

- d) una parte acquisisce il controllo esclusivo dell'impresa di cui detiene già il controllo congiunto.

### **9.8. La tutela della concorrenza tra diritto dell'Unione e diritto nazionale**

Il Regolamento 1/2003 ha rafforzato il decentramento nell'applicazione della disciplina antitrust.

**L'art. 3 del Regolamento 1/2003 interviene a disciplinare, per la prima volta dall'adozione del Trattato, la materia dei rapporti tra normativa comunitaria e normative nazionali di concorrenza, prevedendo a carico di giudici e autorità nazionali di concorrenza un esplicito obbligo di applicazione del diritto comunitario ai comportamenti d'impresa che siano tali da incidere sugli scambi tra Stati membri.**

L'obbligo è volto anche a garantire che i procedimenti delle autorità nazionali di concorrenza siano soggetti alle procedure di informazione e consultazione preventiva della Commissione previste dal regolamento per assicurare un'applicazione omogenea e coerente del diritto antitrust comunitario.

**Relativamente alle intese è previsto un vincolo di convergenza che preclude l'applicazione di norme nazionali di concorrenza più severe ad accordi, decisioni e pratiche concordate suscettibili di influenzare gli scambi intracomunitari, ma che non integrino una violazione dell'art. 101.**

Se un'intesa anticoncorrenziale sia ritenuta dalla Commissione compatibile con il diritto comunitario per il solo motivo che non pregiudica il commercio intracomunitario, legittimamente potrebbe l'autorità nazionale pervenire ad una valutazione opposta e ravvisare un pregiudizio all'assetto interno della concorrenza.

Al contrario, se la Commissione dichiara l'incompatibilità dell'intesa con l'art. 101 ciò impedisce alle autorità nazionali di dichiararne l'illegittimità rispetto alle norme nazionali.

Lo stesso vale nell'ipotesi di un'esenzione per categorie di accordi, oggetto di apposito regolamento. In tal caso, non potendo adottare decisioni incompatibili con il regolamento, il giudice nazionale non potrà considerare contrario al regime nazionale della concorrenza un accordo o una pratica concordata che siano coperti dall'esenzione; al più, potrà operare

un rinvio delle disposizioni comunitarie rilevanti. **La portata del vincolo di convergenza è ristretto alla sola fattispecie di intesa. Invece esso non preclude l'applicazione di discipline nazionali più severe laddove queste abbiano ad oggetto condotte unilaterali d'impresa, come tali non rientranti nell'ambito di applicazione dell'art. 101.** Pertanto, anche nel nuovo sistema sono pienamente applicabili le norme previste dall'art. 102 del Trattato, oppure comportamenti unilaterali di imprese non dominanti.

In secondo luogo il vincolo di convergenza riguarda esclusivamente l'applicazione delle norme nazionali di tutela della concorrenza e non di quelle che perseguono obiettivi differenti rispetto agli artt. 101 e 102 e siano dirette alla tutela di altri interessi legittimi.

Nonostante col nuovo sistema prefigurato dal regolamento si verifichi un decentramento nel sistema di controllo sulla disciplina antitrust, tuttavia la Commissione non perde il suo ruolo centrale nella fase applicativa degli artt. 101 e 102 in quanto essa ha l'importante ruolo di:

- indirizzare la politica di concorrenza;
- avere la possibilità di avocare a sé un caso trattato dalle autorità nazionali competenti;
- di non vedere contrastate le sue decisioni in materia di antitrust da nessun organo giurisdizionale nazionale o dalle autorità nazionali predisposte a vigilare sulla concorrenza.

**Per quanto riguarda i poteri delle autorità nazionali sono sanciti dall'art. 5 del regolamento.** Esso prevede la possibilità di applicare la disciplina prevista dagli artt. 101 e 102 ai casi individuali, escludendo la possibilità per le autorità di allargare la sfera sugli atti di portata generale come i regolamenti di esenzioni.

L'art. 5 stabilisce, inoltre, che le autorità nazionali possono agire d'ufficio o a seguito di denuncia, potendo adottare una decisione che ordini la cessazione dell'infrazioni, imponga misure cautelari, accetti gli impegni, commini ammenda o penalità di mora o qualsiasi altra sanzione prevista dal diritto nazionale. È importante ricordare che nel caso in cui la Commissione abbia dato inizio ad un procedimento per l'adozione di una decisione in materia di antitrust, le autorità nazionali sono escluse dalla fase applicativa degli artt. 101 e 102.

**L'art. 6 del regolamento sancisce la competenza dei giudici nazionali di applicare gli artt. 101 e 102 del Trattato.**

In particolare nello svolgimento del procedimento i giudici nazionali sono vincolati dal rispetto dei precedenti della Corte di Giustizia e del Tribunale di I grado e dei regolamenti di esenzione comunitari, ma possono applicare la normativa processuale nazionale, nei limiti derivanti dal diritto comunitario, quando la normativa processuale non impedisca o renda particolarmente difficoltosa la tutela delle posizioni soggettive attribuite ai singoli dal diritto comunitario. Tuttavia, a sottolineare il ruolo centrale della Commissione la decisione del giudice nazionale non vincola la Commissione, che resta libera di decidere eventualmente in modo diverso dal giudice nazionale. Il giudice nazionale deve, invece, astenersi dal prendere provvedimenti idonei a compromettere la realizzazione degli scopi del Trattato e dunque evitare l'adozione di provvedimenti in contrasto con decisioni della Commissione.

### **9.9. La cooperazione tra Commissione e autorità nazionali**

**Per quanto riguarda il coordinamento tra Commissione e autorità garanti della concorrenza il regolamento prevede la cooperazione tra i due organi in modo da formare una rete unitaria sull'applicazione delle regole antitrust (European Competition Network).**

La cooperazione richiede vari tipi di contatti tra le autorità, ma soprattutto si basa sullo scambio di informazioni e sull'assistenza nella raccolta delle prove e nelle ispezioni.

**Quando si tratta di casi di pregiudizi agli scambi e di applicazione delle norme comunitarie, l'art. 11 del regolamento 1/2003 impone alle autorità nazionali di informare preventivamente la Commissione sull'esito dei procedimenti e prima di adottare taluni tipi di decisione.**

Nell'ipotesi di casi nuovi un'autorità nazionale dovrà informare la Commissione soltanto qualora intenda effettuare indagini sul caso, ovvero adottare misure formali di indagine. Nel rapporto orizzontale tra autorità questo scambio di informazioni si svolge su base volontaria.

**Un accordo o una pratica abusiva sono di pertinenza della rete qualora pregiudichino il commercio tra gli Stati membri.**

La Commissione ha precisato che il concetto di commercio non è limitato agli scambi tradizionali di beni e servizi a livello transfrontaliero, ma include anche i casi nei quali le intese pregiudichino la struttura della concorrenza nel mercato. Insomma rientra in tale concetto ogni condotta che

sia diretta ad eliminare o minacciare un concorrente che opera all'interno del mercato comunitario. L'applicazione del criterio del pregiudizio al commercio è indipendente dalla definizione dei mercati geografici rilevanti.

**Quando un caso è stato identificato come di pertinenza della rete, il primo obbligo consiste nell'informare la Commissione dell'avvio del procedimento.**

In linea di principio le informazioni devono essere fornite precedentemente o subito dopo l'adozione della prima misura formale di indagine, ovvero l'utilizzo dei poteri investigativi conferiti dalla legislazione nazionale. Si deve tenere presente che il contenuto delle informazioni deve essere preciso e dettagliato, in modo da consentire alle autorità garanti della concorrenza di decidere se sono interessate al caso e se desiderano essere associate al suo trattamento. Dopo la comunicazione per un periodo di 2 mesi, ciascuna autorità deve valutare se vuole intervenire. L'autorità che ha ricevuto la denuncia nella fase iniziale del procedimento deve valutare se si sente idonea a risolvere e trattare il caso. L'intervento della Commissione sarà necessario qualora il caso interessi 3 o più Stati membri, oppure quando il caso sia strettamente collegato con altre disposizioni comunitarie.

In sostanza, possono verificarsi 3 casi:

- una o più autorità decidono di agire in parallelo a quella che ha comunicato il caso per prima; sarà allora possibile individuare un'autorità responsabile del coordinamento delle misure di indagine;
- l'autorità che ha comunicato originariamente le informazioni alla rete decide di chiudere il procedimento in quanto un'altra autorità nazionale intende occuparsi del caso;
- la Commissione può avocare a sé il caso e dunque privare l'autorità nazionale della sua competenza.

Ai sensi dell'art. 11.4 del Regolamento 1/2003, le autorità sono altresì tenute ad informare la Commissione prima di adottare una decisione con la quale si ordina la cessazione dell'infrazione; oppure una decisione volta ad accettare impegni ovvero una decisione diretta a revocare l'applicazione di un regolamento di esenzione per categoria.

L'art. 11.6 prevede che l'avvio di un procedimento da parte della Commissione priva le autorità nazionali della competenza di applicare gli artt. 101 e 102. Se l'autorità nazionale sta già trattando il caso, l'esercizio del potere di avocazione è subordinato alla preventiva e tempestiva informazione dei membri della rete, ai quali la commissione dovrà anche indicare per iscritto le relative motivazioni.

L'art. 12 del Regolamento stabilisce che la Commissione e le autorità nazionali hanno la facoltà di scambiare ed utilizzare come mezzo di prova qualsiasi elemento di fatto o di diritto, comprese le informazioni riservate, a condizione che siano legalmente raccolte dall'autorità trasmittente in base alla legislazione ad essa applicabile. Nondimeno, il principio del segreto d'ufficio comporta che i segreti aziendali e altre informazioni riservate appartenenti ad imprese non possono essere divulgati all'esterno della rete, ma ciò non può impedire la divulgazione delle informazioni necessarie.

Nel caso di scambi d'informazione fornite ad un'autorità di concorrenza nell'ambito di un programma di clemenza, al fine di preservare l'efficacia di tali programmi nell'individuazione dei cartelli e degli incentivi alla collaborazione da parte delle imprese coinvolte, la Comunicazione della Commissione prevede che in questi casi le informazioni trasmesse alla rete non possano essere utilizzate dagli altri membri per avviare proprie indagini ai fini dell'applicazione delle norme di concorrenza comunitarie o nazionali.

L'art. 22.1 del Regolamento consente alle autorità nazionali di raccogliere informazioni in base alla legislazione interna per conto di un'altra autorità. La richiesta di assistenza deve essere formale, scritta e motivata. Anche rispetto alle giurisdizioni nazionali ha introdotto rilevanti novità. È messo in rilievo l'obbligo di leale collaborazione tra l'istituzione comunitaria e i giudici nazionali nella misura in cui entrambe le autorità sono chiamate alla reciproca assistenza nell'applicazione delle regole antitrust. Le autorità nazionali possono richiedere alla Commissione la trasmissione di notizie in suo possesso, al fine di accertare se un determinato caso sia già al suo esame, ecc. Nella trasmissione delle informazioni la Commissione deve assicurare alle persone fisiche e giuridiche la tutela offerta dall'art. 339 TFUE; potranno essere divulgate solo informazioni che siano garantite da una protezione adeguata. La Commissione può anche decidere di non trasmettere certe notizie al fine di salvaguardare i suoi stessi interessi.

Il parere della Commissione può essere richiesto riguardo a questioni di natura economica; il parere non è vincolante. Altro strumento di cooperazione per garantire la corretta applicazione degli artt. 101 e 102 è rappresentato dalle osservazioni scritte che la Commissione e le autorità nazionali possono presentare di propria iniziativa e dalle osservazioni orali che possono essere concesse solo tramite autorizzazione della giurisprudenza competente. Infine, i giudici nazionali possono essere chiamati a intervenire su questioni riguardanti le ispezioni compiute dalla Commissione presso le imprese e le associazioni di imprese oppure presso i domicili degli amministratori e dei dipendenti delle imprese.

### **9.10. La disciplina della concorrenza applicabile agli Stati: gli aiuti di Stato**

**L'art. 106.1 TFUE vieta agli Stati membri di adottare nei confronti delle imprese pubbliche o delle imprese, cui siano stati attribuiti diritti speciali o esclusivi, misure che siano contrarie al Trattato (Sentenza Corte di Giustizia 1/02/2017 C-606/14P) specialmente al divieto di discriminazione in base alla nazionalità e alle norme sulla concorrenza.**

L'art 106.2 prevede il particolare favore riservato alle imprese che svolgono servizi d'interesse economico generale non è senza limiti, dovendo in ogni caso conciliarsi con altri valori fondamentali.

Tale articolo mira a impedire che l'intervento pubblico nell'economia determini violazioni delle norme del Trattato. Le violazioni più frequentemente ipotizzate sono quelle che si risolvono in ostacoli agli scambi e alla libera prestazione di servizi o anche in un abuso di posizione dominante. Lo Stato membro pur libero di operare delle scelte di politica economica e sociale o di creare un regime di monopolio, sottragga l'impresa pubblica o il monopolio al rispetto delle regole del gioco, in particolare quanto al mercato comune ed alla concorrenza.

#### **Sono da ritenersi incompatibili con l'art. 106:**

- Illegittimità dei diritti esclusivi che abbiano a oggetto l'importazione o la commercializzazione di beni o servizi, es. diritto esclusivo per importazione di tabacchi.
- Illegittimo è un obbligo imposto alle emittenti televisive di servirsi di una determinata impresa pubblica per la realizzazione dei programmi.
- Illegittima è anche un'esclusiva di commercializzazione di apparecchi terminali, in virtù della presunzione che limita, di fatto, la gamma di prodotti posti in commercio.

**Le misure statali che in qualche modo riducono l'ambito del libero gioco della concorrenza sono sottoposte alla verifica di compatibilità rispetto all'art. 106.**

L'oggetto della verifica è la possibilità di giustificare le misure in funzione di un interesse generale dello Stato che sia coerente con gli interessi della Comunità. Le restrizioni devono essere necessarie e proporzionate alla realizzazione delle esigenze d'interesse pubblico perseguite e vengono verificate caso per caso.

Così ad esempio si è considerato giustificato il monopolio legale del servizio postale ordinario, poiché costituisce un servizio d'interesse generale che necessariamente deve coprire anche settori non redditizi e dunque può essere protetto nei confronti di eventuali concorrenti nei settori redditizi.

### **9.11. Il potere di controllo della Commissione ex art. 103, n. 3 TFUE**

**L'art. 106 n. 3 attribuisce alla Commissione il compito di vigilare sull'applicazione della norma rivolgendo, ove occorra, agli Stati membri, opportune direttive o decisioni.**

**Le decisioni e le direttive che la Commissione può adottare rientrano a pieno titolo nelle rispettive categorie di atti vincolanti.**

La competenza si limita alle direttive e alle decisioni necessarie al fine di compiere efficacemente il dovere di vigilanza cui essa è tenuta in forza della stessa disposizione.

**Il Consiglio ha competenza generale in materia potendo adottare tutte le direttive e i regolamenti finalizzati al riavvicinamento delle legislazioni nazionali sul mercato interno e di concorrenza.**

Viceversa l'art. 106 riguarda l'ipotesi di misure statali adottate dagli Stati membri nei confronti delle imprese con le quali sussistono relazioni economiche particolari, con la conseguenza che le direttive e le decisioni di cui al n. 3 sono finalizzate esclusivamente al controllo di tali misure. Ciò significa che la competenza della Commissione è più ristretta e specifica di quella conferita al Consiglio.

### **9.12. Gli aiuti pubblici alle imprese**

**Gli artt. 107-109 TFUE riguardano nello specifico le disposizioni sugli aiuti di stato che si prefigurano come disposizioni preordinate alla realizzazione di un regime di concorrenza non falsata, nella misura in cui sono dirette ad evitare che il sostegno finanziario pubblico conduca ad alterare la competizione ad armi pari tra le imprese all'interno del mercato comune.**

**In base all'art. 107 la disciplina degli aiuti di stato si fonda sul principio che gli aiuti sono incompatibili con il mercato comune**

**(principio d'incompatibilità), sicché vanno sottoposti a un sistema obbligatorio di autorizzazione preventiva.**

Nello stesso articolo ai paragrafi 2 e 3 sono prefigurate le ipotesi di deroghe al principio d'incompatibilità, alcune applicabili ipso iure, altre in forza di una valutazione ampiamente discrezionale della Commissione.

**L'art. 108 disciplina la procedura di controllo preventivo della compatibilità degli aiuti nuovi, nonché la procedura di controllo permanente sugli aiuti esistenti.**

**L'art. 109 prefigura il potere del Consiglio di fissare in via generale, con regolamento, le condizioni per l'applicazione dell'art. 108.**

Solo tardivamente il Consiglio ha esercitato questa sua competenza, adottando il Regolamento n. 994/98 sull'applicazione degli artt. 107 e 108 a determinate categorie di aiuti di Stato orizzontali e il Regolamento n. 659/99 recante modalità di applicazione dell'art. 108.

Il Regolamento n. 994/98 abilita formalmente la Commissione ad adottare appositi regolamenti di esecuzione finalizzati a disciplinare taluni interventi di sostegno pubblico dell'economia. In virtù di tale deroga la Commissione nel 2008 ha adottato il Regolamento generale di esenzione per categoria n. 800/2008, sostituito successivamente dal Regolamento n. 651/2014, che introduce nuove categorie di aiuto esentabili.

Tra quelle nuove fanno apparizione: gli aiuti ai poli di innovazione, i regimi di aiuto per ovviare ai danni arrecati dalle calamità naturali, gli aiuti per le infrastrutture a banda larga, gli aiuti per la cultura e la conservazione del patrimonio, gli aiuti per lo sport e infrastrutture multifunzionali ricreative, gli aiuti agli investimenti per le infrastrutture locali. Tale regolamento prevede l'esonero dall'obbligo di notifica preventiva e quindi della conseguente verifica di compatibilità. Il Regolamento n. 659/99 procede a un riordino organico dei principi e delle regole procedurali, enunciando all'interno di un atto normativo una disciplina che in precedenza trovava la sua fonte essenzialmente nella prassi della Commissione e nella giurisprudenza della Corte, che è stata in gran parte recepita nel regolamento del Consiglio. Tuttavia, l'importanza di questi atti normativi del Consiglio non deve portare a sottovalutare il grande ruolo svolto dalla Commissione e dal giudice dell'Unione, che hanno saputo dare concreta attuazione alle disposizioni del Trattato in materia di aiuti di Stato. Tale dinamicità ha investito i 3 momenti principali del regime comunitario degli aiuti di Stato: la nozione rilevante di aiuto, la disciplina delle deroghe al divieto e la procedura di controllo di compatibilità con il mercato comune.

### 9.13. La nozione di aiuto oggetto del divieto generale

L'art. 107: enuncia che “sono incompatibili con il mercato comune, nella misura in cui incidano sugli scambi tra Stati membri, gli aiuti concessi dagli Stati, ovvero mediante risorse statali, sotto qualsiasi forma che, favorendo talune imprese o talune produzioni, falsino o minaccino di falsare la concorrenza”.

**In base alla formulazione dell'art. 107 si comprende che per aiuto di stato si deve intendere ogni vantaggio economicamente apprezzabile attribuito a un'impresa attraverso un intervento pubblico, vantaggio che altrimenti non si sarebbe realizzato (cfr. Sentenza C-425/19P Commissione/Italia, Fondo interbancario di tutela dei depositi, Banca d'Italia e Banca Popolare di Bari SCpA, del 2 marzo 2021)**

Può essere una riduzione di costi, un'agevolazione fiscale, una tariffa di favore, uno sgravio di oneri sociali, una garanzia statale, la partecipazione al capitale di una società ecc., non rientrano solo quelle misure di carattere e portata generali che non favoriscono specificamente determinate imprese o produzioni.

**Il Trattato non distingue gli interventi secondo la loro causa o il loro scopo, ma li definisce in funzione dei loro effetti.** La forma dell'aiuto è indifferente. L'atto può essere tanto una legge quanto un atto amministrativo o un contratto. Tra le ipotesi più rilevanti vanno annoverate le assunzioni di partecipazione dello Stato o di un ente pubblico nelle imprese.

**Il controllo può portare alla dichiarazione d'incompatibilità quando l'apporto pubblico non corrisponde a quello d'investitore privato che operi un conferimento di capitali in normali condizioni di un'economia di mercato.**

In casi di privatizzazione di imprese pubbliche la Commissione verifica:

- Che la privatizzazione non si accompagni a interventi finanziari dell'azionista pubblico volti a riequilibrare la situazione patrimoniale e finanziaria dell'impresa ceduta.
- Che il prezzo di cessione rifletta correttamente il valore delle attività privatizzate.

Sempre con riferimento al rapporto tra lo Stato e le imprese pubbliche sono state adottate alcune normative per assicurarne la trasparenza.

- La prima direttiva imponeva agli Stati membri di comunicare periodicamente i dati relativi alle relazioni con le imprese pubbliche.