



Sotto un diverso profilo, il Consiglio di Stato ha confermato la legittimità di un provvedimento di divieto di un'intesa intervenuto alcuni anni dopo un precedente provvedimento di non avvio d'istruttoria, stante la sostanziale diversità tra le due fattispecie (cfr. decisione *Raffineria di Roma/Fina Italiana/Erg Petroli/Monteshell*, cit.).

Il Tar del Lazio, nelle citate sentenze *Variazione di prezzo di alcune marche di tabacchi e Sai-Fondiaria*, ha ribadito il principio secondo cui l'obbligo della Pubblica Amministrazione di valutare le memorie presentate dalle parti del procedimento “*non comporta un obbligo di analitica motivazione e confutazione nel merito ad ogni argomento utilizzato dalle parti stesse*” che non sia essenziale ai fini della decisione. In altra pronuncia, il Tar del Lazio ha ribadito il principio secondo cui l'eventuale violazione dei diritti di difesa va esaminata nei suoi effetti “*in relazione alla rilevanza concreta posseduta dal vizio procedimentale dedotto*” (cfr. sentenza *Edizione Holding/Autostrade*, cit.).

Sotto altro profilo, il Tar del Lazio ha chiarito che la mancata attivazione d'ufficio dei poteri di indagine riconosciuti dall'articolo 12 della legge n. 287/90 non crea in capo alle imprese alcun affidamento sulla liceità dei comportamenti a cui la mancata istruttoria avrebbe potuto riferirsi (cfr. sentenza *Variazione di prezzo di alcune marche di tabacchi*, cit.).

Quanto all'eventuale lesione dei diritti di difesa derivante dalla non piena corrispondenza tra la decisione finale e le conclusioni contenute nella comunicazione delle risultanze istruttorie, nella medesima pronuncia il Tar ha precisato che non ogni diffidenza esige una riapertura del contraddittorio “*essendo questa necessaria, semmai, nell'ipotesi in cui il mutamento comporta una proposta aggiuntiva di sanzione*”, il che può escludersi quando gli elementi di fatto e i profili giuridici per i quali le imprese sono state sanzionate “*sono riconducibili, almeno per continenza, alle condotte integranti materia di contestazione ed individuate come sanzionabili dalla CRF*” (cfr. sentenza *Variazione di prezzo di alcune marche di tabacchi*, cit.). Analogamente si applica, con i dovuti adattamenti, nel procedimento sanzionatorio ex articolo 19 della legge n. 287/90 (cfr. sentenza *Edizione Holding/Autostrade*, cit.).

Legittimazione a impugnare i provvedimenti dell'Autorità

Nel periodo di riferimento, il Tar del Lazio ha ribadito il noto orientamento secondo il quale gli atti endo-procedimentali non sono autonomamente impugnabili, con riferimento specifico alla decisione di avvio di un'istruttoria su una concentrazione notificata ex articolo 16, comma 4 della legge n. 287/90 (cfr. sentenza *Sai-Fondiaria*, cit.).

Si segnalano, inoltre, due sentenze del Tar del Lazio che sembrano rimettere parzialmente in discussione il consolidato principio giurisprudenziale della carenza di legittimazione del terzo ad impugnare i provvedimenti

dell'Autorità, senza tuttavia ampliare a qualsiasi terzo detta legittimazione, ma senza neppure fornire specifici criteri di individuazione dei soggetti legittimi (cfr. sentenza 5 maggio 2003, n. 3861, *S.e.c.i.-Co.pro.b.-Finbieticola/Eridania e sentenza Sagit-Contratti vendita e distribuzione del gelato*, cit.).

Modalità e limiti dell'esercizio del diritto di accesso

Nella citata sentenza *Edizione Holding/Autostrade*, il Tar del Lazio ha confermato il principio secondo cui “*nessun elemento autorizza a ritenere che la legge n. 287/90 abbia inteso riconoscere alle imprese sottoposte a procedimento un diritto di accesso illimitato, negando così ogni protezione alle correlate esigenze di riservatezza dei soggetti controinteressati*”. Al contrario, la legge n. 287/90 ha recepito il principio, anche comunitario, del contemperamento tra i due ordini di valori sancito dalla legge n. 241/90, e a tale principio si attiene l'articolo 13, comma 2 del Dpr n. 217/98, individuando un punto di equilibrio tra i suddetti valori contrapposti (da un lato, il diritto di difesa e al contraddittorio, dall'altro, l'esigenza del denunciante di tutelare segreti commerciali e, in taluni casi, di evitare possibili ritorsioni “commerciali”).

Il Tar ha altresì indicato che il diritto di accesso non prevale in ogni caso sulle esigenze di riservatezza, ma deve essere consentito alle imprese “*di avere conchezza del contenuto dell'intero fascicolo, con indicazione degli atti segretati e del relativo contenuto, e che in relazione ai documenti costituenti elementi di prova a carico o comunque richiesti dalle imprese per l'utilizzo difensivo a discarico la segretazione debba essere strettamente limitata alle c.d. parti sensibili*”, la cui individuazione “*deve avvenire nell'ambito di un giudizio comparativo di bilanciamento di confliggenti interessi, all'esito del quale deve comunque essere assicurata alle imprese, oltre alla conoscenza dell'intero fascicolo, l'effettiva conoscenza degli elementi di prova dell'infrazione o degli elementi essenziali per la difesa (l'eventuale visione parziale non deve, quindi, ostacolare l'esercizio dei diritti difensivi)*”. L'impresa ha però l'onere di richiedere l'accesso con la puntuale indicazione dei documenti rilevanti alla tutela dei propri interessi (nella specie, l'Autorità aveva predisposto un elenco analitico dei documenti del fascicolo).

Ambito di applicabilità della legge n. 689/81

Nella citata decisione *Pellegrini-Consip*, il Consiglio di Stato ha confermato il costante orientamento secondo cui il richiamo effettuato dall'articolo 31 della legge n. 287/90 alla legge n. 689/81 vale nei limiti in cui le norme della prima sono compatibili con la normativa sulla tutela della concorrenza, negando, nel caso di specie, l'applicabilità dell'articolo 24 della legge n. 689/81.



Con riferimento al procedimento di inottemperanza *ex articolo 19 della legge n. 287/90*, il Tar del Lazio ne ha confermato la natura sanzionatoria e, quindi, l'applicabilità ad esso del modello procedimentale indicato dalla legge n. 689/81 (cfr. sentenza *Edizione Holding/Autostrade*, cit.).

SENTENZA DELLA CORTE DI GIUSTIZIA IN SEDE DI RINVIO PREGIUDIZIALE

Disapplicazione del diritto nazionale contrastante con le regole di concorrenza del Trattato in sede di indagini antitrust e applicazione della normativa antitrust in contesti regolamentati

La Corte di Giustizia, con sentenza 9 settembre 2003, C-198/01, *Consorzio Industrie Fiammiferi c. Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*, ha risolto i quesiti posti dal Tar del Lazio nell'ordinanza del 4 aprile 2001, n. 2919, di rinvio pregiudiziale d'interpretazione *ex articolo 234 del Trattato CE*. In proposito, la Corte ha statuito quanto segue:

“1) In presenza di comportamenti d'impresa in contrasto con l'art. 81, n. 1, CE, che sono imposti o favoriti da una normativa nazionale che ne legittima o rafforza gli effetti, con specifico riguardo alla determinazione dei prezzi e alla ripartizione del mercato, un'autorità nazionale preposta alla tutela della concorrenza cui sia stato affidato il compito, in particolare, di vigilare sul rispetto dell'art. 81 CE:

- ha l'obbligo di disapplicare tale normativa nazionale;

- non può infliggere sanzioni alle imprese interessate per comportamenti pregressi qualora questi siano stati loro imposti dalla detta normativa nazionale;

- può infliggere sanzioni alle imprese interessate per i loro comportamenti successivi alla decisione di disapplicare tale normativa nazionale, una volta che quella decisione sia diventata definitiva nei loro confronti;

- può infliggere sanzioni alle imprese interessate per comportamenti pregressi qualora questi siano stati semplicemente facilitati o incoraggiati da quella normativa nazionale, pur tenendo in debito conto le specificità del contesto normativo nel quale le imprese hanno agito.

2) Spetta al giudice del rinvio valutare se una normativa nazionale come quella di cui alla causa principale, che rimette alla competenza ministeriale la determinazione del prezzo di vendita al dettaglio di un prodotto e affida, inoltre, ad un consorzio obbligatorio tra i produttori il potere di ripartire la produzione fra le imprese, possa essere considerata, per quanto rileva ai fini dell'applicazione dell'art. 81, n. 1, CE, come una disciplina che lascia sussistere la possibilità di una concorrenza suscettibile di venire ostacolata, ristretta o falsata da comportamenti autonomi di quelle imprese”.

4. Rapporti internazionali

COMMISSIONE EUROPEA

Premessa

Gli obiettivi e le scadenze del processo di allargamento dell'Unione europea ai nuovi dieci Paesi membri hanno in larga parte caratterizzato l'evoluzione della politica comunitaria di concorrenza nel corso del 2003, impegnando la Commissione e gli Stati membri in un intenso lavoro di completamento delle iniziative di adeguamento e di riforma del quadro normativo intese a garantire, nel nuovo scenario, l'efficace e coerente applicazione del diritto comunitario della concorrenza.

Nel mese di novembre, il Consiglio "Competitività" dell'Unione europea ha approvato all'unanimità il nuovo regolamento comunitario in materia di controllo delle concentrazioni tra imprese. Ad esso si affianca la comunicazione adottata dalla Commissione nel mese di dicembre in tema di valutazione delle concentrazioni orizzontali, diretta a fornire, in primo luogo alle imprese, indicazioni e chiarimenti in ordine ai criteri utilizzati a livello comunitario nella valutazione delle operazioni di concentrazione tra operatori concorrenti.

Parallelamente è proseguito il lavoro di completamento del processo di riforma del regime di applicazione degli articoli 81 e 82 del Trattato CE attraverso la definizione delle disposizioni e degli strumenti interpretativi necessari a garantire la piena ed efficace applicazione, a partire dal 1° maggio 2004, del regolamento n. 1/2003. L'insieme di tali progetti - un progetto di regolamento di applicazione e sei progetti di comunicazione - è stato sottoposto a consultazione pubblica a partire dal mese di ottobre e sarà definitivamente adottato dalla Commissione entro la fine di aprile 2004.

Nell'ambito dei rapporti internazionali in materia di diritto e politica della concorrenza, la Commissione ha continuato a svolgere un ruolo attivo, in seno all'Organizzazione Mondiale per il Commercio, nel promuovere la considerazione delle tematiche concorrenziali e nel sostenere l'opportunità di un negoziato multilaterale in materia di concorrenza.

Le decisioni della Commissione

Nel corso del 2003 la Commissione europea ha adottato 10 decisioni formali in applicazione degli articoli 81 e 82 del Trattato CE. Si tratta, in particolare, di 3 casi di applicazione del divieto di intese restrittive di cui all'articolo 81, paragrafo 1, di 4 esenzioni individuali ai sensi dell'articolo 81, paragrafo 3, e di 3 casi di abuso di posizione dominante in violazione dell'articolo 82.

Decisioni relative agli articoli 81 e 82 del Trattato CE

Decisioni e data	Norme applicate	Estremi di pubblicazione
Condivisione delle reti UK (30 aprile 2003)	art. 81.3 (esenzione)	GUCE L 200/59 (7.08.2003)
Deutsche Telekom (21 maggio 2003)	art. 82 (divieto con sanzioni)	GUCE L 263/9 (14.10.2003)
Carni bovine francesi (11 giugno 2003)	art. 81.1 (divieto con sanzioni)	GUCE L 209/12 (19.08.2003)
Wanadoo (16 luglio 2003)	art. 82 (divieto con sanzioni)	non pubblicata
Yamaha (16 luglio 2003)	art. 81.1 (divieto con sanzioni)	non pubblicata
UEFA (24 luglio 2003)	art. 81.3 (esenzione)	GUCE L 291/25 (8.11.2003)
GVG/FS (27 agosto 2003)	art. 82 (divieto)	GUCE L 11/17 (16.01.2004)
Sorbati (1° ottobre 2003)	art. 81.1 (divieto con sanzioni)	non pubblicata
A.R.A. (17 ottobre 2003)	art. 81.3 (esenzione)	non pubblicata
Reims II (14 novembre 2003)	art. 81.3 (esenzione)	GUCE L 56/76 (24.02.2004)

Nel giugno 2003 la Commissione ha riscontrato un'infrazione al divieto dell'articolo 81, paragrafo 1, posta in essere da sei federazioni francesi operanti nel settore della carne bovina e finalizzata a fissare un prezzo minimo di acquisto di alcune categorie di carne e a limitarne le importazioni in Francia. L'accordo concluso fra le sei federazioni (di cui quattro rappresentanti gli allevatori e due le aziende di macellazione) si articolava in una serie di accordi locali ed era basato su due impegni precisi: il primo consisteva nella sospensione delle importazioni e nell'istituzione di un sistema di controlli volti a verificare la provenienza delle carni bovine; il secondo riguardava l'applicazione di prezzi minimi specificamente individuati in una tabella in relazione a ciascuna categoria di bovini e aggiornati settimanalmente con aumenti progressivi di circa il 15% rispetto a quelli precedenti. Le federazioni coinvolte avevano sollecitato i loro iscritti a diffondere la tabella, verificandone l'applicazione e segnalando eventuali casi di inosservanza della stessa. La pratica di boicottaggio prevista dall'accordo era quindi principalmente volta ad impedire la concorrenza dei prodotti di importazione, altrimenti destinata ad aumentare per effetto della fissazione di un prezzo minimo al di sopra di quello stabilito dal mercato.

In considerazione della durata e della gravità dell'infrazione, così come di alcune circostanze attenuanti riguardanti, in particolare, lo stato di profonda crisi del settore, la Commissione ha imposto alle federazioni

coinvolte ammende pecuniarie per un ammontare complessivo pari a circa 16,7 milioni di euro.

Una seconda decisione di divieto è stata adottata dalla Commissione, nel luglio 2003, nei confronti della società Yamaha, uno dei maggiori produttori europei di strumenti musicali, in relazione a una serie di contratti da essa stipulati con i rivenditori e finalizzati alla fissazione dei prezzi di rivendita di alcuni strumenti musicali in Germania, Italia, Francia, Austria, Belgio, Olanda e Islanda. Le infrazioni individuate dalla Commissione hanno avuto luogo in tempi e Paesi diversi e hanno assunto forme di volta in volta differenti, comprendendo, in particolare, l'obbligo per i rivenditori di vendere soltanto agli utilizzatori finali, di rifornirsi solo presso filiali Yamaha e di comunicare preventivamente alla casa madre l'intenzione di effettuare vendite transfrontaliere via Internet. Nonostante la gravità delle violazioni accertate, la Commissione ha considerato come circostanza attenuante il fatto che le restrizioni si limitassero a determinati rivenditori, prodotti e paesi e non rispondessero ad un preciso disegno strategico. Tenuto conto anche del fatto che la società ha immediatamente posto fine alla maggior parte delle infrazioni dopo l'avvio del procedimento, la Commissione ha sanzionato le pratiche adottate da Yamaha mediante l'imposizione di un'ammenda pari a circa 2,56 milioni di euro.

La terza decisione di divieto ai sensi dell'articolo 81, paragrafo 1, è stata adottata dalla Commissione, nell'ottobre 2003, nei confronti di cinque imprese produttrici di sorbati (conservanti utilizzati nell'industria alimentare e farmaceutica): Hoechst AG, Daicel Chemical Industries Ltd, the Nippon Synthetic Chemical Industry Co Ltd, Ueno Fine Chemical Industry Ltd e Chisso Corporation. Le indagini, avviate nel 1998 sulla base di informazioni fornite dalla società Chisso Corporation nel quadro del programma comunitario di clemenza previsto nella comunicazione della Commissione europea del febbraio 2002¹, hanno accertato che tali società, le quali detenevano complessivamente una quota di mercato pari all'85% (nel 1995) all'interno dello Spazio economico europeo, avevano partecipato, tra il 1979 e il 1996, a un accordo di cartello volto alla fissazione concordata del prezzo e alla ripartizione dei volumi di vendita dei sorbati. Le imprese si riunivano abitualmente due volte l'anno, in Europa o in Giappone, per discutere i prezzi e le quote da applicare nei diversi paesi. In considerazione della gravità e della durata dell'infrazione, la Commissione ha disposto l'applicazione di ammende per un ammontare complessivo pari a circa 138,4 milioni di euro nei confronti delle imprese coinvolte, ad eccezione della società Chisso Corporation, alla quale è stato concesso il beneficio della totale immunità previsto dal programma comu-

¹ Comunicazione della Commissione relativa all'immunità dalle ammende e alla riduzione dell'importo delle ammende nei casi di cartelli tra imprese, in GUCE C 45/3 del 19 febbraio 2002.



nitario di clemenza in ragione della collaborazione prestata nella individuazione del cartello. La sanzione più elevata, pari a 99 milioni di euro, è stata invece imposta alla società Hoechst in ragione della sua dimensione complessiva, della sua precedente e accertata partecipazione a simili violazioni e del ruolo di *leadership* da essa esercitato all'interno del cartello.

Nel corso del 2003 la Commissione ha adottato quattro decisioni di esenzione individuale in relazione ad altrettante fattispecie di collaborazione fra imprese che, pur incidendo in misura sensibile sulla concorrenza e sugli scambi tra Stati membri, sono state tuttavia ritenute idonee a produrre effetti complessivamente positivi per il mercato e tali da soddisfare le condizioni previste dall'articolo 81, paragrafo 3, del Trattato.

La prima decisione di esenzione individuale è stata adottata dalla Commissione nell'aprile 2003, in relazione a un accordo notificato nel febbraio 2002 dalle società O2 UK Ltd. e T-Mobile UK Ltd. e avente ad oggetto la condivisione di reti di comunicazioni mobili di terza generazione (3G) nel Regno Unito. In particolare, mediante l'accordo di cooperazione le parti intendevano: *i*) condividere l'infrastruttura di base (cosiddetti siti e cioè pali, alimentatori, telai e impianti di raffreddamento) delle reti di terza generazione sull'intero territorio nazionale e *ii*) ripartire tra loro un'area del territorio nazionale comprensiva di circa il 40-70% della popolazione (cosiddetta *Divided Area*) da cui risultavano escluse le 10 principali città del Regno Unito. Ciascuna impresa avrebbe sviluppato la propria rete e fornito all'altra il servizio di *roaming* nazionale all'interno della propria area di assegnazione. Analoga ripartizione veniva inoltre concordata a titolo provvisorio (fino a che non fosse stata completata l'installazione di reti autonome) con riferimento a un'area meno popolata (cosiddetta area restante) formata da 13 città minori. L'accordo comprendeva altresì impegni a estendere le rispettive reti di terza generazione alle aree meno popolate, a mantenere separate le reti e la prestazione dei servizi e, da ultimo, la previsione di disposizioni specifiche volte a limitare lo scambio d'informazioni. La Commissione ha ritenuto che le clausole relative alla condivisione dei siti, in virtù del numero relativamente esiguo dei siti condivisi e della presenza di un'ampia e diversificata offerta degli stessi, non fossero restrittive della concorrenza e potessero quindi formare oggetto di una specifica attestazione negativa. A tale proposito, peraltro, la Commissione ha osservato come il quadro regolamentare del Regno Unito imponga la condivisione di siti con operatori terzi laddove la congestione della domanda e le esigenze locali di pianificazione ambientale e di tutela della salute determinino una restrizione sostanziale dell'offerta. In relazione al servizio di *roaming* nazionale la Commissione ha invece ritenuto che l'accordo ricadesse nell'ambito di applicazione del divieto previsto dall'articolo 81, paragrafo 1 del Trattato in quanto suscettibile di limitare la concorrenza tra singole reti rispetto alla copertura, ai prezzi al dettaglio e alla qualità e velocità della trasmissione, potendo tuttavia beneficiare di un'esenzione ai sensi dell'articolo 81, paragrafo 3 in considerazione del fatto che tali

clausole avrebbero al tempo stesso consentito alle parti di fornire in tempi più rapidi una copertura, una qualità e una velocità di trasmissione migliori di quelle che avrebbero potuto essere altrimenti fornite se ciascuna parte avesse dovuto realizzare una propria rete. Inoltre, l'accordo avrebbe permesso alle parti di concorrere più efficacemente con altri fornitori di servizi di terza generazione, a beneficio degli utilizzatori finali. L'esenzione è stata concessa dal 6 febbraio 2002 al 31 dicembre 2007 per il *roaming* nazionale nella cosiddetta "area restante" (costituita dalle 13 città minori) e dal 6 febbraio 2002 al 31 dicembre 2008 nella cosiddetta *Divided Area*.

Nel luglio 2003 la Commissione europea ha autorizzato ai sensi dell'articolo 81, paragrafo 3, del Trattato il nuovo sistema UEFA di vendita congiunta dei diritti di trasmissione radiotelevisivi relativi alla *Champions League* (torneo organizzato tra i principali club europei di calcio) per la stagione sportiva 2003/2004. Il sistema originariamente notificato dall'UEFA (nel 1999) aveva sollevato obiezioni da parte della Commissione in quanto prevedeva che tutti i diritti televisivi fossero assegnati in esclusiva, per quattro anni e in un unico pacchetto, a una sola emittente televisiva per ogni singolo Paese, restringendo così la concorrenza tra le imprese. Inoltre, l'esplicita esclusione della possibilità di vendita a operatori Internet e telefonici era stata considerata un ostacolo ingiustificato a una maggiore diffusione dei servizi sportivi. Pur mantenendo in capo all'UEFA la possibilità di commercializzare a livello centralizzato i diritti di trasmissione in diretta televisiva degli incontri, il nuovo sistema prevede tuttavia modalità di vendita diverse, in particolare attraverso il frazionamento dei diritti in più pacchetti distinti da assegnare in esclusiva tramite procedure di gara e per un periodo massimo di tre anni. Ai singoli club viene riconosciuta la gestione dei diritti relativi alle trasmissioni in diretta che l'UEFA non riesce a vendere entro una certa data e la possibilità di sfruttare commercialmente i diritti di differita televisiva e i contenuti degli archivi. Il sistema prevede, inoltre, la possibilità di accesso ai contenuti sportivi da parte di operatori Internet e di operatori di telefonia mobile di nuova generazione (UMTS). Alla luce di tali modifiche la Commissione ha pertanto ritenuto che il nuovo sistema di vendita comporti sensibili benefici per i consumatori in termini di una più ampia scelta di servizi e di un maggiore impulso allo sviluppo tecnologico.

Nell'ottobre 2003 la Commissione ha adottato, subordinatamente all'accettazione di alcuni impegni, una decisione di esenzione con riferimento a una serie di accordi notificati dalla società Altstoffrecycling Austria AG (ARA) e da quest'ultima conclusi con imprese di smaltimento di rifiuti da imballaggio. Tramite alcune sue controllate, ARA gestisce in Austria, su scala nazionale, un sistema per la raccolta, lo smistamento e il riciclaggio di imballaggi commerciali e concede la licenza per l'utilizzo del marchio "*green dot*" (punto verde), con il quale, come in numerosi altri Paesi, vengono contraddistinti gli imballaggi che rientrano nel ciclo di

recupero e riciclaggio. L'organizzazione di tale sistema risponde agli obblighi imposti dalla direttiva comunitaria 94/62/CE, che prevede l'impegno, a carico di produttori e distributori, di ritirare gratuitamente dai consumatori gli imballaggi delle merci vendute. La Commissione ha ritenuto non restrittivi, ai sensi dell'articolo 81, paragrafo 1, quasi tutti gli accordi notificati (eccetto quelli stipulati tra ARA e le imprese di raccolta e smistamento), anche in virtù delle modifiche apportate nel corso del procedimento riguardanti, in particolare, alcune clausole concernenti la durata e l'ambito di applicazione dei contratti, nonché i principi di utilizzo del marchio "punto verde", in modo da eliminare o ridurre il rischio di possibili effetti restrittivi della concorrenza. In particolare, ARA ha accettato il principio in base al quale le imprese utilizzatrici del marchio "green dot" sono tenute a pagare solo per i servizi effettivamente prestati da ARA e non per il semplice utilizzo del marchio. Nessun pagamento potrà quindi essere richiesto a produttori e distributori, sia austriaci che di altri Stati membri, i quali aderiscono a sistemi analoghi di raccolta e riciclaggio di imballaggi commerciali, gestiti da operatori concorrenti di ARA e che utilizzino il marchio "green dot". La Commissione ha invece concesso un'esenzione ai sensi dell'articolo 81, paragrafo 3, in relazione ai contratti di raccolta e di smistamento conclusi dalle controllate di ARA con altre società di raccolta, in base ai quali il servizio viene assegnato in esclusiva a una sola società per ciascuna area e categoria di materiali. Tale esclusiva di durata triennale, pur suscettibile di restringere l'accesso al mercato da parte di imprese di riciclaggio sia nazionali che estere, è stata infatti ritenuta necessaria al fine di consentire alle imprese di recuperare gli investimenti da esse effettuati per la realizzazione della necessaria infrastruttura di raccolta. L'esenzione è stata inoltre concessa dietro impegno da parte di ARA di procedere all'assegnazione di nuovi contratti, entro un periodo massimo di cinque anni, sulla base di procedure di selezione trasparenti e non discriminatorie. Infine, il provvedimento di esenzione prevede ulteriori impegni volti a garantire la possibilità per le società di riciclaggio di negoziare con i concorrenti del sistema ARA l'accesso alla propria infrastruttura di smaltimento (condivisione dei *containers* e degli altri dispositivi necessari per la raccolta e lo smaltimento dei rifiuti domestici da imballaggio), un elemento ritenuto di fondamentale importanza ai fini dello sviluppo di una efficace concorrenza nel mercato.

Nello stesso mese, la Commissione ha rinnovato per altri cinque anni (fino al 31 dicembre 2006) l'esenzione dall'applicazione dall'articolo 81, paragrafo 1, a favore dell'accordo tra 17 operatori postali pubblici europei (denominato Reims II), già oggetto di una precedente esenzione a partire dal 1999 e volto a regolare il sistema delle tariffe cosiddette di terminazione nei servizi postali transfrontalieri, cioè le modalità di remunerazione reciproca dei servizi di smistamento e recapito della posta ordinaria nel paese di destinazione. Tra i benefici per gli utenti derivanti dall'accordo, la decisione della Commissione individua, in particolare, quelli concernenti il

maggior orientamento ai costi delle tariffe per le spese di terminazione (il cui aumento massimo fino al 2006 viene stabilito nella misura del 5,2%) e il miglioramento dei livelli di qualità del servizio transfrontaliero (valutata in base alla percentuale di corrispondenza transfrontaliera recapitata entro un giorno dal suo ingresso nel paese di destinazione). In relazione a tale secondo aspetto, la Commissione ha rilevato come la qualità del servizio sia cresciuta (tra il 1998 e il 2000) a un tasso medio del 6% (50% in Italia), in larga misura per effetto di sostanziali incentivi al raggiungimento di specifici obiettivi in termini di qualità delle prestazioni. Sia nella precedente che nella sua attuale versione, infatti, l'accordo prevede penalizzazioni consistenti e progressive, in termini di tariffe di terminazione applicabili, a carico degli operatori postali che non conseguano gli obiettivi di qualità stabiliti dall'accordo. A differenza di quello precedente, inoltre, il nuovo accordo prevede che l'applicazione del medesimo regime tariffario sia estesa anche a imprese private, diverse dagli operatori nazionali del servizio postale, già attive o intenzionate ad entrare nei mercati dei servizi postali transfrontalieri recentemente liberalizzati a partire dal 1° gennaio 2003.

Nel periodo di riferimento, la Commissione si è pronunciata in merito a tre casi di violazione dell'articolo 82. Una prima infrazione è stata accertata, nel maggio 2003, nei confronti di Deutsche Telekom AG in relazione alle tariffe da quest'ultima imposte alle imprese concorrenti per l'accesso all'infrastruttura locale (cosiddetto ultimo miglio) della propria rete di telecomunicazioni. Deutsche Telekom, operatore *ex monopolista* del settore delle telecomunicazioni in Germania e gestore della rete fissa, detiene una posizione dominante (con una quota di mercato pari a circa il 95%) sia nel mercato della fornitura di servizi di accesso a banda stretta e a banda larga all'utenza residenziale e commerciale, sia sul mercato all'ingrosso dei servizi di accesso forniti agli altri operatori di servizi di telecomunicazioni. Dalle indagini è emerso in particolare che, a partire dal 1998, l'operatore dominante ha imposto ai concorrenti tariffe d'accesso alla rete locale tali da comprimerne (fino quasi ad annullarli) i margini di profitto e da ridurne artificialmente, in misura significativa, gli incentivi e le opportunità di accesso al mercato. La strategia di Deutsche Telekom, volta a distorcere e impedire la concorrenza nel mercato della fornitura dei servizi di telecomunicazione agli utenti finali, è risultata evidente comparando la tariffa di accesso applicata ai concorrenti con quella praticata agli utenti finali. La Commissione ha pertanto imposto a Deutsche Telekom l'obbligo di porre fine al comportamento abusivo, nonché una sanzione pari a circa 14 milioni di euro, determinata in funzione della gravità e della durata (dal 1998 al 2001) dell'infrazione, ma tenendo anche conto di alcune circostanze attenuanti connesse in particolare ai margini di incertezza giuridica che in Germania caratterizzano il regime di regolamentazione settoriale delle tariffe in questione.



Nel luglio 2003 la Commissione ha riscontrato un’infrazione al divieto dell’articolo 82, posta in essere da Wanadoo Interactive, società controllata da France Telecom, nel mercato francese dei servizi di accesso ad Internet mediante tecnologia ADSL. Dalle indagini è emerso che dal marzo all’agosto 2001 Wanadoo aveva fornito i propri servizi (*eXtense e Wanadoo ADSL*) a un prezzo inferiore ai suoi costi medi variabili e, nel periodo successivo, a un prezzo approssimativamente equivalente ai costi variabili, ma significativamente inferiore a quelli totali. Tale comportamento ha determinato per la società perdite rilevanti, ma programmate, consentendole di incrementare la propria quota di mercato dal 46% al 72% nel settore in forte espansione dei servizi di connessione veloce ad Internet. Inoltre, il livello delle perdite che i principali concorrenti avrebbero dovuto sopportare per poter fronteggiare la strategia di Wanadoo ha prodotto effetti dissuasivi nei loro confronti, provocando una riduzione della loro quota di mercato e in taluni casi la loro uscita dal mercato. In considerazione degli effetti restrittivi della concorrenza prodotti dalla strategia predatoria attuata dall’impresa nel mercato interessato e alla luce della durata dell’infrazione, la Commissione ha pertanto imposto a Wanadoo un’ammenda pari a circa 10,4 milioni di euro.

Nell’agosto 2003 la Commissione europea ha accertato un abuso di posizione dominante posto in essere da Ferrovie dello Stato SpA, tra il 1995 e il 2003, nei mercati dell’accesso all’infrastruttura ferroviaria e della trazione e in quello del trasporto ferroviario di passeggeri. I comportamenti contestati a Ferrovie dello Stato riguardavano, in particolare, i rifiuti opposti alle richieste dell’impresa ferroviaria tedesca Georg Vekehrs-organisation GmbH (GVG), concernenti rispettivamente: la costituzione di un’associazione internazionale per la fornitura di un servizio di trasporto ferroviario internazionale di passeggeri tra la Germania e l’Italia sulla tratta Domodossola-Milano; l’accesso alla rete ferroviaria sulla medesima tratta; la fornitura di servizi di trazione (locomotore, macchinista qualificato e relativi servizi di sostituzione). La Commissione ha preliminarmente rilevato come Ferrovie dello Stato, attraverso le proprie controllate Trenitalia e Rete Ferroviaria Italiana, detenesse una posizione dominante sui mercati rilevanti in ragione dei diritti di gestione esclusiva della rete ferroviaria (in regime di monopolio legale) e del monopolio di fatto nei mercati dei servizi di trazione ferroviaria e trasporto passeggeri. Rete Ferroviaria Italiana, responsabile dell’assegnazione di linee alle imprese operanti in Italia, rappresentava pertanto l’unico soggetto cui GVG potesse rivolgersi al fine di prestare servizi in concorrenza a quelli forniti da Ferrovie dello Stato sulla tratta interessata. La Commissione ha quindi ritenuto illecita la condotta di Ferrovie dello Stato, peraltro in contrasto con gli obblighi derivanti dalla vigente normativa comunitaria (direttiva 94/440/CEE), in quanto diretta a estendere la sua posizione dominante nel mercato del trasporto ferroviario di passeggeri. La Commissione non ha tuttavia disposto l’applicazione di sanzioni pecuniarie, in quanto Ferrovie dello Stato aveva provveduto, nel frattempo, a porre fine ai comportamenti abusivi contestati e a sottoscrivere impegni aggiuntivi volti ad assicurare la propria

disponibilità a cooperare con altre imprese europee, in possesso delle necessarie autorizzazioni, che intendano prestare servizi di trasporto transfrontaliero di passeggeri in Italia.

Con riferimento all'attività di controllo preventivo delle operazioni di concentrazione di dimensione comunitaria, nel corso del 2003 la Commissione ha adottato 231 decisioni in applicazione del regolamento n. 4064/89². In nove casi la Commissione ha disposto, ai sensi dell'articolo 9 del regolamento, il rinvio dell'operazione di concentrazione alle autorità competenti degli Stati membri interessati; in uno di questi casi il rinvio è stato soltanto parziale.

La maggior parte delle concentrazioni notificate non presentava aspetti problematici dal punto di vista concorrenziale ed è stata autorizzata senza avviare una formale procedura istruttoria. In undici casi, tuttavia, l'autorizzazione è stata concessa soltanto a seguito di modifiche apportate dalle imprese al progetto di concentrazione originariamente comunicato alla Commissione o subordinatamente al rispetto di impegni specificamente assunti dalle parti al fine di rendere l'operazione compatibile con il mercato comune.

Nello stesso periodo la Commissione ha portato a termine otto istruttorie relative ad altrettante operazioni di concentrazione. Tali istruttorie si sono concluse con una decisione di autorizzazione adottata a seguito di modifiche apportate dalle imprese all'operazione inizialmente notificata (2 casi), ovvero condizionata al rispetto degli impegni assunti dalle parti nel corso del procedimento al fine di eliminare i profili anticoncorrenziali della concentrazione (6 casi). Nessuna operazione di concentrazione è stata invece dichiarata incompatibile con il mercato comune.

Il nuovo regolamento comunitario in materia di controllo delle concentrazioni tra imprese

Nel novembre 2003 il Consiglio “Competitività” (mercato interno, industria e ricerca) dell’Unione europea ha approvato all’unanimità il regolamento n. 139/2004 in materia di controllo delle concentrazioni tra imprese³. Il regolamento, che sostituisce il precedente regolamento n. 4064/89, è stato poi formalmente adottato nella riunione del Consiglio “Affari Economici e Monetari” del 20 gennaio 2004, al termine del lavoro di revisione finale e di traduzione nelle lingue ufficiali dell’Unione ad opera dei giuristi-linguisti.

² Regolamento (CEE) n. 4064/89 del Consiglio, del 21 dicembre 1989, relativo al controllo delle operazioni di concentrazioni tra imprese, in GUCE L 395/1 del 30 dicembre 1989, come modificato dal regolamento (CE) n. 1310/97 del Consiglio, del 30 giugno 1997, in GUCE L 180/1 del 9 luglio 1997.



Le nuove disposizioni sono applicabili solo a partire dal 1° maggio 2004, cioè dalla data fissata per l'ingresso dei dieci nuovi Paesi membri. Il differimento ha consentito nel frattempo alla Commissione di definire e adottare le misure di attuazione necessarie al completamento del nuovo regime comunitario di controllo delle concentrazioni.

Le principali modifiche introdotte dal nuovo regolamento riguardano quattro distinti profili, rispettivamente concernenti le questioni di giurisdizione, gli aspetti sostanziali e i poteri della Commissione.

Relativamente ai criteri di giurisdizione, uno degli obiettivi prioritari della riforma è quello di assicurare, soprattutto nella prospettiva dell'allargamento dell'Unione europea, una più efficiente ripartizione di competenze tra Commissione e autorità nazionali, con particolare riferimento alle concentrazioni prive di dimensione comunitaria ai sensi dell'articolo 1, ma suscettibili di incidere sugli scambi tra Stati membri, ovvero soggette a obblighi di notifica o comunque a procedure di controllo in una pluralità di giurisdizioni nazionali.

Il regolamento lascia inalterate le soglie di fatturato previste dall'articolo 1, ma introduce modifiche significative al meccanismo dei rinvii quale attualmente disciplinato dagli articoli 9 e 22, al fine di consentire, in conformità al principio di sussidiarietà, che ciascuna concentrazione sia trattata dall'autorità più appropriata e di ridurre, mediante una più estesa applicazione del sistema dello sportello unico, costi, rischi e inconvenienti connessi alla molteplicità di notifiche, procedimenti e decisioni nei casi di operazioni multigjurisdizionali.

In questa prospettiva, sono previste condizioni di maggiore flessibilità in relazione ai criteri e alle procedure di rinvio e la possibilità di un più ampio utilizzo dello strumento, attivabile, su iniziativa delle parti, anche in una fase precedente alla formale notifica della concentrazione.

Per quanto concerne i rinvii effettuati ai sensi degli articoli 9 o 22 successivamente alla formale notifica dell'operazione, il nuovo regolamento stabilisce criteri meno stringenti e onerosi di quelli attuali, basati non più sul rischio di creazione o rafforzamento di una posizione dominante, ma sulla possibilità di un *impatto significativo dell'operazione sulla concorrenza*. Inoltre, alla Commissione viene in entrambi i casi attribuita esplicitamente la facoltà di sollecitare l'inoltro di una richiesta di rinvio da parte degli Stati membri.

³ Regolamento (CE) n. 139/2004 del Consiglio, del 20 gennaio 2004, relativo al controllo delle concentrazioni tra imprese (Regolamento comunitario sulle concentrazioni), in GUCE L 24/1 del 29 gennaio 2004.

Al fine di assicurare l'efficiente funzionamento dei rinvii congiunti alla Commissione a fronte della diversità dei regimi procedurali nazionali, il regolamento stabilisce altresì termini perentori per l'inoltro e il trattamento delle richieste di rinvio ai sensi dell'articolo 22 e la parallela sospensione dei termini previsti dalle singole legislazioni nazionali.

Il nuovo regime comunitario di controllo delle concentrazioni prefigura poi un più esteso ricorso al meccanismo dei rinvii attraverso l'attribuzione alle imprese di un potere di iniziativa esercitabile in un fase antecedente alla formale notifica dell'operazione. Prima della notifica, infatti, le parti potranno presentare alla Commissione una richiesta motivata intesa a ottenere il rinvio all'autorità nazionale di una concentrazione di dimensione comunitaria, ovvero il rinvio alla Commissione di un'operazione priva di dimensione comunitaria e altrimenti soggetta a controllo in almeno tre Stati membri.

Per quanto concerne il rinvio di concentrazioni di dimensione comunitaria, i presupposti sono analoghi a quelli previsti dall'articolo 9 (possibilità di un impatto significativo sulla concorrenza in un mercato distinto all'interno di uno Stato membro⁴), così come il potere della Commissione di verificarne l'effettiva sussistenza e di valutare l'eventuale opportunità del rinvio. Relativamente alle concentrazioni prive di dimensione comunitaria, una richiesta motivata di rinvio alla Commissione potrà essere effettuata dalle parti nei casi in cui l'operazione sarebbe altrimenti esaminata sulla base delle norme nazionali di concorrenza di almeno tre Stati membri. L'operazione sarà considerata di dimensione comunitaria e potrà essere direttamente notificata alla Commissione solo qualora nessuna delle autorità nazionali competenti a esaminare la concentrazione abbia espresso il proprio dissenso entro un termine massimo di 15 giorni lavorativi. In caso contrario, l'operazione non potrà essere rinviata e resterà soggetta all'applicazione delle norme previste dalle singole legislazioni nazionali di concorrenza.

Per i profili sostanziali, la novità di maggiore rilievo riguarda la modifica del criterio di valutazione delle concentrazioni. Il nuovo articolo 2 del regolamento definisce infatti come incompatibili con il mercato comune *“le concentrazioni che ostacolino in modo significativo una concorrenza effettiva nel mercato comune o in una parte sostanziale di esso, in particolare a causa della creazione o del rafforzamento di una posizione dominante”*.

La disposizione delinea così una potenziale estensione dell'ambito di applicazione del divieto, non più vincolato dal necessario ancoraggio al requisito della dominanza. Il nuovo standard di valutazione dovrà tuttavia essere interpretato e applicato anche alla luce di quanto contenuto nella dichiarazione congiunta del Consiglio e della Commissione sull'articolo 2. Con riferi-

⁴ Il considerando 16 precisa, tuttavia, che le imprese interessate non sono tenute a dimostrare che gli effetti della concentrazione sarebbero pregiudizievoli per la concorrenza.



mento alla nozione di *impedimento significativo a una concorrenza effettiva*, la dichiarazione, inserita a verbale in sede di approvazione del regolamento, rinvia infatti esplicitamente agli obiettivi del regolamento e in particolare al considerando 25, laddove si precisa che tale nozione “*dovrebbe essere interpretata come riguardante, al di là del concetto di posizione dominante, solo gli effetti anticoncorrenziali di una concentrazione risultanti dal comportamento non coordinato di imprese che non avrebbero una posizione dominante sul mercato in questione*”.

Ne consegue pertanto che, anche in futuro, l’ambito di applicazione del divieto continuerà ad essere definito in misura largamente prevalente in corrispondenza della nozione di dominanza e che l’utilizzo in senso estensivo del nuovo criterio sostanziale di valutazione dovrebbe in linea di principio configurarsi come un’ipotesi residuale, limitata esclusivamente alle situazioni (cosiddetti oligopoli non collusivi) nelle quali il rischio di significativi effetti anticoncorrenziali non sia facilmente riconducibile alle fatispecie della dominanza singola o collettiva come fino ad ora delineate nella prassi e nella giurisprudenza comunitarie.

Il nuovo regolamento prevede, infine, alcune significative modifiche anche per quanto riguarda i poteri decisionali, d’indagine e sanzionatori della Commissione, dirette a garantire un rafforzamento complessivo degli strumenti d’intervento della Commissione stessa in materia di concentrazioni e in gran parte analoghe a quanto già previsto dal regolamento n. 1/2003 per i procedimenti comunitari relativi all’applicazione degli articoli 81 e 82 del Trattato.

Da segnalare, in proposito, le novità riguardanti i poteri decisionali della Commissione nei casi di concentrazioni incompatibili con il mercato comune e già realizzate. Il regolamento chiarisce, infatti, che il potere della Commissione di ordinare lo scioglimento dell’entità risultante dall’operazione si estende a tutte le concentrazioni già poste in essere e successivamente dichiarate incompatibili, ivi comprese quelle realizzate in difetto di notifica preventiva o in violazione dell’obbligo di sospensione, così come alle concentrazioni realizzate contravvenendo a una condizione imposta in una decisione, adottata ai sensi dell’articolo 8, paragrafo 2, nella quale la Commissione abbia constatato che in assenza di detta condizione l’operazione sarebbe incompatibile con il mercato comune. In tutti questi casi l’intervento della Commissione sarà finalizzato, mediante lo smembramento della concentrazione o altre opportune misure, a ripristinare direttamente, e per quanto possibile, la situazione esistente anteriormente alla concentrazione. A ciò si aggiunge il potere della Commissione di adottare in tali circostanze misure provvisorie idonee a ripristinare o mantenere una concorrenza effettiva.

Le linee guida sulla valutazione delle concentrazioni orizzontali

Nel dicembre 2003, parallelamente all'approvazione del nuovo regolamento sulle concentrazioni da parte del Consiglio, la Commissione ha adottato, per la prima volta, una comunicazione intesa a illustrare e chiarire, a beneficio delle imprese e degli operatori del diritto, i criteri fondamentali utilizzati nella valutazione delle concentrazioni di dimensione comunitaria tra imprese operanti, o concorrenti potenziali, sul medesimo mercato rilevante (cosiddette concentrazioni orizzontali)⁵.

Nella loro parte sostanziale, le linee guida si compongono di sei distinte sezioni, rispettivamente concernenti: *a)* le quote di mercato e il grado di concentrazione; *b)* i possibili effetti anticoncorrenziali delle concentrazioni orizzontali; *c)* il potere di mercato degli acquirenti; *d)* le condizioni di ingresso nel mercato; *e)* le considerazioni di efficienza; *f)* il rischio di fallimento dell'impresa oggetto di acquisizione (*failing firm*). La struttura del documento corrisponde pertanto all'articolazione che, almeno in linea di principio, caratterizza il processo logico seguito dalla Commissione nell'analisi e nella valutazione delle operazioni di concentrazione di dimensione comunitaria tra imprese concorrenti.

Peralterro, mentre sugli aspetti relativi al potere di contrasto esercitato dagli acquirenti, alle barriere all'entrata e alla cosiddetta *failing firm defence* le linee guida essenzialmente si limitano a incorporare ed esplicitare criteri e orientamenti già noti e consolidati nella prassi della Commissione, più rilevanti sono le indicazioni contenute nelle sezioni dedicate all'utilizzo degli indici di concentrazione e alla valutazione dei possibili effetti delle concentrazioni orizzontali sulla concorrenza e degli eventuali guadagni di efficienza ad esse associati.

Per quanto concerne le modalità di utilizzo dell'indice di concentrazione Herfindahl-Hirschman (HHI) come parametro di riferimento nel processo di valutazione, la comunicazione individua alcuni valori-soglia dell'HHI (espressi in termini assoluti e di incremento) al di sotto dei quali un intervento da parte della Commissione può generalmente considerarsi poco probabile. Questo, per esempio, è il caso delle operazioni a seguito delle quali il valore dell'HHI rimanga inferiore a 1000. Analogamente, l'esistenza di serie preoccupazioni concorrenziali viene normalmente esclusa in corrispondenza di valori dell'HHI compresi tra 1000 e 2000, se l'incremento determinato dalla concentrazione è inferiore a 250, o superiori a 2000, se l'incremento è inferiore a 150. Le linee guida chiariscono, tuttavia, che l'applicazione di queste due ultime soglie è subordinata ad alcune condizioni individuate in parti-

⁵ Orientamenti relativi alla valutazione delle concentrazioni orizzontali a norma del regolamento del Consiglio relativo al controllo delle concentrazioni tra imprese, in GUCE C 31/5 del 5 febbraio 2004.