



ANNALI

DELLA FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA DI

GENOVA

Direttore: Enrico Zanelli

Anno XXVII - 1995-96

Fascicolo 1-2

Michele Siri

L'AUTORIZZAZIONE DELLE INTESI
VIETATE: POLITICA DELLA CONCORRENZA
O REGOLAZIONE ECONOMICA DEL
MERCATO? PRIME RIFLESSIONI

ESTRATTO

Giuffrè editore

L'AUTORIZZAZIONE DELLE INTESA VIETATE:
POLITICA DELLA CONCORRENZA
O REGOLAZIONE ECONOMICA DEL MERCATO?
PRIME RIFLESSIONI

SOMMARIO: 1. Introduzione: ragioni ed obiettivo della ricerca. — 2. Le condizioni per la concessione dell'esenzione dal divieto di intese restrittive della concorrenza nel diritto comunitario. — 3. Prima condizione positiva: miglioramento della produzione o della distribuzione o contributo al progresso tecnico od economico. — 4. *Segue*: tipologia e rilevanza dei benefici attesi. — 5. Seconda condizione positiva: congrua partecipazione degli utilizzatori ai benefici attesi dalle parti dell'accordo. — 6. Prima condizione negativa: indispensabilità delle misure anticompetitive. — 7. Seconda condizione negativa: impossibilità di eliminazione della concorrenza per una parte sostanziale del mercato comune. — 8. Considerazioni di sintesi sul sistema comunitario di esenzione individuale. — 9. Le condizioni per la concessione dell'autorizzazione in deroga al divieto di intese restrittive della concorrenza nel diritto italiano. — 10. Prima condizione positiva: miglioramento delle condizioni di offerta. — 11. Seconda condizione positiva: sostanziale beneficio dei consumatori. — 12. Prima condizione negativa: indispensabilità delle restrizioni. — 13. Seconda condizione negativa: impossibilità di eliminazione della concorrenza su una parte sostanziale del mercato. — 14. Considerazioni di sintesi sul sistema italiano di autorizzazione individuale.

1. *Introduzione: ragioni ed obiettivo della ricerca.*

Le prime riflessioni qui esposte sono rivolte all'analisi dell'esperienza comunitaria ed italiana relativa alla disapplicazione della regola *antitrust* di divieto dei cartelli mediante la clausola generale di esenzione — autorizzazione espressa all'art. 85, comma 3, del Trattato U.E. ed all'omologo art. 4 della legge 10 ottobre 1990, n. 287 ⁽¹⁾.

Ricercatore di Diritto commerciale nella Facoltà di giurisprudenza dell'Università di Genova.

⁽¹⁾ Per un'introduzione alla nozione di clausola generale nella metodologia della legislazione v. GUARNERI, *Clausole generali*, in *Dig. civ.*, Torino, 1988, vol. III, p. 403. Ma in argomento si vedano almeno: MENGONI, *Spunti per una teoria delle clausole generali*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1986, p. 5; RODOTÀ, *Il tempo delle clausole generali*, *ivi*, 1987, p. 709; BELVEDERE, *Le clausole generali tra interpretazione e produzione di norme*, in *Pol. dir.*, 1988, p. 631; ROSSELLI, *Clausole ge-*

Il tema, al quale vorrebbe offrire un utile contributo la scansione delle decisioni rese in ambito europeo ed italiano, si inserisce nel più ampio dibattito che riguarda finalità e prospettive del diritto della concorrenza ⁽²⁾.

Ma, al tempo stesso, la ricerca si connota di una sua autonoma specialità, proprio in ragione dell'esistenza di una regola generale di esenzione — autorizzazione, che ha riguardo non solo « al miglioramento delle condizioni di offerta sul mercato », ma anche, nella versione comunitaria, al « progresso tecnico od economico » e, nella formulazione della legge italiana, alla « posizione competitiva dell'industria nazionale » ⁽³⁾.

Nella prospettiva ora delineata l'indagine si arricchisce di ulteriori spunti di interesse se si considera che l'istituto dell'esenzione — autorizzazione riceve prevalente trattazione nell'ambito delle esposizioni sistematiche della materia. Così si potrebbe essere indotti a sottovalutare il ruolo centrale dell'esenzione — autorizzazione nella politica di concorrenza, con la inevitabile conseguenza di lasciare confinato alla penombra della prassi corrente un pilastro fondante del diritto *antitrust* comunitario ed italiano.

Invero se, come alcuni ritengono, l'istituto è — e deve rimanere —

nerali: l'uso giudiziario, ibidem, p. 667; PIZZORUSSO, Clausole generali e controllo di costituzionalità delle leggi, ibidem, p. 655.

⁽²⁾ È aperto e fertile il dibattito sulle funzioni del diritto *antitrust*. Nella letteratura italiana il riferimento è DENOZZA, *Antitrust*, Bologna, 1988, p. 9 ss.; ROSSI, *Antitrust e teoria della giustizia*, in *Riv. soc.*, 1995, p. 1. Per un approccio diretto alla letteratura statunitense particolarmente utili possono risultare alcuni saggi come, ad es., quelli pubblicati in 62 *New York University Law Review*, 1987, p. 931 ss., ed in particolare: FOX-SULLIVAN, *Antitrust retrospective and prospective: where are we coming from? Where are we going?*; SCHERER, *Antitrust, efficiency, and progress*; BRODLEY, *The economic goals of antitrust: efficiency, consumer welfare, and technological progress*; FIRST, *Structural antitrust rules and international competition: the case of distressed industries*; MUELLER, *Comments on Harry First's structural antitrust rules and international competition: the case of distressed industries*; ADAMS-BROCK, *Antitrust and efficiency: a comment*; FLYNN-PONSOLDT, *Legal reasoning and the jurisprudence of vertical restraints: the limitations of neoclassical economic analysis in the resolution of antitrust disputes*; COMANOR, *Vertical arrangements and antitrust analysis*; PONSOLDT, *The enrichment of sellers as a justification for vertical restraints: a response to Chicago's Swiftian modest proposal*. E, ancora, si veda l'*Antitrust Symposium*, in 27 *Saint Louis University Law Journal*, 1983, p. 287 ss., ed in particolare: BOCZAR-WELCH, *Introduction: the purposes and goals of antitrust*; WILLIAMSON, *Antitrust enforcement: where it's been, where it's going*; BAXTER, *Reflections upon Professor Williamson's comments*; JOHNSON, *Current antitrust policies: how different are they really?*; FOER, *The political-economic nature of antitrust*; UPSON, *Progress and problems with the purposes and goals of antitrust*.

⁽³⁾ Per ragioni di economia espositiva non si tiene conto della cooperazione fra concorrenti sotto forma di imprese comuni concentrative su cui v. ora GHEZZI, *Le imprese comuni nel diritto della concorrenza*, Milano, 1996.

ben ancorato al sistema del diritto della concorrenza (4), quale valutazione formulare sulla incisiva utilizzazione dell'esenzione nell'ordinamento comunitario, di per sé considerato ed anche in rapporto con la ricercata rarità dell'autorizzazione nel sistema nazionale? E, diversamente, quale valutazione rendere sulla base dell'esperienza comunitaria ed italiana, che vede attribuite allo stesso organismo le potestà di accertamento dell'infrazione al divieto di intese restrittive e quelle di concessione dell'esenzione — autorizzazione?

L'interrogativo di fondo riguarda, dunque, la collocazione sistematica dell'esenzione — autorizzazione, che sembra oscillare tra politica della concorrenza e regolazione economica del mercato (5).

Vero è che la risposta al quesito è aperta anche nell'ambito degli studi di diritto europeo (6) nei quali, inoltre, il tema è prevalentemente approfondito in riferimento a settori economici o attività commerciali disciplinate da regolamenti di esenzione per categoria (7).

Nelle riflessioni che seguono si utilizza, invece, la *ratio decidendi* dei più significativi provvedimenti di esenzione — autorizzazione per comporre una valutazione complessiva che sia utile specialmente nella prospettiva dell'analisi delle relazioni tra politica di concorrenza e regolazione economica del mercato.

(4) PARDOLESI, *Commento all'art. 4*, in FRIGNANI-PARDOLESI-PATRONI GRIFFI-UBERTAZZI (a cura di), *Diritto antitrust italiano*, Bologna, 1993, p. 415. L'A., a proposito della scelta del legislatore italiano di iscrivere, nella categoria dei miglioramenti suscettibili di dar luogo ad autorizzazione, l'obiettivo della salvaguardia della concorrenzialità delle imprese italiane sul piano internazionale, così argomenta: « Il criterio che più d'ogni altro contribuirebbe ad investire l'Autorità di una funzione eccedente il respiro « tecnicistico » della mera applicazione della normativa *antitrust*, tramodando in chiare valenze di politica industriale, è anche quello intorno al quale si coagulano le maggiori perplessità ».

(5) Rossi, *Antitrust e teoria della giustizia*, cit., in part. p. 4 ss., che, tra l'altro, osserva come « la politica industriale, come branca della politica economica, ... non deve e non può, tuttavia, almeno in linea teorica, essere definitivamente esclusa o sprezzantemente bandita dalle finalità dell'*antitrust*. Essa deve invece essere posta come ultima zona di confine nell'applicazione della disciplina e costituire semmai la ragione di estremo intervento chirurgico, sul quale non è possibile esercitare alcun arbitrario giudizio squisitamente tecnico, ispirato ad una piuttosto che ad un'altra teoria economica della concorrenza, proprio per la sua valenza e la sua connotazione politica, la quale non sopporta riduzioni a scelte univoche, tassative ed assolute, come invece esigono i principi tecnici ».

(6) BOUTERSE, *Competition and Integration - What Goals Count?*, Deventer, 1994, con specifico riferimento ai casi di ristrutturazione nell'industria chimica, alla politica monetaria e ai sistemi di pagamento e al settore della distribuzione editoriale.

(7) Ad es., per il settore dei trasporti aerei, si veda: ADKINS, *Air Transport and E.C. Competition Law*, London, 1994, mentre per una valutazione dell'intervento *antitrust* nelle attività commerciali regolate da contratti di *franchising* ad es. si veda: MENDELSON-HARRIS, *Franchising and the Block Exemption Regulation*, London, 1991.

L'approccio proposto si giustifica, in particolare, in considerazione di una caratteristica dei procedimenti amministrativi, comune all'ordinamento comunitario ed a quello italiano, nel cui tipo si iscrivono anche quelli relativi all'applicazione delle regole di concorrenza.

È noto, infatti, che nell'interpretazione delle condizioni di esenzione la Commissione non è tenuta al rispetto del principio dello *stare decisis* e quindi non è vincolata alla regola del precedente in ogni successiva pronuncia⁽⁸⁾. In teoria, quindi, la Commissione è libera di valutare e decidere caso per caso, anche se è frequente l'applicazione di consolidati canoni basati sugli obiettivi enunciati nelle disposizioni dell'art. 85.

Nell'ordinamento italiano la valutazione deve tener conto del rinvio interpretativo esplicitato all'art. 1, comma 4, che si traduce, anche per i provvedimenti di autorizzazione delle intese, nel riferimento obbligato ai principi delle decisioni comunitarie e, dunque, ai criteri di esenzione individuale sviluppati dalla Commissione⁽⁹⁾.

Ciononostante rimane impregiudicato il profilo di quella che potrebbe dirsi la « coerenza interna » del sistema delle decisioni di autorizzazione, ovvero della significatività delle linee tracciate dall'insieme dei provvedimenti dell'Autorità italiana di per sé considerati. Peraltro nell'ordinamento interno non dovrebbe essere trascurata la possibilità di determinare un ulteriore risultato di uniformazione degli indirizzi applicativi per il tramite dei criteri ordinatori che regolano lo svolgimento del procedimento amministrativo⁽¹⁰⁾, nel quale l'applicazione della regola del precedente di tradizione anglosassone potrebbe trovare una misura in qualche modo equipollente nel rispetto del principio di imparzialità, che deve presidiare l'azione delle stesse autorità indipendenti, se non altro per il rilievo gerarchico della fonte del diritto nel quale viene enunciato.

⁽⁸⁾ GOYDER, *EEC Competition Law*, Oxford, II ed., 1993, p. 131, che osserva come « the Commission is free to look individually at each case, though it will apply well-established principles of interpretation, based on the underlying objectives of Article 85, to the particular restrictive clauses encountered ». Per approfondimenti sul valore del precedente, ma in ambito giurisdizionale, si veda invece: VISINTINI (a cura di), *La giurisprudenza per massime e il valore del precedente*, Padova, 1989; BIN, *Il precedente giudiziario*, Padova, 1995; MATTEI, *Precedente giudiziario e stare decisis*, in *Dig. civ.*, Torino, 1996, vol. XIV, p. 148.

⁽⁹⁾ In argomento si veda almeno: SIRAGUSA-SCASSELLATI SFORZOLINI, *Il diritto della concorrenza italiano e comunitario: un nuovo rapporto*, in *Foro it.*, 1992, IV, c. 249, in part. c. 266; DENNOZZA, *Un nuovo modello per i rapporti tra diritto comunitario e diritto antitrust nazionale: la barriera unica omogenea*, in *Quadr.*, 1992, p. 1992, p. 641, in part. p. 650; MUNARI, *Commento all'art. 1*, in AFFERNI (a cura di), *Concorrenza e mercato, Commento alla legge 10 ottobre 1990 n. 287 e al decreto legislativo 25 gennaio 1992 n. 74*, Padova, 1994, p. 3, in part. p. 40 ss..

⁽¹⁰⁾ Nell'ordinamento amministrativo, in generale, v. ROEHRSSSEN, *Il giusto procedimento nel quadro dei principi costituzionali*, in *Dir. proc. amm.*, 1987, p. 47.

Nel sistema comunitario una maggiore spinta ordinatrice, pur in assenza della regola del precedente, è invece esercitata dai regolamenti di esenzione per categoria, che assicurano l'uniforme applicazione delle regole di concorrenza ad un stesso settore produttivo o ad una medesima specie di accordi ⁽¹¹⁾.

L'adozione di una esenzione generalizzata risiede dunque nell'esigenza di semplificazione e di certezza del diritto che consegue all'eliminazione di una moltiplicazione di decisioni individuali riferite ad una stessa attività industriale o commerciale ⁽¹²⁾. Ogni singolo intervento della Commissione o del Consiglio meriterebbe ulteriore approfondimento, ma evidenti ragioni di economia espositiva non consentono che un richiamo meramente ricognitivo ⁽¹³⁾.

In altri casi l'adozione di un regolamento di esenzione è dovuta anche al tentativo di coniugare l'applicazione delle regole di concorrenza con gli altri obiettivi che la regolazione pubblica, non solo in ambito europeo ma anche a livello statale, persegue nella materia oggetto di regolamento di esenzione.

Alla categoria ora definita possono essere ascritti sia gli interventi del Consiglio [dapprima nel settore agricolo ⁽¹⁴⁾ e nei trasporti terre-

⁽¹¹⁾ Per una introduzione ai regolamenti di esenzione per categoria si veda: GREAVES, *EC Block Exemption Regulations*, London, 1994; SCHIAVETTI, *L'istituto dell'esenzione nella disciplina antitrust comunitaria*, Working Paper n. 1 della ricerca di base « Regole del mercato, difesa della concorrenza e razionalità delle politiche industriali nel quadro internazionale », Università Bocconi, Milano, 1994.

⁽¹²⁾ Così per tutti per tutti v. GAVALDA-PARLEANI, *Droit des Affaires de l'Union Européenne*, Paris, 1995, p. 254, § 521.

⁽¹³⁾ Si consideri, preliminarmente, che la Commissione non è direttamente competente e che invece è il Consiglio ad autorizzare formalmente la Commissione ad emanare un regolamento di esenzione per categoria. La Commissione ha così adottato sulla base del r. CONS. U.E. n. 19/1965 un regolamento di esenzione in materia di accordi di distribuzione esclusiva (r. COMM. U.E., n. 83/1983, in *GUCE*, 1983, L 173, p. 1, rettificato in *GUCE*, 1983, L 281, p. 24; modificato dal r. COMM. U.E., n. 1582/1997, in *GUCE*, 1997, L 214, p. 27), di acquisto esclusivo (r. COMM. U.E., n. 84/1983, in *GUCE*, 1983, L 173, p. 5, rettificato in *GUCE*, 1983, L 281, p. 24; modificato dal r. COMM. U.E., n. 1582/1997, in *GUCE*, 1997, L 214, p. 27), di *franchising* (r. COMM. U.E., n. 4087/1988, in *GUCE*, 1988, L 359, p. 46), di distribuzione di autoveicoli e assistenza alla clientela (r. COMM. U.E., n. 1475/1995, in *GUCE*, 1995, L 145, p. 25), di trasferimento di tecnologia (r. COMM. U.E., n. 240/1996, in *GUCE*, 1996, L 31, p. 2). La Commissione ha invece adottato sulla base del r. CONS. U.E. n. 2821/1971 un regolamento di esenzione in materia di accordi di specializzazione (r. COMM. U.E., n. 417/1985, in *GUCE*, 1985, L 53, p. 1, così come modificato dal r. COMM. U.E., n. 151/1993, in *GUCE*, 1993, L 21, p. 8) e di ricerca e sviluppo (r. COMM. U.E., n. 418/1985, in *GUCE*, 1985, L 53, p. 5, così come modificato dal r. COMM. U.E., n. 151/1993, in *GUCE*, 1993, L 21, p. 8).

⁽¹⁴⁾ Cfr. r. CONS. U.E. n. 26/1962, in *GUCE*, 1962, 30, p. 993; modificato dal r. CONS. U.E. n. 49/1962, in *GUCE*, 1962, 53, p. 1571.

stri ⁽¹⁵⁾ e, successivamente, nei trasporti marittimi ⁽¹⁶⁾ ed aerei ⁽¹⁷⁾], sia quelli della Commissione [che ha definito, su delega del Consiglio, la politica di concorrenza nei trasporti marittimi di linea ⁽¹⁸⁾ e nell'industria dei servizi assicurativi ⁽¹⁹⁾].

Quella ora indicata è, dunque, una prima ragione per la quale è parso opportuno limitare preliminarmente l'analisi alle sole decisioni di esenzione individuale ⁽²⁰⁾.

Una ulteriore motivazione si ritrova nell'esigenza di consentire un confronto omogeneo con la simmetrica esperienza italiana dell'Autorità garante ⁽²¹⁾, che si caratterizza, al momento, per l'assenza di regolamenti

⁽¹⁵⁾ Cfr. r. CONS. U.E. n. 141/1962, in *GUCE*, 1962, p. 2753, ed. spec. 291; r. CONS. U.E. n. 1017/1968, in *GUCE*, 1968, L 175, p. 1.

⁽¹⁶⁾ Cfr. r. CONS. U.E. n. 4056/1986, in *GUCE*, 1986, L 378, p. 4.

⁽¹⁷⁾ Il Consiglio ha adottato un regolamento per la determinazione delle condizioni di applicazione delle regole di concorrenza (r. CONS. U.E. n. 3975/1987, in *GUCE*, 1987, L 374, p. 1, modificato prima dal r. CONS. U.E. n. 1284/1991, in *GUCE*, 1991, L 122, p. 2, quindi dal r. CONS. U.E. n. 2410/1992, in *GUCE*, 1992, L 240, p. 18) ed un ulteriore regolamento per la determinazione delle condizioni di applicazione dell'art. 85, comma 3, (r. CONS. U.E. n. 3976/1987, in *GUCE*, 1987, L 374, p. 9, modificato dal r. CONS. U.E. n. 2344/1990, in *GUCE*, 1990, L 217, p. 15, e quindi dal r. CONS. U.E. n. 2411/1992, in *GUCE*, 1992, L 240, p. 19) che hanno consentito alla Commissione di emanare un certo numero di regolamenti di esenzione per categoria (r. COMM. U.E., n. 2672/1988, in *GUCE*, 1988, L 239, p. 13; r. COMM. U.E., n. 2673/1988, in *GUCE*, 1988, L 239, p. 17; r. COMM. U.E., n. 82/1991, in *GUCE*, 1991, L 10, p. 7; r. COMM. U.E., n. 83/1991, in *GUCE*, 1991, L 10, p. 9; r. COMM. U.E., n. 84/1991, in *GUCE*, 1991, L 10, p. 14; r. COMM. U.E., n. 1617/1993, in *GUCE*, 1993, L 155, p. 18; r. COMM. U.E., n. 3089/1993, in *GUCE*, 1993, L 278, p. 1; r. COMM. U.E., n. 3652/1993, in *GUCE*, 1993, L 333, p. 37; r. COMM. U.E., n. 1523/1996, in *GUCE*, 1996, L 190, p. 11).

⁽¹⁸⁾ La Commissione ha adottato, sulla base del r. CONS. U.E. n. 479/1992 (in *GUCE*, 92, L 55, p. 3), un regolamento di esenzione in materia di accordi, decisioni e pratiche concordate tra compagnie di trasporto marittimo di linea c.d. consorzi (r. COMM. U.E., n. 870/1995, in *GUCE*, 1995, L 89, p. 7).

⁽¹⁹⁾ La Commissione ha altresì adottato sulla base del r. CONS. U.E. n. 1534/1991 (in *GUCE*, 1991, L 143, p. 1) un regolamento di esenzione in materia di accordi, decisioni e pratiche concordate nel settore delle assicurazioni (r. COMM. U.E., n. 3932/1992, in *GUCE*, 92, L 398, p. 7).

⁽²⁰⁾ La ricerca non prende altresì in considerazione la politica della concorrenza comunitaria che si esplica attraverso la c.d. *comfort letter*, con la quale la Commissione, a differenza dell'esenzione (individuale o di categoria) si limita a rendere nota alle imprese l'esistenza delle condizioni necessarie per la dichiarazione di inefficacia del divieto di cui all'art. 85, comma 1, ma di per sé non è (né quindi ha valore di) un'esenzione. In particolare la *comfort letter* non spiega effetti sulla nullità di diritto civile dell'intesa notificata, che può essere rimossa solo attraverso la dichiarazione di esenzione ex art. 85, comma 3. Si tratta, dunque, di un profilo di ricerca contiguo a quello qui esposto, ma anche di difficile apprezzamento in considerazione dell'assenza di pubblicità della fase pre-procedimentale che si conclude con il rilascio della *comfort letter*. Per ulteriori raggugli v. per tutti KORAH, *An Introductory Guide to EC Competition Law and Practice*, London, 1994, V ed., p. 139 ss..

⁽²¹⁾ L'analisi concerne le decisioni della sola Autorità garante della concorrenza e del mercato e non anche quelle delle autorità di vigilanza nei settori speciali del credito e dell'infor-

di esenzione per categoria. Al riguardo è vero che, in linea con il modello comunitario, anche il legislatore italiano ha ipotizzato la possibilità, e dunque l'opportunità, di una autorizzazione per categorie di accordi, intese e pratiche concordate che soddisfino le condizioni previste in appositi regolamenti di esenzione. Ma la formulazione incompleta ed anche imperfetta del primo capoverso dell'art. 4, comma 1, che non prevede le necessarie procedure applicative e di raccordo con le altre competenze dell'Autorità, ha sinora impedito l'adozione di regolamenti di autorizzazione per categoria (22).

Così delineate ragioni e obiettivo della ricerca, non resta che avvertire che nei paragrafi che seguono è dapprima considerata l'interpretazione della norma di esenzione nell'ordinamento europeo (v., *infra*, §§ 2-8), mentre nella parte successiva viene tracciato il corrispondente percorso applicativo della disciplina di diritto interno (v., *infra*, §§ 9-13) e, in chiusura, sono raccolte alcune considerazioni generali sull'istituto dell'esenzione — autorizzazione nella relazione tra politica della concorrenza e regolazione economica del mercato (v., *infra*, § 14).

2. *Le condizioni per la concessione dell'esenzione dal divieto di intese restrittive della concorrenza nel diritto comunitario.*

Si è già premesso che l'art. 85, comma 3, è inteso alla stregua di una clausola generale in ragione della sua ampiezza e dell'assenza di limitazioni a determinate forme o tipi di cooperazione: non vi sono quindi in-

mazione. Come è noto, sebbene l'art. 10, comma 4, della legge 287/1990 qualifichi l'Autorità quale organo nazionale competente per la tutela della concorrenza e del mercato, il successivo art. 20 devolve l'applicazione in via amministrativa delle regole di concorrenza di cui al titolo I della legge 287/1990 al Garante per la Radiofusione e l'Editoria ed alla Banca d'Italia. La norma, che ha raccolto diffuse e radicali critiche (v. per tutti Rossi, *Antitrust e teoria della giustizia*, cit., in part. p. 19; UBERTAZZI, *La ripartizione di competenze tra Autorità e Garante*, in *AIDA*, IV/1995, p. 169, in part. p. 171 ss.), è stata di recente parzialmente riformulata dall'art. 1, comma 6, lett. c, n. 9, della legge 249/1997, che ha riconsegnato la competenza amministrativa per l'applicazione del titolo I della legge 287/1990 nel settore dell'informazione all'Autorità garante della concorrenza e del mercato. Ed ora, per un'acuta analisi degli effetti prodotti dalla devoluzione alle autorità di settore della competenza amministrativa relativa all'applicazione del titolo I della legge n. 287/1990, v. Rossi, *Il conflitto di obiettivi nell'esperienza decisionale delle autorità*, in *Riv. soc.*, 1997, p. 265.

(22) PARDOLESI, *Commento all'art. 4*, in FRIGNANI-PARDOLESI-PATRONI GRIFFI-UBERTAZZI (a cura di), *Diritto antitrust italiano*, cit., p. 403 ss.

tese di per sé escluse dall'esenzione ed è sufficiente che ricadano sotto il divieto dell'art. 85, comma 1 ⁽²³⁾.

È però necessario, come del resto risulta dalla stessa formulazione di quattro specifiche condizioni, che la disapplicazione del divieto di intese restrittive risponda ad una verifica che impiega, evidentemente, quattro diversi parametri.

Così, nonostante che la norma di esenzione sia ispirata al bilanciamento di differenti interessi, ogni singola condizione deve risultare soddisfatta ⁽²⁴⁾ e diviene pertanto irrilevante e superfluo ogni successivo accertamento sull'astratta conformazione dell'intesa alle rimanenti condizioni delineate nell'art. 85, comma 3, ⁽²⁵⁾. È, dunque, una serie cumulativa di distinti requisiti e non, al contrario, un test ove sono compensate le singole componenti ⁽²⁶⁾.

Tuttavia, come sembra emergere dall'analisi delle decisioni in materia di esenzione, la Commissione assegna preminente rilievo al rispetto delle due condizioni positive (v., *infra*, §§ 4-5) e la posizione così assunta influenza, molto spesso, anche la valutazione relativa alle due condizioni negative (v., *infra*, §§ 6-7), la cui importanza precettiva viene talvolta ad essere sostanzialmente disattesa ⁽²⁷⁾.

⁽²³⁾ C. GIUST. U.E., 25 ottobre 1977, *Metro SB - Grossmärkte GmbH & Comma KG/Commissione (I)*, in *Raccolta*, 1977, p. 1875, in part. p. 1905, § 25.

⁽²⁴⁾ C. GIUST. U.E., 13 luglio 1966, *Établissements Consten - Grundig Verkaufs GmbH/Commissione*, in *Raccolta*, 1966, p. 457, in part. p. 527; C. GIUST. U.E., 17 gennaio 1984, *VBVB&VBBB/Commissione*, in *Raccolta*, 1984, p. 19, in part. p. 70, § 61; TRIB. U.E., 9 luglio 1992, *Publishers Association*, in *Raccolta*, 1992, II, p. 1995, in part. p. 2022, § 69; TRIB. U.E., 23 febbraio 1994, *Europay/Commissione*, in *Raccolta*, 1994, p. 19, in part. p. 70, § 110 ss.; TRIB. U.E., 15 luglio 1994, *Matra/Hachette*, in *Raccolta*, 1994, II, p. 595, § 85; COMM. U.E., 21 dicembre 1988, *Decca Navigator System*, in *GUCE*, 1989, L 43, p. 27, in part. p. 45, § 125.

⁽²⁵⁾ C. GIUST. U.E., 17 settembre 1985, *Ford II*, in *Raccolta*, 1985, p. 2725, in part. p. 2748, § 45; COMM. U.E., 25 luglio 1974, *FRUBO*, in *GUCE*, 1974, L 343, p. 16, in part. p. 22, § 84; 12 dicembre 1988, *Publishers Association*, in *GUCE*, 1989, L 22, p. 12, in part. p. 23, § 86.

⁽²⁶⁾ GOYDER, *EEC Competition Law*, cit., p. 139, che osserva come rispetto alle corti statunitensi « the Commission, by comparison, must operate within a rigid conceptual framework which allows less freedom of manoeuvre and instead requires the restriction to pass not a single balancing test, but rather a cumulative series of four separate tests ». Ma aggiunge anche che « credit obtained by a restraint for passing any particular condition by a considerable margin cannot be taken advantage of at a later stage (*at least in theory*) if the restraint fails to satisfy a subsequent condition for exemption » (corsivo aggiunto).

⁽²⁷⁾ GOYDER, *EEC Competition Law*, cit., p. 132, che osserva come « the way in which the Commission's answer to the first two questions is phrased has been deliberately chosen in order to make it easier to give an appropriate answer to the two following negative questions ».

3. *Prima condizione positiva: miglioramento della produzione o della distribuzione o contributo al progresso tecnico od economico.*

L'intesa deve portare ad un miglioramento della produzione o della distribuzione, ovvero contribuire al progresso tecnico od economico.

In coerenza con la valenza eccezionale dell'esenzione, quale risulta dalla formulazione complessiva dell'art. 85, la prima condizione positiva è soddisfatta solo quando esiste la concreta probabilità che i benefici adottati dalle parti si possano verificare avuto riguardo anche alla situazione che altrimenti si determinerebbe sul mercato interessato in difetto dell'intesa in esame ⁽²⁸⁾.

In ogni caso non può acquistare rilievo una misura che astrattamente migliori le attività di produzione o di distribuzione delle imprese interessate, considerato che i parametri indicati dall'art. 85, comma 3, richiedono che si dia alla nozione di miglioramento un'interpretazione tale per cui l'accordo necessariamente apporti vantaggi oggettivi, sensibili e idonei a compensare gli effetti negativi ad essi connessi ⁽²⁹⁾.

Nel contempo, poiché l'esenzione rende lecite le restrizioni concorrenziali derivanti dall'intesa, è necessario che sussista un rapporto di causalità tra benefici attesi e limitazioni della concorrenza derivanti dall'accordo ⁽³⁰⁾. È, quella relativa al rapporto di causalità, una valutazione

⁽²⁸⁾ COMM. U.E., 18 dicembre 1972, *Cement-regeling voor Nederland 1971*, in *GUCE*, 1972, L 303, p. 7, in part. p. 15, § 18; COMM. U.E., 22 dicembre 1972, *Cimbel*, in *GUCE*, 1972, L 303, p. 24, in part. p. 36, § 19 ss.; COMM. U.E., 19 dicembre 1974, *Duro-Dyne/Europair*, in *GUCE*, 1975, L 29, p. 11, in part. p. 12, § 1.

⁽²⁹⁾ COMM. U.E., 23 dicembre 1992, *Schöller Lebensmittel GmbH & Comma KG*, in *GUCE*, 1993, L 183, p. 1, in part. p. 13, § 117. Ciò significa che l'esenzione non può essere concessa se i mezzi impiegati sono inadeguati allo scopo (COMM. U.E., 16 dicembre 1971, *Vereeniging van Cementhandelaren*, in *GUCE*, 1972, L 13, p. 34, in part. p. 42, § 22; COMM. U.E., 20 dicembre 1972, *Riscaldamento centrale*, in *GUCE*, 1972, L 264, p. 22, in part. p. 28, § III; COMM. U.E., 3 luglio 1973, *Scalda acqua e scaldabagno a gas*, in *GUCE*, 1973, L 217, p. 34, in part. p. 38, § III) o se, tanto meno, il beneficio trova riscontro solo nelle opinioni soggettive delle parti (COMM. U.E., 8 settembre 1977, *COBELPA/VNP*, in *GUCE*, 1977, L 242, p. 10, in part. p. 17, § 41) o in analisi macro-economiche sui risultati del settore (TRIB. U.E., 21 febbraio 1995, *SPO/Commissione*, in *Raccolta*, 1995, II, p. 289, in part. p. 383, § 291).

⁽³⁰⁾ TRIB. U.E., 21 febbraio 1995, *SPO/Commissione*, in *Raccolta*, 1995, II, p. 289, in part. p. 382, § 288; COMM. U.E., 29 dicembre 1970, *Fabbricanti tedeschi di mattonelle in ceramica*, in *GUCE*, 1971, L 10, p. 15, in part. p. 21, § 2. Non sussiste, ad es., nesso di causalità tra un sistema collettivo di sconti uniformi e l'offerta prestazioni particolari agli acquirenti (COMM. U.E., 29 dicembre 1970, *Fabbricanti tedeschi di mattonelle in ceramica*, cit., in part. p. 21, § 2), tra creazione di un ufficio vendita comune e la promozione di ricerche sperimentali sul prodotto commercializzato (COMM. U.E., 23 dicembre 1971, *Nederlandse Cement - Handelmaatschappij N.V.*, in *GUCE*, 1972, L 22, p. 16, in part. p. 26, § 12), ovvero tra un sistema collettivo di sconti uniformi e l'osservanza di normative tecniche (COMM. U.E., 3 luglio 1973, *Scalda acqua e scaldabagno a*

estremamente delicata, che, tra l'altro, non deve essere confusa con l'accertamento richiesto in punto di prima condizione negativa, giacché solo in quella sede l'analisi incide sulla indispensabilità della misura anticompetitiva e perciò implica la simulazione di una misura alternativa comunque utile alla determinazione degli stessi miglioramenti attesi dalle parti dell'accordo (v., *infra*, § 6).

Come si è già detto, le utilità attese devono essere significative, poiché l'intesa deve comportare, rispetto alla situazione che si determinerebbe in sua assenza, vantaggi oggettivi e notevoli per la produzione o la distribuzione dei prodotti interessati⁽³¹⁾.

Se i benefici oggettivi che scaturiscono dall'intesa sono prevalenti rispetto alla riduzione della concorrenza, è soddisfatto il requisito del miglioramento della produzione o della distribuzione o del progresso tecnico od economico⁽³²⁾. La Commissione effettua così un giudizio di bilanciamento tra benefici e svantaggi e decide per la sussistenza del primo requisito richiesto dall'art. 85, comma 3, se il risultato evidenzia ancora significativi effetti positivi⁽³³⁾.

Se, invece, vi è sproporzione fra l'effetto positivo e quello negativo⁽³⁴⁾, non è possibile affermare la sussistenza di un miglioramento ri-

gas. in *GUCE*, 1973, L 217, p. 34, in part. p. 37 ss., § III), ovvero tra un sistema collettivo di scambio di informazioni relativamente alla partecipazione a bandi di gara ed un basso livello dei prezzi nel settore delle costruzioni (TRIB. U.E., 21 febbraio 1995, *SPO/Commissione*, cit., in part. p. 381, § 286).

⁽³¹⁾ È il principio affermato a partire dalle decisioni: COMM. U.E., 29 dicembre 1970, *Fabbricanti tedeschi di mattonelle in ceramica*, in *GUCE*, 1971, L 10, p. 15, in part. p. 22, § III; C. GIUST. U.E., 13 luglio 1966, *Établissements Consten - Grundig Verkaufs GmbH/Commissione*, in *Raccolta*, 1966, p. 457, in part. p. 527.

⁽³²⁾ C. GIUST. U.E., 13 luglio 1966, *Établissements Consten - Grundig Verkaufs GmbH/Commissione*, cit., in part. p. 525; C. GIUST. U.E., 29 ottobre 1980, *Heintz Van Landewyck SARL/Commissione (Fedetab)*, in *Raccolta*, 1980, p. 3125, in part. p. 3279, § 185; C. GIUST. U.E., 17 settembre 1985, *Ford/Commissione*, in *Raccolta*, 1985, p. 2725, in part. p. 2748, § 45; COMM. U.E., 5 dicembre 1984, *Assicurazioni contro gli incendi*, in *GUCE*, 1985, L 35, p. 20, in part. p. 28, § 41.

⁽³³⁾ COMM. U.E., 8 settembre 1977, *COBELPA/VNP*, in *GUCE*, 1977, L 242, p. 10, in part. p. 17, § 41; v. anche le conclusioni dell'avvocato generale nel caso C. GIUST. U.E., 17 gennaio 1984, *VBVB&VBBB/Commissione*, in *Raccolta*, 1984, p. 19, in part. p. 88, § 5.3.

⁽³⁴⁾ Così, se l'effetto anticompetitivo consiste nella fissazione dei prezzi, l'esenzione non può essere concessa e ciò perché la determinazione collettiva dei prezzi costituisce restrizione grave della concorrenza ed infrazione evidente dell'art. 85, comma 1, (C. GIUST. U.E., 17 gennaio 1984, *VBVB&VBBB/Commissione*, in *Raccolta*, 1984, p. 19, in part. p. 68, § 54; C. GIUST. U.E. 30 gennaio 1985, *Bureau national interprofessionnel du cognac/Guy Clair*, in *Raccolta*, 1985, p. 391, in part. p. 423, § 22; da ult. COMM. U.E., 30 gennaio 1995, *COAPI*, in *GUCE*, 1995, L 122, p. 37, in part. p. 48, § 41). Non solo, come è ovvio, non assume alcuna rilevanza il miglioramento della redditività delle imprese durante i periodi di congiuntura sfavorevole (COMM. U.E., 8 settembre 1977, *COBELPA/VNP*, in *GUCE*, 1977, L 242, p. 10, in part. p. 18, § 42) o la protezione da una

spetto alla situazione che si avrebbe in regime concorrenziale ⁽³⁵⁾.

In linea generale sono ritenuti prevalenti gli svantaggi sui benefici quando le imprese aderenti all'intesa sarebbero in grado anche singolarmente di ottenere i risultati positivi attesi dalla cooperazione ⁽³⁶⁾.

In altri termini i benefici rilevanti nel giudizio di bilanciamento sono solo quelli che le imprese interessate non sarebbero, singolarmente e senza la prospettata cooperazione, in condizione di ottenere o determinare ⁽³⁷⁾, e ciò perché l'interpretazione teleologica della norma espressa dall'art. 85, comma 3, consente di inserire tra gli effetti positivi solo quelli che si producono nei casi in cui la concorrenza non sia in grado, eccezionalmente, di conseguire il risultato più favorevole ⁽³⁸⁾.

Quindi l'esenzione dovrebbe essere sempre rifiutata quando alle

« concorrenza rovinosa » (TRIB. U.E., 21 febbraio 1995, *SPO/Commissione*, in *Raccolta*, 1995, II, p. 289, in part. p. 384, § 294), ma neppure una diminuzione dei prezzi può giustificare l'esenzione senza un'esauriente dimostrazione delle economie realizzate con la riorganizzazione produttiva a beneficio degli utilizzatori (COMM. U.E., 23 dicembre 1971, *Nederlandse Cement-Handelmaatschappij N.V.*, in *GUCE*, 1972, L 22, p. 16, in part. p. 26, § 13; COMM. U.E., 22 dicembre 1972, *Cimbel*, in *GUCE*, 1972, L 303, p. 24, in part. p. 38, § 26). Non sono neppure considerati meritevoli di esenzione gli accordi di fissazione dei prezzi all'esportazione che pure favoriscano l'accesso ai mercati internazionali delle piccole imprese o che assicurino la conservazione di posti di lavoro in una zona a debole struttura economica (COMM. U.E., 16 ottobre 1980, *Industrieverband Solnhofener Natursteinplatten e. V.*, in *GUCE*, 1980, L 318, p. 32, in part. p. 36, § 31). Sebbene, come si è detto, la determinazione collettiva di prezzi sia ritenuta restrizione grave e perciò non meritevole di esenzione, la regola incontra alcune significative eccezioni nel settore dei servizi finanziari: ad es. in relazione agli accordi tra banche, ma limitatamente ai loro reciproci rapporti, relativamente alla fissazione uniforme delle provvigioni per i servizi prestati alla clientela (COMM. U.E., 19 luglio 1989, *Banche dei Paesi Bassi*, in *GUCE*, 1989, L 253, p. 1, in part. p. 6, § 28 ss.) o nel caso di accordi tra imprese assicurative per la determinazione dei premi puri e delle condizioni generali di contratto (COMM. U.E., 20 dicembre 1989, *Concordato incendio*, in *GUCE*, 1990, L 15, p. 25, in part. p. 28, § 27).

⁽³⁵⁾ COMM. U.E., 23 dicembre 1971, *Nederlandse Cement - Handelmaatschappij N.V.*, in *GUCE*, 1972, L 22, p. 16, in part. p. 23 ss., §§ 11/12; COMM. U.E., 10 dicembre 1984, *Sistema di distribuzione Grohe*, in *GUCE*, 1985, L 19, p. 17, in part. p. 22, § 20; COMM. U.E., 19 febbraio 1991, *Screensport/Membri EBU*, in *GUCE*, 1991, L 63, p. 32, in part. p. 43, § 71.

⁽³⁶⁾ COMM. U.E., 21 dicembre 1973, *Kali und Salz/Kali Chemie II*, in *GUCE*, 1973, L 19, p. 22, in part. p. 25, § 4; COMM. U.E., 15 dicembre 1975, *Bayer/Gist-Brocades*, in *GUCE*, 1976, L 30, p. 13, in part. p. 19, § 1.

⁽³⁷⁾ COMM. U.E., 11 maggio 1973, *SPCA-Kali und Salz*, in *GUCE*, 1973, L 217, p. 3, in part. p. 5.

⁽³⁸⁾ COMM. U.E., 15 dicembre 1975, *Bayer/Gist-Brocades*, in *GUCE*, 1976, L 30, p. 13, in part. p. 19, § 1; COMM. U.E., 22 dicembre 1976, *Gerofabriek*, in *GUCE*, 1977, L 16, p. 8, in part. p. 11, § b; COMM. U.E., 8 dicembre 83, *Carbon Gas Technologie*, in *GUCE*, 1983, L 376, p. 17, in part. p. 20, § 1; COMM. U.E., 4 luglio 1984, *Fibre sintetiche*, in *GUCE*, 1984, L 207, p. 17, in part. p. 22, § 31. In senso contrario altri osservano che si deve tener conto di qualunque vantaggio purché consistente e anche se realizzabile dalle singole imprese ed indipendentemente dall'intesa, poiché altrimenti si corre il rischio di ottenere vantaggi minimi con il massimo dei costi, come accade se si includono nei benefici solo quelli che si ottengono quando la cooperazione supera le

parti non sia possibile dimostrare che l'intesa offre maggiori possibilità del regime concorrenziale nel conseguire i benefici economici che le imprese desiderano ottenere ⁽³⁹⁾.

Nella valutazione dei vantaggi e degli svantaggi derivanti dall'intesa la Commissione ed i giudici europei ritengono peraltro necessario considerare anche tutte le circostanze estrinseche, quali le caratteristiche del mercato rilevante ⁽⁴⁰⁾, l'esistenza di altri accordi simili ⁽⁴¹⁾, le politiche di liberalizzazione del settore a livello nazionale ⁽⁴²⁾ e, più in generale, il contesto giuridico ed economico nel quale l'accordo viene ad essere applicato, per tenere conto di tutti i comportamenti delle imprese interessate nel loro insieme ⁽⁴³⁾.

possibilità individuali delle singole imprese interessate (GLEISS-HIRSCH, *Kommentar zum EG Kartellrecht*, t. I, Heidelberg, IV ed., 1993, p. 708, § 1868).

⁽³⁹⁾ COMM. U.E., 20 luglio 1978, « Raccomandazione » Fedetab, in *GUCE*, 1978, L 224, p. 29, in part. p. 43, § 119; COMM. U.E., 25 novembre 1981, VBVB/VBVB, in *GUCE*, 1982, L 54, p. 36, in part. p. 47, § 53; COMM. U.E., 12 dicembre 1983, Agenzia Internazionale per l'energia, in *GUCE*, 1983, L 376, p. 30, in part. p. 35, § 29; COMM. U.E., 19 febbraio 1991, Screensport/Membri EBU, in *GUCE*, 1991, L 63, p. 32, in part. p. 43, § 70; C. GIUST. U.E., 29 ottobre 1980, Heintz Van Landewyck SARL/Commissione (Fedetab), in *Raccolta*, 1980, p. 3125, in part. p. 3276, § 178; C. GIUST. U.E., 17 gennaio 1984, VBVB&VBVB/Commissione, in *Raccolta*, 1984, p. 19, in part. p. 69, § 56; in dottrina per tutti BELLAMY-CHILD, *Common Market Law of Competition*, London, 1993, p. 155, § 3-027. L'esenzione può tuttavia essere concessa se il risultato desiderato viene raggiunto attraverso l'intesa più rapidamente di quanto non possa essere altrimenti possibile in un periodo di tempo accettabile: cfr. COMM. U.E., 4 luglio 1984, Fibre sintetiche, in *GUCE*, 1984, L 207, p. 17, in part. p. 22, § 31; COMM. U.E., 19 luglio 1984, BPCL/ICI, in *GUCE*, 1984, L 212, p. 1, in part. p. 8, § 35; COMM. U.E., 4 dicembre 1986, ENI/Montedison, in *GUCE*, 1987, L 5, p. 13, in part. p. 18, § 27; COMM. U.E., 22 dicembre 1987, Enichem/ICI, in *GUCE*, 1988, L 50, p. 18, in part. p. 24, § 32; COMM. U.E., 5 maggio 1988, Bayer/BP Chemicals, in *GUCE*, 1988, L 150, p. 35, in part. p. 39, § 26.

⁽⁴⁰⁾ C. GIUST. U.E., 25 ottobre 1977, Metro SB - Grossmärkte GmbH & Comma KG/Commissione (I), in *Raccolta*, 1977, p. 1875, in part. p. 1913, § 42 ss..

⁽⁴¹⁾ C. GIUST. U.E., 22 ottobre 1986, Metro SB - Grossmärkte GmbH & Comma KG/Commissione (II), in *Raccolta*, 1986, p. 3021, in part. p. 3092, § 77.

⁽⁴²⁾ COMM. U.E., 23 marzo 1990, Moosehead/Whitbread, in *GUCE*, 1990, L 100, p. 32, in part. p. 36, § 16.

⁽⁴³⁾ C. GIUST. U.E., 17 settembre 1985, Ford-Werke AG-Ford of Europe Inc./Commissione (Ford II), in *Raccolta*, 1985, p. 2725, in part. p. 2746, § 33. E, quindi, anche la condotta unilaterale di una delle parti (nel caso di specie il rifiuto di fornitura con l'effetto di impedire le importazioni parallele) può precludere la concessione dell'esenzione se, tra questo comportamento e l'esenzione, sussiste una connessione diretta ed immediata ed, inoltre, se la condotta unilaterale manifesta un apprezzabile effetto anticoncorrenziale (COMM. U.E., 16 novembre 1983, Sistema di distribuzione Ford Werke AG, in *GUCE*, 1983, L 327, p. 31, in part. p. 37, § 36; v. anche, nello stesso senso, con riferimento non solo a condotte unilaterali ma anche a clausole non rivelate insieme alla notifica: COMM. U.E., 15 dicembre 1992, Ford Agricultural, in *GUCE*, 1993, L 20, p. 1 ss., §§ 8, 9 e 18). In questo caso la Commissione può ritenere necessario accertare se, ai fini dell'esenzione, il comportamento sia o meno conseguenza dell'intesa (COMM. U.E., 16 novembre 1983, Sistema di distribuzione Ford Werke AG, cit., § 36) ma con il rischio di decisioni rese in

Ma, sullo sfondo, il percorso applicativo della norma è illuminato soprattutto dagli obiettivi sanciti nel Trattato: così, ad es., se l'effetto anticompetitivo consiste nella compartimentazione dei mercati nazionali, l'esenzione, pur a fronte di consistenti miglioramenti, non viene mai concessa. Ciò accade sia nei casi in cui l'effetto di isolamento del mercato nazionale sia diretto ⁽⁴⁴⁾, sia nei casi in cui il medesimo effetto sia conseguenza solo indiretta dell'accordo ⁽⁴⁵⁾, in ogni caso ravvisandosi nella compartimentazione del mercato interno una violazione grave per contrasto con gli obiettivi fondamentali del Tr. U.E. e ciò indipendentemente dall'analisi di eventuali effetti procompetitivi, come può essere nel caso delle intese verticali ⁽⁴⁶⁾.

4. Segue: *tipologia e rilevanza dei benefici attesi.*

La riduzione dei costi, l'ampliamento della quantità o della qualità dell'offerta, l'accesso a nuovi mercati ed anche l'incremento del grado di trasparenza sono idonei a configurare il miglioramento della produzione e della distribuzione o la promozione del progresso tecnico ed economico.

La riduzione dei costi è il principale obiettivo degli accordi oggetto di considerazione positiva da parte dell'autorità *antitrust* comunitaria ⁽⁴⁷⁾.

contrasto con la regola di prevedibilità dell'esenzione e con sacrificio del principio di certezza del diritto (così anche GLEISS-HIRSCH, *Kommentar zum EG Kartellrecht*, I, cit., p. 710, § 1874).

⁽⁴⁴⁾ Si veda, ad es., COMM. U.E., 23 novembre 1972, *Pittsburgh Corning Europe/Formica Belgium/Hertel*, in *GUCE*, 1972, L 272, p. 35, in part. p. 39, § II; COMM. U.E., 5 ottobre 1973, *Deutsche Philips GmbH*, in *GUCE*, 1973, L 293, p. 40, in part. p. 41, § 2; COMM. U.E., 22 dicembre 1976, *Gerofabriek*, in *GUCE*, 1977, L 16, p. 8, in part. p. 11, § b.

⁽⁴⁵⁾ Si veda, ad es., COMM. U.E., 23 luglio 1974, *Carte da parati belghe*, in *GUCE*, 1974, L 237, p. 3, in part. p. 9, § e; COMM. U.E., 24 luglio 1974, *Advocat Zwarte Kip*, in *GUCE*, 1974, L 237, p. 12, in part. p. 14, § 3; COMM. U.E., 21 novembre 1975, *Bomee/Stichting*, in *GUCE*, 1975, L 329, p. 30, in part. p. 33, § III; COMM. U.E., 28 novembre 1990, *Bayer/Dental*, in *GUCE*, 1990, L 351, p. 46, in part. p. 50, § 18.

⁽⁴⁶⁾ Così per tutti v. WISH, *Competition Law*, London, 1993, p. 547, che così osserva: « Economic theory suggests that exclusivity may be perfectly justified. The Community authorities however are above all concerned to prevent measures which have the effect of segregating national markets from another and, as we shall see, this obsession informs much of the law on the application of Article 85 to vertical restraints. This means that there is an awkward compromise in EEC law between the two conflicting aims of protecting distributors and opening up the common market: where a conflict does occur, the tendency of the Community authorities is to opt for the political goal of market integration rather than the economic one of efficient distribution » (corsi-vo aggiunto).

⁽⁴⁷⁾ Ciò è particolarmente evidente nelle decisioni relative agli accordi di cooperazione conclusi per razionalizzare la capacità produttiva (COMM. U.E., 4 luglio 1984, *Fibre sintetiche*, in *GUCE*, 1984, L 207, p. 17, in part. p. 22, § 34; COMM. U.E., 19 luglio 1984, *BPCLICI*, in *GUCE*,

Pur tenendo conto del dovere di riservatezza in merito ai dati aziendali, non sembra che le decisioni della Commissione siano fondate su una rigorosa analisi economica ⁽⁴⁸⁾ ed è per questa ragione che le stesse sono frequentemente — ma altrettanto debolmente — sorrette e riferite anche agli altri indici di miglioramento della produzione e della distribuzione — di per sé rilevanti *ex art.* 85, comma 3, — descritti nel seguito ⁽⁴⁹⁾.

È noto che così come la riduzione dei costi, anche l'ampliamento della quantità o della qualità dell'offerta è parametro idoneo a configurare il miglioramento della produzione e della distribuzione o la promozione del progresso tecnico ed economico ⁽⁵⁰⁾.

1984, L 212, p. 1, in part. p. 8, § 34; COMM. U.E., 4 dicembre 1986, *ENI/Montedison*, in *GUCE*, 1987, L 5, p. 13, in part. p. 18, § 29; COMM. U.E., 5 maggio 1988, *Bayer/BP Chemicals*, in *GUCE*, 1988, L 150, p. 35, in part. p. 39, § 26; COMM. U.E., 29 aprile 1994, *Stichting/Baksteen*, in *GUCE*, 1994, L 131, p. 15, in part. p. 19, § 19), con conseguente riduzione del costo unitario del prodotto (COMM. U.E., 13 luglio 1983, *Rockwell/Iveco*, in *GUCE*, 1983, L 224, p. 19, in part. p. 25, § 8; COMM. U.E., 21 dicembre 1994, *Philips/Osram*, in *GUCE*, 1994, L 378, p. 37, in part. p. 42, § 25), o dei costi di magazzino (COMM. U.E., 6 dicembre 1983, *Schlegel/VCPIO*, in *GUCE*, 1983, L 351, p. 20, in part. p. 22, § 18; COMM. U.E., *ENI/Montedison*, cit., in part. p. 18, § 30), o dei tempi di ammortamento degli impianti (COMM. U.E., 12 luglio 1984, *Carlsberg*, in *GUCE*, 1984, L 207, p. 26, in part. p. 34, § 9), ma anche nelle decisioni sugli accordi stipulati per conseguire migliori condizioni di acquisto delle materie prime e, dunque, una riduzione dei costi di approvvigionamento (COMM. U.E., 9 luglio 1980, *National Sulphuric Acid Association*, in *GUCE*, 1980, L 260, p. 24, in part. p. 30, § 46), ovvero migliori condizioni di allocazione della copertura assicurativa e quindi una riduzione dei costi della riassicurazione (COMM. U.E., 20 dicembre 1989, *TEKO*, in *GUCE*, 1990, L 13, p. 34, in part. p. 37, § 27).

⁽⁴⁸⁾ Si veda, ad es., COMM. U.E., 17 gennaio 1972, *Man/Saviem*, in *GUCE*, 1972, L 31, p. 29, in part. p. 34, § 29. Significativamente, nel caso di accordi di riduzione della capacità produttiva il miglioramento della produzione derivante dalla riduzione dei costi è misurato, in particolare, sui dati relativi alla percentuale di utilizzo degli impianti rispetto alla loro capacità teorica mediante un confronto tra il risultato nel periodo antecedente all'accordo e, ovviamente, quello stimato di utilizzo in epoca successiva (COMM. U.E., 4 dicembre 1986, *ENI/Montedison*, in *GUCE*, 1987, L 5, p. 13, in part. p. 18, § 32). Più in generale, ma nello stesso senso, v. i rilievi di KORAH, *An Introductory Guide to EC Competition Law and Practice*, cit., in part. p. 267 ss, § 14.2.

⁽⁴⁹⁾ GLEISS-HIRSCH, *Kommentar zum EG Kartellrecht*, I, cit., p. 712, § 1880.

⁽⁵⁰⁾ È quindi rilevante l'offerta di una nuova o di una più ampia gamma di prodotti (COMM. U.E., 23 dicembre 1977, *Jaz/Peter*, in *GUCE*, 1978, L 61, p. 17, in part. p. 19, § 6; COMM. U.E., 26 novembre 1981, *Sopelam/Vickers*, in *GUCE*, 1981, L 391, p. 1, in part. p. 2, § 6; COMM. U.E., 29 ottobre 1982, *Amersham/Buchler*, in *GUCE*, 1982, L 314, p. 34, in part. p. 36, § 11; COMM. U.E., 13 luglio 1983, *Rockwell/Iveco*, in *GUCE*, 1983, L 224, p. 19, in part. p. 25, § 8; COMM. U.E., 21 dicembre 1992, *Fiat/Hitachi*, in *GUCE*, 1993, L 20, p. 10, in part. p. 12, § 25; COMM. U.E., 23 dicembre 1992, *Ford/Volkswagen*, in *GUCE*, 1992, L 20, p. 14, in part. p. 17, § 24), la progettazione e lo sviluppo di un prodotto che oltrepassa i limiti tecnici di quello tradizionale (COMM. U.E., 11 ottobre 1988, *Continental/Michelin*, in *GUCE*, 1988, L 305, p. 33, in part. p. 40, § 26; COMM. U.E., 11 ottobre 1988, *BBC/Brown Boveri*, in *GUCE*, 1988, L 301, p. 68, in part. p. 72, § 23; COMM. U.E., 13 ottobre 1988, *Delta Chemie/DDD*, in *GUCE*, 1988, L 309, p. 34, in part. p. 42, § 41), l'incremento degli impianti di produzione (COMM. U.E., 15 dicembre 1986, *Boussois/Interpane*, in *GUCE*, 1987, L 50, p. 30, in part. p. 36, § 20), il miglioramento della di-

L'enunciato normativo viene così interpretato in misura estremamente flessibile, ed anche oltre il limite del suo significato letterale, per ricomprendervi in qualche caso anche il mantenimento di una rete di vendita in un mercato con elevati rischi finanziari ed in fase di contrazione⁽⁵¹⁾, ovvero la razionalizzazione della rete distributiva se può determinare una migliore prevedibilità degli approvvigionamenti⁽⁵²⁾, od ancora la concentrazione dei distributori su determinati prodotti⁽⁵³⁾. Dunque, è più che ragionevole dubitare del grado di indispensabilità di molti di questi accordi; probabilmente consistenti effetti positivi potrebbero essere conseguiti con il libero dispiegarsi delle forze di mercato, anziché con l'accordo tra concorrenti ed il successivo intervento dell'autorità *antitrust*.

Se il contesto ora esaminato costituisce un ulteriore significativo indice di un utilizzo dell'esenzione per finalità di politica industriale e, più in generale, di regolazione economica a livello comunitario⁽⁵⁴⁾, una emblematica conferma si ritrova nell'approccio particolarmente favorevole della Commissione nel caso di accordi per la creazione di nuovi standard industriali che aumentino l'offerta di prodotti fra loro compatibili, anche se a fronte di consistenti effetti anticoncorrenziali⁽⁵⁵⁾.

istribuzione (COMM. U.E., 17 dicembre 1986, *Pronuptia*, in *GUCE*, 1987, L 13, p. 39, in part. p. 46, § 34; COMM. U.E., 17 dicembre 1986, *Yves Rocher*, in *GUCE*, 1987, L 8, p. 49, in part. p. 57, § 58; COMM. U.E., 13 luglio 1987, *Computerland*, in *GUCE*, 1987, L 222, p. 12, in part. p. 20, § 30) specialmente nel caso di nuovi prodotti (COMM. U.E., 22 dicembre 1987, *Rich Products/Jusrol*, in *GUCE*, 1988, L 69, p. 21, in part. p. 27, § 41; COMM. U.E., 15-19-1990, *Cekacan*, in *GUCE*, 1990, L 299, p. 64, in part. p. 69, § 44; COMM. U.E., 12 dicembre 1990, *KSB/Goulds/Lowara/ITT*, in *GUCE*, 1991, L 19, p. 25, in part. p. 33, § 26), o di nuove tecniche non di pubblico dominio (COMM. U.E., 23 marzo 1990, *Moosehead/Whitbread*, in *GUCE*, 1990, L 100, p. 32, in part. p. 37, § 16).

⁽⁵¹⁾ COMM. U.E., 12 luglio 1989, *UIP*, in *GUCE*, 1989, L 226, p. 25, in part. p. 31, § 46.

⁽⁵²⁾ COMM. U.E., 21 febbraio 1994, *Associazione Internazionale per l'Energia*, in *GUCE*, 1994, L 68, p. 35, in part. p. 37, § 6.

⁽⁵³⁾ COMM. U.E., 16 dicembre 1991, *Yves Saint Laurent Parfums*, in *GUCE*, 1992, L 12, p. 24, in part. p. 31, § 2; COMM. U.E., 24 luglio 1992, *Sistema di distribuzione selettiva della Parfums Givenchy*, in *GUCE*, 1992, L 236, p. 11, in part. p. 18, § 2, su cui v. LOLLI, *Yves Saint Laurent Parfums e Givenchy: i recenti sviluppi del diritto comunitario in tema di distribuzione selettiva*, in *Contr. impr.*, 1993, p. 1204; COMM. U.E., 21 dicembre 1993, *Sistema di distribuzione Grundig nella CE*, in *GUCE*, 1994, L 20, p. 15, in part. p. 21, § 36.

⁽⁵⁴⁾ In qualche caso anche il solo miglioramento della qualità dei prodotti o dei servizi, in assenza di incremento nella quantità dell'offerta, è stato sufficiente per la concessione dell'esenzione. Si è così ritenuto miglioramento rilevante l'utilizzo di procedure e condizioni contrattuali uniformi per il sistema dei pagamenti (COMM. U.E., 19 luglio 1989, *Banche dei Paesi Bassi*, in *GUCE*, 1989, L 253, p. 1, in part. p. 10, § 62), ovvero lo scambio di informazioni statistiche tra assicuratori per l'offerta di una corretta gestione ed una migliore qualità del servizio assicurativo (COMM. U.E., 20 dicembre 1989, *Concordato incendio*, in *GUCE*, 1990, L 15, p. 25, in part. p. 28, § 24).

⁽⁵⁵⁾ COMM. U.E., 15 dicembre 1986, *X/Open Group*, in *GUCE*, 1987, L 35, p. 36, in part.

E ancor più sfumata è la motivazione dell'esenzione quando il miglioramento della produzione o della distribuzione è identificato non già nella ricerca di una riduzione dei costi o nell'ampliamento dell'offerta ma nell'accesso a nuovi mercati o, infine, nell'incremento del grado di trasparenza.

Così, in alcuni casi, il beneficio atteso dall'accesso a nuovi mercati è stato ritenuto sufficiente per compensare temporaneamente quegli effetti restrittivi dell'intesa che, in presenza di una semplice riduzione di costi o di un aumento della quantità o della qualità dell'offerta, avrebbero invece impedito la concessione dell'esenzione⁽⁵⁶⁾.

Come si è già accennato, anche l'incremento del grado di trasparenza del mercato è stato ascritto, anche se solo in rare occasioni, alla tipologia dei miglioramenti rilevanti per la concessione dell'esenzione⁽⁵⁷⁾.

È peraltro evidente che lo scambio di informazioni può avere l'effetto di neutralizzare la concorrenza⁽⁵⁸⁾, poiché proprio in condizioni di elevata trasparenza del mercato l'accordo può indurre comportamenti col-

p. 41, § 43. Nel caso deciso la Commissione ha autorizzato un accordo che prevede significative misure restrittive della concorrenza (per effetto delle regole che disciplinano l'ammissione al gruppo) con il solo temperamento offerto dall'obbligo di rendere disponibili i risultati della cooperazione nel più breve tempo e nella più ampia misura possibile.

⁽⁵⁶⁾ Ad es. è stata accordata l'esenzione anche in presenza di una clausola di esclusiva territoriale allo scopo di consentire l'affermazione della tecnologia concessa in licenza per il periodo necessario per il recupero dell'investimento (COMM. U.E., 2 dicembre 1975, *AOIP/Beyard*, in *GUCE*, 1976, L 6, p. 8, in part. p. 14, § 1; COMM. U.E., 12 luglio 1985, *Velcro/Aplix*, in *GUCE*, 1985, L 233, p. 22, in part. p. 29, § 1). L'accesso a nuovi mercati aveva già assunto rilevanza in precedenti decisioni, come, ad es., COMM. U.E., 17 gennaio 1972, *Man/Saviem*, in *GUCE*, 1972, L 31, p. 29, in part. p. 34, § 30; COMM. U.E., 25 luglio 1977, *De Laval/Stork*, in *GUCE*, 1977, L 215, p. 11, in part. p. 17, § 10.

⁽⁵⁷⁾ Così è nel caso di un accordo di programmazione che razionalizzi il calendario di fiere ed esposizioni anche mediante l'imposizione del divieto di partecipazione ad altre manifestazioni in determinati periodi prima, durante e dopo una esposizione dell'associazione (COMM. U.E., 11 luglio 1988, *British Dental Trade Association*, in *GUCE*, 1988, L 233, p. 15, in part. p. 21, § 32), o nel caso di accordi che stabiliscono i criteri di scelta degli espositori e limitano la promozione commerciale ai soli prodotti esposti nello stand (COMM. U.E., 15 febbraio 1991, *SIPPA*, in *GUCE*, 1991, L 60, p. 19, in part. p. 22, § 17), o nel caso di fissazione di una struttura tariffaria uniforme nel settore del trasporto combinato di merci che permetta un più agevole raffronto degli itinerari a beneficio degli operatori (COMM. U.E., 24 febbraio 1993, *Accordo su tariffe nel trasporto combinato di merci*, in *GUCE*, 1993, L 73, p. 38, in part. p. 42, § 50).

⁽⁵⁸⁾ Così, non può formare oggetto di esenzione un accordo sull'applicazione di sconti omogenei quando gli acquirenti hanno già la possibilità di monitorare il mercato in ragione della standardizzazione dei prodotti e dell'uniformità dei prezzi (COMM. U.E., 29 dicembre 1970, *Fabbricanti tedeschi di mattonelle in ceramica*, in *GUCE*, 1971, L 10, p. 15, in part. p. 21, § 2), e tantomeno un sistema di scambio di informazioni sui prezzi, sugli sconti e sulle altre condizioni commerciali (COMM. U.E., 15 maggio 1974, *Accordo fra produttori di vetro per contenitori*, in *GUCE*, 1974, L 160, p. 1, in part. p. 15, § 54; COMM. U.E., 15 luglio 1975, *Regolamenti IFTRA per i produttori di alluminio grezzo*, in *GUCE*, 1975, L 228, p. 3, in part. p. 12, § c),

clusivi specialmente in settori altamente concentrati ⁽⁵⁹⁾. Ed è così che le intese finalizzate ad incrementare il grado di trasparenza del mercato, anche se possono soddisfare la prima condizione positiva, generalmente non sono esentate per difetto del terzo requisito — quello di indispensabilità delle misure anticompetitive — richiesto dall'art. 85, comma 3, (v., *infra*, § 6) ⁽⁶⁰⁾.

Restano, infine, alcune decisioni le cui motivazioni non possono che essere riferite ad una categoria residuale, che sembra assai lontana dalla valutazione propria del giudizio concorrenziale.

Così, ad es., la protezione dell'ambiente e lo sviluppo di tecnologie che favoriscono il risparmio delle risorse energetiche e la riduzione dell'inquinamento costituiscono un miglioramento della produzione rilevante per la concessione dell'esenzione ⁽⁶¹⁾.

Anche la cooperazione in ambito europeo può assumere concreta rilevanza per la concessione dell'esenzione, se l'accordo riguarda l'introduzione di una nuova tecnologia che, oltre a promuovere il progresso tecnico in un settore in rapida evoluzione, consente di competere con produttori di paesi non comunitari ⁽⁶²⁾.

Infine, pur in assenza di un puntuale riferimento normativo tra i mi-

⁽⁵⁹⁾ Sulle pratiche facilitanti, nella letteratura italiana, v. OSTI, *Antitrust e oligopolio*, Bologna, 1995, in part. 217 ss..

⁽⁶⁰⁾ Così, un accordo fra produttori relativo allo scambio di informazioni sulle reciproche vendite non può essere autorizzato se, tra l'altro, ne deriva una stabilizzazione del mercato nel esclusivo interesse delle imprese partecipanti senza che gli utilizzatori ne traggano alcun beneficio (COMM. U.E., 2 dicembre 1986, *Acidi grassi*, in *GUCE*, 1987, L 3, p. 17, in part. p. 24, § 50). Invero se, riguardando un mercato altamente concentrato, la trasparenza creata dallo scambio di informazioni - relative alle vendite dei diversi concorrenti ed a quelle effettuate dai rispettivi distributori - priva il singolo competitore dell'effetto sorpresa e dà modo alle altre imprese di reagire con maggiore rapidità riducendo drasticamente eventuali vantaggi transitori (COMM. U.E., 17 febbraio 1992, *UK Agricultural Tractor Registration Exchange*, in *GUCE*, 1992, L 68, p. 19, in part. p. 32, § 64; TRIB. U.E., 27 ottobre 1994, *Fiatagri U.K./Commissione*, in *Raccolta*, 1994, II, p. 905, in part. p. 953, § 99; TRIB. U.E., 27 ottobre 1994, *John Deere Limited/Commissione*, in *Raccolta*, 1994, II, p. 957, in part. p. 1011, § 105). Per un approfondimento si veda per tutti: WISH-SUFRIN, *Oligopolistic Markets and EC Competition Law*, in BARAV-WYATT (eds.), *12 Yearbook of European Law*, Oxford, 1993, p. 59, in part. p. 65.

⁽⁶¹⁾ COMM. U.E., 8 dicembre 83, *Carbon Gas Tecnologia*, in *GUCE*, 1983, L 376, p. 17, in part. p. 19, § 1; COMM. U.E., 11 ottobre 1988, *BBC/Brown Boveri*, in *GUCE*, 1988, L 301, p. 13, in part. p. 72, § 23; COMM. U.E., 12 dicembre 1990, *KSB/Goulds/Lowara/ITT*, in *GUCE*, 1991, L 19, p. 25, in part. p. 34, § 27; COMM. U.E., 21 dicembre 1994, *Philips/Osram*, in *GUCE*, 1994, L 378, p. 37, in part. p. 42, § 25. Deve tuttavia trattarsi di accordo di produzione (essendo invece escluso quello di semplice distribuzione) indispensabile per il conseguimento dei miglioramenti tecnici (COMM. U.E., 19 dicembre 1990, *ANSAC*, in *GUCE*, 1991, L 152, p. 54, in part. p. 58, § 23).

⁽⁶²⁾ COMM. U.E., 14 luglio 1986, *Fibre ottiche*, in *GUCE*, 1986, L 236, p. 30, in part. p. 31, § 59; COMM. U.E., 12 gennaio 1990, *Alcatel Espace/ANT Nachrichtentechnik*, in *GUCE*, 1990,

gliamenti rilevanti per la concessione dell'esenzione, l'autorità comunitaria prende in considerazione anche lo sviluppo sociale, implicitamente riferito e attratto nel criterio-obiettivo del progresso economico⁽⁶³⁾, come avviene in alcune decisioni relative al mantenimento dei livelli occupazionali durante una congiuntura economica sfavorevole⁽⁶⁴⁾, o al ricollocamento a condizioni accettabili del personale in esubero di imprese in crisi⁽⁶⁵⁾ o, ancora, all'offerta di lavoro in una regione economicamente depressa della Comunità⁽⁶⁶⁾. L'esenzione diviene, in questi casi, strumento con evidenti finalità di politica industriale⁽⁶⁷⁾.

5. *Seconda condizione positiva: congrua partecipazione degli utilizzatori ai benefici attesi dalle parti dell'accordo.*

La seconda condizione richiesta per la concessione dell'esenzione consiste nella adeguata partecipazione degli utilizzatori ai benefici che le imprese aderenti ricevono dall'accordo.

Nell'analisi delle decisioni di esenzione le nozioni di utilizzatore e di congrua utilità sono intese in termini molto ampi⁽⁶⁸⁾, così da consen-

L 32, p. 19, in part. p. 24, § 18; COMM. U.E., 11 novembre 1994, *Olivetti/Digital*, in *GUCE*, 1994, L 309, p. 24, in part. p. 29, § 30.

⁽⁶³⁾ GAVALDA-PARLEANI, *Droit des Affaires de l'Union Européenne*, cit., p. 250, § 507, che osservano come « L'article 85, § 3, ne considère pas cet objectif dans le bilan concurrentiel. Le progrès social est sans doute visé implicitement par la référence au "progrès économique". Dans le long terme, celui-ci implique celui-là ».

⁽⁶⁴⁾ C. GIUST. U.E., 25 ottobre 1977, *Metro SB - Grossmärkte GmbH & Comma KG/Commissione (I)*, in *Raccolta*, 1977, p. 1875, in part. p. 1904, § 23 ss.; C. GIUST. U.E., 11 luglio 1985, *Remia*, in *Raccolta*, 1985, p. 2545, in part. p. 2577, § 42.

⁽⁶⁵⁾ COMM. U.E., 29 aprile 1994, *Stichting/Baksteen*, in *GUCE*, 1994, L 131, p. 15, in part. p. 20, § 27.

⁽⁶⁶⁾ COMM. U.E., 23 dicembre 1992, *Ford/Volkswagen*, in *GUCE*, 1993, L 20, p. 14, in part. p. 19, § 36.

⁽⁶⁷⁾ VAN BAEL-BELLIS, *Il diritto della Concorrenza nella Comunità Europea*, trad. it., Torino, 1995, p. 65, § 321, che rilevano, per l'appunto, che « la Commissione si serve talvolta dei suoi poteri discrezionali in materia di concorrenza per considerare aspetti di politica industriale e/o sociale della Comunità ».

⁽⁶⁸⁾ GOYDER, *EEC Competition Law*, cit., p. 135, che osserva come « the use in the French text of the expression *utilisateurs* was always a cogent indication that the class of "consumers" was wide enough to cover those who acquired the goods at any stage of the distribution process, whether in order to add value or merely to make use of the product for any purpose ». Nello stesso senso KORAH, *An Introductory Guide to EC Competition Law and Practice*, cit., p. 64, rileva che « 'consumers' is rather a misleading translation of the French '*utilisateurs*'. In most of the authentic texts (other than English) the word means ultimate buyers, whether for private or business use ».

tire all'autorità comunitaria « approcci differenziati » ai singoli casi ⁽⁶⁹⁾.

Ad es. tra gli utilizzatori possono essere ricompresi non solo gli acquirenti diretti, ma anche quelli indiretti ⁽⁷⁰⁾, e non solo gli acquirenti dei prodotti intermedi, ma anche quelli dei prodotti finali ⁽⁷¹⁾. La condizione per l'inclusione di utilizzatori a differenti stadi della produzione o della distribuzione dipende naturalmente dall'influenza che il prezzo o la qualità del prodotto o del servizio, al quale direttamente si riferisce l'accordo, è in grado di esercitare sulle ulteriori fasi produttive o distributive, poiché solo in caso di stretta interdipendenza i miglioramenti, ed in particolare la riduzione dei costi, può essere trasmessa ai livelli successivi del prodotto o del servizio ⁽⁷²⁾.

Come si è detto, allo stesso modo ha capienza omnicomprensiva la nozione di risultato utile ⁽⁷³⁾.

Vi rientra, in primo luogo, la diminuzione dei prezzi ⁽⁷⁴⁾ e il mante-

⁽⁶⁹⁾ GAVALDA-PARLEANI, *Traité de Droit Communautaire des Affaires*, Paris, 1992, p. 510, § 619, ove si legge che « Le terme "utilisateur" doit être éclairé. On n'entend pas par là seulement le consommateur final, mais aussi — et cela suffit — les partenaires commerciaux directs des entreprises membres de l'entente. Cela permet donc des "approches différentes", et aussi de tenir compte d'un "large éventail" de profits concevables pouvant résulter des accords considérés ».

⁽⁷⁰⁾ COMM. U.E., 27 novembre 1985, *Ivoclar*, in *GUCE*, 1985, L 369, p. 1, in part. p. 5, § 23; COMM. U.E., 22 dicembre 1987, *ARG/Unipart*, in *GUCE*, 1988, L 45, p. 34, in part. p. 40, § 41.

⁽⁷¹⁾ COMM. U.E., 9 luglio 1980, *National Sulphuric Acid Association*, in *GUCE*, 1980, L 260, p. 24, in part. p. 30, § 47; COMM. U.E., 13 luglio 1983, *Rockwell/Iveco*, in *GUCE*, 1983, L 224, p. 19, in part. p. 25, § 9; COMM. U.E., 22 dicembre 1987, *Rich Products/Jus-rol*, in *GUCE*, 1988, L 69, p. 21, in part. p. 27, § 42.

⁽⁷²⁾ GLEISS-HIRSCH, *Kommentar zum EG Kartellrecht*, I, cit., p. 721, § 1908. Così è nel caso in cui i prezzi dei prodotti intermedi e finali dipendono quasi esclusivamente dal prezzo del prodotto originario (COMM. U.E., 9 luglio 1980, *National Sulphuric Acid Association* in *GUCE*, 1980, L 260, p. 24, in part. p. 30, § 47; COMM. U.E., 13 luglio 1983, *Rockwell/Iveco*, in *GUCE*, 1983, L 224, p. 19, in part. p. 25, § 9), ovvero quando un particolare procedimento di produzione è determinante per un miglioramento della qualità del prodotto finale (COMM. U.E., 22 dicembre 1987, *Rich Products/Jus-rol*, in *GUCE*, 1988, L 69, p. 21, in part. p. 27, § 42).

⁽⁷³⁾ Si considerano risultato utile tutti i vantaggi che l'accordo produce e, dunque, tutti quelli che può in astratto determinare (COMM. U.E., 23 settembre 1964, *Grundig/Consten*, in *GUCE*, 1964, p. 2545, in part. p. 2550, § 4), sia nel breve termine che nel lungo periodo (COMM. U.E., 19 luglio 1984, *BPCL/ICI*, in *GUCE*, 1984, L 212, p. 1, in part. p. 8, § 36; COMM. U.E., 4 dicembre 1986, *ENI/Montedison*, in *GUCE*, 1987, L 5, p. 13, in part. p. 18, § 33), anche se, specialmente nei mercati nuovi o in via di trasformazione tecnologica (GLEISS-HIRSCH, *Kommentar zum EG Kartellrecht*, I, cit., p. 722, § 1910), non si tiene conto dei benefici a breve termine se essi sono reputati inferiori a quelli attesi nel medio periodo in assenza dell'accordo (COMM. U.E., 19 febbraio 1991, *Screensport/Membri EBU*, in *GUCE*, 1991, L 63, p. 32, in part. p. 43, § 72).

⁽⁷⁴⁾ COMM. U.E., 23 settembre 1964, *Grundig/Consten*, in *GUCE*, 1964, p. 2545, in part. p. 2550, § 4; COMM. U.E., 13 luglio 1983, *Rockwell/Iveco*, in *GUCE*, 1983, L 224, p. 19, in part. p. 25, § 9; COMM. U.E., 14 luglio 1986, *Fibre ottiche*, in *GUCE*, 1986, L 236, p. 30, in part. p. 38, § 60; COMM. U.E., 20 luglio 1988, *Iveco/Ford*, in *GUCE*, 1988, L 230, p. 39, in part. p. 45, § 41.

nimento dei prezzi di listino a fronte dell'aumento dei costi o dell'instabilità dell'offerta⁽⁷⁵⁾. Ma è altresì risultato utile qualsiasi altro vantaggio che l'accordo si propone di riservare a beneficio agli utilizzatori e così, ad es., l'aumento della produttività⁽⁷⁶⁾, il miglioramento della qualità dei prodotti o dei servizi offerti⁽⁷⁷⁾, il progresso tecnico⁽⁷⁸⁾, lo sviluppo e la commercializzazione di nuovi prodotti⁽⁷⁹⁾, l'adattamento alle specifiche esigenze degli acquirenti⁽⁸⁰⁾, il miglioramento dell'assistenza alla clientela⁽⁸¹⁾, l'incremento nel grado di trasparenza del mercato⁽⁸²⁾ e in qualche caso, addirittura, l'interesse pubblico alla prevenzione degli incidenti, alla sicurezza delle persone⁽⁸³⁾, alla tutela dell'ambiente⁽⁸⁴⁾ e della sa-

⁽⁷⁵⁾ COMM. U.E., 28 maggio 1971, *F.N./C.F.*, in *GUCE*, 1971, L 134, p. 6, in part. p. 11, § 12; COMM. U.E., 8 dicembre 83, *Carbon Gas Technologie*, in *GUCE*, 1983, L 376, p. 17, in part. p. 20, § 2.

⁽⁷⁶⁾ COMM. U.E., 28 maggio 1971, *F.N./C.F.*, in *GUCE*, 1971, L 134, p. 6, in part. p. 11, § 12; COMM. U.E., 12 luglio 1984, *Carlsberg*, in *GUCE*, 1984, L 207, p. 26, in part. p. 34, § 10.

⁽⁷⁷⁾ COMM. U.E., 20 dicembre 1971, *Sopelem/Langen*, in *GUCE*, 1972, L 13, p. 47, in part. p. 49, § 3; COMM. U.E., 12 luglio 1984, *Carlsberg*, in *GUCE*, 1984, L 207, p. 26, in part. p. 34, § 10; COMM. U.E., 12 luglio 1989, *UIP*, in *GUCE*, 1989, L 226, p. 25, in part. p. 31, § 49; COMM. U.E., 19 luglio 1989, *Banche dei Paesi Bassi*, in *GUCE*, 1989, L 253, p. 1, in part. p. 10, § 63.

⁽⁷⁸⁾ COMM. U.E., 23 dicembre 1971, *Henkel/Colgate*, in *GUCE*, 1972, L, p. 14, in part. p. 16, § III; COMM. U.E., 9 giugno 1972, *Davidson Rubber Comma*, in *GUCE*, 1972, L 143, p. 31, in part. p. 35, § 11; COMM. U.E., 15 dicembre 1975, *Bayer/Gist-Brocades*, in *GUCE*, 1976, L 30, p. 13, in part. p. 19, § 2; COMM. U.E., 15 dicembre 1986, *X/Open Group*, in *GUCE*, 1987, L 35, p. 36, in part. p. 42, § 44; COMM. U.E., 23 marzo 1990, *Moosehead/Whitbread*, in *GUCE*, 1990, L 100, p. 32, in part. p. 36, § 16.

⁽⁷⁹⁾ COMM. U.E., 12 luglio 1985, *Velcro/Aplix*, in *GUCE*, 1985, L 233, p. 22, in part. p. 29, § 1; COMM. U.E., 14 luglio 1986, *Fibre ottiche*, in *GUCE*, 1986, L 236, p. 30, in part. p. 38, § 60; COMM. U.E., 23 dicembre 1992, *Ford/Volkswagen*, in *GUCE*, 1993, L 20, p. 14, in part. p. 17, § 27.

⁽⁸⁰⁾ COMM. U.E., 18 luglio 1975, *Kabelmetal/Luchaire*, in *GUCE*, 1975, L 222, p. 34, in part. p. 38, § 11; COMM. U.E., 15 dicembre 1975, *SABA*, in *GUCE*, 1976, L 28, p. 19, in part. p. 27, § 42; COMM. U.E., 13 ottobre 1988, *Delta Chemie/DDD*, in *GUCE*, 1988, L 309, p. 34, in part. p. 42, § 42; COMM. U.E., 20 dicembre 1989, *Concordato incendio*, in *GUCE*, 1990, L 15, p. 25, in part. p. 28, § 26.

⁽⁸¹⁾ COMM. U.E., 20 dicembre 1971, *Sopelem/Langen*, in *GUCE*, 1972, L 13, p. 47, in part. p. 49, § 3; COMM. U.E., 19 dicembre 1974, *Goodyear Italiana/Euram*, in *GUCE*, 1975, L 38, p. 10, in part. p. 12, § 12; COMM. U.E., 20 dicembre 1974, *Rank/Sopelem*, in *GUCE*, 1975, L 29, p. 20, in part. p. 24, § 2; COMM. U.E., 18 luglio 1975, *Kabelmetal/Luchaire*, in *GUCE*, 1975, L 222, p. 34, in part. p. 38, § 11; COMM. U.E., 15 dicembre 1975, *SABA*, in *GUCE*, 1976, L 28, p. 19, in part. p. 27, § 42; COMM. U.E., 17 dicembre 1986, *Yves Rocher*, in *GUCE*, 1987, L 8, p. 49, in part. p. 57, § 62; COMM. U.E., 11 giugno 1993, *UER*, in *GUCE*, 1993, L 179, p. 23, in part. p. 35, § T68.

⁽⁸²⁾ COMM. U.E., 11 luglio 1988, *British Dental Trade Association*, in *GUCE*, 1988, L 233, p. 15, in part. p. 21, § 33; COMM. U.E., 20 dicembre 1989, *Concordato incendio*, in *GUCE*, 1990, L 15, p. 25, in part. p. 28, § 26; COMM. U.E., 15 febbraio 1991, *SIPPA*, in *GUCE*, 1991, L 60, p. 19, in part. p. 22, § 19.

⁽⁸³⁾ COMM. U.E., 11 ottobre 1988, *Continental/Michelin*, in *GUCE*, 1988, L 305, p. 33, in part. p. 40, § 27.

lute dei cittadini ⁽⁸⁵⁾.

Così come la tipologia dell'utilità, anche la sua destinazione agli utilizzatori è frutto di un giudizio previsionale, e secondo alcuni addirittura « divinatorio » ⁽⁸⁶⁾, che tiene conto delle circostanze conosciute al momento della concessione dell'esenzione ⁽⁸⁷⁾.

Il criterio più semplice prende a riferimento la situazione concorrenziale sul mercato interessato dall'accordo e, in presenza di una concorrenza effettiva, ritiene probabile che anche gli utilizzatori partecipino all'utile che deriva dall'intesa esentata ⁽⁸⁸⁾.

Talvolta viene preso in considerazione anche il grado di concorrenza nelle successive fasi della produzione o della distribuzione, rispetto al mercato direttamente interessato dall'accordo, affinché sia possibile presumere che i benefici si trasmettano agli utilizzatori, come è nel caso, ad

⁽⁸⁴⁾ COMM. U.E., 18 maggio 1994, *Exxon/Shell*, in *GUCE*, 1994, L 144, p. 20, in part. p. 32, § 71.

⁽⁸⁵⁾ COMM. U.E., 6 ottobre 1994, *Pasteur Mérieux/Merck*, in *GUCE*, 1994, L 309, p. 1, in part. p. 18, § 89.

⁽⁸⁶⁾ GAVALDA-PARLEANI, *Traité de Droit Communautaire des Affaires*, cit., p. 511, § 621.

⁽⁸⁷⁾ La giurisprudenza comunitaria ha recentemente avuto modo di precisare che la posizione degli utilizzatori non deve essere valutata con riferimento alla situazione che si sarebbe determinata qualora le imprese aderenti all'accordo avessero scelto di rimanere in concorrenza sul mercato considerato. La Commissione deve invece valutare la domanda di esenzione quanto più oggettivamente possibile, indipendentemente da qualsiasi giudizio circa l'opportunità dello stesso progetto in relazione ad altre scelte tecnicamente possibili o economicamente valide, poiché è in sede di esame della terza condizione di esenzione che la Commissione può, per valutare l'indispensabilità delle restrizioni alla concorrenza derivanti dall'intesa, tenere conto delle alternative possibili (v., *infra*, § 6). Quindi, il vantaggio procurato al consumatore dall'intesa per la quale è richiesta l'esenzione non deve essere valutato con riferimento ai benefici che deriverebbero agli utilizzatori per effetto di altre scelte tecnologicamente possibili o economicamente valide (T.P.I. U.E., 15 luglio 1994, *Matra/Commissione*, in *Raccolta*, 1994, II, p. 595, in part. p. 638, § 122; ma, in senso contrario, si veda COMM. U.E., 19 febbraio 1991, *Screensport/Membri EBU*, in *GUCE*, 1991, L 63, p. 32, in part. p. 43, § 71). Nell'ambito dell'apprezzamento della seconda condizione positiva è invece necessario verificare che i benefici per gli utilizzatori siano prevalenti rispetto agli effetti anticompetitivi ai quali gli stessi sono conseguentemente esposti (COMM. U.E., 15 maggio 1974, *Accordo fra produttori di vetro per contenitori*, in *GUCE*, 1974, L 160, p. 1, in part. p. 15, § 54; COMM. U.E., 14 dicembre 1989, *APB*, in *GUCE*, 1990, L 18, p. 35, in part. p. 38, § 29).

⁽⁸⁸⁾ COMM. U.E., 29 ottobre 1982, *Amersham/Buchler*, in *GUCE*, 1982, L 314, p. 34, in part. p. 36, § 12; COMM. U.E., 21 dicembre 1983, *SABA II*, in *GUCE*, 1983, L 376, p. 41, in part. p. 50, § 2; COMM. U.E., 17 dicembre 1986, *Mitchell Cotts/Sofiltra*, in *GUCE*, 1987, L 41, p. 31, in part. p. 36, § 26; COMM. U.E., 14 novembre 1988, *ServiceMaster*, in *GUCE*, 1988, L 332, p. 38, in part. p. 41, § 25. Qualora, invece, non vi sia concorrenza effettiva sul mercato interessato per effetto (ovvero anche prima) dell'accordo, l'esenzione non può essere concessa e, così, specialmente quando le imprese si accordano per evitare (ovvero comunque escludono) la trasmissione dei benefici agli utilizzatori (COMM. U.E., 19 dicembre 1990, *ANSAC*, in *GUCE*, 1991, L 152, p. 54, in part. p. 59, § 29).

es., dei contratti di distribuzione esclusiva⁽⁸⁹⁾, o negli accordi relativi all'acquisto in comune di una materia prima⁽⁹⁰⁾.

L'accertamento si risolverebbe così in una sorta di anticipazione della valutazione relativa al quarto presupposto richiesto dall'art. 85, comma 3, (v., *infra*, § 7)⁽⁹¹⁾.

La seconda condizione positiva richiede, infine, che agli utilizzatori sia riservata una « congrua » parte dell'utile che le imprese partecipanti all'accordo si ripromettono di ottenere⁽⁹²⁾.

Si avverte, per contro, nella prassi decisionale più recente un approccio minimalista che comprime il requisito di congruità per mancanza di una analisi puntuale delle effettive possibilità di trasferimento dei vantaggi agli utilizzatori⁽⁹³⁾, ovvero, in altri casi, per il generico riferimento alla probabilità di trasmissione delle utilità in base ad una ipotetica « pressione concorrenziale »⁽⁹⁴⁾, che rimane consegnata nell'ambito delle astra-

⁽⁸⁹⁾ COMM. U.E., 13 dicembre 1974, *Bayerische Motoren-Werke AG*, in *GUCE*, 1975, L 29, p. 1, in part. p. 8, § 29; COMM. U.E., 19 dicembre 1974, *Duro-Dyne/Europair*, in *GUCE*, 1975, L 29, p. 11, in part. p. 13, § 2; COMM. U.E., 19 dicembre 1974, *Goodyear Italiana/Euram*, in *GUCE*, 1975, L 38, p. 10, in part. p. 12, § 13; COMM. U.E., 15 dicembre 1975, *SABA*, in *GUCE*, 1976, L 28, p. 19, in part. p. 27, § 43.

⁽⁹⁰⁾ COMM. U.E., 9 luglio 1980, *National Sulphuric Acid Association*, in *GUCE*, 1980, L 260, p. 24, in part. p. 30, § 47.

⁽⁹¹⁾ GLEISS-HIRSCH, *Kommentar zum EG Kartellrecht*, I, cit., p. 724, § 1918.

⁽⁹²⁾ La sola circostanza che l'accordo sia vantaggioso per le parti non è condizione sufficiente per soddisfare il secondo requisito richiesto per la concessione dell'esenzione (GOYDER, *EEC Competition Law*, cit., p. 134). Nello stesso senso la giurisprudenza della Corte e le decisioni della Commissione, che hanno, più che altro, il valore di mere affermazioni di principio (C. GIUST. U.E. 13 luglio 1966, *Établissements Consten - Grundig Verkaufs GmbH/Commissione*, in *Raccolta*, 1966, p. 457, in part. p. 525; C. GIUST. U.E. 10 dicembre 1985, *Stichting Sigaretten Industrie/Commissione*, in *Raccolta*, 1985, p. 3831, in part. p. 3881, § 85; COMM. U.E., 23 dicembre 1992, *Schöller Lebensmittel GmbH & Comma KG*, in *GUCE*, 1993, L 183, p. 1, in part. p. 13, § 117). Ed una conferma viene anche dall'atteggiamento indulgente della Commissione nel caso in cui le parti non riescano a provare il trasferimento all'utilizzatore dello stesso beneficio che l'intesa invece riesce a garantire a loro stesse. Così, se le utilità che derivano dall'accordo sono di tipo diverso (ad es.: riduzione di costi, miglioramento della qualità, ecc.), il trasferimento agli utilizzatori non deve più riguardare ciascuna utilità, come in un primo tempo ritenuto dalla stessa Commissione (COMM. U.E., 23 settembre 1964, *Grundig/Consten*, in *GUCE*, 1964, p. 2545, in part. p. 2550, § 4; COMM. U.E., 20 dicembre 1971, *Sopelem/Langen*, in *GUCE*, 1972, L 13, p. 47, in part. p. 49, § 3), ma è oggi sufficiente che gli utilizzatori prendano parte ad almeno un miglioramento (ad es. a quello qualitativo: COMM. U.E., 12 dicembre 1990, *KSB/Goulds/Lowara/ITT*, in *GUCE*, 1991, L 19, p. 25, in part. p. 34, § 27).

⁽⁹³⁾ COMM. U.E., 11 ottobre 1988, *BBC/Brown Boveri*, in *GUCE*, 1988, L 301, p. 68, in part. p. 72, § 24; COMM. U.E., 12 gennaio 1990, *Alcatel Espace/ANT Nachrichtentechnik*, in *GUCE*, 1990, L 32, p. 19, in part. p. 24, § 18.

⁽⁹⁴⁾ COMM. U.E., 29 ottobre 1982, *Amersham/Buchler*, in *GUCE*, 1982, L 314, p. 34, in part. p. 36, § 12; COMM. U.E., 22 dicembre 1987, *ARG/Unipart*, in *GUCE*, 1988, L 45, p. 34, in part. p. 40, § 41; in senso critico v. GOYDER, *EEC Competition Law*, cit., p. 136, che osserva come

zioni che costellano la struttura del procedimento logico di concessione dell'esenzione individuale.

Dunque, anche l'interpretazione e l'applicazione della seconda condizione positiva molto spesso piegano l'istituto dell'esenzione a strumento di intervento ad ampio raggio.

Ed è così che l'applicazione delle regole di concorrenza a beneficio degli utilizzatori — consumatori dissimula sovente una confliggente finalità di regolazione economica ed implicitamente rafforza il ruolo di governo dell'economia nel mercato interno che l'ordinamento comunitario sempre più assegna alla Commissione europea ⁽⁹⁵⁾.

6. *Prima condizione negativa: indispensabilità delle misure anticompetitive.*

L'intesa per la quale è richiesta l'esenzione non solo deve portare ad un miglioramento della produzione o della distribuzione, ovvero contribuire al progresso tecnico od economico, e quindi riservare agli utilizzatori una congrua parte delle utilità che ne derivano, ma deve altresì evitare di imporre alle imprese interessate restrizioni che non siano indispensabili per raggiungere questi obiettivi.

Una misura anticompetitiva è indispensabile quando, in base alle circostanze del caso in esame, non sembra possibile un diverso comportamento delle imprese interessate ⁽⁹⁶⁾, ma salvo comunque il caso di restrizioni ritenute troppo gravi per essere considerate indispensabili ⁽⁹⁷⁾.

« sometimes one feels that this condition is satisfied rather too easily, in that the Commission tends to assume that, if the first positive condition is satisfied, then the mere existence of at least a moderately competitive market will ensure that the benefits of progress will be passed on, or "trickle down", to the "consumer" ». Similmente anche GLEISS-HIRSCH, *Kommentar zum EG Kartellrecht*, I, cit., p. 727, § 1929.

⁽⁹⁵⁾ Per una efficace visione d'insieme sugli effetti economici dell'integrazione europea, anche con riferimento alla politica di concorrenza, v. per tutti SWANN, *The Economics of the Common Market*, London, 1995, VIII ed., in part. cap. X, p. 322 ss.

⁽⁹⁶⁾ È l'insegnamento consolidato a partire da: COMM. U.E., 22 luglio 1969, *Jaz/Peter*, in *GUCE*, 1969, L 195, p. 5, in part. p. 10, § 16; COMM. U.E., 28 maggio 1971, *FN/C.F.*, in *GUCE*, 1971, L 134, p. 6, in part. p. 11, § 13; COMM. U.E., 23 novembre 1977, *GEC/Weir Sodium Circulators*, in *GUCE*, 1977, L 327, p. 26, in part. p. 34, § 3. È in ogni caso privo del requisito della indispensabilità quell'accordo i cui benefici attesi possono essere ottenuti dalle imprese aderenti anche singolarmente e senza alcuna collaborazione (COMM. U.E., 11 maggio 1973, *SPCA-Kali und Salz*, in *GUCE*, 1973, L 217, p. 3, in part. p. 5; COMM. U.E., 15 dicembre 1975, *Bayer/Gist-Brocades*, in *GUCE*, 1976, L 30, p. 13, in part. p. 19, § 3).

⁽⁹⁷⁾ COMM. U.E., 18 dicembre 1987, *Fischer-Price/Quaker Oats Ltd-Toyco*, in *GUCE*, 1987, L 49, p. 19, in part. p. 22, § 23; COMM. U.E., 12 dicembre 1988, *Publishers Association*, in

La prima condizione negativa è quindi soddisfatta se gli effetti positivi non possono essere conseguiti con misure di minore impatto anticompetitivo, siano esse di tipo diverso⁽⁹⁸⁾, oppure di più breve durata⁽⁹⁹⁾, ovvero se l'accordo non sarebbe stato affatto concluso in difetto delle limitazioni alla concorrenza che le parti hanno prescelto⁽¹⁰⁰⁾. In altri termini, le misure alternative devono essere ritenute inidonee oppure inefficaci rispetto all'effettivo conseguimento dei benefici derivanti dall'accordo⁽¹⁰¹⁾.

Se è pur vero che l'indispensabilità delle misure anticompetitive non può essere valutata secondo l'opinione soggettiva delle parti, non essendo al riguardo sufficiente l'affermazione secondo cui, in difetto delle predette limitazioni alla concorrenza, le imprese interessate non avrebbero aderito all'intesa⁽¹⁰²⁾, essa è comunque fondata su una analisi di carattere previsionale,⁽¹⁰³⁾ con particolare riferimento alla situazione dei mercati interessati⁽¹⁰⁴⁾, che dovrebbe affermare l'esistenza di un nesso di causalità ed

GUCE, 1989, L 22, p. 12, in part. p. 23, § 86, ma v. anche C. Giust. U.E., 17 gennaio 1995, *Publishers Association/Commissione*, in *Raccolta*, 1995, I, p. 23, in part. p. 71, § 36.

⁽⁹⁸⁾ COMM. U.E., 18 luglio 1975, *Kabelmetal/Luchaire*, in *GUCE*, 1975, L 222, p. 34, in part. p. 39, § 15; COMM. U.E., 15 dicembre 1975, *Bayer/Gist-Brocades*, in *GUCE*, 1976, L 30, p. 13, in part. p. 19, § 3; COMM. U.E., 21 dicembre 1988, *Decca Navigator System*, in *GUCE*, 1989, L 43, p. 27, in part. p. 45, § 126; COMM. U.E., 22 dicembre 1992, *Jahrundertvertrag*, in *GUCE*, 1993, L 50, p. 14, in part. p. 23, § 34.

⁽⁹⁹⁾ COMM. U.E., 11 ottobre 1988, *Continental/Michelin*, in *GUCE*, 1988, L 305, p. 33, in part. p. 40, § 28ss.; COMM. U.E., 11 ottobre 1988, *BBC/Brown Boveri*, in *GUCE*, 1988, L 301, p. 68, in part. p. 72, § 24.

⁽¹⁰⁰⁾ COMM. U.E., 13 ottobre 1988, *Delta Chemie/DDD*, in *GUCE*, 1988, L 309, p. 34, in part. p. 42, § 43; COMM. U.E., 19 dicembre 1988, *Banche dei Paesi Bassi*, in *GUCE*, 1989, L 36, p. 16, in part. p. 21, § 47; COMM. U.E., 20 dicembre 1989, *TEKO*, in *GUCE*, 1990, L 13, p. 34, in part. p. 38, § 29; COMM. U.E., 20 dicembre 1989, *Concordato incendio*, in *GUCE*, 1990, L 15, p. 25, in part. p. 28, § 27; COMM. U.E., 15-19-1990, *Cekacan*, in *GUCE*, 1990, L 299, p. 64, in part. p. 69, § 46.

⁽¹⁰¹⁾ COMM. U.E., 13 luglio 1983, *Rockwell/Iveco*, in *GUCE*, 1983, L 224, p. 19, in part. p. 26, § 10; COMM. U.E., 14 luglio 1986, *Fibre ottiche*, in *GUCE*, 1986, L 236, p. 30, in part. p. 39, § 62; COMM. U.E., 4 dicembre 1986, *ENI/Montedison*, in *GUCE*, 1987, L 5, p. 13, in part. p. 19, § 34. Qualora, invece, l'accordo offra vantaggi che si sarebbero potuti ottenere con mezzi meno restrittivi, non è soddisfatta la condizione di indispensabilità, così come accade, ad es., nel caso di un accordo di vendita in comune i cui effetti restrittivi superano largamente i limiti di quanto sarebbe necessario per conseguire economie di scala potenzialmente trasferibili ai consumatori (COMM. U.E., 19 dicembre 1990, *ANSAC*, in *GUCE*, 1991, L 152, p. 54, in part. p. 59, § 30).

⁽¹⁰²⁾ È l'insegnamento a partire da COMM. U.E., 23 settembre 1964, *Grundig/Consten*, in *GUCE*, 1964, p. 2545, in part. p. 2550, § 5.

⁽¹⁰³⁾ COMM. U.E., 17 gennaio 1972, *Man/Saviem*, in *GUCE*, 1972, L 31, p. 29, in part. p. 36, § 32.

⁽¹⁰⁴⁾ COMM. U.E., 25 luglio 1977, *De Laval/Stork*, in *GUCE*, 1977, L 215, p. 11, in part. p. 17, § 13; COMM. U.E., 12 dicembre 1990, *KSB/Goulds/Lowara/ITT*, in *GUCE*, 1991, L 19, p.

un rapporto di proporzionalità tra le misure anticompetitive ed i benefici attesi ⁽¹⁰⁵⁾.

In una più ampia prospettiva si deve osservare che lo stesso requisito di indispensabilità è strettamente derivato dal più generale principio di proporzionalità ⁽¹⁰⁶⁾, che è ora anche codificato all'art. 3 B del Trattato di Maastricht, dopo aver assolto ad un ruolo fondante di numerose motivazioni della giurisprudenza europea ⁽¹⁰⁷⁾.

È dunque evidente l'ampio margine di apprezzamento riservato alla Commissione, specialmente riguardo alla distinzione tra restrizioni che sono sufficientemente bilanciate da benefici per gli utilizzatori ⁽¹⁰⁸⁾ e misure anticompetitive che, semplicemente, non sono ritenute eccessive ⁽¹⁰⁹⁾ o che, in quanto ritenute superflue, sono eliminate su indicazione della stessa autorità comunitaria o per effetto di una decisione di esenzione condizionata (cfr. l'art. 8, comma 1, r. CONS. U.E. 1962, n. 17) ⁽¹¹⁰⁾.

25, in part. p. 34, § 29. Così, ad es., la prima condizione negativa è soddisfatta se l'accordo è strettamente indispensabile per consentire alle imprese di entrare sul mercato considerato senza subire le perdite che ne sarebbero derivate se ciascuna impresa avesse deciso di operare per conto proprio (T.P.I.U.E., 15 luglio 1994, *Matra/Commissione*, in *Raccolta*, 94, II, p. 595, in part. p. 643, § 138).

⁽¹⁰⁵⁾ GAVALDA-PARLEANI, *Traité de Droit Communautaire des Affaires*, cit., p. 511, § 622, che osservano come « Cette condition revient à exiger un lien de causalité entre la restriction de concurrence examinée et les avantages invoqués, mais permet aussi de se satisfaire, une fois le lien de causalité démontré, d'une proportionnalité suffisante entre la restriction et les avantages ».

⁽¹⁰⁶⁾ GOYDER, *EEC Competition Law*, cit., p. 136.

⁽¹⁰⁷⁾ HARTLEY, *The Foundations of European Community Law*, Oxford, III ed. London, 1994, p. 155 ss.; l'A. significativamente rileva che « according to the principle of proportionality, a public authority may not impose obligations on a citizen except to the extent to which they are strictly necessary in the public interest to attain the purpose of the measure » (corsivo aggiunto). Una pregevole analisi sul ruolo del principio di proporzionalità nel diritto comunitario è ora in EMILIOU, *The Principle of Proportionality in European Law*, London, 1996.

⁽¹⁰⁸⁾ Si veda, ad es., COMM. U.E., 11 dicembre 1986, *Association belge des banques*, in *GUCE*, 1987, L 7, p. 27, in part. p. 34, §§ 53 ss..

⁽¹⁰⁹⁾ Si veda, ad es., COMM. U.E., 30 novembre 1986, *Vifka*, in *GUCE*, 1986, L 291, p. 46, in part. p. 49, § 20.

⁽¹¹⁰⁾ La discrezionalità tecnica della Commissione risulta peraltro controbilanciata, ma solo in parte, dal sindacato giurisdizionale esercitato dal giudice comunitario, che è limitato alla materialità dei fatti e alla loro qualificazione giuridica: così GAVALDA-PARLEANI, *Traité de Droit Communautaire des Affaires*, cit., p. 512, § 623, che precisano come il giudice comunitario « peut certes opérer une distinction (dont les applications concrètes demeurent difficiles à contrôler) entre les restrictions de concurrence qui sont "suffisamment" contrebilancées par des avantages ... et les restrictions qui sont "excessives" ».

7. *Seconda condizione negativa: impossibilità di eliminazione della concorrenza per una parte sostanziale del mercato comune.*

Quarta ed ultima condizione per la concessione dell'esenzione è l'impossibilità, per le imprese interessate, di eliminare la concorrenza per una parte sostanziale dei prodotti oggetto dell'accordo.

I criteri per la definizione del mercato rilevante nel procedimento relativo alla concessione dell'esenzione sono, ovviamente, quelli già utilizzati per l'accertamento dell'esistenza di intese restrittive. Come è ovvio, l'art. 85, comma 3, ne richiede l'impiego al futuro: quindi, quegli stessi criteri si traducono, come già per le precedenti condizioni di esenzione, in strumenti di valutazione della situazione prossima ventura. È cioè richiesto, anche a questo riguardo, un giudizio di tipo probabilistico che metta a confronto il contenuto degli accordi e, più in generale, la posizione delle imprese con la struttura e le prospettive del mercato interessato dall'intesa⁽¹¹¹⁾.

Poiché l'art. 85, comma 3, richiede che la concorrenza non sia eliminata per una parte sostanziale dei prodotti oggetto dell'accordo, la condizione è soddisfatta quando una concorrenza efficace esiste e permane sul mercato considerato⁽¹¹²⁾, ed è invece disatteso nel caso di forte concentrazione dell'offerta o addirittura di duopolio⁽¹¹³⁾.

In linea di principio la quarta condizione ha così l'effetto di favorire le piccole e medie imprese ed i nuovi entranti rispetto all'impresa in posizione dominante⁽¹¹⁴⁾. Ne consegue una linea di politica della concor-

⁽¹¹¹⁾ Naturalmente nel caso di richiesta di rinnovo dell'esenzione assume rilievo, oltre alla struttura e alle prospettive del settore interessato dall'intesa, anche l'incremento del grado di concentrazione nel precedente periodo di validità dell'esenzione (C. GIUST. U.E., 9 luglio 1987, *AN-CIDES*, in *Raccolta*, 1987, p. 3131, in part. p. 3154, § 13).

⁽¹¹²⁾ Si veda, ad. es., COMM. U.E., 21 dicembre 1993, *Sistema di distribuzione Grundig nella CE*, in *GUCE*, 1994, L, p. 20, p. 15, in part. p. 22, § 40.

⁽¹¹³⁾ COMM. U.E., 10 novembre 1992, *Warner/Lambert/Gilette*, in *GUCE*, 1992, L 116, p. 21, in part. p. 30, § 40; COMM. U.E., 23 dicembre 1992, *Schöller Lebensmittel GmbH & Comma KG*, in *GUCE*, 1993, L 183, p. 1, in part. p. 17, § 145.

⁽¹¹⁴⁾ GAVALDA-PARLEANI, *Droit des Affaires de l'Union Européenne*, cit., p. 252, § 512; Van Bael-Bellis, *Il diritto della Concorrenza nella Comunità Europea*, cit., p. 65. È quindi evidente che il criterio non è soddisfatto quando la quota di mercato complessivamente detenuta dalle imprese interessate è assolutamente preminente e così nei casi in cui sia pari al novanta per cento (COMM. U.E., 13 luglio 1983, *Vimpoltu*, in *GUCE*, 1983, L 200, p. 44, in part. p. 50, § 50, ma v. COMM. U.E., 4 luglio 1984, *Fibre sintetiche*, in *GUCE*, 1984, L 207, p. 17, in part. p. 18, § 6), mentre rimane una possibilità di concorrenza efficace se le imprese interessate detengono fino al trenta per cento del mercato (COMM. U.E., 15 dicembre 1975, *Bayer/Gist-Brocades*, in *GUCE*, 1976, L 30, p. 13, in part. p. 20, § 4) e, infine, in ogni caso se la quota complessiva detenuta dalle imprese aderenti all'accordo non supera il dieci per cento (COMM. U.E., 12 luglio 1984, *Carlsberg*,

renza che sembra, non a caso, convergente rispetto all'obiettivo di creazione di un mercato interno che unifichi i singoli mercati nazionali.

Ed è così che, nella valutazione relativa alla eliminazione della concorrenza per una parte sostanziale del mercato comune sono prese in decisiva considerazione, anche rispetto alla posizione delle imprese interessate dall'accordo, la struttura del mercato, ed in particolare le quote detenute dalle imprese concorrenti ⁽¹¹⁵⁾, e la composizione della domanda, e quindi il potere contrattuale degli acquirenti dei beni o dei servizi oggetto dell'accordo ⁽¹¹⁶⁾, e infine tutti i possibili effetti dell'intesa ⁽¹¹⁷⁾.

Rimane, più in generale, la sensazione che il criterio formulato nella seconda condizione negativa, così come è anche applicato dall'autorità europea, sottostimi, ai fini della valutazione della permanenza di condizioni di effettiva concorrenza, il test che ha solo riguardo alla contendibilità della domanda di beni o servizi e, dunque, all'assenza di barriere al-

in *GUCE*, 1984, L 207, p. 26, in part. p. 35, § 12). Se, inoltre, in un singolo mercato nazionale è superata la soglia del cinquanta per cento, può rimanere una possibilità di concorrenza solo se la quota di mercato a livello comunitario è inferiore al venti per cento (COMM. U.E., 4 dicembre 1986, *ENI/Montedison*, in *GUCE*, 1987, L 5, p. 13, in part. p. 20, § 41) ed è già sufficiente che l'accordo interessi il sessanta per cento del mercato nazionale perché sia eliminata la concorrenza su una parte sostanziale del mercato comune (COMM. U.E., 28 settembre 1981, *Vetro piano in Italia*, in *GUCE*, 1981, L 326, p. 32, in part. p. 40, § 1).

⁽¹¹⁵⁾ COMM. U.E., 15 dicembre 1975, *Bayer/Gist-Brocades*, in *GUCE*, 1976, L 30, p. 13, in part. p. 20, § 4; COMM. U.E., 29 ottobre 1982, *Amersham/Buchler*, in *GUCE*, 1982, L 314, p. 34, in part. p. 36, § 14; COMM. U.E., 22 dicembre 1987, *ARG/Unipart*, in *GUCE*, 1988, L 45, p. 34, in part. p. 40, § 40; COMM. U.E., 22 dicembre 1987, *Rich Products/Jus-rol*, in *GUCE*, 1988, L 69, p. 21, in part. p. 28, § 44; COMM. U.E., 18 maggio 1994, *Exxon/Shell*, in *GUCE*, 1994, L 144, p. 20, in part. p. 34, § 81. L'esenzione è possibile fino a quando si può ritenere che possa comunque esistere una concorrenza efficace alla quale le imprese che beneficiano dell'esenzione non si potranno sottrarre (COMM. U.E., 28 maggio 1971, *FN/C.F.*, in *GUCE*, 1971, L 134, p. 6, in part. p. 11, § 14) e il semplice rischio che le imprese che beneficiano dell'esenzione possano, in futuro, ottenere una posizione dominante collettiva, in ragione dell'esistenza di una sovracapacità produttiva, non può in ogni caso giustificare legittimamente un diniego dell'esenzione se non è provata la verosimiglianza di tale rischio durante il periodo di validità della decisione (T.P.I. U.E., 15 luglio 1994, *Matra/Commissione*, in *Raccolta*, 94, II, p. 595, in part. p. 647, § 152). Inoltre, poiché la concorrenza è un processo dinamico, assume rilievo nella valutazione del soddisfacimento della quarta condizione anche la concorrenza potenziale sul mercato considerato (COMM. U.E., 13 ottobre 1988, *Delta Chemie/DDD*, in *GUCE*, 1988, L 309, p. 34, in part. p. 42, § 45).

⁽¹¹⁶⁾ COMM. U.E., 23 dicembre 1975, *United Reprocessors GmbH*, in *GUCE*, 1976, L 51, p. 7, in part. p. 12, § 4; COMM. U.E., 23 dicembre 1975, *KEWA*, in *GUCE*, 1976, L 51, p. 15, in part. p. 19, § 4; COMM. U.E., 12 luglio 1989, *UIP*, in *GUCE*, 1989, L 226, p. 25, in part. p. 32, § 58.

⁽¹¹⁷⁾ Così accade, ad. es., in relazione all'intensità degli obblighi di approvvigionamento negli accordi di acquisto in comune (COMM. U.E., 9 luglio 1980, *National Sulphuric Acid Association*, in *GUCE*, 1980, L 260, p. 24, in part. p. 31, § 51) e degli obblighi di fornitura esclusiva negli accordi di vendita in comune (COMM. U.E., 28 ottobre 1988, *Hudson's Bay/Dansk Pelsdyravløerforening*, in *GUCE*, 1988, L 316, p. 43, in part. p. 47, § 12).

l'entrata o all'uscita nel mercato interessato dall'intesa, naturalmente in assenza di ogni altra regolamentazione pubblica avente lo stesso effetto ⁽¹¹⁸⁾.

8. *Considerazioni di sintesi sul sistema comunitario di esenzione individuale.*

Come si è visto, il carattere cumulativo delle condizioni, positive e negative, richieste per l'esenzione implica la stesura di un ideale bilancio economico dell'intesa notificata nel quale spesso trovano spazio non solo considerazioni sull'efficienza economica consentita dall'accordo, ma anche ulteriori motivazioni riferibili agli obiettivi ed ai principi del Trattato che trasformano spesso la relativa valutazione in un bilancio economico e sociale ⁽¹¹⁹⁾.

Al contrario, il solo bilancio concorrenziale viene sempre più spesso confinato in sede di applicazione dell'art. 85, comma 1, nel cui ambito può trovare spazio un apprezzamento dell'intesa ispirato alla regola di ragionevolezza propria del sistema statunitense ⁽¹²⁰⁾.

È pur vero che l'esame condotto nella procedura di esenzione insiste sulla ponderazione tra gli effetti restrittivi della concorrenza e gli obiettivi meritevoli di tutela. Ma esso incide sull'assetto ed il funzionamento del mercato e in definitiva compensa, almeno parzialmente, la mancanza di una politica economica della Comunità. Si tratta cioè di quell'azione positiva che, attraverso il gioco delle esenzioni dal divieto delle intese restrittive della concorrenza ⁽¹²¹⁾, consente alla Commissione di realizzare gli obiettivi, minimi e frammentari, di una politica econo-

⁽¹¹⁸⁾ È la tesi sviluppata nella teoria dei mercati contendibili a partire dall'insegnamento di BAUMOL, *Contestable Markets: An Uprising in the Theory of Industrial Structure*, 72 *Am. Econ. Rev.*, 1982, p. 1, poi ripresa nel più noto BAUMOL-PANZAR-WILLIG, *Contestable Market and the Theory of Industry Structure*, San Diego, 1982. In argomento e con specifico riferimento alla politica comunitaria della concorrenza v. ora l'analisi di HARBORD-HOEHN, *Barriers to Entry and Exit in European Competition Policy*, in 14 *Int. Rev. Law & Econ.*, 1994, p. 411.

⁽¹¹⁹⁾ Così per tutti GAVALDA-PARLEANI, *Traité de Droit Communautaire des Affaires*, cit., p. 505, § 609; FASQUELLE, *Droit américain et droit communautaire des ententes*, Paris, 1993, p. 216 ss.

⁽¹²⁰⁾ In argomento KOVAR, *Le droit communautaire de la concurrence et la « règle de raison »*, in *Rev. trim. droit eur.*, 1987, p. 237; STEINDORFF, *Article 85 and the Rule of Reason*, in *C.M.L. Rev.*, 1984, p. 639.

⁽¹²¹⁾ Ciò contribuisce a chiarire anche la posizione della Commissione nel dibattito in corso sull'applicazione decentrata del diritto comunitario della concorrenza, che registra un approccio fermamente contrario all'applicazione del principio di sussidiarietà nelle procedure di esenzione individuale. Come è noto, la difesa della competenza esclusiva della Commissione, e la corrispondente preclusione opposta alle autorità nazionali ed agli Stati membri, è formalmente

mica comunitaria e ciò anche unitamente ai poteri attribuiti in materia di aiuti ed interventi statali nell'economia ⁽¹²²⁾.

È quindi un tratto peculiare del diritto comunitario *antitrust* e, per quanto ora interessa, del potere di concessione dell'esenzione, l'interpretazione e l'applicazione secondo i principi che regolano la progressiva realizzazione dell'Unione europea ⁽¹²³⁾; da qui vengono le critiche degli studiosi di oltreoceano impegnati sul fronte degli obiettivi e dei compiti del diritto *antitrust* ⁽¹²⁴⁾.

9. *Le condizioni per la concessione dell'autorizzazione in deroga al divieto di intese restrittive della concorrenza nel diritto italiano.*

L'art. 4 della legge n. 287/1990 riproduce, anche se non con la stessa tecnica espositiva, la norma relativa all'esenzione delle intese restrittive della concorrenza del sistema comunitario ⁽¹²⁵⁾.

La legge conferisce quindi all'Autorità il potere di autorizzare intese

giustificata in ragione dell'obiettivo di uniformità del diritto della concorrenza nell'ambito del mercato interno, ma non cancella il sospetto di un conflitto latente tra le istituzioni europee e gli Stati membri sul ruolo di regolatore dei singoli mercati nazionali che la Commissione attualmente esercita con sempre più rimarchevole fermezza ed intensità. Per una sintesi si veda: *Subsidiarity in EC Competition Law Enforcement, Editorial Comments*, in *C.M.L. Rev.*, 1995, p. 1; mentre per ulteriori approfondimenti v., da ultimo, nella letteratura italiana: PERA-TODINO, *Il sistema di tutela della concorrenza nell'ordinamento comunitario. Un'ipotesi di riforma*, in *Dir. comm. int.*, 1997, p. 413, anche con particolare riferimento alla concessione dell'esenzione individuale.

⁽¹²²⁾ TESAURO, *Diritto comunitario*, Padova, 1995, p. 426, che così rileva: « si tratta di una valutazione che investe l'assetto e il funzionamento del mercato su cui incide la fattispecie; ma non è meno rilevante la considerazione degli interessi a confronto. Ciò ... è inerente alla ragione stessa del potere conferito alla Commissione ... e finisce, in definitiva, con il compensare almeno parzialmente ... la mancanza di una vera e propria politica economica della Comunità ».

⁽¹²³⁾ SANTA MARIA, *Diritto commerciale comunitario*, Milano, 1995, p. 313, che osserva come « la tutela della libertà di concorrenza nella Comunità, pertanto, è vista quale "strumento", sia pure indispensabile, per la realizzazione dei fini precipui del Trattato, vale a dire il fine economico e quello sociale, in una prospettiva futura di unione politica ». In argomento si veda l'estesa riflessione di EHLERMANN, *The Contribution of EC Competition Policy to Single Market*, in *C.M.L. Rev.*, 1992, p. 257, ed ora quella di MONTI, *Mercato unico europeo, regolamentazione e concorrenza*, in *La tutela della concorrenza: regole, istituzioni e rapporti internazionali*, atti del convegno di Roma del 20-21 novembre 1995, Roma, 1996, p. 199.

⁽¹²⁴⁾ Si veda tra gli altri: KORAH, *EEC Competition Policy - Legal Form or Economic Efficiency*, in *39 Current Legal Probl.*, 1986, p. 85; *Antitrust Analysis under Article 85 (1) and (3), Panel Discussion*, in HAWK (ed.), *1987 Annual Proceedings of the Fordham Corporate Law Institute*, New York, 1988, p. 725; SCHRÖTER, *Antitrust Analysis under Article 85 (1) and (3)*, *ivi*, p. 645; WAELBROECK, *Antitrust Analysis under Article 85 (1) and (3)*, *ivi*, p. 693; HAWK, *The American (Anti-trust) Revolution: Lessons for the EEC?*, in *E.C.L.R.*, 1988, p. 53.

⁽¹²⁵⁾ In apparenza la differenza di maggior rilievo sembra il riferimento alla categoria dei consumatori, anziché a quella degli utilizzatori, quali destinatari dei benefici derivanti dall'attu-

altrimenti vietate dall'art. 2, comma 2, e perciò colpite dalla nullità comminata dall'art. 2, comma 3 ⁽¹²⁶⁾.

Ma, rispetto alla corrispondente prima condizione positiva di esenzione (v., *retro*, §§ 3-4), l'art. 4 delinea una sola tipologia di utilità che rende l'intesa meritevole di autorizzazione. La norma, infatti, ha esclusivamente riguardo al miglioramento delle condizioni di offerta sul mercato e, tra i differenti benefici potenzialmente rilevanti, ad es., non attribuisce autonoma rilevanza alla promozione del progresso tecnico o di quello economico ⁽¹²⁷⁾.

E, soprattutto, se ne differenzia laddove richiede che i miglioramenti

zione dell'intesa altrimenti vietata. Ma la diversa qualificazione soggettiva dei titolari dell'interesse protetto risulata ad un più meditato esame del tutto ininfluenza (così DONATIVI, *Introduzione della disciplina antitrust nel sistema legislativo italiano*, Milano, 1990, p. 400; ALESSI, *Commento all'art. 4*, in ALESSI-OLIVIERI, *La disciplina della concorrenza e del mercato*, cit., p. 43; GIUDICI, *Commento all'art. 4*, in AFFERNI (a cura di), *Concorrenza e mercato*, cit., p. 149; diversamente FERRI, *Manuale di diritto commerciale*, VIII ed., Torino, 1993, p. 152), in primo luogo poiché il valore semantico assegnato dal legislatore comunitario sfuma nelle diverse, ma egualmente ufficiali, versioni del Trattato U.E., le quali alternano l'uso del lemma consumatore a quello di utilizzatore, e soprattutto perché nella prassi applicativa della Commissione U.E. non si distingue tra « end user » e « utilizzatori » (v., *retro*, § V).

⁽¹²⁶⁾ L'autorizzazione deroga al (e dunque presuppone l'accertamento di una violazione del) divieto di intese restrittive della concorrenza. Il provvedimento di autorizzazione elimina l'antigiuridicità dell'intesa e pertanto preclude, per il futuro, la comminatoria di sanzioni pecuniarie a carico delle parti che abbiano effettuato e quindi ottenuto l'esenzione. Tuttavia l'autorizzazione non osta, a differenza della corrispondente misura comunitaria, alla disapplicazione dell'atto amministrativo da parte del giudice ordinario in una controversia per la dichiarazione di accertamento della nullità dell'intesa e l'eventuale risarcimento del danno (ALESSI, *Commento all'art. 4*, in ALESSI-OLIVIERI, *La disciplina della concorrenza e del mercato*, Torino, 1991, p. 46; LA CHINA, *Commento all'art. 33*, in AFFERNI (a cura di), *Concorrenza e mercato*, cit., p. 664 ss.; PARDOLESI, *Commento all'art. 4*, in FRIGNANI-PARDOLESI-PATRONI GRIFFI-UBERTAZZI (a cura di), *Diritto antitrust italiano*, Bologna, 1993, p. 402). Inoltre, poiché all'autorizzazione non è stata attribuita per legge alcuna efficacia retroattiva (cfr., invece, l'art. 6 r. CONS. U.E. 17/1962), l'implicito riconoscimento della illiceità dell'accordo esentato, con riferimento al periodo anteriore all'autorizzazione, non esclude l'azionabilità di pretese risarcitorie per danni subiti anteriormente all'emanazione del provvedimento di autorizzazione (ALESSI, *op. loc. cit.*; PARDOLESI, *op. loc. cit.*). E sull'ipotetica efficacia retroattiva tace anche il regolamento in materia di procedure istruttorie previsto dall'art. 10, comma 5, che si limita a disciplinare le modalità di presentazione e di valutazione delle richieste di autorizzazione (cfr. art. 10 d.p.r. 10 settembre 1991 n. 461) e di revoca della stessa (cfr. art. 11 d.p.r. 10 settembre 1991 n. 461).

⁽¹²⁷⁾ Contrastante risulta, in particolare, il giudizio circa l'omissione del criterio del progresso economico, il cui spazio nella formulazione della legge italiana è stato rilevato dal progresso tecnologico: secondo alcuni l'assenza del cennato parametro sarebbe pregiudizievole per l'estensione del potere discrezionale di autorizzazione conferito all'Autorità, che vedrebbe confinato il proprio sindacato al solo bilancio concorrenziale (MUNARI, *La legge 287/1990 ed i suoi rapporti con il diritto comunitario. Primi appunti*, in *Dir. comm. inter.*, 1991, p. 192), mentre, secondo altri, l'omissione sarebbe assolutamente ininfluenza e comunque motivata dalla necessità di non caricare di peso superfluo un articolato già ridondante (GIUDICI, *Commento all'art. 4*, in AFFERNI (a cura di), *Concorrenza e mercato*, cit., p. 149).

nelle condizioni di offerta siano individuati anche tenendo conto della « necessità di assicurare alle imprese la necessaria concorrenzialità sul piano internazionale ». Perciò trova ingresso nella valutazione *antitrust* un parametro atipico, come risulta chiaro se si collega la posizione competitiva alla dimensione delle imprese italiane sui mercati internazionali e, quindi, ad una considerazione più vicina alle esigenze della politica economica che alle finalità assolute da una normativa sulla tutela della concorrenza ⁽¹²⁸⁾.

Ma si tratta solo apparentemente di un criterio valutativo di valenza innovativa, poiché anche nell'ordinamento comunitario si tiene costantemente conto della posizione delle imprese europee nello scenario del mercato globale ⁽¹²⁹⁾. Dunque, la novità consiste, soprattutto, nella estrinsecazione di un criterio discrezionale già accolto nell'interpretazione della corrispondente norma europea (v., *retro*, § 3).

Inoltre la considerazione relativa alla concorrenzialità internazionale rappresenta solo un parametro di giudizio per apprezzare i miglioramenti nelle condizioni di offerta, i quali, pertanto, rimangono l'unica condizione per ottenere l'autorizzazione ⁽¹³⁰⁾. Infatti, il riferimento alla posizione competitiva delle imprese italiane, che il legislatore ha ritenuto inferiore a quella dei concorrenti internazionali ⁽¹³¹⁾, è rivolto non tanto, come sarebbe stato logico, alla crescita dimensionale, che solo le concentrazioni possono determinare, ma alla collaborazione tra piccole e medie imprese finalizzata al conseguimento di economie di scala, di scopo e di apprendimento, oltre che di investimento, altrimenti riservate alle sole imprese di grandi dimensioni ⁽¹³²⁾.

Perciò la formulazione dei criteri di esenzione non si discosta in ma-

⁽¹²⁸⁾ DENOZZA, *Antitrust*, cit., p. 10; ma v. anche ROSSI, *Antitrust e teoria della giustizia*, cit., p. 1, in part. 4 ss..

⁽¹²⁹⁾ Così anche MUNARI, *La legge 287/1990 ed i suoi rapporti con il diritto comunitario. Primi appunti*, cit., p. 192.

⁽¹³⁰⁾ GIUDICI, *Commento all'art. 4*, in AFFERNI (a cura di), *Concorrenza e mercato*, cit., p. 147 ss.. L'A. osserva inoltre come risulti invece pleonastica, rispetto al modello comunitario, l'ulteriore specificazione degli indici rilevanti per la configurazione di un miglioramento nelle condizioni di offerta, il cui significato semantico ed economico ricomprende ogni tipo di miglioramento qualitativo o quantitativo della produzione o della distribuzione o del progresso tecnico o tecnologico.

⁽¹³¹⁾ ALESSI, *Commento all'art. 4*, in ALESSI-OLIVIERI, *La disciplina della concorrenza e del mercato*, cit., p. 43; PARDOLESI, *Commento all'art. 4*, in FRIGNANI-PARDOLESI-PATRONI GRIFFI-UBERTAZZI (a cura di) *Diritto antitrust italiano*, cit., p. 414.

⁽¹³²⁾ GIUDICI, *Commento all'art. 2*, in AFFERNI (a cura di), *Concorrenza e mercato*, cit., p. 148.

niera significativa dal corrispondente schema comunitario ⁽¹³³⁾ ma, per quanto si avrà modo di constatare nel prosieguo, se ne differenzia sensibilmente nel momento applicativo.

10. *Prima condizione positiva: miglioramento delle condizioni di offerta.*

Come si è visto, nella prassi applicativa della Commissione U.E. trovano spazio diverse tipologie di miglioramento della produzione o della distribuzione quali, in primo luogo, la riduzione dei costi e l'ampliamento della quantità o della qualità dell'offerta, ma anche l'accesso a nuovi mercati, l'incremento del grado di trasparenza ed, infine, il progresso economico e sociale (v., *retro*, § 4).

Nell'esperienza italiana si deve invece registrare un approccio più selettivo, che fa derivare il miglioramento quantitativo o qualitativo delle condizioni di offerta essenzialmente dal conseguimento di economie di scala che solo con l'intesa autorizzata le parti dell'accordo possono ottenere e trascura, per il momento, le altre tipologie di miglioramento di per sé rilevanti nella politica comunitaria di esenzione ⁽¹³⁴⁾.

L'Autorità sembra così escludere che possa portare ad un miglioramento delle condizioni di offerta, sotto forma di incremento qualitativo della produzione, quell'insieme di regole di organizzazione e di funzionamento di un consorzio che prevedano, tra l'altro, un contingentamento della produzione e la preventiva autorizzazione per la realizzazione di nuovi impianti ⁽¹³⁵⁾. Nello stesso senso, al fine della valutazione degli effetti sull'offerta, non si ravvisa legame di causalità tra il programma di ri-

⁽¹³³⁾ DONATIVI, *Introduzione della disciplina antitrust nel sistema legislativo italiano*, cit., p. 399; ALESSI, *Commento all'art. 4*, in ALESSI-OLIVIERI, *La disciplina della concorrenza e del mercato*, cit., p. 43; diversamente BERNINI, *Un secolo di filosofia antitrust*, cit., p. 323. Come già nel corrispondente modello di riferimento, si deve escludere che siano consentite intese prive del rapporto di causalità tra benefici attesi e limitazioni della concorrenza derivanti dall'accordo. La regola dovrebbe essere intesa in senso ancor più restrittivo, e ciò in ragione del tenore letterale dell'art. 4, comma 1, e dunque applicata solo in assenza di alternative di minore impatto anticompetitivo (PARDOLESI, *Commento all'art. 4*, in FRIGNANI-PARDOLESI-PATRONI GRIFFI-UBERTAZZI (a cura di) *Diritto antitrust italiano*, cit., p. 410).

⁽¹³⁴⁾ Per un'agile dimostrazione della tesi v. PARDOLESI, *Commento all'art. 4*, in FRIGNANI-PARDOLESI-PATRONI GRIFFI-UBERTAZZI (a cura di) *Diritto antitrust italiano*, cit., p. 410 ss.. Nello stesso senso AGCM, provv. 21 febbraio 1994, n. 1794, *Sapio-Igi-Siad/Chemgas*, in *Boll.*, 8/1994; AGCM, provv. 21 febbraio 1994, n. 1797, *Son-Igi-Siad/Igat*, in *Boll.*, n. 8/1994.

⁽¹³⁵⁾ AGCM, provv. 27 maggio 1992, n. 520, *Pro.Cal. Srl*, in *Boll.*, n. 10/1992. Le regole consortili determinano, invece, una preordinata compressione degli investimenti e quindi una riduzione della produzione e dell'offerta dei prodotti sul mercato.

strutturazione delle rispettive reti di vendita ed il miglioramento qualitativo della distribuzione a fondamento delle intese consortili ⁽¹³⁶⁾.

E, ancora, a proposito dell'incremento nel grado di trasparenza del mercato, che pure trova spazio all'interno della categoria dei miglioramenti delle condizioni di offerta in ambito comunitario, si riscontra come tale utilità non sia di per sé condizione sufficiente per la concessione dell'autorizzazione nell'ordinamento italiano, se l'intesa nel suo complesso contiene misure che riducono le possibilità di ingresso di altri concorrenti ⁽¹³⁷⁾.

E, nella stessa direzione, possono essere inserite anche quelle decisioni che rigettano l'istanza di autorizzazione, pur motivata con l'obiettivo di migliorare la distribuzione, e dunque le condizioni di offerta, se l'accordo crea una barriera all'entrata sul mercato e, più in generale, un effetto di blocco ⁽¹³⁸⁾.

⁽¹³⁶⁾ Nella fattispecie la scelta sulle chiusure dei punti vendita non sarebbe stata compiuta in base a criteri oggettivi, ma sarebbe stata consegnata alla discrezionalità delle imprese consorziate ed, in concreto, avrebbe potuto riconfigurare la rete distributiva in modo meno efficiente rispetto a quanto si sarebbe altrimenti verificato se le singole imprese avessero agito indipendentemente e senza il coordinamento consortile (AGCM, provv. 23 giugno 1993, n. 1238, *Ristrutturazione rete distributori carburanti*, in *Boll.*, n. 14/1993).

⁽¹³⁷⁾ Ed è così che l'Autorità, pronunciandosi nel caso di un contratto tipo predisposto da una associazione di categoria, ha ritenuto che altre misure (quali il vincolo di esclusiva a favore del distributore, la durata del rapporto e l'obbligo di acquisto di un quantitativo minimo imposto ai consumatori) non avrebbero affatto determinato un miglioramento delle condizioni di offerta del prodotto (AGCM, provv. 28 aprile 1993, n. 1087, *Centro Italiano GPL*, in *Boll.*, n. 8/1993). Infatti, considerato che, nel settore in esame, la necessità di programmare gli approvvigionamenti non supera la durata annuale, le condizioni contrattuali e, segnatamente, l'estensione temporale dell'obbligo di acquisto avrebbero avuto il solo effetto di scoraggiare l'eventuale scelta di un fornitore diverso. Così come nessun miglioramento, in termini di sicurezza dell'approvvigionamento, si sarebbe determinato per effetto dell'esclusiva di acquisto e dell'obbligo di rifornimento per una durata prolungata, dato che la modesta capacità di stoccaggio degli operatori del settore non riusciva neppure a garantire, nei periodi di maggiore consumo, una disponibilità di combustibile superiore alla settimana.

⁽¹³⁸⁾ Così AGCM, provv. 23 dicembre 1996, n. 4547, *Contratti di distribuzione esclusiva di gelati*, in *Boll.*, n. 52/1997; AGCM, provv. 28 maggio 1997, n. 5048, *Assicurazioni Generali/Unicredito*, in *Boll.*, n. 22/1997. In un primo tempo, invece, l'Autorità aveva concesso l'autorizzazione nel caso di un accordo di collaborazione reciproca concluso tra una compagnia di assicurazione ed una banca per la distribuzione in esclusiva di prodotti assicurativi e finanziari. Si era così ritenuto che il vincolo di esclusiva, seppure limitato nel tempo, fosse lo strumento essenziale per l'affermazione di un nuovo canale distributivo che avrebbe permesso un miglioramento nelle condizioni di offerta dei prodotti assicurativi con un sostanziale beneficio per i consumatori, e ciò in considerazione dei minori costi di intermediazione e dell'offerta di servizi aggiuntivi rispetto alle reti tradizionali. L'esclusiva, in particolare, era ritenuta necessaria per consentire il trasferimento alla rete bancaria delle conoscenze necessarie per distribuire i nuovi prodotti e, nello stesso tempo, per incentivare la banca a promuoverne il collocamento, anche a detrimento della propria raccolta mediante altri prodotti finanziari parzialmente sostituibili (AGCM, provv. 13 ottobre 1993,

11. Seconda condizione positiva: sostanziale beneficio dei consumatori.

La seconda condizione positiva, così come già previsto dal modello comunitario (v., *retro*, § 5), impone la traslazione ai consumatori di benefici in misura congrua rispetto al complesso dei vantaggi prodotti dall'intesa ⁽¹³⁹⁾.

Si intende che solo la pressione competitiva sul mercato interessato dall'intesa può consentire la riserva agli utilizzatori (intermedi o finali) di una congrua parte dell'utilità derivante dall'accordo ⁽¹⁴⁰⁾.

Si deve comunque trattare di benefici oggettivi e sensibili, che possano compensare le restrizioni alla concorrenza che derivano dall'intesa ⁽¹⁴¹⁾. Perciò la seconda condizione non è soddisfatta se non si tiene conto di tutti gli effetti, positivi e negativi, sul benessere del consumatore che derivano dall'esecuzione dell'intesa ⁽¹⁴²⁾, ovvero se non si conside-

n. 1501, *INA/Banca di Roma*, in *Boll.*, n. 30/1993, su cui v. ZAMBRANO, *Gli accordi verticali*, in *Conc. merc.*, 2/1994, p. 42, in part. p. 47; GHEZZI-MARCHETTI, *L'Autorità garante della concorrenza e le autorità di vigilanza settoriali: i principi e le procedure di applicazione della legge 287/90 nei settori speciali*, *ibidem*, p. 163, in part. p. 219 ss.).

⁽¹³⁹⁾ Sul rapporto tra tutela della concorrenza e preferenze dei consumatori v., per un'efficace sintesi, DENOZZA, *Antitrust*, cit., p. 141 ss., e ROSSI, *Antitrust e teoria della giustizia*, in *Riv. soc.*, 1995, p. 1, in part. 11 ss..

⁽¹⁴⁰⁾ PARDOLESI, *Commento all'art. 4*, in FRIGNANI-PARDOLESI-PATRONI GRIFFI-UBERTAZZI (a cura di) *Diritto antitrust italiano*, cit., p. 416; v., ad es., AGCM, provv. 23 giugno 1993, n. 1238, *Ristrutturazione rete distributori carburanti*, in *Boll.*, n. 14/93.

⁽¹⁴¹⁾ AGCM, provv. 23 luglio 1993, n. 1310, *Nord Calce*, in *Boll.*, n. 18-19/1993. Ad es., è onere delle imprese dimostrare che una determinata prassi contrattuale uniforme comporta un beneficio ai consumatori sotto forma di minori prezzi o di sicurezza dell'approvvigionamento (AGCM, provv. 28 aprile 1993, n. 1087, *Centro Italiano GPL*, in *Boll.*, n. 8/1993, su cui v. AMORELLI, *La motivazione dei provvedimenti della Autorità garante della concorrenza*, in *Conc. merc.*, 2/1994, p. 13, in part. p. 26; si veda anche: AGCM, provv. 21 febbraio 1994, n. 1794, *Sapio-Igi-Siad/Chemgas*, in *Boll.*, n. 8/1994; AGCM, provv. 21 febbraio 1994, n. 1797, *Son-Igi-Siad/Igat*, in *Boll.*, n. 8/1994). Nella fattispecie non è stata fornita la prova che il contratto tipo predisposto dall'associazione di categoria comportasse prezzi inferiori a quelli che si sarebbero determinati in caso di separazione delle diverse prestazioni relative alla installazione, alla manutenzione ed al rifornimento di combustibile con contratti privi di esclusive di acquisto e obblighi di fornitura di durata prolungata.

⁽¹⁴²⁾ AGCM, provv. 23 giugno 1993, n. 1238, *Ristrutturazione rete distributori carburanti*, in *Boll.*, n. 14/93. Nello stesso senso, ma solo in un primo tempo, l'Autorità aveva ritenuto che l'allestimento e il consolidamento di una rete distributiva con minori costi di intermediazione, e con l'offerta di servizi aggiuntivi rispetto ai canali tradizionali, potesse giustificare l'autorizzazione in deroga al divieto, nonostante l'esclusiva reciproca che legava il produttore al distributore, e ciò in considerazione del miglioramento delle condizioni di offerta con un sostanziale beneficio per i consumatori (AGCM, provv. 13 ottobre 1993, n. 1501, *INA/BANCA DI ROMA*, in *Boll.*, n. 30/1993, su cui v. GHEZZI-MARCHETTI, *L'Autorità garante della concorrenza e le autorità di vigilanza settoriali: i principi e le procedure di applicazione della legge 287/90 nei settori speciali*, cit., in part. p. 219 ss.).

rano anche le circostanze estrinseche all'accordo quali sono, ad es., le conseguenze derivanti da una regolamentazione pubblica che già assicura una soglia minima di qualità del servizio proprio a beneficio degli stessi consumatori ⁽¹⁴³⁾.

Più in generale è opportuno ricordare che, comunque, un effetto tipico del mercato concorrenziale è la marginalizzazione di quelle imprese che non sono in grado di soddisfare le esigenze dei consumatori e, dunque, che la qualità nell'offerta è l'effetto di una selezione naturale in un mercato efficiente.

12. *Prima condizione negativa: indispensabilità delle restrizioni.*

La prima condizione negativa richiede che le misure anticompetitive siano strettamente indispensabili al conseguimento dei miglioramenti attesi e cioè che non esista al momento alternativa di minore impatto anticoncorrenziale ⁽¹⁴⁴⁾, così come già previsto dal modello comunitario (v., *retro*, § 6).

Pertanto, il test di indispensabilità è soddisfatto se le parti dell'accordo dimostrano l'esistenza di un rapporto di causalità e di proporzionalità tra le misure anticompetitive ed i benefici attesi ⁽¹⁴⁵⁾.

Così, ad es., non può essere autorizzata la deliberazione di una associazione di imprese relativa alla determinazione comune dei prezzi, se la sola giustificazione consiste nell'obiettivo di garantire lo standard qualitativo delle prestazioni offerte e se già la normativa pubblicistica, che regola la prestazione del servizio, è comunque sufficiente ad assicurare la

⁽¹⁴³⁾ AGCM, provv. 26 agosto 1991, n. 140, *Assirevi*, in *Boll.*, n. 7/1992; in *Foro. it.*, 1992, III, c. 562, con nota di CORNETTA, *Tariffe professionali e disciplina antitrust*; in *Riv. dir. comm.*, 1992, II, p. 235, con nota di SAMBUCCI, *Un caso di « price fixing »: congruità della motivazione e « per se rule »*, *ivi*, p. 245.

⁽¹⁴⁴⁾ AGCM, provv. n. 1206, *Manzoni/SPI/SPE/Publikompass*, in *Boll.*, n. 12/1993, su cui v. GHEZZI, *Il Garante per la radiodiffusione e l'editoria, l'applicazione della normativa antitrust ed i criteri di valutazione nei procedimenti di esenzione: il caso delle clausole di minimo garantito*, in *Riv. soc.*, 1993, p. 903, in part. p. 908. In linea generale si osserva che il carattere necessario dell'intesa deve essere apprezzato non solo con riferimento alla necessità tecnica dell'iniziativa, ma anche a quella economica, come è nel caso di riduzione del rischio dell'investimento (PARDOLESI, *Commento all'art. 4*, in FRIGNANI-PARDOLESI-PATRONI GRIFFI-UBERTAZZI (a cura di) *Diritto antitrust italiano*, cit., p. 417; v., in questo senso, AGCM, provv. 21 febbraio 1994, n. 1794, *Sapio-Igi-Siad/Chemgas*, in *Boll.*, n. 8/1994; AGCM, provv. 21 febbraio 1994, n. 1797, *Son-Igi-Siad/Igat*, in *Boll.*, n. 8/1994).

⁽¹⁴⁵⁾ AGCM, provv. 13 marzo 1996, n. 3692, *Raffineria di Roma/Fina Italiana/Erg Petroli/Monteshell*, in *Boll.*, n. 11/1996.

soglia minima di qualità ⁽¹⁴⁶⁾. Allo stesso modo, la tutela della pubblica incolumità non può giustificare una restrizione della concorrenza, se le ragioni di sicurezza sono già garantite dalle prescrizioni contenute nella normativa che regola lo svolgimento dell'attività pericolosa ⁽¹⁴⁷⁾.

13. *Seconda condizione negativa: impossibilità di eliminazione della concorrenza su una parte sostanziale del mercato.*

La seconda condizione negativa rappresenta l'ultimo test per la positiva accoglienza della domanda di autorizzazione e sembra, come già per il sistema comunitario (v., *retro*, § 7), un argine contro una valutazione non esclusivamente concorrenziale compiuta in sede di prima condizione positiva, valutazione tanto più severa quanto più ristretta sia, nel caso concreto, la definizione del mercato geografico e del prodotto operata dall'Autorità ⁽¹⁴⁸⁾.

In linea generale la seconda condizione negativa è disattesa nel caso, ad es., di un accordo di razionalizzazione della distribuzione che sia stato concluso tra i maggiori produttori, e che perciò elimini la concorrenza per una parte sostanziale del mercato ⁽¹⁴⁹⁾, ed è invece, come è ovvio, generalmente soddisfatta se sono presenti altri competitori di rilievo ⁽¹⁵⁰⁾.

Anche nell'ordinamento italiano i criteri per la definizione del mercato rilevante nel procedimento relativo alla concessione dell'autorizzazione sono, ovviamente, quelli già utilizzati per l'applicazione dell'art. 2. Tuttavia la struttura dell'art. 4 ne richiede l'applicazione non con riferimento al passato ma al futuro: quindi, quegli stessi criteri si traducono, come già per le precedenti condizioni di autorizzazione, in strumenti di valutazione della prevedibile situazione del mercato oggetto dell'accordo.

⁽¹⁴⁶⁾ AGCM, provv. 26 agosto 1991, n. 140, *Assirevi*, in *Boll.*, n. 7/1992; in *Foro. it.*, 1992, III, c. 562, con nota di CORNETTA, *Tariffe professionali e disciplina antitrust*, in *Riv. dir. comm.*, 1992, II, p. 235, con nota di SAMBUCCI, *Un caso di « price fixing »: congruità della motivazione e « per se rule »*, *ivi*, p. 245.

⁽¹⁴⁷⁾ AGCM, provv. 28 aprile 1993, n. 1087, *Centro Italiano GPL*, in *Boll.*, n. 8/1993. Nella fattispecie le ragioni di sicurezza non giustificavano l'obbligo di utilizzare serbatoi concessi in comodato dal distributore di gpl e l'abbinato obbligo per il consumatore di assegnare allo stesso fornitore l'incarico di installazione e di manutenzione del serbatoio.

⁽¹⁴⁸⁾ PARDOLESI, *Commento all'art. 4*, in FRIGNANI-PARDOLESI-PATRONI GRIFFI-UBERTAZZI (a cura di) *Diritto antitrust italiano*, cit., p. 418.

⁽¹⁴⁹⁾ AGCM, provv. 23 luglio 1993, n. 1310, *Nord Calce*, in *Boll.*, n. 18-19/1993; AGCM, provv. 6 maggio 1996, n. 3832, *CIRAS*, in *Boll.*, n. 16/1996.

⁽¹⁵⁰⁾ AGCM, provv. 21 febbraio 1994, n. 1794, *Sapio-Igi-Siad/Chemgas*, in *Boll.*, n. 8/1994; AGCM, provv. 21 febbraio 1994, n. 1797, *Son-Igi-Siad/Igat*, in *Boll.*, n. 8/1994.

È cioè richiesto, anche a questo riguardo, un giudizio di tipo probabilistico, che metta a confronto, da una parte, il contenuto degli accordi e la posizione delle imprese e, dall'altra, la struttura e le prospettive del mercato interessato dall'intesa.

14. *Considerazioni di sintesi sul sistema italiano di autorizzazione individuale.*

Come già per il corrispondente modello comunitario, l'autorizzazione si fonda una valutazione complessiva degli effetti economici dell'intesa. E, allo stesso modo, il carattere cumulativo delle quattro condizioni richieste per l'autorizzazione implica la stesura di un ideale bilancio economico nel quale potrebbero trovare spazio non solo considerazioni sull'efficienza consentita dall'accordo, ma anche ulteriori valutazioni e soluzioni riferibili agli obiettivi di regolazione economica del mercato⁽¹⁵¹⁾.

Ancor più che nel diritto comunitario, il solo bilancio concorrenziale viene confinato in sede di applicazione dell'art. 2, comma 2, nel cui ambito può trovare spazio una valutazione dell'intesa ispirata alla regola di ragionevolezza, che è propria del sistema statunitense⁽¹⁵²⁾, e che diminuisce, conseguentemente, la frequenza di applicazione dell'art. 4⁽¹⁵³⁾.

A questo risultato ha forse concorso anche una diversa considerazione e precisamente il timore di compromettere il proprio ruolo di ga-

⁽¹⁵¹⁾ È il caso, veramente singolare, di due decisioni che hanno tenuto conto dell'esigenza di favorire la transizione verso un assetto di mercato concorrenziale in precedenza rigidamente regolamentato (AGCM, provv. 26 ottobre 1994, n. 2401, *Assicurazioni rischi agricoli*, in *Boll.*, n. 11/1995; AGCM, provv. 6 maggio 1996, n. 3832, *CIRAS*, in *Boll.*, n. 16/1996).

⁽¹⁵²⁾ In proposito si deve peraltro rilevare che la regola di ragionevolezza dimora in un sistema ove vige il principio del precedente: vengono così temperati gli effetti pratici derivanti dalla valutazione caso per caso sulla consistenza restrittiva dell'intesa. Si consideri, altresì, che nell'ordinamento europeo ed italiano, dove, come è noto, non vale l'obbligo del rispetto del precedente giurisprudenziale, l'applicazione generalizzata della regola di ragionevolezza verrebbe ad erodere le fondamenta di un sistema che, non a caso, è imperniato sul binomio divieto-autorizzazione, a cui non si può disconoscere anche una funzione di uniformazione degli indirizzi interpretativi. Per una efficace esposizione della regola di ragionevolezza v. AREEDA, *Antitrust Law*, II ed., Boston, 1986, vol. VII p. 361 ss., Id., *Antitrust Law, 1994 Supplementary Volume*, Boston, 1994, p. 863 ss.

⁽¹⁵³⁾ Più in generale si è osservato che una diffusa applicazione, anche da parte della stessa Autorità, della regola di ragionevolezza potrebbe forse determinare nell'ordinamento italiano il rischio di un eccessivo ampliamento delle eccezioni al generale divieto sancito nell'art. 2, comma 3, ed una correlata compressione del ruolo dell'Autorità a beneficio del giudice ordinario, davanti al quale le parti cercherebbero sempre di argomentare la liceità dell'intesa per il difetto del requisito di consistenza degli effetti restrittivi (GIUDICI, *Commento all'art. 2*, in AFFERNI (a cura di), *Concorrenza e mercato*, cit., p. 78).

rante della concorrenza con provvedimenti ispirati a ragioni di politica industriale estranee alle finalità dell'*antitrust* ⁽¹⁵⁴⁾.

La soluzione adottata dal legislatore italiano non è, sotto più profili, esente da difetti, poiché ha sottovalutato le peculiarità dello stesso modello comunitario ⁽¹⁵⁵⁾, nel cui contesto è indubbio che la Commissione sia invece organo politico e non tecnico dell'Unione e che, coerentemente, sia perciò depositaria del potere di esentare le intese anche per ragioni di politica economica comunitaria (v., *retro*, § 8).

È quindi un tratto peculiare del diritto comunitario *antitrust* e, per quanto ora interessa, del potere di concessione dell'esenzione in deroga al divieto di cui all'art. 85, comma 1, l'interpretazione e l'applicazione secondo i principi che regolano la progressiva realizzazione dell'Unione europea ⁽¹⁵⁶⁾.

Questa è forse la motivazione di fondo che ispira la cautela dell'Autorità italiana e che spinge l'applicazione dell'istituto dell'autorizzazione ai margini della politica di concorrenza, al contrario di quanto accade nell'ordinamento europeo, nel quale l'esenzione dal divieto delle intese restrittive diviene strumento selettivo di regolazione economica del mercato.

Dunque, a fronte di norme pressoché identiche si riscontrano indirizzi applicativi significativamente divergenti. Il risultato è solo in apparenza contraddittorio, se si considera che l'analisi compiuta sembra confermare la tendenza a riferire, da fronti opposti, la fattispecie dell'esenzione — autorizzazione più alla regolazione economica del mercato che alla politica di concorrenza.

⁽¹⁵⁴⁾ È l'opinione di PARDOLESI, *Commento all'art. 4, op. cit.*, in FRIGNANI-PARDOLESI-PATRONI GRIFFI-UBERTAZZI (a cura di) *Diritto antitrust italiano*, cit., p. 415.

⁽¹⁵⁵⁾ ROSSI, *Antitrust e teoria della giustizia*, in *Riv. soc.*, 1995, p. 1, in part. 7.

⁽¹⁵⁶⁾ V. ora anche l'art. 130 del Trattato di Maastricht.