dovuto essere previsto a medio-lungo termine, ma non

---

<sup>38</sup> M. Monti, *Relazione introduttiva*, in *Antitrust tra diritto nazionale e diritto comunitario*, VI Convegno 13-14 maggio 2004 Treviso, 2005 p. 1.

<sup>39</sup> Cfr. C. Gauer, *Does the effectiveness of the EU Network of Competition Authorities require a certain degree of harmonisation of national procedures and sanctions?* in *European Competition Law Annual 2002: Constructing the EU Network of Competition Authorities* (edited by C. D. Ehlermann and I. Atanasiu), The Robert Schuman Centre at the European University Institute, Firenze, 2004, p. 187; L. Idot, *A necessary step towards common procedural standards of implementation for articles 81 e 82 EC within the Network*, *European Competition Law Annual 2002, Constructing the EU Network of Competition Authorities* (edited by C. D. Ehlermann and I. Atanasiu), The Robert Schuman Centre at the European University Institute, 2004, p. 211; F. Jenny, *Does the effectiveness of the EU Network of Competition Authorities depend on a certain degree of Homogeneity within its membership (with respects to status, structure, powers, responsibilities, etc)?*, in *European Competition Law Annual 2002: Constructing the EU Network of Competition Authorities* (edited by C. D. Ehlermann and I. Atanasiu), The Robert Schuman Centre at the European University Institute, Firenze, 2004, p. 203.

<sup>40</sup> Cfr. L. Idot, *A French point of view on the radical decentralisation of the implementation of article 81 (1) and (3) in European Competition Law Annual 2000: The modernisation of EC Antitrust Policy* (edited by C. D. Ehlermann and I. Atanasiu), The Robert Schuman Centre at the European University Institute, Firenze, 2001, p. 335; C. Gauer, *Does the effectiveness of the EU Network of Competition Authorities require a certain degree of harmonisation of national procedures and sanctions?* in *European Competition Law Annual 2002: Constructing the EU Network of Competition Authorities* (edited by C. D. Ehlermann and I. Atanasiu), The Robert Schuman Centre at the European University Institute, Firenze, 2004, p. 187.

rappresentava certamente una condizione per l'adozione della riforma e per il funzionamento della Rete<sup>41</sup>.

Ciò premesso, è fuori dubbio che le incisive evoluzioni del contesto normativo comunitario non potevano non ripercuotersi inevitabilmente sulle discipline nazionali degli Stati membri, anche in assenza dell'adozione di un espresso provvedimento legislativo comunitario. La modernizzazione del diritto antitrust è stata, infatti, una riforma ambiziosa che ha dato luogo ad un meccanismo complesso, oltre che innovativo, di rapporti tra istituzioni diverse che operano sulla base di regole procedurali non del tutto omogenee. Di qui l'esigenza di una stretta cooperazione ispira lo stesso meccanismo di allocazione dei casi tra le autorità della concorrenza, per affrontare adeguatamente le difficoltà di carattere interpretativo ed organizzativo nella fase di operatività del sistema. La Rete delle autorità garanti della concorrenza rappresenta, infatti, la chiave di volta del sistema venutosi a creare a seguito dell'entrata in vigore del regolamento 1/2003, in quanto essa consente un'efficiente divisione del lavoro tra i suoi membri ed un'applicazione coerente del diritto comunitario<sup>42</sup>.

D'altro canto, la necessità di convergenza è risultata evidente, sin dai primi mesi di applicazione della riforma, per ottenere il pieno ed efficace funzionamento della Rete ed un'efficace applicazione del diritto antitrust all'interno dell'Unione europea. Le problematiche emerse ad esempio con riguardo all'istituto della *leniency*, mostrano come la cooperazione di per sé non sia sufficiente e si sia reso necessario procedere verso una sorta di convergenza delle procedure e degli istituti del diritto antitrust all'interno dei singoli ordinamenti nazionali<sup>43</sup>.

Il regolamento 1/2003 ha rappresentato, senza dubbio, un passo importante per la realizzazione degli obiettivi previsti nella Strategia di Lisbona "*Far diventare l'economia europea la più competitiva e la più dinamica del mondo entro il 2010*", ma sicuramente non è stato l'ultimo passo compiuto nel processo di sviluppo della cultura della concorrenza in Europa<sup>44</sup>. Il regolamento ha rafforzato l'applicazione *ex post* delle regole della concorrenza in Europa, rendendo direttamente applicabile l'art. 81, par. 3, abolendo il sistema di esenzione, decentralizzando l'applicazione degli articoli 81 e

---

<sup>41</sup> Cfr. C. Gauer, *Does the effectiveness of the EU Network of Competition Authorities require a certain degree of harmonisation of national procedures and sanctions?* in *European Competition Law Annual 2002: Constructing the EU Network of Competition Authorities* (edited by C. D. Ehlermann and I. Atanasiu), The Robert Schuman Centre at the European University Institute, Firenze, 2004, p. 187

<sup>42</sup> P. Cassinis, *La riforma della modernizzazione ed i meccanismi a garanzia della coerenza applicativa della disciplina comunitaria della concorrenza*, in *Antitrust tra diritto nazionale e diritto comunitario*, VI Convegno 13-14 maggio 2004 Treviso, 2005, p. 479.

<sup>43</sup> In tal senso si è espresso il Commissario Kroes; cfr. Speech /06/595 del 13/10/2006 "*Delivering on the crackdown: recent developments in the European Commission's campaign against cartels*" 10<sup>th</sup> Annual Competition Conference at the European Institute – Fiesole. Inoltre, è stato sostenuto che la riforma, da una parte ha dato origine a nuovi problemi procedurali, dall'altra ha enfatizzato alcuni problemi già esistenti: in particolare alcuni problemi sono sorti perché la riforma non si è spinta fino a coinvolgere l'armonizzazione delle procedure o delle politiche sanzionatorie delle autorità nazionali della concorrenza cfr. J. T. Lang, *Foreword to in EC Competition Procedure* (edited by L. O. Blanco) 2nd edition, Oxford 2006; il quale sostiene di conseguenza la necessità di future riforme.

<sup>44</sup> Nel marzo del 2000 si è tenuto a Lisbona un Consiglio europeo per favorire l'occupazione, lo sviluppo economico e la coesione sociale nel contesto di un'economia fondata sulla conoscenza. Si è così avviata una strategia che mira a fare dell'Unione europea l'economia più competitiva e dinamica al mondo, in grado di coniugare la crescita con nuovi e migliori posti di lavoro. La strategia di Lisbona è incentrata sulla realizzazione di obiettivi concreti, da realizzare entro il 2010: raggiungere un tasso medio di crescita economica del 3% circa; portare il tasso di occupazione al 70%; far arrivare il tasso di occupazione femminile al 60%. Cfr. *Conclusioni della Presidenza* disponibili su: [http://ue.eu.int/ueDocs/cms\\_Data/docs/pressData/it/ec/00100-r1.i0.htm](http://ue.eu.int/ueDocs/cms_Data/docs/pressData/it/ec/00100-r1.i0.htm)

82. Ciò nonostante il Regolamento non ha creato unitarietà nei procedimenti, nelle sanzioni e in tema di *leniency*. In altre parole: il Regolamento non è riuscito a raggiungere la c.d. “armonizzazione procedurale”<sup>45</sup>.

Allo stato attuale siamo in presenza di un processo di volontario avvicinamento delle legislazioni nazionali antitrust agli aspetti salienti del regolamento 1/2003, come risulta dalla c.d. tavola di convergenza delle legislazioni nazionali dell’Unione europea in materia antitrust, pubblicata dall’*European Competition Network*, che mette a confronto i maggiori cambiamenti introdotti dal regolamento 1/2003 con le corrispondenti previsioni nazionali<sup>46</sup>. La tavola di convergenza è il risultato del questionario sulla riforma della legislazione nazionale antitrust dei singoli Stati membri in seguito al regolamento 1/2003 predisposto dall’*European Competition Network* e basato sulle risposte ricevute dalle autorità di ciascuno dei 27 Stati membri. In tale prospetto vengono esaminati le previsioni nazionali corrispondenti ai maggiori cambiamenti introdotti nell’ordinamento comunitario dal regolamento 1/2003, oppure originatesi dalla prassi della Commissione con riferimento a: 1) abolizione del sistema di notifica dell’intese ed introduzione del sistema di eccezione legale (art. 1 reg. 1/2003); b) applicazione parallela della normativa antitrust comunitaria e nazionale (art. 3); c) potere di imporre rimedi strutturali (art. 7); d) potere di ordinare misure cautelari (art. 8); e) potere di adottare decisioni che rendono vincolanti gli impegni presi dalle imprese (art. 9); f) potere di procedere ad accertamenti nei locali delle imprese e di controllare i libri e qualsiasi altro documento connesso all’azienda (art. 20); g) potere di procedere accertamenti in altri locali, diversi da quelli dell’azienda (art. 21); h) sanzioni alle associazioni di imprese (articoli 23, par. 2 e 23, par. 4); i) orientamento informale (considerando 38); l) trattamento delle esenzioni individuali concesse prima del 1° maggio 2004 (art. 43, par. 1); m) indagini per settore economico e per tipo di accordi (art. 17); n) giudici nazionali specializzati per questioni antitrust nel contesto dei procedimenti civili; o) previsioni normative che facilitino l’uso dell’art. 15, par. 3 (*amicus curiae*).

Dalla tavola di convergenza emerge che, seppure non sussista una totale convergenza da parte di tutti gli Stati membri sulle principali modifiche introdotte con il regolamento 1/2003, si può riscontrare, comunque, un elevato grado di armonizzazione delle legislazioni nazionali, nel senso che gli Stati membri, in maniera diversa a seconda dei casi, hanno provveduto a conformare la loro legislazione nazionale in maniera volontaria al regolamento 1/2003, nonostante ciò non fosse espressamente richiesto come obbligatorio dal regolamento stesso<sup>47</sup>. Si pensi, infatti, che la percentuale di non

---

<sup>45</sup> P. Kalbfleisch, *The NMA and modernisation – Past, present and future*, IBA - European Commission Conference sul tema “*Antitrust Reform In Europe: A Year in Practice*”, Brussels, 9-11 marzo 2005 disponibile sul sito Internet: [http://www.ibanet.org/conferences/Antitrust\\_Reform\\_in\\_Europe\\_A\\_Year\\_In\\_Practicecfm.cfm](http://www.ibanet.org/conferences/Antitrust_Reform_in_Europe_A_Year_In_Practicecfm.cfm).

<sup>46</sup> Cfr. *Results of questionnaire on convergence of national competition laws, based on the answers received from the NCAs*, c.d. Tavola di convergenza, disponibile on-line all’indirizzo: [http://ec.europa.eu/competition/ecn/ecn\\_convergencequest\\_April2008.pdf](http://ec.europa.eu/competition/ecn/ecn_convergencequest_April2008.pdf) (ultimo accesso in data 24 gennaio 2009).

<sup>47</sup> Un simile andamento, circa il raggiungimento di un significativo livello di convergenza delle legislazioni nazionali rispetto alle disposizioni comunitarie, era stato già riscontrato prima dell’adozione della tavola di convergenza con riguardo all’abolizione del sistema di notifica delle imprese e all’allineamento dei poteri investigativi delle singole autorità nazionali a quelli della Commissione. In proposito cfr. C. Gauer – M. Jaspers, *The European Competition Network, Achievements challenger – a case in point: leniency*, in *Competition Policy Newsletter*, 2006, p. 9.

convergenza delle legislazioni dei 27 Stati membri con riguardo al sistema di eccezione legale<sup>48</sup>, al potere di procedere ad accertamenti nei locali delle imprese e di controllare i libri e qualsiasi altro documento connesso all'azienda la percentuale, al potere di procedere accertamenti in altri locali, diversi da quelli dell'azienda la percentuale è limitata al 15%. Con riguardo ai rimedi strutturali la percentuale di mancata convergenza si attesta invece al 37%. Maggiore convergenza si riscontra, invece, in tema di misure cautelari, con riguardo alla parallela applicazione della normativa antitrust comunitaria e nazionale ed anche con riguardo al potere di adottare decisioni che rendono vincolanti gli impegni presi dalle imprese, infatti, la percentuale di mancata convergenza si attesta solamente al 7,5%. A parere di chi scrive, la previsione in capo ai diversi membri della Rete di strumenti operativi che tendono sempre più a non differire da uno Stato membro all'altro - si pensi alla possibilità di disporre misure cautelari o alla possibilità di adottare decisioni che rendono vincolanti gli impegni presi dalle imprese - non può che rappresentare un dato decisamente positivo per il consolidarsi della cultura della concorrenza nell'Unione europea e per il corretto funzionamento della Rete.

La convergenza è, inoltre, realizzabile in maniera particolarmente efficace attraverso la predisposizione di un "modello" da parte della Rete al quale sia la Commissione che le diverse autorità nazionali convengono di conformarsi per creare un diritto comune della concorrenza, così come si è verificato in tema di *leniency* attraverso l'*ECN Model Leniency Programme*<sup>49</sup>, che pone, appunto, tra i suoi obiettivi il favorire la *soft harmonization* tra i diversi programmi di clemenza presenti negli Stati membri e facilitarne l'adozione da parte degli Stati membri ancora sprovvisti<sup>50</sup>. E' stato correttamente evidenziato che i programmi di clemenza non rientrano tra gli aspetti del diritto antitrust oggetto di armonizzazione in sede comunitaria (vedi tavola di convergenza), anche se va notato che a livello comunitario è in corso un processo definito di armonizzazione *soft*, in attesa di un'auspicata ben più stringente armonizzazione<sup>51</sup>.

Pertanto, la spinta alla armonizzazione avverrebbe all'interno di un meccanismo, quale la Rete delle autorità garanti, in cui sono rappresentati gli interessi e le esigenze di tutte le autorità garanti della concorrenza dell'Unione europea, inclusa la Commissione.

D'altro canto è da sottolineare come sia apparsa anche la necessità di un'armonizzazione che vada ben oltre il regolamento, uniformando non solo le norme procedurali nazionali con cui le autorità nazionali

---

<sup>48</sup> Per quanto attiene, in particolare, all'ordinamento italiano, si può osservare che, alla luce del dibattito seguito all'adozione del citato regolamento, la possibilità per un'impresa di comunicare un'intesa all'Autorità garante della concorrenza e del mercato in via preventiva, espressamente previsto dall'art. 13 della L 287/90, sussiste unicamente nei casi soggetti esclusivamente all'applicazione della disciplina nazionale. Qualora alla fattispecie risulti applicabile la disciplina comunitaria, anche congiuntamente alla corrispondente previsione contenuta nella legge italiana, l'Autorità non esaminerà la notifica ai fini dell'eventuale rilascio di un'attestazione negativa, ma comunicherà alle parti la propria riserva ad avviare un'istruttoria ai sensi dell'art. 81, par. 1 del Trattato CE, cfr. P. Fattori – M. Todino, *La disciplina della concorrenza in Italia*, Bologna, 2004, p. 351.

<sup>49</sup> Il modello, congiuntamente alle note esplicative, è stato adottato il 29 settembre 2006. E' consultabile sul sito-web: [http://ec.europa.eu/comm/competition/ecn/model\\_leniency\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/comm/competition/ecn/model_leniency_en.pdf)

<sup>50</sup> Cfr. par. 6 *Purpose of the ECN Model Programme - ECN Model Leniency Programme Explanatory Notes*.

<sup>51</sup> M. Clarich, *I programmi di clemenza nel diritto antitrust*, pubblicato sul sito web *Giustizia Amministrativa* del Consiglio di Stato (gennaio 2007). Disponibile su: [http://www.giustizia-amministrativa.it/documentazione/Clarich\\_I\\_programmi\\_di\\_clemenza.htm](http://www.giustizia-amministrativa.it/documentazione/Clarich_I_programmi_di_clemenza.htm), p. 13; V. Meli, *I programmi di clemenza nel diritto antitrust italiano*, in *Mercato concorrenza regole 2007*, p. 201.

applicano gli articoli 81 e 82 del Trattato, ma anche gli strumenti ad esso collegati, come ad esempio la *leniency* e le sanzioni. Proprio la *leniency* è il settore in cui si sono stati apportati dei sostanziali miglioramenti in termini di uniformità tra i diversi programmi in Europa<sup>52</sup>. Basti pensare, infatti, che al tempo in cui la Commissione ha adottato la Comunicazione del 2002 solamente 4 Paesi dell'Unione europea avevano già adottato un programma di *leniency*, mentre allo stato attuale sono solo 2 gli Stati membri che non prevedono la *leniency* nel proprio ordinamento nazionale. Dal confronto tra la situazione attuale e quella precedente ben si comprende l'importanza di questa evoluzione<sup>53</sup>.

In tale processo di convergenza, l'*European Competition Network* ha svolto un ruolo significativo: in tema di *leniency* è stato in grado, infatti, di apportare una risposta originale e pragmatica ad alcune difficoltà che scaturivano dallo stesso regolamento 1/2003, aprendo una nuova strada per la convergenza dei diritti in Europa.

## VII - L'ECN Model Leniency Programme

All'interno della Rete è stato costituito un gruppo di lavoro per tentare di fornire delle risposte ai problemi rimasti insoluti in tema di *leniency*. La *leniency*, o clemenza, è un istituto del diritto antitrust che consente alle imprese che denunciano un cartello, cessano la condotta illecita e collaborano attivamente alle indagini dell'autorità di concorrenza, di ottenere a certe condizioni l'immunità *ex ante* dalle ammende che sarebbero altrimenti loro inflitte, ovvero di ottenerne *ex ante* una sensibile riduzione.

In meno di un anno, il gruppo, co-presieduto dal *Conseil de la Concurrence* e dall'*Office of Fair Trading*<sup>54</sup>, è pervenuto ad una soluzione flessibile, senza ricorrere al lungo processo legislativo comunitario, attraverso l'adozione nel settembre 2006 dell'*ECN Model Leniency Programme*<sup>55</sup>. Questo documento rappresenta il segno dell'avvio di una nuova era nella cooperazione all'interno della Rete, è la dimostrazione di come la Commissione insieme alle altre autorità nazionali possa sviluppare nuovi metodi per rispondere alle nuove sfide e raggiungere la convergenza aldilà di quanto sia richiesto dal Regolamento 1/2003<sup>56</sup>.

In un sistema di competenze parallele tra la Commissione e le autorità nazionali della concorrenza, una richiesta di *leniency* presentata ad un'autorità non viene considerata avanzata nei confronti di tutti

---

<sup>52</sup> Così come segnalato dal Commissario Kroes all'indomani della presentazione delle modifiche alla Comunicazione sulla *leniency* del 2002 e dell'*ECN Model Leniency Programme*; cfr. Speech /06/595 del 13/10/2006 "*Delivering on the crackdown: recent developments in the European Commission's campaign against cartels*" 10<sup>th</sup> Annual Competition Conference at the European Institute – Fiesole.

<sup>53</sup> L'elenco delle autorità nazionali che operano nel rispetto di un programma di clemenza è disponibile on-line all'indirizzo: [http://ec.europa.eu/comm/competition/ecn/leniency\\_programme\\_nca.pdf](http://ec.europa.eu/comm/competition/ecn/leniency_programme_nca.pdf) (ultimo accesso in data 24 gennaio 2009)

<sup>54</sup> Cfr. <http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=MEMO/06/356&format=HTML&aged=0&language=EN&guiLanguage=en>.

<sup>55</sup> Il modello, congiuntamente alle note esplicative, è stato adottato dal Network il 29 settembre 2006. E' consultabile on-line all'indirizzo: [http://ec.europa.eu/comm/competition/ecn/model\\_leniency\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/comm/competition/ecn/model_leniency_en.pdf).

<sup>56</sup> Cfr. C. Momège, *Adoption du programme modale du Réseau européen de concurrence en matière de clémence – Consultation publique sur le projet de révision des lignes directrice communautaires*, in *Concurrences – Revue des droits de la concurrence*, 2006, p. 127.

i membri della Rete. Pertanto, in base al par. 38 della Comunicazione sulla cooperazione<sup>57</sup>: “(..) *Il richiedente ha interesse a presentare una domanda di trattamento favorevole a tutte le autorità garanti della concorrenza competenti per l'applicazione dell'articolo 81 e 82 del Trattato nel territorio interessato dall'infrazione e che possano essere considerate nella posizione idonea per intervenire contro l'infrazione in oggetto*”.

Lo scopo principale dell'*ECN Model Leniency Programme* è, pertanto, quello di assicurare che le società interessate a denunciare un cartello e a beneficiare di un programma di clemenza non siano scoraggiate dal farlo in ragione delle discrepanze tra i diversi programmi di *leniency* all'interno della Rete<sup>58</sup>. Dunque, l'*ECN Model Leniency Programme* è disegnato essenzialmente come un programma operativo, che contiene gli elementi essenziali del trattamento che un'impresa si aspetta di trovare in ogni giurisdizione nel caso in cui dovesse auto-denunciarsi e avanzare richiesta di *leniency*; ovviamente tale situazione sarà verificabile solo quando si concluderà il processo di allineamento dei diversi programmi di clemenza, presenti in Europa, al modello predisposto dalla Rete<sup>59</sup>. In particolare, sono previsti criteri standard per la concessione dell'immunità, delle condizioni specifiche per qualificarsi ai fini dell'immunità dell'ammenda, obblighi uniformi di cooperazione ed una procedura lineare per l'esame delle richieste con la previsione del c.d. *marker*<sup>60</sup>.

In tema di procedura è, infatti, possibile, che un'impresa intenzionata a chiedere l'accesso al beneficio della non imposizione delle sanzioni, pur non essendo in grado di produrre immediatamente gli elementi di prova necessari per assolvere il relativo onere probatorio, sia nelle condizioni di procurarseli in breve tempo. In tal caso, al fine di non pregiudicare la possibilità di accedere al beneficio, il Programma prevede la possibilità per la società di presentare una domanda, seppur incompleta, richiedendo all'autorità competente la fissazione di un termine per il perfezionamento della domanda, con la conseguente produzione degli elementi informativi e documentali rilevanti (c.d. *marker*). Qualora la richiesta di un *marker* sia accolta e la domanda sia perfezionata entro il termine stabilito dall'autorità, essa si considera pervenuta in forma completa alla data di accoglimento della richiesta. Il Programma prevede, però, che l'autorità conservi discrezionalità se concedere o meno un *marker*.

Come già accennato, lo scopo principale che si intende raggiungere, attraverso la predisposizione di un modello valido ovunque nell'Unione europea, è quello di assicurare che potenziali richiedenti l'accesso ad un programma di clemenza non siano scoraggiati dall'avanzare la richiesta in considerazione delle differenze esistenti tra i diversi programmi di *leniency*.

Nel far ciò il Programma si pone l'obiettivo di facilitare la *soft harmonisation* dei programmi di *leniency* già esistenti (ossia fare in modo che i principali elementi di un programma di *leniency*, così

---

<sup>57</sup> Comunicazione della Commissione sulla cooperazione nell'ambito della rete delle autorità garanti della concorrenza, in GU C 101 del 27.4.2004.

<sup>58</sup> K. Dekeyser – M. Jasper, *A new era of ECN Cooperation – Achievements and Challenges with Special Focus on Work in the Leniency Field*, in *World Competition – Law and Economics Review*, 2007, p. 5.

<sup>59</sup> Cfr. par. 2 del *ECN Model Leniency Programme* e par. 6 del *ECN Model Leniency Programme Explanatory Notes*.

<sup>60</sup> Cfr. par. 16 e ss del *ECN Model Leniency Programme*

come individuati nel Programma, siano comuni a tutti gli Stati membri dell'Unione europea) e di facilitare al contempo l'adozione di tali programmi da parte delle autorità che ancora non hanno adottato un programma di clemenza. In secondo luogo, inoltre, il Programma si pone l'obiettivo di individuare le caratteristiche di un modello uniforme di domanda di trattamento favorevole redatta in forma semplificata (c.d. *summary application*)<sup>61</sup>. Con la *summary application* si tende ad "alleviare" l'onere che incombe, sia sulle società che sulle autorità di concorrenza, in presenza di domande di trattamento favorevole presentate in parallelo a diverse autorità; questo avviene, specificatamente nelle ipotesi in cui la Commissione si trova nella posizione più idonea per la trattazione del caso e la conduzione del procedimento, in quanto la fattispecie incide sulla concorrenza in più di tre Stati membri<sup>62</sup>.

Secondo quanto confermato nello stesso programma, l'esperienza ha mostrato, infatti, che le imprese preferiscono presentare in via cautelativa domande di accesso al trattamento favorevole in contemporanea dinanzi a diverse autorità nelle ipotesi in cui la Commissione sia nella posizione più idonea per la trattazione del caso.

Un simile meccanismo, evidente conseguenza della mancata adozione di un sistema di *one-stop-shop*, trova la sua ragion d'essere sul presupposto che una domanda presentata ad un'autorità non viene considerata come presentata a tutte le autorità della Rete. Il Programma, pertanto, tiene conto dell'onere connesso alla necessità di presentare una serie di domande di accesso al trattamento favorevole, quando la fattispecie interessi più Paesi dell'Unione europea<sup>63</sup>. Per questa ragione, prevede che, nelle ipotesi in cui la Commissione sia nella posizione più idonea per la trattazione del caso, l'impresa, che abbia già presentato o sia in procinto di presentare alla Commissione una domanda volta ad ottenere la non imposizione delle sanzioni, può presentare alle autorità nazionali, ritenute anche esse in una posizione idonea ad intervenire nella fattispecie, un'analogo domanda di trattamento favorevole, redatta in forma semplificata, la c.d. *summary application*.

Il Programma offre un nuovo sistema standard per le richieste sommarie di *leniency* destinato a migliorare la gestione delle richieste presentate parallelamente a più di un'autorità della concorrenza, attraverso una riduzione dei tempi e dei costi affrontati per predisporre e valutare le richieste rivolte a quelle autorità che in definitiva non tratteranno il caso.

Con la predisposizione di una *summary application*, ai richiedenti sarà concesso di salvaguardare la loro posizione di "*first in the queue*" dinanzi alle autorità nazionali attraverso la possibilità di fornire un numero limitato di informazioni. Nel caso in cui l'autorità decida, in seguito, di intervenire sul caso, al richiedente verrà concesso del tempo ulteriore per completare la propria richiesta. Infine, il programma prevede la possibilità per le autorità di consentire, su richiesta dell'interessato, la

---

<sup>61</sup> Cfr. par. 22 del *ECN Model Leniency Programme* e par. 39 e ss del *ECN Model Leniency Programme Explanatory Notes*.

<sup>62</sup> Cfr. par. 14 Comunicazione della Commissione sulla cooperazione nell'ambito della rete delle autorità garanti della concorrenza, in GU C 101 del 27.4.2004.

<sup>63</sup> K. Dekeyser – M. Jasper, *A new era of ECN Cooperation – Achievements and Challenges with Special Focus on Work in the Leniency Field*, in *World Competition – Law and Economics Review*, 2007, p. 5.

predisposizione in forma orale delle richieste di *leniency*, sia per quanto riguarda una richiesta completa di *leniency*, che per la richiesta di un c.d. *marker*, che per una c.d. *summary application*. In una simile ipotesi, si procederà alla registrazione delle dichiarazioni, con la precisazione che non sarà consentito l'accesso a tale materiale fino a che l'autorità abbia provveduto alla contestazione degli addebiti alle parti. Ad ogni modo tali dichiarazioni orali saranno oggetto di scambio solo in virtù dell'art. 12 del regolamento 1/2003 e nel rispetto delle disposizioni contenute nella Comunicazione sulla cooperazione, purché la protezione contro la *disclosure* del materiale registrato offerta dalla autorità ricevente sia equivalente a quella conferita dall'autorità che trasmette le dichiarazioni<sup>64</sup>.

E' opportuno tenere presente che il *Model Programme* è semplicemente un modello, tra l'altro soggetto a revisione in base all'esperienza dei membri della Rete. Ciascuna autorità nazionale della concorrenza e la Commissione europea continuerà ad operare con il proprio programma e spetterà, comunque, alla società che intende auto-denunciarsi decidere dove presentare la richiesta di *leniency*<sup>65</sup>. Il successo dipenderà dalla volontà dei membri della Rete di allineare i loro rispettivi programmi al Modello<sup>66</sup>. Sicuramente l'obiettivo sotteso alla predisposizione del modello è quello che lo stesso possa rappresentare una spinta verso una politica di *leniency* convergente all'interno dell'UE.

La Commissione ha certamente mosso il primo passo in tal senso adottando una nuova *Comunicazione relativa all'immunità delle ammende o alla riduzione del loro importo nei casi di cartelli tra imprese*<sup>67</sup>. Entro il 2008 si sarebbe dovuto procedere, comunque, a verificare lo stato di convergenza dei programmi di *leniency* dei membri della Rete, per valutare se in concreto si sono adeguati al Modello<sup>68</sup>. In attesa di risultati di tale ricognizione, al momento risulta che le autorità garanti nazionali di ben 25 Stati membri hanno adottato programmi di *leniency*<sup>69</sup> e ben 17 autorità garanti nazionali accettano delle *summary applications*<sup>70</sup>, così come previste nel Modello. Ne consegue che un'impresa partecipante al cartello che abbia già presentato una richiesta di *leniency* completa alla Commissione, accede in questi Stati ad una procedura semplificata di richiesta di clemenza.

Ad ogni modo, il programma non fornisce comunque un vero e proprio sistema di “*one-stop shop*”, ossia di un sistema in cui una domanda di *leniency* presentata ad un'autorità della concorrenza all'interno della Rete viene considerata come presentata a tutte le autorità della Rete, in quanto in

---

<sup>64</sup> Cfr. par. 28 del *ECN Model Leniency Programme* e par. 47 e ss del *ECN Model Leniency Programme Explanatory Notes*.

<sup>65</sup> E' evidente che ciò rappresenta la logica conseguenza di un sistema di competenze parallele e di regole flessibili in tema di ripartizione dei casi.

<sup>66</sup> C. Momège, *Adoption du programme modale du Réseau européen de concurrence en matière de clémence – Consultation publique sur le projet de révision des lignes directrice communautaires*, in *Concurrences – Revue des droits de la concurrence*, 2006, p. 127. J. S. Sandhu, *The European Commission's Leniency Policy: A success?* in *European Competition Law Review*, 2007, p. 148.

<sup>67</sup> Comunicazione della Commissione relativa all'immunità dalle ammende o alla riduzione del loro importo nei casi di cartelli tra imprese, in GU C 298 del 8.12.2006.

<sup>68</sup> Cfr. Par. 31 del *ECN Model Leniency Programme*.

<sup>69</sup> Cfr. il sito-web dell'European Competition Network, *Authorities in EU Member States which operate a leniency programme* [http://ec.europa.eu/comm/competition/ecn/leniency\\_programme\\_nca.pdf](http://ec.europa.eu/comm/competition/ecn/leniency_programme_nca.pdf) (ultimo accesso in data 24 gennaio 2009).

<sup>70</sup> Cfr. il sito-web dell'European Competition Network, *List of authorities accepting summary applications as provided by the ECN Leniency model programme in Type IA cases* [http://ec.europa.eu/comm/competition/ecn/accepting\\_nca.pdf](http://ec.europa.eu/comm/competition/ecn/accepting_nca.pdf) (ultimo accesso in data 24 gennaio 2009).

presenza di cartelli transfrontalieri, i richiedenti ancora oggi sono tenuti a fornire delle indicazioni (*summary applications*) alle autorità nazionali in diversi Stati membri, unitamente alla predisposizione di una richiesta completa alla Commissione. Allo stato attuale, dunque, nonostante le affermazioni ottimistiche del Commissario Kroes secondo cui si sta tentando all'interno della Rete di far confluire le forze verso un sistema europeo di “*one-stop shop*”<sup>71</sup>, non è stato possibile creare un sistema di mutuo riconoscimento, che consentirebbe a ciascuna autorità di decidere su una richiesta di *leniency* con effetti vincolanti per l'intera Unione europea. In effetti, secondo quanto affermato dalla Commissione a seguito dei lavori intercorsi in seno alla Rete, una simile soluzione non appare un'alternativa realistica, in quanto richiederebbe che tutte le autorità nazionali della concorrenza siano in grado di raccogliere e valutare informazioni riguardanti tutti gli Stati membri e siano, inoltre, nelle condizioni di verificare che nessuna autorità abbia informazioni sufficienti per avviare d'ufficio delle indagini<sup>72</sup>.

A prescindere dalla bontà delle giustificazioni adottate dalla Commissione per la mancata adozione del sistema di “*one-stop shop*”, la Rete, a parere di chi scrive, ha comunque mostrato, attraverso la predisposizione del Programma, la capacità e, soprattutto, la volontà di trovare una soluzione, comune a tutti i suoi membri, ai problemi scaturiti dalla discrepanze esistenti attualmente tra i diversi programmi di *leniency*.

Inoltre, la Commissione e le autorità nazionali non solo hanno dichiarato la loro volontà di impegnarsi per un allineamento dei rispettivi programmi di clemenza in conformità al Modello, ma hanno sostenuto che il Modello dovrebbe fornire assistenza non solo ai membri della Rete, ma anche agli altri organismi eventualmente competenti negli ordinamenti nazionali a modificare o, addirittura, introdurre il programma di clemenza, affinché la cooperazione all'interno della Rete funzioni il più efficacemente possibile<sup>73</sup>. Inoltre, il Modello non impedisce alle singole autorità nazionali di adottare all'interno del proprio programma di *leniency* un approccio più favorevole nei confronti di coloro che avanzano richiesta di clemenza<sup>74</sup>.

Come era inevitabile sono state sollevate diverse critiche nei confronti del Modello<sup>75</sup>. È stato sostenuto che il Programma consentirà sicuramente a lungo termine una certa armonizzazione, ma che resta, tuttavia, ancora insufficiente. In primo luogo, si è fatto notare che si tratterebbe di una finta armonizzazione, in quanto il Programma prevede l'introduzione del sistema del *marker*, ma

---

<sup>71</sup> Cfr. IP/06/1288 del 29.09.2006, disponibile sul sito-web: <http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=IP/06/1288&format=HTML&aged=0&language=EN&guiLanguage=fr>

<sup>72</sup> Cfr. MEMO/06/356 del 29.09.2006, disponibile sul sito-web: <http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=MEMO/06/356&format=HTML&aged=0&language=EN&guiLanguage=fr>

<sup>73</sup> Cfr. par. 9 del *ECN Model Leniency Programme Explanatory Notes*.

<sup>74</sup> Cfr. par. 2 del *ECN Model Leniency Programme*.

<sup>75</sup> C. Momège, *Adoption du programme modale du Réseau européen de concurrence en matière de clémence – Consultation publique sur le projet de révision des lignes directrice communautaires*, in *Concurrences – Revue des droits de la concurrence*, 2006, p. 127.

l'attribuzione dello stesso è lasciata alla discrezionalità delle singole autorità<sup>76</sup>, cosa che impedirebbe al sistema di funzionare a pieno.

Si parla, inoltre, di insufficiente armonizzazione, in quanto il Programma lascia in sospeso alcune questioni, in particolare, il Programma non si è espresso nel dettaglio sulla confidenzialità delle dichiarazioni rilasciate dal soggetto che avanza la richiesta di clemenza. Il Programma, in considerazione delle procedure di *discovery* tipiche dell'ordinamento statunitense, riconosce la possibilità, al soggetto che avanza la richiesta di *leniency*, di effettuare delle dichiarazioni orali<sup>77</sup>, raccomandando ugualmente alle autorità di non consentire l'accesso a tali dichiarazioni prima della contestazione degli addebiti. A riguardo, però, il Programma non si è espresso sul corso ulteriore della procedura ed in particolare di ciò che accade davanti al giudice nazionale. Diversamente da quanto invece previsto dalla Comunicazione della Commissione del 2006 che al par. 34 stabilisce che le informazioni ottenute dai destinatari della comunicazione degli addebiti, mediante la dichiarazione ufficiale devono essere utilizzate solo “*ai fini dei procedimenti giudiziari o amministrativi per l'applicazione delle regole comunitarie di concorrenza sulle quali verte il relativo procedimento amministrativo*”. Prevedendo, inoltre, delle conseguenze sfavorevoli per l'impresa responsabile in caso di utilizzo di tali informazioni per uno scopo diverso<sup>78</sup>.

In conclusione, a parere di chi scrive, appare del tutto condivisibile l'affermazione<sup>79</sup> secondo cui, a parte tutte le critiche che sono sollevabili nei confronti del Programma, sulle sue manchevolezze, su ciò che si poteva esplicitare, non deve comunque essere sminuito il valore in sé del Programma, rappresentato dal fatto che, attraverso un ingegnoso meccanismo, che scavalca le lungaggini del procedimento legislativo comunitario, si è tentato di fare un passo in avanti verso l'armonizzazione in

---

<sup>76</sup> Cfr. par. 17 del *ECN Model Leniency Programme*.

<sup>77</sup> Cfr. *Oral procedure* par. 28 del *ECN Model Leniency Programme* e par. 47 del *ECN Model Leniency Programme Explanatory Notes*

<sup>78</sup> A riguardo, la Commissione ha di recente adottato il Libro Bianco in materia di azioni di risarcimento del danno per violazione delle norme antitrust comunitarie (Libro Bianco della Commissione in materia di azioni di risarcimento del danno per violazione delle norme antitrust comunitarie del 2 aprile 2008, COM(2008) 165.) dedicando una parte all'interazione tra i programmi di clemenza e le azioni di risarcimento danni. In particolare la Commissione ha sottolineato la necessità di garantire nelle azioni di risarcimento del danno intraprese da privati una tutela adeguata contro la divulgazione delle dichiarazioni rilasciate dalle imprese che presentano richiesta di trattamento favorevole, per evitare di mettere queste ultime in una posizione di svantaggio rispetto ai coautori dell'infrazione. La proposta della Commissione riguarda la possibilità di applicare tale tutela a tutte le dichiarazioni rilasciate da tutti i richiedenti di trattamento favorevole relativamente ad una violazione dell'art. 81 del trattato CE, indipendentemente dal fatto che la richiesta di trattamento favorevole venga accettata, respinta o non determini alcuna decisione da parte dell'autorità per la concorrenza. Questa tutela si applica quando la divulgazione viene ordinata dal giudice, sia prima che dopo l'adozione di una decisione da parte dell'autorità di concorrenza. La divulgazione volontaria delle dichiarazioni rese da parte dei richiedenti dovrebbe essere impedita almeno finché non venga emessa una comunicazione degli addebiti. In base alle considerazioni della Commissione, limitare la responsabilità civile di coloro la cui richiesta di immunità sia accettata, potrebbe essere un'ulteriore misura per garantire che i programmi di clemenza conservino la loro piena attrattiva. A riguardo la Commissione propone di valutare ulteriormente la possibilità di limitare la responsabilità civile del beneficiario dell'immunità rispetto alle richieste di risarcimento presentate dai suoi partner contrattuali diretti ed indiretti. Ciò renderebbe più prevedibile e più limitata la portata dei danni che i beneficiari dell'immunità dovrebbero rimborsare, senza sottrarli indebitamente alla responsabilità civile per la loro partecipazione ad un'infrazione. D'altro canto a giudizio della Commissione sul beneficiario dell'immunità dovrebbe gravare l'onere della prova per dimostrare la misura in cui la sua responsabilità dovrebbe essere limitata.

<sup>79</sup> C. Momège, *Adoption du programme modale du Réseau européen de concurrence en matière de clémence – Consultation publique sur le projet de révision des lignes directrice communautaires*, in *Concurrences – Revue des droits de la concurrence*, 2006, p. 127.

tema di *leniency*. Molte cose rimangono ancora da fare, la creazione di *one-stop-shop*, l'individuazione di criteri più precisi per tutelare le persone fisiche dal rischio di sanzioni individuali qualora previsti nel loro ordinamento<sup>80</sup>. Ma allorché ci si spinge oltre la lettura del dato testuale contenuto nel documento e si valuta la volontà di dare concreta attuazione ai nuovi assetti, prefigurati solo in parte dal Regolamento 1/2003 e dalle successive comunicazioni, si comprende l'importanza di questo Programma.

## **Conclusioni**

La ricerca si è soffermata sullo studio del diritto della concorrenza, rispetto al quale, mi preme sottolineare, ancora oggi si evidenzia la necessità di affermare, forse con forza maggiore rispetto al passato, la sua importanza nella costruzione della Comunità europea. La politica della concorrenza è stata oggetto talora di contestazioni fondate su un'asserita identificazione con un liberalismo svincolato dalle preoccupazioni sociali e con una certa ingenuità europea nei confronti della globalizzazione dove gli Stati giocano un ruolo cruciale. Il nuovo sistema creato dal regolamento 1/2003 - caratterizzato da un efficiente funzionamento della Rete europea delle autorità garanti della concorrenza, con il moltiplicarsi, quindi, di *public enforcers* all'interno dell'Unione europea - ha comportato una maggiore applicazione del diritto europeo della concorrenza da parte dei diversi "attori" nazionali, che operano in maniera continua e coordinata tra di loro e con la Commissione europea. Tale cooperazione rappresenta la base per il sistema di competenze parallele introdotto dal regolamento 1/2003, in base al quale tutte le autorità garanti hanno il potere di applicare gli articoli 81 e 82. La Rete è in grado di fornire un risultato rilevante in termini di *enforcement* del diritto comunitario della concorrenza in questi primi anni di vita. A confermare tale giudizio sono i dati acquisiti sul lavoro svolto: di fronte a più di 1000 casi di avvio di indagine comunicati alla Rete nel periodo compreso dal 1 maggio 2004 al 31 agosto 2008, sono state rare le fattispecie nelle quali si sono rese necessarie discussioni in merito alla divisione del lavoro, risolte, comunque, attraverso discussioni bilaterali, ed ancor più i casi in cui si è reso necessario la ri-attribuzione. L'esperienza ha dimostrato che la Rete è in grado di evitare inutili duplicazioni del lavoro. In conclusione, questa evoluzione del diritto comunitario della concorrenza ed il nuovo ruolo delle autorità amministrative si presenta come un modello di sviluppo del diritto comunitario decentralizzato e pluralistico. Tale nuovo sistema potrebbe servire da modello per l'integrazione europea anche in altri settori. In effetti, esso dimostra che la Commissione, sul presupposto che principi normativi comuni siano applicati nell'Unione, non teme di cedere dei poteri esclusivi di applicazione. Al contrario, essa ritiene appropriato condividere ampiamente tali poteri con organismi nazionali nell'intento di applicare insieme in stretta cooperazione delle regole comuni che proteggono i cittadini dell'Unione. E'

---

<sup>80</sup> Il programma si limita a suggerire che sia garantita una forma di protezione da qualsiasi sanzione individuale nei confronti dei dipendenti e degli amministratori delle società che avanzano richiesta di riduzione dell'ammenda, senza affrontare direttamente il problema; cfr. par. 15 *ECN Model Leniency Programme Explanatory Notes*.

importante che il sistema creato dal regolamento 1/2003 muova finalmente verso quella che si può considerare, usando le parole di Tesauro<sup>81</sup>, la “normalizzazione”, piuttosto che la modernizzazione del diritto europeo della concorrenza. I poteri e gli obblighi delle autorità nazionali (e dei giudici) di applicare gli articoli 81 e 82 del Trattato in sé non dovrebbero più dar adito a dubbi e preoccupazioni in ordine all’uniforme applicazione del diritto comunitario della concorrenza. La delega della valutazione delle intese o degli abusi di posizione dominante alle autorità nazionali è un aspetto della decentralizzazione già inerente ai principi fondamentali del Trattato CE. Le amministrazioni nazionali e i giudici rappresentano, infatti, il nucleo dell’applicazione decentrata di tutto il diritto comunitario, e le regole a tutela della concorrenza non rappresentano un’eccezione. Di conseguenza, non sussistono valide ragioni per temere l’applicazione decentralizzata degli articoli 81 e 82 da parte delle autorità antitrust (ed anche dei giudici) nazionali e neanche ogni forma di cooperazione tra le autorità. Il sistema creato funziona in maniera efficiente in termini di divisione del lavoro, di reciproca assistenza e, soprattutto, di uniforme applicazione delle regole comunitarie di concorrenza.

Del resto, nel nuovo sistema la Commissione conserva pur sempre un ruolo di guida nella definizione della politica di concorrenza comunitaria e ciò, anche, attraverso l’adozione di regolamenti di applicazione e di comunicazioni avente carattere interpretativo degli articoli 81 e 82. In proposito si segnala che in base all’art. 44 del regolamento, la Commissione ha avviato le consultazioni pubbliche in vista della predisposizione di una relazione sul funzionamento del regolamento 1/2003, che la stessa dovrà presentare al Parlamento europeo e al Consiglio entro il 1 maggio 2009. Le parti interessate sono state invitate a presentare i loro contributi entro il 30 settembre 2008. Sulla base di tale relazione, che riguarderà anche la cooperazione all’interno della Rete, la Commissione valuterà l’opportunità di proporre al Consiglio la revisione del regolamento<sup>82</sup>.

Nel corso della trattazione in sede di analisi dell’armonizzazione riflessiva, che riflette il processo che è in corso nell’ambito del diritto antitrust, si è avuto modo di sottolineare che solo ipotizzando un’armonizzazione delle procedure è possibile arrivare ad una convergenza nella sostanza del diritto. Le norme procedurali hanno, infatti, la capacità di influenzare gli stessi esiti applicativi delle norme sostanziali di tutela della concorrenza. In definitiva siamo testimoni di una convergenza nella politica della concorrenza all’interno dell’Unione europea, sia da un punto di vista procedurale che sostanziale ed allo stesso tempo di un aumento del ruolo degli Stati membri nell’applicazione delle norme comunitarie a tutela della concorrenza. In questo contesto di volontario avvicinamento delle legislazioni nazionali, la Rete ha svolto un ruolo significativo in particolare per la convergenza dei programmi di clemenza in Europa, attraverso la predisposizione di un modello. L’*European Competition Network* ha dimostrato di essere pronto ad affrontare le opportunità e le sfide del nuovo sistema di applicazione del diritto antitrust, attraverso questa forma unica di cooperazione, che

---

<sup>81</sup> G. Tesauro, *The evolution of European competition law and the Italian Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*, in *The Evolution of European Competition Law, Whose Regulation, Which Competition?* (edited by H. Ullrich), Cheltenham, UK – Northampton, MA, USA, 2006, p. 76.

<sup>82</sup> Per maggiori informazioni consultare il sito internet:

[http://ec.europa.eu/comm/competition/antitrust/consultations/consultation\\_1\\_2003.pdf](http://ec.europa.eu/comm/competition/antitrust/consultations/consultation_1_2003.pdf)

contribuisce, pertanto, a promuovere una cultura europea della concorrenza e funge da catalizzatore verso ulteriori convergenze<sup>83</sup>.

E' auspicabile che tale metodo di predisposizione di un modello, una volta sperimentato con successo possa essere adottato anche per tentare di armonizzare il settore delle sanzioni, essendo questo un altro campo in cui si presenta la necessità di procedere ad un'armonizzazione procedurale<sup>84</sup>. C'è da segnalare l'impostazione sostenuta da chi, ai fini di un'efficace applicazione degli articoli 81 e 82, si spinge fino ad auspicare non solo l'armonizzazione delle sanzioni da infliggere alle imprese coinvolte nell'illecito antitrust, ma anche la previsione del carattere penale dell'illecito antitrust con conseguente restrizione della libertà personale degli individui coinvolti in cartelli di fissazione dei prezzi, ripartizione del mercato e di *bid-rigging*<sup>85</sup>. Del resto, la Commissione, nonostante non abbia ritenuto necessaria l'armonizzazione delle regole procedurali nazionali sulla base delle quali le entità nazionali applicano gli articoli 81 e 82 del Trattato, ha però sostenuto che "(..) *benché la proposta di Regolamento non prevede l'armonizzazione dei regimi nazionali di sanzione, i principi generali di diritto comunitario richiedono che tali regimi siano adeguati per assicurare un'applicazione efficace*"<sup>86</sup>.

In tema di *leniency*, nonostante il favore dimostrato dalla Commissione, la Comunicazione del 2006 ha rappresentato un'occasione perduta per l'introduzione del meccanismo di *one-stop-shop*. E' auspicabile che non vengano disattese ulteriormente le aspettative circa l'introduzione di un meccanismo che evita la necessità di avanzare richieste multiple di clemenza presso le diverse giurisdizioni interessate dall'infrazione. In proposito, all'interno della Rete, potrebbe essere trovata una soluzione per la composizione delle diverse posizioni e dei diversi interessi. E' stato sottolineato come nel contesto della Rete la cooperazione tra le autorità della concorrenza sia fattore determinante di un processo di convergenza dei sistemi nazionali. La Rete ha svolto e continua a svolgere un ruolo che va oltre le discussioni e le forme di assistenza relative a singoli casi, determinando un forum di discussione di tematiche di indirizzo generale della concorrenza. All'interno della Rete si è avviato un percorso in base al quale le modifiche, in termini di convergenza, introdotte in uno Stato hanno indotto altri componenti della Rete a modificare le corrispondenti regole procedurali nazionali. Questo è una rappresentazione di quel salutare processo di imitazione c.d. "*healthy imitation progress*" che porta ad

---

<sup>83</sup> C. Lemaire, *La clémence: nouvelle étape de la convergence des droit de la concurrence en Europe*, in *Europe*, 2006, p. 4; C. Gauer – M. Jaspers, *The European Competition Network, Achievements challenger – a case in point: leniency*, in *Competition Policy Newsletter*, 2006, p. 11.

<sup>84</sup> Cfr. L. Idot, *A necessary step towards common procedural standards of implementation for articles 81 e 82 EC within the Network*, in *European Competition Law Annual 2002, Constructing the EU Network of Competition Authorities*, The Robert Schuman Centre at the European University Institute, 2004, p. 211; C. Momège, *Adoption du programme modale du Réseau européen de concurrence en matière de clémence – Consultation publique sur le projet de révision des lignes directrice communautaires*, in *Concurrences – Revue des droits de la concurrence*, 2006, p. 127;.

<sup>85</sup> Cfr. W. Wils, *Regulation 1/2003: a reminder of the main issue*, in *Modernisation and enlargement: two major challenges for EC Competition*, (edited by D. Geradin), Oxford, 2004, p. 74. In particolare si individuerebbe la base legale nel combinato disposto dell'art. 83 e dell'art. 309 del Trattato.

<sup>86</sup> Cfr. Proposta di Regolamento del Consiglio d'applicazione degli articoli 81 e 82 del trattato, p. 19 consultabile sul sito Internet: [http://ec.europa.eu/comm/competition/antitrust/others/modernisation/comm\\_2000\\_582/it.pdf](http://ec.europa.eu/comm/competition/antitrust/others/modernisation/comm_2000_582/it.pdf).

una diffusione della cultura della concorrenza in Europa e ad un'efficace ed uniforme applicazione del diritto della concorrenza, in tal modo la Rete diventa importante strumento di convergenza.

In questo contesto occorre sottolineare il rischio che un mancato allineamento del quadro interpretativo interno rispetto alle scelte operate a livello comunitario avrebbe potuto finire con l'influenzare gli esiti applicativi delle norme sostanziali di tutela della concorrenza. Perché la Rete espliciti a pieno le sue funzioni e nello stesso tempo sussista un efficace decentramento del diritto antitrust comunitario, tutti i membri della Rete devono essere, infatti, dotati di uguali strumenti procedurali nell'applicazione degli articoli 81 e 82. Una simile considerazione vale anche in tema di sanzioni, dove una convergenza a livello comunitario può, dunque, rappresentare la nuova frontiera del diritto antitrust.

Nell'ottica dello sviluppo di nuove misure a disposizione delle autorità di concorrenza la Commissione ha recentemente adottato un nuovo regolamento<sup>87</sup> e una nuova Comunicazione<sup>88</sup> sulla transazione nei procedimenti relativi ai cartelli. Sull'esempio statunitense del *direct settlement* o del *plea bargain*, la procedura di transazione rappresenta un meccanismo semplificato di conclusione dei procedimenti antitrust. In base ad esso la Commissione, a fronte del riconoscimento dell'impresa parte del procedimento della propria partecipazione a un cartello in violazione dell'art. 81 del trattato e della propria responsabilità al riguardo, dopo aver preso visione degli elementi probatori a disposizione della Commissione, adotta attraverso un procedimento semplificato una decisione il cui contenuto è stato previamente discusso con l'impresa e può decidere di ricompensare tale collaborazione a titolo di transazione riducendo dell'10% l'ammontare dell'ammenda da irrogare.

Si auspica che in un futuro prossimo anche le autorità garanti nazionali avranno a disposizione quest'ulteriore strumento di *enforcement*. La modernizzazione, dunque, è stata solo il primo passo verso un processo di applicazione decentrata e di costante cooperazione tra i vari operatori del *public enforcement*, l'individuazione di nuovi strumenti del *public enforcement* deve ritenersi la benvenuta. Infatti, se da un lato con la modernizzazione si è "cristallizzata" la situazione che si era verificata nei decenni precedenti l'adozione del regolamento 1/2003, ora è necessario guardare al futuro, a testimonianza della necessità del diritto della concorrenza di evolvere per poter far fronte alle sfide che il mercato gli pone.

---

<sup>87</sup> Regolamento n. 622/2008 della Commissione, del 30 giugno 2008 che modifica il regolamento n. 773/2004 della Commissione per quanto riguarda la transazione nei procedimenti relativi ai cartelli in GU L 171 dell' 1 luglio 2008.

<sup>88</sup> Comunicazione della Commissione concernente la transazione nei procedimenti per l'adozione di decisioni a norma dell'art. 7 e dell'art. 23 del regolamento n. 1/2003 del Consiglio nei casi di cartelli.