

della condotta venga ad essere eliminato”. Nella stessa pronuncia, il Consiglio di Stato ha inoltre chiarito che “*la mancata previsione di un contenuto specifico della diffida è preordinata al fine di tutelare la libertà di impresa ed evitare che il diritto antitrust assuma connotazioni dirigistiche, che ne snaturerebbero la filosofia di fondo, ma comporta un obbligo di diligenza dell’impresa diffidata comunque tenuta a porre in essere condotte idonee a rimuovere le conseguenze dell’illecito*”, precisando che, in concreto, l’impresa diffidata “*avrebbe dovuto porre in essere tutti i comportamenti (omissivi e commissivi) utili alla apertura del mercato agli altri concorrenti, avrebbe cioè dovuto astenersi per il futuro dal commettere l’illecito accertato e, nel contempo, rimuovere gli effetti anticoncorrenziali della condotta contestata*”.

Quanto al contenuto della diffida, nella pronuncia Operatori nel settore degli esplosivi da mina è stato ulteriormente chiarito che esso “va determinato tenendo conto della motivazione, con la conseguenza che l’ordine di eliminazione delle infrazioni si ricollega immediatamente alla fattispecie restrittiva accertata, essendo diretto ad ottenere che le imprese cessino dal porre in essere le condotte in violazione della legge antitrust e rimuovano gli effetti anticoncorrenziali da esse prodotti. Il contenuto dispositivo del provvedimento dell’Autorità va quindi determinato tenendo conto della motivazione, con la conseguenza che le preposizioni precettive vanno correlate alle acclarate intese restrittive della concorrenza”; ciò corrisponde ad un principio generale, quello secondo cui “il contenuto dispositivo del provvedimento va determinato alla luce della parte motivata dello stesso”.

Infine, con riferimento alla determinatezza della sanzione, il Consiglio di Stato nella pronuncia relativa caso ANIM/Italgas ha chiarito che: “*se nella diffida l’Autorità non ha indicato alcuna condotta specifica da tenere per rimuovere gli effetti anticoncorrenziali dell’illecito accertato ciò ha determinato solo la necessità di rimettere all’impresa la scelta della condotta più idonea a realizzare l’apertura del mercato ...*”; e infatti, “*la mancata previsione di un contenuto specifico per la diffida rivela in tal modo la sua vera ragione: essa è preordinata al fine di tutelare la libertà d’impresa ed evitare che il diritto antitrust assuma connotazioni dirigistiche, che ne snaturerebbero la filosofia di fondo, ma comporta un obbligo di diligenza dell’impresa diffidata comunque tenuta a porre in essere condotte idonee a rimuovere le conseguenze dell’illecito*”.

Sanzioni per inottemperanza alla diffida

Nel caso *ANIM/Italgas*, il Consiglio di Stato ha chiarito che “*la sanzione per inottemperanza prevista dall’art. 15, comma 2, della legge n. 287/90 non richiede la gravità come requisito*”. Nella stessa pronuncia è stato poi ribadito, anche in relazione all’inottemperanza alla diffida, che l’elemento psicologico necessario a concretarne la sussistenza “*non si risolve nella ricorrenza di un dolo specifico di elusione ma nella semplice consapevolezza di contravvenire ad un divieto, nell’impossibilità di ignorare che la condotta incriminata per oggetto e per effetto determina la persistenza delle conseguenze dell’illecito*”.

Sulla quantificazione della sanzione, i giudici hanno riconosciuto la possibilità, in base all’articolo 15 della legge n. 287/90, di considerare “*tra i parametri valutativi determinanti ai fini dell’irrogazione della sanzione, le condizioni economiche dell’agente quali previste dall’art. 11 della legge n. 689/1981, in forza della specifica previsione di un meccanismo sanzionatorio collegato al fatturato, ... poiché la concreta commisurazione della sanzione al fatturato non deve confondersi con l’operazione - preliminare al concreto calcolo della sanzione - di individuazione della misura percentuale della sanzione irrogabile su detta base di fatturato, individuazione che ben deve operarsi in relazione a tutti i parametri previsti dall’art. 11 della legge n. 689/1981, condizioni economiche incluse*

Infine, con riferimento alla identificazione del fatturato su cui basare la sanzione, il Consiglio di Stato ha indicato che esso può essere costituito da quello realizzato, anche da una controllata, nell’esercizio più prossimo alla data di chiusura del procedimento, in modo da poter tener conto anche degli “*eventuali profitti conseguiti per effetto della persistenza dei comportamenti illeciti*”.

PROFILO PROCEDURALE

Poteri dell'Autorità e garanzie delle parti

Con riguardo agli accertamenti dell'Autorità in fase pre-istruttoria e alla loro asserta obbligatorietà, il TAR Lazio, con la sentenza n. 3720 del 4 maggio 2004, *Technicolor*, ha escluso la violazione degli articoli 12 e 14 della legge n. 287/90, poiché “*la decisione di aprire l'istruttoria al fine di verificare la violazione dei divieti di cui agli articoli 2 e 3 della legge n. 287 [è] preceduta da una fase preliminare di valutazione dei fatti che può concludersi con la decisione di archiviazione; durante tale fase non vi è l'obbligo di utilizzare i poteri istruttori di cui l'Autorità dispone*”, ben potendo l'Autorità ritenere, sulla base degli stessi elementi forniti dal segnalante e di quelli acquisibili autonomamente, infondata la segnalazione.

Sotto un diverso profilo, nella sentenza n. 689 del 28 gennaio 2005, *International Mail Express Italy/Poste Italiane*, il TAR Lazio ha ritenuto non sussistere un obbligo di comunicare l'avvio del procedimento in relazione alla mera rideterminazione da parte dell'Autorità di una sanzione pecuniaria, in precedenza annullata dal giudice amministrativo, limitatamente al suo ammontare.

Modalità e limiti dell'esercizio del diritto di accesso

Nel caso *Comportamenti abusivi di Telecom Italia*, il TAR Lazio ha confermato l'applicabilità, nell'ambito dei procedimenti istruttori dell'Autorità, del rito speciale di cui all'articolo 25, legge 7 agosto 1990, n. 241, (e dei relativi termini decadenziali) a “*tutte le controversie in materia di accesso: sia quelle promosse da chi si duole del mancato accoglimento della sua istanza di accesso, sia quelle promosse da che si duole del fatto che i suoi documenti sono stati ammessi all'accesso richiesto da altri*”, ivi incluse le istanze di riservatezza e restituzione.

Inoltre, nella sentenza n. 5601 dell'11 giugno 2004, *Comune di Conegliano*, il TAR Lazio, con riferimento all'esercizio da parte dell'Autorità del potere di segnalazione ex articolo 21 della legge n. 287/90, ha chiarito che non possa escludersi, in linea di principio, che “*anche quando l'Autorità non apra formalmente una*

procedura istruttoria, i soggetti destinatari degli atti adottati ex art. 21 ... abbiano un qualificato interesse a conoscere i documenti utilizzati a tal fine dall'Autorità”.

Legittimazione ad impugnare i provvedimenti dell'Autorità

Atti infraprocedimentali

Nel periodo di riferimento, il TAR Lazio, con riguardo ad alcune tipologie di provvedimenti, ha ribadito il noto orientamento secondo cui non sussiste “*l'interesse ad impugnare (oltre che gli atti non ancora emanati) gli atti preparatori ed infraprocedimentali o comunque meramente prodromici, per l'ovvia ragione che gli stessi, essendo improduttivi di effetti giuridici esterni, non sono idonei ad incidere praticamente nella sfera giuridica degli amministrati, e che la concreta lesione di un interesse potrà scaturire unicamente dal provvedimento conclusivo della sequenza procedimentale*” (sentenza *Sai/La Fondiaria Assicurazioni*). Così, il TAR Lazio ha precisato che “*eventuali vizi procedimentali, ivi compresi quelli attinenti alla decisione di prolungare la fase istruttoria, se ed in quanto tale allungamento sia suscettibile di rifluire, in termini di illegittimità, sulla determinazione finale assunta*” possono esser fatti valere “*solo in sede di impugnazione giurisdizionale del provvedimento finale*” (sentenza n. 16975 del 21 dicembre 2004, *Aviapartner/Aeroporto Guglielmo Marconi di Bologna*).

Neppure l'atto di avvio dell'istruttoria su una concentrazione è suscettibile di autonomo gravame, in quanto “*tale atto esprime solo un punto di vista iniziale, tutto da verificare attraverso il contraddittorio procedimentale, e le imprese che ne sono destinatarie possono risentire dall'azione dell'Autorità Garante un pregiudizio giuridicamente apprezzabile solo allorché, al termine della medesima istruttoria, la stessa Autorità adotti le proprie determinazioni finali (vietando la concentrazione, ovvero autorizzandola con misure riduttive del suo impatto sul mercato)*” (sentenza *Sai/La Fondiaria Assicurazioni*). Analogamente, nella sentenza relativa al caso *Comportamenti abusivi di Telecom Italia* il TAR Lazio, nel confermare che l'Autorità ha il potere di avviare procedimenti istruttori “*nei confronti di qualsiasi impresa ... per qualunque condotta tenuta sul mercato*”, ha ritenuto inammissibile il ricorso avverso il

provvedimento di avvio d’istruttoria per abuso di posizione dominante, trattandosi di un atto appunto endoprocedimentale, “*come tale non autonomamente impugnabile*”.

Legittimazione a ricorrere

Con due decisioni, rispettivamente, nel caso *Nokia Italia/Marconi mobile-Ote*, e nel caso *S.E.C.I.-Co.Pro.B.-Finbieticola/Eridania*, il Consiglio di Stato ha modificato l’orientamento giurisprudenziale relativo alla generalizzata carenza di legittimazione del terzo ad impugnare i provvedimenti dell’Autorità. In particolare, nella prima delle due decisioni, il Consiglio di Stato ha riconosciuto la legittimazione di un’impresa concorrente ad impugnare un provvedimento dell’Autorità recante un’autorizzazione in deroga di un’intesa restrittiva della concorrenza. I giudici hanno infatti osservato che “*le imprese concorrenti (nel medesimo settore economico) non si trovano sullo stesso piano degli altri appartenenti alla collettività, dato che non sono portatrici di un interesse indifferenziato alla concorrenza nel mercato. Esse vantano invece un interesse personale e individuale al rispetto della normativa antitrust, in quanto dalle determinazioni dell’Autorità, dirette ad altri, possono derivare uno svantaggio ... o un vantaggio ... chiaramente riferibile alla loro sfera individuale*”.

Diversamente, ai fini della legittimazione ad agire, “*la posizione di un’associazione di consumatori non è equiparabile a quella di un operatore del settore pregiudicato da un provvedimento dell’Autorità, che autorizza in deroga un’intesa restrittiva della libertà di concorrenza nel medesimo settore di mercato*”.

Nella seconda decisione il Consiglio di Stato, richiamando anche la recente pronuncia della Corte di Cassazione (S.U. n. 2207/05), ha invece riconosciuto la legittimazione dell’impresa concorrente a impugnare un provvedimento dell’Autorità di autorizzazione condizionata di una concentrazione, laddove l’impugnazione censuri l’esercizio del potere conformativo dell’Autorità “*speso in modo non idoneo a rimuovere efficacemente le connotazioni anticompetitive dell’operazione*”, con pregiudizio della ricorrente.

Corte Suprema di Cassazione, Sezioni Unite civili, sentenza n. 2207 del 4 febbraio 2005 (Unipol/Ricciarelli)

In tale sentenza le Sezioni Unite hanno chiarito due importanti questioni interpretative, strettamente connesse, relative a: *i*) la legittimazione di singoli consumatori, parti di contratti (di assicurazione), ad esperire azioni di nullità e risarcimento danni *ex articolo 33, comma 2 della legge n. 287/90* (dinnanzi alla Corte d'Appello competente per territorio), nei confronti dell'impresa (assicuratrice) che si sia resa partecipe di un'intesa anticoncorrenziale con le altre imprese sue concorrenti; *ii*) il rapporto tra i contratti conclusi tra la singola impresa assicuratrice e singoli clienti, “*a valle*” della predetta intesa.

Le Sezioni Unite hanno preso le mosse dalla considerazione che la legge antitrust ha come oggetto di tutela un bene giuridico ampio, qual'è il mantenimento di una struttura concorrenziale del mercato, senza escludere tuttavia che un'intesa vietata possa “*ledere anche il patrimonio del singolo, concorrente o meno, dell'autore o degli autori dell'intesa*”. E' stata quindi riconosciuta “*al consumatore, terzo estraneo alla intesa*”, la legittimazione alle azioni di nullità e di risarcimento dei danni causati da detta intesa, con ciò modificando un precedente orientamento della Cassazione. La legge antitrust, infatti, “*non è la legge degli imprenditori soltanto, ma è la legge dei soggetti del mercato*”, dotati di un interesse qualificato.

Sotto un diverso profilo, le Sezioni Unite hanno identificato una “*fattispecie unitaria*” nell'illecito che ha origine nell'intesa “*a monte*” tra le imprese e che si esplica nel singolo contratto “*a valle*” con il consumatore, atteso lo stretto “*collegamento funzionale*” tra i due livelli: “*il contratto 'a valle' costituisce lo sbocco della intesa, essenziale a realizzarne gli effetti. Esso in realtà, oltre ad estrinsecarla, la attua*”.

Sotto il profilo risarcitorio, la Corte ha chiarito “*che colui che subisce danno [ingiusto ex articolo 2043 c.c.] da una contrattazione che non ammette alternative per l'effetto di una collusione a monte, ancorché non sia partecipe ad un rapporto di concorrenza con gli autori della collusione, ha a propria disposizione, l'azione di cui all'art. 33 della l. n. 287/1990*”. Orbene, conclude la Corte, “*a qualificare la domanda e a determinare la competenza*” della Corte d'Appello (nel presente caso, relativo ad una violazione *ex articolo 2 della legge n. 287/90*), è proprio la richiesta di accertamento di una intesa illecita e, quindi, di accertamento della sua nullità, quale presupposto della

domanda di risarcimento del consumatore (nel caso di specie, tramite l'eliminazione del sovrapprezzo).

* * *

Sentenze del Tar Lazio, I Sez., e del Consiglio di Stato, VI Sez., in materia di concorrenza, depositate nel periodo 1° aprile 2004-31 marzo 2005 - dati di sintesi¹

Sentenze	Ricorsi respinti	Ricorsi accolti (anche parzialmente)
36	22 ²	8 (di cui 2, limitatamente alla sanzione)

Ordinanze cautelari del Tar Lazio, I Sez., e del Consiglio di Stato, VI Sez., in materia di concorrenza, depositate nel periodo 1° aprile 2004-31 marzo 2005 – dati di sintesi³

Ordinanze	Ricorsi respinti	Ricorsi accolti (anche parzialmente)
10	2	8 (di cui 1, limitatamente alla sanzione e 2, relativamente alla diffida)

¹ Si noti che, specie in relazione a decisioni dell'Autorità relative a intese, a una medesima decisione impugnata, corrispondono una pluralità di sentenze.

² Nel periodo di riferimento ci sono inoltre state 6 pronunce di inammissibilità.

³ Si noti che, talvolta, a un medesimo provvedimento dell'Autorità, corrispondono una pluralità di ordinanze cautelari.

4. RAPPORTI INTERNAZIONALI

COMMISSIONE EUROPEA

Premessa

Nel corso del 2004 è stato portato a compimento il processo di riforma inteso ad adeguare criteri, modalità e strumenti di applicazione della normativa comunitaria di concorrenza alle esigenze determinate dall'allargamento dell'Unione europea ai nuovi dieci Paesi membri. Tale scadenza ha infatti coinciso con la piena efficacia dei regolamenti n. 1/2003¹ e n. 139/2004², già precedentemente adottati dal Consiglio e rispettivamente concernenti il regime di applicazione degli articoli 81 e 82 del Trattato CE e il controllo delle operazioni di concentrazione di dimensione comunitaria.

All'interno del quadro legislativo delineato dai citati regolamenti del Consiglio, la Commissione, in stretta cooperazione con le autorità nazionali di concorrenza, ha completato l'impianto della riforma mediante la definizione delle norme procedurali e dei criteri interpretativi diretti a garantire la coerenza e l'efficacia del nuovo regime di applicazione del diritto comunitario della concorrenza.

Nel mese di aprile è stato definitivamente approvato il cosiddetto "pacchetto modernizzazione", comprensivo del nuovo regolamento di procedura per i procedimenti antitrust comunitari³ e di sei comunicazioni interpretative, rispettivamente concernenti: a) le modalità di cooperazione all'interno della rete delle autorità di concorrenza europee; b) la cooperazione tra la Commissione e i giudici nazionali; c) l'interpretazione

¹ 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 GUUE L 1/1 del 4 gennaio 2003.

² Regolamento (CE) n. 139/2004 del Consiglio, del 20 gennaio 2004, relativo al controllo delle concentrazioni tra imprese (Regolamento comunitario sulle concentrazioni), in GUUE L 24/1 del 29 gennaio 2004.

³ Regolamento (CE) n. 773/2004 della Commissione, del 7 aprile 2004, relativo ai procedimenti svolti dalla Commissione a norma degli articoli 81 e 82 del Trattato CE, in GUUE L 123/18 del 27 aprile 2004.

dell’articolo 81, paragrafo 3, del Trattato CE; *d)* la nozione di impatto sugli scambi tra Stati membri; *e)* il trattamento delle denunce presentate alla Commissione ai sensi degli articoli 81 e 82 del Trattato CE; *f)* le cosiddette lettere di orientamento informale mediante le quali la Commissione, in particolari circostanze, sarà in linea di principio disponibile a fornire alle imprese, in casi specifici, pareri scritti in ordine all’interpretazione e all’applicazione delle norme comunitarie.

Parallelamente, sono state definite le misure di attuazione del nuovo regolamento comunitario sulle concentrazioni, mediante l’approvazione del relativo regolamento di procedura⁴ e di tre comunicazioni interpretative, rispettivamente concernenti: *a)* i criteri e le modalità di funzionamento della nuova disciplina in materia di rinvio delle operazioni di concentrazione ai sensi degli articoli 4, 9 e 22 del regolamento n. 139/2004; *b)* il trattamento delle restrizioni accessorie alle operazioni di concentrazione; *c)* l’applicazione di una procedura semplificata per l’esame di alcune concentrazioni.

La Commissione ha infine modificato la precedente disciplina comunitaria in materia di accordi di trasferimento di tecnologia, adottando un nuovo regolamento di esenzione e una comunicazione interpretativa contenente le linee direttive per l’applicazione dell’articolo 81 CE a questa specifica categoria di intese.

Le decisioni della Commissione

Nel corso del 2004 la Commissione europea ha adottato sei decisioni formali in applicazione degli articoli 81 e 82 del Trattato CE. Si tratta, in particolare, di tre casi di applicazione del divieto di intese restrittive di cui all’articolo 81, paragrafo 1, di una esenzione individuale ai sensi dell’articolo 81, paragrafo 3, e di due casi di abuso di posizione dominante in violazione dell’articolo 82.

⁴ Regolamento (CE) n. 802/2004 della Commissione, del 7 aprile 2004, di esecuzione del regolamento (CE) n. 139/2004 del Consiglio relativo al controllo delle concentrazioni tra imprese, in GUUE L 133/1 del 30 aprile 2004.

Decisioni relative agli articoli 81 e 82 del Trattato CE

Decisione e data	Norme applicate	Estremi di pubblicazione
Microsoft/W2000 (24 marzo 2004)	art. 82 (divieto con sanzioni)	Non pubblicata
Air France/Alitalia (7 aprile 2004)	art. 81.3 (esenzione)	GUUE L 362/17 (9.09.2004)
Souris Bleue/Topps/Nintendo (26 maggio 2004)	art. 81.1 (divieto con sanzioni)	Non pubblicata
Clearstream (6 giugno 2004)	art. 82 (divieto)	Non pubblicata
Onorari architetti belgi (24 giugno 2004)	art. 81.1 (divieto con sanzioni)	GUUE L 4/10 (6.01.2005)
Mercato francese della birra (29 settembre 2004)	art. 81.1 (divieto con sanzioni)	Non pubblicata

Con riferimento all'attività di controllo preventivo delle operazioni di concentrazione di dimensione comunitaria, nel corso del 2004 la Commissione ha adottato 242 decisioni in applicazione del regolamento n. 139/2004 e del precedente regolamento n. 4064/89⁵. In tre 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, tuttavia, 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 dodici casi, tuttavia, l'autorizzazione è stata concessa 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 sette istruttorie relative ad altrettante operazioni di concentrazione. In sei casi l'istruttoria si è conclusa con una decisione di autorizzazione; in quattro casi, tuttavia, l'autorizzazione è stata condizionata al rispetto degli impegni assunti dalle parti nel corso del procedimento al

⁵ 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.

fine di eliminare i profili anticoncorrenziali della concentrazione. Una concentrazione è stata invece vietata in quanto incompatibile con il mercato comune.

Regolamento di esenzione e linee guida della Commissione in materia di accordi di trasferimento di tecnologia

Nell’aprile 2004 è stato pubblicato il regolamento della Commissione n. 772/2004 relativo all’applicazione dell’articolo 81, paragrafo 3 del Trattato CE a categorie di accordi di trasferimento di tecnologia⁶, accompagnato dalle relative linee guida⁷. Il nuovo regolamento e le linee guida, entrati in vigore il 1° maggio 2004, sostituiscono il precedente regolamento n. 240/96, ridefinendo i principi della politica comunitaria nella valutazione concorrenziale degli accordi di licenza.

L’adozione del regolamento e delle linee guida costituisce l’esito di un complesso processo di consultazione, avviato nel dicembre 2001 con la pubblicazione di un rapporto della Commissione sull’applicazione delle regole di concorrenza agli accordi di trasferimento di tecnologia, dal quale era emersa la significativa evoluzione, sia in termini qualitativi che quantitativi, che aveva caratterizzato negli ultimi dieci anni tale tipologia di accordi, nonché l’inadeguatezza del quadro normativo di riferimento rispetto alla realtà economica delle relazioni tra licenziante e licenziatario. In particolare, oltre all’esigenza di rendere la normativa in materia coerente con il nuovo quadro di regole sostanziali e procedurali della politica comunitaria di concorrenza (i nuovi regolamenti in materia di intese verticali e accordi di cooperazione orizzontale e il nuovo regime di applicazione degli articoli 81 e 82 del Trattato introdotto dal regolamento n. 1/2003), risultava necessario procedere ad una semplificazione delle regole esistenti, nonché ad un ampliamento dell’ambito di applicazione dell’esenzione per categoria.

In questa prospettiva, il nuovo regolamento si applica ad un insieme più ampio di accordi coprendo, oltre agli accordi di licenza puri o misti di brevetto e di know-how

⁶ Regolamento (CE) n. 772/2004 della Commissione, del 27 aprile 2004, relativo all’applicazione dell’articolo 81, paragrafo 3, del Trattato CE a categorie di accordi di trasferimento di tecnologia, in GUUE L 123/11 del 27 aprile 2004.

⁷ Linee direttive sull’applicazione dell’articolo 81 del Trattato CE agli accordi di trasferimento di tecnologia, in GUUE C 101/2 del 27 aprile 2004.

come nel precedente regime, anche quelli relativi ai diritti di autore sul *software*, nonché gli accordi che assegnano in esclusiva un determinato gruppo di clienti o un determinato ambito di utilizzazione della tecnologia concessa in licenza, pur in assenza di restrizioni territoriali. Parallelamente, viene semplificato in misura sostanziale il quadro normativo di riferimento, con particolare riguardo alle regole relative alla durata dell'esenzione per categoria e al numero, sensibilmente ridotto, delle restrizioni considerate fondamentali.

L'innovazione di maggior rilievo consiste nell'introduzione di una differenziazione nella valutazione degli accordi di licenza a seconda della natura delle relazioni (verticali o orizzontali) intercorrenti tra licenziante e licenziatario, prevedendo sia quote di mercato differenziate per l'applicazione dell'esenzione per categoria, sia un diverso trattamento delle singole restrizioni. Con riferimento al primo aspetto, nel nuovo regolamento gli accordi tra imprese non concorrenti sono esentati a condizione che la quota di mercato detenuta da ciascuna delle parti non superi la soglia del 30%; nel caso di accordi tra imprese concorrenti, la quota di mercato congiunta non deve essere superiore al 20%. In relazione al secondo profilo, il regolamento contiene due distinti elenchi di restrizioni fondamentali della concorrenza, in ragione della tipologia di rapporto (tra imprese concorrenti o meno) esistente tra le parti. Queste due modifiche rispetto al passato regime appaiono tanto più significative in quanto si accompagnano ad una definizione ristretta dell'ambito delle relazioni tra imprese concorrenti.

Inoltre, il regolamento elenca alcune restrizioni, la cui presenza comporta la necessità di una valutazione individuale della singola restrizione, senza però impedire l'applicabilità dell'esenzione al resto dell'accordo (cosiddetta *severability rule*). Viene, in ogni caso, mantenuta la possibilità per la Commissione e, in alcune circostanze anche per gli Stati membri (nelle situazioni in cui il mercato geografico rilevante non si estende al di là del territorio dello Stato membro interessato o in una parte di esso avente tutte le caratteristiche di un mercato distinto), di revocare il beneficio dell'esenzione per categoria nelle situazioni in cui un determinato accordo produca comunque effetti incompatibili con le condizioni di cui all'articolo 81, paragrafo 3 del Trattato. Nell'ipotesi in cui reti parallele di accordi simili coprano più del 50% di uno specifico mercato rilevante, la Commissione può escludere, mediante apposito regolamento, l'applicabilità a tale mercato dell'esenzione per categoria.

Come già avvenuto in sede di riforma della disciplina comunitaria in materia di intese verticali e di accordi di cooperazione orizzontale, la Commissione ha ritenuto

opportuno illustrare nel contesto di apposite linee guida i principi seguiti nell'applicazione delle regole di concorrenza agli accordi di trasferimento di tecnologia, soffermandosi in particolare sugli elementi che verranno considerati in sede di valutazione degli accordi non rientranti nell'ambito di applicazione del nuovo regolamento di esenzione.

Dopo aver in via preliminare precisato che il semplice superamento delle soglie relative alle quote di mercato non comporta alcuna presunzione di illegalità, essendo comunque necessaria una valutazione caso per caso del singolo accordo, le linee direttive illustrano i principali elementi che verranno utilizzati nel contesto di tale valutazione, tra cui in particolare: il carattere dell'accordo, la posizione di mercato delle parti, dei concorrenti e degli acquirenti dei prodotti contrattuali; le barriere all'ingresso; il grado di maturità del mercato; la presenza di effetti cumulativi; il quadro normativo di riferimento, nonché gli eventuali comportamenti suscettibili di indicare l'esistenza o facilitare l'attuazione di pratiche collusive. Successivamente, vengono fornite alcune indicazioni di carattere generale sul trattamento delle più comuni clausole contenute in tale tipologia di accordi, quali gli obblighi in materia di *royalties*, le licenze esclusive e le restrizioni delle vendite, le limitazioni della produzione, le restrizioni relative all'ambito di utilizzazione e all'uso interno, le licenze abbinate e i pacchetti di licenze, gli obblighi di non concorrenza, gli accordi di composizione transattiva e gli impegni di non rivendicazione.

L'ultima sezione delle linee guida è infine dedicata alla valutazione concorrenziale dei *pool* tecnologici, in considerazione della rilevanza di tale tipologia di accordo per il trasferimento di tecnologia, nonché di una serie di questioni specifiche riguardanti la selezione delle tecnologie incluse e le modalità di funzionamento di questi particolari accordi.

Comunicazione sulla cooperazione tra autorità di tutela della concorrenza

La comunicazione⁸, che sostituisce la precedente comunicazione del 1997, individua e chiarisce i criteri e le modalità di funzionamento della cooperazione che,

⁸ Comunicazione della Commissione sulla cooperazione nell'ambito della rete delle autorità garanti della concorrenza, in GUUE C 101/43 del 27 aprile 2004.

all'interno della rete delle autorità di concorrenza dell'Unione europea, dovranno assicurare l'efficiente divisione del lavoro e l'applicazione efficace e uniforme del diritto comunitario di concorrenza nel quadro del nuovo sistema di competenze parallele delineato dal regolamento n. 1/2003. Sulla base degli obiettivi fondamentali e dei principi generali di funzionamento della rete già stabiliti nel regolamento del Consiglio e nell'annessa dichiarazione congiunta del Consiglio e della Commissione⁹, la comunicazione, predisposta in stretta collaborazione con le autorità di concorrenza degli Stati membri¹⁰, definisce e illustra gli elementi di dettaglio del sistema.

Il documento si articola in tre parti sostanziali, rispettivamente concernenti la divisione del lavoro all'interno della rete, l'applicazione uniforme delle regole di concorrenza comunitarie e il ruolo e funzionamento del comitato consultivo nel nuovo sistema.

Per quanto concerne la divisione del lavoro, la comunicazione definisce in maggiore dettaglio i criteri, gli strumenti e i meccanismi di cooperazione tra i membri della rete, con particolare riguardo alla ripartizione dei casi, allo scambio e all'utilizzo delle informazioni, all'assistenza reciproca nelle indagini e alle garanzie riconosciute alle imprese.

Relativamente ai criteri di attribuzione dei casi, il documento prevede che, nell'ambito del sistema di competenze parallele, le autorità di concorrenza saranno responsabili dell'efficiente divisione del lavoro, pur mantenendo ciascuna, in relazione a ogni singolo caso, piena discrezione in ordine all'opportunità o meno di avviare o proseguire un'indagine¹¹.

I casi potranno essere trattati da una singola autorità nazionale, da più autorità nazionali operanti in parallelo, o dalla Commissione e la possibilità di una riattribuzione del caso sarà presa in considerazione solo nella fase iniziale del procedimento, qualora l'autorità che ha ricevuto la denuncia o avviato d'ufficio il procedimento ritenga di non

⁹ Il testo della dichiarazione è disponibile nel registro degli atti del Consiglio all'indirizzo Internet: <http://register.consilium.eu.int> (documento n. 15435/02 ADD 1).

¹⁰ Tutte le autorità nazionali hanno espressamente aderito alla comunicazione della Commissione, mediante la sottoscrizione di una dichiarazione formale (allegata alla comunicazione) nella quale ciascuna autorità si impegna a rispettare i principi in essa contenuti e ad assicurarne l'effettiva applicazione.

¹¹ Fatti ovviamente salvi, per le autorità nazionali, i vincoli previsti dall'articolo 11, paragrafo 6 del regolamento n. 1/2003, nel caso di avvio del procedimento da parte della Commissione.

essere nella posizione idonea a intervenire, ovvero qualora anche altre autorità ritengano di esserlo.

La localizzazione delle pratiche e/o dei relativi effetti anticoncorrenziali, la capacità di porre fine e di sanzionare efficacemente un’infrazione e la capacità di raccogliere i necessari elementi di prova, costituiscono i criteri essenziali ai fini dell’individuazione della (o delle) autorità “ben situata” per trattare un caso. Laddove possibile, sarà privilegiato l’intervento da parte di una singola autorità nazionale, a meno che l’azione parallela di due o tre autorità nazionali risulti necessaria a far cessare la violazione nel suo complesso e/o a sanzionarla adeguatamente.

L’intervento della Commissione, invece, sarà in linea generale ritenuto preferibile qualora: *a)* l’accordo o la pratica incida sulla concorrenza in più di tre Stati membri; *b)* la tutela dell’interesse comunitario richieda una decisione della Commissione al fine di orientare la politica comunitaria di concorrenza o di assicurare l’efficace applicazione del diritto antitrust comunitario; ovvero *c)* un caso sia strettamente collegato ad altre disposizioni comunitarie (per esempio quelle in materia di aiuti di Stato o di imprese titolari di diritti speciali o esclusivi) che possono essere esclusivamente, o in modo più efficiente, applicate dalla Commissione.

Di particolare rilievo sono inoltre le indicazioni in merito al trattamento delle informazioni relative ad accordi o pratiche di cartello fornite a un’autorità di concorrenza da persone fisiche o giuridiche nell’ambito di un programma di clemenza. Al fine di preservare l’efficacia di tali programmi nell’individuazione dei cartelli e gli incentivi alla collaborazione da parte delle imprese coinvolte, la comunicazione prevede infatti che in questi casi le informazioni trasmesse alla Commissione ai sensi dell’articolo 11 del regolamento n. 1/2003 non potranno essere utilizzate dagli altri membri della rete per avviare proprie indagini ai fini dell’applicazione delle norme di concorrenza comunitarie o nazionali. Di conseguenza, il fatto stesso che un’autorità di concorrenza abbia disposto ed effettuato indagini a seguito di informazioni ricevute nel quadro di un programma di clemenza non potrà essere utilizzato da altre autorità come elemento per l’avvio di un proprio procedimento istruttorio, a meno che tali autorità non dispongano per proprio conto di informazioni sufficienti, acquisite da altre fonti.

Inoltre, in deroga a quanto consentito dall’articolo 12 del regolamento, le informazioni volontariamente fornite, ovvero ottenute a seguito di misure di indagine

rese possibili dalla collaborazione offerta nell’ambito di un programma di clemenza, non potranno essere scambiate con altre autorità senza il consenso del soggetto che ha presentato la richiesta di ammissione al programma di clemenza. Tale consenso non sarà invece necessario nei casi in cui: *a)* l’autorità a cui l’informazione viene trasmessa abbia ricevuto analoga richiesta di trattamento di clemenza da parte del medesimo soggetto e in merito alla medesima infrazione; *b)* l’autorità a cui l’informazione viene trasmessa si sia impegnata a non imporre sanzioni a carico del soggetto che ha richiesto il trattamento di clemenza, di ogni altra persona fisica o giuridica coperta dal trattamento di clemenza offerto al soggetto collaborante dall’autorità trasmittente, ovvero dei loro dipendenti o ex dipendenti; *c)* le informazioni siano state raccolte da un membro della rete, ai sensi dell’articolo 22, paragrafo 1, del regolamento n. 1/2003, in nome e per conto dell’autorità che ha ricevuto la richiesta di trattamento di clemenza e ai fini della loro successiva trasmissione a tale autorità.

La comunicazione disciplina, in maggiore dettaglio, anche le circostanze, le modalità e i limiti di utilizzo del potere di avocazione della Commissione previsto dall’articolo 11, paragrafo 6 del regolamento n. 1/2003. A tale proposito il documento chiarisce che l’effetto di avocazione può conseguire solo da un atto formale di avvio del procedimento da parte della Commissione, mediante il quale quest’ultima manifesti la propria intenzione di adottare una decisione ai sensi del capitolo III del regolamento¹². Peraltro, l’effetto preclusivo riguarda unicamente i procedimenti che le autorità nazionali abbiano avviato, o intendano avviare, sulla base delle norme comunitarie, nei confronti dei medesimi accordi o pratiche posti in essere dalle medesime imprese sullo stesso mercato rilevante del prodotto e geografico.

Se un’autorità nazionale sta già trattando il caso, l’esercizio del potere di avocazione è subordinato alla preventiva e tempestiva informazione dei membri della rete, ai quali la Commissione dovrà anche indicare per iscritto le relative motivazioni¹³. Inoltre, successivamente al periodo iniziale di attribuzione del caso, l’applicazione dell’articolo 11, paragrafo 6, avverrà, in linea di principio, solo laddove le autorità

¹² Cioè una decisione diretta a stabilire l’esistenza di un’infrazione, a imporre misure cautelari, ad accettare impegni o a dichiarare l’inapplicabilità dell’articolo 81 o 82 del Trattato CE.

¹³ Va anche ricordato che, in questi casi, l’articolo 14, paragrafo 7 del regolamento n. 1/2003 prevede che i membri della rete possano chiedere la convocazione di un apposito comitato consultivo prima dell’avvio del procedimento da parte della Commissione.