



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI TRENTO

Facoltà di Giurisprudenza

L'APPLICAZIONE DELLE REGOLE DI CONCORRENZA  
IN ITALIA E NELL'UNIONE EUROPEA

*Atti del V Convegno biennale Antitrust*

*Trento, 16-18 aprile 2015*

a cura di

GIAN ANTONIO BENACCHIO

MICHELE CARPAGNANO

2015





UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI TRENTO

Facoltà di Giurisprudenza

**QUADERNI DELLA FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA**

18

2015

Al fine di garantire la qualità scientifica della Collana di cui fa parte, il presente volume è stato valutato e approvato da un *Referee* esterno alla Facoltà a seguito di una procedura che ha garantito trasparenza di criteri valutativi, autonomia dei giudizi, anonimato reciproco del *Referee* nei confronti di Autori e Curatori.

La pubblicazione è stata realizzata grazie alla partecipazione finanziaria della Provincia autonoma di Trento.

PROPRIETÀ LETTERARIA RISERVATA

© *Copyright 2015*  
*by Università degli Studi di Trento*  
*Via Calepina 14 - 38122 Trento*

ISBN 978-88-8443-654-2  
ISSN 2284-2810

Libro in Open Access scaricabile gratuitamente dall'archivio IRIS - Anagrafe della ricerca (<https://iris.unitn.it/>) con Creative Commons Attribuzione-Non commerciale-Non opere derivate 3.0 Italia License.

Maggiori informazioni circa la licenza all'URL:  
<http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/3.0/it/legalcode>

*Il presente volume è pubblicato anche in versione cartacea per i tipi di Editoriale Scientifica - Napoli (ISBN 978-88-6342-843-8).*

*Dicembre 2015*

L'APPLICAZIONE DELLE REGOLE DI CONCORRENZA  
IN ITALIA E NELL'UNIONE EUROPEA

*Atti del V Convegno biennale Antitrust  
Trento, 16-18 aprile 2015*

a cura di  
*Gian Antonio Benacchio  
Michele Carpagnano*

Università degli Studi di Trento 2015



## INDICE

	Pag.
Gian Antonio Benacchio, Michele Carpagnano <i>Presentazione del V volume</i> .....	VII
Giovanni Pitruzzella <i>L'applicazione delle regole di concorrenza nel mercato globale-locale: istanze di tutela, sfide ed opportunità</i> .....	1
Gabriella Muscolo <i>Competition Law Enforcement in a Framework of Human Rights</i> ....	13
Olivier d'Ormesson <i>Global – Local Competition Law Enforcement by the French Competition Authority</i> .....	25
Mattia Melloni <i>The European Competition Network (ECN) and its First 11 Years of Life: Balances and Challenges</i> .....	41
Andreas Klafki <i>Local Cases – Global Legal Problems. The Example of the Brandenburg State Cartel Authority</i> .....	51
Luigi Prosperetti <i>Global, Local, Public and Private Enforcement: An Article 102 Perspective</i> .....	61
Massimo Scuffi <i>Brevi note in tema di class action alla luce della Direttiva 104/2014</i> .....	67
Luke Haasbeek <i>The Directive on Antitrust Damages Actions</i> .....	75

	Pag.
Alberto Toffoletto, Emilio De Giorgi <i>L'implementazione della Direttiva da parte del legislatore italiano e il difficile obiettivo di assicurare un level playing field tra ordinamenti nazionali</i> .....	85
Arianna Andreangeli <i>Azioni civili nell'ambito del diritto della concorrenza: prospettive di armonizzazione e la sfida dell'accesso alla giustizia</i> .....	113
Aldo Frignani <i>Patent pools after EU reg. n. 316/2014 providing for a block exemption of categories of technology transfer agreements</i> .....	153
Roberto Chieppa <i>Competition Protection in Action: Fields of Intervention and New Frontiers</i> .....	177
Andrea Pezzoli <i>Concorrenza di prezzo e concorrenza dinamica nel settore farmaceutico: quali spazi (e quali ambiguità) tra tutela della concorrenza e tutela della proprietà intellettuale</i> .....	187
Vito Meli <i>Gli interventi dell'Autorità nei sistemi di pagamento</i> .....	201
Ginevra Bruzzone, Sara Capozzi <i>Restrictions by Object in the Case Law of the Court of Justice: in search of a Systematic Approach</i> .....	217
Josef Bejček <i>Witnessing the Birth of a "Qualified Subdominance"?</i> .....	237
Ciro Favia <i>Nuovi paradigmi del mercato dell'energia: quale approccio anti-trust?</i> .....	285
Sacha D'Ecclesiis <i>I programmi di compliance e la gestione del rischio antitrust: stato dell'arte</i> .....	303
Notizie sugli Autori .....	331



## PRESENTAZIONE DEL V VOLUME

Siamo molto orgogliosi di dare alle stampe il presente Volume che raccoglie gli atti del V Convegno Antitrust di Trento dedicato alla *Applicazione delle regole di concorrenza in Italia e nell'Unione europea* tenutosi a Trento dal 16 al 18 aprile 2015.

La quinta edizione del Convegno, come le quattro precedenti del 2007, del 2009, del 2011 e del 2013, si inserisce nella più ampia attività di divulgazione e di alta formazione ideata e realizzata dalla Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Trento per il tramite dell'Osservatorio Permanente sull'Applicazione delle Regole di Concorrenza e dedicata non più soltanto ai Giudici italiani ed europei ma a tutta la comunità *antitrust* nazionale ed internazionale.

L'edizione del 2015 si pregia, come ormai consueto, del patrocinio e del fondamentale supporto dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, della Autorité de la concurrence francese, del Conseil de la Concurrence del Gran Ducato di Lussemburgo oltre che della Provincia autonoma di Trento, del Centro di Documentazione Europea di Trento.

Il Convegno ha potuto altresì contare sul prezioso contributo di Casse Rurali Trentine e di MLex per quanto riguarda la parte stampa e comunicazione.

Il presente Volume, oltre a rendere fruibili in forma cartacea i risultati emersi dalle giornate del Convegno (la cui registrazione è integralmente visibile *on line* sul sito dell'Osservatorio Antitrust [www.osservatorioantitrust.eu](http://www.osservatorioantitrust.eu), nella sezione Formazione – Convegno Biennale di Trento - 2015), è stato pensato per essere un utile strumento di approfondimento per gli studiosi e gli operatori del diritto *antitrust* per una condivisione di nozioni e di esperienze italiane ed europee.

L'edizione del 2015 rafforza lo spirito internazionale e multidisciplinare del nostro Convegno che caratterizza da sempre il diritto della concorrenza nazionale e dell'Unione: nelle pagine che seguono il lettore troverà prestigiosi contributi scritti da giuristi (accademici e pratici),

magistrati, funzionari delle istituzioni nazionali e dell'Unione preposte al *public antitrust enforcement* ed alla *public policy*, ma anche da economisti ed esponenti della *business community*.

Tale diversità di esperienze e di percezioni di un unico (complesso) fenomeno sono essenziali, a nostro avviso, al fine di contribuire ad incrementare e consolidare una matura "cultura della concorrenza" e delle sue modalità di *enforcement* nel nostro Paese ed in Europa, possibilmente anche al di là della comunità degli studiosi e degli "addetti ai lavori", fino a ricomprendere ogni livello della società civile e del tessuto imprenditoriale.

I contributi di seguito riportati ripercorrono le tre tematiche principali della V edizione del nostro Convegno: i) l'applicazione delle regole di concorrenza nel mercato globale-locale; ii) il recepimento della Direttiva sul *private antitrust enforcement*; e iii) la tutela della concorrenza in azione: settori di intervento e nuove frontiere. Tre tematiche che continuano ad essere di grande attualità e su cui, ne siamo convinti, ci sarà ancora di discutere e confrontarci nelle prossime edizioni del Convegno Antitrust di Trento.

Durante la V edizione del Convegno abbiamo presentato una nuova iniziativa di alta formazione a cui crediamo molto e rispetto a cui abbiamo già registrato lusinghieri *feedbacks*: la *Trento Summer School on Advanced Competition Law & Economics* basata a Moena.

Concludiamo questa brevissima introduzione con un doveroso ringraziamento ai collaboratori dell'Osservatorio Permanente sull'Applicazione delle Regole di Concorrenza che quotidianamente fanno sì che il nostro sito internet possa contribuire a divulgare con tempestiva efficacia e semplicità la conoscenza del diritto *antitrust* nazionale (non solo in Italia ma anche in altre giurisdizioni) e dell'Unione. Non possiamo non ricordare con gratitudine, inoltre che, a margine della V edizione del Convegno, si è tenuto il consueto *workshop* dei collaboratori dell'Osservatorio Antitrust. Il Workshop a margine del Convegno è un evento a cui crediamo molto perché concepito come un momento di confronto ed approfondimento dedicato ai giovani studiosi della materia ed ai talenti emergenti.

Siamo sinceramente grati, inoltre, al Preside della Facoltà di Giurisprudenza, Prof. Giuseppe Nesi, per aver pienamente colto il valore del

Convegno di Trento nella comunità *antitrust* nazionale ed internazionale ed averne condiviso lo spirito e supportato la realizzazione.

Ringraziamo infine tutto il personale amministrativo e tecnico della Facoltà di Giurisprudenza che, con grande impegno, ha contribuito ad una ottimale riuscita del Convegno. Un ringraziamento particolare va alla dott.ssa Giorgia Sartori per l'impegno e la professionalità che ha dimostrato nella cura del Convegno Antitrust di Trento ed alla dott.ssa Valentina Lucatti per la attenta cura redazionale del presente Volume.

Trento, 8 dicembre 2015

Gian Antonio Benacchio e Michele Carpagnano



# L'APPLICAZIONE DELLE REGOLE DI CONCORRENZA NEL MERCATO GLOBALE-LOCALE: ISTANZE DI TUTELA, SFIDE ED OPPORTUNITÀ

*Giovanni Pitruzzella*

SOMMARIO: 1. Istituzioni e regole del mercato globale. 2. Diritto "globale" dei mercati e tutela dei diritti sociali. 3. Armonizzazione dei diritti antitrust e cooperazione tra autorità di concorrenza: strumenti per la creazione di un diritto antitrust globale. 4. Il diritto antitrust europeo: un esempio di convergenza tra regole e istituzioni. 5. Il modello nazionale tra omogeneità e differenziazione.

## *1. Istituzioni e regole del mercato globale*

La globalizzazione pone dal punto di vista *antitrust* nuove sfide, legate alla necessità di individuare le regole giuridiche e gli strumenti per intervenire in mercati i cui confini trascendono non solo la dimensione nazionale, ma addirittura quella europea. In questi contesti il controllo esercitato dalle singole autorità nazionali diventa, infatti, sempre più complicato e, per certi aspetti marginale, mentre quello realizzato all'interno della rete europea richiede alcuni aggiustamenti, necessari a incidere efficacemente sulle condotte tenute nell'arena globale<sup>1</sup>.

Sotto il profilo delle regole, è noto che nel mercato globale non esiste un diritto comune, anzi si registra una profonda differenza tra i diversi Stati non solo a livello di discipline, ma anche di istituzioni e di contesti politici<sup>2</sup>. Inoltre, là dove i mercati non coincidono più con i

---

<sup>1</sup> J. STIGLITZ, *La globalizzazione che funziona*, Torino, 2006; E. FOX, *Dopo Chicago, dopo Seattle e il dilemma della globalizzazione*, in *Mercato concorrenza e regole*, 1, 2001, 53 ss.; M. D'ALBERTI, *Poteri pubblici, mercati e globalizzazione*, Bologna, 2008; M.R. FERRARESE, *Le istituzioni della globalizzazione*, Bologna, 2000.

<sup>2</sup> M. MONTI, *La dimensione internazionale della politica di concorrenza europea*, in *Mercato concorrenza e regole*, 3, 2001, 423 ss.

confini degli Stati non solo si attenua la sovranità nazionale, ma si assiste all'emersione di una regolazione multiforme, in cui alle tradizionali fonti di normazione si affiancano nuovi strumenti di *soft law*, aventi carattere per lo più convenzionale<sup>3</sup>.

Nei rapporti tra le imprese tende ad assumere rilievo il “diritto dei contratti”, mentre nelle relazioni tra istituzioni si fanno strada gli accordi multilaterali tra Stati. Alle istituzioni pubbliche, quali regolatori naturali dei mercati, si vanno sostituendo, organizzazioni “ibride”, che si collocano a metà strada della tradizionale linea di confine tra pubblico e privato: si pensi, ad esempio, al ruolo di organizzazioni quali la *World Trade Organization- WTO*<sup>4</sup>.

Come rilevato da autorevole dottrina, per effetto della globalizzazione “I mercati registrano, accanto alle tradizionali misure giuridiche statali, la produzione di nuove forme giuridiche che non hanno più un carattere prestabilito, ma assumono piuttosto modalità adattive, seguendo i mercati nei loro più disparati bisogni”<sup>5</sup>.

## 2. Diritto “globale” dei mercati e tutela dei diritti sociali

La sfida principale di fronte a questo processo è di evitare che alla perdita di sovranità da parte degli Stati nazionali si accompagni una riduzione della tutela dei diritti. Occorre, in altri termini, impedire che si affermi il “fondamentalismo di mercato” di cui parla Joseph Stiglitz che, anziché generare benessere collettivo, accentua le diseguaglianze e aumenta la povertà, soprattutto delle fasce più deboli<sup>6</sup>. Questo perché nel “diritto globale dell’economia” che si va definendo non sembrano

---

<sup>3</sup> A. MASSERA, *Oltre lo Stato: Italia ed Europa tra locale e globale*, in *Riv. Trim. dir. pubbl.*, 2001, 11 ss.

<sup>4</sup> M. D’ALBERTI, *Poteri pubblici, mercati e globalizzazione*, cit., p. 110 ss.; B. KINSBURY, N. KRISCH, R.B. STEWART, *The Emergence of Global Administrative Law*, in *Law and Contemporary Problems*, 15, 2005, 20 ss.

<sup>5</sup> M.R. FERRARESE,  *Mercati e globalizzazione. Gli incerti cammini del diritto*, in *Politica del diritto*, 3, 1998, 407 ss.

<sup>6</sup> Il riferimento è contenuto in J. STIGLITZ, *La globalizzazione e i suoi oppositori*, Torino, 2003.

ancora trovare adeguato riconoscimento i diritti sociali. Si è ancora indietro rispetto alla costruzione di quell'economia sociale di mercato che è, invece, ben radicata tanto a livello europeo, quanto nell'ordinamento costituzionale italiano<sup>7</sup>.

Bisogna, dunque, declinare il mercato con i diritti sociali e cercare di far passare l'idea che un'economia di mercato dinamica e competitiva produce risultati positivi non solo sotto il profilo strettamente economico, ma anche sotto quello sociale, poiché in grado di determinare il prevalere nella società di inclusione, creatività, soddisfazione e sviluppo individuale. Secondo Edmund Phelps, creatività e spirito di innovazione sono i valori decisivi per l'affermarsi della *Good economy*, tant'è che la ragione dell'attuale crisi andrebbe ritrovata proprio nella mancanza di consapevolezza circa l'importanza dell'innovazione e del dinamismo<sup>8</sup>.

In questo contesto si può senz'altro affermare che il diritto *antitrust*, in quanto insieme di regole non aventi carattere prescrittivo, è di per sé un diritto non solo molto adattabile e malleabile, ma anche foriero di democrazia a livello economico, essendo finalizzato a contenere lo strapotere tanto dei privati quanto del pubblico e risultando in grado di

---

<sup>7</sup> Sul tema si v. *ex multis* G.U. RESCIGNO, *Principio di sussidiarietà orizzontale e diritti sociali*, in *Dir. pubbl.*, 2002, 5 ss.; G. FERRARA, *Costituzione e revisione costituzionale nell'età della mondializzazione*, in *Scritti in onore di Giuseppe Guarino*, II, Padova, 1998, 286; M. LUCIANI, *La Costituzione italiana e gli ostacoli all'integrazione europea*, in *Pol. dir.*, 1992, 589 ss.; G. VOLPE, *Il costituzionalismo del Novecento*, Roma-Bari, 2000, 256; S. GIUBBONI, *Solidarietà e concorrenza: conflitto o concorso?*, in *Mercato, concorrenza e regole*, 2004, 75 ss.; C. PINELLI, *Modello sociale europeo e costituzionalismo sociale europeo*, in *Riv. dir. sicurezza. sociale*, 2008, 251 ss.; M. D'ALBERTI, *La crisi globale e la sorte dei diritti fondamentali*, in *Riv. it. scienze giur.*, 2013, n. 4, 195 ss.; L. DRIGUEZ, *Droit social et droit de la concurrence*, Bruxelles, 2000; C. IANNONE, *L'intervento pubblico nell'economia e le regole di concorrenza comunitarie*, Torino, 2009; T. PROSSER, *Competition law and public services: From single market to citizenship rights*, in *European Public Law*, 11, 2005, 543-563.

<sup>8</sup> E. PHELPS, *The Good Life and the Good Economy: The Humanist Perspective of Aristotle, the Pragmatists and Vitalists; And the Economic Justice of John Rawls*, in *Arguments for a Better World: Essays in Honor of Amartya Sen*, Volume I: *Ethics, Welfare, and Measurement*, Oxford, 2008.

bilanciare le diverse istanze<sup>9</sup>. Tuttavia, ciò non esclude la necessità di sperimentare soluzioni sempre più avanzate e stabili di integrazione e armonizzazione tra giurisdizioni, al fine di garantire un'applicazione dello stesso che sia efficace e il più possibile omogenea e non lasciata al libero arbitrio delle imprese, o degli Stati meno attenti ai valori democratici e sociali.

### *3. Armonizzazione dei diritti antitrust e cooperazione tra autorità di concorrenza: strumenti per la creazione di un diritto antitrust globale*

La creazione di un diritto *antitrust* globale è prematura e molte sono, peraltro, le difficoltà che si oppongono alla sua realizzazione, prima fra tutti la marcata differenza che si registra tra i diversi ordinamenti sotto il profilo della tutela della concorrenza e dei modelli di *enforcement*.

Per questo, al momento, occorre partire dal basso e puntare sulla cooperazione e sul coordinamento volontario tra Stati, da disciplinare in via convenzionale mediante accordi bi o multilaterali che prevedano anche un meccanismo di scambio reciproco di informazioni.

In tal senso, andrebbe rafforzato il ricorso agli accordi di cooperazione già siglati dall'Unione europea dapprima con gli Stati Uniti d'America e poi con il Canada, con il Giappone e con la Confederazione svizzera<sup>10</sup>.

Bisognerebbe inoltre procedere all'adozione di atti di *soft law*, in cui fissare degli *standard* condivisi per la trattazione delle questioni rispetto alle quali maggiori sono le differenze tra i vari ordinamenti, innescando una sorta di competizione virtuosa tra i diritti dei diversi Stati, volta ad individuare le soluzioni che meglio si adattano all'inclusione tra gli ordinamenti piuttosto che alla loro esclusione reciproca.

I due ambiti in cui risultano particolarmente necessarie l'armonizzazione tra i diritti *antitrust* e la cooperazione tra le autorità di concorren-

---

<sup>9</sup> In tema si cfr. G. AMATO, *Il potere e l'antitrust. Il dilemma della democrazia liberale nella storia del mercato*, Bologna, 1998.

<sup>10</sup> Si v. M. GANGI, *L'iniziativa dell'Unione europea per la realizzazione di un accordo multilaterale di regole sulla concorrenza nell'ambito dell'organizzazione mondiale del commercio*, in *Dir. comm. Internaz.*, 2001, 123 ss.



za nei mercati globali sono quello della valutazione delle operazioni di concentrazione e del *patent licensing*.

Con riferimento al controllo sulle concentrazioni, dopo l'operazione *Honeywell/General Electric*, che era stata autorizzata nell'ordinamento nordamericano e vietata in quello europeo, è stato avviato un procedimento di armonizzazione tra i due diversi modelli che – come è noto – si è tradotto in una modifica del test previsto a livello europeo<sup>11</sup>.

Sebbene con il Reg. n. 139 del 2004, adottato sull'onda delle critiche sollevate da tale evento, non ci si sia spinti fino all'adozione del modello statunitense della diminuzione sostanziale della concorrenza (*Substantial Lessening of Competition*, cosiddetto “test SLC”), la Commissione ha tuttavia scelto un test, individuato con l'acronimo “SIEC” (da *Substantial Impediment to Effective Competition*), che rappresenta una soluzione di compromesso tra il test americano e quello della dominanza<sup>12</sup>.

---

<sup>11</sup> Per un commento alla decisione si cfr. E. FOX, *Diritto della concorrenza, mercati globali e il caso General Electric/Honeywell*, in *Mercato concorrenza e regole*, 2, 2002, 347 ss.; F. GHEZZI, *Verso un diritto antitrust comune? Il processo di convergenza delle discipline statunitense e comunitaria in materia di intese*, in *Riv. soc.*, 2002, 499 ss.; C. OSTI, R. PARDOLESI, *Falsi amici: le concentrazioni in Europa e negli Stati Uniti*, in *Giur. comm.*, 2002, 153 ss.; D. PATTERSON, C. SHAPIRO, *Trans-Atlantic Divergence in GE/Honeywell. Causes and Lessons*, in [www.haas.berkeley.edu/~shapiro/divergence.pdf](http://www.haas.berkeley.edu/~shapiro/divergence.pdf), 2001; W.J. KOLASKY, *Conglomerate mergers and range effects: it's a long way from Chicago to Brussels*, in [www.justice.gov/atr/public/speeches/9536.htm](http://www.justice.gov/atr/public/speeches/9536.htm), Washington, 2001.

<sup>12</sup> M.G. EGGE, M.F. BAY, J.R. CALZADO, *The new EC Merger Regulation: Recipe for profound Change or more of the Same?*, in *Dir. un. eur.*, 2004; L. ARNAUDO, *Il controllo delle concentrazioni*, in A. FRIGNANI, S. BARIATTI (a cura di), *Disciplina della concorrenza nella UE*, in *Tratt. dir. comm.*, vol. LXIV, Padova, 2012; M. LIBERTINI, *Diritto della concorrenza dell'Unione europea*, Milano, 2014; E.A. RAFFAELLI, *Aspetti evolutivi della nozione di concentrazione*, in C. RABITTI BEDOGNI, P. BARUCCI (a cura di), *20 anni di antitrust. L'evoluzione dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*, Torino, 2010, 461 ss.; P. FATTORI, M. TODINO, *La disciplina della concorrenza in Italia*, Bologna, II ed., 2010.

Si v. inoltre *Orientamenti relativi alla valutazione delle concentrazioni orizzontali a norma del regolamento del Consiglio relativo al controllo delle concentrazioni tra imprese*, in GU C/ 31 del 5.2.2004; *Orientamenti relativi alla valutazione delle concentrazioni non orizzontali a norma del regolamento del Consiglio relativo al controllo delle concentrazioni tra imprese*, in GU C 265 del 18.10.2008; *Comunicazione consoli-*

In ogni caso, una forma integrata di cooperazione multilaterale a livello mondiale su base volontaria è costituita dall'*International Competition Network* che è nato per far fronte ai problemi che con riferimento alle operazioni transfrontaliere e in particolare alle concentrazioni cosiddette *cross border* derivavano da interventi non coordinati di più autorità, spesso effettuati in applicazione di regimi antitrust differenti<sup>13</sup>.

#### 4. Il diritto antitrust europeo: un esempio di convergenza tra regole e istituzioni

Se dal livello globale si scende a quello europeo, il disegno istituzionale realizzato rappresenta il modello più evoluto e completo di funzionamento di un sistema a rete di *enforcement* antitrust. Con l'entrata in vigore del regolamento 1/2003 la Commissione ha, infatti, non solo decentrato alle autorità nazionali l'applicazione delle disposizioni europee in materia di tutela della concorrenza, ma ha altresì previsto l'istituzione dell'*European Competition Network - ECN*, ossia di una rete composta dalla Commissione e dalle autorità nazionali di concorrenza la cui finalità è di garantire un'applicazione coerente ed efficace delle norme *antitrust* mediante meccanismi di cooperazione orizzontale (tra ANC) e verticale (tra la Commissione e le ANC) basati sulla consultazione preventiva, su specifici obblighi di informazione e su di un meccanismo di allocazione dei casi volto ad evitare duplicazioni di procedimenti e di decisioni formali sulla medesima fattispecie nonché conflitti decisionali<sup>14</sup>.

---

*data della Commissione sui criteri di competenza giurisdizionale a norma del regolamento (CE) n. 139/2004 del Consiglio relativo al controllo delle concentrazioni tra imprese, 2008/C 95/01.*

<sup>13</sup> Sull'ICN si cfr. M.L. DJELIC, *International Competition Network*, in T. HALE, D. HELD (a cura di), *Handbook of Transnational Governance*, Cambridge, 2011, 80 ss.

<sup>14</sup> Si v. M. D'ALBERTI, *La rete europea di concorrenza e la costruzione del diritto antitrust*, in E.A. RAFFAELLI (a cura di), *Antitrust fra diritto nazionale e diritto comunitario*, Milano, 2005, 35 ss.; C. GAUER, *Does the Effectiveness of the EU Network of Competition Authorities Require a Certain Degree of Harmonization of National Procedures and Sanctions?*, in C.D. EHLERMANN, I. ATANASIU (a cura di), *European Competition Law Annual 2002: Constructing the EU Network of Competition Authorities*,

Il modello è destinato ad assumere un ruolo via via crescente in ragione dell'evoluzione digitale che sta portando all'emersione di condotte che interessano una pluralità di Autorità di concorrenza, in quanto in grado di raggiungere i consumatori dislocati in diversi Stati membri. Un esempio di come l'ambiente digitale porti con sé la necessità di interventi coordinati e di una maggiore cooperazione è rinvenibile nel noto caso riguardante *Booking* ed *Expedia*, ossia delle *Online Travel Agencies (OTA)* che tramite piattaforme digitali permettono di consultare un catalogo contenente centinaia di migliaia tra alberghi, b&b, villaggi turistici e simili, di comparare tra loro le diverse offerte, di consultare le recensioni dei clienti precedenti e di prenotare la camera, il tutto dallo schermo di un computer e perfino da quello di uno *smartphone*. Nei confronti di tali soggetti l'Autorità italiana, operando in stretto contatto con l'autorità francese e con quella svedese, ha avviato un'istruttoria per verificare se essi limitino, attraverso gli accordi con le strutture alberghiere, la concorrenza sul prezzo e sulle condizioni di prenotazione tra i diversi canali di vendita, ostacolando la possibilità per i consumatori di trovare sul mercato offerte più convenienti. L'istruttoria si è chiusa con l'accettazione di impegni consistenti in una riduzione significativa dell'ambito di applicazione delle clausole della *Most Favoured Nation* (clausole di parità tariffaria e di altre condizioni anche in termini di numero di stanze disponibili) le quali si applicheranno esclusivamente ai prezzi e alle altre condizioni pubblicamente offerte dagli hotel attraverso i propri canali di vendita diretta *online*, lasciando piena libertà agli hotel nella determinazione delle condizioni di offerta praticate sulle altre OTA e sui propri canali diretti *offline*, nonché nell'ambito dei propri programmi di fidelizzazione<sup>15</sup>.

Un altro tema scottante data la sua portata transnazionale riguarda la cosiddetta *net neutrality*. Nella prospettiva della tutela della concorrenza, il tema della neutralità della rete è connesso principalmente agli incentivi ed alla capacità che un fornitore di connessioni ad Internet – che

---

Oxford, 2004; G. TESAURO, *The Relationship Between National Competition Authorities and Their Respective Governments in the Context of the Modernisation Initiative*, ibidem.

<sup>15</sup> Caso 1779 - *Mercato dei servizi turistici-prenotazioni alberghiere on line*, Provvedimento n. 25422 del 21 aprile 2015, pubblicato in [www.agcm.it](http://www.agcm.it).

opera anche come fornitore di contenuti – può avere per degradare talune tipologie di traffico dati, riducendo la qualità dei servizi erogati da fornitori di contenuti suoi concorrenti o innalzandone i costi.

Rispetto alla questione della *net neutrality* si registrano posizioni molto diverse tra i vari Stati membri alcuni dei quali (Inghilterra e Germania) sembrerebbero contrari ad un atteggiamento troppo restrittivo del Parlamento europeo nei confronti degli accordi siglati tra i provider delle reti e i fornitori di contenuti (come Google o Netflix) per trattare il loro traffico in maniera preferenziale.

Peraltro, è recente la notizia che negli Stati Uniti la *United States Telecom Association* (USTelecom), l'associazione che raggruppa i big delle telecomunicazioni da At&t a Verizon, si è rivolta alla giustizia americana per bloccare le norme sulla neutralità della rete, approvate dalla *Federal Communication Commission* a fine febbraio, che definiscono il web come un servizio di pubblica utilità da regolamentare in modo uguale per tutti<sup>16</sup>.

In questo contesto particolarmente interessante è il caso deciso dall'Autorità della Concorrenza francese nella controversia che vedeva contrapposto il monopolista delle comunicazioni *France Telecom* alla società *Cogent* in relazione ad un contratto di *peering*<sup>17</sup>, per le implica-

---

<sup>16</sup> Il testo di *The open internet rules and orders* è reperibile in <https://www.fcc.gov/document/fcc-releases-open-internet-order>.

<sup>17</sup> A seguito dell'istruttoria, l'Autorité de la concurrence si è pronunciata in favore di *France Telecom*, la quale chiedeva a *Cogent* un corrispettivo in cambio dell'apertura di un *peering* (scambio di traffico Internet) supplementare. La decisione si fonda sui termini di un contratto di *peering* concluso nel 2005 tra *France Telecom* e *Cogent*. L'accordo in questione stabiliva un limite chiaro alla gratuità dell'interconnessione sotto forma di un rapporto tra il traffico in entrata e in uscita (in particolare, il traffico in entrata doveva essere pari ad un massimo di 2,5 volte il traffico in uscita). Pertanto, l'Autorità francese ha ritenuto che la richiesta del corrispettivo da parte di *France Telecom* fosse giustificato da tale asimmetria. Tuttavia, poiché *France Telecom* controlla *Orange* e la società di *transit Open Transit*, e data l'assenza di una formale fatturazione interna tra la prima e la seconda per quel che riguarda l'accesso degli abbonati *Orange*, secondo l'Autorità occorre evitare che *France Telecom* favorisca indirettamente *Open Transit*, a discapito degli altri operatori presenti nel mercato, indirizzando i contenuti verso i suoi abbonati *Orange*. Per questi motivi, l'Autorità ha chiesto a *France Telecom* di assumere degli impegni a titolo preventivo. L'operatore si è quindi impegnato a for-

zioni indirette che può avere sulla questione della *net neutrality* e per quelle sulla valutazione di accordi aventi una potenziale portata transfrontaliera.

### 5. Il modello nazionale tra omogeneità e differenziazione

Gran parte delle problematiche riscontrate nei livelli sovranazionali scompaiono e si semplificano notevolmente nella fase discendente di applicazione del diritto antitrust nei mercati nazionali. Qui i modelli di *enforcement* si sviluppano essenzialmente lungo due direttrici: a) quella nazionale di “rilevanza comunitaria”; e b) quella nazionale interna.

Sotto il primo profilo, con l'entrata in vigore del Reg. 1/2003, è previsto che l'applicazione degli articoli 101 e 102 del Tfe spetta all'Autorità nazionale, che deve agire nel rispetto dei principi elaborati dalla giurisprudenza europea e in modo conforme agli orientamenti della Commissione. Il sistema si fonda su un meccanismo di decentramento che prevede al suo interno momenti qualificati di coordinamento sia verticale che orizzontale<sup>18</sup>. In questa ipotesi l'uniforme applicazione del diritto *antitrust* europeo è garantita dal grado di maturità che a livello di regole e di istituzioni è stato raggiunto all'interno dell'Unione europea tra gli Stati membri. Livello di omogeneità che, invece, ancora manca se si estende l'orizzonte della ricerca oltre i confini europei.

Quanto alla seconda area di intervento, l'Autorità *antitrust* italiana applica, come è noto, le disposizioni della legge nazionale a tutela della

---

malizzare, entro tre mesi, con un protocollo interno il rapporto tra le due società e a renderlo trasparente.

<sup>18</sup> Sull'applicazione decentrata del diritto comunitario dopo la modernizzazione A. FRIGNANI, *La messa in opera delle norme antitrust comunitarie (il Regolamento 1/2003 e i suoi riflessi nel diritto italiano)*, in *Dir. ind.*, 2004, 457 ss.; M. D'ALBERTI, *La rete europea di concorrenza e la costruzione del diritto antitrust*, cit.; W. BLUMENTHAL, *The Challenge of Sovereignty and the Mechanism of Convergence*, in *Antitrust Law Journal*, 2004, 267; D.J. GERBER, P. CASSINIS, *The Modernisation of the European Community Competition Law: Achieving Consistency in Enforcement*, in *European Competition Law Review*, 2006, 10 ss.; M. SIRAGUSA, E. GUERRI, *L'applicazione degli articoli 81 e 82 del Trattato CE in seguito all'introduzione del Regolamento n. 1/2003*, in *Dir. ind.*, 2004, 348 ss.

concorrenza e del mercato a tutte le condotte che interessano i mercati locali e a quelle che non sono comunque in grado di incidere sul commercio tra gli Stati membri.

Il controllo della concorrenza nei mercati locali è molto importante per garantire lo sviluppo di un tessuto economico ispirato alle regole del mercato, per favorire le dinamiche competitive tra le piccole e medie imprese e per garantire procedure di selezione delle imprese non alterate da meccanismi spartitori.

Anche nell'applicazione delle disposizioni nazionali è riscontrabile una compenetrazione molto forte con l'ordinamento sovranazionale, in quanto ai sensi dell'articolo 1, comma 4, della legge n. 287 del 1990 l'Autorità deve interpretare e applicare le norme interne in base ai principi dell'ordinamento europeo. Grazie a questo principio di integrazione tra ordinamenti, quel diritto comune che non è ancora possibile individuare nei mercati globali diventa realtà nel mercato europeo e in quello nazionale<sup>19</sup>.

Il grado di uniformità raggiunto attraverso il decentramento operato dal reg. 1/2003, da un lato, e l'inclusione tra ordinamenti, dall'altro, non sembra tuttavia ammettere un ulteriore livello decisionale di dimensione locale.

Questo tipo di soluzione, oltre ai già evocati problemi di omogeneità, avrebbe ulteriori effetti negativi in termini di garanzia dell'indipendenza degli organismi chiamati a svolgere l'attività di tutela della concorrenza, poiché accorciando le distanze tra il controllore e i controllati aumenterebbe i rischi di cattura dei primi da parte dei secondi. La "democrazia subnazionale", tipica dei paesi a tradizione federalista e di quelli fondati sul regionalismo, è senza dubbio importante ma è anche foriera di tentazioni pericolose sia sotto il profilo dell'aumento del rischio di cattura del regolatore – discendente dalla maggiore vicinanza di quest'ultimo agli interessi dei soggetti regolati – sia sotto il profilo dell'emersione di una tutela frammentata della concorrenza, che potrebbe risentire della diversa sensibilità dei regolatori locali verso le

---

<sup>19</sup> Sul punto si veda S. CASSESE, *Le discipline nazionali del mercato e della concorrenza*, in ID., *La nuova costituzione economica*, Bari, 2004, 59 ss.

esigenze del mercato. Negli Stati Uniti questi pericoli vengono decritti come rischi di *local spirit*, di *factionalism*<sup>20</sup>.

Anche per la Corte costituzionale la tutela della concorrenza o è statale o non ha ragione di essere dal momento che non è pensabile una sua frammentazione territoriale. La tutela della concorrenza per sua natura non può tollerare differenziazioni territoriali che finirebbero per limitare o addirittura neutralizzare gli effetti delle norme di garanzia<sup>21</sup>.

Un'ultima considerazione va, infine, fatta con riferimento ad un fenomeno piuttosto peculiare che si sta registrando a livello giurisprudenziale circa il grado di intensità che deve avere il sindacato del giudice sui provvedimenti in materia *antitrust* al fine di rispettare le disposizioni della Carta europea dei diritti fondamentali, con particolare riguardo al diritto a un ricorso effettivo e a un giudice imparziale, alla presunzione di innocenza e ai diritti della difesa, ai principi della legalità e della proporzionalità dei reati e delle pene.

È come se di fronte alla crescente portata anticoncorrenziale delle violazioni transfrontaliere e della conseguente maggiore asprezza del trattamento sanzionatorio la Cedu si preoccupi di alzare il livello di tutela garantito alle imprese destinatarie dei provvedimenti delle autorità di concorrenza, rendendo più penetrante il controllo sulle valutazioni tecniche. Ciò in ragione del carattere penale delle sanzioni comminate, riconducibile alla natura della norma violata – volta a tutelare un interesse generale e ad impedire la ripetizione in futuro della condotta – nonché all'ammontare della sanzione in concreto irrogata<sup>22</sup>.

---

<sup>20</sup> In tal senso M. D'ALBERTI, *Poteri pubblici, mercati e globalizzazione*, cit., 51.

<sup>21</sup> Così si legge in alcune pronunce della Corte costituzionale e, in particolare, nelle sentenze n. 443 del 2007 e n. 283 del 2009.

<sup>22</sup> Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza del 27 settembre 2011 - Ricorso n. 43509/08 - *A. Menarini Diagnostics Srl c. Italia*; sentenza del 4 marzo 2014 - Ricorso n. 18640/10 - *Grande Stevens e altri c. Italia*.





# COMPETITION LAW ENFORCEMENT IN A FRAMEWORK OF HUMAN RIGHTS

*Gabriella Muscolo*

SUMMARY: 1. *Introduction*. 2. *The Menarini case and the standard of judicial review*. 3. *The Delta-Pekarny case and the limit to inspections issue*. 4. *The Grande Stevens case and the compliance with the principle of ne bis in idem*. 5. *Conclusion*.

## *1. Introduction*

A main challenge in the enforcement of competition law in a global market is rights protection and specially Human Rights protection.

My contribution deals with the question whether EU and Italian competition law enforcement is compatible with the fundamentals of a fair trial and other principles derived from the European Convention of Human Rights (hereinafter, the “ECHR”) and namely those stated in articles 6 and 8.

In this framework I examine the judgments granted by the European Court of Human Rights (hereinafter, the “ECtHR”) on the aforementioned issues<sup>1</sup>.

I also make reference to the case law of the European Court of Justice (hereinafter, the “ECJ”) in this regard<sup>2</sup>.

Therefore my contribution will be focused on the issues of 1. the standard of judicial review, 2. limits to inspections and 3. the compli-

---

<sup>1</sup> ECtHR, *A. Menarini Diagnostics S.R.L. c. Italie* (Requête no. 43509/08), judgment of 27 September 2011; *Delta Pekarny a.s. v. the Czech Republic* (Requête no. 97/11), judgment of 2 October 2014; *Grande Stevens and Others v. Italy* (Requête no. 18640/10, 18647/10, 18663/10, 18668/10 and 18698/10), 4 April 2014.

<sup>2</sup> ECJ, Case C-501/11, *P Schindler Holding Ltd and others v. Commission*, decided on 18 July 2013; ECJ, Case 510/11, *Kone oyi and others v Commission*, decided on 24 October 2013.

ance with the principle of *ne bis in idem* in proceedings pending before NCAs.

## 2. *The Menarini case and the standard of judicial review*

In its decision on April 2003<sup>3</sup> the Italian Competition Authority (hereinafter, the “ICA”) imposed a fine of six million euros to 5 pharmaceutical firms, among whom Menarini, for having fixed prices and allocated the market of certain diagnostic tests for diabetes.

The decision was upheld by administrative Courts of first instance and appeal<sup>4</sup>.

Although Menarini filed an action before the ECtHR, complaining that the fine violated the fair trial principles of article 6 of the ECHR, given that the Italian administrative courts which had heard its appeal against the decision of the ICA had not exercised full jurisdiction.

Menarini asserted that this fine had to be considered a criminal sanction within the meaning of article 6 ECHR and that the lawfulness of any competition law fines imposed by a Competition Authority under the fair trial principles of article 6 ECHR notably depends on the way these decisions are reviewed by the courts.

The ECtHR judgment was issued with one dissenting opinion and one concurring opinion<sup>5</sup> and, in its majority, the Court agreed with

---

<sup>3</sup> AGCM, 1461, *Test diagnostici per diabete*, 30 April 2003.

<sup>4</sup> TAR Lazio, 3 December 2004, n. 2717, in *Giustizia Amministrativa*, 2005 and Consiglio di Stato, 16 March 2006, n. 1397, in *Giustizia Amministrativa*, 2006.

<sup>5</sup> Judge Paulo Sérgio Pinto de Albuquerque state as follows: the Italian law existing at the time did not allow the courts to substitute their own evaluation of the facts for that of the administrative authority. Only a “weak” review of the Competition Authority’s decision is admitted. The review of the courts of a penal sanction would have to be “exhaustive,” covering all legal and factual aspects of the case. This is required by the separation of powers doctrine, as the power to punish has traditionally been reserved for the judge. Yet, he was able to end on a positive note: the Italian law that limited the judicial review of administrative decisions meanwhile had been amended in 2010. The new Administrative Procedure Code provided the Courts with the power to fully review all administrative decisions that impose a financial sanction, with reference to its amount. Judge András Sajó agreed with the majority that art. 6 ECHR was not in-

Menarini that the Italian competition law fine, notably because of its severity, amounted to a criminal sanction within the meaning of article 6 ECHR.

The Court argued that antitrust infringements in Italy are not relevant according to criminal law, but fines issued by the Competition Authority have criminal nature in light of the two goals they pursue: to have a deterrent effect and to interrupt a conduct.

However, on the merits, the Court rejected Menarini's complaint, on the grounds of the following reasoning.

It affirmed that an administrative authority could lawfully impose a criminal sanction within the meaning of article 6 ECHR, as long as this decision is subject to review by a court having "full jurisdiction" to examine that decision.

It means that the judge must have the power to quash in all respects, on questions of fact and law, the decision of the body below. He/she must in particular have jurisdiction to examine all questions of fact and law relevant to the dispute before it.

In its case law<sup>6</sup> ECtHR had already found that the jurisdiction exercised by the Regional Administrative Tribunal (TAR) and Consiglio di Stato satisfies the requirements of independence and impartiality needed according to article 6 ECHR

Also with regard to the Menarini case, the ECtHR found that Italian courts had gone well beyond a "simple legality control", and had therefore exercised "full jurisdiction"<sup>7</sup>.

---

fringed, as the Italian Council of State in the present case, while using terminology suggesting a "weak" review, had actually conducted a sufficiently probing analysis of the Competition Authority's decision. However, he also subscribed to the dissenting considerations of Judge Pinto de Albuquerque that the Italian law existing at the time the fine was imposed, as well as certain interpretations of Italian courts, did not encourage the courts to genuinely engage with the substance of administrative decisions and that within this context only a formal or "weak" judicial review seemed to be authorised.

<sup>6</sup> ECtHR, *Predil Anstalt SA c. Italia* (Requête no 31993/96), judgment of 8 June 1999.

<sup>7</sup> "Italian judges verified if, with reference to the particular circumstances of the case, the Italian Competition Authority (ICA) did an appropriate use of its powers" "They could examine suitability and proportionality of ICA's decision and of its tech-

The question at stake is: do courts exercise “full jurisdiction” in their review? In other words, do courts comply with article 6 of the ECHR – titled “Right to a fair trial” – where it states that:

In the determination of his civil rights and obligations or of any criminal charge against him, everyone is entitled to a fair and public hearing within a reasonable time by an independent and impartial tribunal established by law?

The Italian jurisprudence and some scholars maintained that ECtHR has allegedly recognized the full compliance with article 6 ECHR of the Italian administrative judge’s judicial review as traditionally conceived.

In other terms, it was argued that the standard of review of administrative action also when complex technical assessments are involved was in line with the statement of Strasbourg judges<sup>8</sup>.

A few scholars, in their criticisms<sup>9</sup> argue that a deeper analysis of specific material features of the Menarini case show that the issues at stake – a cartel which do not involve technically complex facts – fully matched the ones commonly reviewed by the judges.

They add that in relation to a point really considered as “administrative merits” by the administrative case-law – as, for example, the identification of the relevant market that administrative courts tend to consider as falling within the autonomous assessment of the antitrust authority – conclusions by the ECtHR would have been different: in such a scenario, in fact, the appellant could have claimed a breach of the full jurisdiction principle.

I agree on the fact that in the Italian legal system the standard of review of ICA decisions by Administrative Courts – *i.e.*, Administrative Tribunal of Lazio on first instance and State Council on appeal – specially on the point of evaluations of complex economic facts and evidences raises several problems.

---

nical assessments” (para. 64).

<sup>8</sup> Cass., sez. un., 17 febbraio 2012, n. 2312, in *Diritto* 24, 2012.

<sup>9</sup> M. BRONCKERS, A. VALLERY, *EU Competition Law After The Menarini Case*, MLex Magazine, Vol. 3, No. 1, pp. 44-47, 2012; M. ALLENA, *Fair Trial and Administrative Procedure: New Horizons in the Light of Art 6 ECHR*, Ius Publicum Network Review, n. 2/2014, Milano (Bocconi Legal Studies Research Paper No. 2546705).

Moreover, the judicial review issue also acquires a greater relevance in view of the implementation of article 9 of the enforcement directive on the binding effects of NCAs decisions for National Courts, also considering that the Commission – in its Explanatory Memorandum – also explains that judicial review of NCA’s decisions should eliminate the risk of lessening judicial protection for the undertaking concerned and to violate its right of defense as enshrined in article 48.2 of the EU Charter of Fundamental Rights.

Less recent Italian case law<sup>10</sup> limited the scope of review to the so called “intrinsic judicial review”, evaluating the technical assessment of the Authority through the technical standard it used in its technical discretion.

A recent decision<sup>11</sup> has restricted the power of Administrative Courts to a review on the mere field of the reliability of the choice of the Authority among a wide range of possible solutions to the technical problem, avoiding a review that may result in the choice of a different technical option and in a substitutive power of the Court. The decision does not mention the ECtHR jurisprudence on article 6 of ECHR, especially in the Menarini case.

This decision seems to resume the old theory of para-judicial nature of the sanctioning function of the NCA and of the proceeding before it and affirms that the principle of fair trial and due process of law is implemented on the grounds of the existence of a judicial review by the Administrative Courts.

However, the more recent case law of the Administrative Courts is consistent in affirming their power of intrinsic review on the merit of the case and on the use of technical discretion by the ICA, but within the framework of a “non-substitutive” review: that means that the Court may opt for a different assessment of technical facts but, if so, it is only allowed to grant an annulment decision without substituting its evaluation to the ICA’s one.

As far as in Menarini such a standard of judicial review has been recognized as suitable to guarantee a due process of law to the parties,

---

<sup>10</sup> Cass., Sez. IV, n. 601, 9 April 1999, in *Foro It.*, 2001

<sup>11</sup> Cass., Sez. Un., n. 1013, 20 January 2014, in *Foro It.*, 2014

no clashes exist with the principle of separation of powers provided for in Italy at the Constitutional level.

Also the European Court of Justice adjusted its position to the ECHR standards of «full jurisdiction», stating<sup>12</sup> that

it consists in the power to quash in all respects, on questions of fact and law, the decision of the body below. The judicial body must in particular have jurisdiction to examine all questions of fact and law relevant to the dispute before it.

The ECJ affirmed that administrative discretion does not represent an area of immunity from judicial review any more, but, at least in principle, it is to be viewed as subject to a full judicial review. In other words, discretionary power cannot prevent the ECJ from carrying out a full access to relevant facts.

In particular, the ECJ should never «refrain from reviewing the Commission's interpretation of information of an economic nature», by establishing, among other things,

whether the evidence relied on is factually accurate, reliable and consistent but also whether that evidence contains all the information which must be taken into account in order to assess a complex situation and whether it is capable of substantiating the conclusions drawn from it.

ECJ's judicial review on the Commission's complex technical assessments shall not solely be intended as a means to verify their reliability. On the contrary, the Court is required to analyze the very "shareability" of the Commission assessment, and thus review the Commission's interpretation of data of an economic nature<sup>13</sup>.

In conclusion, the Commission is conceived as an organ on which the Court exercised a full jurisdiction. Moreover, according to Article 31 of Regulation No 1/2003 the ECJ is empowered «to substitute its own appraisal for the Commission's and, consequently, to cancel, re-

---

<sup>12</sup> See *supra* footnote 2.

<sup>13</sup> ECJ, Case C-272/09, *KME Germany and Others v. European Commission*, decided on 8 December 2011.

duce or increase the fine or periodic penalty payment imposed».

However, even where a review of pure legitimacy is established, as in the case of judicial review in the leniency program or as regards the assessment of other complex technical facts, the European Union judiciary «cannot use the Commission’s margin of discretion as a basis for dispensing with the conduct of an in-depth review of the law and of the facts»<sup>14</sup>.

### *3. The Delta-Pekarny case and the limit to inspections issue*

The Czech Antitrust Act 143/2001 Coll. provides for dawn raids in Article 21 to be performed with the prior approval by the President of the Antitrust Office, with no need of a prior approval by a Court. The legal cause and the aim of the investigation had to be made clear in approving any dawn raid.

Delta-Pekarny, one of the large bakeries in the country, was under investigation for allegedly having been a member of a price-fixing cartel. During dawn raids in two of Delta-Pekarny’s offices, certain access to electronic information was denied by the persons present representing Delta-Pekarny and they took back two documents claiming privacy.

Delta-Pekarny was fined the maximum applicable procedural penalty of CZK 300.000 (about 11.000 EUR) at that time. During the administrative appeal, the administrative complaint at first degree court, the appeal procedures at the Highest Administrative Court and finally the Constitutional Court, the fine was upheld.

Delta-Pekarny filed a lawsuit before ECtHR complaining that a breach of Art. 8 ECHR– the right to respect for private and family life – was made out.

The Court upheld the complaint by a decision taken with only a 4:3 majority, with strong dissenting opinions given by the three opposing judges, stating that if a Country did not provide for prior court approval and supervision by an independent body before an investigation, effective ex post facto control by independent court must be stronger.

---

<sup>14</sup> *Kone Oyj v. European Commission, Ibid.*

It considered that neither the then applicable Czech laws, nor the following court proceedings showed sufficient independent control of the dawn raid itself as to proportionality and also the lack of rules providing for destruction of documents obtained showed a lack of protection. The fact that the employees of the Antitrust Office were under professional secrecy was not a sufficiently strong counter-argument.

As a consequence of the judgment the Czech Antitrust Office has decided not to perform any further dawn raids until it (and possibly the lawmakers) has had the time to consider the implications of the decision.

The outcome of the decision may be also felt in other Member States of the Convention, in particular those that allow for dawn raids without prior court approval, as only 14 of the EU member states have the obligation to obtain prior court approval when performing antitrust dawn raids.

According to article 8 ECHR para. 2:

There shall be no interference by a public authority with the exercise of this right except such as is in accordance with the law and is necessary in a democratic society in the interests of national security, public safety or the economic well-being of the country, for the prevention of disorder or crime, for the protection of health or morals, or for the protection of the rights and freedoms of others.

In Italy the issue at stake has already been faced in the Arenaways case<sup>15</sup>.

Ferrovie dello Stato's filed a lawsuit before the Administrative Court, suing for annulment of the decision adopted by the ICA on the case.

Besides the pleas raised on the merits, FS argued that dawn raids performed by Antitrust Office would infringe article 8 ECHR: indeed, according to FS, the Italian legislation does not seem to provide an effective supervision by a Court before or after the inspections on the legitimacy of the latter. As a consequence of the described argument, the

---

<sup>15</sup> TAR Lazio, 24 September 2014, n. 9967, in *Giustizia Amministrativa*, 2015.



plaintiff questioned the constitutionality of art. 14, co. 2, l. 287/1990, which regulates antitrust inspections.

However, FS did not file a lawsuit before the ECtHR.

The Court rejected FS's lawsuit on the following grounds: the argument claiming the lack of a prior or a successive control by an independent body on the legitimacy of the inspections has been implicitly dismissed as the Italian Court expressly acknowledged the right of the parties subject to an antitrust proceeding to sue against the ICA decisions ordering inspections.

The acknowledgement of this right is aimed at granting to the parties the chance to protect their exclusive access to the documents which are acquired by the Antitrust Authority during the dawn raid.

The question of constitutionality is also expressly dismissed by the Court. Indeed, in accordance with Art. 8 ECHR, para. 2, inspections are regulated by national legislation and are aimed at protecting constitutionally relevant values, such as fair competition and consumer welfare.

Furthermore, the Court reminds that the ICA in itself does not have a coercive power to conduct inspections: as the parties subject to inspections refuse to cooperate, the legislation provides for the intervention of Guardia di Finanza, acting with its own powers.

#### *4. The Grande Stevens case and the compliance with the principle of ne bis in idem*

The case<sup>16</sup> concerned the applicants' appeal against the administrative penalty imposed on them by the Italian Companies and Stock Exchange Commission ("Consob") and the criminal proceedings to which they are currently subject after having been accused of market manipulation in the context of a financial operation involving the car manufacturer FIAT.

In 2005 Consob asked Exor and Giovanni Agnelli to issue a press release providing information concerning any initiative taken in view of

---

<sup>16</sup> ECtHR, *Grande Stevens and Others v. Italy* (Requête no. 18640/10, 18647/10, 18663/10, 18668/10 and 18698/10), 4 April 2014.

the expiry of a 2002 loan, of any new fact concerning Fiat and of any information that could explain the fluctuation of Fiat shares on the market.

The applicants issued a press release indicating that no initiatives had been examined or instituted in relation to the expiry of the financing contract, although negotiations with one bank were at an advanced stage.

Soon thereafter, the bank finalized an agreement amending the 2002 contract with Exor, thus enabling the Italian company to preserve its initial holding in Fiat.

Pursuant to the Italian Financial Act, Consob accused the applicants of the offence of “disseminating information (...) capable of providing false or misleading information concerning financial instruments”.

In February 2007, Consob then imposed administrative sanctions on the applicants. The fines – partly reduced by the Turin Court of Appeal – became final in June 2009.

Ultimately, the fines imposed on Giovanni Agnelli, Exor and one of the individuals amounted to € 600,000, € 1,000,000 and € 1,200,000, while the other individuals involved were banned from administering, managing and controlling companies listed on the Italian stock exchange for periods ranging from two to four months.

Relying on Article 6 § 1 (right to a fair hearing), the applicants complained of the unfair nature of the procedure before Consob and that body’s lack of impartiality and independence.

Relying on Article 6 § 3 (a) (right to be informed promptly of the accusation) and (c) (right to be assisted by a lawyer), Mr Grande Stevens alleged that there had been a change, without his knowledge, to the criminal accusation brought against him.

He complained about the fact that Consob had initially accused him of having acted in his capacity of Exor’s director and that the Turin Court of Appeal, while acknowledging that he did not have that capacity, had nonetheless upheld his conviction.

Relying on Article 1 of Protocol No. 1 (protection of property), the applicants also alleged that there had been a breach of their right to peaceful enjoyment of their possessions. Finally, on the basis of Article 4 of Protocol No. 7 (right not to be tried or punished twice), the appli-

cants complained that criminal proceedings had been brought against them in respect of events for which they had already received an administrative penalty.

The ECtHR held: unanimously, that there had been a violation of Article 6 § 1 (right to a fair hearing within a reasonable time) of the ECHR; by six votes to one, that there had been no violation of Article 6 § 3 (a) (right to be informed promptly of the accusation) and (c) (right to the assistance of a lawyer) in respect of Mr. Grande Stevens; by five votes to two, that there had been no violation of Article 1 of Protocol No. 1 (protection of property); unanimously, that there had been a violation of Article 4 of Protocol No. 7 (right not to be tried or punished twice); unanimously, that the respondent State was to ensure that the new criminal proceedings brought against the applicants, in violation of Article 4 of Protocol No. 7, which, according to the most recent information received, were still pending in respect of Mr. Gabietti and Mr. Grande Stevens, were closed as rapidly as possible.

Although the procedure before Consob had not fully satisfied the requirements of fairness and impartiality, the applicants had nonetheless benefited from subsequent review by a judicial body with full jurisdiction. However, the latter court had not held a public hearing, which would have been necessary in this case.

For his part, Mr. Grande Stevens had been informed in good time of the accusation against him and had had adequate time to prepare his own defence or to be represented by a lawyer of his own choosing.

Moreover, although they were severe, the sanctions imposed on the applicants pursued an aim that was in the general interest – namely guaranteeing the integrity of the financial markets and maintaining public confidence in the security of transactions – and did not appear disproportionate to the conduct with which they were charged.

However, the new criminal proceedings against Mr Gabietti and Mr. Grande Stevens concerned offences involving identical facts to those for which they had been finally convicted, and ought consequently to be closed as rapidly as possible (infringement of *ne bis in idem* principle).

In order to determine whether there had been an actual breach of the *ne bis in idem* principle, the Court had to ascertain whether the proce-

ture before Consob concerned the “determination of a criminal charge”.

To this purpose, the Court took in consideration three criteria: the legal qualification of the matter within the system of the relevant State; the nature of the matter itself; the nature and the severity of sanctions.

The Court also pointed out that these three criteria are alternative and not cumulative, but they could be cumulated when the analysis of each criterion is not enough to conduct to a certain statement on the application of the *ne bis in idem* principle.

The conclusion of the Court was that although the sanction was described as “administrative” in Italian law, the severity of the fines imposed by Consob on the applicants meant that they were criminal in nature.

There were indeed grounds for considering that the procedure before Consob concerned a “criminal charge” and that consequently Article 4 of Protocol No. 7 was applicable.

As a result, the applicants ought to have been considered as having already been convicted by a final judgment under the scope of Article 4 Protocol No. 7. The criminal proceedings which had been brought and maintained against them in the meantime clearly concerned the same conduct, by the same persons and on the same date.

In conclusion, the *ne bis in idem* principle is a well-established principle in most countries therefore a State cannot use national/internal classifications of sanctions to avoid application of this principle in its jurisdiction. In other words, States cannot arbitrarily classify sanctions as administrative rather than criminal to leave them out of the scope of action of the *ne bis in idem* principle.

## 5. Conclusion

I wonder if the recent trends in European case law are transforming the very nature of public enforcement of competition law, making it moving from a model of administrative activity to a para-jurisdictional approach and, in this case, which will be the implications on the long term.

# GLOBAL – LOCAL COMPETITION LAW ENFORCEMENT BY THE FRENCH COMPETITION AUTHORITY\*

*Olivier d'Ormesson*

SUMMARY: INTRODUCTION. 1. *Local*. 2. *Global*. I. FCA DECISIONS WITHIN A GLOBAL CONTEXT. 1. *Abuse of dominant position*. 1.1. *Online advertising: the Google/Navx case*. 1.2. *The Nespresso case*. 2. *Anti-competitive agreements/clauses*. 2.1. *Online reservations: the Booking.com case*. 2.2. *Selective distribution and online sales: the Pierre Fabre case*. 2.3. *The Bank Card payments cases*. 2.4. *International Cartels: the Packaged flour cartel*. 3. *Merger Control*. 3.1. *Multi-filing of the same concentration*. 3.2. *Foreign-to-foreign transactions notified to the FCA*. II. PROCEDURAL TOOLS TO HANDLE INTERNATIONAL CASES. 1. *Exchange of information between the FCA and other competition Authorities*. 2. *Cooperation to carry out inquiries (including searches) outside France or in France for other competition Authorities*. 3. *Cooperation in case of leniency and allocation of cases*. 4. *Cooperation in post-investigation and decision phases*. III. CONCLUSIONS. 1. *Merger control*. 2. *Anti-Trust*. 2.1. *Harmonising the calculation of fines?* 2.2. *Interim measures*.

## INTRODUCTION

### *1. Local*

The French Competition Authority (FCA) renders a great deal of decisions concerning “local markets”, specifically in the sectors of:

- Bid rigging. Public tenders procedures.

From 2000 to 2012, among decisions imposing fines, there were as many FCA decisions concerning “bid rigging” (around 70) as decisions sanctioning cartels, anti-competitive exchanges of information and boycotts. Therefore, public tenders procedures repre-

---

\* Updated 12 May 2015.

sented, at the time, around half of the FCA's activity. Bid rigging cases concerned most of the time *local tenders and local markets*. In more recent times, the FCA has dealt with much fewer "big rigging" cases, which are now mainly handled by the French Directorate for Competition at the Ministry of Finance. For its part, the European Commission has rendered hardly any infringement decisions relating to public tenders.

- Retail sector.

Mergers in the retail sector represent around 45% of the concentrations reviewed by the FCA (47% in 2014). In this sector, the FCA defines and analyses *local markets*: it delineates the "catchment area" of the various selling points considered (more than 800 catchment areas in the recent Carrefour/Dia case). In its most recent decisions, the FCA has applied a more refined methodology based on the actual behaviour of consumers (*empreinte réelle*), whereby the catchment area can be limited to the area where 80% of the clients of a store are located. This method is also used, with variants, by other competition Authorities, such as the Bundeskartellamt (BkartA) or the Competition and Markets Authority (CMA). The FCA has received 17 referrals from the Commission of mergers of an EU dimension. Several of these referrals concerned the retail sector (two out of five in 2014) and most of them involved the definition and the analysis of "local markets".

## 2. Global

At the same time, there are more and more cases with "global" features, due to:

- "global" actors: multinationals with footprints extending well beyond national borders
- "global" practices: (i) non-cartel behaviour: potentially restrictive or abusive behaviours carried out along the same terms on a global scale; (ii) cross-border or multinational cartels.

Globalisation of the economy and fast moving digitalisation of industry have led, more than ever before, to common challenges being faced by competition Authorities worldwide.

Of course, from a legal point of view, the FCA’s decisions may only be enforced in France and concern France; however, such decisions may have “global consequences”, or at least global features. We shall now focus on these types of decisions.

Different categories of decisions may be identified:

- National decisions which have a practical (if not legal) effect worldwide (or in Europe)
- Decisions which result from a cooperation between different national competition Authorities
- National decisions of which the outcomes have been extended on a European level (either through a judgement of the European Court of Justice or through an EU Regulation)
- Decisions concerning an international practice prosecuted in several European countries.

## I. FCA DECISIONS WITHIN A GLOBAL CONTEXT

We will successively deal with examples of decisions in the fields of dominant positions (1), anti-competitive agreements (2) and merger control (3).

### *1. Abuse of dominant position*

#### *1.1. Online advertising: the Google/Navx case*

Following interim measures issued by the FCA on 30 June 2010, Google proposed commitments aimed at closing a case based on a complaint filed by Navx. Navx, a company which sells GPS navigation devices aimed (indirectly) at “evading road traffic speed cameras”, denounced discriminatory practices by Google. The search engine had suspended Navx’s AdWords account. The AdWords service is based on

a bidding process for the purchase of keywords and Navx complained of the sudden termination of its contract.

In a “commitment decision” of 28 October 2010, the FCA accepted and made compulsory Google’s commitments to make the functioning of its AdWords service (concerning devices aimed at evading road traffic speed cameras) more transparent and predictable for advertisers<sup>1</sup>.

In the October 2010 decision, the commitments only applied in France. However, in this decision, the FCA *noted* that Google would implement the improvements and clarifications agreed upon for *all content* admitted on the AdWords service (i.e. for all the advertisers using the AdWords services) and *in all the countries* concerned by such services.

Therefore, following this French procedure, Google agreed to apply the same principle of clear rules and procedures *worldwide*.

The global effect of the FCA’s decision in this case is beyond doubt.

### 1.2. *The Nespresso case*

The FCA was the first antitrust authority to deal with the barriers to entry for other coffee capsule makers which result from Nespresso’s behaviour consisting in particular of linking the purchase of Nespresso brand capsules to that of Nespresso brand coffee machines. During its investigation, the FCA services found that there were several practices of a technical, legal and commercial nature that incentivised consumers to only use Nespresso brand capsules with Nespresso machines (i.e. technical modifications made to Nespresso machines which had the effect of rendering competing capsules incompatible with Nespresso machines’ new models).

On 4 September 2014, the FCA accepted Nespresso’s commitments consisting – *inter alia* – of notifying competitors four months in advance of any technical modifications to its machines. Competitors will be provided with prototypes of new machines so that they can carry out compatibility tests with their capsules.

---

<sup>1</sup> A few months later, on 14 December 2010, the FCA released its report on its sector inquiry on the Online Advertising Market, where it dealt with practices of Google and other actors present on the Internet.



However, the September 2014 decision of the FCA only concerns practices in France.

It is not known whether Nespresso intends to extend such commitments to other European countries or worldwide. Nespresso may wait for the publication of the European Commission decision in the DEMB/Mondelez case (Comp M.7292) in order to see what product market definition was retained by the Commission in this decision. The Commission Phase 2 decision is expected in the coming weeks<sup>2</sup>.

## *2. Anti-competitive agreements/clauses*

### *2.1. Online reservations: the Booking.com case*

This case is typical of the new cases arising from the development of the digital economy, where internet actors apply the same contractual terms on a global (or at least European) scale.

Due to local complaints, the Booking.com cases are being handled by national competition Authorities. The European Commission only “supervises” the work of these national competition Authorities.

At a European level, approximately 60 to 70% of hotel bookings are made “offline” (by telephone, email, walk-in, travel agents etc); 10 to 15% of bookings are made via hotel websites and 20 to 30% of bookings are via online travel agents (“OTA”s). The main OTAs in Europe are Booking.com, Expedia and HRS.

Booking.com and other OTAs impose certain contractual terms on the hotels as a condition to appear on their sites. Among these contractual terms are the Parity Clauses (or “Most Favoured Nation” clause). The hotel must give the OTA:

- room *prices*
- room *availability*, and
- booking and cancellation *conditions*

---

<sup>2</sup> Since the conference, the Commission adopted a decision on 5 May 2015 in this case. However the text of the decision has not been published yet.

no less favourable than those it offers on any other sales channel: direct, offline, online, indirect.

In Germany, the Parity Clauses were prohibited by the BKartA on 20 December 2013 (the HRS case). This HRS decision was upheld in appeal on 9 January 2015.

In the UK, the OFT adopted a commitment decision, on 31 January 2014, against Booking.com, Expedia, IHG and IHC. This decision was annulled on appeal in September 2014, on procedural grounds.

In December 2014, the French, Italian and Swedish competition Authorities jointly market tested commitments proposed by Booking.com. These cases are ongoing. A hearing on such commitments was held by the FCA on 31 March 2015. There is a permanent coordination of these cases between the three national competition Authorities, with the involvement of the European Commission. A decision of the French, Italian and Swedish authorities should be issued within the next weeks<sup>3</sup>.

This case shows how the *decentralisation* of the enforcement of Articles 101 and 102 may work in practice, and how the subsidiarity principle could be used concerning clauses applied in the same manner all over Europe.

## 2.2. *Selective distribution and online sales: the Pierre Fabre case*

The Pierre Fabre case concerns the selective distribution of dermo-cosmetics products and the prohibition provided for in the selective distribution agreements on selling such products “online” (on the internet). After the initiation of procedures by the FCA, most of Pierre Fabre’s competitors agreed to amend their contracts in order to allow their selective distributors to sell their products online. The proceedings against them were closed by a commitment decision of 8 March 2007. As concerns Pierre Fabre, the FCA adopted an infringement decision on 29 October 2008. Pierre Fabre lodged an appeal against the FCA’s decision. The European Commission submitted an “Amicus Curiae brief” in 2009 before the Court of Appeal. The Paris Court of Appeal referred

---

<sup>3</sup> Since the conference, the French, Italian and Swedish competition Authorities adopted a decision in this case on 21 April 2015.

a preliminary ruling to the EU Court of Justice. The Court of Justice decided on 13 October 2011 that a clause in a selective distribution contract, banning the Pierre Fabre’s distributors from selling its products online, amounted to a restriction of competition by object.

Therefore, the Pierre Fabre litigation and the solution adopted in this French case *had an effect all over Europe*.

The 2010 Commission guidelines on vertical restraints (the EU “Vertical Guidelines”), which are an expression of a consensus forged within the ECN between national competition Authorities and the Commission, consider that limitations of online sales are hardcore restrictions, prohibited by European competition law. However, the same EU Vertical Guidelines state that “pure players” may be excluded from a selective distribution network and that a supplier may require that its distributors have at least one “brick and mortar” shop or showroom. This is in accordance with another FCA decision: the Festina decision of 24 July 2006 (06-D-24), upheld by the Paris Court of Appeal.

### 2.3. *The Bank Card payments cases*

Currently, there is the same need for a European solution concerning clauses excluding third party platforms/marketplaces from selective distribution networks. This issue has already been raised before the FCA in the context of an interim measures decision on 23 July 2014 (in the “Brown Goods case”). The EU Vertical Guidelines seem to allow the exclusion of third party platforms which do not comply with certain standards (see §54 of the EU Vertical Guidelines), but the Bkarta seems to have taken another stance, including in a pending case concerning shoemaker Asics. The FCA is also looking at such clauses in an ongoing case.

The FCA has been quite active in the “bank cards” sector. On 7 July 2011, the FCA obtained commitments and a substantial reduction in the two main fees associated with payments and withdrawals from the *Groupement des Cartes Bancaires* (CB Bank Cards Group). “CB” bank cards represent 35% of payments in France.

It was followed by two decisions of 20 September 2013 concerning the fees imposed by Mastercard and Visa (cases 13-D-17 and 13-D-18).

More than ten other European competition Authorities investigated and took decisions in the Bank Card payment sector. The European Commission rendered a decision concerning Mastercard on 19 December 2007 and two commitment decisions concerning Visa on 8 December 2010 and 26 February 2014.

The Mastercard decision was confirmed by the European Court of Justice on 11 September 2014.

All these activities of national competition Authorities and of the Commission concerning “*pan-European*” behaviour in the credit and debit cards sector led to the proposal and adoption of an EU “Regulation on Interchange Fees for Card-based Payment Transactions”, also known as the “MIF” Regulation. Such Regulation was adopted by the European Parliament on 10 March 2015 and should be formally approved by the Council before this summer.

This is an example of how several decisions of national competition authorities (and of the Commission) may lead to the adoption of a pan-European regulation.

#### *2.4. International Cartels: the Packaged flour cartel*

The “Packaged Flour cartel” is an example of a Franco-German cartel prosecuted in Germany and in France.

The case raised specific issues due to its international dimension.

The German and French authorities had to deal with several anti-competitive agreements, between German and French millers. Applications for leniency from a German miller (Wilh. Werhahn GmbH) gave rise to the case in Germany and in France (leniency filed in both countries on 4 March 2008).

Dawn raids were conducted in Germany (in February 2008) and in France (in June 2008).

The evidence gathered ascertained that the French and German millers concluded a “non-compete agreement” aimed at limiting their respective access to each other’s markets and at maintaining French and German exports of packaged flour at a predetermined level (15,000 tons).

Several difficulties were raised because of the international features of this case:

- the German millers complained that the Statement of Objections was in French and not translated into German. The FCA and the Paris Court of Appeal (in its judgement of 20 November 2014), countered that the German millers showed in their various (and voluminous) pleadings that they perfectly understood the charges against them and that they had French lawyers and interpreters
- the French millers complained that some documents in the file were in German and this violated their rights of defence (due process). The Paris Court of Appeal replied that the documents that had not been translated did not concern the objections and that the documents used in support of the objections were either translated or summarised in French.
- Some of the German millers fined by the FCA complained that they had already been fined by the BKartA (65 million € fines in Germany), so this could be contrary to the principle *ne bis in idem* (from an economic point of view). It appeared, however, that nothing prevent several competition Authorities from sanctioning the same companies for their infringements in different countries.

This is therefore a good example of how several competition Authorities may investigate and sanction an “international cartel”.

### 3. Merger Control

#### 3.1. Multi-filing of the same concentration

Multi-filing of the same concentration in Europe is very common, for mergers not having a “community dimension”, notwithstanding the possibility of referrals. Even if the concentration has a community dimension, it will often be necessary to notify the transaction to several competition authorities in the world.

However, discrepancies in national systems, both procedurally and substantively, can lead to sub-optimal outcomes, as illustrated two years ago with the Eurotunnel/SeaFrance case.

The FCA authorised, with remedies, the acquisition of SeaFrance by Eurotunnel in a decision of 7 November 2012, while the UK Competition Commission prohibited the transaction on 6 June 2013.

Such diverging decisions are rare, but this shows the need for further convergence of material and procedural rules in the field of merger control (see below).

### *3.2. Foreign-to-foreign transactions notified to the FCA*

Although most of the transactions notified to the FCA are concluded with, at least, a French group or French company, some transactions concluded abroad between foreign groups or companies may be notified to the FCA, for the “French aspect” of the *global transaction*. This was, for example, the case for the acquisition of the Italian group Fintiles by the US group Mohawk (FCA decision of 4 March 2013), for the acquisition of the Danish group Superfos Industries by the English group RPC Group Plc (FCA decision of 10 February 2011), for a creation of a JV intended to operate outside France created by two German dairy co-operatives (FCA decision Nordmilch, Humana, Molkereigenossenschaft Bad Bibra of 13 June 2012).

The FCA has even imposed remedies in foreign-to-foreign transactions insofar as they fall within the scope of French merger control and affect the French market. Such remedies are, however, very rare and there have been only a small number of cases since 2000. One case concerned the acquisition by Boeing of Jeppesen, a US service provider, that was ordered by the French Minister (who at the time had jurisdiction over mergers) not to provide confidential information to Boeing on its competitors and to continue distributing its services on a non-discriminatory basis (see Boeing/Jeffersen decision of 4 July 2001). Another case concerned the acquisition by GE of Invision Technologies which was cleared subject to the divestiture by GE of the X-ray business of Invision (see decision of the Minister, General Electrics/Invision, of 2 August 2004).

In any case, those foreign-to-foreign notifications illustrate the global reach of the French merger control rules.

## II. PROCEDURAL TOOLS TO HANDLE INTERNATIONAL CASES

Competition cases decided by the national competition Authorities contain more and more international features. These Authorities have had to adapt to this international dimension.

### *1. Exchange of information between the FCA and other competition Authorities*

The exchange of information is frequent between the European competition Authorities. For example, the FCA shared information with the German, Swedish and British competition Authorities that identified a possible cartel on a European scale in the so-called “flat-glass” case, which paved the way for *ex officio* proceedings brought by the European Commission (which led to the Flat Glass decision of the Commission of 28 April 2007). Every year, the FCA exchanges information with other European competition Authorities on the basis of Article 12 of Regulation (EC) n°1/2003, within the framework of the European Competition Network (ECN).

In 2014, the FCA submitted two formal requests for information to the BkartA on the basis of Art.12, and has received one such request from the EU Commission.

### *2. Cooperation to carry out inquiries (including searches) outside France or in France for other competition Authorities*

The FCA issued the first ever decision within the ECN which relied on evidence gathered through cooperation pursuant to Article 22 of Reg. 1/2003: this was the jet fuel case, in which the British OFT conducted dawn raids on the FCA’s behalf (in April 2005) at the UK premises of the major oil companies concerned.

Between 2006 and 2013, the FCA received, all in all, about 20 requests for assistance in order to conduct interviews or dawn raids in France. The FCA, for its part, has sent requests for assistance to Euro-

pean competition Authorities 21 times during the same period, including the request for dawn raids in the Jet Fuel case mentioned above.

In 2014, no request on the basis of Article 22 of Reg. 1/2003 has been issued or received by the FCA.

### 3. Cooperation in case of leniency and allocation of cases

The reciprocal information mechanisms between the European competition Authorities have been broadened and refined as part of the implementation of leniency programmes. Within the ECN, a common approach was adopted to processing applications for leniency thanks to the *ECN Model Leniency programme* issued in 2006 and amended in November 2012.

The model programme also introduced a mechanism that goes beyond the objective of reciprocal information and paves the way for coordinated case allocation (with, for example, the filing of “summary applications”).

In the Laundry Detergent cartel case of December 2011, the FCA had to ascertain with the European Commission that its action was conducted in accordance with the *ne bis in idem* principle.

In this case there were different leniency applicants before the Commission and before the FCA.

The FCA thus ascertained in advance, in cooperation with the European Commission, which had sanctioned companies for fixing the prices of washing powder on 13 April 2011, that it had not been denied jurisdiction by proceedings brought at European level, because the European case and the French case were clearly different.

In its decision of 8 December 2011 concerning the Laundry Detergent cartel, the FCA concluded that the two offences were clearly separate. The French decision relates *inter alia* to a different period and territory, to a broader range of products and to different companies whose practices had different aims. As confirmed by the French court of appeal, the FCA and the European Commission could thus legitimately sanction two distinct infringements, disclosed by different leniency ap-



plicants, without contravening either the *ne bis in idem* principle or applicable European law.

#### *4. Cooperation in post-investigation and decision phases*

The French, Italian and Swedish competition Authorities are cooperating in the Booking.com case, with the involvement of the European Commission (see section I.2.1 above).

### III. CONCLUSION

Cooperation between competition Authorities to deal with global cases has improved substantially during recent years. However, there is still room for improvement, specifically in the digital sector. The behaviour of companies active in the digital economies raises the same competition issues in all European countries. In addition, there is an increasing concentration of actors in digital and telecom markets which will have to be treated in a coherent way.

#### *1. Merger control*

As mentioned in section I.3.1 above, it is desirable to see a real convergence of material and procedural rules for merger control within the EU (and even beyond, if possible). Following the Eurotunnel/Sea-France case, the FCA released in March 2014 its Report, commissioned by the French Minister of Economy, on the future of merger control in Europe. Some of the suggestions of the Report are summarised below.

In order to remove possible risk of conflicting decisions, it is desirable to unify the basic concepts of national merger laws – at least for cross-border operations. National competition Authorities should apply the substantive rules of European merger law in all merger cases that are reviewable in two Member States or more.

In addition, companies should be allowed to request referral of cross-border mergers to the European Commission when two or more European competition Authorities are competent to control them, instead of three Authorities or more as currently.

The FCA Report also recommends setting up an arbitration mechanism in the form of a conciliation committee that would be convened to reach a coherent outcome when competition authorities develop conflicting approaches to a single operation.

It is also necessary to explore the optimal ways to better align the procedural agendas/timetables of the European competition Authorities in order to ensure that they can effectively cooperate and exchange information.

## 2. *Anti-Trust*

Convergence and consistency is also desirable in the field of Anti-Trust.

### 2.1. *Harmonising the calculation of fines?*

It seems problematic to seek to enforce the same substantive rules in Europe (Art. 101 and 102) whilst still having very different practices in terms of applying financial sanctions to the same facts.

The FCA applies fining guidelines which are in line with European standards set forth by the ECA in its *Principles for convergence on pecuniary sanctions*.

An ECN working group on fines was set up in May 2012. It reviewed existing national policies. The report issued gave a clearer perspective on the actual level of convergence and it will be necessary now to move forward in the convergent implementation of common principles.

## *2.2. Interim measures*

The European competition Authorities should be given the possibility to adopt interim measures without being unduly hampered by overly restrictive criteria.

The FCA has used interim measures 28 times since 2000, particularly at key periods of the opening to competition of former monopolistic markets.

It seems that there is a significant margin for the development of interim measures for many Authorities which do not have such experience in the area and which could benefit from a greater convergence of substantive conditions.



# THE EUROPEAN COMPETITION NETWORK (ECN) AND ITS FIRST 11 YEARS OF LIFE: BALANCES AND CHALLENGES\*

*Mattia Melloni*

*SUMMARY: 1. Introduction. 2. The 3 building blocks of the ECN. 3. The first building block: cooperation. 3.1. Exchange of information within the Network. 3.2. The new role of the advisory committee. 4. The second building block: consistency. 4.1. A consistent application of EU competition rules by NCAs. 4.2. A consistent application of EU competition rules by national judges. 5. The third building block: convergence. 5.1. National procedures and national sanctions. 5.2. Leniency. 6. Conclusion.*

## *1. Introduction*

Modernization of European competition policy formally took place in May 2004 with the coming into force of Regulation 1/2003. Modernization, in substance, introduced two sweeping changes: the first one is a new system of enforcement whereas the second one is the decentralization of it from the Commission to the national competition authorities (NCAs). The implementing instrument of such modernization is the European Competition Network (ECN). Together the NCAs and the Commission form a Network of public authorities that constitutes a forum for discussion and close cooperation in the application of Articles 101 and 102 TFEU<sup>1</sup>.

Since 2004 the NCAs have become the primary enforcers of EU competition rules together with the Commission. As primary enforcers of European competition rules, the NCAs and the Commission must

---

\* Le opinioni espresse in questo *paper* sono frutto di valutazioni personali dell'autore e non impegnano l'autorità amministrativa di appartenenza.

<sup>1</sup> See recital 15 of regulation 1/2003 as well as the Notice on cooperation within the Network of Competition Authorities (The Network Notice).

make sure that competition actors in the internal market apply EU competition rules in a precise and coherent manner.

Since the entry into application of Regulation 1/2003, the Commission has adopted a total of more than 140 decisions applying Articles 101 and 102 TFEU. The large majority were cases applying Article 101 TFEU (102 Commission decisions) and most of them related to cartels (68 Commission decisions). Thus, this shows the clear priority given by the Commission to the fight against these pernicious infringements.

However, the NCAs adopted more than 700 enforcement decisions since the entry into application of Regulation 1/2003. The majority were based on Article 101 TFEU (418 NCAs decisions), whilst the remainder were mainly applying Article 102 TFEU (222 NCAs decisions) and a small percentage were based on both Articles 101 TFEU and 102 TFEU (65 NCAs decisions)<sup>2</sup>.

Thus, the results achieved within the ECN in the last 11 years of life confirm that the fears of some commentators that NCAs would be operating in isolation from each other and from the Commission while developing national versions of the European competition rules were clearly unfounded<sup>3</sup>.

## *2. The 3 building blocks of the ECN*

As the new implementing instrument of modernization of EU competition policy, the ECN lies on three building blocks, namely, cooperation, convergence and consistency.

---

<sup>2</sup> COMMISSION STAFF WORKING DOCUMENT Ten Years of Antitrust Enforcement under Regulation 1/2003 Accompanying the document COMMUNICATION FROM THE COMMISSION TO THE EUROPEAN PARLIAMENT AND THE COUNCIL Ten Years of Antitrust Enforcement under Regulation 1/2003: Achievements and Future Perspectives {COM(2014) 453} {SWD(2014) 231} pp. 6-7.

<sup>3</sup> From the outset, NCAs have used the case law of the ECJ and the General Court as well as the Commission decisional practice as a basis for their application of European competition rules. Exchanges of experience within the ECN have become part and parcel of the Network members' operations, contributing to the development of a common space to think within the ECN. Also, stakeholders have consistently formulated high expectations in terms of coherent application.

### *3. The first building block: cooperation*

Needless to say, cooperation is the first building block on which the ECN lies.

#### *3.1. Exchange of information within the Network*

Cooperation among competition enforcers has facilitated the exchange of information, including confidential information<sup>4</sup>. Such cooperation can take place at all stages of antitrust proceedings. In individual cases, case files have been transferred or shared by cooperating NCAs. Among NCAs, the possibility to request another authority to carry out investigatory measures in their territory on behalf of the requesting authority has proven to be very useful and is well used in practice.

#### *3.2. The new role of the advisory committee*

Cooperation can also take place in the decision making process of the Commission. From the outset of competition enforcement by the Commission, NCAs have been involved in the decision-making process of the Commission itself through the consultation of the Advisory Committee. Such a Committee is no longer composed of civil servants of Member States, rather representatives of the NCAs. Those people are called upon to provide the Commission with their expert advice and experience.

---

<sup>4</sup> Close cooperation between NCAs and the Commission is mainly done by: 1) informing each other of new cases and envisaged enforcement decisions; 2) coordinating investigations, where necessary; 3) helping each other with investigations; 4) exchanging evidence and other information; and 5) discussing various issues of common interest.

#### *4. The second building block: consistency*

A consistent application of EU competition rules by NCAs as well as national judges is the second building block on which the ECN lies.

##### *4.1. A consistent application of EU competition rules by NCAs*

In particular, articles 11 and 15 of Regulation 1/2003 provide for a number of devices to promote such a consistency.

According to Article 11(4), of Regulation 1/2003, NCAs must inform the Commission at least 30 days prior to adopting a decision requiring that an infringement of articles 101 TFEU and/or 102 TFEU be brought to an end, accepting commitments or withdrawing the benefit of an EU block exemption regulation. The Commission has the possibility to make observations on NCAs envisaged decisions. Such observations are necessarily advisory in nature and leave the entire responsibility to the NCA dealing with the case.

Commission's observations have often led to fruitful discussions and NCAs have generally taken this interaction with the Commission services very seriously<sup>5</sup>.

In this context, Regulation 1/2003 further provides under Article 11 (6) the Commission with formal powers to counter a serious risk of incoherence by itself initiating proceedings in the same case, thereby relieving the NCA of its competence to deal with this case.

This situation is distinct from the scenario where the Commission initiates proceedings as part of its own enforcement action. To date, the Commission has not used the power to initiate proceedings after the reception of an envisaged decision pursuant to Article 11(4) over the entire period of application of Regulation 1/2003, essentially for the reason that case practice in the ECN has developed in a broadly coherent manner and more upstream means of interaction have been preferred as being more efficient.

---

<sup>5</sup> For example, the Luxembourg Competition Authority spent one day in Brussels discussing with the Commission its draft decision against POST, the telecommunication monopolist in Luxembourg where they imposed a sanction of 2.520.000€ to POST the highest sanction ever imposed for now to a public undertaking.



#### 4.2. *A consistent application of EU competition rules by national judges*

Article 15, paragraph 1, of Regulation 1/2003, obliges the Commission to provide assistance to national courts, whereas paragraph 2 imposes an obligation on Member States to forward to the Commission copies of any written judgment concerning the application of articles 101 and/or 102 TFEU. Up until now, the Commission has received around 370 judgments primarily from courts based in Spain, Germany and France. About 10 Member States have not sent any judgment yet to the Commission. The absence of feedback on judicial activity in those Member States and the overall small number of judgments received clearly suggest that there are lapses in the ECN mechanism that need to be corrected.

Article 15, paragraph 3, of Regulation 1/2003, empowers the Commission to intervene, on its own initiative, whenever the coherent application of European competition rules requires so. In this context, the Commission has made use of the possibility, to participate as *amicus curiae* in national court proceedings on several occasions. It is worth noting the *amicus curiae* submitted in the *Orange Caribe* case on the narrow interpretation given by the French Appeal Tribunal on the meaning of *effects of intra-community trade* contained in articles 101 and 102 TFEU that the Commission heavily criticized. Overall, Commission's *amicus curiae* observations have proven to be particularly useful as they have given an opportunity for the Commission to clarify "once for all" the approach taken in its soft law instruments.

#### 5. *The third building block: convergence*

Convergence is the third and last building block on which the ECN lies.

### 5.1. National procedures and national sanctions

It must be highlighted that NCA's national procedures as well as national sanctions imposed by the NCAs for the application of European competition rules are not harmonized by Regulation 1/2003<sup>6</sup>.

In other words, this means that national procedures and sanctions used by the NCAs to apply Articles 101 and 102 TFEU are governed by national law. The 2009 Report on Regulation 1/2003 found that despite a significant degree of voluntary convergence of Member States' laws with the system set out in Regulation 1/2003 divergences in Member States' enforcement systems remain on important aspect.

When it comes to national procedures, divergences subsist for some fundamental questions such as whether competition authorities have the power to set priorities or not. There are also differences in the rules governing the procedural steps, which can significantly affect the scope of investigative and decision-making powers, e.g. powers to inspect, to request information or to take commitment decisions. Thus, while most NCAs have the power to inspect, some cannot effectively gather digital evidence. Similarly, while all NCAs have the power to adopt prohibition decisions, some cannot adopt behavioral or structural remedies to restore competition in the market.

Differences also exist with regard to the procedural rights of parties under investigation, and the different scope of the privilege against self-incrimination for undertakings. Difficulties finally persist with regard to the notification by NCAs of administrative acts in other Member States, as well as the enforcement of NCA decisions imposing fines across the internal market.

All this means that, while some NCAs are better equipped than others, the vast majority does not have a complete set of powers at their disposal to apply properly *at home* articles 101 and 102 TFEU.

When it comes to sanctions imposed by NCAs for breach of European competition rules, it is up to each Member State to ensure that

---

<sup>6</sup> Those rules are only subject to general principles of EU law, in particular, the principles of effectiveness and equivalence, as well as the observance of the fundamental rights enshrined in the Charter of Fundamental Rights of the European Union and the European Convention on Human Rights where applicable.

they provide for sanctions which are effective, proportionate and dissuasive.

In order to make articles 101 TFEU and 102 TFEU enforcement more convergent and effective throughout the Union, it is necessary to ensure that all NCAs have effective powers to impose deterrent fines on undertakings and associations of undertakings.

Important aspects in this regard are ensuring that all NCAs can 1) impose effective civil/administrative fines on undertakings and associations of undertakings for breaches of the EU competition rules; 2) ensuring that basic fining rules are in place taking into account gravity and duration of the infringement and foreseeing a uniform legal maximum; 3) ensuring that fines can be imposed on undertakings, in line with the constant case law of the European Court of Justice and the General Court, in particular, on issues such as parental liability and succession.

At the moment, some NCAs cannot effectively sanction undertakings for non-compliance with their investigative and decision-making powers as either the powers are not backed by sanctions or sanctions are set at a very low level. Also, in some NCAs there are no means to compel compliance through periodic penalty payments.

It goes without saying that the differences/divergences seen above impact on the coherent and effective application of Articles 101 TFEU and 102 TFEU by NCAs<sup>7</sup>. Also those divergences result in legal costs for undertakings operating cross-border which need to acquaint themselves with different rules.

## *5.2. Leniency*

Unlike procedures and sanctions, the level of convergence in the field of leniency is exemplary.

However divergences amongst national leniency programs remain especially in the core features of those programs. For example, there are

---

<sup>7</sup> Interestingly, the majority of NCAs also lacks a provision in their national competition laws similar to article 23:4, first paragraph, of Regulation 1/2003, which calls for a contribution from members' associations to cover the amount of the fine imposed on the association.

differences in leniency thresholds as well as the possibility to use oral statements for leniency applicants<sup>8</sup>.

In 2006 with the adoption of the ECN Model Leniency Program (MLP) almost all NCAs adopted national leniency programs while agreeing to use their best efforts to align their programs with the MLP.

A system of summary applications alleviating the burden of multiple filings in cases where the Commission is particularly well placed to deal with the case was created in 2006 with the MLP and it was lately revisited in 2012<sup>9</sup>.

However, summary applications are still not available for all NCAs and they are assessed differently by NCAs making multiple leniency applications in the Union cumbersome. Moreover, this does not provide sufficient guarantees that the leniency applicants will secure their positions under the national leniency programs with negative repercussions on the attractiveness of leniency.

## 6. Conclusion

Overall, if a *balance* of the first 11 years of the European Competition Network (ECN) can be made, the conclusion seems for me quite straightforward: the ECN has been successful, extremely successful.

There is indeed no doubt that Regulation 1/2003 has brought a landmark change in the way European competition law is enforced within the Union: NCAs have become an essential pillar of the application of European competition rules together with the Commission.

Close cooperation between the NCAs and the Commission has brought about a substantial level of voluntary convergence in areas where regulation 1/2003 was lacking: national procedures and sanctions are one example.

Nonetheless, this is not sufficient since differences still exist that undermine the effective enforcement of articles 101 TFEU and 102 TFEU in the Union as we have seen in this paper. Indeed, even if coop-

---

<sup>8</sup> In some NCAs oral statements for leniency applicants are not still available.

<sup>9</sup> It is worth reminding that since 2012 all leniency applicants and not only immunity applicants can apply for a summary application.

eration between competition enforcers (NCAs and the Commission) has worked well throughout the last decade, cooperation between national courts and the Commission has not.

In this context, it is crucial for the ECN to create a stronger common competition enforcement area in the Union while relying on the achievements made by the Network up until now.

For this the ECN should achieve in the years to come:

- more convergence on national procedures in order to ensure that all NCAs have a complete set of powers at their disposal, which are comprehensive in scope and effective in order to apply properly articles 101 and 102 TFEU<sup>10</sup>;
- more convergence on national sanctions in order to ensure that all NCAs have effective powers to impose deterrent fines on undertakings and association of undertakings<sup>11</sup>;
- more convergence in the core features of the national leniency programs and guarantee that summary applications are available in all Member States<sup>12</sup>.

Needless to say, that such convergence should go hand in hand with the guarantee that NCAs can carry out their tasks and mission in an impartial and independent manner<sup>13</sup>. Unfortunately, this is not the case for some NCAs yet.

---

<sup>10</sup> For this the Working Group on Cooperation Issues and Due Process of the ECN (WGCIDP) is well placed to prepare “the ground” for achieving such convergence.

<sup>11</sup> For this the Working Group on fines of the ECN is well placed to prepare “the ground” for achieving such convergence.

<sup>12</sup> For this the Working Group on Cartels of the ECN is well placed to prepare “the ground” for achieving such convergence.

<sup>13</sup> The Communication on ten years of Regulation 1/2003 says that: “It is necessary to ensure that NCAs can execute their tasks in an impartial and independent manner. For this purpose, minimum guarantees are needed to ensure the independence of NCAs and their Management or Board members and to have NCAs endowed with sufficient human and financial resources. Important aspects in this respect are the grant of a separate budget with budgetary autonomy for NCAs, clear and transparent appointment procedures for the NCAs management or board members on the basis of merits, guarantees ensuring that dismissal can only take place on objective grounds unrelated to the decision-making of the NCA and rules on conflicts of interest and incompatibilities for the NCA’s management or board”.



# LOCAL CASES – GLOBAL LEGAL PROBLEMS. THE EXAMPLE OF THE BRANDENBURG STATE CARTEL AUTHORITY\*

*Andreas Klafki*

SUMMARY: 1. *Legal Foundations in German Competition Law.* 2. *Responsibilities and Competencies of State Cartel Authorities in Germany.* 3. *Specific Tasks of the Brandenburg Cartel Authority.* 4. *Example of sector inquiries.* 5. *Résumé.*

## *1. Legal Foundations in German Competition Law*

The German Act against Restraints of Competition (ARC)<sup>1</sup> is the legal basis serving public antitrust enforcement for both, the Bundeskartellamt and the Cartel Authorities in the sixteen regions (Länder) of Germany. The Law provides a full set of provisions necessary to ensure the enforcement of the cartel ban and the prohibition of abuses of dominant provisions. The basic provision is § 1 ARC on the enforcement of the cartel ban. The invigilation of prohibition of abuses of dominant positions by undertakings is laid down in § 19, § 20, § 29 and § 31 sec. 4 ARC. Further interventions to other anti-competitive behavior are also part of the ARC, for example: the offer of products below market price, § 20 para 4 ARC, and the request to boycott products, § 21 ARC.

Actions for fighting “Restricting competition through agreements in the context of public bids” are provided in various legal acts. It can be sanctioned through actions based on criminal law. Since its adoption in

---

\* This article is a further elaborated version of the speech held by the author on the occasion of the Conference.

<sup>1</sup> Only the German Version (2013) is authentic. The English translation includes the amendments to the Act by Article 3 of the Act of 26.7.2011 (Federal Law Gazette I, p. 1554). Also accessible via: [http://www.gesetze-im-internet.de/englisch\\_gwb/](http://www.gesetze-im-internet.de/englisch_gwb/).

1998, § 298 of the German Criminal Code gives prosecutors a tool to fight so-called bid-rigging with possible punishment of imprisonment of up to five years or a fine. It does fall under exclusive jurisdiction of prosecutions and criminal courts, respectively. Cartel Authorities only give expert opinions on specific issues, such as market definitions or specific questions on procurement law<sup>2</sup>. However, in addition the cartel authorities may initiate an administrative proceeding themselves according to §§ 81, 82 ARC aiming at the imposition of fines once a bid-rigging case has been proven.

## *2. Responsibilities and Competencies of State Cartel Authorities in Germany*

The repartition of responsibilities for the execution of the provisions of the ARC is laid down in § 48 ARC. The Bundeskartellamt and the Cartel Authorities of the Länder share the tasks to be fulfilled. § 48 ARC: in cases where the responsibility cannot clearly be attributed to either one of the institutions by the ARC the Bundeskartellamt is the correct authority to act. However, it is typically responsible for cases where the probable infringement takes place in more than one federal state (cross-border effect) – comparable to the division of competencies between EU Commission, Directorate General Competition (DG COMP) and Member States<sup>3</sup>. According to §§ 35 and 36 ARC the Bundeskartellamt is exclusively responsible for mergers in Germany. It also serves as first instance of the control of the outcome of public bids of the federal government level; § 107 ARC explains that specific task of the so-called public procurement tribunals. Public procurement tribunals do also exist at the regional level; however, they are usually not

---

<sup>2</sup> The Brandenburg Cartel Authority was first consulted on a bid-rigging case by the responsible prosecutor's task force on anti-corruption early in 2013.

<sup>3</sup> Which is further elaborated in Article 3 and 11 to 16 of Regulation (EC) No 1/2003 of 16 December 2002 on the implementation of the rules on competition laid down in Articles 81 and 82 of the Treaty; OJ L 1, 4.1.2003, p. 1. Regulation as amended by Regulation (EC) No 411/2004 (OJ L 68, 6.3.2004, p. 1).



placed within the state cartel authorities but rather as independent bodies of the Ministries of Economic Affairs<sup>4</sup>.

The attribution of cases among the national authority, the Bundeskartellamt, and the regional authorities are more or less made the same way DG COMP and the National Competition Authorities (NCA's) are proceeding. The same way DG COMP and Member States authorities use the ECN network as a platform to communicate and exchange information<sup>5</sup> also the Bundeskartellamt and the regional authorities in Germany meet periodically as to discuss case attribution and exchange legal views on common issues, however, less formal and less frequently compared with the EU level.

Furthermore, there are two reasons why the distribution of cases and the ability of the authorities to accept the cases and go after them vary from the Bundeskartellamt to the regional cartel authorities in Germany. It reflects on the typical definition of markets (a.) and on the staffing of the cartel authorities (b.).

*a. Definition of markets, which lead to rather larger geographic markets*

Economic activities in a more and more globalized economy lead to larger geographic markets which in the basic industries and services sectors rarely stop at the borders of one of the regions in Germany. Only in instances of the continuous existence of monopoly situations inside our jurisdiction undisputed responsibility falls with the cartel authorities of the Länder. As it will be elaborated in more detail later on in part 4, it is typically the case in the water sector (distribution of drink-

---

<sup>4</sup> For example the Brandenburg State Cartel Authority is currently placed as unit 42 within the Directorate “Economic Order” of the Ministry of Economic Affairs and Energy in Brandenburg and the Public Procurement Tribunal as unit 43 of that very same Directorate (including 4 staff members); see <http://www.mwe.brandenburg.de/media/bb2.a.5599.de/Referat.pdf>.

<sup>5</sup> Further information on the functioning of the *European Competition Network* are laid down in the “Commission Notice on cooperation within the Network of Competition Authorities” and in the “Joint Statement of the Council and the Commission on the Functioning of the Network of Competition Authorities”, also accessible under [http://ec.europa.eu/competition/ecn/more\\_details.html](http://ec.europa.eu/competition/ecn/more_details.html).

ing water and waste water disposal) and central heating sector. Further regular activities for state cartel authorities in Germany are bid-rigging cases, but again to the extent that the bids are limited to the territory of that respective region.

*b. Organization of administrative body and number of staff*

Another factor why there is differences in approaching antitrust cases derive from the independence of the Bundeskartellamt and the high discrepancy related to the mere volume of staff available in the Bundeskartellamt on one hand and in the State Cartel Authorities at the other hand and often the difference in economic and legal expertise available which goes along with that unequal equipment of staff and financial resources.

As regards staffing, about 800 people are working at the DG COMP and 355 at the Bundeskartellamt! As already indicated the Bundeskartellamt unlike regional authorities does also mergers and DG COMP on top of it also state aid control. However, the discrepancy or gap to the number of staff to regional authorities is really striking. The author of this article for example serves as Head of the Brandenburg State Cartel Authority and as Head of Unit at the same time responsible for state aid control, public procurement (not meaning the tribunal!) and competition policy. The unit consists of 10 people but only 5 people are responsible for the cartel authority. The following table summarizes the information gathered on staffing in the various cartel authorities<sup>6</sup>:

COMPETITION AUTHORITY	EU Commission DG Competition	Bundeskartellamt, DE	Bundeswettbewerbsbehörde, AT	Brandenburg State Cartel Authority
NUMBER OF STAFF	810	355	40	5

---

<sup>6</sup> Figures stated are taken from annual reports and website information of DG COMP, [http://ec.europa.eu/dgs/competition/index\\_en.htm](http://ec.europa.eu/dgs/competition/index_en.htm), the 2014 Annual Report of the Bundeskartellamt [http://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/DE/Jahresbericht/Jahresbericht\\_2014.html?nn=5311338](http://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/DE/Jahresbericht/Jahresbericht_2014.html?nn=5311338), not yet available in English, and for the Austrian Bundeswettbewerbsbehörde from the website <http://www.en.bwb.gv.at/AustrianCompetitionAuthority/Seiten/default.aspx>.

The Bundeskartellamt is an independent body. The State Cartel Authorities in the Bundesländer are in contrast to that, incorporated in the respective ministries for economic affairs of the Länder and therefore often do not act totally free of political influence which together with the lack of (human and financial) resources do not give the State Cartel Authorities sufficient means as to act on an equal basis with the Bundeskartellamt.

### 3. *Specific Tasks of the Brandenburg Cartel Authority*

As already indicated the main business of the Brandenburg State Cartel Authority derives from investigations relating to the water and heating sector. The Authority normally receives the information through sector inquiries which usually paralyze the rest of the Authority and even of the entire unit during those months of investigation. Apart from sector inquiries also other means for detecting anti-competitive behavior are used:

- Mainly complaints and hints from customers or comments made by TV stations or the press.
- Ex-officio, through the Authorities' own initiative.
- Also a leniency program is available as well as the use of the whistle blower system of the Bundeskartellamt.

From the following overview one can take the information that there were only a few formal proceedings going on during the past years at the Brandenburg State Cartel Authority. However, minor or so-called non-cases are not listed.

Major cases/ activities of the Brandenburg State Cartel Authority during the past years:

	SECTOR INQUIRIES	SINGLE CASES (CLOSED THROUGH FORMAL PROCEEDINGS/ DECISION)
2012	none	One case each on abuse of dominant position and a vertical cartel agreement
2013	Drinking water, central heating	One case on abuse of dominant position
2014	Drinking water, central heating (continued)	Three cases on anticompetitive agreements in the context of public bids
2015	Central heating (continued)	One case on anticompetitive agreements in the context of public bids as well as one case on abuse of dominant position

Whereas in Brandenburg two sector inquiries were carried out in 2013 and one formal proceeding was opened, the Bundeskartellamt in the same year<sup>7</sup>:

- closed 11 cartel cases imposing fines of 240 million Euro to 54 undertakings,
- received 1.091 merger notifications with 18 cases going to second phase investigation,
- opened 43 cases on abuses of dominant position, and
- carried out nine sector inquiries!

#### *4. Example of sector inquiries*

As regards the investigations of the water and the heating sector, the standard investigation is the application of the prohibition rules according to §§ 19, 20 ARC for the abuse of dominant positions in those regional or even local markets. The standard three-step investigation is usually applied as follows:

- The position of an undertaking is usually dominant because of the mere fact of the existence of a monopoly situation.
- The type of abuses which usually can be seen is the application of exorbitant high prices.
- Dispute than in a third step usually arises about the justification of those prices (reflecting for example the number of customers or landscape abnormalities).

The following steps characterize the method for identification of abusive action on the example of drinking water distributors (who in general are natural monopolists – one area = one provider):

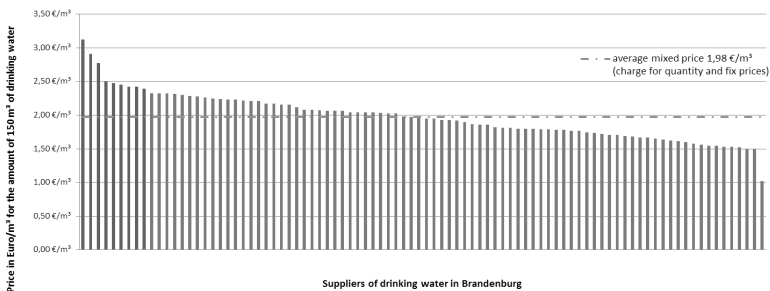
- (1) Collection of data from distributors including current prices, customer information and most importantly including the cost structure using typical categories for purchase quantities, such as  
80 m<sup>3</sup>/a (2 persons household),  
150 m<sup>3</sup>/a (single family house, 4 persons),

---

<sup>7</sup> See Annual Report of 2013, p. 5, [http://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/EN/Jahresbericht/Jahresbericht\\_2013.pdf?\\_\\_blob=publicationFile&v=3](http://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/EN/Jahresbericht/Jahresbericht_2013.pdf?__blob=publicationFile&v=3).

- 400 m<sup>3</sup>/a (5 housing units),  
 1.300 m<sup>3</sup>/a (15 housing units).
- (2) Assumption of an abusive character of a dominant position is given in case the price is 20 % or more higher than the average price in at least two of the four categories.
  - (3) The Authority applies the market comparison concept (benchmarking) in the way that it compares only water suppliers of similar size, structure and with similar numbers of customers to the suspected suppliers.
  - (4) Suspected suppliers may give justifications in arguing that prices are not abusive, for example through disadvantageous geographical situation (higher costs for water production) or low population density (higher fix costs).

**Example of drinking water price-ranking in Brandenburg in 2013/2014**

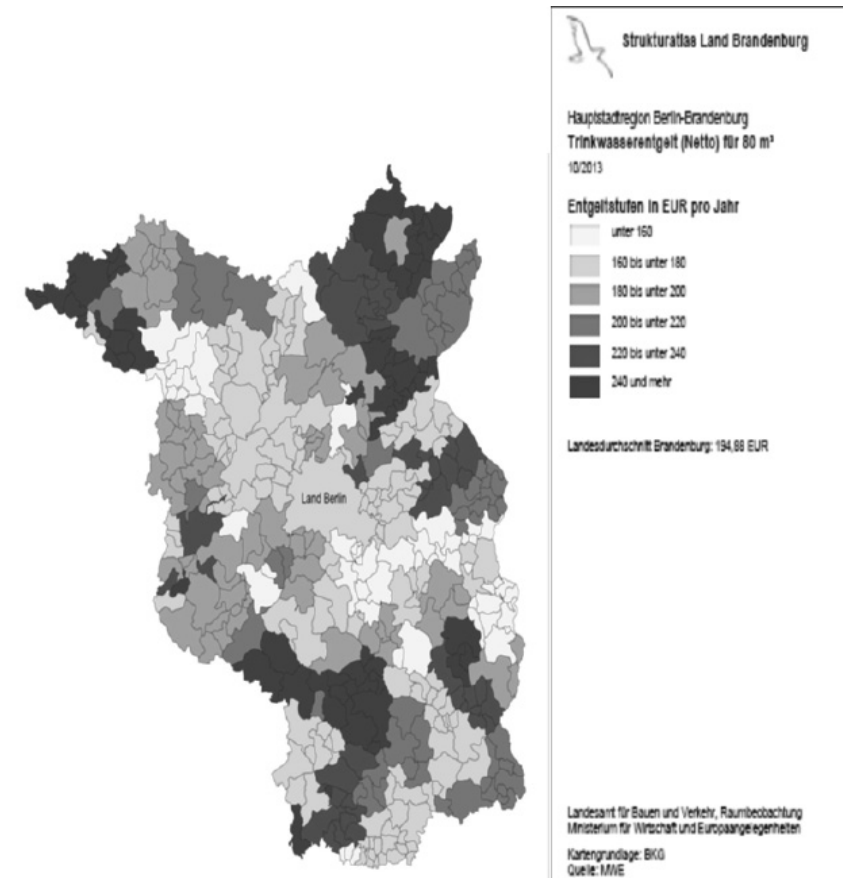


What was achieved? What was done in detail? On that diagram the portion of undertakings is visualized in red which were suspected of abusing their dominant position. For the chosen purchase quantity for a single family house of annually 150 m<sup>3</sup> the average price for one m<sup>3</sup> is 1,98 €. Every supplier charging 20 % above that price or more will be categorized as a suspected company. However, proceedings will only be opened if it also exceeds the 20 % threshold at least in one more of the four purchase categories.

As a result of the two sector inquiries on drinking water in 2010/11 and again in 2013/14 prices were reduced by 5 and 4 suppliers, respectively. One reduction achieved in 2014, for example, amounts to annually 42 € (or 0,23 € per m<sup>3</sup>), coming from 367 € in the case of an annual

consumption of 150 m<sup>3</sup> (standard family of four) where average price was 296 € (= no more abusive character of prices).

The Brandenburg State Cartel Authority has also issued an interactive regional atlas in the drinking water sector in October 2013 along with a report summarizing the basic content of the inquiry and outlining the next steps the Authority will follow (only available in DE)<sup>8</sup>:



The above screenshot of the interactive regional atlas shows price categories for drinking water purchase quantity of 80 m<sup>3</sup> (cubic meter),

<sup>8</sup> Please refer to <http://www.strukturatlas.brandenburg.de/> and <http://www.mwe.brandenburg.de/sixcms/detail.php/bb1.c.343041.de>.

in 10/2013 for the entire Capital Region Berlin-Brandenburg. Price ranges per year in Euro contain categories:

- below 160
- 160 until below 180
- 180 until below 200
- 200 until below 220
- 220 until below 240
- 240 and more.

The annual average price in the State of Brandenburg: 194,88 EUR<sup>9</sup>.

A further intention for establishing the interactive atlas was to show the various grades of price levels existing within our jurisdiction (transparency). It also served as a tool to put some pressure on the suppliers as they need to face questions why their prices are higher compared for example with the suppliers in the neighboring communes. In general, one can say that the providers whose areas are marked in purple or dark blue are suspected to charge exorbitant high prices. As a result of our proceedings almost all areas of Brandenburg ended up to be marked in lighter shade or tone of blue. No court proceedings were needed. Most likely, in 2018 the next inquiry of the sector inquiry in the drinking water sector will be carried out, and then we will see whether the price developments require new actions by the authority<sup>10</sup>.

## 5. *Résumé*

Regional cartel authorities face various problems in their day-to-day application of antitrust rules. In the case of Germany the responsibilities shared between the federal and the regional cartel authorities are rather clear and transparent. Other EU Member States may even not know another type of antitrust enforcement than done by a central government institution. However, also in Germany further efforts need to be undertaken as to strengthen the antitrust enforcement on a regional level. As the outlined example of the Brandenburg State Cartel Authority

---

<sup>9</sup> Source: State Office for Construction, Traffic and Regional Observation and Ministry of Economic Affairs and Energy; Maps: BKG.

<sup>10</sup> A sector inquiry in the waste water disposal sector is planned for 2016.

could already indicate, an effective enforcement of fair competition may be to the benefit of both: to the markets and economic participants as well as to the consumers.



# GLOBAL, LOCAL, PUBLIC AND PRIVATE ENFORCEMENT: AN ARTICLE 102 PERSPECTIVE

*Luigi Prosperetti*

SUMMARY: *1. Introduction. 2. Margin squeeze. 3. What costs? 4. Effects. 5. And what about reality? 6. Conclusion.*

## *1. Introduction*

There is a high degree of complementarity in Europe between global and local antitrust enforcement, and between public and private antitrust enforcement. Taken together, these different levels and perspectives create a powerful antitrust machine.

This is a very good thing, but – in the light of the obvious fact that any enforcement system may incur in over-enforcement or under-enforcement errors<sup>1</sup> – we should consider to what extent such a machine may generate public policy issues.

From an article 101 perspective, European public enforcement has a clear bias<sup>2</sup> towards over-enforcement, with a thoroughly inferential approach (concerted practices, restrictions by object) and clever procedural rules encouraging leniency.

At the end of the day, the probability that a cartel will go undetected is quite low, and it is correspondingly high the probability that (say) an innocent exchange of information among competitors may be taken as evidence of a cartel. There is nothing wrong with this: given the evidence on the widespread existence of cartels, and on their enormous cost for consumers, it is probably socially preferable to err on the side

---

<sup>1</sup> These are known in statistics as Type-I and Type-II errors. These errors are in a trade-off: a lower probability of under-enforcement necessarily entails a higher probability of over-enforcement, and vice versa.

<sup>2</sup> “Bias”, to an economist, is a fact of life, and not necessarily a bad thing.

of caution, and have an over-enforcement bias vis-à-vis cartels, rather than an under-enforcement bias.

Directive 2014/104 has made private actions for cartels much easier, generally lowering the burden of proof required in civil actions (article 16.1), introducing a specific presumption of harm in cartel cases (article 16.2), and, again generally, making it easier for the claimant to disclose evidence (article 5).

From a practical viewpoint, and taking together public and private enforcement, we should therefore conclude that the over-enforcement bias of article 101 has become more pronounced: the probability of a cartel finding is as high as it was before the Directive, but the expected cost of cartel damages has increased.

It is difficult to establish whether such a bias exists also from an article 102 perspective, as the range of potentially relevant behaviours is large, and they are highly differentiated.

However, if we consider the specific case of margin squeeze, I believe that such an over-enforcement bias is likely to exist to the extent that the methods and tests utilised to ascertain the existence of the behaviour are also used to quantify the consequences of the behaviour.

As we shall see, this is in general not correction technical grounds, and may indeed generate policy issues.

## 2. *Margin squeeze*

Under European competition law, margin squeeze is a stand-alone infringement, as it embodies an unfair practice by a firm which is dominant in an upstream market<sup>3</sup>. As a consequence of such a practice the margin between upstream and downstream prices is insufficient to allow a competitor, as efficient as the dominant firm, to profitably supply the downstream service<sup>4</sup>.

The legal and economic literature on margin squeeze is vast, and this is really not the place to attempt any summary, especially as there

---

<sup>3</sup> *Deutsche Telekom*, par. 167 and 183; *TeliaSonera*, par. 34.

<sup>4</sup> *Deutsche Telekom*, par. 183; *TeliaSonera*, par. 31.

are already several good ones. What I would like to do instead, is to discuss a few practical problems which arise when litigating in court a margin squeeze case, in order to suggest that the criteria to be utilised in order to prove the illicit behaviour and the damage should be somewhat stricter than those normally employed by the anti-trust authorities.

Before I review these, let me stress I believe it is probably socially efficient to have some degree of over-enforcement vis-à-vis margin squeeze infringements, as these are quite common in network services<sup>5</sup>, the opening and the integration of which has long been a high priority in Europe. Once open network provisions were enforced, margin squeeze became the next battleground with the incumbents, and some degree of over-enforcement is probably socially useful, as it hinders the attempts of the former monopolists to foreclose their new competitors.

On the other hand, I doubt it would be socially efficient if the over enforcement originated from the civil follow-non-litigation, as this would encourage rent-seeking behaviour by inefficient competitors.

The devil here is in the details, and we need to analyse a couple of mundane issues in margin squeeze analysis such as the cost notions and the products considered.

### 3. *What costs?*

There is a very broad consensus that the cost to be utilised in order to establish the existence of a squeeze is the Long-Run Average Incremental Costs (LRAIC) of the dominant firm.

LRAIC is a rather broad cost measure, as it includes both avoidable costs, i.e. costs that are borne when engaging in an activity, and sunk costs, i.e. activity-specific costs that would be irrecoverable if the activity were discontinued. It is reasonable to include the latter types of

---

<sup>5</sup> According to Wiethaus and Nitsche (2014), “there have been 47 margin squeeze cases in 21 European countries. The majority of cases was brought before the courts in France, Great Britain, Germany and Italy. While a sizeable number of margin squeeze cases were in the water, energy, *pharmaceutical*, postal, transport and infrastructure... sectors, the majority occurred in the telecommunication industry”. There were six cases at the European level, four of which in telecommunications.

costs, as those will be relevant to a new entrant, and an explicit object of anti-trust policy is to avoid the foreclosure of actual and *potential* competitors.

In a follow-on action for margin squeeze, however, very often the claimant is not a potential competitor, but an actual competitor of the dominant firm. When this is the case, using LRAIC as the relevant cost notion will be incorrect, as an existing competitor typically would not face the same level of sunk costs than a potential one. As obviously LRAIC is higher than Average Avoided Cost, using a LRAIC standard for assessing margin squeeze vis-a-vis a specific competitor would often generate false positives: the competitor will seem to have been squeezed more often than it is actually the case<sup>6</sup>.

What should be done in a civil court, therefore, even in a follow-on case, should be to test for the existence of a *squeeze on the claimant*, using – when the claimant is an existing competitor – the cost notion which is appropriate for such a case, i.e. AAC.

#### 4. Effects

Margin squeeze, to be an offence, must have an effect on the relevant market. However, the European Courts apply a rather low standard of proof here. *TeliaSonera* would seem to imply that the effect is *in re ipsa* when it recites that a “practice must have an anti-competitive effect on the market, but the effect does not necessarily have to be concrete, and it is sufficient to demonstrate that there is an anti-competitive effect which may potentially exclude competitors who are at least as efficient as the dominant undertaking”<sup>7</sup>, and subsequent case-law has not moved far from such a *per se* stance.

Again, this would seem to embody an enforcement bias, which may or may not be appropriate from a public policy point of view, but would certainly be inappropriate if carried over in civil litigation, where the

---

<sup>6</sup> This is indeed why avoidable costs, and not LRAICs, are used when testing for predatory behaviour: see CRA Competition Memo *When is a margin squeeze not an abuse?*, July 2013.

<sup>7</sup> At par. 64.

claimant must be required to prove that it suffered an effect, not a potential effect. This may not always be the case, e.g., where the infringement regarded sales of services to large corporate customers, and some of the competitors were not large enough to sell to that particular market segment.

A further interesting point concerning effects, when considered from the viewpoint of assessing damages, is that in the but-for world, absent the infringement, it is not only the claimant that would not suffer a squeeze, but all its competitors would be in such a happy state. But if this is the case, it would be incorrect to estimate the damage on the basis of a scenario in which only the claimant would not suffer the squeeze.

In other words, the tide lifts all the boats, and this should be considered when assessing the effects of the squeeze on a particular claimant.

##### *5. And what about reality?*

A further basic point, often overlooked, is that – when a civil case gets started – typically several years have gone by since the infringement, and its actual – as opposed to potential – consequences can be analysed.

This is never done in public enforcement, but there is a clear reason for this: enforcement cares about both actual and potential competitors. Ex-post history carries little information concerning the effects on potential competitors.

But this is not the case in private enforcement, where there is a specific competitor claiming damages several years after the facts, and thus the court should take into account the evidence accrued over time. This may or may not yield a clear-cut conclusion, but in several cases will assist the court.

*6. Conclusion*

In the light of the above, I think that great care should be exercised when assessing margin squeeze damages in Court, avoiding to mechanically apply methods and tests used in public enforcement.

## BREVI NOTE IN TEMA DI CLASS ACTION ALLA LUCE DELLA DIRETTIVA 104/2014

*Massimo Scuffi*

La azione di classe è argomento che non manca mai nei convegni antitrust che trattano le tematiche della *competition*.

Oggi è tematica quanto mai attuale – al di là della verifica dei casi pendenti nel panorama nazionale – alla luce dell’emanazione della *Comunicazione* della Commissione (401/2013) “verso un quadro orizzontale europeo per i ricorsi collettivi” in tema di accesso uniforme alla giustizia all’interno dell’Unione e della *Raccomandazione* (11.06.2013) sui principi comuni per i meccanismi di ricorso collettivo di natura inibitoria e risarcitoria negli stati membri a fronte di violazioni dei diritti conferiti dalle norme dell’Unione.

Molte delle regole suggerite riprendono dalle linee guida contenute nel *libro verde* (2005) e *libro bianco* (2008) sul risarcimento del danno antitrust oggetto di rilievi formulati da apposito gruppo di lavoro istituito presso la Corte di Cassazione, nella *bozza di orientamento* sul risarcimento del danno antitrust (2011), nella *Direttiva* 104/2014 sul risarcimento del danno per violazioni del diritto alla concorrenza degli Stati membri e dell’UE (che riconosce il diritto risarcitorio a qualunque vittima delle pratiche antitrust, acquirente diretto od indiretto) implementata nei meccanismi di *collective redress* dalla *Raccomandazione* anzidetta.

La Direttiva costituisce, dunque, un punto di riferimento importante anche per la tutela collettiva dei consumatori.

Nella categoria dei diritti azionabili a sensi dell’art.140 bis del Codice del consumo rientrano i c.d. diritti “omogenei” al ristoro del pregiudizio derivante a consumatori ed utenti da:

- A) pratiche commerciali scorrette/aggressive /ingannevoli
- B) comportamenti anticoncorrenziali, cioè posti in essere in violazione della normativa antitrust nazionale (l. 287/90) ed europea ex 101 e

102 TFUE (abuso di posizione dominante, cartelli, intese restrittive della libertà di concorrenza).

Il consumatore rientra a pieno titolo – al pari dell'imprenditore – nell'alveo di tutela della normativa antitrust quale soggetto passivo del pregiudizio derivato da altrui illecite collusioni.

Le azioni collettive antitrust hanno però trovato scarsa applicazione in Italia (così davanti al Tribunale di Milano è stata denunciata per abuso di posizione dominante Microsoft per condizioni contrattuali non accettate per un programma preinstallato mentre davanti al Tribunale di Genova sono state convenute per intesa restrittiva della concorrenza – dopo gli interventi sanzionatori dell'AGCM – la società di navigazione Moby + altre per il cartello dei traghetti per la Sardegna con aumento coordinato dei prezzi di trasporto passeggeri).

La *class action* – come è noto – è un mezzo di tutela collettiva praticata in Italia per adesione con modalità *opt in* che estendono ai membri che abbiano “aderito” alla classe gli effetti dell'azione proposta/sentenza ottenuta da uno o più soggetti ovvero da Associazioni mandatarie/comitati partecipati secondo il meccanismo della rappresentanza processuale.

L'azione di classe richiede dunque, di regola, un collegamento “paranegoziale” con i soggetti promotori.

Diverso il modello statunitense dell'*opt out* che si basa sull'estensione automatica alla classe dell'azione proposta da un singolo componente riconosciuto idoneo a rappresentarla (*certification*) salva la dissociazione. Il sistema supera così gli oneri di raccolta della classe (pubblicità ed adesioni) ma è meno rispettoso dell'autonomia privata.

L'*opt in* conserva invece l'azione individuale del non partecipante (che nell'*opt out* è assorbita, salva dichiarazione di non volervi essere coinvolti) ed agevola il calcolo/sommatoria del danno.

È infatti il sistema preferito dalla Raccomandazione UE del 2013.

In argomento merita segnalare che – sempre in funzione “aggregante” di facilitazione dell'accesso alla giustizia – già il Libro Bianco del 2008 poi ripreso dalla Raccomandazione cit. aveva previsto *representative actions* proponibili da soggetti qualificati quali Associazioni dei consumatori, *public authorities* o associazioni commerciali agenti in



nome e per conto degli associati, designate preliminarmente dallo Stato od appositamente certificate.

Era così profilata una aggiuntiva *legittimazione autonoma* degli enti ad esercitare azioni collettive per conto degli aderenti (al di là del conferimento di mandato ad agire) sul modello di quella che muove in Italia le *azioni rappresentative* previste dagli artt. 139 e 140 del Codice del Consumo a tutela degli interessi esponenziali di categoria (la norma cardine della legittimazione *ad agendum* “ultrasingolare” si rinviene nell’art. 2601 c.c.) esercitate *iure proprio* ed a contenuto inibitorio/emendativo (degli effetti pregiudizievoli della violazione) rinforzate da *astreintes* e forme pubblicitarie adeguate.

La Raccomandazione sollecita, appunto, la attivazione di provvedimenti inibitori del genere per l’arresto della violazione ai fini di evitare l’aggravamento del danno con penalità da ritardo per garantirne una efficiente esecuzione.

Si ricorda, peraltro, che le azioni rappresentative sono un *minus* nel senso che la sentenza ottenuta vale *inter partes*, elimina le illegittimità denunciate ma occorre l’azione risarcitoria/restitutoria dei singoli per ottenere personale ristoro laddove nell’*azione di classe*, al contrario, il diritto risarcitorio sorge in capo a tutti gli aderenti e la sentenza liquida equitativamente il danno (o ne fissa i criteri) in favore di tutti gli aderenti.

L’azione di classe – come si è detto – si aggiunge e rafforza la tutela individuale (e di gruppo) e presuppone sistematicità di condotte traducendosi in violazioni seriali e plurioffensive da cui emerga sovrapposibilità di pretese e comunanza di questioni (*communalità*).

Condotte anticoncorrenziali che possono dare luogo a azioni di classe sono le intese orizzontali tra produttori per spartire il mercato e concordare i prezzi (cartelli) ovvero abusi di posizione dominante di sfruttamento od operazioni di concentrazione, tutte suscettibili di colpire serialmente e con modalità analoghe il consumatore.

Sul piano concorrenziale le condotte di impresa perseguibili debbono necessariamente coinvolgere un vasto numero di consumatori.

È consumatore la persona che agisce per scopi estranei all’attività imprenditoriale, commerciale, artigianale professionale eventualmente svolta; quindi la azione classe resta riservata ai destinatari finali dell’at-

tività di impresa e non può essere esperita dai soggetti intermedi (distributore-assemblatore di prodotti).

Il problema del c.d. *passing on* o traslazione del danno è particolarmente sentito nell'area del consumo.

Il *passing on* è preso in considerazione dalla Direttiva 104/2014 dal lato attivo (*offensive*) e passivo (*defensive*) a seconda che l'autore dell'illecito opponga al primo acquirente (*diretto*) di non aver subito danno per aver trasferito il maggior prezzo (*overcharges*) sui successivi (*scudo*) ovvero il consumatore (*acquirente indiretto*/ultimo anello della catena distributiva) faccia del trasferimento a valle del danno elemento costitutivo dell'azione per aver pagato un prezzo maggiore del dovuto (*spada*).

Un esempio di utilizzo di eccezione del genere è avvenuto anni fa con riguardo ad accordo imposto monopolisticamente da società calcistica (Juventus) ad agenzia di viaggio dove il prezzo del biglietto di ingresso allo stadio era maggiorato di prestazioni supplementari obbligatorie (viaggio e soggiorno). La Corte di appello di Torino nell'occasione osservava che la società acquirente dei pacchetti (*business plans*) aveva traslato il danno su terzi e difettava così di legittimazione perché i maggiori costi erano stati sopportati dai tifosi consumatori che erano i veri danneggiati.

Il *defensive passing on* non è accettato in USA (che riconosce il danno al solo *direct purchaser* a prescindere dallo scarico a valle del costo) Il c.d. *blocco dell'Illinois Brick* sta comunque per essere rimosso dalla legge federale.

La Direttiva 104/2014 vuole invece che l'eccezione di trasferimento sia sempre consentita al convenuto e consente altresì all'acquirente indiretto di avvalersi del *passing on* con prova agevolata in quanto, anziché dover ricostruire tutti i passaggi, questi potrà invocare una *presunzione semplice* di trasferimento del danno da produttore a consumatore (alla triplice condizione che sia provata la violazione, il sovrapprezzo da essa determinato, l'acquisto dei beni oggetto della ridetta violazione).

È fatta comunque salvo il diritto dell'autore dell'infrazione di fornire prova liberatoria contraria in modo *verosimile ed adeguato*.

Anche l'azione di classe in funzione antitrust può esser soggetta al sistema binario delle azioni *follow on* fondate su illecite distorsioni del mercato accertate (e sanzionate) dall'Autorità Garante (la tutela del consumatore è garantita anche dal *public enforcement*) ed azioni *stand-alone* incardinate in assenza di provvedimenti amministrativi presupposti.

Le azioni *stand-alone* rendono meno agevole l'onere della prova da costruire giudizialmente *ex novo* laddove quelle *follow on* possono avvalersi delle risultanze dell'attività istruttoria dell'Autorità come *punto di riferimento/prova privilegiata* da utilizzare nel *private enforcement*.

Si era suggerito – sia nel Libro verde sia nel Libro bianco – di assegnare *vincolatività* alla decisione dell'Autorità antitrust nazionale (funzione di “giudicato”) ovvero di considerarla prova irrefutabile dell'infrazione in modo da evitare che nelle *follow on actions* si dovesse nuovamente provare la violazione. Il nostro ordinamento adotta – peraltro – la soluzione giurisprudenziale intermedia (“quasi *vincolatività*”) basata su una *presunzione iuris tantum* di legittimità in quanto le decisioni dell'Autorità Garante restano atti amministrativi almeno fino a quando non trovino – tramite l'impugnazione – copertura giurisdizionale.

La Direttiva cit. ripropone la regola della *vincolatività* della decisione dell'Autorità garante purché definitiva (non più soggetta ad impugnazione) ovvero della decisione del giudice dell'impugnazione; tanto sulla falsariga di quanto previsto nella *applicazione consecutiva* del diritto della concorrenza (Reg. 1/2003) che impedisce al giudice nazionale di assumere decisioni in contrasto con quelle della Commissione UE. Naturalmente tutto ciò è destinato a valere per le constatazioni dell'infrazione e non per quelle decisioni che la escludono (*accertamenti in negativo*).

Non solo ma la Direttiva include tra le decisioni rilevanti anche quelle emesse dalle Autorità antitrust degli altri Stati membri (a livello *transfrontaliero*) che sarebbero *tamquam non essent* nel nostro ordinamento ma destinate ad assumere – davanti al giudice nazionale – valore di *prova prima facie* (cioè elemento valutabile insieme agli altri) della violazione.

Occorrerà dunque, in sede di recepimento, intervenire con le opportune modifiche sul quadro normativo nazionale.

Non esistono *rapporti di precedenza* tra Autorità Garante ed AGO equivalenti a quelli esistenti tra Commissione e giurisdizioni nazionali che nell'*applicazione parallela* del diritto della concorrenza possono – a sensi del Reg. 1/2003 – disporre la sospensione del procedimento nazionale in attesa della decisione europea.

La Raccomandazione del 2013 (e la Comunicazione) su questo delicato punto stabilisce che le *azioni collettive* siano avviate *solo dopo* la conclusione del procedimento pubblico già instaurato (istituendo una sorta di consequenzialità/*condizione di procedibilità* tra procedimento amministrativo e processo civile) e con divieto per il giudice di emettere *pronunzie contrastanti* (secondo la regola della “vincolatività” fatta propria dalla Direttiva).

Una apertura in tal senso – nel nostro ordinamento – si rinviene nell’art.140 bis del Codice del consumo che faculta il giudice, nell’ambito dell’esame preliminare di ammissibilità di una azione di classe – a differire la pronunzia quando sia in corso, su fatti rilevanti ai fini della decisione, una istruttoria davanti all’Autorità Garante od al giudice amministrativo, tale sospensione “atecnica” venendo così a valorizzare quelle risultanze procedurali.

L’azione di classe è attualmente proponibile avanti ai Tribunali regionali sede dell’impresa con alcuni accorpamenti ultradistrettuali (11), non c’è coincidenza con le sezioni specializzate della proprietà intellettuale (12) né con l’ampliamento operato dai Tribunali dell’impresa (21) comunque destinati a trasformarsi in sezioni specializzate per l’impresa ed il mercato (d.d.l. 10.02.2015 sull’efficienza del processo civile) con inclusione – tra l’altro – delle controversie in materia di concorrenza sleale anche non interferente (pura), della pubblicità ingannevole e delle azioni di classe.

Le competenze resteranno così concentrate presso unico *giudice dell’economia* ancorché con funzioni diluite dall’accorpamento di materie in parte disomogenee.

È interessante segnalare che il d.d.l. cit. prevede altresì l’istituzione apposito *albo di esperti* in materia di economia e mercato a supporto conoscitivo del Collegio per essere ascoltati anche in udienza pubblica in contraddittorio delle parti.

Viene così valorizzata la collegialità e la composizione tecnica delle Corti in materie altamente specializzate.

Il contesto delle azioni di classe inquadrate nel Codice del Consumo non prende invece in considerazione la Pubblica Amministrazione come soggetto passivo; per essa provvede la L.15/2009 sull'efficienza e trasparenza delle pubbliche amministrazioni delegante il governo a prevedere una forma di azione collettiva contro la PA e i concessionari di pubblici servizi per violazione di standard qualitativi ed obblighi contenuti nelle carte dei servizi.

Il d.lgs. 150/2009 ha così predisposto una specifica azione collettiva contro le inefficienze pubbliche da proporsi davanti al giudice amministrativo a carattere ripristinatorio e non risarcitorio.

Difetta invece una azione di classe a tutela del consumatore/contribuente contro gli atti fiscali illegittimi che abbiano attinto la ripresa sullo stesso presupposto impositivo a carico di un numero indeterminato di soggetti.

Da tempo infatti il giudice di legittimità ha aperto il varco a ricorsi congiunti cioè a ricorsi proposti da un insieme di contribuenti diversi contro atti fiscali separati comportanti, peraltro, la risoluzione di identiche questioni di diritto.

Riflessi sulla pienezza di tutela del consumatore potrebbero derivarne anche dai *leniency programs* che concedono immunità sanzionatoria al "collaboratore" ma non sul piano risarcitorio restando questi avvinto da responsabilità solidale assieme agli altri ma solo nei confronti dei suoi acquirenti diretti ed indiretti (che appartengono alla catena produttiva) con esclusione dei danni derivanti dalla vendita di prodotti degli altri partecipanti e sempre che le vittime abbiano ottenuto l'integrale risarcimento dalle altre imprese coinvolte.

Analoghe deroghe sono del resto previste per le PMI quando la responsabilità solidale risulti suscettibile di comportare un pregiudizio irreparabile.

Svariate restano dunque le aree di intervento che il legislatore nazionale dovrà colmare implementando la Direttiva ed inserendo adeguati correttivi sui meccanismi di ricorso collettivo per renderne effettivo ed efficiente il *private enforcement*.



# THE DIRECTIVE ON ANTITRUST DAMAGES ACTIONS\*

*Luke Haasbeek*

SUMMARY: *1. Introduction. 2. Main provisions of the Directive. 3. Conclusion.*

## *1. Introduction*

At the end of 2014, the European Parliament and the Council adopted the Directive on Antitrust Damages Actions<sup>1</sup> (hereinafter; the Directive). Member States have until the 27<sup>th</sup> of December 2016 to implement the Directive into their national legislation.

The Directive has a twofold purpose. First, it intends to increase the effectiveness of the private enforcement of competition law by improving the conditions under which victims of infringements of the EU competition rules can bring damages claims before national courts. Second, it intends to optimise the interaction and balance between the public and the private enforcement of competition law, in order to achieve the optimal overall enforcement of the EU competition rules.

At present, there is much to be improved in the effectiveness of the private enforcement of the EU competition rules. Although the European Court of Justice has established the right to obtain full compensation for anyone that has suffered harm due to an infringement of EU compe-

---

\* The views expressed are those of the author and may not under any circumstance be regarded as stating an official position of the European Commission or its Directorate-General for Competition. The author thanks Philip Olszewski for his help in preparing this article.

<sup>1</sup> Directive 2014/104/EU of the European Parliament and the Council of 26 November 2014 on certain rules governing actions for damages under national law for infringements of the competition law provisions of the Member States and of the European Union Text with EEA relevance, OJ L 249, 5.12.2014, p. 1.

tion law<sup>2</sup>, the exercise of this right in practice remains difficult. The consequence of this ineffectiveness is that victims of infringements of the EU competition rules remain to a large extent uncompensated. The fact that it remains difficult for the victims of infringements of the EU competition rules to obtain full compensation for the harm they suffered results mainly from obstacles currently present in national legislation. The Directive intends to eliminate such obstacles and to introduce provisions into the national legislations of the Member States that facilitate damages claims by those that have suffered harm as a result of an infringement of the EU competition rules.

The second main purpose of the Directive, the optimization of the interaction between the public and private enforcement of the competition rules, takes two forms: it ensures that injured parties bringing damages claims before national court can benefit as much as possible from the work done by competition authorities in the framework of the public enforcement, and it ensures that private damages actions do not hamper the public enforcement of the competition rules. Thus, the Directive seeks to ensure the overall optimal enforcement of the EU competition rules.

## *2. Main provisions of the Directive*

As said, the Directive seeks to ensure that victims of competition law infringements can obtain full compensation for the harm they suffered. Full compensation means compensation of actual loss, loss of profit and interest, calculated from the moment that the harm occurred until the moment that compensation is paid. Below, the main provisions of the Directive will be discussed.

---

<sup>2</sup> Judgement of 20 September 2001, *Courage and Crehan*, C-453/99, EU:C:2001:465, para.61.



*a. Disclosure of evidence*

One of the main obstacles currently standing in the way of victims obtaining full compensation is the fact that they are unable to obtain access to the evidence necessary to prove their claims for damages. National systems of disclosure of evidence very often require the claimant to provide a detailed description of every item of evidence of which disclosure is sought, for instance by specifying the type of document, the time when it was drawn up, the parties to whom it was sent and its content. As relevant evidence is often in possession of the infringer or third parties, such strict criteria constitute a practical burden for the claimant to effectively exercise its rights.

To address these problems, the Directive introduces a system that allows for a wider disclosure of evidence, and which is placed under the strict control of the national court, which has to verify relevance and proportionality of the disclosure request. The widening of the possibilities of disclosure of evidence in many Member States lies, among others, in the fact that the Directive explicitly allows for the disclosure of relevant categories of evidence (as opposed to individual items of evidence). In order to obtain disclosure of a relevant category of evidence, the claimant will have to describe it by reference to common features of its constitutive elements such as the nature, object or content of the documents that are requested to be disclosed<sup>3</sup>. Therefore, rather than having to ask for “an email from person A to person B on date X in which they discuss the prices of product Y”, the claimant will now be able to obtain disclosure of “all emails relating to topic Y between company A and company B in the period 2008-2013”.

Another novelty in many Member States is the provision of the Directive relating to the disclosure and protection of confidential information. It is often essential for the claimant in damages actions to obtain access to evidence containing confidential information. For instance, the data necessary to quantify harm are often confidential in nature. Nevertheless, at the same time, confidential information merits protection from unnecessary disclosure. Therefore, the Directive puts in

---

<sup>3</sup> Recital 16 of the Directive.

place a system which prescribes that Member States must, first, enable their national courts to disclose evidence containing confidential information and, second, ensure that national courts have at their disposal systems ensuring the effective protection of the confidential information included in such evidence. It is left to the Member States to choose the appropriate systems of protection of confidentiality when implementing the Directive.

Besides general provisions on the disclosure of evidence, the Directive also contains provisions specifically relating to disclosure of evidence in the file of a competition authority. Distinction is made between three categories of such evidence: firstly, documents that can never be disclosed (“black list”), secondly those documents that can only be disclosed after a competition authority’s investigation is terminated (“grey list”) and finally documents that can be disclosed at any time (“white list”). The non-disclosure of black list documents, i.e. self-incriminatory leniency statements and settlement submissions, is meant to safeguard the effectiveness of the public enforcement of EU competition law. A possible disclosure of these documents could be a strong disincentive for infringers’ willingness to cooperate with the Commission or national competition authorities in the framework of leniency programs and settlement procedures. Furthermore, the grey list, which contains documents created by the competition authority and the parties specifically for the purpose of the investigation, ensures that ongoing investigations of competition authorities are not interfered with. At the same time, the fact that all documents existing independently from the investigation of the competition authority are, in principle, disclosable at any time, ensures sufficient access to evidence for claimants in damages actions.

On 3 August 2015, the Commission has adopted amendments to Regulation 773/2004<sup>4</sup>, as well as the Notices on Access to File<sup>5</sup>, Leni-

---

<sup>4</sup> Commission Regulation (EU) 2015/1348 of 3 August 2015 amending Regulation (EC) No 773/2004 relating to the conduct of proceedings by the Commission pursuant to Articles 81 and 82 of the EC Treaty, OJ L 208, 5.8.2105, p. 3.

<sup>5</sup> Communication from the Commission – Amendments to the Commission Notice on the rules for access to the Commission file in cases pursuant to Articles 81 and 82 of

ency<sup>6</sup>, Settlements<sup>7</sup> and Cooperation with National Courts<sup>8</sup>, in order to ensure alignment of the rules on the disclosure and use of information in the Commission's investigative file to the rules of the Directive regarding the disclosure and use of information obtained from competition authorities in antitrust damages actions.

*b. Binding effect and limitation periods*

The provisions of the Directive on binding effect and limitation periods intend, among others, to ensure that the victims of competition law infringements can, in their damages actions, benefit from the enforcement work carried out by competition authorities.

The provisions on the effect of decisions of national competition authorities provides that final decisions of such authorities in which an infringement of competition law has been established provide irrefutable proof of such infringement for the purposes of damages actions before courts in the same Member State. Therefore, in the framework of such damages actions, the infringer cannot question the infringement as established by the national competition authority in its material, personal, temporal and territorial scope. As regards decisions of national competition authorities of other Member States, it is established that they constitute at least *prima facie* evidence that the infringement has occurred. Thus, these decisions enjoy at least a very high evidential value as regards the finding of infringement, and Member States can go further so as to give them the same effect as domestic infringement decisions.

---

the EC Treaty, Articles 53, 54 and 57 of the EEA Agreement and Council Regulation (EC) No 139/2004, OJ C 256, 5.8.2015, p. 3.

<sup>6</sup> Communication from the Commission – Amendments to the Commission Notice on Immunity from fines and reduction of fines in cartel cases, OJ C 256, 5.8.2015, p. 1.

<sup>7</sup> Communication from the Commission – Amendments to the Commission Notice on the conduct of settlement procedures in view of the adoption of Decisions pursuant to Article 7 and Article 23 of Council Regulation (EC) No 1/2003 in cartel cases, OJ C 256, 5.8.2015, p. 2.

<sup>8</sup> Communication from the Commission – Amendments to the Commission Notice on the cooperation between the Commission and courts of the EU Member States in the application of Articles 81 and 82 EC, OJ 256, 5.8.2015, p. 5.

As regards limitation periods, article 10(4) of the Directive provides that when a competition authority starts an investigation or opens proceedings with regard to an infringement of competition law, the limitation periods for an action for damages relating to that infringement should be suspended or interrupted until its infringement decision has become final or the proceedings are otherwise terminated.

These provisions together allow damages claimants to rely to a maximum extent possible on decisions of competition authorities, as the probative value of decisions of national competition authorities is in many Member States increased, and victims can effectively wait until an infringement decision becomes final before bringing their damages claims.

Furthermore, the provision on limitation periods also ensures that – regardless of any investigation of a competition authority – injured parties have sufficient time to bring their claims: the limitation period is at least 5 years and shall not begin to run before the infringement of competition law has ceased as well as if the victim knows or can “reasonably be expected to know” of the actual conduct that constitutes an infringement, that this conduct caused harm to the victim as well as the identity of the infringer.

### *c. Joint and several liability*

Undertakings that committed antitrust infringements through joint behaviour are to be held jointly and severally liable for the entire harm caused by the infringement. This means that an injured party may claim the full compensation for the harm suffered from each of the infringers involved. The infringer(s) that compensated the victim can subsequently obtain contributions from the other infringers.

The Directive introduces two exceptions to this general rule: one for small and medium-sized enterprises, under very strict conditions, and one for immunity recipients. The latter intends to ensure the effectiveness of leniency programmes by ensuring that there are sufficient incentives to be the first undertaking to apply for leniency, which receives immunity for fines. Such incentives could be jeopardized if the immunity recipient, by reason of its position under the leniency pro-

gramme, is in a worse position than other infringers in relation to damages claims. This would occur if the general rules of joint and several liability would apply: the immunity recipient, often the only one that does not appeal the infringement decision of a competition authority, could then face the damages claims of all victims of the cartel, whilst the other infringers are still in court contesting the infringement decision. Therefore, Article 11(4) of the Directive conditionally limits the joint and several liability of the immunity recipient to its own direct and indirect purchasers and suppliers. Only when the other infringers are not able to compensate the other victims, the immunity recipient will also be liable to these victims.

*d. Passing-on and quantification of harm*

Infringements of Articles 101 and 102 TFEU leading to price increases (overcharge) may not only harm the direct purchasers of the relevant goods or services, but also indirect purchasers, as the artificially increased prices may be passed-on down the supply chain. The Directive confirms that these indirect purchasers may claim damages for the harm they suffered. Furthermore, the underlying idea of the Directive's passing-on rules is that those that have actually suffered the harm should be entitled to be compensated.

Therefore, first, the Directive confirms the availability of the passing-on defence to defendants in damages actions. As a defence against a claim for compensation of overcharge harm, they may state that the relevant harm was not suffered by the claimant, because he passed it on down the supply chain by raising its prices. The burden of proof for the passing-on defence lies with the defendant.

Furthermore, in order to alleviate the evidentiary burden on the indirect purchasers and to increase the likelihood that they are able to successfully claim damages, the Directive puts in place a presumption of passing-on to the level of indirect purchasers if certain conditions are fulfilled. As the goal of the Directive is full compensation (and both over- and under-compensation should be avoided), it is for the judge to determine how much overcharge was passed-on to each level of indirect purchasers. Importantly, the Directive gives him the power to esti-

mate the level of passing on, as precisely calculating it is often impossible. The Commission is currently in the process of preparing guidelines to assist judges in this task.

This power to estimate does not only exist as regards the level of passing-on, but also as regards the quantification of harm in general. Here, the Commission has already issued guidance to national courts, in the form of a Communication<sup>9</sup> and a Practical Guide<sup>10</sup> on the quantification of antitrust harm. In addition, the Directive establishes a rebuttable presumption that cartel infringements cause harm.

#### *e. Consensual Dispute Resolution*

The aim of the Directive is to facilitate full compensation of persons that have suffered harm as a result of infringements of the EU competition rules. This objective may not only be pursued through litigation, but also through consensual dispute resolution mechanisms. Therefore, the Directive encourages parties to make use of mechanisms such as arbitration, mediation or conciliation. In order to ensure the effectiveness of these mechanisms, the Directive provides the suspension of limitation periods and allows for suspension of pending litigation to enable parties to settle their dispute. It also contains rules facilitating partial settlements, i.e. settlements that involve one or more (but not all) infringers and/or one or more (but not all) infringers.

---

<sup>9</sup> Communication from the Commission on quantifying harm in actions for damages based on breaches of Article 101 or 101 of the Treaty on the Functioning of the European Union, OJ C 167, 13.6.2013, p. 19.

<sup>10</sup> Commission Staff Working Document, Practical Guide on quantifying harm in actions for damages based on breaches of Article 101 or 101 of the Treaty on the Functioning of the European Union, accompanying the Communication from the Commission on quantifying harm in actions for damages based on breaches of Article 101 or 101 of the Treaty on the Functioning of the European Union, C(2013) 3440, 11.6.2013.

### *3. Conclusion*

Directive 2014/104/EU lays down rules to facilitate and to harmonize the conditions under which damages actions may be brought before a court and how victims of antitrust infringement can obtain full compensation, as well as to optimise the interaction between the public and the private enforcement of the EU competition rules. The main challenge ahead is the implementation of the Directive into national law, which has to be finalized by the 27<sup>th</sup> of December 2016. The Commission is actively assisting the Member States in this task. Furthermore, the Commission has adapted its own procedures to the rules of the Directive regarding the disclosure and use of evidence in its file.

Finally, it will be interesting to see how national courts will apply the implemented rules of the Directive in concrete damages cases before them. This concrete application of the Directive will be an important topic regarding private enforcement in the years ahead.





# L'IMPLEMENTAZIONE DELLA DIRETTIVA DA PARTE DEL LEGISLATORE ITALIANO E IL DIFFICILE OBIETTIVO DI ASSICURARE UN *LEVEL PLAYING FIELD* TRA ORDINAMENTI NAZIONALI

*Alberto Toffoletto - Emilio De Giorgi*

SOMMARIO: 1. Introduzione: Direttiva 2014/104/UE e raggiungimento di un level playing field tra le legislazioni degli Stati membri. 2. La questione affrontata: la Direttiva è idonea alla creazione di un level playing field tra gli ordinamenti nazionali? 3. La grande assente: l'azione di classe. 3.1. La situazione italiana: il disegno di legge Bonafede. 4. L'accesso alle prove. 4.1. La clausola di salvaguardia. 4.2. La sentenza della Corte di Cassazione 4 giugno 2015, n. 11564. 4.3. Divulgazione delle prove contenute nel fascicolo istruttorio delle autorità antitrust: la black list e la grey list. 5. Gli effetti delle decisioni nazionali. 6. Conclusioni.

## *1. Introduzione: Direttiva 2014/104/UE<sup>1</sup> e raggiungimento di un level playing field tra le legislazioni degli Stati membri*

Nella proposta di Direttiva del 2013 la Commissione europea individuò con chiarezza quali fossero i due obiettivi con essa perseguiti: (i) ottimizzare l'interazione tra *public* e *private enforcement*, e (ii) garantire che i soggetti danneggiati da infrazioni delle norme europee a tutela della concorrenza potessero ottenere un pieno risarcimento del danno subito<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> Direttiva 2014/104/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 26 novembre 2014 *relativa a determinate norme che regolano le azioni per il risarcimento del danno ai sensi del diritto nazionale per violazioni delle disposizioni del diritto della concorrenza degli Stati membri e dell'Unione europea*, in GU L 349 del 5 dicembre 2014, a cui di seguito si fa riferimento soltanto come "Direttiva".

<sup>2</sup> V. Proposta di Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio *relativa a determinate norme che regolamentano le azioni per il risarcimento del danno ai sensi della legislazione nazionale a seguito della violazione delle disposizioni del diritto della*

Quanto al primo profilo, la Commissione europea avvertì l'esigenza di proteggere i programmi di clemenza dagli effetti della sentenza *Pfeiderer* del 2011<sup>3</sup>, in cui la Corte di giustizia aveva ritenuto che spettasse al giudice nazionale decidere, in base al diritto domestico e caso per caso, se consentire o meno la divulgazione dei documenti acquisiti dalle autorità antitrust nel corso dell'attività istruttoria, ivi compresi quelli relativi ai programmi di *leniency*. Veniva così affidato al giudice nazionale il delicato compito di garantire l'equilibrio tra *public enforcement* e *private enforcement*. Le conseguenze sarebbero state difficilmente prevedibili in considerazione della discrezionalità imprescindibilmente connessa a una simile operazione di bilanciamento, peraltro influenzata dalle differenze talvolta marcate tra gli ordinamenti nazionali. Il timore della Commissione europea era che tale situazione di incertezza avrebbe scoraggiato potenziali aderenti ai programmi di clemenza, che ormai da anni costituiscono l'imprescindibile presupposto per la scoperta dei cartelli. Gli effetti della sentenza *Pfeiderer* non tardarono a farsi sentire: pochi mesi dopo il giudice inglese Roth nel caso *National Grid* ne applicò i principi ordinando alla società convenuta ABB la *disclosure* di documentazione relativa al programma di clemenza<sup>4</sup>.

---

*concorrenza degli Stati Membri e dell'Unione Europea*, 11 giugno 2013, COM(2013) 404 definitivo, par. 1.2; consultabile all'indirizzo: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2013:0404:FIN:IT:PDF>.

<sup>3</sup> Corte di giustizia, sentenza del 14 giugno 2011, caso C-360/09 *Pfleiderer AG c. Bundeskartellamt*.

<sup>4</sup> Sentenza della *High Court of Justice* del 4 luglio 2011, *National Grid Plc v. ABB Ltd and others* [2011] EWHC 1717 (Ch); consultabile all'indirizzo: [http://ec.europa.eu/competition/antitrust/national\\_courts/1368894.pdf](http://ec.europa.eu/competition/antitrust/national_courts/1368894.pdf). Tale decisione è stata resa in un'azione *follow-on* riferita al cartello delle apparecchiature di comando con isolamento in gas (Commissione, caso COMP/F/38.899 - *Gas Insulated Switchgear*, 24 gennaio 2007). Proprio in considerazione della sentenza *Pfleiderer*, l'attore aveva modificato la propria istanza di accesso agli atti chiedendo al giudice di ordinare direttamente alla società convenuta l'esibizione di taluni estratti del *leniency material*, piuttosto che rivolgersi alla Commissione europea. La Corte inglese ha accolto parzialmente la richiesta ordinando la *disclosure*, tra l'altro, di alcuni estratti delle risposte alle richieste di informazioni fornite dal *leniency applicant* nel corso dell'istruttoria riferiti al funzionamento e agli effetti del cartello (per un resoconto del caso si veda A. SCETTINO, *Il difficile rapporto tra public e private enforcement: il caso dell'accesso agli atti nei*

Quanto al secondo obiettivo, garantire alle vittime di illeciti anti-trust un effettivo diritto di ottenere il risarcimento del danno, la situazione osservata dalla Commissione europea era tutt'altro che soddisfacente: poche azioni di danno sostanzialmente concentrate in tre giurisdizioni<sup>5</sup>.

La Direttiva intende perseguire tali obiettivi stabilendo un *level playing field* tra le legislazioni dei vari Stati membri.

In particolare, si legge nel considerando 6 che un'efficace interazione tra *public e private enforcement* richiede un coordinamento, tra l'altro, "in relazione alle modalità di accesso a documenti in possesso delle autorità garanti della concorrenza", a sua volta funzionale ad "evitare divergenze tra le norme applicabili, che potrebbero compromettere il corretto funzionamento del mercato interno".

I successivi considerando 7, 8 e 9 illustrano quali sono le conseguenze negative derivanti da un *antitrust private enforcement* effettivamente disponibile soltanto in alcune giurisdizioni. Innanzitutto, il considerando 7 afferma che:

[p]oiché i soggetti danneggiati spesso scelgono lo Stato membro in cui sono stabiliti quale foro in cui presentare la domanda di risarcimento del danno, le discrepanze fra le norme nazionali portano a condizioni

---

*programmi di clemenza*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2013, numero 1, pp. 160-161).

<sup>5</sup> In particolare, secondo le rilevazioni della Commissione europea, nel periodo 2007-2014 soltanto il 25% delle proprie decisioni di condanna è stato seguito da azioni di risarcimento del danno (v. *Antitrust: Commission proposal for Directive to facilitate damages claims by victims of antitrust violations – frequently asked questions*, 17 aprile 2014, consultabile all'indirizzo: [http://europa.eu/rapid/press-release\\_MEMO-14-310\\_en.htm](http://europa.eu/rapid/press-release_MEMO-14-310_en.htm)). Tale *trend* sembra essere proseguito anche nel successivo periodo 2013-2014 (v. M. KUIJPERS, S. TUINENGA, S. WISKING, K. DIETZEL, S. CAMPBELL, A. FRITZSCHE, *Actions for Damages in the Netherlands, the United Kingdom, and Germany*, in *Journal of European Competition Law & Practice*, numero 2, febbraio 2015, p. 129). Inoltre, nel periodo 2008-2012 quasi il 90% delle azioni *follow-on* basate su decisioni della Commissione europea sono state intraprese avanti ai giudici inglesi, tedeschi, ovvero olandesi, con una spiccata preferenza per i giudici inglesi avanti a cui sono state incardinate più della metà delle azioni (v. Commissione europea *Impact Assessment Report*, 11 giugno 2013, SWD(2013) 203 definitivo, par. 52; consultabile all'indirizzo: [http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/impact\\_assessment\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/impact_assessment_en.pdf)).

disomogenee per quanto riguarda le azioni per il risarcimento del danno e possono pertanto incidere sulla concorrenza nei mercati in cui operano tali soggetti danneggiati così come le imprese autrici della violazione.

In concreto, ciò significa che:

[q]uesta applicazione disomogenea del diritto al risarcimento garantito dal diritto dell'Unione non solo può portare a un vantaggio concorrenziale per certe imprese che hanno violato gli articoli 101 o 102 TFUE, ma può altresì disincentivare l'esercizio del diritto di stabilimento e di fornitura di beni e servizi negli Stati membri in cui il diritto al risarcimento è applicato in modo più efficace (*considerando 8*).

Infine, una maggiore uniformità produce quale ulteriore beneficio:

aumentare la certezza del diritto e ridurre le differenze fra gli Stati membri riguardo alle norme nazionali che regolano le azioni per il risarcimento del danno causato da violazioni sia del diritto della concorrenza dell'Unione che del diritto della concorrenza nazionale, laddove quest'ultimo sia applicato parallelamente al diritto della concorrenza dell'Unione (*considerando 9*).

## 2. La questione affrontata: la Direttiva è idonea alla creazione di un level playing field tra gli ordinamenti nazionali?

Illustrati brevemente quali sono gli obiettivi che la Direttiva si propone di raggiungere attraverso la creazione di un insieme di ordinamenti nazionali in cui vi siano regole uniformi in materia di azioni di risarcimento del danno antitrust, la questione che qui si intende affrontare è se la Direttiva sia effettivamente idonea alla creazione di un tale *level playing field*.

Un dubbio che ci si pone di frequente allorché lo strumento giuridico prescelto sia una direttiva, anziché un regolamento. Peraltro nel caso di specie si è trattato senza dubbio di una scelta affatto opportuna, in quanto la Direttiva si propone di disciplinare in maniera trasversale una variegata serie di istituti di natura sostanziale e processuale tale per cui sarebbe stato impossibile imporre un *unicum* normativo trasferibile au-

tomaticamente in ordinamenti nazionali così differenti tra loro (basti pensare al fatto che la Direttiva si rivolge contemporaneamente a ordinamenti di *common law* e di *civil law*).

La questione è dunque se l'opera di armonizzazione della Direttiva è quantomeno soddisfacente avuto riguardo agli obiettivi illustrati nel paragrafo che precede.

Ci sembra che la questione possa essere affrontata considerando dapprima quegli istituti o quelle questioni che non sono disciplinati dalla Direttiva, ma che ciononostante possono influire sul diritto al risarcimento della vittima di un illecito antitrust. Sul punto ci si soffermerà in particolare sulla questione delle azioni di classe.

La seconda valutazione riguarda l'ambito di discrezionalità lasciato ai legislatori nazionali con riguardo a quelle materie disciplinate dalla Direttiva. Ci sembra che sul punto gli istituti che necessitano una particolare attenzione sono quelli che hanno per oggetto – per usare la terminologia della Direttiva – la divulgazione delle prove.

Infine, ulteriore ambito di verifica riguarda il ruolo interpretativo dei giudici nazionali con riguardo a quelle disposizioni della Direttiva che ci sembra abbiano un carattere *self executing* tale per cui è probabile verranno letteralmente (o quasi) trasposte negli ordinamenti nazionali. Sul punto la questione di maggiore rilievo è certamente l'efficacia probatoria delle decisioni delle autorità antitrust nazionali.

L'analisi non ha naturalmente pretesa di esaustività, tanti sono gli istituti che possono rientrare in una delle tre categorie sopra illustrate e influire sulla omogeneità della disciplina delle azioni di danno antitrust. Lo scopo è piuttosto illustrare una serie di considerazioni su temi che ci sembra abbiano particolare importanza e che dovrebbero essere tenuti presenti nell'implementazione della Direttiva da parte del legislatore italiano prima, e nella sua applicazione da parte dei giudici nazionali poi.

### 3. *La grande assente: l'azione di classe*

È ormai opinione condivisa che garantire alle vittime di violazioni della normativa antitrust il diritto al risarcimento del danno dipende

dalla disponibilità di meccanismi di ricorso collettivo effettivamente funzionanti. Ciò è indubitabile allorché si parli di consumatori, e cioè spesso le “vere” vittime dell’illecito antitrust quali soggetti ultimi della catena di acquisto, che sono però privi degli incentivi per attivarsi individualmente in considerazione della modesta entità del danno subito<sup>6</sup>. Sul punto sia consentita una breve digressione. È pacifico che nel nostro ordinamento l’azione risarcitoria ha una funzione eminentemente compensativa, e solo indirettamente sanzionatoria-deterrente. Una delle conseguenze è che i consumatori devono essere i soli soggetti legittimati ad agire allorché il danno sia stato da essi interamente subito se del caso a discapito degli acquirenti intermedi che siano riusciti a trasferire a valle il sovrapprezzo anticoncorrenziale. Tale tesi, che allora era discussa in ragione dell’influenza della giurisprudenza americana e in considerazione delle difficoltà nella misurazione del c.d. *passing-on*<sup>7</sup>, è stata poi accolta nella Direttiva<sup>8</sup>. Ci sembra quindi che sia proprio l’im-

---

<sup>6</sup> Così nel mondo americano il successo dell’*antitrust private enforcement* è generalmente ricondotto alle modifiche che vennero apportate negli anni sessanta alle Federal Rules of Civil Procedure che facilitarono l’aggregazione delle azioni dei consumatori. Sulla questione è stato osservato che: “In the first 50 years following adoption of the Sherman Act, relatively few private actions were filed. Beginning in the mid-1950s, the rate of private claims accelerated, and by the late 1960s private actions outstripped public enforcement proceedings by a ratio of almost ten to one – at the peak of such litigation, the ratio according to some counts exceeded 20 to 1. The increase has been attributed to a number of factors, including, for example, a change in the law regarding the specificity with which the plaintiffs must establish the amount of damages. Perhaps most importantly, it can be traced in part of the incorporation of an effective class action mechanism in the Federal Rules of Civil Procedure, which facilitated the aggregation of consumer claims, particularly in the area of price fixing, otherwise too small to be brought. It was only in the late 1960s-early 1970s, then, that private enforcement reached the level at which it drew attention of commentators” (V. H.L. BUXBAUM, *Private Enforcement of Competition Law in the United States – of Optimal Deterrence and Social Costs in Private Enforcement of EC Competition Law*, edito da J. BASEDOW, The Netherlands, 2007, pp. 44-45).

<sup>7</sup> V. A. TOFFOLETTO, *Il risarcimento del danno nel sistema delle sanzioni per la violazione della normativa antitrust*, Milano, 1996, p. 321 e ss.

<sup>8</sup> L’art. 3, par. 3 della Direttiva precisa che “Il pieno risarcimento ai sensi della presente direttiva non conduce a una sovra-compensazione del danno subito, sia sotto forma di risarcimento punitivo che di risarcimento multiplo o di altra natura”. La funzione esclusivamente compensativa dell’azione risarcitoria è poi riflessa in ulteriori disposi-

postazione della Direttiva che renda necessario un meccanismo di aggregazione dei *claim* dei consumatori realmente funzionante e che abbia una disciplina omogenea nei vari Stati membri.

Le esperienze di questi ultimi anni ci portano peraltro a dire che altrettanta importanza hanno quegli strumenti processuali di aggregazione di *claims* tipicamente utilizzati da imprese di medie dimensioni e che pur tuttavia non sono tecnicamente definibili come meccanismi di ricorso collettivo. Ci riferiamo in particolare a istituti quali il c.d. *bundling of claims by way of assignment*, in cui vi è un veicolo che agisce in nome proprio, dopo aver acquistato dalle imprese vittime di illeciti antitrust il diritto al risarcimento per il danno subito<sup>9</sup>. È significativa sul punto l'osservazione dell'Avvocato Generale nella causa iniziata da CDC<sup>10</sup> in Germania contro i membri del cartello del perossido di idrogeno e poi rinviata alla Corte di giustizia per la soluzione di una serie di questioni pregiudiziali:

---

zioni, tra cui la legittimità ad agire degli acquirenti indiretti ai sensi dell'art. 14 della Direttiva.

<sup>9</sup> “[...], assignment is where a claimant assigns his claim to a body which brings and pursues the claim on behalf of the assignor. [...] Such a mechanism can clearly only work, however, in respect of claimants that have already been identified who have made the assignment, and crucially where such bundling of claims is permitted under the relevant national law”, cfr. D. ASHTON, D. HENRY, *Competition Damages Actions in the EU - Law and Practice*, Cheltenham, 2013, p. 135.

<sup>10</sup> CDC-Cartel Damage Claims è il più attivo aggregatore di *claims* in Europa. Ad oggi, attraverso veicoli appositamente costituiti, ha promosso varie azioni *follow-on*, tra cui: Corte Distrettuale dell'Aia, *CDC v. Shell, Sasol Wax, Esso, Total*, numero C/09/414499 / HA ZA 12-293, 1° maggio 2013 (cera per candele); Corte Distrettuale di Amsterdam, *CDC v. Akzo Nobel, Eka Chemicals, Kemira Chemicals*, numero C/13/500953 / HA ZA 11-2560, 4 giugno 2014 (clorato di sodio); Corte Distrettuale di Helsinki, *CDC Hydrogen Peroxide SA v. Kemira Oyj* (il caso è stato concluso con transazione nella primavera 2014); Corte Regionale di Dortmund, *CDC Hydrogen Peroxide SA v. Evonik Degussa GmbH, Akzo Nobel NV, Solvay SA/NV, Kemira Oyj, Arkema France SA, e FMC Foret SA*, caso numero 13 O 23/09 (Kart) (sospeso per rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia, caso C-352/13); Corte Regionale di Düsseldorf, caso 37 O 200/09 (Kart), *CDC v. Cemex, Dyckerhoff, Lafarge, Schwenk Zement, HeidelbergCement and Holcim*, 17 dicembre 2013 (cartello del cemento).

Di fatto, l'emergere di figure giudiziarie quali la ricorrente nel procedimento principale, il cui scopo consiste nel riunire gli attivi fondati su diritti risarcitori derivanti da infrazioni al diritto dell'Unione in materia di concorrenza, mi sembra un'indicazione del fatto che, in caso di ostacoli alla concorrenza più complessi, non sia ragionevole per le vittime perseguire direttamente e individualmente i diversi autori di ostacoli di tal genere<sup>11</sup>.

Il forte vincolo tra *antitrust private enforcement* e meccanismi di ricorso collettivo è ulteriormente confermato dalla storia della Direttiva medesima, che nelle intenzioni originarie avrebbe dovuto contenere un'apposita sezione dedicata ai meccanismi di ricorso collettivo. È storia nota che le due iniziative legislative presero strade separate<sup>12</sup>, e oggi

---

<sup>11</sup> V. conclusioni dell'Avvocato Generale Niilo Jaaskinen, causa C352/13- *CDC Cartel Damage Claims Hydrogen Peroxide SA* dell'11 dicembre 2014, par. 29.

<sup>12</sup> Nelle intenzioni originarie, l'armonizzazione dei sistemi di ricorso collettivo negli Stati membri doveva essere uno degli strumenti per garantire il diritto al risarcimento del danno delle vittime delle infrazioni alle norme sulla concorrenza. Infatti, già il Libro Verde e il Libro Bianco in materia di azioni di risarcimento del danno per violazione delle norme antitrust comunitarie contenevano delle specifiche sezioni in materia di azioni collettive, che furono oggetto di consultazione (cfr. Libro Verde *Azioni di risarcimento del danno per violazione delle norme antitrust comunitarie*, 19 dicembre 2005, COM(2005) 672 definitivo; consultabile all'indirizzo: <http://eurlex.europa.eu/legalcontent/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52005DC0672&from=EN>; Libro Bianco in materia di *azioni di risarcimento del danno per violazione delle norme antitrust comunitarie*, 2 aprile 2008, COM(2008) 165 definitivo; consultabile all'indirizzo: <http://eurlex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52008DC0165&from=EN>).

Anche la proposta di direttiva della Commissione europea sulle azioni di danno antitrust del 2009, mai pubblicata, prevedeva due meccanismi di ricorso collettivo che gli Stati membri avrebbero dovuto scegliere in fase di attuazione: le azioni collettive (art. 4) e le azioni rappresentative (art. 5). Le prime avrebbero consentito ai soggetti danneggiati di aggregare in una sola azione le loro richieste individuali; le seconde, invece, potevano essere promosse solamente da "soggetti qualificati", che agivano in nome di una classe "definita" di soggetti (v. D. ASHTON, D. HENRY, *Competition Damages Actions in the EU - Law and Practice*, Cheltenham, 2013, p. 141). A seguito dell'abbandono di tale progetto di direttiva, l'importanza di adottare un approccio europeo coerente rispetto ai rimedi collettivi, che non fosse limitato solamente al settore del diritto antitrust, è stata espressa in una nota congiunta presentata nel mese di ottobre 2010 dai Commissari per la Concorrenza, Giustizia e Salute (cfr. *Joint information note by Vice-President Viviane Reding, Vice-President Joaquín Almunia and Commissioner John*



abbiamo da una parte la Direttiva per il risarcimento dei danni<sup>13</sup>, e dall'altra soltanto una Raccomandazione non vincolante in materia di meccanismi di ricorso collettivo che fissa principi comuni applicabili non solo alle azioni di danno antitrust, ma ad ogni altra fattispecie rilevante<sup>14</sup>.

La conseguenza è che, anche in seguito all'implementazione della Direttiva, negli ordinamenti nazionali rimarranno differenze importanti relativamente all'esistenza e alle caratteristiche di meccanismi di ricorso collettivo<sup>15</sup>. In questo senso la Raccomandazione, oltre come già sottolineato a non essere vincolante, contiene principi generali che difficilmente possono garantire condizioni effettivamente omogenee. Ne segue che con tutta probabilità e nonostante la Direttiva, si continuerà ad assistere ad una marcata differenza tra Stati membri circa il livello di *antitrust private enforcement*.

---

*Dalli, Towards a Coherent European Approach to Collective Redress: Next Steps*, SEC(2010) 1192, 5 ottobre 2010). Vi ha fatto poi seguito una consultazione pubblica volta ad identificare da un lato, i principi giuridici comuni ai vari Stati membri in questo ambito, dall'altro lato, a esaminare in quali settori le varie forme di ricorso collettivo avrebbero potuto apportare un valore aggiunto al rafforzamento dell'applicazione del diritto UE (cfr. Consultazione pubblica, *Verso un approccio europeo coerente in materia di ricorsi collettivi*, 4 febbraio 2011, SEC(2011)173 definitivo; consultabile all'indirizzo: [http://ec.europa.eu/competition/consultations/2011\\_collective\\_redress/it.pdf](http://ec.europa.eu/competition/consultations/2011_collective_redress/it.pdf)).

<sup>13</sup> Al considerando 13, la Direttiva precisa peraltro che “[è] opportuno che la presente direttiva non imponga agli Stati membri di introdurre meccanismi di ricorso collettivo per l'applicazione degli articoli 101 e 102 TFUE”.

<sup>14</sup> Raccomandazione della Commissione dell'11 giugno 2013 *relativa a principi comuni per i meccanismi di ricorso collettivo di natura inibitoria e risarcitoria negli Stati membri che riguardano violazioni di diritti conferiti dalle norme dell'Unione*, GUUE L 201 del 26.07.2013.

<sup>15</sup> Con la recente approvazione del *Consumer Rights Act 2015*, in vigore dal prossimo 1° ottobre, nel Regno Unito è stato introdotto un meccanismo di *opt-out* a favore delle vittime di un'infrazione alle norme di concorrenza inglesi o europee. Questa nuova disciplina prevede che siano automaticamente inclusi nella classe i residenti nel Regno Unito, mentre gli *overseas* potranno chiedere di parteciparvi tramite il meccanismo di *opt-in* (v. *Consumer Rights Act 2015, Section 8, art. 47B*). Il *Consumer Rights Act 2015* è consultabile all'indirizzo: [http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2015/15/pdfs/ukpga\\_20150015\\_en.pdf](http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2015/15/pdfs/ukpga_20150015_en.pdf).

Le conseguenze sono molteplici. La più ovvia è la crescente concentrazione soltanto in alcune giurisdizioni di azioni di danno in particolare riferite ad illeciti antitrust con effetti transfrontalieri. In tal senso, la scelta della giurisdizione più favorevole per aggregare le azioni appare agevolata dalla recentissima sentenza della Corte di giustizia resa nel caso *CDC Hydrogen Peroxide SA c. Akzo Nobel NV e altri*<sup>16</sup>.

---

<sup>16</sup> Corte di giustizia, sentenza del 21 maggio 2015, caso C-352/13 - *Cartel Damage Calims (CDC) Hydrogen Peroxide SA contro Akzo Nobel NV e altri*, resa a seguito della domanda di pronuncia pregiudiziale dalla corte tedesca di Dortmund nell'ambito dell'azione di risarcimento del danno promossa da CDC contro i membri del cartello del perossido di idrogeno, sanzionati dalla Commissione europea nel 2006 (v. Commissione caso COMP/F/C.38.620 - *Perossido di idrogeno e perborato*). Nel complesso, la domanda di pronuncia pregiudiziale verteva sull'interpretazione del Regolamento (CE) n. 44/2001 del Consiglio del 22 dicembre 2000 *concernente la competenza giurisdizionale, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale*. La prima questione posta dal giudice tedesco aveva ad oggetto l'art. 6 del Regolamento n. 44/2001 (adesso art. 8.1 del Regolamento (UE) n. 1215/2012 del 12 dicembre 2012), e in particolare se, in caso di raggruppamento di una pluralità di azioni nei confronti di diversi membri di un cartello, qualora uno dei convenuti fosse domiciliato in uno Stato membro, questi possa essere convenuto in un altro Stato membro, ove sia domiciliato uno qualsiasi degli altri convenuti. Nel caso di specie la questione era ulteriormente complicata dal fatto che l'azione contro l'unica società con sede in Germania era stata transatta dopo la notifica dell'atto introduttivo del giudizio a tutti gli altri convenuti, ma prima della scadenza del termine stabilito dalla Corte per la costituzione in giudizio e prima della scadenza del termine fissato per la prima udienza. La Corte di giustizia ha confermato l'applicabilità dell'art. 6 del Regolamento n. 44/2001, così confermando la possibilità di raggruppare le azioni promosse nei confronti di diversi convenuti in un'unica azione avanti al giudice di un solo Stato membro. Quanto al fatto che fosse stato raggiunto un accordo transattivo con il cosiddetto *anchor defendant* (che aveva consentito di attribuire la competenza al tribunale tedesco), la Corte di giustizia ha concluso affermando che, al fine di escludere l'applicabilità dell'art. 6.1 del Regolamento n. 44/2001, gli altri convenuti dovrebbero fornire "indizi concludenti che dimostrino l'esistenza di una collusione tra le parti interessate allo scopo di creare o di mantenere artificialmente le condizioni di applicazione di tale disposizione al momento della proposizione della domanda". Merita di essere illustrata brevemente anche la seconda questione posta dal giudice del rinvio, che ha chiesto alla Corte di giustizia di pronunciarsi sull'ambito di applicazione dell'articolo 5.3, del Regolamento n. 44/2001 (ora articolo 8.1 del Regolamento *Recast*), quando sia proposta un'azione contro i membri di un cartello che sia stato considerato alla stregua di un'infrazione unica e continuata, alla quale essi hanno partecipato in vari Stati membri in date e luoghi diversi. Secondo la

Ulteriore conseguenza, più sottile ma forse non meno importante, è l'impatto che la disponibilità di meccanismi di aggregazione può avere sull'interpretazione delle norme sostanziali<sup>17</sup>.

---

richiamata disposizione, in materia di illeciti civili il convenuto può essere citato davanti al giudice del luogo “in cui l'evento dannoso è avvenuto o può avvenire”. Come noto, questa norma fa riferimento sia al luogo in cui si è verificato il danno, sia al luogo dove l'evento che ha cagionato il danno si è verificato. La Corte di giustizia, disattendendo l'Opinione dell'Avvocato Generale, ha affermato che il luogo dell'evento causale di un danno cagionato da un'intesa può essere identificato e deve essere considerato il luogo “di un evento concreto al momento del quale o è stata definitivamente conclusa tale intesa, o è stato adottato un accordo che sia di per sé solo l'evento causale del danno asseritamente arrecato a un acquirente” (par. 50). Inoltre, la Corte ha affermato che il luogo in cui il danno derivante dal cartello (rappresentato dal prezzo artificiosamente elevato) si è concretizzato è altresì la “sede sociale” della vittima allargando ulteriormente la facoltà di scelta del foro più gradito.

<sup>17</sup> In generale, è stato osservato che un aumento del *private enforcement* può determinare un'interpretazione sostanziale delle norme in senso restrittivo (*U.S. antitrust doctrine would have taken a different path had there been no private rights of action. This raises the question of what will happen in the European Union (EU) and its Member States if private rights of action grow more robust. My tentative prediction is that an expansion of private rights could lead judicial tribunals to adjust doctrine in ways that shrink the zone of liability. For example, an expansion in private rights of action could cause EU abuse of dominance doctrine to converge more closely upon U.S. liability standards governing monopolization*; W.E. KOVACIC, *Competition Policy in the European Union and the United States, Convergence or Divergence?*, in *Competition Policy in the EU, Fifty years from the Treaty of Rome*, 2009, p. 337). Quanto in particolare all'impatto dei meccanismi di ricorso collettivo sull'interpretazione delle norme sostanziale, è stato rilevato che “i profili sostanziali di una situazione possono essere alterati non solo dalla modificazione delle posizioni di diritto sostanziale (come è evidente e ovvio) ma anche da altri eventi (modifiche nel diritto processuale, nei poteri degli investigatori, nelle decisioni relative all'investimento di risorse nelle attività repressive, ecc.). Tornando alla class action, è allora evidente, alla luce del chiarimento operato, che l'istituto ha di per sé la potenzialità di incidere sui profili che ho chiamato sostanziali. Il solo fatto di aumentare la probabilità che un'azione sia esercitata, o di aumentare il costo di una sconfitta giudiziale, è di per sé in grado di esercitare un'influenza su quelli che ho chiamato spazi di libertà sostanziale” (F. DENOZZA, *L'azione privata. Tutela individuale o strumento di enforcement*, in *Class Action: il nuovo volto della tutela collettiva in Italia*, Atti del Convegno di Studio, Courmayeur, 1-2 ottobre 2010, Milano, 2011, p. 41).

Sul punto, appare significativa una recentissima sentenza della corte olandese *Rechtbank Gelderland (v. Rechtbank Gelderland, Civil recht, ECLI:NL:RBGEL:2015:*

### 3.1. La situazione italiana: il disegno di legge Bonafede

Qualche considerazione merita la situazione italiana, che si presenta oggi in rapida evoluzione. Il punto di partenza è l'art. 140-*bis* del Codice del Consumo, con cui nel 2007 è stata introdotta un'azione di classe riservata ai soli consumatori e limitata ad alcune fattispecie (ivi inclusi gli illeciti concorrenziali). Tale istituto ha avuto uno scarsissimo successo anche dopo l'importante modifica del 2012<sup>18</sup>, che ha opportunamente modificato uno dei requisiti per la formazione della classe (la sussistenza di diritti "omogenei", anziché "identici").

Non è questo il luogo per approfondire i motivi di tale insuccesso. Ci sembra però importante osservare che allorché si scelga un regime di *opt-in*, e sembra trattarsi di una scelta se come è stato convincentemente argomentato un regime di *opt-out* possa essere anch'esso ritenuto compatibile con le norme costituzionali<sup>19</sup>, a quel punto l'azione di clas-

---

3713, 10 giugno 2015; consultabile all'indirizzo: <http://uitspraken.rechtspraak.nl/inziendocument?id=ECLI:NL:RBGEL:2015:3713>), relativa ad un'azione di risarcimento del danno proposta da TenneT, gestore della rete di trasmissione di energia elettrica nei Paesi Bassi, nei confronti di Alstom e basata sulla decisione della Commissione europea che aveva sanzionato il cartello sul mercato delle apparecchiature di comando con isolamento in gas (GIS) (v. Commissione, caso COMP/F/38.899 - *Apparecchiature di comando con isolamento in gas*). Alstom aveva eccepito il *passing-on* del danno sostenendo che l'attore aveva recuperato i costi dei suoi acquisti dal cartello GIS applicando ai consumatori prezzi più alti per l'energia elettrica. Il giudice ha rigettato l'eccezione, in considerazione del fatto che sarebbe stato "altamente improbabile" che i consumatori si sarebbero attivati per recuperare il danno subito in considerazione delle difficoltà probatorie e della minima entità del danno subito da ciascuno di essi. Quanto al problema dell'*overcompensation*, la Corte olandese lo ha risolto ritenendo che i consumatori avrebbero comunque beneficiato di futuri sconti sulle tariffe derivanti dal risarcimento del danno (precisando inoltre che ulteriore beneficiario sarebbe stato lo Stato quale unico azionista di TenneT). Ferma restando più di una perplessità sull'*iter* argomentativo del giudice olandese, appare significativo l'impatto che può avere l'esistenza di un meccanismo efficace di aggregazione del *claim* sulla valutazione dell'eccezione del *passing on*.

<sup>18</sup> Modifiche introdotte dall'art. 6 del d.l. 24 gennaio 2012, n. 1, conv. in l. 24 marzo 2012, n. 27.

<sup>19</sup> Si veda quanto sostenuto dal professor Andrea Giussani nel corso dell'audizione svoltasi avanti alla II Commissione della Camera dei Deputati in data 6 maggio 2015 con riferimento al disegno di legge C. 3017-Gitti, Recanti, volto all'introduzione di

se può funzionare soltanto nel caso le barriere per aderire alla classe e sollecitarne l'adesione siano ridotte al minimo indispensabile<sup>20</sup>.

Sotto questo profilo, l'attuale disegno di legge approvato dalla Camera dei Deputati all'inizio di giugno può rappresentare un importante

---

un'azione di classe caratterizzata da un sistema *opt-out*: “Le obiezioni che tradizionalmente vengono mosse nei confronti di questa soluzione e che sovente fanno capo al richiamo dell'articolo 24 della Costituzione sono, in realtà, superabili proprio nell'ottica della proposta di legge C. 3017. Perché? Perché noi sappiamo bene che il nostro ordinamento contempla già numerose occasioni in cui la sostituzione processuale è esplicitamente ammessa dalla legge. La caratteristica comune di queste situazioni è che l'ordinamento sul piano sostanziale assicura una cointeressenza del sostituto e del sostituito all'accoglimento della domanda. La proposta di legge C. 3017 si propone di risolvere questo problema attribuendo una sorta di premio per l'accoglimento della domanda direttamente alla parte proponente, oltre che di prevederlo anche in favore del difensore tecnico della classe. Creando questa cointeressenza, tutti i problemi che sono stati sollevati in passato sulla rispondenza del meccanismo all'articolo 24 della Costituzione non hanno più alcuna ragion d'essere, a meno che non ci si voglia spingere a sostenere l'illegittimità costituzionale dell'azione surrogatoria del meccanismo che opera nell'ipotesi di trasferimento della res litigiosa *inter vivos* nel corso del processo e così via. Sono tutte ipotesi in cui è pacifico che sia consentito a un soggetto far valere i diritti altrui sulla base di un'espressa previsione di legge e senza che ciò comporti alcuna violazione delle garanzie costituzionalmente previste”. L'intervento completo è consultabile all'indirizzo: [http://documenti.camera.it/leg17/resoconti/commissioni/stenografici/html/02/indag/c02\\_classe/2015/05/06/indice\\_stenografico.0003.html](http://documenti.camera.it/leg17/resoconti/commissioni/stenografici/html/02/indag/c02_classe/2015/05/06/indice_stenografico.0003.html).

<sup>20</sup> Così, ad esempio, l'impossibilità di aderire alla classe in caso di sospensione dell'azione civile in attesa dell'esaurimento dei ricorsi amministrativi può di fatto rendere impossibile o comunque particolarmente difficile trovare potenziali aderenti ancora interessati e in possesso di adeguata materiale probatorio. In merito si veda G. AFFERNI, *Class action e danno antitrust: il caso traghetti*, in *Consumatori, Diritti e Mercato*, 2, 2012, p. 118 a proposito della causa *Associazione Altroconsumo (class action) contro Moby spa e altri* ancora oggi sospesa avanti al Tribunale di Genova dopo quattro anni dalla notifica dell'atto di citazione.

Vi sono poi stati ostacoli di natura formale. Ad esempio, nella *class action* proposta da Altroconsumo contro Intesa Sanpaolo per la restituzione ai correntisti delle commissioni applicate sui conti scoperti, solamente 3 consumatori dei 104 aderenti all'azione hanno ottenuto il rimborso in quanto nella maggior parte dei casi la loro adesione non era stata ritenuta valida dal Tribunale in quanto non recava la sottoscrizione autenticata nelle forme previste dal d.P.R. 445/2000 (v. Tribunale di Torino, sentenza del 28 marzo 2014, nella causa RG. n. 32770/2011; consultabile all'indirizzo: <http://www.altroconsumo.it/organizzazione/in-azione/class-action/intesa%20sanpaolo>).

passo in avanti<sup>21</sup>, dal momento che sembra idoneo a risolvere diverse criticità che sino ad ora hanno impedito l'affermazione dell'azione di classe in Italia.

In primo luogo, diversamente dall'attuale disciplina, preposta esclusivamente alla tutela dei consumatori, la nuova normativa permette l'accesso alla classe a professionisti, imprenditori e in generale a qualunque gruppo, vittima di illeciti seriali (che peraltro non sono più limitati alle tre categorie di fattispecie individuate dall'art. 140-*bis*, Codice del Consumo). Coerentemente con tale impostazione, la disciplina della nuova *class action* sarà contenuta nel codice di procedura civile<sup>22</sup>. Tale estensione soggettiva, oltre ad eliminare possibili incertezze e relative contestazioni sulla nozione di consumatore in sede di certificazione della classe, fornisce un utile strumento di aggregazione a microimprese la cui assenza di incentivi può essere riconducibile, oltre al modesto ammontare del danno subito, al timore di rappresaglie da parte dell'autore della violazione in quanto ad esempio si tratti di un fornitore strategico.

Vi sono inoltre varie novità di tipo procedurale che potranno facilitare la raccolta delle adesioni. Il termine iniziale per l'adesione è come oggi stabilito con l'ordinanza che ammette l'azione di classe<sup>23</sup>. La sostanziale novità consiste nella possibilità di aderire alla classe successi-

---

<sup>21</sup> Disegno di legge S1950 *Disposizioni in materia di azione di classe*, a cui di seguito si fa riferimento soltanto come "d.d.l.". Il progetto di legge, promosso dall'iniziativa dell'on. Alfonso Bonafede, è stato approvato alla Camera in data 3 giugno 2015 e assegnato alle Commissioni riunite II (Giustizia) e X (industria, commercio, turismo) in sede referente il 16 giugno scorso. Allo stato, l'esame presso le Commissioni del Senato non è ancora iniziato. Il testo approvato alla Camera è consultabile all'indirizzo: <http://www.senato.it/service/PDF/PDFServer/BGT/00921125.pdf>.

<sup>22</sup> Il d.d.l. prevede l'inserimento nel codice di procedura civile del titolo VIII-*bis* *Dell'azione di classe*.

<sup>23</sup> V. d.d.l., art. 840-*quinquies*. Nell'originaria proposta di legge l'adesione poteva essere effettuata dal momento dell'iscrizione della causa al ruolo superando così l'ostacolo del periodo temporale tra l'evento dannoso e il momento in cui è possibile aderire nel caso di sospensione dell'azione (che ai sensi dell'art. 140-*bis*, comma sesto, avviene tipicamente nelle azioni *follow-on* allorché la decisione dell'autorità antitrust sia oggetto di impugnazione). Sarebbe opportuna l'introduzione di una regola per cui la causa possa venire sospesa soltanto dopo l'ordinanza di ammissione e che la sospensione non costituisca una preclusione alla raccolta delle adesioni.

vamente alla sentenza che definisce il giudizio e che al contempo individua i caratteri dei diritti individuali omogenei che consentono l'inserimento nella classe, specifica la documentazione che dovrà essere prodotta dagli aderenti e assegna un termine massimo per l'adesione<sup>24</sup>. Si tratta di una soluzione già adottata da legislazioni di diversi Stati membri e che può aumentare considerevolmente il numero dei componenti della classe, soprattutto se la sentenza viene emessa in tempi ragionevolmente brevi rispetto alla commissione dell'illecito.

Altra novità di rilievo inserita in fase emendativa è la possibilità di un'adesione "informatica", eliminando così la formalità costituita dalla sottoscrizione autenticata dell'aderente prevista dal testo originario<sup>25</sup>. Interessante è anche l'introduzione di uno specifico incentivo economico per il rappresentante comune costituito da un importo ulteriore rispetto a quanto dovuto a ciascun aderente a titolo di risarcimento e restituzione che cresce in maniera percentuale all'aumentare del numero dei componenti della classe<sup>26</sup>.

Tale incentivo si aggiunge ad ulteriori supporti economici che debbono essere forniti al rappresentante comune dagli aderenti alla classe. In particolare, in caso di inammissibilità dell'azione, si prevede che della condanna alle spese debbano farsi carico non solo i promotori l'azione ma anche gli aderenti, e in parti uguali; lo stesso accade per gli adempimenti pubblicitari, in caso di ammissibilità della domanda, i cui costi sono a carico dell'attore ma con il supporto dei componenti della classe. È poi previsto un compenso premiale per l'avvocato che ha assistito gli attori e che gli deve essere versato direttamente dal convenuto nell'ammontare determinato dal giudice<sup>27</sup>.

Una valutazione compiuta necessita naturalmente di un'attenta disamina del testo che verrà approvato, ma sembra che questa riforma vada nella giusta direzione. In una prospettiva di *level playing field* non potrà probabilmente l'ordinamento italiano come il più avanzato e com-

---

<sup>24</sup> V. d.d.l., art. 840-*sexies*, comma 1, lett. c), d), e).

<sup>25</sup> V. d.d.l., art. 840-*septies*, comma 4, lett. b) "La domanda è valida: (...) b) quando è sottoscritta e inserita nel fascicolo informatico unitamente a copia fotostatica non autenticata di un documento di identità dell'aderente".

<sup>26</sup> V. d.d.l., art. 840-*novies*, comma 1.

<sup>27</sup> V. d.d.l., art. 840-*novies*, comma 6.

petitivo, ma certamente fornisce uno strumento più efficace nell'aggregazione delle azioni individuali rispetto a quello oggi disponibile.

Tornando al tema centrale di questo contributo sembra importante che il legislatore italiano si adoperi per fare ciò che non è avvenuto a livello europeo, e cioè assicurare un adeguato coordinamento tra la nuova disciplina dell'azione di classe e l'implementazione della Direttiva<sup>28</sup>. Ad esempio, nella consapevolezza che il *private enforcement* continuerà a vivere principalmente di azioni *follow-on*, occorre impedire che i tempi delle impugnazioni amministrative e la conseguente possibile sospensione della causa civile impedisca di fatto la raccolta delle adesioni.

#### 4. L'accesso alle prove

Passiamo ora ad analizzare una seconda questione che ha un'importanza cruciale per il *private antitrust enforcement*: il regime di accesso alle prove. Dalla soluzione di tale questione, unitamente alla possibilità di aggregare le azioni individuali, dipende il pieno risarcimento del danno subito dalle vittime antitrust. Il motivo è l'asimmetria informativa tra gli autori dell'illecito (il proverbiale cartello segreto) e il soggetto danneggiato che delle condotte vietate e dei suoi effetti sa solitamente poco o nulla. Inoltre, la disciplina dell'accesso alle prove incide direttamente sull'ulteriore obiettivo perseguiti dalla Direttiva, e cioè il coordinamento tra *public* e *private enforcement*.

##### 4.1. La clausola di salvaguardia

La disciplina generale in tema di "divulgazione delle prove" è contenuta nell'art. 5. Tale disposizione fornisce una serie di principi che

---

<sup>28</sup> Sul punto l'unica indicazione fornita dalla Direttiva è contenuta nell'art. 7, comma 3, che prevede: "Gli Stati membri provvedono affinché le prove ottenute da una persona fisica o giuridica solo grazie all'accesso al fascicolo di un'autorità garante della concorrenza e che non rientrano nell'ambito di applicazione dei paragrafi 1 e 2, possano essere usate nelle azioni per il risarcimento del danno solo da tale persona fisica o giuridica che le è succeduta nei diritti, inclusa la persona che rilevato la sua domanda".



debbono guidare i legislatori nazionali nella disciplina dell'ordine di esibizione quale strumento che possa permettere alle vittime di accedere a quei documenti che per le caratteristiche tipiche degli illeciti antitrust sono nell'esclusivo possesso del convenuto.

Ai fini della presente analisi, ciò che suscita più di una perplessità è la clausola di salvaguardia contenuta nell'art. 5.8 della Direttiva che consente “agli Stati membri di mantenere o introdurre norme che prevedano una divulgazione più ampia delle prove”. Ci si rende perfettamente conto che si tratta di una disposizione in qualche modo necessitata, che prende atto delle notevoli differenze tra i vari ordinamenti nazionali. Si osserva però che l'art. 5.8 costituisce una sorta di ammissione dell'impossibilità circa il raggiungimento di un *level playing field*. In particolare, il sistema di *disclosure* inglese attribuisce alle parti condizioni nettamente più favorevoli relativamente all'accesso alle prove degli ordinamenti di *civil law*. Tale differenza potrà essere colmata soltanto in parte attraverso l'implementazione della Direttiva che sul punto lascia ampia discrezionalità agli Stati membri<sup>29</sup>. Ne segue che il Regno Unito continuerà con tutta probabilità ad essere la giurisdizione prediletta per le azioni di danno antitrust.

Il problema che rimane da affrontare, che a nostro parere non ha una facile soluzione, è come il legislatore italiano dovrà far uso dell'ampia discrezionalità concessagli dall'art. 5 della Direttiva. Se da un lato si sarebbe portati all'adozione di soluzioni forti che possano consentire all'attore di superare l'asimmetria informativa che ne limita il diritto al risarcimento del danno alla ricerca di quel *level playing field* promosso dalla Direttiva, dall'altro occorre considerare che la nuova disciplina può influenzare l'intero sistema processuale. Ciò anche in considerazione del fatto che una tutela “speciale” riservata alle vittime di illeciti

---

<sup>29</sup> Sul punto è certamente efficace l'osservazione secondo cui “the directive seems to be a Trojan horse of common law in the French and European civil procedural law” (v. C. BRÖMMELMEYER, E. JEULAND, M. SERAFIMOVA, *Directive damages: Does the commission overstep the marks again?* consultabile all'indirizzo: <http://irjs.univ-paris1.fr/labo/departement-de-recherche-justice-et-proces/revueelectroniqueliensprocessu/directiveprivateenforcement/>).

antitrust potrebbe essere poco giustificabile<sup>30</sup>, nonché per il fatto che un'applicazione degli istituti di nuova formulazione potrebbe essere addirittura imposta dal principio di equivalenza (almeno con riguardo ai diritti protetti dalla normativa europea)<sup>31</sup>.

In tal senso, un esempio su tutti è la possibilità di ottenere l'esibizione di "categorie di prove" previsto dall'art 5.2 della Direttiva. L'implementazione di questa disposizione può non essere agevole: si tratta di un istituto completamente nuovo per molti ordinamenti (incluso quello italiano). Il rischio è che attraverso la nozione di "categoria" di documenti si permettano le c.d. *fishing expeditions* non ammesse nel nostro ordinamento.

Va inoltre regolato con attenzione il ruolo del giudice chiarendo se la nozione di "categoria" di documenti determina il superamento, almeno parziale, del principio dispositivo secondo il quale soltanto alle parti dovrebbe spettare il potere di dedurre mezzi di prova. In pratica, ciò significa determinare se il giudice può intervenire sulla definizione di "categoria" di documenti proposta inizialmente dalla parte e, in caso affermativo, se ciò può determinare un'espansione o soltanto una ridu-

---

<sup>30</sup> Si chiede B. CAVALLONE: "[è] giusto introdurre una disciplina dell'istruzione probatoria differenziata, o privilegiata, solo per certi tipi di controversie, e non per altri, che pure riguardano fattispecie, eventualmente analoghe, di responsabilità extracontrattuale? Penso per esempio alle liti sulla responsabilità del produttore, che furono proprio tra quelle prese a suo tempo in specifica considerazione nel contesto delle polemiche e dei contrasti (si parlò di Justizkonflikt) a cui diede luogo l'art. 23 della Convenzione dell'Aja del 18 marzo 1970, che consentiva ad ogni Stato contraente di non eseguire le rogatorie fondate su un provvedimento di discovery dei giudici nordamericani" (v. Relazione al Convegno sul Libro Bianco organizzato dall'Università Statale di Milano – 17 giugno 2008, "Azioni di risarcimento del danno per violazione delle norme antitrust: problemi dell'istruzione probatoria").

<sup>31</sup> Sin dal caso Comet è infatti stato affermato che "in mancanza di una specifica disciplina comunitaria, è l'ordinamento giuridico interno di ciascuno Stato membro che designa il giudice competente e stabilisce le modalità procedurali delle azioni giudiziali intese a garantire la tutela dei diritti spettanti ai singoli in forza delle norme comunitarie aventi efficacia diretta, modalità che non possono, beninteso, essere meno favorevoli di quelle relative ad analoghe azioni del sistema processuale nazionale" (v. Corte di giustizia, sentenza del 16 dicembre 1976, caso 45-76, *Comet B.V. c. Produktschap voor Siergewassen*, par. 13).

zione della categoria così come inizialmente definita dalla parte richiedente.

#### 4.2. *La sentenza della Corte di Cassazione 4 giugno 2015, n. 11564*

Sulla questione qui in discussione è recentissimamente intervenuta la Corte di Cassazione quasi a voler anticipare il legislatore indicandogli la strada da percorrere. Ci si riferisce alla sentenza del 4 giugno 2015, n. 11564, con cui la Corte di Cassazione ha accolto il ricorso proposto da un gruppo di grossisti agroalimentari verso una sentenza resa della Corte di Appello di Roma in materia di violazione del divieto di abuso di posizione dominante. L'aspetto controverso riguardava la dimensione del mercato rilevante geografico, che gli attori ritenevano coincidere con la Provincia di Roma. La Corte di Appello – quale giudice di prime cure – aveva rigettato l'azione ritenendo che gli attori non avessero dato prova di tale definizione e quindi della posizione dominante della società convenuta.

La Corte di Cassazione ha accolto l'impugnazione in considerazione del fatto che:

la Corte di merito, senza svolgere un'attività istruttoria, ha fatto meccanica applicazione del principio generale *onus probandi incumbit ei qui dicit* nell'ambito di una *private antitrust litigation* non preceduta da un accertamento o da una decisione dell'Autorità Garante della concorrenza e del mercato.

L'*iter* argomentativo è basato sui principi espressi dalla Direttiva, che vengono ampiamente richiamati dalla Corte di Cassazione. In particolare, secondo i giudici di legittimità, la necessità di garantire l'effettivo esercizio del diritto al risarcimento del danno subito dalle vittime di illeciti antitrust e le difficoltà di allegazione e probatorie specialmente in azioni c.d. *stand alone*, debbono imporre al giudice di valorizzare

in modo opportuno, gli strumenti di indagine e di conoscenza che le norme processuali già prevedono, mediante un'interpretazione estensiva delle condizioni stabilite dal codice di rito in tema di esibizione di documenti, richiesta di informazioni (...) e, soprattutto, di consulenza tecnica d'ufficio, per l'esercizio, anche d'ufficio, dei poteri di indagine,

acquisizione e valutazione di dati e informazioni utili per ricostruire la fattispecie anticoncorrenziale denunciata [...].

La sentenza è stata dunque cassata in quanto:

[q]uesto metodo non è stato seguito dai giudici di merito, i quali [...] hanno deciso la causa applicando meccanicamente il principio dell'onere della prova, senza valutare l'opportunità di attivare i poteri istruttori anche d'ufficio e mostrando di non cogliere la specifica peculiarità della controversia.

La Suprema Corte ha quindi riconosciuto la necessità di creare un regime speciale di accesso alle prove per le azioni antitrust, e ancor più speciale sembrerebbe di capire per le azioni *stand alone*. In tale regime il principio dispositivo verrebbe in qualche modo superato attraverso l'attribuzione di poteri d'ufficio al giudice ma anche, sembra di capire, al consulente tecnico. L'impressione è che l'approccio sia corretto, ma che necessiti di essere regolato nel dettaglio e in tal senso l'implementazione della Direttiva è un'occasione da non perdere. Si rischia altrimenti un sistema in cui la discrezionalità del giudice e ancor più del consulente tecnico (che nella nostra esperienza ha un ruolo fondamentale nella determinazione del nesso di causa e nella quantificazione del danno) nell'utilizzo dei propri poteri d'ufficio finisca per determinare in concreto l'esito delle controversie<sup>32</sup>.

---

<sup>32</sup> Ci si riferisce in particolare all'attività c.d. percipiente del consulente. Si tratta, è bene osservarlo, di un'ipotesi limite, in cui la CTU può essere utilizzata "per conoscere fatti la cui conoscenza può essere acquisita solo da chi possiede una determinata preparazione tecnica, purché si tratti di fatti debitamente allegati e comunque esclusa ogni finalità esplorativa" (v. Cassazione, sentenza n. 1181 del 21 gennaio 2014). Tale principio è stato esattamente individuato dal Giudice dott.ssa Tavassi nell'ordinanza del 22 febbraio 2012 (causa *Brennercom Spa contro Telecom Italia Spa*, azione di danno *follow-on* della decisione dell'AGCM resa nel caso A351 - *Comportamenti abusivi di Telecom Italia*): "l'attività demandata al cosiddetto 'consulente percipiente' [deve essere limitata] al solo caso in cui si tratti di situazioni rilevabili esclusivamente con il concorso di determinate cognizioni tecniche, non potendo in nessun caso la consulenza d'ufficio avere funzione sostitutiva né integrativa dell'onere probatorio delle parti". In applicazione di tale principio, il Presidente della Sezione specializzata del Tribunale di Milano ha ritenuto che i CTU non potessero acquisire l'ulteriore documentazione che l'attore aveva ritenuto di sottoporre ai medesimi, dopo le memorie istruttorie ex art. 183

#### 4.3. Divulgazione delle prove contenute nel fascicolo istruttorio delle autorità antitrust: la black list e la grey list

Con riguardo alla divulgazione della documentazione contenuta nel fascicolo istruttorio delle autorità di concorrenza, la Direttiva distingue tra due categorie di documenti: (i) la c.d. *black list*, di cui fanno parte i documenti che non possono mai formare oggetto di divulgazione, ossia le dichiarazioni legate a un programma di clemenza<sup>33</sup> (c.d. *leniency statements*) e le proposte di transazione (*settlements*)<sup>34</sup>; (ii) la c.d. *grey list*, che comprende i documenti che la cui divulgazione può essere ordinata solo dopo che l'autorità antitrust abbia chiuso il procedimento adottando una decisione o in altro modo<sup>35</sup>. Nello specifico, si tratta di: (a) informazioni elaborate da persone fisiche o giuridiche specificamente ai

---

c.p.c., in quanto tali documenti si trovavano già nella disponibilità della parte. Il timore è che sulla scorta della sentenza della Corte di Cassazione qui in commento si legittimi, per usare le parole di autorevole dottrina, “la diffusa abitudine dei giudici di affidare al consulente compiti che sarebbero loro esclusivi nonché l’abitudine, parimenti diffusa, di acquisire come provati fatti rilevati dal consulente, ma non allegati dalle parti” (C. MANDRIOLI, A. CARRATTA, *Diritto processuale civile, Il processo ordinario di cognizione*, tomo II, Torino, 2015, p. 209, nota 6, espressamente critici verso tale approccio).

<sup>33</sup> Ai sensi dell’art. 2, n. 16) della Direttiva per “dichiarazione legata a un programma di clemenza” si intende “una dichiarazione orale o scritta presentata volontariamente da parte o per conto di un’impresa o di una persona fisica a un’autorità garante della concorrenza, o una registrazione di una tale dichiarazione, che descrive la conoscenza dell’impresa o della persona fisica in merito a un cartello e descrive il ruolo da essa svolto al suo interno, predisposta specificamente per essere presentata all’autorità garante della concorrenza allo scopo di ottenere l’immunità o una riduzione delle ammende ai sensi di un programma di clemenza e che non comprende le informazioni preesistenti”. Rimangono dunque esclusi: (i) i documenti forniti dal *leniency applicant* e preesistenti alla decisione di presentare la domanda di clemenza (c.d. *contemporaneous evidence*); (ii) i documenti predisposti dal *leniency applicant* nell’ambito del programma di clemenza (la cui mancata protezione, tipicamente rappresentata dalle risposte scritte dei *leniency applicant* a richieste di chiarimento e approfondimento provenienti dall’autorità antitrust, è criticata a nostro parere giustamente da D. GERARDIN, L. GRELIER, *Cartel Damages Claim in European Union: Have we only Seen the Tip of the Iceberg?*, December 2013, pagg. 10-11, consultabile all’indirizzo <http://ssrn.com/abstract=2362386>).

<sup>34</sup> Art. 6.6 della Direttiva.

<sup>35</sup> Art. 6.5 della Direttiva.

fini di un procedimento di un'autorità antitrust (es. risposte alle richieste di informazioni o memorie difensive delle parti); (b) informazioni che l'autorità di concorrenza ha redatto e comunicato alle parti nel corso del suo procedimento (es. comunicazione degli addebiti); e (c) proposte di transazione che sono state ritirate.

La tecnica utilizzata dalla Direttiva di impiegare liste che individuano tipologie di documenti sembra corretta perché sostanzialmente elimina qualsivoglia margine di discrezionalità ai legislatori nazionali in sede di implementazione e quantomeno riduce quella dei giudici in fase applicativa. Sotto questo secondo profilo, la discrezionalità che *Pfleiderer*<sup>36</sup> attribuiva ai giudici è destinata a rimanere un ricordo, ma forse qualche ineliminabile spazio di incertezza è destinato a rimanere. Ci riferiamo al caso abbastanza frequente in cui il contenuto o parte del contenuto delle dichiarazioni del *leniency applicant* sia trasferito in altri documenti come, ad esempio, la comunicazione delle risultanze istruttorie o la decisione finale. Sembra opportuno che per evitare contrasti

---

<sup>36</sup> Corte di giustizia, caso C-360/09 *Pfleiderer AG c. Bundeskartellamt*, cit. nota 3. La Direttiva appare altresì in contrasto con il successivo caso *Donau Chemie* (v. Corte di giustizia, sentenza del 6 giugno 2013, caso C-536/11, *Bundeswettbewerbshörde contro Donau Chemie AG e altri*). Nel caso di specie, la Corte di giustizia dopo aver ribadito la conclusione già raggiunta in *Pfleiderer*, si era pronunciata nel senso di stabilire che il diritto dell'Unione osta alla disposizione di diritto austriaco, oggetto di rinvio, che non riconosceva alcuna possibilità ai giudici di effettuare il bilanciamento tra gli interessi che giustificano la comunicazione delle informazioni acquisite nell'ambito di un programma di clemenza e la protezione delle stesse e subordinava l'accesso ai documenti contenuti nel fascicolo soltanto al consenso unanime delle parti del procedimento concernente l'applicazione dell'art. 101 TFUE. A seguito dell'implementazione della Direttiva, questa problematica non avrà più ragione di porsi quantomeno con riguardo ai *leniency statement*, di cui l'art. 7 della Direttiva dispone *tout court* l'inammissibilità nel giudizio in quanto ottenute attraverso l'accesso al fascicolo dell'autorità di concorrenza. Sul punto è stato peraltro segnalato come in *Donau Chemie* la Corte di giustizia abbia argomentato che la nozione di *black list* sia in contrasto con il principio di effettività da ritenersi vincolante per il legislatore europeo. Il legislatore nazionale non potrebbe dunque essere vincolato a introdurre regole in contrasto con la normativa di rango primario europeo attraverso una direttiva (v. C. KERSTING, *Removing the Tension Between Public and Private Enforcement: Disclosure and Privileges for Successful Leniency Applicants*, in *Journal of European Competition Law & Practice*, 2014, Vol. 5, No. 1, p. 2).

sarà necessario che le autorità di concorrenza siano particolarmente attente nella redazione delle decisioni e delle versioni non confidenziali, tenendo ben presente queste nuove regole processuali in materia di esibizione e avendo cura di rendere immediatamente evidente se la fonte dell'informazione contenuta nella decisione sia un documento previsto dalla *black list*.

Altra questione è se il bilanciamento tra *public* e *private enforcement* risultante dall'art. 6 sia stato effettuato correttamente<sup>37</sup>. Qualche dubbio rimane: si ritiene che sarà la prassi applicativa a suggerire eventuali modifiche.

### 5. Gli effetti delle decisioni nazionali

Ultima categoria considerata consiste in quelle disposizioni che è possibile prevedere verranno sostanzialmente ritrascritte negli ordinamenti nazionali e la cui prassi applicativa avrà una funzione importante nel raggiungimento di un *level playing field*.

Ci riferiamo in particolare all'art. 9 secondo cui:

una violazione del diritto della concorrenza constatata da una decisione definitiva di un'autorità nazionale della concorrenza o di un giudice del ricorso sia ritenuta definitivamente accerta ai fini dell'azione per il risarcimento del danno proposta dinanzi ai giudici nazionali ai sensi dell'articolo 101 o 102 TFUE o ai sensi del diritto nazionale della concorrenza.

L'articolo 9, che peraltro elimina la disparità di trattamento dell'efficacia probatoria delle decisioni della Commissione europea e dell'autorità nazionale antitrust, ha certamente il merito di equiparare la legislazione italiana con quella di altri Stati membri (tra cui Regno Unito e

---

<sup>37</sup> Ulteriore merito del sistema delle liste è limitare il *forum shopping* alla ricerca di quei giudici nazionali disponibili a concedere ordini di esibizione di documentazione oggi inclusa nella *black list* (v. R. CHIEPPA, *L'impatto delle nuove regole sull'accesso al fascicolo dell'Autorità*, in *Concorrenza e Mercato*, 2014, p. 279).

Germania)<sup>38</sup> che già prevedevano un'efficacia vincolante delle decisioni delle autorità nazionali antitrust.

Il tema però da valutare con attenzione è l'ambito di vincolatività da riconoscersi alle decisioni antitrust, ed è qui che ancora una volta la Direttiva potrebbe non essere da sola sufficiente a determinare un *level playing field*.

Sul punto sembra potersi dire che ad oggi è prevalso un atteggiamento di opportuna prudenza delle Corti europee nella valutazione degli effetti vincolanti (o di presunzione idonea a determinare un'inversione dell'onere della prova). Così il Tribunale di Milano nella Sentenza Brennercom ha avuto cura di ricordare che:

l'ambito di efficacia della decisione dell'AGCM va delimitato, escludendo che lo stesso valore possa essere attribuito all'accertamento di tutti gli ulteriori elementi necessari alla liquidazione del risarcimento dei danni a favore delle vittime. Tali ulteriori elementi possono essere schematizzati nel paradigma: sussistenza dei danni, nesso di causalità rispetto al comportamento sanzionato, individuazione degli elementi necessari alla quantificazione del risarcimento (*overcharge*, *margin squeeze*, *passing-on*), analisi delle diverse componenti del danno, che a seconda dei casi possono essere ricondotti alle tradizionali categorie del danno emergente, lucro cessante, perdita di *chance*, danno all'immagine, e quindi valorizzazione economica di tali voci, in via cumulativa o alternativa, anche mediante l'attribuzione di rivalutazione ed interessi<sup>39</sup>.

Anche nel Regno Unito si è cercato di limitare la portata vincolante dei precedenti delle autorità antitrust. In questo senso la Court of Ap-

---

<sup>38</sup> In Germania l'art. 33(4) dell'Act against Restraints of Competition (ARC) attribuisce un'efficacia vincolante anche alle decisioni di altri Stati membri (così come era previsto nella prima versione della Direttiva). Per quanto concerne il Regno Unito, l'art. 58A del Competition Act 1998 stabilisce che, nelle azioni *follow-on*, le Corti inglesi sono vincolate dalle precedenti decisioni della Competition and Markets Authority (CMA) o del Competition Appeal Tribunal (CAT), a condizione che tali decisioni siano divenute inappellabili.

<sup>39</sup> Tribunale di Milano, sentenza n. 16319/2013 del 27 dicembre 2013, *Brennercom S.p.a. contro Telecom Italia S.p.a.*, par. 2.4.



peal in *Enron Coal Services Ltd (in liquidation) v. English Welsh and Scottish Railway*<sup>40</sup>, ha affermato:

the party seeking to rely on a finding must be able to demonstrate that the regulator has made a clearly identifiable finding of fact to a given effect, and it is not enough to be able to point to passages in the decision from which a finding of fact might arguably be inferred (*par. 56*).

A costo di far perdere di appeal il *private enforcement* italiano, si ritiene che dovrebbe prevalere un'interpretazione restrittiva per almeno due ordini di ragioni: (i) il minor grado di tutela dei diritti di difesa dei destinatari della decisione di infrazione avanti alle autorità di antitrust; (ii) la diversa natura dell'accertamento amministrativo rispetto a fatti che nel giudizio civile incidono direttamente sui diritti di terzi (si pensi agli effetti in un caso di cartello, per il quale in sede amministrativa è sufficiente la dimostrazione dell'oggetto).

Ciò anche al fine di scongiurare quel rischio lucidamente evidenziato dal Tribunale di Milano in *Brennercom*:

Si vuole infatti qui evitare che il sistema risarcitorio si traduca in un meccanismo premiale per chi sul mercato non ha dimostrato particolare spirito di iniziativa o ambizioni espansionistiche, né si è sobbarcata i rischi di porre in essere un'attiva partecipazione alle dinamiche concorrenziali<sup>41</sup>.

Si sottolinea infine che, quale che sia l'interpretazione che finirà per prevalere, le autorità antitrust e le modalità di redazione delle decisioni avrà un impatto determinante sulla possibilità di successo di azioni *follow-on*. Anche sotto questo profilo, malgrado la regola uniforme proposta dalla Direttiva, ci vorrà qualcosa di più per assicurare un *level playing field*.

---

<sup>40</sup> Court of Appeal, *Enron Coal Services Ltd (in liquidation) v. English Welsh and Scottish Railway*, [2011] EWCA Civ 2; consultabile all'indirizzo: <http://www.baillii.org/ew/cases/EWCA/Civ/2011/2.html>.

<sup>41</sup> Tribunale di Milano, sentenza n. 16319/2013 del 27 dicembre 2013, *Brennercom S.p.a. contro Telecom Italia S.p.a.*, par. 3.4.

## 6. Conclusioni

In considerazione dell'inidoneità della Direttiva a creare un *level playing field*, la scelta se introdurre un sistema di *private enforcement* più o meno competitivo ricade su ciascun legislatore nazionale. Sotto questo profilo l'ordinamento italiano è in qualche modo "in concorrenza" con gli altri ordinamenti nazionali. Vi è dunque una scelta da compiere, e cioè dove ci si voglia posizionare in quest'ideale classifica del sistema più efficiente nell'assicurare il pieno risarcimento alle vittime del danno antitrust. L'auspicio è che si punti in alto, prevalendo sul naturale istinto di protezione delle imprese in un contesto di particolare difficoltà economica. Ciò per almeno due motivi. Il primo riguarda gli ovvi benefici derivanti da un mercato competitivo, al cui raggiungimento le azioni di danno possono attivamente contribuire alzando il prezzo da pagare per chi venga scoperto a commettere violazioni della normativa antitrust. In secondo luogo, occorre tener conto che con le attuali regole le nostre imprese corrono il rischio di essere convenute con una certa facilità avanti a giudici di altri Stati membri. Un atteggiamento protezionistico potrebbe dunque rilevarsi un *boomerang*.

Quindi avanti con decisione, ma anche con prudenza. Occorre considerare che l'implementazione della Direttiva può avere un effetto "espansivo" su altre fattispecie e sul funzionamento dell'intero ordinamento processuale. Il giusto obiettivo di introdurre un *private enforcement* che funzioni non dovrebbe far dimenticare la necessità di rispettare principi fondamentali quali un pieno diritto di difesa che potrebbe essere inopportuno compresso con una disciplina eccessivamente aggressiva di istituti quali l'esibizione delle prove ovvero l'efficacia probatoria delle decisioni nazionali antitrust. Su una simile questione non sembra siano accettabili compromessi, che a tacer d'altro rischiano peraltro di determinare distorsioni concorrenziali con buona pace della creazione di un mercato efficiente.

Ulteriore condizione necessaria per un *private enforcement* efficace, anche in considerazione della funzione esclusivamente compensativa attribuitagli dalla Direttiva, è l'azione di classe. Proprio in questi giorni

la questione è sul tavolo del legislatore italiano. La speranza è che l'attuale disegno di legge non ne esca indebolito, ma anzi ulteriormente migliorato. Sarà poi importante implementare la Direttiva assicurando un adeguato coordinamento con la nuova disciplina di classe.

Ultima considerazione riguarda l'importante ruolo interpretativo che inevitabilmente sarà affidato ai giudici nazionali nell'applicazione della nuova disciplina. Sul punto e, proprio in considerazione dell'opportunità di assicurare un *level playing field* tra gli ordinamenti nazionali, sembra importante che sia il più possibile valorizzato l'istituto del rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia. Non ci si può dimenticare che l'origine della Direttiva medesima è riconducibile a sentenze quali *Courage*<sup>42</sup> e *Manfredi*<sup>43</sup>, in cui venne sancito il diritto al risarcimento del danno subito dalle vittime di una condotta anticoncorrenziale, in nome dei principi di equivalenza e di effettività del diritto della concorrenza dell'Unione europea<sup>44</sup>.

---

<sup>42</sup> Corte di giustizia, sentenza del 20 settembre 2001, causa C-453/99, *Courage Ltd v Crehan*.

<sup>43</sup> Corte di giustizia, sentenza del 13 luglio 2006, cause riunite da C-295/04 a C-298/04, *Manfredi c. Lloyd Adriatico Assicurazioni S.p.A.*

<sup>44</sup> Così, anche nell'ultimo anno la Corte di giustizia ha reso decisioni di enorme importanza in tema della risarcibilità c.d. *umbrella price* (v. Corte di giustizia, sentenza del 5 giugno 2014, causa C-557/12, *Kone AG e altri contro ÖBB Infrastruktur AG.*), questione peraltro ancora irrisolta negli Stati Uniti, ovvero in tema di applicazione del Regolamento (CE) 44/2001, oggi Regolamento (EU) n. 1215/2012 (Corte di giustizia, sentenza del 21 maggio 2015, caso C-352/13 - *Cartel Damage Calims (CDC) Hydrogen Peroxide SA contro Akzo Nobel NV e altri*).



# AZIONI CIVILI NELL'AMBITO DEL DIRITTO DELLA CONCORRENZA: PROSPETTIVE DI ARMONIZZAZIONE E LA SFIDA DELL'ACCESSO ALLA GIUSTIZIA

*Arianna Andreangeli*

SOMMARIO: *1. Introduzione. 2. Accesso alla giustizia nelle azioni per il risarcimento del danno anti-concorrenziale: tra armonizzazione e autonomia nazionale – una relazione complicata? 2.1. Azioni collettive nel diritto della concorrenza: da Courage in poi – un breve sommario... 2.2. Dal “particolare” al “generale”? La Raccomandazione sui ricorsi collettivi del 2013 e gli sviluppi relativi al ‘private competition enforcement’. 3. Azioni civili nel campo del diritto della concorrenza e ricorsi collettivi: l’esperienza del Regno Unito. 3.1. Dal Competition Act 1998 al Consumer Rights Bill 2014-15: da ‘collective actions’ alla ‘collective redress’ – l’opt out “coi freni” e altri strumenti accessori... 3.2. Dalla teoria alla pratica: considerazioni relative al finanziamento delle azioni collettive nell’ambito del diritto della concorrenza. 4. Ricorsi collettivi nel diritto della concorrenza nel Regno Unito e dibattiti Europei: andando contro-tendenza... ma con buone ragioni? Cauti conclusioni...*

## *1. Introduzione*

Dopo un travagliato decennio di dibattito, ha finalmente visto la luce la Direttiva del Consiglio e del Parlamento dell’UE destinata a facilitare le azioni civili conseguenti alla violazione del diritto della concorrenza (Articoli 101 e 102 del TFUE). La direttiva 2014/104/UE in materia di “azioni per il risarcimento del danno ai sensi del diritto nazionale per violazioni delle disposizioni del diritto della concorrenza degli Stati membri e dell’Unione europea” copre un numero di aspetti considerati problematici in questo ambito, come l’accesso alle prove dell’infrangimento delle regole sulla concorrenza, ai fini di ottenere il risarcimento del danno, i termini entro cui tali azioni debbono essere presentate e l’efficacia delle decisioni delle autorità per la concorrenza ai fini della prova

della fondatezza della domanda in specifici casi (c.d. ‘follow-on’ actions). La Direttiva è diretta anche all’armonizzazione delle regole che governano cosa costituisce danno risarcibile in questi casi, a stabilire una presunzione relativa che dalla violazione di queste norme abbia origine un danno per l’attore e a regolare, nell’ambito dell’interazione tra azioni civili e applicazione del diritto della concorrenza da parte delle competenti autorità di diritto pubblico, l’estensione del principio della responsabilità in solido dei convenuti che abbiano congiuntamente infranto l’Articolo 101.

Come è noto, il principio dell’autonomia nazionale riserva agli ordinamenti giuridici degli stati membri la prerogativa di regolamentare molti di questi aspetti: tuttavia, tale autonomia trova i propri limiti nei principi dell’equivalenza e dell’efficacia, in virtù dei quali tali regole “(...) non dovrebbero essere formulate o applicate in modo da rendere eccessivamente difficile o praticamente impossibile l’esercizio del diritto al risarcimento garantito dal TFUE o essere applicate in maniera meno favorevole rispetto a quelle applicabili ad azioni nazionali simili (...)”<sup>1</sup>. In quest’ambito, la Direttiva 2014/104/UE è stata intesa come uno strumento volto a eliminare le differenze esistenti tra i regimi di responsabilità civile per danno anti-concorrenziale in forza nei vari stati membri, ai fini di un più efficiente funzionamento del mercato interno. Tuttavia, è chiaro che la Direttiva non copre ogni aspetto rilevante in questo ambito: in particolare, le molto discusse questioni relative alla forma, alle regole di ricevibilità e al finanziamento delle azioni collettive sono state lasciate al di fuori del suo ambito. Queste aree sono estremamente problematiche perché di fatto condizionano l’accesso alla giustizia da parte delle vittime degli illeciti anti-concorrenziali, specialmente quando il danno a loro causato è un danno ‘diffuso’, cioè di relativamente piccola entità e distribuito tra molti potenziali attori a cui, di conseguenza, mancherebbe il necessario incentivo economico ad adire il giudice.

Come è noto, la Commissione europea ha affrontato alcune tra le questioni più importanti circa le azioni collettive in generale nella sua

---

<sup>1</sup> Si veda, ad esempio, c. C-312/93, *Peterbroeck et al. v Belgio*, [1995] ECR I-4599, par. 12.

Raccomandazione del 2013 su principi “comuni per i meccanismi di ricorso collettivo di natura inibitoria e risarcitoria negli Stati membri che riguardano violazioni di diritti conferiti dalle norme dell’Unione”. Tuttavia, numerosi stati membri avevano già adottato legislazione propria in questo ambito, ispirata a regole e principi in alcuni casi radicalmente diversi da quelli propugnati dalla Commissione. Il Regno Unito rappresenta un buon esempio di queste azioni unilaterali: il legislatore di Westminster ha infatti deciso di cambiare rotta, passando da un sistema basato sul principio dell’opt-in, che è quello favorito dalla Raccomandazione, a uno che invece contempla azioni opt out, seppure in un contesto più ampio in cui il ricorso alla giustizia appare come una extrema ratio.

L’obiettivo di questo contributo è di esaminare tale nuovo sistema, ora legge come Capitolo 8 del Consumer Rights Act 2015. Il contributo considererà anche la questione separata ma strettamente dipendente del finanziamento di tali azioni, con particolare riguardo per il coinvolgimento di terzi in tale ambito e a tal fine discuterà brevemente l’approccio adottato in materia dalle corti inglesi e australiane.

## *2. Accesso alla giustizia nelle azioni per il risarcimento del danno anti-concorrenziale: tra armonizzazione e autonomia nazionale – una relazione complicata?*

### *2.1. Azioni collettive nel diritto della concorrenza: da Courage in poi – un breve sommario...*

La genesi della Direttiva 2014/104/UE è stata già esaminata in altri contributi e inoltre l’ambito limitato di questo intervento non ne consente un esame dettagliato. È tuttavia necessario ricordare che tale strumento si pone come punto di arrivo di un processo lungo e complicato, cominciato con la pronuncia pregiudiziale del caso *Courage v Crehan*<sup>2</sup> e arricchitosi con considerazioni più generali: queste hanno riguardato il ruolo delle corti nazionali nell’applicazione del diritto del-

---

<sup>2</sup> C-453/99, *Courage c. Crehan*, [2001] ECR I-6297.

la CE/UE ai fini di garantire il risarcimento del danno sofferto da individui i cui diritti garantiti dall'acquis siano stati pregiudicati dall'azione di terzi. Su questo punto è necessario fare riferimento alla sentenza *Automec*, in cui il Tribunale di Primo Grado aveva espressamente riconosciuto l'esistenza di poteri di aggiudicazione delle corti nazionali paralleli e concorrenti rispetto ai poteri di investigazione e decisione previsti per la Commissione europea in questo ambito, seppure non estesi all'applicazione della clausola di 'esenzione' dell'(odierno) Articolo 101(3)<sup>3</sup>. Questa pronuncia fu seguita dal documento non vincolante, pubblicato dalla stessa Commissione e destinato a incoraggiare e assistere le corti nazionali nella applicazione delle regole sulla concorrenza ad azioni civili nella loro giurisdizione<sup>4</sup>. Tali indicazioni, tuttavia, erano state nell'ambito di ben noti principi di effettività ed equivalenza e di quello più generale di autonomia nazionale nella aggiudicazione di cause relative all'infrazione di diritti individuali basati sulle norme dell'acquis<sup>5</sup>.

In *Courage*<sup>6</sup> la Corte di Giustizia dell'Unione europea (CGUE) aveva stabilito che le vittime di danno originato da condotte anti-concorrenziali avrebbero potuto far valere il proprio diritto al risarcimento del danno innanzi al giudice nazionale competente, ai fini di assicurare la piena efficacia del divieto contenuto nell'allora Articolo 85 del Trattato<sup>7</sup>. Tale azione doveva essere però soggetta a limiti designati dalla normativa nazionale rilevante, ancorché nei confini dei principi di equivalenza e di effettività, in modo da evitare l'arricchimento ingiustificato dell'attore<sup>8</sup>. Per queste ragioni, nella pronuncia la Corte stabilì chiaramente che se quest'ultimo fosse stato tra le parti del rapporto contrattuale anti-concorrenziale, avrebbe potuto far valere il proprio diritto al risarcimento del danno nei confronti della controparte solo dopo aver

---

<sup>3</sup> T-24/90, *Automec c. Commissione*, [1992] ECR I-2223, par. 85, 89-90, 94.

<sup>4</sup> [1993] Bollettino Ufficiale UE C39/6, par. 12-14.

<sup>5</sup> *Supra*, para. 17-19.

<sup>6</sup> *Supra*, n. 1.

<sup>7</sup> *Supra*, para. 25-26.

<sup>8</sup> *Supra*, para. 31.



dimostrato di non avere avuto una “responsabilità significativa” nell’infrazione<sup>9</sup>.

Nella successiva pronuncia in *Manfredi*<sup>10</sup>, la Corte di giustizia adottò una interpretazione più ampia e teleologica del principio già stabilito in *Courage* e fu dell’avviso che chiunque potesse provare l’esistenza di un nesso di causalità tra il danno sofferto e l’intesa anti-concorrenziale avrebbe potuto agire per ottenerne il risarcimento<sup>11</sup>: ragioni di effettività dell’Articolo 81, in virtù del suo effetto diretto e dell’importanza rivestita dal diritto della concorrenza nell’ambito del Trattato<sup>12</sup>. La Corte, dopo aver confermato la rilevanza del principio dell’autonomia nazionale ai fini della definizione di questioni come il giudice competente e i limiti per iniziare il procedimento civile<sup>13</sup>, rese chiaro che il danno risarcibile avrebbe dovuto essere quantificato nella misura del danno emergente e del lucro cessante<sup>14</sup>; tuttavia, fu escluso che il principio dell’effettività richiedesse gli stati membri di concedere all’attore la possibilità di ottenere il pagamento di “danni esemplari”, a meno che tale risarcimento non fosse prescritto per azioni simili<sup>15</sup>.

Come è noto, la Modernizzazione dei meccanismi per l’applicazione del diritto della concorrenza UE, con l’adozione del Regolamento n°1 del 2003, fu animata, tra altri importanti fattori, dalla volontà di decentralizzare l’applicazione di tali norme, con maggiore autonomia da parte delle autorità per la tutela della concorrenza degli stati membri e con un altresì più marcato coinvolgimento delle corti nazionali<sup>16</sup>. Sebbene le riforme siano state efficaci per quel che concerne il ‘public enforcement’, non hanno dimostrato il medesimo livello di successo per ciò che riguarda il ricorso al giudice nazionale: per quanto in alcuni stati membri si sia registrata una lieve crescita nelle cause civili in questo

---

<sup>9</sup> Supra, para. 32.

<sup>10</sup> C-295/04, *Manfredi ed altri v Lloyd Adriatico ed altri*, [2006] ECR 11421.

<sup>11</sup> Supra, par. 61.

<sup>12</sup> Supra, par. 60.

<sup>13</sup> Supra, par. 62-64.

<sup>14</sup> Supra, par. 95.

<sup>15</sup> Supra, par. 92-93.

<sup>16</sup> V. per esempio Commissione, Libro Bianco sulla Modernizzazione delle regole per l’applicazione degli Articoli 85 e 86 del Trattato, [1999] GU C132/1 (‘Libro Bianco’), par. 6, 8-10.

campo – tanto azioni per il risarcimento del danno, quanto azioni volte a far dichiarare la nullità di contratti aventi un oggetto o un effetto anti-concorrenziale – tale crescita non è stata né uniforme né significativa nel senso di poter essere attribuita all'adozione del Regolamento 1/2003<sup>17</sup>. Al riguardo, studi condotti da Peyer e relativi all'esperienza tedesca hanno dimostrato un aumento di nuovi casi nelle corti civili specialmente tra il 2004 e il 2008; tuttavia, tali dati erano stati considerati legati più a riforme del diritto processuale nazionali che alle riforme adottate dall'Unione<sup>18</sup>.

È su questo sfondo che si sono svolte le discussioni che poi hanno portato alla Direttiva del 2014, passando per altri egualmente importanti sviluppi, tra cui la Raccomandazione del 2013 sulle azioni collettive. Il Libro Verde adottato dalla Commissione nel 2004 aveva sottolineato la necessità di facilitare potenziali attori che volessero far valere i propri diritti nelle corti civili nell'ambito del diritto della concorrenza<sup>19</sup>. A questo fine la Commissione aveva lanciato una serie di proposte: alcune erano mirate a incoraggiare attori “deboli” ad adire il giudice per ottenere la tutela dei propri diritti che fossero stati lesi a seguito di pratiche adottate da convenuti invece marcatamente più forti, specialmente dal punto di vista economico<sup>20</sup>. In questo ambito, la Commissione propose, tra le altre opzioni possibili, l'introduzione di azioni collettive che avrebbero consentito alle vittime di illeciti aventi un impatto “diffuso” nella società di dividere i costi legati al procedimento civile per ottenere il pagamento di risarcimenti che, in forma unitaria, tendevano ad essere di relativamente modico valore e perciò non tale da giustificare l'impegno associato a una causa individuale<sup>21</sup>. Alcune erano invece incen-

---

<sup>17</sup> Si veda per esempio RODGER, *Competition law litigation in the UK*, (2006) 27(5) *European Competition Law Review* 235; (2006) 27(6) *European Competition Law Review* 279; (2006) 27(7) *European Competition Law Review* 341.

<sup>18</sup> PEYER, *Myths and untold stories – private antitrust enforcement in Germany*, UEA – Centre for Competition Policy Working Paper No 10-12, disponibile a: [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1672695](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1672695), specialmente pp. 26-28 e 45-49.

<sup>19</sup> Commissione, Libro Verde sulle Azioni per il Risarcimento del Danno da condotte anti-concorrenziali, COM (2005) 0672, SEC (2005) 1732 (Libro Verde).

<sup>20</sup> *Supra*, par. 30-36.

<sup>21</sup> *Supra*, par. 32-33.

trate sulla necessità di facilitare l'acquisizione della prova, come la possibilità di conferire al giudice poteri più incisivi in questo ambito, specialmente a beneficio delle parti in giudizio più deboli<sup>22</sup>. Agli occhi della Commissione, la combinazione di questi due elementi rappresentava un fattore indispensabile ai fini della promozione dell'accesso alla giustizia nell'ambito del diritto antitrust<sup>23</sup>.

Tali proposte furono poi riprese e sviluppate nel Libro Bianco del 2008: in esso la Commissione confermò la propria avversione circa l'idea di introdurre azioni di classe sul modello statunitense dell'opt-out, adducendo a motivo di tale posizione il desiderio di scoraggiare cause "frivole" e di evitare risarcimenti oltre il valore del danno effettivamente causato alle parti attrici<sup>24</sup>. La preferenza venne espressa per le azioni collettive in forma 'opt-in', cioè quelle che presuppongono l'identificazione delle parti già dall'inizio della causa, o le azioni rappresentative, in cui l'attore è rappresentato da una associazione rappresentativa di categorie a cui appartengono o tendono ad appartenere le parti danneggiate<sup>25</sup>. All'avviso della Commissione tali soluzioni sarebbero state capaci di riconciliare l'interesse dell'attore ad ottenere effettivo accesso alla giustizia in casi dove il danno risarcibile tende ad essere "diffuso" e di relativamente piccola entità, con i requisiti del giusto processo<sup>26</sup>.

Tuttavia, come è ben noto, un primo tentativo di armonizzare questi aspetti naufragò ancor prima che la procedura legislativa ordinaria fosse iniziata: nel 2009, la Commissione ritirò la propria proposta in merito, specialmente alla luce delle perplessità mostrate dal Parlamento europeo circa la compatibilità di misure "speciali" atte ad incidere sulle regole del processo civile con principi generali come quello dell'auto-

---

<sup>22</sup> Supra, par. 35-36.

<sup>23</sup> Ibid.

<sup>24</sup> Rapporto di valutazione che accompagna il Libro Bianco, SEC (2008) 404, specialmente par. 58, 74, 119.

<sup>25</sup> Supra, par. 54-56.

<sup>26</sup> Supra, par. 58.

nomia nazionale, della sussidiarietà e della proporzionalità<sup>27</sup>. Il Parlamento, in una Risoluzione del 2009, rilevò la mancanza di ogni considerazione di questi profili generali nelle proposte fatte fino ad allora e su tale base invitò la Commissione ad affrontarne l'esame<sup>28</sup>. Più in generale, il Parlamento europeo si mostrò scettico circa la possibilità di creare un regime preferenziale per azioni civili in ambito di diritto della concorrenza e non in altre aree del diritto dove si riscontrano danni "diffusi" senza infrangere le regole relative alla natura e ai limiti dei poteri dell'Unione<sup>29</sup>. Pertanto, con la stessa Risoluzione, la Commissione fu incoraggiata a considerare la possibilità di introdurre una riforma delle azioni collettive di carattere generale, lasciando a misure di settore la questione di come armonizzare altre questioni di diritto processuale, come quelle di natura probatoria<sup>30</sup>.

In risposta all'invito del Parlamento, la Commissione pertanto adottò due azioni distinte: per quel che riguarda l'obiettivo "di settore", di facilitare, cioè, le azioni civili nel diritto antitrust, la Commissione adottò una prima proposta nel 2013<sup>31</sup>, la quale è culminata nella Direttiva adottata nel novembre 2014 dal Parlamento europeo e dal Consiglio e diretta a facilitare azioni civili nell'ambito del diritto della concorrenza che si concentrassero solamente su aspetti come l'accesso alle prove, il valore probatorio delle decisioni delle autorità garanti per la concorrenza e i criteri per l'accertamento del danno sofferto dall'atto-

---

<sup>27</sup> Risoluzione del Parlamento europeo, 26 marzo 2009, disponibile a: <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P6-TA-2009-0187+0+DOC+XML+V0//IT>; si veda specialmente il Preambolo, sez. C e H.

<sup>28</sup> Id., par. 2-3.

<sup>29</sup> Id., par. 5-6.

<sup>30</sup> Id., par. 9, 12-13.

<sup>31</sup> COM (2013) 0404, si veda: <http://www.europarl.europa.eu/oeil/popups/ficheprocedures.do?lang=fr&reference=2013/0185%28COD%29>. Si veda altresì la proposta di Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio relativa a determinate norme che regolamentano le azioni per il risarcimento del danno ai sensi della legislazione nazionale a seguito della violazione delle disposizioni del diritto della concorrenza degli Stati membri e dell'Unione europea, SWD(2013) 203 definitivo, disponibile a: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2013:0404:FIN:IT:PDF>.

re<sup>32</sup>. Lo scopo di facilitare i ricorsi collettivi in tutti i casi in cui si riscontrasse un danno “diffuso” è invece stato perseguito mediante l’adozione della Raccomandazione relativa a ‘principi comuni per i meccanismi di ricorso collettivo di natura inibitoria e risarcitoria negli Stati membri che riguardano violazioni di diritti conferiti dalle norme dell’Unione’<sup>33</sup>.

Tale Raccomandazione, seguendo le linee guida tracciate dal Parlamento europeo, non si è limitata a proporre soluzioni settoriali, ma si è proposta espressamente di fornire una risposta unica alla necessità di bilanciare la necessità di assicurare pieno risarcimento del danno con l’effettiva protezione del diritto a un giusto processo per tutte le parti in causa, in tutti i casi in cui tale danno sia unitariamente di modico valore ma interessi vaste sezioni della società<sup>34</sup>. Queste due misure verranno esaminate in maggiore dettaglio nelle seguenti sezioni.

## *2.2. Dal “particolare” al “generale”? La Raccomandazione sui ricorsi collettivi del 2013 e gli sviluppi relativi al ‘private competition enforcement’*

La sezione precedente ha fornito alcuni commenti circa il percorso attraverso il quale le istituzioni UE hanno elaborato la propria risposta alla necessità di facilitare l’accesso alla giustizia per le vittime di danni causati da condotte anti-concorrenziali. Si è visto in particolare come la decisione circa l’opportunità di ottenere tale scopo mediante la facilitazione di azioni risarcitorie collettive si sia progressivamente distaccata dal dibattito relativo al private competition enforcement per assurgere a un dibattito più generale, relativo alla protezione delle vittime di danni “diffusi” in tutti i campi dell’illecito civile. Di conseguenza oggi ci troviamo dinanzi a due misure di diversa natura e di diverso scopo: l’una,

---

<sup>32</sup> Direttiva 2014/104/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 novembre 2014, relativa a determinate norme che regolano le azioni per il risarcimento del danno ai sensi del diritto nazionale per violazioni delle disposizioni del diritto della concorrenza degli Stati membri e dell’Unione europea, [2014] OJ L349/1.

<sup>33</sup> 2013/396/UE, 11 giugno 2013.

<sup>34</sup> Supra, Preambolo, sez. 6-8, 13-14, 16. Si veda altresì la Nota Informativa disponibile a (2010) COM 135 (21 marzo 2010).

legislativa, è diretta a favorire l'accesso alla giustizia per le vittime di illeciti scaturenti da condotte anti-concorrenziali; l'altra, invece, di carattere non-vincolante, rappresenta un tentativo di fornire una risposta unica alla necessità di bilanciare la necessità di assicurare pieno risarcimento del danno con l'effettiva protezione del diritto a un giusto processo per tutte le parti in causa, in tutti i casi in cui tale danno sia unitariamente di modico valore ma interessi vaste sezioni della società – in altre parole, sia un danno “diffuso”<sup>35</sup>.

Come è stato anticipato, la Raccomandazione del 2013 rappresenta un netto tentativo da parte della Commissione di separare la propria azione mirata ad assicurare un più efficace accesso alla giustizia per le vittime di pratiche anti-concorrenziali (oggi finalmente perseguita nel concreto con la Direttiva del 2014) da quella in tema di armonizzazione “morbida” delle regole applicabili ai ricorsi collettivi mirati tanto alla cessazione in via preventiva di pratiche atte a causare danni diffusi, quando al risarcimento di tali danni, una volta che essi si siano verificati<sup>36</sup>, cosicché una soluzione unica in questo campo potesse emergere<sup>37</sup>. La Raccomandazione emerge, pertanto, come un deciso tentativo della Commissione di separare il proprio impegno circa un più efficace accesso alla giustizia per le vittime di danni originati da pratiche anti-concorrenziali dalla volontà più generale di incoraggiare una armonizzazione “morbida” delle regole applicabili ai ricorsi collettivi mirati tanto alla cessazione in via preventiva di pratiche atte a causare danni diffusi, quando al risarcimento di tali danni, una volta che essi si siano verificati<sup>38</sup>.

Quanto alle ragioni potenzialmente alla base dell'adozione di una raccomandazione, può suggerirsi che la Commissione possa essere stata animata dalla constatazione di non stare più agendo in un “vuoto normativo” ma in un'area che era divenuta più e più “popolata” da normative

---

<sup>35</sup> Supra, Preambolo, sez. 6-8. Si veda altresì la Nota Informativa disponibile a (2010) COM 135 (21 marzo 2010).

<sup>36</sup> Supra, Preambolo, sez. 13-14, 16.

<sup>37</sup> Supra, sez. 10.

<sup>38</sup> Supra, Preambolo, sez. 13-14, 16.

nazionali spesso anche complesse ed evolute<sup>39</sup>. Il legislatore UE era altresì alle prese con una disciplina come quella del diritto processuale civile che era ed è estremamente delicata e in relazione alla quale gli stati membri godono di significativa discrezionalità, in conformità al principio di autonomia nazionale<sup>40</sup>. Pertanto, emerge chiaramente come lo spazio di manovra delle istituzioni dell'Unione fosse divenuto estremamente ristretto e quindi rendesse difficile adottare misure di armonizzazione vincolanti<sup>41</sup>.

In questo senso, l'adozione di "principi comuni" sotto forma di "linee guida" rappresentava forse l'unico compromesso per la Commissione data la necessità di riconciliare da un lato il principio di autonomia nazionale, in conformità del quale gli stati membri rimanevano, purché entro certi limiti, "sovrani" sulle proprie regole relative al processo civile, e dall'altro il bisogno di garantire la tutela giurisdizionale di diritti conferiti dal diritto dell'UE a individui che avessero sofferto le conseguenze di illeciti "diffusi". Dai 'collettive settlements' previsti dal WCAM olandese alle azioni collettive in materia di tutela del consumatore introdotte dal legislatore italiano sin dal 1998 e riformate in maniera drammatica nel 2009 fino al Competition Act 1998 nel Regno Unito, con le modificazioni introdotte nel 2002 e 2005 e oggi di nuovo all'esame del Parlamento a Westminster, bisogna riconoscere che ogni misura che la Commissione possa proporre in questo campo vada ad incidere inevitabilmente su un quadro legislativo e giurisprudenziale che si va via via consolidando in ciascuna giurisdizione.

Lo scopo di questa sezione è di descrivere sommariamente l'approccio della Commissione europea a tali rimedi. Su tale base, i principi fondanti la Direttiva del 2014 in materia di azioni dirette al risarcimento del danno originato da condotte anti-concorrenziali verranno analizzati nella sezione successiva. Come è stato illustrato, il dibattito relativo alla Raccomandazione del 2013 è sfociato nell'adozione di uno strumento di carattere generale, nell'interesse delle vittime di ogni tipo di illecito

---

<sup>39</sup> Si veda ad esempio Risoluzione del Parlamento europeo, 26 marzo 2009, disponibile a: <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P6-TA-2009-0187+0+DOC+XML+V0//IT>, Preambolo, sez. C.

<sup>40</sup> Ibid.

<sup>41</sup> Si veda ad esempio Rapporto di valutazione, cit. (fn. 24), para. 192-194.

“diffuso” e al fine di garantire la fiducia dei consumatori e allo stesso tempo assicurare il buon funzionamento del mercato interno<sup>42</sup>. Su questo punto, si suggerisce che l’adozione di tale genere di misura sia tanto rispettosa del principio di autonomia nazionale e, in quell’ambito, specialmente del principio di effettività, quanto in linea con le regole che governano l’esercizio delle competenze condivise, cioè i principi di proporzionalità e sussidiarietà.

La Raccomandazione persegue, pertanto, l’obiettivo di incoraggiare convergenza verso un gruppo di principi comuni senza costringere la “creatività” del legislatore nazionale ad adottare una soluzione rigida, e quindi nel rispetto delle “tradizioni giuridiche” di ciascun ordinamento, come richiesto dal principio di autonomia nazionale<sup>43</sup>. Occorre inoltre aggiungere che Raccomandazione si inserisce in un quadro normativo più ampio caratterizzato non solo dalla Direttiva del 2014 in tema di private competition enforcement, ma anche da altre misure, come quella volta all’armonizzazione delle regole afferenti la risoluzione stragiudiziale delle controversie coinvolgenti i consumatori<sup>44</sup>. Essa pertanto appare idonea a conferire un significativo “valore aggiunto” a tali normative, con ciò conformandosi al principio di sussidiarietà<sup>45</sup>. Infine, si suggerisce che la sua natura non-vincolante ne garantisca la proporzionalità data la sua abilità a incoraggiare l’adozione di nuove misure atte a facilitare i ricorsi collettivi o la riforma di regole già esistenti nel senso di facilitare il ricorso a tali rimedi nelle forme e nei modi che il legislatore nazionale ritenesse appropriati, alla luci dei principi fondanti ciascuno ordinamento<sup>46</sup>.

È per altro egualmente chiaro che l’adozione di misure non vincolanti presenti un significativo problema di fondo, e cioè il rischio che la trasposizione dei principi che esse contengano avvenga in tempi incerti

---

<sup>42</sup> Risoluzione, cit. (fn. 39), para. 6.

<sup>43</sup> Raccomandazione del 2013, Preambolo, sez. 13.

<sup>44</sup> Direttiva 2013/11/UE del Parlamento europeo e del Consiglio adottata il 18 giugno 2013 in materia di risoluzione stragiudiziale di controversie riguardanti i consumatori, [2013] OJ L165/63.

<sup>45</sup> Raccomandazione del 2013, cit. (fn. 39), sez. 13-15.

<sup>46</sup> Ibid. Si veda anche il Rapporto che accompagna la Bozza di Direttiva (2013), cit. (fn. 34), para. 3.3.-3.5.



e tramite misure di contenuto altrettanto indefinito, data l'autonomia che gli stati membri mantengono nell'adottare tali principi. È indubbio che l'applicazione del principio di leale cooperazione tra l'Unione e i propri stati membri possa rafforzare la 'moral suasion' prodotta dalla Raccomandazione sulle autorità nazionali<sup>47</sup>. Tuttavia, questo processo di "ricevimento" della Raccomandazione nel diritto degli stati membri e specialmente di quelli in cui la disciplina dei ricorsi collettivi ha già trovato soluzioni vincolanti e per molti versi innovative e pienamente giustificate alla luce dei principi caratterizzanti lo specifico ordinamento giuridico appare irto di difficoltà e di incertezze<sup>48</sup> rispetto ai tempi di trasposizione e alle forme che le misure nazionali che verranno adottate per darvi effetto assumeranno.

Alla luce di queste considerazioni è opportuno adesso riflettere sul contenuto della Raccomandazione, al fine di determinare la sua capacità di assicurare una maggiore efficacia e efficienza nel garantire l'accesso alla giustizia per le vittime di "danni diffusi", inclusi quelli da illecito anti-concorrenziale. Per quel che riguarda il contenuto della Raccomandazione, è importante notare come essa investa non solo le azioni collettive improntate al risarcimento del danno, ma anche la tutela inibitoria: in questo senso, si suggerisce che la visione della Commissione rimane in linea con le esperienze di numerosi stati membri, come la Germania, dove tali forme di tutela sono diventate uno strumento importante e frequentemente utilizzato dai consumatori in questi campi della responsabilità civile<sup>49</sup>. La Raccomandazione è inoltre chiaramente favorevole ad inquadrare la disciplina dei corsi collettivi in un quadro più ampio caratterizzato dalla presenza di norme atte a facilitare la risoluzione stragiudiziale di tali controversie<sup>50</sup>: a questo scopo gli

---

<sup>47</sup> Si vedano, in generale: SMITH, *Enforcement, monitoring, verification, outsourcing: the decline and decline of the infringement process*, (2008) 33(6) *ELRev* 777, pp. 789-790; ANDENAS, CHIU, *Financial stability and legal integration in financial regulation*, (2013) 38(3) *ELRev* 335.

<sup>48</sup> Si veda il Rapporto che accompagna la Bozza di Direttiva, cit. (fn. 34), para. 128.

<sup>49</sup> Si veda ad esempio BAETGE, *Country report*, University of Stanford Law School, Global Class action and litigation exchange project, disponibile a: [http://globalclassactions.stanford.edu/sites/default/files/documents/Germany\\_National\\_Report.pdf](http://globalclassactions.stanford.edu/sites/default/files/documents/Germany_National_Report.pdf), p. 5-6.

<sup>50</sup> Par. 25.

stati membri sono invitati a disporre che qualunque termine relativo al procedimento collettivo sia sospeso per il tempo in cui sussiste un tentativo di transazione tra le parti in causa e possa cominciare a decorrere dal momento in cui vi sia il recesso da tale attività<sup>51</sup>.

Ai fini di proteggere l'integrità del procedimento, la Commissione raccomanda altresì che il giudice competente verifichi la "legalità dell'esito vincolante della transazione collettiva" in modo da assicurarsi che gli interessi delle parti in causa siano effettivamente protetti<sup>52</sup>. Anche quest'ultimo aspetto della Raccomandazione appare conforme nella propria ispirazione e struttura, a soluzioni già presenti in alcune giurisdizioni nazionali, come ad esempio la Gran Bretagna: come si vedrà in seguito, grazie al recentissimo Consumer Rights Act 2015 il Competition Appeals Tribunal, cioè la corte specializzata nell'aggiudicazione di controversie in tema di diritto della concorrenza, dispone di ampi poteri circa l'approvazione di accordi stragiudiziali stipulati in nome e per conto di parti lese dal loro rappresentante in giudizio e dalla persona fisica o giuridica che si sia resa responsabile della violazione delle norme a tutela della concorrenza<sup>53</sup>.

Quanto al modello proposto dalla Commissione, si deve ammettere che la Raccomandazione non presenta particolari sorprese: fedele al principio della autonomia personale delle parti (e specialmente dell'attore) nel processo civile<sup>54</sup>, la Commissione ha rigettato ancora una volta proposte basate sul modello 'opt-out' e ha invece preferito forme di azione civile improntate a quello 'opt-in', accompagnate dalla possibilità per organizzazioni rappresentative di interessi comuni di agire in giudizio secondo il medesimo principio, in nome e per conto di parti prima facie lese da condotte restrittive della concorrenza<sup>55</sup>. La Raccomandazione inoltre invita gli stati membri a considerare di conferire la legittimazione ad agire anche ad "autorità pubbliche", "in aggiunta o in

---

<sup>51</sup> Par. 27.

<sup>52</sup> Par. 28.

<sup>53</sup> Si veda la sez. 49A del Competition Act 1998, introdotta mediante la Scheda 8 del Consumer Rights Act 2015.

<sup>54</sup> Si veda, inter alia, DREYFUSS, *Class action judgment enforcement in Italy: procedural "due process" requirements*, (2002) 10 *Tulane J Int'l Comp Law* 5, p. 12-14.

<sup>55</sup> Raccomandazione del 2013, par. 4 e 21.

alternativa” a tali azioni rappresentative, chiaramente a fini di perseguire obiettivi di pubblico interesse<sup>56</sup>.

Per quanto concerne l'esame della ricevibilità di queste domande, la Raccomandazione ha enfatizzato la centralità del ruolo del giudice competente nella fase iniziale di tali procedimenti e in tal senso ha richiamato l'attenzione degli stati membri sulla necessità di conferire all'autorità giudiziale adita i poteri necessari a questo scopo<sup>57</sup>; in particolare, la Commissione ha invitato le autorità nazionali a disporre che il giudice goda della facoltà di poter esaminare tali domande nel più breve tempo possibile e di rigettare quelle manifestamente infondate “il prima possibile”; a questo scopo le corti debbono essere investite della facoltà di effettuare “i controlli necessari” anche d'ufficio<sup>58</sup>.

Ai fini di evitare abusi di processo la Commissione ha anche espressamente rigettato l'introduzione di incentivi finanziari per l'attore, come la deroga al principio che i costi siano a carico del soccombente<sup>59</sup> o l'introduzione di risarcimenti punitivi<sup>60</sup>. Per quel che riguarda gli onorari degli avvocati, la Raccomandazione, ai fini di scoraggiare le domande “non necessarie” invita espressamente gli stati membri a escludere il patto di quota lite (contingency fee agreements)<sup>61</sup>; qualora tali accordi siano consentiti dal diritto nazionale, essi devono essere assoggettati a regole atte a salvaguardare il diritto della parte vittoriosa a ottenere il pagamento per intero del risarcimento del danno<sup>62</sup>.

Quanto al finanziamento di queste azioni, la Raccomandazione stabilisce il principio per cui la parte ricorrente debba dichiarare alla corte adita di avere in propria disponibilità i fondi necessari a questo scopo<sup>63</sup>. In questo specifico ambito si segnala la cauta apertura nei confronti di finanziamenti provenienti da terzi, ancorché soggetti a stretto controllo giudiziale per evitare il rischio di conflitto di interessi e per assicurare

---

<sup>56</sup> Cit., par. 7.

<sup>57</sup> Cit., par. 8.

<sup>58</sup> Ibid.; si veda anche par. 9.

<sup>59</sup> Cit., par. 13.

<sup>60</sup> Par. 31.

<sup>61</sup> Par. 29-30.

<sup>62</sup> Par. 30.

<sup>63</sup> Cit., par. 14.

la solidità delle garanzie offerte<sup>64</sup>. Il giudice dovrebbe essere nella posizione di poter sospendere il procedimento nei casi in cui il terzo non sia un finanziatore “idoneo” non solo in senso monetario ma anche per altre ragioni legate all’integrità del procedimento – per esempio se esso abbia tentato di “influenzare le decisioni processuali della parte ricorrente” in maniera incompatibile con gli interessi del gruppo rappresentato<sup>65</sup>. La Raccomandazione invita anche gli stati membri a vietare che la ricompensa dovuta al finanziatore sia calcolata alla luce dell’ammontare di danni riconosciuto dal giudice o accettato in via stragiudiziale dalle parti, salvo che tale accordo sia “regolato da una autorità pubblica” – una possibilità offerta da alcuni ordinamenti giuridici europei<sup>66</sup>.

Infine è importante sottolineare come la Raccomandazione inviti gli stati membri a facilitare le azioni collettive secondo il modello ‘follow on’: la Commissione richiama le autorità nazionali a consentire “nei settori del diritto in cui a un’autorità pubblica è conferito il potere di adottare decisioni che accertano l’avvenuta violazione delle norme dell’Unione” l’avvio di ricorsi collettivi non appena il procedimento amministrativo in questione si sia concluso<sup>67</sup>; se tale procedimento è iniziato successivamente al processo civile, il giudice “dovrebbe evitare di emettere una pronuncia” incompatibile con la decisione amministrativa contemplata<sup>68</sup>. Inoltre, il diritto nazionale dovrebbe consentire la sospensione dei termini di prescrizione per evitare che alle parti danneggiate dagli effetti dell’infrazione non sia preclusa l’azione per il risarcimento e dovrebbe permettere al giudice adito di sospendere il procedimento civile fino a che l’autorità pubblica si pronunci sul medesimo caso con una propria decisione<sup>69</sup>.

Alla luce di queste considerazioni è chiaro che la Commissione è rimasta coerente con temi ed approcci ormai consolidati, cioè la relazione di complementarità tra azioni civili volte alla risarcibilità di danni diffusi e l’applicazione in via amministrativa di normative volte alla

---

<sup>64</sup> Cit., par. 15.

<sup>65</sup> Ibid.; si veda anche par. 16.

<sup>66</sup> Cit., par. 32.

<sup>67</sup> Cit., par. 33.

<sup>68</sup> Ibid.

<sup>69</sup> Par. 34.

regolamentazione di attività economiche nel pubblico interesse e il desiderio di mantenere qualunque deroga al principio di autonomia personale nelle cause civili entro stretti limiti di provata necessità e nel rispetto delle regole del giusto processo<sup>70</sup>. In questo contesto, la chiara preferenza per un'azione collettiva governata dal principio opt-in, che sia accompagnata da regole più generali che facilitino, ad esempio, la risoluzione stragiudiziale di queste controversie e sia assoggettata a forti poteri di supervisione da parte del giudice competente appare ispirata dalla volontà di “mettere al riparo” l'integrità delle regole del processo civile da elementi “alieni” a molte tradizioni giuridiche europee che incentivino il ricorso al giudice in modo non facilmente riconciliabile ad altri principi, come la passività del giudice e l'avversione alla creazione di incentivi di carattere economico che condizionino l'accesso alla giustizia<sup>71</sup>.

Per quanto questi orientamenti possano essere accettabili in principio, specialmente in considerazione della “delicata” natura di questioni di diritto processuale, rimane legittimo chiedersi se essi siano altresì conformi a esigenze – altrettanto meritevoli – come quella di facilitare le vittime di illeciti diffusi che si accingano ad adire il giudice per ottenere il risarcimento del danno subito, che è spesso complesso da provare e quantificare. Tale rimane il caso per l'illecito scaturente dalla violazione del diritto della concorrenza. Per quanto debba riconoscersi che ragioni legate alla necessità di proteggere l'integrità della giustizia civile abbiano portato la Commissione ad abbandonare ogni piano destinato all'introduzione di regole “speciali” circa i ricorsi collettivi in questo campo, è peraltro chiaro che tali azioni rimangono estremamente importanti per le vittime di danni anti-concorrenziali che vogliano far valere in giudizio le proprie ragioni e che vedano pertanto nelle azioni collettive un meccanismo promettente, in senso economico e più largamente giuridico.

In questo senso è pertanto opportuno chiedersi se la soluzione fornita dalla Commissione nel 2013 sia conforme agli scopi perseguiti dalla Direttiva stessa: in altre parole, in quale misura può la convergenza at-

---

<sup>70</sup> Si vedano, ad esempio, le sezioni 7, 9 e 13-14 del Preambolo alla Raccomandazione.

<sup>71</sup> Si veda il Preambolo alla Raccomandazione del 2013, sez. 15-16.

torno al modello opt-in proposto nella Raccomandazione promuovere obiettivi concorrenti di accesso alla giustizia, da un lato, e di conformità ai principi del giusto processo, dall'altro? Per riflettere su tali interrogativi è necessario riflettere brevemente sugli scopi e i contenuti della Direttiva del 20-14. Come è stato illustrato, tale misura intende raggiungere il generale obiettivo di consentire alle vittime di illeciti anti-concorrenziali di ottenere il risarcimento pieno del danno sofferto. Tale fine viene perseguito mediante misure atte ad accrescere la certezza del diritto per quel che riguarda gli effetti della decisione adottata dalle autorità nazionali per la concorrenza ai fini dell'accertamento di una violazione di tali regole in sede giudiziale<sup>72</sup>, a creare una normativa uniforme nelle giurisdizioni nazionali per quel che riguarda la decorrenza della prescrizione di tali azioni, la possibilità di eccepire che il danno sia stato trasferito all'acquirente nel caso in cui l'attore non sia il "consumatore finale" e i poteri del giudice adito circa l'acquisizione delle prove in giudizio, ai fini di facilitare la parte "debole" nel procedimento, cioè quella che non si trovi nella disponibilità di prove normalmente difficili da ottenere<sup>73</sup>. E infine, la Direttiva mira all'adozione di una normativa uniforme in tutta l'Unione in materia di risoluzione stragiudiziale di queste controversie, in modo simile a quanto accade in altre aree del diritto e ai fini di facilitare l'ottenimento del risarcimento del danno senza necessariamente dover adire il giudice civile<sup>74</sup>.

Pertanto, la Direttiva prevede che la normativa nazionale conferisca alle decisioni delle autorità per la concorrenza valore probatorio dell'infrazione in tutti i procedimenti aditi nella medesima giurisdizione, così come è previsto per decisioni della Commissione europea<sup>75</sup>. Decisioni adottate in altri stati membri hanno una valenza più limitata, dato che forniscono solamente una "prova prima facie" dell'infrazione, per cui è ammessa la possibilità di prova contraria<sup>76</sup>. La Direttiva prevede altresì che gli stati membri assicurino una effettiva possibilità di adire il giudi-

---

<sup>72</sup> Documento di valutazione che accompagna la Direttiva, cit. (fn. 22), par. 28-29, 33-37.

<sup>73</sup> Cit., par. 38-43.

<sup>74</sup> Par. 46-47.

<sup>75</sup> Direttiva del 2014, cit. (fn. 36), Preambolo, sez. 34.

<sup>76</sup> Cit., sez. 35.

ce competente e perciò che i termini rilevanti in questo senso non siano “eccessivamente brevi”; in particolare, per azioni civili “follow-on” tali termini non devono cominciare a decorrere prima che l'autorità per la concorrenza abbia adottato una decisione relativa all'esistenza dell'infrazione<sup>77</sup>. Inoltre sono stabiliti precisi limiti circa l'applicazione delle regole sulla responsabilità in solido per le conseguenze di violazioni dell'Articolo 101 TFUE, ai fini di contemperare l'effettivo accesso alla giustizia per le vittime di questi illeciti con la necessità di proteggere l'efficacia dei programmi di clemenza<sup>78</sup>.

Per quel che riguarda l'accesso alle prove, la Direttiva prevede che il giudice disponga di poteri d'ufficio al fine di richiedere l'acquisizione, per quanto nei limiti dei principi di necessità, proporzionalità e protezione della segretezza di informazioni commerciali “sensibili”, di documenti in possesso specialmente delle autorità per la concorrenza, ai fini di correggere forme di “asimmetria informativa” esistenti tra le parti<sup>79</sup>. La Direttiva stabilisce altresì che, in cause sollevate da consumatori finali, questi ultimi possano ottenere il risarcimento del danno sofferto in conseguenza del sovrapprezzo risultante dal comportamento anti-concorrenziale sulla base di una presunzione che tale sovrapprezzo sia stato trasferito alla parte attrice e salvo prova contraria<sup>80</sup>. Inoltre, per mitigare la medesima asimmetria informativa, la Direttiva stabilisce una presunzione, salva prova contraria, dell'esistenza del nesso di causalità tra il danno subito dall'attore e l'esistenza di un cartello<sup>81</sup>. Infine, per consentire la risoluzione stragiudiziale delle controversie in materia di diritto della concorrenza, la Direttiva prevede che i termini per l'instaurazione o la continuazione di procedimenti civili siano sospesi e prescrive anche che se tale risoluzione sia raggiunta solamente tra alcune delle parti, il convenuto che abbia accettato la transazione non sia più soggetto alle regole di responsabilità civile in solido<sup>82</sup>.

---

<sup>77</sup> Cit., sez. 36.

<sup>78</sup> Sez. 37-38.

<sup>79</sup> Par. 38-39.

<sup>80</sup> Sez. 41.

<sup>81</sup> Sez. 46-47.

<sup>82</sup> Sez. 51-52.

Alla luce di questa breve descrizione, è legittimo chiedersi se la Raccomandazione del 2013 in materia di ricorsi collettivi possa facilitare il raggiungimento degli obiettivi della Direttiva, e in particolare a rispondere alla necessità di facilitare, tramite ricorsi collettivi, la compensazione del danno sofferto dalle vittime di pratiche anti-concorrenziali. Si osserva infatti che l'impegno a rendere più accessibile, se opportuno e appropriato, la conciliazione stragiudiziale di queste cause, è comune ad ambo gli strumenti e quindi rappresenta una soluzione promettente al problema di garantire l'effettiva del rimedio risarcitorio per le vittime di questi illeciti "diffusi". Simili considerazioni possono farsi per l'accento posto dalla Commissione sul ruolo del giudice competente nella gestione di queste cause, un ruolo che dovrebbe consentire la piena osservanza dei principi del giusto processo in tutti gli aspetti – dall'ammissibilità dell'azione all'acquisizione delle prove – di ciascun procedimento.

È opportuno notare come la cauta apertura della Commissione in favore del finanziamento proveniente da terzi – ancorché contenuto entro stretti limiti e soggetto a controlli esercitati dal giudice competente – sia coerente con uno degli scopi della Direttiva stessa, cioè facilitare l'accesso alla giustizia in casi spesso complessi e costosi, come quelli nell'ambito del diritto della concorrenza. Più problematica invece è la scelta della Commissione di mantenersi fedele al modello opt in: a riguardo è necessario rilevare che alcuni stati membri hanno già adottato forme di aggiudicazione rappresentativa che trascendono tale tipo di ricorso, con ciò pertanto derogando in maniera significativa al principio di autonomia personale nelle cause civili. In aggiunta, alcune giurisdizioni prevedono che il giudice adito goda di ampi poteri per quel che riguarda l'ammissibilità e l'acquisizione delle prove e il controllo dell'equità degli accordi stragiudiziali.

Dall'azione popolare in Portogallo al WCAM dei Paesi Bassi fino all'opt-out "coi freni" introdotto dal Consumer Rights Act 2015 nel Regno Unito, è evidente come la Raccomandazione appaia difficile da riconciliare con la volontà dimostrata da numerosi legislatori nazionali di adottare soluzioni innovative ai fini di incoraggiare l'accesso alla giustizia per le vittime di illeciti "diffusi". È pertanto legittimo chiedersi in che misura la Raccomandazione del 2013 possa facilitare il rag-



giungimento degli obiettivi che la Direttiva del 2014 si è proposta, una volta che gli stati membri si dispongano a riconciliare, in sede di trasposizione di quest'ultima, i propri doveri di leale cooperazione, su cui la Raccomandazione si basa, con obblighi più specifici scaturenti da misure di natura legislativa. Tali questioni saranno esaminate nelle seguenti sezioni, con specifico riferimento al recente intervento legislativo intervenuto in Gran Bretagna nell'ambito della tutela risarcitoria e inibitoria di vittime di danni da condotta anti-concorrenziale.

### *3. Azioni civili nel campo del diritto della concorrenza e ricorsi collettivi: l'esperienza del Regno Unito*

#### *3.1. Dal Competition Act 1998 al Consumer Rights Bill 2014-15: da 'collective actions' alla 'collective redress' – l'opt out "coi freni" e altri strumenti accessori...*

Le sezioni precedenti hanno esaminato brevemente l'approccio adottato dalla Commissione in materia di azioni per il risarcimento del danno da pratiche anti-concorrenziali e hanno altresì tracciato le linee di collegamento tra la Direttiva del 2014 e la Raccomandazione del 2013 relativa ai ricorsi collettivi. È stato sottolineato come il rinnovato impegno della Commissione a facilitare l'accesso alla giustizia tramite forme di ricorso collettivo improntate al principio 'opt in' sia legato alla necessità, sentita in numerose giurisdizioni, di proteggere i propri sistemi di aggiudicazione civile da "importazioni straniere" (come l'azione opt out) che non appaiono interamente compatibili con i principi del 'giusto processo'. Per quanto la Raccomandazione configuri un ruolo "forte" per il giudice adito nel controllo della ammissibilità di tali azioni e nella "sorveglianza" del proprio svolgimento, è chiaro che la Commissione ha declinato di considerare ogni apertura verso forme alternative di azione collettiva. Lo scopo di questa e delle sezioni che seguono è di considerare se i principi comuni contenuti nella Raccomandazione siano in grado di fornire un effettivo ed efficace mezzo di accesso alla tutela risarcitoria per le vittime di illeciti anti-concorrenziali, avendo riguardo in particolare all'esperienza del Regno Unito.

In questa giurisdizione, il legislatore ha previsto già nel Competition Act 1998 una forma di azione civile ‘speciale’, da farsi valere dinanzi al giudice specializzato, cioè il Competition Appeals Tribunal, secondo il principio ‘follow-on’: l’attore poteva cioè adire il CAT solo dopo che l’autorità per la concorrenza (nel 1998 l’Office for Fair Trading) avesse accertato l’esistenza di una infrazione, a seguito delle dovute investigazioni. La decisione forniva la prova di tale violazione ai fini dell’accertamento dell’illecito, soggetto solo alla prova dell’esistenza del nesso di causalità tra la condotta illegale e il danno subito<sup>83</sup>. Tale rimedio tuttavia era previsto in parallelo alle azioni volte all’ottenimento del risarcimento del danno in casi di illecito civile in genere: queste cause dovevano essere invece incardinate dinanzi al giudice ordinario competente a udire la controversia alla luce delle norme generali in materia di processo civile e potevano prescindere dall’accertamento in via amministrativa della violazione, essendo soggette alle norme ordinarie circa l’onere della prova. Consapevole delle difficoltà associate a tali azioni, il legislatore di Westminster prevedeva altresì una forma di legittimazione rappresentativa: in caso di cause “multiple”, organizzazioni rappresentative degli interessi delle parti lese che fossero autorizzate a questo scopo potevano adire il CAT in nome e per conto delle vittime dell’illecito anti-concorrenziale. Tali individui avevano l’ulteriore onere, al fine di beneficiare di un eventuale risarcimento, di esercitare il proprio ‘opt-in’<sup>84</sup>.

La soluzione adottata nel 1998, tuttavia, non diede alcun risultato apprezzabile, con solamente un caso (peraltro conclusosi con un accordo stragiudiziale) in quindici anni: è importante sottolineare a riguardo che tale azione riguardava una infrazione molto grave, da ricondursi ad un cartello di durata prolungata e la cui esistenza era stata accertata dall’OFT nel mercato dei “football replica kits” della Premier League<sup>85</sup>; essa era inoltre stata fatta valere da una delle più importanti associazioni di tutela dei consumatori, la cui visibilità e reputazione erano perciò al di là di ogni dubbio. Su questo punto fu fatto notare che alla base dello scarso utilizzo di tale azione c’erano un numero di fattori, come le

---

<sup>83</sup> Articolo 47, Competition Act 1998.

<sup>84</sup> Articolo 47B, Competition Act 1998.

<sup>85</sup> JJB Sport v OFT, [2004] CAT 17; [2006] EWCA Civ 1318.

difficoltà, specialmente pratiche, associate al bisogno di pubblicizzare l'esistenza della stessa tra un pubblico potenzialmente molto vasto che era per sua natura difficile non solo da "raggiungere" ma anche da "mobilitare" mediante l'opt-in<sup>86</sup>. Inoltre, le parti lese che volessero esercitare il proprio 'opt-in' dovevano fornire all'atto della registrazione la prova dell'acquisto dei beni o servizi i cui prezzi erano stati influenzati dagli effetti dell'infrazione, un onere che poteva essere spesso difficile da soddisfare specialmente per prodotti di consumo di massa e che, di fatto, anticipava la prova tanto del danno quanto del nesso di causalità alla fase preliminare di ammissibilità della domanda<sup>87</sup>. Inoltre, e con riguardo, più specificamente, alla natura di azione "follow-on" si asserì che dato che l'autorità per la concorrenza non aveva alcun obbligo di investigare tutte le pratiche "sospette" di essere anti-concorrenziali, c'era un serio rischio che azioni "meritorie" non potessero raggiungere la giurisdizione del CAT<sup>88</sup>.

In un primo momento, tuttavia, vi fu un tentativo da parte di alcuni attori di far valere le proprie ragioni secondo le regole del processo civile ordinario, le quali prevedevano una forma di litisconsorzio facoltativo<sup>89</sup>. Tale litisconsorzio è legato alla sussistenza di tre requisiti essenziali – l'esistenza di un interesse comune a tutte le parti a motivo di aver sofferto le conseguenze del medesimo fatto illecito e il fatto che l'azione miri a un rimedio a beneficio di tutti gli attori<sup>90</sup>. Tuttavia, data l'enfasi posta dal giudice competente sulla necessità che tanto l'interesse quanto il rimedio perseguito siano comuni e identici per tutte le parti attrici ha fatto sì che tale azione collettiva non fosse appropriata per

---

<sup>86</sup> Si vedano ad esempio FAIRGRIEVE, HOWELLS, *Collective redress – European debates*, (2009) 58(2) *ICLQ* 379 at 396-398.

<sup>87</sup> Si veda tra gli altri HODGES, *The reform of collective and representative actions in the European legal systems*, Oxford, 2008, pp. 24-27.

<sup>88</sup> Si veda ad esempio MULHERON, *Recent milestones in class action reform in England: a critique and a proposal*, (2011) 127 (Apr) *LQR* 288, p. 290-292.

<sup>89</sup> Regola 19(6), Court Procedural Rules: "when more than one person has the same interest in a claim (...) the claim may be begun (...) [or] the court can order that (...) [it] be continued by or against one or more of the persons who have the same interest as representative (...)".

<sup>90</sup> Si veda ad esempio *Markt & Co Ltd c. Knight Steamship Co Ltd*, [1910] 2 KB 1021 (CA).

cause volte al risarcimento del danno<sup>91</sup>. Perciò, nel caso *Emerald Supplies c. British Airways* (riguardante danni causati, si asseriva, da un cartello tra la parte convenuta e altre compagnie aeree) la Corte d'Appello inglese rigettò l'istanza di litisconsorzio, sulla base del fatto che in azioni in materia di responsabilità extracontrattuale l'entità del danno sofferto, ancorché quest'ultimo fosse stato causato dal medesimo fatto illecito poteva determinarsi solamente alla luce delle circostanze di ciascun attore, con ciò negando l'esistenza di un "beneficio comune a tutti"<sup>92</sup>.

Alla luce di tali sviluppi era pertanto inevitabile che questa materia tornasse all'attenzione del legislatore. Nel 2012 il Governo lanciò una consultazione relativa a come facilitare l'accesso alla giustizia, ai fini di una piena ristorazione dei danni subiti, per le vittime di comportamenti anti-concorrenziali<sup>93</sup>. Cosciente dell'incapacità dei meccanismi esistenti, tanto quelli previsti dal Competition Act quanto quelli disponibili in via generale (per esempio, l'azione civile rappresentativa prevista dalle regole di procedura civile ordinarie), il Governo auspicò tre maggiori riforme e cioè, in primo luogo, che il CAT divenisse il foro unico per queste azioni, e non solo quelle "follow-on"; in secondo, che le vittime di pratiche restrittive aventi impatto "diffuso" potessero adire il Tribunale tramite una azione collettiva improntata al modello 'opt-out', ancorché entro precisi limiti; e infine, che tali azioni fossero inserite in un contesto più ampio in cui la risoluzione stragiudiziale di tali dispute fosse facilitata e allo stesso tempo ne fosse garantita la giustizia e la non-arbitrarietà<sup>94</sup>.

Tali proposte furono immediatamente viste come estremamente innovative: infatti fino a quel momento il legislatore Britannico, come in

---

<sup>91</sup> Si veda tra gli altri, *Duke of Bedford c. Ellis*, [1901] AC 1.

<sup>92</sup> *Emerald Supplies v British Airways*, [2010] EWCA Civ 1284, specialmente par. 62-65 e 69.

<sup>93</sup> Si veda il documento pubblicato dal Dept. of Business, Innovation and Skills disponibile a: <http://www.bis.gov.uk/assets/biscore/consumer-issues/docs/p/12-742-private-actions-in-competition-law-consultation.pdf> (la 'Consultazione BIS'), Tale documento è accompagnato da un rapporto di valutazione, disponibile a: <http://www.bis.gov.uk/assets/biscore/consumer-issues/docs/p/12-743-private-actions-in-competition-law-impact-assessment.pdf>, inter alia at para. 151-152.

<sup>94</sup> Consultazione, pp. 5-6.

altri stati membri, aveva espressamente rigettato ogni apertura verso l'adozione del principio opt-out sulla base dei rischi di abuso di processo e dell'apparente conflitto col principio dell'autonomia personale nei procedimenti civili<sup>95</sup>. Si era mostrato altresì riluttante a introdurre riforme relative al processo civile più in generale, specialmente quando si trattava di ricorsi collettivi. Tale avversione era stata espressa chiaramente in numerose occasioni, come, ad esempio, nella risposta del Ministero della Giustizia al rapporto pubblicato nel 2008 dal Civil Justice Council (CJC), su richiesta dello stesso Ministro. In tale risposta, il Governo fu decisamente contrario alla proposta fatta dal CJC circa l'introduzione di una forma di azione collettiva 'opt-out', che fosse limitata a certi campi e soggetta alla stretta supervisione del giudice adito, per quanto ne avesse riconosciuto l'utilità. Il Governo si era altresì mostrato estremamente scettico circa l'opportunità di riforme a carattere generale per i ricorsi collettivi. In questo senso, si deve perciò notare che il fatto che il documento di consultazione inquadrasse il dibattito circa i ricorsi collettivi nell'ambito più ampio della "collective redress" (risarcimento collettivo, non necessariamente in via giudiziale) del danno rappresentava un passo avanti perché apriva la possibilità di esplorare soluzioni innovative e più conformi alle esigenze delle vittime, se non altro in termini di semplificazione<sup>96</sup>.

Quanto alle ragioni alla base del cambio di direzione proposto dal Governo, è innegabile che l'esperienza dell'applicazione (o assenza della quale) dell'Articolo 47B del Competition Act 1998 sia stata determinante in questo senso: secondo il Rapporto di Valutazione che accompagnava la Consultazione, la sola esistenza di azioni rappresentative guidate da organizzazioni rappresentative e governate dal principio opt-in si era rivelata inadeguata alle esigenze delle vittime di illeciti "diffusi", per via del basso livello di partecipazione, dei costi associati a queste cause e le difficoltà associate con l'onere di identificare le parti

---

<sup>95</sup> Si veda ad esempio il Rapporto sull'Accesso alla Giustizia Civile pubblicato dal Dept. For Constitutional Affairs, disponibile a: <http://webarchive.nationalarchives.gov.uk/+http://www.dca.gov.uk/civil/final/contents.htm>, specialmente pp. 2-3.

<sup>96</sup> Si veda tra gli altri la Consultazione BIS, cit. (fn. 94), sez. 5.37-5.39.

attrici, sulla base della “prova di acquisto” dei beni o servizi i cui prezzi erano stati alterati dalla pratica anti-concorrenziale<sup>97</sup>.

Quanto alle proposte più generali relative alla relazione tra “public enforcement” e azioni civili, il Governo aveva argomentato che rendere possibile un maggiore coinvolgimento dell’autorità garante per la concorrenza in alternativa rispetto al processo civile avrebbe potuto minimizzare i costi associati con la “duplicazione” delle procedure, assicurare un risarcimento più veloce e mettere l’attività investigativa dell’agenzia più “a riparo” dal rischio che la “minaccia del risarcimento” potesse indebolire l’efficacia dei programmi di clemenza e più in generale l’efficienza del ruolo dell’autorità pubblica<sup>98</sup>.

Tali proposte furono ricevute con consenso variabile ma in generale significativo da molte parti interessate e culminarono nella risposta governativa del 2013. In tale documento, è importante sottolineare come il Governo avesse declinato, nell’attesa di una disciplina unitaria a livello UE, di fare proposte specifiche circa l’assunzione delle prove provenienti dall’autorità per la concorrenza quando tale prova fosse relativa a soggetti che si erano “fatti avanti” sotto gli auspici del programma di clemenza<sup>99</sup>. Tuttavia, il Governo auspicò chiaramente il conferimento nei confronti dell’autorità per la concorrenza del potere di autorizzare accordi stragiudiziali destinati a risarcire le vittime di pratiche anti-concorrenziali che l’agenzia abbia accertato<sup>100</sup>. Tale meccanismo, per quanto solo facoltativo, fu visto come idoneo a contemperare esigenze di giustizia con la necessità di mantenere l’efficienza dell’autorità stessa<sup>101</sup>.

La Risposta del 2013 è però di gran lunga più innovativa nella parte in cui propose l’introduzione di un ricorso collettivo e improntato al

---

<sup>97</sup> Rapporto di Valutazione, cit. (fn. 22), sez. 152-154.

<sup>98</sup> Si veda la Consultazione BIS, sez. 5.42-5.43.

<sup>99</sup> Si veda la Risposta del Governo, *Private actions in competition law: a consultation on options for reform – Government response*, febbraio 2013, disponibile a: [https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment\\_data/file/70185/13-501-private-actions-in-competition-law-a-consultation-on-options-for-reform-government-response1.pdf](https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/70185/13-501-private-actions-in-competition-law-a-consultation-on-options-for-reform-government-response1.pdf), (la Risposta BIS 2013), sez. 7.7-7.12.

<sup>100</sup> Id., sez. 6.35-6.41.

<sup>101</sup> Ibid., sez. 6.43.

modello 'opt-out', da incardinarsi presso il CAT e soggetto a importanti limiti: tale proposta si è fatta strada nel Consumer Rights Act 2015. Il nuovo Articolo 47A del Competition Act 1998, come recentemente modificato, stabilisce che il Competition Appeals Tribunal diventi il giudice unico per tutte le cause civili (concernenti tanto il risarcimento del danno quanto la dichiarazione di nullità di intese) relative all'applicazione delle norme sulla concorrenza, interne e dell'Unione: si supera pertanto la dualità tra azioni civili 'stand-alone' e azioni 'follow-on' che si era rivelata estremamente restrittiva per le vittime di questi illeciti e, specialmente alla luce dell'esperienza del caso Football Replica Kit, chiaramente inadeguata alla necessità di offrire loro una forma di tutela dei propri interessi pronta e accessibile<sup>102</sup>.

Quanto ai ricorsi collettivi, il Consumer Rights Act, nella propria 'Schedule 8', prevede la possibilità per la parte attrice di costituirsi in giudizio in nome e per conto proprio e del gruppo di individui o piccole imprese che siano stati danneggiati dalla pratica anti-concorrenziale che si asserisca abbia causato danno: a riguardo si deve sottolineare come organizzazioni di categoria possano altresì rappresentare le vittime di questi illeciti diffusi, secondo i medesimi principi<sup>103</sup>. Tuttavia, il Governo, conscio della necessità di non discostarsi eccessivamente dal principio della autonomia personale nei procedimenti civili, ha escluso che tali ricorsi possano altresì essere guidati da autorità pubbliche come l'Ombudsman o la stessa autorità per la concorrenza: si argomentò che specialmente quest'ultima possibilità (per quanto tale legittimazione sia stata ammessa in altre giurisdizioni, come in quelle Scandinave) avrebbe potuto creare rischi per l'integrità della attività di public enforcement e specialmente per l'efficacia delle funzioni esercitate dalla CMA<sup>104</sup>.

Tale ricorso è, tuttavia, soggetto a stretti controlli circa la propria ricevibilità. Esso potrà infatti essere ammesso nella forma opt-out solo dopo che il CAT abbia determinato che questa procedura rappresenti "il modo migliore" di agg giudicare ciascun caso, sulla base della valutazio-

---

<sup>102</sup> Ibid., sez. 4.17-4.22.

<sup>103</sup> Ibid., sez. 5.12-5.16.

<sup>104</sup> Ibid.; sez. 5.25-5.32.

ne della conformità con stretti criteri di “certificazione”<sup>105</sup>. A riguardo, la proposta dispone che il giudice specializzato debba effettuare uno scrutinio della conformità di ciascun ricorso con criteri basati sulla adeguatezza del rappresentante, sulla sussistenza o meno del *fumus boni juris* e sulla capacità di tale procedura di consentire la più efficiente decisione del caso<sup>106</sup>. Se tali criteri sono soddisfatti, il CAT procederà alla loro decisione in via *opt-out*; se invece non lo sono, la proposta prevede che il procedimento continui secondo i principi dell’*opt-in*<sup>107</sup>. Starà al tribunale, in quest’ultimo caso, nell’esercizio dei propri poteri di ‘*case-management*’ decidere le modalità secondo cui deve essere dato “avviso” del ricorso alle parti potenziali e i termini entro cui esse possono manifestare la propria volontà di partecipare nel procedimento<sup>108</sup>.

La centralità dell’accesso al Tribunale come giudice specializzato più residuale rispetto a tentativi, fortemente incoraggiati, di risoluzione stragiudiziale di queste controversie è altresì evidente in un ulteriore aspetto del Consumer Rights Act. In aggiunta ai ‘*voluntary redress schemes*’<sup>109</sup>, esso prevede altresì la possibilità per le parti che si siano accordate circa la sussistenza della responsabilità civile e l’ammontare del risarcimento dovuto di ricorrere dinanzi al Tribunale per ottenere la ‘certificazione’ della propria transazione: essa diverrà pertanto efficace nei confronti di tutti i membri della ‘classe’ degli individui che siano stati lesi dal comportamento anti-concorrenziale se il Tribunale si sia soddisfatto della conformità dell’accordo a criteri di giustizia sostanziale e di ragionevolezza, oltre alla valutazione dell’adeguatezza del rap-

---

<sup>105</sup> Si veda la proposta delle nuove Regole di Procedura del CAT in tema di ricorsi collettivi, disponibile a: [http://catribunal.org/files/Collective\\_Actions\\_Rules\\_Draft.pdf](http://catribunal.org/files/Collective_Actions_Rules_Draft.pdf), specialmente regole 5-15.

<sup>106</sup> Risposta del Governo, cit. (fn. 100), sez. 5.14-5.16.

<sup>107</sup> Ibid.; sez. 5.12-5.13.

<sup>108</sup> Ibid.

<sup>109</sup> Si veda la proposta di linee guida in tema di ‘*voluntary redress schemes*’, pubblicata dalla Competition and Markets Authority in marzo 2015 e disponibile a: [https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment\\_data/file/408333/Draft\\_guidance\\_-\\_CMA\\_voluntary\\_redress\\_schemes.pdf](https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/408333/Draft_guidance_-_CMA_voluntary_redress_schemes.pdf).



presentante, dell'esistenza del fumus e dell'appropriatezza della modalità dell'opt-out circa l'aggiudicazione della domanda<sup>110</sup>.

Alla luce di questa breve analisi, emerge chiaramente come le riforme contenute nel Consumer Rights Act siano ispirate a tendenze di innovazione, da un lato, e di prudente pragmatismo, dall'altro lato. Infatti, è innegabile che l'introduzione di forme di ricorso collettivo guidato dal principio opt-out, per quanto soggette a stretta vigilanza da parte del giudice, rappresenti un significativo cambiamento e una deroga importante dal principio dell'autonomia personale nei procedimenti civili. Su questo punto, si suggerisce che il Governo abbia potuto trovare una giustificazione per tale deroga nella esperienza deludente del principio opt-in (che esso aveva per tanto tempo propugnato come l'unica soluzione accettabile per temperare in maniera appropriata l'accesso alla giustizia per le vittime di questi illeciti e l'osservanza dei principi del giusto processo) nell'ambito dell'applicazione del Competition Act 1998<sup>111</sup>.

Allo stesso tempo, il Consumer Rights Act si mantiene ancora una volta cauto nell'assoggettare la ricevibilità di questi ricorsi a stretti controlli da parte del CAT, con ciò assicurando che ogni limite ai principi generali di giusto processo e di autonomia personale delle parti sia mantenuto entro precisi confini<sup>112</sup>. Su questo punto, si osserva come il Tribunal possa escludere la possibilità di aggiudicazione opt out se ritiene che tale modalità non possa consentire di trattare e decidere tali cause in maniera appropriata, nell'interesse delle parti e della giustizia: in queste valutazioni elementi relativi alla natura dell'attore e specialmente alla sua capacità di "sostenere" la causa per tutto il corso del giudizio con risorse non solamente materiali ma anche, è lecito aspettarsi, di competenza, si presentano come estremamente rilevanti.

---

<sup>110</sup> Risposta del Governo del 2013, cit. (fn. 100), sez. 5.22-5.23; si veda a riguardo anche la proposta per nuove Regole processuali dinanzi al CAT, cit. (fn. 106), Regole 22-24.

<sup>111</sup> Risposta del Governo del 2013, cit. (fn. 100), sez. 5.31-5.33. Si veda altresì, in generale, GIBBONS, *Group litigation, class actions and Lord Woolf's three objectives – a critical analysis*, (2008) 27(2) *CJQ* 208 at 217-218.

<sup>112</sup> Si veda tra gli altri LESKINEN, *Recent developments on collective antitrust damages actions in the EU*, (2011) 4(2) *GCLR* 79, p. 81.

Egualemente significativa è altresì la considerazione della natura della causa stessa e in particolare tanto della sussistenza di una domanda “comune a tutte le parti attrici” (secondo la nuova sezione 47B (6), si richiede che tali ricorsi “(...) raise the same, similar or related issues of fact or law and are suitable to be brought in collective proceedings (...)”) anche relativamente alla sua prova prima facie, quanto della esistenza del *fumus boni juris*. Ad avviso del Governo, tali criteri rappresentano un filtro efficace per distinguere le cause “frivole” da quelle meritevoli di aggiudicazione secondo le regole speciali previste per le vittime di danno anti-concorrenziali dalla nuova legislazione, con ciò salvaguardando l’efficienza del CAT e l’osservanza delle regole del giusto processo<sup>113</sup>.

Simili osservazioni possono farsi anche per le proposte relative alla risoluzione stragiudiziale di questi casi e al coinvolgimento dell’autorità giudicante specializzata in questo contesto: come è stato appena illustrato, le riforme che il Consumer Rights Act ha introdotto si inseriscono in un ambito più ampio, caratterizzato da cambiamenti di natura istituzionale relativi alla struttura per l’applicazione in via amministrativa del diritto della concorrenza nel Regno Unito e volti a promuovere l’accesso alla ristorazione di questi danni tramite una varietà di meccanismi: a riguardo, il Governo si mostrò immediatamente in favore di proposte atte a consentire la risarcibilità di tali danni non soltanto in via giudiziale, ma anche al di fuori del processo civile tramite il coinvolgimento dell’autorità per la concorrenza, per quanto anche soggetto al controllo del giudice specializzato<sup>114</sup>. È in questa ottica che debbono essere viste tanto le già accennate regole relative ai ‘voluntary redress schemes’ quanto quelle che governano la ‘certificazione’ secondo il modello opt out di accordi raggiunti dalle parti a seguito di negoziati al di fuori del giudizio<sup>115</sup>. Allo stesso tempo, però, le proposte non trascu-

---

<sup>113</sup> Risposta del Governo del 2013, sez. 5.27-5.29.

<sup>114</sup> Si veda la risposta del Governo alla consultazione: *Growth, Competition and the competition regime*, March 2012, disponibile a <http://www.bis.gov.uk/assets/biscore/consumer-issues/docs/g/12-512-growth-and-competition-regime-government-response.pdf>, pp. 21-23; si veda anche Consultazione del Governo del 2012, p. 9-10.

<sup>115</sup> Si veda la Risposta del Governo del 2013, cit. (fn. 95), sez. 5.32-5.33, 6.9, 6.19-6.22; si veda altresì HODGES, cit. (fn. 88), pp. 133-134; *mutatis mutandis*, EVANS, *The*

rano la necessità di garantire la giustizia e la proporzionalità del funzionamento di tale apparato e a tale scopo assicurano il coinvolgimento delle autorità competenti – la CMA per i ‘voluntary redress schemes’ e il CAT per gli accordi stragiudiziali “di classe” per cui le parti intendano ottenere la certificazione secondo il principio opt-out<sup>116</sup>.

Alla luce di queste considerazioni si può ritenere che il Consumer Rights Act abbia introdotto un pacchetto di riforme che riflette trends di continuità e di innovazione rispetto al passato: è chiaro infatti come il legislatore Britannico abbia voluto rimediare a problemi sistemici tipici dell'applicazione del diritto della concorrenza alle controversie private attraverso l'adozione di meccanismi che, per quanto fossero estremamente innovativi rispetto a molte linee guida del processo civile, apparivano forse come l'unica alternativa a lasciare una lacuna nell'accesso alla giustizia per le vittime di pratiche anti-concorrenziali<sup>117</sup>. Allo stesso tempo però questo cambiamento di rotta non poteva avvenire senza dover prendere in considerazione la necessità di osservare principi generali di giusto processo e di buona amministrazione della giustizia: in quest'ottica si deve inquadrare pertanto il continuo coinvolgimento dell'autorità giudiziaria specializzata negli aspetti chiave della riforma stessa<sup>118</sup>.

In conclusione, si suggerisce che il Consumer Rights Bill “fa ben sperare”, per quanto con cautela, per le vittime di comportamenti anti-concorrenziali: queste ultime infatti potranno ottenere la tutela dei propri diritti che siano stati lesi da condotte anti-concorrenziali attraverso rimedi più efficaci, seppure entro chiari e precisi limiti, negli interessi della giustizia. Tuttavia, una domanda resta aperta, e cioè come si possano rimediare gli ostacoli più pratici a queste forme di protezione, in primo luogo quelli di natura monetaria. È infatti chiaro come il Governo Britannico abbia rigettato ogni proposta atta a consentire a soggetti terzi di essere coinvolti, in veste di finanziatori o di attori “rappresenta-

---

*new consensus on class certification*, Occasional Paper, 1/2009, disponibile a: <http://ssrn.com/abstract=1330594>, pp. 2-3.

<sup>116</sup> Ibid., sez. 6.35, 6.38-6.40.

<sup>117</sup> Si veda ad esempio Hodges, cit. (fn. 88), p. 215.

<sup>118</sup> Si veda tra gli altri PHEASANT, BICARREGUI, *Striking the right balance toward a competition culture, not a litigation culture?*, (2008) 1(2) *GCLR* 98, p. 102.

tivi”, in queste cause. Tali questioni saranno prese in considerazione nella prossima sezione.

### *3.2. Dalla teoria alla pratica: considerazioni relative al finanziamento delle azioni collettive nell’ambito del diritto della concorrenza*

La precedente sezione ha esaminato in breve il percorso che ha portato alle riforme contenute nel Consumer Rights Act e relative alla facilitazione delle controversie relative all’applicazione del diritto della concorrenza: tra tali proposte spicca la possibilità per il CAT, come giudice specializzato, di autorizzare la trattazione di ricorsi collettivi per cui tale modalità sia appropriata secondo il modello ‘opt-out’, soggetta a stretti controlli di ricevibilità. Questa sezione si propone di esaminare sommariamente alcune delle questioni più pratiche afferenti tali cause, e in particolar modo di considerare se le regole che si prevedono in tema di finanziamento di tali azioni possano effettivamente contribuire all’accesso alla giustizia per le vittime di tali illeciti.

Si è già visto come una delle preoccupazioni maggiori per il legislatore Britannico fosse quella di evitare di creare, anche involontariamente, incentivi atti a incoraggiare cause “frivole” dinanzi al CAT: in questo senso si inquadrano i requisiti di ricevibilità dei ricorsi collettivi e, più in generale, le regole relative alla legittimazione ad agire, l’esclusione di risarcimenti punitivi e le regole che il Governo aveva proposto in materia di attribuzione e pagamento di spese legali e finanziamento delle azioni<sup>119</sup>. Come si è illustrato, la Risposta del Governo aveva espressamente rigettato la possibilità che tali azioni potessero essere finanziate da terzi e che i ‘contingency fee agreements’ potessero essere stipulati in relazione alle azioni collettive opt out: a suo avviso, tali accordi avrebbero creato il rischio di incoraggiare cause senza fondamento e, più in generale, comportamenti poco rispettosi dell’etica professionale da parte dei legali della classe<sup>120</sup>. Tali proposte furono tuttavia molto discusse specialmente poiché si temeva che non fossero totalmente conformi con la ratio delle proposte stesse, cioè di facilitare l’ac-

---

<sup>119</sup> Ibid., sez. 5.57 e seg.

<sup>120</sup> Si veda la Risposta del Governo, cit. (fn. 100), sez. 5.62-5.63.

cesso alla giustizia per le vittime di questi illeciti. In particolare, numerosi commentatori erano scettici circa la possibilità di giustificare l'esclusione dei patti di quota lite in questi casi, patti che erano invece disponibili alle parti attrici in altre aree del diritto – come per esempio le azioni volte al risarcimento del danno alla salute.

Critiche simili erano anche state sollevate circa il rigetto del finanziamento di terzi: si deve osservare che tali accordi sono stati introdotti e utilizzati con successo in alcune giurisdizioni, come per esempio, tra le giurisdizioni di diritto comune, in Australia. A riguardo, uno studio condotto nel 2011 aveva rilevato che tali pratiche, che in quella giurisdizione sono soggette a stretti controlli giudiziali e sono disponibili anche per ricorsi collettivi, avevano portato a una crescita nel numero delle cause concernenti danni diffusi, incluso quelli causati da condotte anti-concorrenziali<sup>121</sup>. Tra il 2005 e il 2009, infatti, il finanziamento di terzi nell'ambito di cause collettive in materia di insolvenza aveva portato a una crescita di questi casi da 10 a 19, con ciò consentendo l'accesso alla giustizia per attori (solitamente piccoli risparmiatori) che, data la natura diffusa del danno, difficilmente avrebbero fatto valere le proprie ragioni in giudizio in via individuale<sup>122</sup>.

In Inghilterra e nel Galles vi è stata una cauta apertura negli anni a deroghe al principio che le spese legali fossero a carico della parte soccombente. Per esempio, il Criminal Law Act 1967 aveva consentito di stipulare, ancorché entro precisi limiti, contingency fee agreements: l'accordo doveva infatti afferire esclusivamente la prestazione di servizi di assistenza legale in giudizio, offerta da un professionista soggetto egli stesso alle regole di etica professionale<sup>123</sup>. Inoltre, doveva dimostrarsi che, senza la stipulazione di tale accordo l'attore non avrebbe avuto una possibilità reale di accedere alla corte<sup>124</sup>. Tali principi furono

---

<sup>121</sup> Si veda ad esempio KOTSOUKIS, O'SHEA, *Litigation funding in European anti-trust cases: legal and practical issues*, (2009) *GCLR* 74, pp. 78-80.

<sup>122</sup> BARKER, *Third party litigation funding in Australia and in Europe*, ANU Centre for Law and Economics Working Paper 2 (2011), pp. 32-35.

<sup>123</sup> Si veda ad esempio *Factortame v Secretary of State for the Environment, Transport and the Regions*, [2002] *EWCA Civ* 22, par. 56-58, 61; si vedano anche par. 37-38.

<sup>124</sup> *Ibid.*, par. 60, 62.

estesi a pratiche di finanziamento delle cause da terzi nel caso *Arkin*, del 2005: la Corte d'Appello Inglese infatti riconobbe che questi accordi, come i patti di quota lite, potevano servire gli interessi della giustizia facilitando l'accesso alle corti alle vittime di illeciti diffusi, che difficilmente avrebbero trovato una ristorazione dei propri interessi<sup>125</sup>. Pertanto la Corte ritenne che tali accordi fossero ammissibili, purché essi non avessero finalità “commerciali”, che non vi fossero conflitti di interesse tra il finanziatore e le parti e che, senza l'intervento monetario del terzo, l'attore non avrebbe avuto una concreta possibilità di ottenere giustizia<sup>126</sup>. Stava al giudice verificare la sussistenza di tali requisiti; in ogni caso, il terzo rimaneva responsabile solo nei limiti dell'ammontare corrisposto a titolo di finanziamento, in caso di soccombenza della parte che aveva sostenuto<sup>127</sup>.

Su questo punto si può osservare come il Consumer Rights Act abbia moderato in qualche modo i toni relativamente a queste questioni. La sezione 47C ha infatti tanto escluso la possibilità di risarcimenti punitivi, quanto i patti di quota lite, ma solo in casi collettivi governati dal principio opt-out. Per quel che riguarda invece il finanziamento da terzi, deve notarsi che il punto 6 della medesima sezione consente di corrispondere il risarcimento al rappresentante della classe o ad “altra persona se il giudice ritenga opportuno procedere in questo senso”<sup>128</sup>. È pertanto legittimo chiedersi se in forza di tale clausola il CAT possa considerare la legittimità di accordi relativi al finanziamento proveniente da terzi ai fini del pagamento di parte del risarcimento al finanziatore: in questo senso, potrebbe suggerirsi che la valutazione di “opportunità” consentita dalla disposizione potrebbe coinvolgere i requisiti delineati dalla giurisprudenza relativamente a queste pratiche, e in particolare quelli riguardanti la necessità di facilitare l'accesso alla giustizia e

---

<sup>125</sup> *Arkin v Borchard Lines and others*, [2005] 1 WLR 3055, par. 38-39.

<sup>126</sup> *Ibid.*; si vedano anche par. 40-41.

<sup>127</sup> *Ibid.*, par. 42.

<sup>128</sup> Testo originale: “(3) Where the Tribunal makes an award of damages in opt-out collective proceedings, the Tribunal must make an order providing for the damages to be paid on behalf of the represented persons to –

(a) the representative, or

(b) such person other than a represented person as the Tribunal thinks fit”.

allo stesso tempo evitare che tali accordi vengano conclusi per motivi esclusivamente di profitto<sup>129</sup>. Si aggiunge al riguardo che tale valutazione sarebbe generalmente coerente con l'orientamento espresso dalla Commissione europea nella propria Raccomandazione in tema di ricorsi collettivi, ove tale possibilità è prevista, ancorché entro stretti limiti circa l'idoneità del terzo a sostenere le spese del procedimento per tutta la sua durata, l'assenza di conflitto di interessi e l'impossibilità per il terzo di influenzare le scelte della parte ricorrente, specie circa la volontà di transigere la controversia<sup>130</sup>.

Sulla base delle precedenti considerazioni, si può ritenere che la soluzione adottata dal Consumer Rights Act in tema di finanziamento di queste azioni collettive si ponga in qualche modo a metà strada tra orientamenti consolidati, atti a contemperare l'interesse a una leale ed efficiente amministrazione della giustizia con il rispetto del principio di autonomia personale nel contesto dei procedimenti civili, con la necessità di facilitare l'accesso al risarcimento – in via giudiziale o meno, a seconda dei casi – per le vittime di danni 'diffusi', per cui l'incentivo ad adire il giudice individualmente è molto scarso, se non nullo<sup>131</sup>. In questa ottica si colloca pertanto la scelta di limitare il risarcimento alla restitutio in integrum, senza consentire danni punitivi; ciò è peraltro coerente con orientamenti consolidati che trovano la propria giustificazione nella necessità di rispettare i confini tra le funzioni espletate rispettivamente dall'autorità di tutela della concorrenza e dal giudice civile<sup>132</sup>.

Più controversa rimane l'esclusione del patto di quota lite da quei casi che il CAT ritenga adatti ad essere aggiudicati secondo il modello opt-out: ad avviso del Governo, ammettere i 'contingency fee agree-

---

<sup>129</sup> Si veda tra gli altri ANDREANGELI, *The Changing Structure of Competition Enforcement in the UK: The Competition Appeal Tribunal between Present Challenges and an Uncertain Future*, (2015)3(1) *Journal of Antitrust enforcement* Jun 3, specialmente p. 20-22.

<sup>130</sup> Raccomandazione della Commissione 2013, sez. 15-16.

<sup>131</sup> Si veda, tra gli altri, la Risposta del Governo, cit. (fn. 100), sez. 5.52-5.56; si veda altresì HODGES, *Delivering competition damages in the United Kingdom*, University of Oxford Legal Research Paper series, November 2012, Paper 66/2012, pp. 38-41.

<sup>132</sup> Si veda la Risposta del Governo del 2013, sez. 5.23, 5.29-5.30.

ments' in procedimenti guidati già da regole che derogano significativamente dal principio dell'autonomia personale delle parti in giudizio potrebbe portare a una "divergenza di interessi" tra la classe e il proprio legale tale da inficiare la conformità del procedimento con le regole del giusto processo<sup>133</sup>. Tuttavia, è legittimo chiedersi se tali preoccupazioni siano tanto significative da giustificare una totale esclusione di questi accordi, specie se si considera che, come si è già illustrato, senza la promessa di "reti di protezione" dai costi associati a tali azioni, le parti attrici non adirebbero il giudice<sup>134</sup>. Si suggerisce al riguardo che conferire al CAT il potere di valutare, caso per caso, tali accordi alla luce di principi come quelli asseriti in *Arkin* potrebbe consentire al giudice di contemperare l'osservanza delle regole del giusto processo con l'esigenza di consentire a tali "parti deboli" di andare dinanzi al giudice<sup>135</sup>.

Per quel che concerne, invece, il finanziamento da terzi, il Consumer Rights Act sembra lasciare un limitato spazio di manovra per il Tribunal, in quanto autorizza il giudice ad accordare il pagamento del risarcimento – totale o in parte – a un terzo soggetto che si ritenga "opportuno". Tale soluzione può essere valutata positivamente, poiché appare idonea a creare la possibilità per i terzi di provvedere al finanziamento di ricorsi collettivi in materia antitrust, ancorché soggetta a stretto controllo giudiziale, e dunque a facilitare l'accesso alla giustizia per le vittime di questi illeciti quando l'incentivo per una azione individuale da parte loro sia estremamente scarso<sup>136</sup>. Si deve ammettere che è prematuro fare alcuna considerazione circa l'efficacia di tale "cambio

---

<sup>133</sup> Ibid., sez. 5.63; si veda altresì il Rapporto commissionato dal Ministero della Giustizia a Lord Justice Jackson, *Report on Civil Litigation Costs*, 2009, disponibile a <http://www.judiciary.gov.uk/NR/rdonlyres/8EB9F3F3-9C4A-4139-8A93-56F09672EB6A/0/jacksonfinalreport140110.pdf>, specialmente sez. 57-60, 70-71 e 114.

<sup>134</sup> Si veda, tra gli altri, MULHERON, *Third party funding and class action reform*, (2015) *LQR* 291, p. 318-319.

<sup>135</sup> Si veda, mutatis mutandis, ANDREANGELI, *The Changing Structure of Competition Enforcement in the UK: The Competition Appeal Tribunal between Present Challenges and an Uncertain Future*, (2014) *Journal of Antitrust enforcement* JUN 3, p. 23-24.

<sup>136</sup> Si veda tra gli altri, mutatis mutandis, LEGG, *Reconciling litigation funding and the opt out group definition in Federal Court of Australia class actions*, (2011) 30(1) *CJQ* 52, pp. 56-60.



di rotta”; tuttavia, al legislatore di Westminster deve riconoscersi il merito di aver compiuto una scelta cauta ma allo stesso tempo innovativa in confronto al punto di partenza delle proposte del Governo.

Alla luce di questa breve analisi del Consumer Rights Act, si può concludere che la “storia” dei ricorsi collettivi in materia di diritto della concorrenza nel Regno Unito, per quanto essa abbia avuto un percorso travagliato, sembra essere arrivata a un punto di arrivo che contempera in maniera equilibrata la necessità di proteggere la buona ed efficiente amministrazione della giustizia civile con principi generali di giusto processo, di autonomia personale e di pieno accesso alla giustizia in casi in cui il danno è tanto ‘diffuso’ da rendere “anti-economico” per l’attore potenziale di adire il giudice. In questo percorso, si deve riconoscere che il Regno Unito ha intrapreso una direzione per molti versi divergente rispetto agli orientamenti propugnati a livello UE; tali scelte sono state motivate per larga parte dall’esperienza deludente dell’opt-in e dal desiderio di limitare ogni deroga ai principi generali che governano il processo civile solo a quelle cause in cui si ravvisi un concreto rischio che la giustizia possa essere negata all’attore<sup>137</sup>. Tuttavia, esse sollecitano domande di carattere più ampio relativamente al merito del contenuto della Raccomandazione in materia di ricorsi collettivi, di generale rilevanza, adottata dalla Commissione nel 2013. Tali questioni saranno esplorate nella conclusione di questo contributo.

#### *4. Ricorsi collettivi nel diritto della concorrenza nel Regno Unito e dibattiti Europei: andando contro-tendenza... ma con buone ragioni? Caute conclusioni...*

Le sezioni precedenti hanno offerto una sintesi della posizione adottata dalla Commissione europea e dal Parlamento di Westminster circa i ricorsi collettivi, tanto in genere quanto in relazione più specificamente alle azioni di risarcimento del danno da pratiche anti-concorrenziali. Per quel che riguarda la Raccomandazione della Commissione, adottata nel 2013, si è osservato come tale strumento rappresenti il punto di ar-

---

<sup>137</sup> Si veda la Risposta del Governo, cit. (fn. 100), sez. 3.2, 3.11, 3.14-3.16.

rivo di un lungo dibattito che, iniziato in un ambito settoriale come quello del diritto della concorrenza, si è via via evoluto in direzioni molto diverse: il desiderio di mantenere l'integrità del processo civile in ciascuno stato membro e l'osservanza del principio dell'autonomia nazionale hanno infatti contribuito a che la Raccomandazione avesse una natura generale anziché limitata a un tipo particolare di illecito<sup>138</sup>. Inoltre, il fatto che gli stati membri avessero già adottato soluzioni proprie in tema di ricorsi collettivi ha fatto sì che uno strumento non avente natura vincolante fosse l'opzione più preferibile, alla luce dei principi della proporzionalità e della sussidiarietà<sup>139</sup>. Quanto al contenuto sostanziale della Raccomandazione, si è visto come la proposta della Commissione fosse largamente conforme a principi già tracciati e condivisi in molte giurisdizioni, ancorché con qualche spunto innovativo. Tuttavia, si è anche sottolineato come la continua adesione ad alcune di questi principi e modelli rimanesse di dubbia utilità nel raggiungimento dell'obiettivo di un più pieno accesso alla giustizia per le vittime di danni diffusi come quelli causati da violazioni del diritto della concorrenza.

Alla luce di tali considerazioni, si è analizzata la soluzione adottata dal legislatore britannico e contenuta nel Consumer Rights Act, in materia di ricorsi collettivi nell'ambito del diritto della concorrenza. Si è visto come il Regno Unito sia "in contro-tendenza" rispetto agli orientamenti che la Commissione intende invece promuovere: ciò è evidente in due, importanti aspetti dell'intervento in materia. Infatti, il legislatore di Westminster, da un lato, sembra aver creato un ristretto spazio, soggetto alla valutazione del CAT, per il finanziamento di questi casi da parte di terzi, in quanto ammette che il giudice possa ordinare il pagamento di tutto o di parte del risarcimento a un soggetto altro rispetto al rappresentante della parte attrice, se ciò sia 'opportuno'. Dall'altro lato, tuttavia, il Consumer Rights Act ha previsto misure di settore, invece che applicabili a ricorsi collettivi in tutte le aree della responsabilità

---

<sup>138</sup> Si veda ad esempio la Risoluzione del Parlamento europeo, ci.t (n. 36), Sez C del preambolo.

<sup>139</sup> Si veda tra gli altri ANDREANGELI, *Collective redress in EU competition law: an open question with many possible solutions*, (2012) *W Comp* 529, specialmente pp. 554-555.

civile in cui tali meccanismi fossero opportuni e appropriati data la natura diffusa del danno. Tale decisione è stata giustificata dal desiderio del legislatore stesso di introdurre nuova legislazione solo in campi in cui vi fosse un oggettivo bisogno di nuove misure, per rimediare all'insufficienza dei rimedi esistenti<sup>140</sup>. Si suggerisce che, quantunque fosse stato desiderabile facilitare l'accesso alla giustizia in tutti i casi di illecito avente un impatto ampio nella società e nell'economia (per esempio in relazione al danno ambientale), tale soluzione è condivisibile, data la chiara insufficienza del vecchio Articolo 47B del Competition Act.

La divergenza della soluzione britannica rispetto alla Raccomandazione UE è tuttavia chiaramente molto più evidente se se ne considera la sostanza: l'introduzione di una forma di ricorso collettivo 'opt-out', ancorché disponibile alle parti entro precisi limiti, rappresenta un cambiamento estremamente significativo non solo alla luce dei precedenti dibattiti avvenuti in Gran Bretagna ma anche alla posizione della Commissione, che ormai è consolidata nel documento del 2013. Si sottolinea come tale scelta, dato che trova la propria radice nella constatazione dell'inefficacia dell'opt-in e delle azioni rappresentative a supplire all'assenza di incentivi all'azione legale per le vittime di pratiche anti-concorrenziali, rappresenti un coraggioso e chiaramente un realistico tentativo di facilitare il loro accesso alla giustizia. Allo stesso tempo, è evidente come tale misura salvaguardi l'osservanza del giusto processo e l'efficienza dell'aggiudicazione, nel conferire un ruolo centrale al CAT, che diviene il "guardiano" tanto della ricevibilità di questi ricorsi, quanto del loro svolgimento<sup>141</sup>.

Tuttavia, tale cambio di rotta da parte del legislatore britannico deve forse far riflettere circa l'appropriatezza della soluzione preferita dalla Commissione, cioè azioni opt-in o azioni rappresentative: è legittimo dubitare, infatti, se tale scelta, per quanto motivata da ragioni apprezzabili, sia diventata anacronistica, data l'esperienza del Regno Unito precisamente con tali modelli di ricorso collettivo. Più in generale, ci si

---

<sup>140</sup> Si veda ad esempio Risposta del Governo del 2013, sez. 3.11 e seg.; per commento, tra gli altri, MULHERON, *Recent milestones in class action reform in England: a critique and a proposal*, (2011) 127(Apr) *LQR* 288, p. 318.

<sup>141</sup> Si veda tra gli altri HODGES, cit. (fn. 132), pp. 24-26.

può chiedere se la Raccomandazione del 2013 possa effettivamente portare i propri frutti in considerazione delle misure già in vigore in altri stati membri, molte delle quali si discostano fortemente dal tipo di azioni proposto dalla Commissione europea: si deve sottolineare a riguardo che il Regno Unito non è l'unica giurisdizione a offrire una azione opt out, ma tali rimedi sono disponibili anche in Portogallo e, per quanto limitatamente alla risoluzione stragiudiziale della controversia, nei Paesi Bassi<sup>142</sup>.

Alla luce delle precedenti considerazioni, si può concludere che l'esperienza del Regno Unito costituisca un passaggio importante nello sviluppo del dibattito circa i ricorsi collettivi in materia di diritto della concorrenza: è infatti chiaro come l'applicazione della vecchia azione opt-in, con la propria inadeguatezza, abbia fornito una forte spinta al cambiamento che si è rivelato radicale, per quanto circondato da robusti limiti destinati a proteggere il buon funzionamento della giustizia. È altresì evidente, però, come il Consumer Rights Act 2015, visto nel contesto della propria genesi, metta in luce profili di insufficienza della soluzione che è prevalsa nella Raccomandazione del 2013. Per quanto la prudenza della Commissione sia pienamente condivisibile, vista l'importanza del principio di autonomia nazionale e l'esistenza di discipline dei ricorsi collettivi spesso molto articolate in numerosi stati membri, si può dubitare che la convergenza perseguita dalla Commissione nei tempi e nei modi che gli stati membri riterranno opportuni, sia un obiettivo realistico.

---

<sup>142</sup> Si veda ad esempio ANDREANGELI, cit. (n. 140), p. 551 e 555-556.

# PATENT POOLS AFTER EU REG. N. 316/2014 PROVIDING FOR A BLOCK EXEMPTION OF CATEGORIES OF TECHNOLOGY TRANSFER AGREEMENTS\*

*Aldo Frignani*

SUMMARY: *1. Introductory remarks. 2. What is new? 3. The economic assessment of patent pools. Patent aggregation structures and their roles. 4. Various categories. 4.1. Assessment of the formation of the pool. 4.2. Assessment of the agreements between the pool and its licensees. 5. The (burning) issues with “standard essential patent” (SEP). 5.1. The case Huawei-Technologies/ZTE. 6. Conclusion.*

## *1. Introductory remarks*

On March 28, 2014, the EU Official Journal published Regulation n. 316/2014 on the block exemption (from the prohibition set forth by art. 101.1 TFUE) of technology transfer agreements. “Technology” is defined in the TTBER in a very broad sense, as to include patents, utility models, design rights, topographies of semiconductor products, supplementary protection certificates for medical products, plant breeder’s certificates, software copyrights and the relative know-how (art. 1.1.b). Importantly, the TTBER also applies to agreements with two parties; thus agreements setting up technology pools and other complex arrangements fall outside the realm of the new Regulation.

However for their importance as drivers for innovation and their frequency in the market place the protagonists of technology pools

---

\* Questo contributo nasce da una relazione preparata per il *V Convegno Antitrust* organizzato dall’Università di Trento nei giorni 16-18 aprile 2015, ma non letta in tale occasione, per indisposizione del sottoscritto. Essa farà parte di un lavoro più complesso dedicato al “Antitrust Framework for Technology Transfer Agreements in the European Union” in corso di elaborazione con il prof. Massimiliano Granieri.

needed some guidance, which in fact were published on the same date as the Regulation.

Their importance for innovation and dissemination of technology is increasing particularly in certain economic sectors, like telecommunications (in the production of smartphones thousands of patents are involved), medical industry, software in avionics, biotechnology, etc.

## 2. *What is new?*

Since technology pools are not covered by the TTBER (whereas n. 7), it ensues the necessity of highlighting their treatment under the European competition rules in order “to provide adequate legal security for undertakings” (whereas n. 3)<sup>1</sup>.

Patent pools were already mentioned in the previous EU discipline mainly contained in the Guidelines of April 27, 2004 (points from 210 through 235)<sup>2</sup>, but in the updated version the points are increased in numbers (from 244 through 273) and are more detailed in their content. It is worth noting, all in all, that in many aspects the EU Guidelines reflect the American judicial experience and echoes the DOJ Guidelines for the licensing of intellectual property, issued on April 6, 1995<sup>3</sup>.

According to the Guidelines,

Technology pools are defined as arrangements whereby two or more parties assemble a package of technology which is licensed not only to contributors to the pool but also to third parties. In terms of their structure technology pools can take the form of simple arrangements between a limited number of parties or of elaborate organizational ar-

---

<sup>1</sup> The new regulation applies as from April 30, 2015 for those agreements in force as of April 30, 2014 and therefore-in my opinion- also the relative Guidelines (in so far as they contemplate new rules) start to apply from the same date.

<sup>2</sup> For a first and short presentation see FRIGNANI, PIGNATA, *Il nuovo regolamento n. 772/2004 del 27 aprile 2004 sugli accordi di trasferimento di tecnologia*, in *Dir. comm. int.*, 2004, 662-665.

<sup>3</sup> Available at <http://www.justice.gov/atr/public/guidelines/0558.htm#t55>. More information, through short survey, by COLANGELO, *Mercato e cooperazione tecnologica. I contratti di patent pooling*, Milano, 2008, 200.

rangements whereby the organization of the licensing of the pooled technologies is entrusted to a separate entity. In both cases the pool may allow licensees to operate on the market on the basis of a single license (point 244)<sup>4</sup>.

However that may be, the new regime seems a little bit more restrictive<sup>5</sup>: the Commission justifies it with the experience developed so far<sup>6</sup> and with the comfort of the majority of reports collected from the stakeholders in the two public consultations of 2012<sup>7</sup> and 2013<sup>8</sup> that were launched before the new legal framework.

Picking up the more important cases:

- 1) Case *MPMG* in 2001<sup>9</sup>, where a pool collecting the technology for digital broadcasting (audio and video) was approved by the Commission. The patents were licensed through a single, non-exclusive license program and licensees remained free to negotiate licenses outside the portfolio from any participating patent holder.
- 2) Case *DVD* in 2000<sup>10</sup>, where the Commission had cleared an agreement whereby some of the companies that developed the DVD (Digital Versatile Disc) technology pooled their respective patents. The agreement allowed interested manufacturers to obtain a licence for all necessary DVD patents rapidly, leading to lower administra-

---

<sup>4</sup> It is the same definition already offered in the Guidelines 2004.

<sup>5</sup> It contains “Incremental changes” as PAZZI, *Revised Technology Transfer Block Exemption Rules*, in 2 *Italian Antitrust Review*, 2014, 153 defines them.

<sup>6</sup> Not very extensive indeed.

<sup>7</sup> Available at [http://ec.europa.eu/competition/consultations/2012/\\_technology\\_transfer/index\\_en.html](http://ec.europa.eu/competition/consultations/2012/_technology_transfer/index_en.html).

<sup>8</sup> Available at [http://ec.europa.eu/competition/consultations/2013\\_technology\\_transfer/index\\_en.html](http://ec.europa.eu/competition/consultations/2013_technology_transfer/index_en.html).

<sup>9</sup> COMP /C-38143, in *Official Journal*, June 19, 2001, C 174/6.

<sup>10</sup> Press release IP/00/1135 October 9, 2000. The agreement consisted of a “Patent Pool” for patents covering applications of DVD technology. Certain holders of essential patents had agreed to license their patents through a single non-exclusive and non-discriminatory license program.

The investigation carried out by the Commission’s competition services found that this patent pool would help promote technical and economic progress by allowing quick and efficient introduction of the DVD technology. It was also found that the agreement does not contain unnecessary or excessive restrictions on competition.

tion and transactions costs which ought to benefit also the consumer.

- 3) Case *SLA* in 2003<sup>11</sup>, where the Commission cleared the agreement subject, among others, to these conditions: the SLA should concern only patents essential for the production of standard pre-recorded CD; an independent expert should be appointed to certify the essential nature of the patent; the pool members should be free to license their respective patents separately.
- 4) Case *Motorola* in April 2014<sup>12</sup>. The company had committed itself to grant licenses on FRAND terms, but asked for an exceptionally high royalty. Apple, considering this a refusal, started manufacturing the product covered by the patent without having obtained the relative license. Motorola sought for an injunction against Apple before a German court on the basis of a smartphone standard essential patent notwithstanding that it has committed himself to license it on FRAND terms and the licensee was willing to take a license on such terms. Considering the facts in the case at hand the Commission found that seeking such an injunction constituted an abuse of dominant position. However, the Commission decided not to impose a fine on Motorola because there was no case law by the EU Courts dealing with the legality under art. 102 of SEP-based injunctions and that national courts had so far reached diverging conclusions on this question.
- 5) Case *Samsung* in 2014<sup>13</sup>. Samsung was the owner of various SEPs for the standard UMTS (Universal Mobile Telecommunications Service) and committed to license them on FRAND terms. On April 2011 Samsung sought preliminary and permanent injunctions against Apple in numerous European jurisdictions including France, Italy, Holland, UK. The Commission raised concerns as to the compatibility of seeking such injunctions with art. 102 TFEU. On September 27, 2013, Samsung offered some initial commitments: i) not to seek injunctive relief before any Court against a potential licensee that agrees to a licensing framework which provides

---

<sup>11</sup> Press release IP/03/1152 of August 7, 2003.

<sup>12</sup> Press release IP/14/489 of April 29, 2014.

<sup>13</sup> Case AT.39939 in *Official Journal* April 29, 2014.



for a negotiation period of up to twelve months for the determination of FRAND terms and conditions and, in case of default agreement, a third party determination by arbitration or Court; ii) a trustee would be appointed to monitor Samsung's compliance with this commitments. These commitments have been considered insufficient by the Commission to avoid its concerns, based also on critical issues raised by eighteen interested parties. At the end, the case was closed with these further final commitments considered adequate by the Commission:

- i) In case parties do not agree on the venue of a third party determination, only specialized Courts should be competent with preference over arbitration; the non-confidential version of FRAND determinations by arbitration should be made public; eligible as arbitrators should be also people from a broader field of specialization<sup>14</sup>;
- ii) The commitments will not alter the burden of proof under applicable law with the respect to validity, infringement, and essentiality of the mobile SEPs in question;
- iii) The invitation to negotiate must contain a minimum of information and a proposed duration for the licensee of no less than five years.

Both last cases concerned a one-company SEP and not a SEP within a technology pool. Although the closing of the case occurred on April 29, that is one month after the publication the Guidelines, their outcome may be considered a previous experience of the Commission since the relative procedure had been running for years.

Italy case law has not been absent in this worldwide debate. Let me quote some cases:

- i) Tribunal of Genoa, orders of 7 May 2004, 14 October 2004 and 15 November 2004<sup>15</sup>, *Koninkijke Philips Electronic N.V. vs Computer Support Italcad s.r.l. and Computer Support Italcad vs Koninkijke Philips Electronic N.V.* All these three decisions concerned

---

<sup>14</sup> No doubt these conditions cannot hide a certain dislike of arbitration by the Commission: I propose myself to deal with this topic in another contribution.

<sup>15</sup> The decision is published in *Diritto industriale*, 2005, 500, with a note of GRANIERI, *Proprietà intellettuale, standard di fatto e obbligo di licenza*.

the same issues arising from a *the facto* standards on the production of CD-RWs (re-writable). Having ascertained the dominant position, the Tribunal consequently decided that the relative standard imposes on the owners the obligation to contract with others producers<sup>16</sup>, provided that they had previously contacted the owners to obtain a license on reasonable terms.

- ii) Tribunal of Milan, October 18, November 2, 2011, *Ical, Car Mania Multimedia, Ital Video International vs Rovi Guides and United Video Properties*. The plaintiff sought a preliminary injunction against an undertaking that exploited a patent without previously negotiating licenses. The defendants counterclaimed that the products of the plaintiff illegally exploited their patents, because they did not ask for a license. The case regarded the validity of the patents at hand as well as the conditions of a FRAND license provided that the patent could give rise to a *the facto* standard. In the pre-trial phase the judge granted a provisional seizure of the infringing products distributed on the market against undertakings exploiting the patents without previously negotiation and obtaining a license from the owner. An expert was appointed with the mission to ascertain the validity of the patent as well as its qualification as SEP. The dispute is pending on the merits.
- iii) Tribunal of Milan, *Samsung vs. Apple*<sup>17</sup>. The case represents the Italian side of the Samsung vs Apple war blown up worldwide concerning the iPhone 4S. The case contemplated a range of different issues going from pure patent law until antitrust rules, in particular whether a SEP owner is in a dominant position and, in the affirmative, what are its obligations towards an undertaking seeking a licenses. In the case of a provisional proceedings the judge of the Tribunal of Milan refused to grant any interim relief, because it implied a previous decision on pre-conditions, like the nature of the standard, the extension of the patent, the existence of a dominant position and other issues. An expert had been appointed, with the aim to determine the FRAND conditions for a license. The case did

---

<sup>16</sup> To reach this conclusion the judges referred specifically to the “essential facility” doctrine.

<sup>17</sup> The case is still pending.

not reach a decision on the merits since the parties reached a settlement agreement within the scope of a worldwide agreement<sup>18</sup>.

### 3. *The economic assessment of patent pools. Patent aggregation structures and their roles*

The Guidelines recognize that «technology pools can produce pro-competitive effects»<sup>19</sup> in particular by reducing transaction costs and by setting a limit on cumulative royalties to avoid double marginalization<sup>20</sup>.

More specifically other advantages (in terms of competition or efficiency) are the following: for the patent owners, pools allow owners of patents of minor importance to escape isolation; for the prospective licensees pools avoid long researches and risks of forgetting to obtain license from one of the thousands of patents that are nowadays required for the production of complex product, such as smartphones or computers.

The history of patent pools goes back to the last quarter of XIX century<sup>21</sup>, but their impact on the transfer of technology (and thus on the market economy in general) has grown up as highly relevant in the last decades of the XX century<sup>22</sup>.

---

<sup>18</sup> An extensive description of these cases, not yet reported, is offered by TAVASSI, *Standard, IP rights and competition: balance or conflict* (Report to the XI Treviso conference 2014) in *Antitrust between EU Law and national law*, Milano, 2015, 150-162.

<sup>19</sup> Point 245.

<sup>20</sup> These words echo the definition of MELAMED, LERCH, *Uncertain Patents, Antitrust and Patent Pools*, in *The Interaction Between Competition Law and Intellectual Property Law*, 2007, 277.

<sup>21</sup> MOSSOFF, *The rise and fall of the first American Patent Thicket: the sewing machine war of the 1850s*, in 53 *Ariz. L. Rev.*, 2011; 165 GILBERT, *Antitrust for Patent Pools: a century of policy evolution*, in *Stan. Tech. L. Rev.*, 2004, 3 available at: [http://stlr.stanford.edu/STLR/Articles/04\\_STLR\\_3](http://stlr.stanford.edu/STLR/Articles/04_STLR_3).

<sup>22</sup> For a more detailed account in law and economics perspective, see GRANIERI, *Soluzioni contrattuali agli anticommons (pooling, collecting, standards). Esperienze europee e statunitensi a confronto*, in *Annali italiani del diritto d'autore*, 2013, 277.

The patent pools raise, grow up and mature in a pure patent or in intellectual property environment (technology protection, in a broad meaning). This recognition excludes that the first purpose of patent pools is to pursue an anticompetitive object, which however may occur as a possible effect.

Among scholars (both economists and jurists) there is a convergence on the understanding about the following goals pursued by the patent pools:

- i) lowering transaction costs;
- ii) to speed up the process of getting licenses which include the whole necessary technology<sup>23</sup>;
- iii) to avoid the marginalization of the owner of the less important technology (which is often the smallest undertaking member contributing to the pool), thus allowing to some extent recovery of R&D expenditures<sup>24</sup>;
- iv) to avoid the leverage effect on the last necessary license (hold up problem);
- v) to reduce a plurality of royalties to a cumulative one<sup>25</sup>.

Patent pools must be analyzed in conjunction with new institutional mechanisms that emerge on the market, by way of specialization, to enforce patents in the pools.

- a) American authors<sup>26</sup> have formulated the category of so called “offensive non-practicing entities” (NPE), whose business model does not consist in the production of goods or services<sup>27</sup>, but in the management of the packaged intellectual property rights and in enforcing the patents with the purpose of forcing licensing agreements and

---

<sup>23</sup> MASTRELIA, *Standard, patent pool e gruppi di acquisto di brevetti. Verso un nuovo modello di trasferimento di tecnologia nel settore hi-tech*, in *Dir. ind.*, 2013, 522.

<sup>24</sup> Usually such undertaking is the owner of a “substitutable patent”.

<sup>25</sup> SHAPIRO, *Navigating the Patent Thicket: Cross Licensing, Patent Pools and Standard Setting*, in JAFFE, LERNER, STERN (eds.), *Innovation Policy and the Economy*, MIT Press, 2001, 119 ff.

<sup>26</sup> Among many see WANG, *Rise of Patent Intermediaries*, in *25 Berkeley Tech. L.J.*, 2010, 159-182.

<sup>27</sup> Which should pertain to the developers of technology, protected by IPR, with some exceptions for the technology developed by entities or institutions of pure research, like universities.

collecting royalties. The notion of offensive NPE does not represent correctly the reality, because the activity of seeking an injunctive relief against the infringers of the rights in the pool represents an agency activity on behalf of technologies' owners which is contingent to prosecute those who do not wish to obtain licenses or ceased to pay royalties. Hence, the business goal is not to harm other undertakings, but it is rather to increase earnings by means of licensing royalties. On the other hand the emerge of these third entities (the so called "patent trolls") is a question of convenience, as it is shown at point 244 of the Guidelines which do not make any difference between the case of a direct organization by the pool members and the case when licensing out of the pool technology is entrusted to a separate entity.

- b) More recently the same scholarship has formulated the notion of "defensive NPE" which describes third entities in charge of collecting the IP rights in order to license them out and prosecuting the infringers of the patents, safeguarding the technology holders from the risk of expensive (and with uncertain outcome) judicial retaliations or reputational harm<sup>28</sup>.

The benefit of differentiating the two above categories of NPEs, from the competition point of view is almost null because it rather emphasizes one or the other among the basic purposes of the pool, which in general terms are equipped to pursue both of them.

The technology pools may serve the purpose of overcoming the so called "patent crisis"<sup>29</sup>, which is linked to blocking patents situations: using the patent rights to seek an injunction against an infringer is nothing less than re-affirming the importance, in a modern economy, of IPR function. The burning problem arises when an injunctive relief granted on a specific patent blocks the exploitation of a set of other patents

---

<sup>28</sup> ORR, *Patent Aggregation: Models, Harms and the Limited Role of Antitrust*, in 28 *Berkeley Tech. L.J.* 2013.

<sup>29</sup> BURK, LEMLEY, *The Patent Crisis and How the Courts can Solve it*, Chicago, 2009. «Patent pools as an alternative to patent wars», to borrow the title from an article by BEDNARK and INEICHEN, in *Intellectual Property and Technology Law Journal*, 2004, 1.

which are inseparably linked with it (that is, essential to the pooled technology).

From the opposite perspective, technology pools may also be restrictive of competition. The creation of the pools «necessarily implies joint selling of the pools technologies... which may amount to price fixing cartel» (Guidelines point 246). Among the parties, it may restrain competition by reducing innovation, foreclosing alternative technologies. Such conclusion depicts an exception to what usually occurs: pools (almost) never limit the members' freedom to innovate or to develop new technologies. Having said that, the Guidelines are concerned to avoid these possible competition restraints.

The concern of anticompetitive restrictions covers both (i) the formation of technology pools and (ii) its operation (agreements between the pool and its licensees).

#### *4. Various categories*

With the aim of avoiding the possible competition restraints above mentioned, the Guidelines make use of different notions based on economic criteria, here used to properly assess the effects of pools on competition.

Technological complements: when two technologies «are both required to produce the product or carry out the process to which the technologies relate» (point 251).

Technological substitutes: «when either technology allows the holder to produce the product or carry out the process to which the technologies relate» (point 251).

Essential technology: necessary «to produce a particular product (...) or in accordance with a standard which includes the pooled technology (...) if there are no viable substitutes (...)» (point 252).

Non-essential technology: if there are viable substitutes (both from a commercial and technical point of view) inside or outside the pool.

Such different notions represent different levels of anticompetitive risks if the related patents become part of the pool; therefore the Commission lays down different conditions for their admissibility.

We start with point 261, headed “Safe harbour”, which lists the 7 conditions whose fulfillment permits the formation and operation of a pool to fall outside art. 101.1 irrespective of the market position of the parties:

The creation and operation of the pool, including the licensing out, generally falls outside Art. 101(1) of the Treaty, irrespective of the market position of the parties, if all the following conditions are fulfilled:

- (a) participation in the pool creation process is open to all interested technology rights owners;
- (b) sufficient safeguards are adopted to ensure that only essential technologies (which therefore necessarily are also complements) are pooled;
- (c) sufficient safeguards are adopted to ensure that exchange of sensitive information (such as pricing and output data) is restricted to what is necessary for the creation and operation of the pool;
- (d) the pooled technologies are licensed into the pool on a non-exclusive basis;
- (e) the pooled technologies are licensed out to all potential licensees on FRAND terms;
- (f) the parties contributing technology to the pool and the licensees are free to challenge the validity and the essentiality of the pooled technologies, and
- (g) the parties contributing technology to the pool and the licensee remain free to develop competing products and technology.

While the last three conditions concern the operation of the pool, all others refer to the creation of it. This list, which is new in respect to the old Guidelines, is certainly a welcome clarification to the benefit of pool members, although some conditions may prove too rigid.

If the technology pool comprises non essential but complementary patents, the Commission is less strict but will take into consideration in overall assessment, *inter alia*, all these factors:

- a) where there are pro-competitive reasons to include non essential technologies in the pool, for example to avoid the costs of assessing the essentiality of thousand of technologies;
- b) whether licensors remain free to license their respective technologies independently

- c) whether the licensees may obtain a package comprising only a part of the technology pooled<sup>30</sup>
- d) where the license agreements are of relatively long duration and the pooled technology serves a standard, whether the licensees can terminate at reasonable notice part of the license and obtain a corresponding reduction of royalties (point 264).

#### *4.1. Assessment of the formation of the pool*

In the assessment of possible competitive risks and efficiencies in the formation and organization of the pool the Commission will look at it from three perspectives:

- a) open participation (to all interested parties): the Commission deems it is likely that selection will be on the basis of price/quality considerations (point 249). I believe that other selection criteria should not be considered as pursuing anti-competitive goals: the pool is a voluntary cooperation to which the patent owners adhere for a multifiform purpose.
- b) selection and nature of the pooled technology: the Commission is concerned with the risks for competition when the pooled technologies are “substitutes”, since «royalties are likely to be higher than they would otherwise be, because licensees do not benefit from rivalry between the technologies in question» (point 253). This concern forgets the countervailing balance due to reduction in transactional costs and the safe harbor from infringement lawsuits likely to come from some patent owners. To this aim the Commission contemplates the intervention of independent experts in the creation and operation of the pool, mainly entrusted with the selection of essential technologies only (point 256). Also this solution may present a drawback as it undermines the necessary fiduciary relationship which should run the cooperation within the pool.
- c) exchange of sensitive information: given the necessity to avoid exchange of sensitive information between the parties to a pool, the devise foreseen by the Guidelines does not seem easily “workable”. In fact the Commission envisages an “independent expert or licens-

---

<sup>30</sup> The positive result is reduction of royalties.



ing body” entrusted to ensure that “output and sales data, which may be necessary for the purposes of calculating and verifying royalties, is not disclosed to undertakings that compete on affected market” (point 259). How can these opposite goals be attained remains unclear to me, particularly if the decision of the “necessity” of exchange of information is entrusted to an “independent expert”.

#### *4.2. Assessment of the agreements between the pool and its licensees*

On this issue the Guidelines lay down a certain number of guiding principles which will be applied in assessing the individual restraints, followed by rules on specific clauses. There is no specific guidance as to when the technology is included in a standard, although standards are mentioned more than once.

The principles are:

- a) the stronger the market position of the pool the greater the risk of anti-competitive effects;
- b) the stronger the market position of the pool, the more likely that agreeing not to license to all potential licensees or to license on discriminatory terms will infringe art. 101<sup>31</sup>;
- c) pools should not unduly foreclose third party technology or limit the creation of alternative pools;
- d) agreements for licensing out pooled technologies should not contain any hardcore restrictions, listed in art. 4 of the TTBER, namely: determination of prices, limitation of output (with one exception); allocation of markets or customers (with various exceptions).

Two final points:

- a) Both licensors and licensees should be free to develop competing products and standards (point 270).
- b) Grant back obligations should be non-exclusive and limited to developments that are essential or important to the use of the pooled technology (point 271). The acknowledgment that also important developments exclude the illegality of non-exclusive grant back ob-

---

<sup>31</sup> Points *a)* and *b)* represent economic considerations for competition concern and not a legal guidance.

ligations is welcome because it helps licensees not to exploit the pooled technology behind the terms of the license, although it may create difficulties in its application: who is burdened to prove the “importance”?

### 5. *The (burning) issues with “standard essential patent” (SEP)*

One important aspect is that the relationship between competition and the agreements to adopt standards was already thoroughly dealt with by the Commission in the guidelines on horizontal co-operation agreement issued in 2011<sup>32</sup>.

Though sometimes mentioned, the new Guidelines do not deal specifically with the setting of a standard and their implication for competition. In this context the new Guidelines refer to the old ones, without laying down any new criteria or limitations. Notwithstanding the fact that here lies the very burning issue where freedom of contract intersects with freedom of competition.

There are two types of *standards*: *de jure* and *de facto* (Guidelines point 270): the first are those approved by a recognized standard body (like ISO, International Organization for Standardization; ETSI European Telecommunications Standard Institute)<sup>33</sup>. The standard *de facto* are constituted by the specific technologies developed by undertakings which over the time have obtained a general recognition and application due to their diffusion in the market place. The most reliable standard bodies require the patent owners to commit themselves to license out on FRAND terms. The violation of such commitments are sanctioned within the standard body, but this commitment is enforced only within the *de jure* standard (not in the context of *de facto* standard).

---

<sup>32</sup> Official Journal C-11/1 14, § 7 points from 257 through 335. See the analysis of TEMPLE LANG, *Patent Pools and Agreement on Standards*, in 36 *Eur. L. Rev.*, 2011, 887.

<sup>33</sup> For an account of the legal dynamics of standard setting and related problems, see GRANIERI, *Attività di standardizzazione, diritti di proprietà intellettuale e antitrust*, in *Riv. dir. ind.*, 2004, I, 138.

In particular the Guidelines point out that standardization agreements usually produce significant positive economic effects: for example by promoting economic interpenetration on the internal market and encouraging the development of a new and improved products, and improved supply conditions. Standards thus normally increase competition and lower output and sales costs, benefitting economies as a whole. Standards may maintain and enhance quality, provide information and ensure interoperability and compatibility (thus increasing value for consumers).

On the opposite side, standard setting can, in specific circumstances, also give rise to restrictive effects on competition by potentially restricting price competition and limiting or controlling production, markets, innovation or technical development. This might occur through three main channels, namely reduction in price competition, foreclosure of competing innovative technologies and exclusion of, or discrimination against, certain companies by prevention of effective access to the standard.

Aware, as they have always been, of the possible negative implications for competition of defining and managing SEPs, the Standard Setting Organization (SSOs) have established, on the track of ETSI Intellectual Property Rights Policy, a minimum set of licensing rules encapsulated in the acronym FRAND (fair, reasonable, non-discriminatory). However soon they appeared insufficient because generic and non measurable<sup>34</sup>. Such an uncertainty is an incentive to cheating by licensees or prospective licensees, as shown in the last cases at the EU level<sup>35</sup>.

---

<sup>34</sup> Reference can be made to SWANSON, BAUMOL, *Reasonable and Nondiscriminatory (Rand) Royalties, Standard Selection, and Control of Market Power*, in 73 *Antitrust L.J.*, 2005, 5: «It is widely acknowledged that, in fact, there are no generally agreed upon tests to determine whether a particular license does or does not satisfy a RAND commitment». In fact, in the case *Uniloc v. Microsoft*, 632 F.3d 1292 (Fed. Circ. 2011) judges considered as a non sense the so called “rule of thumb”, of a royalty of 25% as expected earnings.

<sup>35</sup> As COLANGELO, *supra*, 435, points out, commitments are so important and essential as vague in their content.

However the Guidelines overlook the case of a standard set by governments or public authorities, thus being legally binding for all undertakings that wish to participate in a public procurement: if the standard is not complied with, the businessmen are excluded from access to the public procurement market.

The burning problem arises in presence of a SEP, which gives rise to a dominant position: sometimes one-company dominance (cases *Motorola*, *Samsung*), more frequently collective dominance (technology pool). In such a circumstance the old principle of obligation to negotiate on FRAND terms (*fair, reasonable, non-discriminatory*) is unanimously shared<sup>36</sup>.

The technology pool is free to negotiate and fix the royalties as well as each technology's share of the royalties, provided that licensees must remain free to determine the price of products produced under the license. Worth to note the Commission here accepted to widen the possibility of a discussion of the royalties within the technology pool and also with future licensees, which seemed unclear in the 2011 Horizontal Cooperation Guidelines, in line with a request by legal doctrine<sup>37</sup>.

A technology pool sometimes may lead to a *standard de facto*, but not necessarily. If the pool enjoys a dominant position, as it is the case with a SEP<sup>38</sup>, royalties and other licensing terms should be non-excessive, non-discriminatory and licenses should be non-exclusive<sup>39</sup>. The determination whether the above conditions are met requires a case

---

<sup>36</sup> HOVENKAMP, *Competition in Information Technologies: Standard-Essential Patents. Non-Practising Entities and FRAND Bidding*, in *U. Iowa Legal Studies Research Paper No. 12-32*, 2012.

<sup>37</sup> For example TEMPLE LANG, *supra*, 890, who emphasizes the « need for clarification».

<sup>38</sup> For a quick account of problems arising at the intersection of intellectual property and antitrust as regards SEPs, see GRANIERI, *Violazione di brevetti essenziali su standard: l'antitrust può essere una difesa?*, Paper presented at the conference "I beni immateriali tra regole privatistiche e pubblicistiche", Assisi, October 26, 2012.

<sup>39</sup> But the issue is who controls the implementation of these criteria? Commission's answer is: an independent expert.

by case analysis, with the *a priori* uncertainty like applying art. 102 lett. a) and c) TFEU<sup>40</sup>.

### 5.1. *The case Huawei-Technologies/ZTE*<sup>41</sup>

In general terms the issue to be decided is whether an action for infringement brought by the SEP-holder against an undertaking which manufactures products in accordance with that standard constitutes an abuse of a dominant position.

The request for a preliminary ruling has been made in the course of a dispute between, on the one hand, Huawei Technologies, a multinational group of undertakings active in the telecommunications sector, and, on the other, ZTE Corp., established in Shenzhen, and ZTE Deutschland GmbH, established in Düsseldorf (members of a group of undertakings, also multinational, operating in the same sector). By its action for infringement, Huawei seeks an injunction prohibiting the continuation of the infringement and an order for the rendering of accounts, the recall of products and the assessment of damages<sup>42</sup>.

It emerges from the order for reference that, between November 2010 and the end of March 2011, Huawei and ZTE engaged in discussions relating, *inter alia*, to the infringement of the patent and the possibility of concluding a licensing agreement. Huawei named the amount which it considered to be a reasonable royalty. ZTE 'ought a cross-licensing agreement. It also emerges from the order for reference that, on January 30, 2013, ZTE made an offer for a cross-licensing agreement and proposed, but did not pay, a royalty to Huawei. Furthermore, the referring court states that «[t]he parties did not exchange any specific offers in relation to a licensing agreement». On April 28, 2011,

---

<sup>40</sup> See FRIGNANI, BARIATTI (a cura di), *Disciplina della concorrenza nella UE*, Padova, 2012, 286 ff., 324 ff.

<sup>41</sup> Reference should be made to COLANGELO, *Aspettando Huawei Technologies: standard, brevetti essenziali ed impegni F/Rand*, in *Mercato Concorrenza Regole*, 2014, 435 for an extensive analysis of all issues involved.

<sup>42</sup> The conduct of SEP-holders who have given a commitment to grant licenses to third parties on FRAND terms has given rise to a plethora of actions before the courts of several Member States and third countries.

Huawei brought before the referring court the action which has given rise to these preliminary ruling proceedings.

The referring Court points out that the BGH in its judgment of May 6, 2009, *Orange Book Standard*<sup>43</sup> found that where the patent owner seeks a prohibitory injunction against a defendant who has a claim to a license for that patent, patent owner abuses his dominant position “only where the following conditions are met”:

First, the defendant must have made the applicant an unconditional offer to conclude a licensing agreement (an offer which, specifically, must not contain a clause limiting the license exclusively to the cases of infringement), it being understood that the defendant must consider itself bound by that offer and that the applicant is obliged to accept it, since its refusal of the offer would unfairly hamper the defendant or breach the principle of non-discrimination.

If the defendant considers the amount of royalty claimed by the applicant to be excessive, or if the applicant refuses to quantify the royalty, the offer of an agreement is regarded as unconditional if it provides that the applicant is to determine the amount of the royalty fairly.

Secondly, if the defendant is already making use of the subject-matter of the patent before the applicant accepts its offer, it must meet the obligations which, for use of the patent, will be incumbent on it under the future licensing agreement. That means, in particular, that the defendant must render an account for its acts of use in accordance with the terms of a non-discriminatory agreement and that it must meet the resulting payment obligations.

No doubt this position reflects the approach of the German judges in favor of intellectual property, in line with the ETSI Intellectual Property Rights Policy, without any given priority to the competition perspective. The circumstances of the case at hand show that the Court is called to determine the “willing licensee test”<sup>44</sup>.

In the opinion of Advocate general Wathelet, the problems can be resolved in the context of other branches of law other than the rules of competition law (point 9); at the front line the IPR law whose goals are

---

<sup>43</sup> KZR 39/06 of May 6, 2009. First comment by ULLRICH, *Patent and Standards. A Comment on the German Supreme Court Decision Orange Book Standard*, in *IIC*, 2010, 337.

<sup>44</sup> Advocate general opinion point 32.

to provide the necessary protection of IP to enhance investments, innovation<sup>45</sup>. Another pivotal role is played by the law of contracts, where the freedom recognized to the parties gives them the necessary flexibility to mould their contractual relationship in order to better pursue their legitimate business objectives.

The Advocate general efforts consist in striking a balance between the two bodies of law, sometimes considered conflicting, and proposes the following answers:

- 1) “The fact that a holder of a standard-essential patent (SEP) which has given a commitment to a standardization body to grant third parties a license on FRAND terms makes a request for corrective measures or brings an action for a prohibitory injunction against an infringer, in accordance with Artt. 10 and 11 of Directive 2004/48/ of 29, April 2004 on the enforcement of intellectual property rights, which may lead to the exclusion from the markets covered by the standard of the products and services supplied by the infringer of an SEP, constitutes an abuse of its dominant position under Art. 102 TFEU where it is shown that the SEP-holder has not honored its commitment even though the infringer has shown itself to be objectively ready, willing and able to conclude such a licensing agreement.
- 2) Compliance with that commitment means that, prior to seeking corrective measures or bringing an action for a prohibitory injunction, the SEP-holder, if it is not to be deemed to be abusing its dominant position, must – unless it has been established that the alleged infringer is fully aware of the infringement – alert the alleged infringer to that fact in writing, giving reasons, and specifying the SEP concerned and the manner in which it has been infringed by the infringer. The SEP-holder must, in any event, present to the alleged

---

<sup>45</sup> The intermingled relationship between intellectual property law and competition law is thoroughly dug in the book by CAGGIANO, MUSCOLO, TAVASSI (eds.), *Competition Law and Intellectual Property. A European Perspective*, The Hague, 2012, and thoroughly explored by ULLRICH, *Approaching a patent law problem via competition policy*, in *The interaction between competition law and intellectual property law*, in EHLERMANN, ATANASIU (eds.), *European Competition Law Annual 2005*, Oxford, 2007, 305 ff.

infringer a written offer of a license on FRAND terms which contains all the terms normally included in a license in the sector in question, in particular the precise amount of the royalty and the way in which that amount is calculated.

- 3) The infringer must respond to that offer in a diligent and serious manner. If it does not accept the SEP-holder's offer, it must promptly present to the latter, in writing, a reasonable counter-offer relating to the clauses with which it disagrees. The making of a request for corrective measures or the bringing of an action for a prohibitory injunction does not constitute an abuse of a dominant position if the infringer's conduct is purely tactical and/or dilatory and/or not serious.
- 4) If negotiations are not commenced or are unsuccessful, the conduct of the alleged infringer cannot be regarded as dilatory or as not serious if it requests that FRAND terms be fixed either by a court or by an arbitration tribunal. In that event, it is legitimate for the SEP-holder to ask the infringer either to provide a bank guarantee for the payment of royalties or to deposit a provisional sum at the court or arbitration tribunal in respect of its past and future use of the patent.
- 5) Nor can an infringer's conduct be regarded as dilatory or as not serious during the negotiations for a FRAND license if it reserves the right, after concluding an agreement for such a license, to challenge before a court or arbitration tribunal the validity of that patent, its supposed use of the teaching of the patent and the essential nature of the SEP in question".

## *6. Conclusion*

It is doubtful whether the Commission has extensively weighted the hidden risk behind its approach, that is a reduction of patent owners' incentives to license patents outside the pool.

Furthermore the grounds upon which the technology pools fall outside the realm of TTBER are not explained by the Commission. It seems that, from one side, for what concerns the agreement setting up the pool, its object is not the "production" of products made on the ba-



sis of technology under license and, from the other, that for what concerns the agreements between the pool and its licensees quite always they constitute a multiparty agreement (art. 1.1 lett. c(1) Reg. n. 316). The first assumption deserves a short comment: the production of “contract products” may intervene “directly or indirectly” as set forth in art. 1.1. lett. g Reg. n. 316: to give a sense to this statement we must admit that production can be carried out by a third party without subverting the nature and purposes of the pool.

As to the second conclusion, whenever the pool is a third and separate entity (agent) acting on behalf of the members (point 244 Guidelines) the license agreement is entered into between two parties, thus cannot be identified with a multilateral agreement.

The question is whether for a better legal environment of business men (in the particular perspective) it is more suitable to have the pools governed by a TTBER or to leave them outside. The stakeholders reports on the consultation show they were quite happy of the situation as it was at the time, mainly because they could enjoy more flexibility than that allowed by the conditions and limitations laid down in a TTBER. Furthermore no severe critiques were raised on the principles contained in the 2004 Guidelines.

The much awaited Huawei holding was pronounced on July 16, 2015<sup>46</sup> where the Court tried to strike a balance between the IPR protection and the competition law including the possibility of access to a standard for newcomers.

The Court of Justice starts re-affirming that for the IPR owner the exercise of such right cannot in itself constitute an abuse of dominant position (§46), which is in line also with the Directive 2004/48 on the enforcement of intellectual property rights, but substitutes the exception of “exceptional circumstances” (applied in the judgments *Volvo*, *McGill*, *IMS*) with the new concept of “legitimate expectations” (§53) that the alleged infringer of an IPR has when the IPR owner has signed

---

<sup>46</sup> For a first comment see BANASEVIC, *The Implication of the Court of Justice’s Huawei/ZTE Judgment*, in 6 *Journal of European Competition Law and Practice*, 2015, 7; LO BUE, *Huawei v. ZTE: Open Issues after ECJ’s Judgment*, in *Osservatorio permanente sull’applicazione delle regole della concorrenza*, Agosto 2015; COLANGELO, *Antitrust, standard ed impegni di licenza: il caso “Huawei”*, in *Foro it.*, 2015, IV, 477.

a FRAND agreement with the Standard Setting Organization (SSO). The basic assumption is that if the IPR owner seeks for an injunction without observing the FRAND obligations it commits an abuse of dominant position. The core part of Huawei holding is devoted to explain how should be interpreted the FRAND commitments, from both sides (IPR owner and alleged infringer) considering that the FRAND terms are generic and flexible.

Following to a great extent the conclusions of the Advocate General, the court holds that

1. Article 102 TFEU must be interpreted as meaning that the proprietor of a patent essential to a standard established by a standardisation body, which has given an irrevocable undertaking to that body to grant a licence to third parties on fair, reasonable and non-discriminatory ('FRAND') terms, does not abuse its dominant position, within the meaning of that article, by bringing an action for infringement seeking an injunction prohibiting the infringement of its patent or seeking the recall of products for the manufacture of which that patent has been used, as long as:
  - prior to bringing that action, the proprietor has, first, alerted the alleged infringer of the infringement complained about by designating that patent and specifying the way in which it has been infringed, and, secondly, after the alleged infringer has expressed its willingness to conclude a licensing agreement on FRAND terms, presented to that infringer a specific, written offer for a licence on such terms, specifying, in particular, the royalty and the way in which it is to be calculated, and
  - where the alleged infringer continues to use the patent in question, the alleged infringer has not diligently responded to that offer, in accordance with recognised commercial practices in the field and in good faith, this being a matter which must be established on the basis of objective factors and which implies, in particular, that there are no delaying tactics.
2. Article 102 TFEU must be interpreted as not prohibiting, in circumstances such as those in the main proceedings, an undertaking in a dominant position and holding a patent essential to a standard established by a standardisation body, which has given an undertaking to the standardisation body to grant licences for that patent on FRAND terms, from bringing an action for infringement against the alleged infringer of its patent and seeking the rendering of accounts in relation to past acts of use of that patent or an award of damages in respect of those acts of use.

It is a pity that the Court did not address the question (it was the right occasion) whether a SEP owner is in a dominant position (leaving it to the referring national Court), but we appreciate that it stressed in particular the “willingness to conclude a license agreement” test on the part of the alleged infringer, and clarified how should the FRAND terms be interpreted, thus overcoming the patent crisis fight between the IPR owner and the prospective licensees<sup>47</sup>.

---

<sup>47</sup> On the much debated relationship between the IPR protection and the competition policy let me refer to the recent surveys of OSTI, *Ma a che serve l'antitrust?*, in *Foro it.*, 2015, V, 114 ff., and VAN DEN BERGH, GIANNACCARI, *L'approccio più economico nel diritto comunitario della concorrenza. Il più è troppo o non (ancora) abbastanza?*, in *Mercato Concorrenza Regole*, 2014, 393 ff.



## COMPETITION PROTECTION IN ACTION: FIELDS OF INTERVENTION AND NEW FRONTIERS

*Roberto Chieppa*

Prima di passare ad illustrare il tema della mia sessione, consentitemi alcune considerazioni su quanto emerso in queste proficue giornate. L'impostazione del convegno di Trento è stata sempre quella di accomunare tematiche, anche molto diverse tra loro, per stimolare dibattito e riflessioni.

Nella giornata di ieri la dicotomia mercati globali/locali ha, da un lato, fatto emergere la necessità di una maggiore armonizzazione del diritto antitrust. A livello europeo, il grado di armonizzazione è considerato elevato: il caso Booking sta facendo emergere pregi e difetti dell'attuale livello di armonizzazione; a mio parere, a conclusione del procedimento sarà necessaria una riflessione, ciò anche al fine di migliorare il Regolamento n. 1/2003 e la sua concreta attuazione. Sotto altro e opposto profilo, l'attenzione ai mercati locali è importante. L'Autorità ha sempre indicato quelli dei servizi pubblici locali e delle società pubbliche una delle aree prioritarie di intervento.

Ho ascoltato con vivo interesse le relazioni di ieri sull'esperienza basca e del Brandenburgo, anche se resto convinto che, quanto meno in Italia, un ulteriore ambito decisionale pubblico a livello locale non sarebbe opportuno mentre molto più utile è insistere nel processo di innestare in sede locale i principi nazionali in materia di concorrenza.

Tra mercati globali e locali aleggia poi la CEDU e la sua giurisprudenza di cui si è parlato in una precedente sessione del convegno. Sul tema è intervenuta una recente sentenza del Consiglio di Stato che è di grande interesse, benché riferita al procedimento Consob (e da essa si ricava che non sorgono problemi per l'attuale procedimento antitrust). Sia nei mercati globali, sia in quelli locali, l'*enforcement* del diritto della concorrenza non sarà davvero pieno ed effettivo se non si costruisce in Europa un efficace *private enforcement*. Ho sempre sostenuto che

*l'enforcement* è uno solo, che si articola in *private* e *public enforcement*, tra loro complementari, non contrapposti. In questa prospettiva, la Direttiva 2014/104/UE sulle azioni per il risarcimento dei danni è un passaggio importante, non è un punto di arrivo ma un punto di partenza e ancora molto strada dobbiamo affrontare per rendere effettivo il *private enforcement*.

Passo alla sessione pomeridiana. Anche qui il filo conduttore può apparire invisibile. In apparenza, può sembrare un'impresa ardua se non impossibile quella di trovare un filo conduttore comune tra le diverse tematiche oggetto di questo panel, tematiche che riguardano sia profili orizzontali e, dunque, più di policy della concorrenza, sia profili settoriali in ambiti di rilevanza per il sistema economico e il benessere dei consumatori.

Gli interventi di questa sessione sono accomunati da alcune difficoltà di approccio. In primo luogo dalla difficoltà di individuare il corretto punto di equilibrio tra esigenze a volte solo in apparenza contrapposte, mi riferisco alla tutela della proprietà intellettuale e la tutela della concorrenza e di queste ambiguità ci parlerà Andrea Pezzoli con specifico riferimento al settore farmaceutico. Il corretto punto di equilibrio tra l'utilizzo, in relazione ai sistemi di pagamento, dei più tradizionali strumenti antitrust e di altri strumenti, quali autorizzazioni in deroga o impegni, con rischio di derive regolatorie e su queste tematiche ci intratterrà Vito Meli. E ancora, l'esatto confine delle restrizioni per oggetto, categoria che può essere vista come una facile scorciatoia, appetibile per le Autorità di concorrenza, ma forse così non è o non dovrebbe essere, come ci illustrerà Ginevra Bruzzone. Ambiguità sono presenti anche nel concetto di abuso di dipendenza economica, su cui molto si è scritto e forse poco si è applicato, e la correlata nozione di sub dominanza qualificata, che rappresenta il tema trattato dal professor Josef Bejeck. Infine, Ciro Favia affronterà l'argomento del difficile rapporto tra servizi di ultima generazione e concorrenza nel settore energetico.

Un possibile punto di contatto che accomuna i diversi profili oggetto di approfondimento in questa sessione è senza dubbio rappresentato dalla difficoltà di tracciare la linea tra quanto conviene consentire, per gli apporti di efficienza che ne conseguono, e ciò che va, viceversa, vietato. Al riguardo, non esiste una ricetta teorica del tutto appagante e

di facile applicazione, capace di scongiurare la minaccia di “falsi positivi”, ossia comportamenti che vengono vietati nonostante la loro natura pro-competitiva, senza tuttavia troppo concedere ai “falsi negativi”, ovvero pratiche restrittive che sfuggono alla repressione.

In questa prospettiva, è bene tenere a mente che la scelta nel grado e nelle modalità di *enforcement* deve avvenire senza scegliere comode e facili scorciatoie, facendo ricadere nella scatola delle “restrizioni per oggetto” comportamenti che invece non presentano tale natura.

Infine, la scelta di quando e come intervenire non potrà non tener conto dei rischi di derive regolatorie insite in un utilizzo a volte eccessivo dello strumento degli impegni.

Passando alle singole relazioni, l'intervento di Andrea Pezzoli ci illustra come condotte volte a ostacolare i processi innovativi e, dunque, la concorrenza dinamica dovrebbero essere considerate tra le più pregiudizievoli per il funzionamento del mercato e per il consumatore in quanto non consentono di sviluppare prodotti innovativi, qualitativamente superiori rispetto a quelli esistenti.

L'intervento delle autorità antitrust nei contesti innovativi, quali quello farmaceutico, deve avvenire con particolari cautele. La normativa antitrust deve garantire che l'esercizio dei diritti di privativa avvenga in modo da mantenere un sufficiente grado di concorrenza sul mercato. Compito della normativa antitrust diventa quello di disciplinare i comportamenti delle imprese in modo da assicurare che l'esercizio dei diritti di privativa sia conforme ai principi di concorrenza. Il problema diventa, dunque, quello di stabilire quando l'esercizio del diritto brevettuale cessa di essere legittimo per divenire contrario alle norme di concorrenza. In tale contesto, occorre definire le condizioni di un accettabile esercizio del potere di mercato, bilanciando tra loro, da un lato, i possibili benefici in termini di remunerazione per il primo inventore, dall'altro, gli eventuali rischi di pregiudizio al corretto funzionamento del mercato, in alcuni casi di un mercato solo potenziale, che ancora non esiste e di cui è anche difficile valutare l'effettiva capacità di sviluppo.

Rilevanti problematiche applicative derivano dalla difficoltà di individuare correttamente i “mercati dell'innovazione”, quando ad esempio la condotta restrittiva impedisce la ricerca e lo sviluppo di futuri prodotti o processi produttivi (che magari non esistono proprio in conseguen-

za della condotta oggetto di accertamento, in quanto la pratica ha avuto successo nell'impedire la realizzazione dell'innovazione), con conseguenti *spillover* negativi su tutta la filiera della valutazione concorrenziale: dell'accertamento della posizione dominante alla quantificazione delle sanzioni.

La relazione di Vito Meli tratta il tema degli interventi dell'Autorità e della Commissione nei sistemi di pagamento. Negli ultimi 20 anni il settore dei sistemi di pagamento, e in particolare delle MIF, è stato oggetto di una pluralità di interventi a livello comunitario e di singole ANC. I casi rilevanti di MIF hanno coinvolto i circuiti Visa e MasterCard. Prima dell'introduzione del regolamento n. 1/2003, l'approccio prevalente è stato quello di utilizzare lo strumento dell'autorizzazione in deroga: laddove le MIF fossero orientate ai costi, ne è stato considerato il beneficio per i consumatori (caso *Visa* del 2002); successivamente, alcuni casi sono stati chiusi con impegni (casi *Visa* del 2010 e del 2014) e con un divieto (caso *Mastercard* del 2007, confermato nel settembre 2014 dalla Corte di Giustizia). L'Autorità nazionale (prima Banca d'Italia, poi AGCM) è intervenuta fin dal 1994, e da ultimo con una decisione di divieto nel 2010, pendente al Cds (annullata in primo grado), ma parallela alla decisione della Commissione del 2007, che da ultimo è stata avallata dalla Corte di Giustizia.

Rilevanti appaiono le problematiche concorrenziali derivanti dall'adozione delle MIF: esse infatti non integrano un illecito antitrust di per sé ma possono risultare in violazione della normativa antitrust quando producono effetti anticoncorrenziali sul prezzo finale della transazione commerciale. Le MIF, infatti, rappresentando la base sulla quale le banche acquirenti calcolano i prezzi addebitati per l'accettazione dei pagamenti, potrebbero configurare un meccanismo di fissazione di un prezzo minimo a carico dei commercianti per l'accettazione delle carte di pagamento del circuito.

Ma le MIF sono davvero necessarie? La giurisprudenza comunitaria ha accertato che il sistema era in condizione di funzionare anche in assenza di tali commissioni e, dunque, la loro esistenza va giustificata in termini di efficienza e beneficio per i consumatori. Altra questione di sicura attualità: il nuovo Regolamento UE sulle MIF introduce nuove regole di trasparenza e individua un valore massimo di tali commissio-



ni, imponendo dunque per via legislativa gli impegni che la Commissione aveva accolto e reso obbligatori nel caso *VISA*. L'obiettivo è quello di creare un unico sistema di pagamenti nell'Unione con costi ridotti per gli utilizzatori, anche per i pagamenti transfrontalieri.

L'argomento trattato da Ginevra Bruzzone ha delle implicazioni importanti sulla filosofia applicativa dell'art. 101 TFUE e, in particolare, sul rapporto tra approccio economico e utilizzo delle presunzioni giuridiche in materia di intese.

Punto di partenza di questa evoluzione è indubbiamente la sentenza *Volk* del 1969; il punto di arrivo: la recente sentenza *Cartes Bancaires* del settembre 2014. Ciò che colpisce è che il punto di partenza è sorprendentemente simile al punto di arrivo, nonostante il lag temporale di oltre 44 anni e nonostante "derive interpretative" della sentenza *Expedia*, più che la sentenza in sé, che hanno poi dato luogo alla revisione della Comunicazione de minimis.

In questa evoluzione circolare, in cui punto di arrivo e punto di partenza sostanzialmente coincidono, la vera sentenza innovativa non è tanto *Cartes Bancaires*, nella quale la Corte ha espressamente e significativamente affermato la necessità di interpretare restrittivamente la nozione di restrizione per oggetto (smentendo espressamente quanto affermato al riguardo nel giudizio di primo grado) ma la ben più datata sentenza *Volk*, ove la Corte ha affermato che l'impatto sul commercio e l'esistenza di un oggetto/effetto restrittivo devono essere accertati con riferimento alle effettive circostanze dell'accordo. Anche un accordo di esclusiva con protezione territoriale assoluta può sfuggire al divieto di cui all'art. 101 se, tenuto conto della posizione di debolezza delle parti, incide sul mercato in maniera insignificante. In altri termini, la Corte, in modo del tutto innovativo per l'epoca, ha sostenuto che una protezione territoriale assoluta (tradizionalmente considerata una delle restrizioni più gravi del diritto della concorrenza in quanto determinante una compartimentazione dei mercati) tra parti con quote mercato marginali poteva essere considerata di impatto trascurabile e, dunque, valutata ex art. 101.1, senza dover passare dalle forche caudine del 101.3, che, com'è noto, ribalta l'onere probatorio della dimostrazione di efficienza/beneficio per i consumatori sulle parti.

Alcuni commentatori non hanno mancato di censurare una tendenza (criticabile) da parte Commissione e delle Autorità nazionali di concorrenza di equiparare le restrizioni fondamentali alle restrizioni per oggetto. La stessa categoria delle restrizioni per oggetto non è omogenea: va dai cartelli *hard core* (che lo sono per la loro natura e che per default comportano una restrizione sensibile) ad alcune restrizioni verticali, la cui natura di restrizione sensibile andrebbe valutata nel loro contesto economico/giuridico di riferimento. Ed è proprio questo uno dei principi affermati dalla Corte nella sentenza *Carte Bancaires*. L'analisi del contesto economico e giuridico non è l'analisi degli effetti delle condotte ma piuttosto l'analisi "delle condizioni reali di funzionamento e della struttura dei mercati". Tuttavia, lo stesso Avvocato Generale Wahl non ha mancato di rilevare come: "la valutazione del contesto economico e giuridico nella ricerca di un oggetto anticoncorrenziale deve essere chiaramente distinta dalla dimostrazione degli effetti anticoncorrenziali ai sensi della seconda parte dell'alternativa prevista dalla suddetta norma", nonostante "...in un certo numero di procedimenti, la considerazione del suddetto contesto assomiglia a un vero esame degli effetti potenziali delle misure in questione..." (Opinione Avv. Gen. Wahl, *Goupement des cartes bancaires*, pt. 44 e ss.)

Anche aderendo in modo scolastico all'interpretazione più agevole e confortevole per le Autorità nazionali di concorrenza, ovvero che nelle restrizioni per oggetto non sia necessario dimostrare l'effetto, è bene precisare che non necessario non vuol dire inutile: sarebbe bene che, laddove possibile, anche per le restrizioni per oggetto, le ANC si spingessero a individuare gli effetti. Ciò almeno per un duplice motivo: i) raccontare al giudice una storia che abbia un inizio e una fine, una congruenza narrativa non solo interna, tra le varie evidenze, ma anche una narrazione completa, a se stante; ii) facilitare i giudizi *follow-on*, soprattutto dopo l'approvazione della nuova direttiva sul private enforcement.

Il professor Josef Bejeck ci espone alcune considerazioni su quello che noi definiamo l'abuso di dipendenza economica e sui possibili strumenti idonei a contrastare tali situazioni.

In Italia, com'è noto, il divieto di abuso di dipendenza economica è sancito dalla legge n. 192/1998, che disciplina la subfornitura nelle atti-

vità produttive. L'art. 9, comma 3-*bis*, prevede una espressa competenza all'Autorità, qualora l'abuso di dipendenza economica abbia rilevanza per la tutela della concorrenza e del mercato. Nel 2011, tale previsione è stata integrata attraverso la previsione secondo cui, "in caso di violazione diffusa e reiterata della disciplina di cui al d.lgs. 231/2002 (sui ritardi di pagamento)" ai danni delle imprese, con particolare riferimento a quelle piccole e medie dimensioni, l'abuso si configura a prescindere dall'accertamento della dipendenza economica. La modifica introdotta nel 2011 valorizza, da un punto di vista soggettivo, l'aspetto dimensionale delle imprese che subiscono l'abuso (piccole/medie imprese); da un punto di vista oggettivo, viene superato il requisito della sussistenza della dipendenza economica, così introducendo una violazione *ex se* fondata esclusivamente sul presupposto dell'accertamento di una violazione "diffusa e reiterata" da parte dell'ente o impresa della disciplina sui ritardi di pagamento.

Tale disciplina è rimasta, fino ad oggi, lettera morta sia per la difficoltà di accertare il presupposto della dipendenza economica (la giurisprudenza ha infatti posto uno standard elevato, esigendo che possa aversi dipendenza economica solo ove si dimostri l'assenza di concrete alternative) e sia per la ulteriore difficoltà di ravvisare che un abuso di dipendenza economica abbia rilevanza per la tutela della concorrenza.

Rammento che inizialmente nei lavori preparatori la norma risultava inserita all'interno della disciplina generale di cui alla legge 287/1990. L'Autorità in un parere del 20 giugno 1995, pur ammettendo che "l'obiettivo di garantire, attraverso la disciplina del contratto di subfornitura, una maggiore trasparenza e certezza nelle transazioni commerciali tra imprese appar[iva] meritevole di una valutazione positiva dal punto di vista della tutela del funzionamento del mercato", si dichiarò contraria all'estensione dell'art. 3 della legge *antitrust*. Ciò perché: a) la figura della posizione dominante rispondeva a canoni suoi propri che non era opportuno modificare (alla luce anche del fatto che l'art. 3 discendeva direttamente dalla corrispondente norma comunitaria); b) le ipotesi di dominanza relativa, quali quelle che si verificavano nella subfornitura, non integravano sempre gli estremi della posizione dominante definita alla stregua dei suddetti canoni; c) qualora si fosse ritenuto che l'efficiente funzionamento del mercato potesse dipendere anche da una

maggior equità nei rapporti contrattuali di subfornitura, si sarebbe dovuto fare ricorso all'introduzione di una disciplina che seguisse canoni diversi da quelli della posizione dominante, così, come, peraltro, già avveniva in altri paesi per l'appunto in relazione alle situazioni di dominanza relativa.

Più di recente, nel 2012, l'art. 62 del Cresci Italia ha assegnato all'Autorità un compito di vigilanza sui rapporti contrattuali nella filiera agro-alimentare. L'art. 62, come noto, è intervenuto in modo imperativo sulla disciplina dei contratti e dei rapporti commerciali nel settore agroalimentare, vietando espressamente alcune tra le pratiche più ricorrenti del settore oltre a stabilire puntuali obblighi di forma. Tale disposizione ha altresì introdotto un sistema binario di tutela prevedendo – accanto alla giurisdizione del giudice ordinario – una competenza in capo all'Autorità Garante della concorrenza e del mercato incaricata della vigilanza sull'applicazione delle previsioni contenute nell'art. 62 e dell'irrogazione delle sanzioni a carico del contraente che contravvenga agli obblighi disposti dalla norma.

Anche in questo caso, l'Autorità ha fatto un uso molto misurato della norma a motivo, principalmente, della difficoltà applicativa di individuare la sussistenza di un significativo squilibrio contrattuale nelle rispettive posizioni di forza commerciale tra gli operatori coinvolti.

Infine, il contributo di *Ciro Favia* si sofferma sugli sviluppi e le innovazioni dei mercati energetici. Nel settore dell'energia elettrica il progresso tecnologico sta consentendo la nascita e lo sviluppo di nuovi servizi quali, ad esempio, quelli per accrescere la consapevolezza e l'efficienza nel consumo di energia o per favorire la mobilità eco-compatibile.

Tali servizi pongono alcune criticità concorrenziali. In linea generale, molte di queste criticità possono essere ricondotte all'esistenza, nella filiera elettrica, di monopolisti legali (in particolare i distributori) e di venditori che in alcuni mercati si trovano in posizione dominante, nonché alla ricorrente presenza di soggetti verticalmente integrati.

Ad esempio, spesso i servizi per un consumo intelligente devono appoggiarsi sull'attività di misura svolta in monopolio dai distributori. In questi casi, il diretto intervento nei mercati di questi servizi da parte dei distributori stessi – o di società ad essi collegate – può risolversi

nell'adozione di comportamenti distorsivi a danno dei concorrenti. In altri casi, i servizi innovativi possono essere inclusi in pacchetti collegati alla vendita della commodity effettuata da operatori in posizione dominante. Tale collegamento può comportare l'estensione della posizione dominante ai nuovi mercati, sul modello di quanto successo in passato per i servizi post-contatore, per i quali si è spesso contestato l'effetto escludente derivante dalla vendita congiunta con l'energia (derivante, in particolare, dall'inclusione nella bolletta elettrica del pagamento dei nuovi servizi).

D'altra parte, lo sviluppo di nuovi servizi accessori alla vendita della commodity viene visto da alcuni come uno dei driver più efficaci per accompagnare la crescita del mercato libero al dettaglio di energia elettrica, poste le difficoltà che secondo tali commentatori sussisterebbero in questi mercati allo sviluppo della concorrenza attraverso il mero confronto sul prezzo dell'energia.

In generale, quindi, si tratta di fenomeni di grande interesse sia per i loro possibili sviluppi diretti sia per le implicazioni sui mercati più tradizionali della vendita di energia (ma anche su altri mercati, come ad esempio quelli delle automobili per quanto riguarda il servizio di rifornimento delle auto elettriche). Nel complesso quindi, si tratta di servizi i cui sviluppi meritano una notevole attenzione anche sotto il profilo concorrenziale.



# CONCORRENZA DI PREZZO E CONCORRENZA DINAMICA NEL SETTORE FARMACEUTICO: QUALI SPAZI (E QUALI AMBIGUITÀ) TRA TUTELA DELLA CONCORRENZA E TUTELA DELLA PROPRIETÀ INTELLETTUALE\*

*Andrea Pezzoli*

SOMMARIO: 1. *Premessa*. 2. *Originator vs genericisti*. 3. *Originator vs originator: la concorrenza prima del mercato*. 4. *La scatola degli attrezzi e la concorrenza per i mercati futuri*. 5. *La distruzione creatrice e la concorrenza come processo: due "attrezzi" utili*. 6. *Considerazioni non conclusive*.

## *1. Premessa*

C'è bisogno del mercato per competere? C'è bisogno del potere di mercato per violare la disciplina antitrust?

Come noto, la teoria economica offre un ventaglio piuttosto ampio di concezioni della concorrenza e non tutte sono egualmente dipendenti dall'esistenza di un mercato, quanto meno dalla definizione di un mercato come *outcome* piuttosto che come processo.

È altrettanto noto, inoltre, come sin dalle origini il dibattito sul ruolo della disciplina antitrust ruoti intorno al concetto di potere (di mercato, economico, negoziale, politico...) che deve e può rilevare ai fini un'efficace politica della concorrenza.

Nel settore farmaceutico, soprattutto quando il confronto concorrenziale si svolge su terreni diversi dal prezzo e riguarda la rivalità tra *originator* piuttosto che tra *originator* e genericisti, la definizione del mercato e il concetto di dominanza, strumenti preziosi per le valutazioni "ordinarie", possono mostrare più di una ruga. Si tratta di rughe signifi-

---

\* Le opinioni espresse sono quelle dell'autore e non coinvolgono l'istituzione di appartenenza. L'autore desidera ringraziare Claudia Desogus e Alessandra Tonazzi per i loro preziosi suggerimenti.

cative in quanto possono rendere particolarmente complesso l'*enforcement* delle regole di concorrenza, in un settore dove già la complementarietà tra tutela della proprietà intellettuale e diritto antitrust a volte sembra trasformarsi in un'apparente conflittualità tra innovazione e concorrenza statica. Si tratta di rughe significative che evidenziano le difficoltà che può incontrare la strumentazione a disposizione delle Autorità antitrust quando si tratta di valutare la portata restrittiva di tutte quelle condotte (*merger*, accordi di cooperazione per la R&S e strategie brevettuali) idonee ad alterare la concorrenza in mercati futuri, in mercati che al momento dell'accordo, della concentrazione o dell'abuso non esistono ancora. Eppure, rallentare il processo innovativo o persino impedire la stessa nascita di un mercato dovrebbe rappresentare una violazione particolarmente grave del diritto antitrust. La concorrenza dinamica, anche quando assume la forma di innovazione "distruttiva" e nel breve termine può produrre costi sociali significativi in termini di occupazione, rappresenta senz'altro il fattore decisivo per l'incremento della produttività e per lo sviluppo economico di medio periodo<sup>1</sup>. La sua alterazione va ascritta tra i "peccati" concorrenziali più gravi.

Questo contributo, evidentemente ispirato a un brillante articolo di Josef Drexl<sup>2</sup>, si articola come segue: dopo questa breve premessa (sez. I) e un cenno alle difficoltà che si incontrano nel tentativo di distinguere le strategie brevettuali volte a difendere i risultati di sforzi innovativi da quelle meramente volte a scoraggiare l'ingresso e l'attività innovativa dei concorrenti (sez. II), si dà conto delle peculiarità del confronto competitivo tra *originator*, nella consapevolezza che tale confronto spesso si sviluppa *prima* che esista un mercato (sez. III); nella sezione IV si discute di come l'assenza di un mercato possa essere fronteggiata nel caso in cui si debba valutare una concentrazione, un accordo ovvero una condotta unilaterale; nella sezione V si richiama l'attenzione su come una concezione della concorrenza come processo, propria della Scuola Austriaca e della teoria economica evoluzionista, possa offrire

---

<sup>1</sup> Cfr. Oecd, Hearing on Disruptive Innovation, Issue Paper by the Secretariat, 16-18 June, 2015.

<sup>2</sup> Cfr. J. DREXL, *Anticompetitive stumbling stones on the way to a cleaner world: protecting competition in innovation without a market*, in *Journal of Competition Law and Economics*, 8 (3), 2012, pp. 507-543.



un utile contributo per la valutazione del confronto competitivo (e delle sue eventuali restrizioni) *prima* del mercato. La sezione VI ospita, infine, qualche considerazione non conclusiva<sup>3</sup>.

## 2. *Originator vs genericisti*

Sebbene nel settore farmaceutico il processo competitivo si fondi soprattutto su fattori non di prezzo, sulla ricerca e l'innovazione, gli aspetti statici della concorrenza di prezzo non sono affatto marginali, soprattutto nel confronto tra *originator* e genericisti. Tuttavia, anche nella rivalità tra *originator* e genericisti – che, insieme alla pressione sui prezzi esercitabile dal commercio parallelo, satura i limitati spazi a disposizione per la competizione di prezzo – la concorrenza dinamica e la tutela della proprietà intellettuale svolgono un ruolo centrale.

Se, infatti, la titolarità di un brevetto e la sua capacità di escludere non conferiscono automaticamente un potere di mercato (nella misura in cui esistono altri concorrenti effettivi e potenziali in grado di disciplinare le condotte del titolare del brevetto), in alcuni casi si può accertare l'esistenza di una posizione dominante proprio a partire dall'esistenza di una protezione brevettuale. In simili casi, la definizione del mercato e l'accertamento del potere di mercato, fatte salve le specificità del settore farmaceutico (la supremazia della sostituibilità "terapeutica" rispetto a quella prettamente economica, le difficoltà di applicazione dello SSNIP test...) possono beneficiare del percorso tradizionalmente seguito in altri contesti. Anche in questi casi, peraltro, l'accertamento del potere di mercato non richiede necessariamente l'utilizzo degli indicatori tradizionali basati sulle quote di mercato ma può essere "desunto" dalle stesse caratteristiche della condotta che si intende esaminare<sup>4</sup>.

---

<sup>3</sup> Sugli stessi temi, si veda anche A. PEZZOLI, *Originators vs originators: competition before the market and market power beyond dominance*, in G. MUSCOLO, G. PITRUZZELLA, *Competition and Intellectual Property Law in the Pharmaceutical Sector: An International Perspective*, London, prossima pubblicazione.

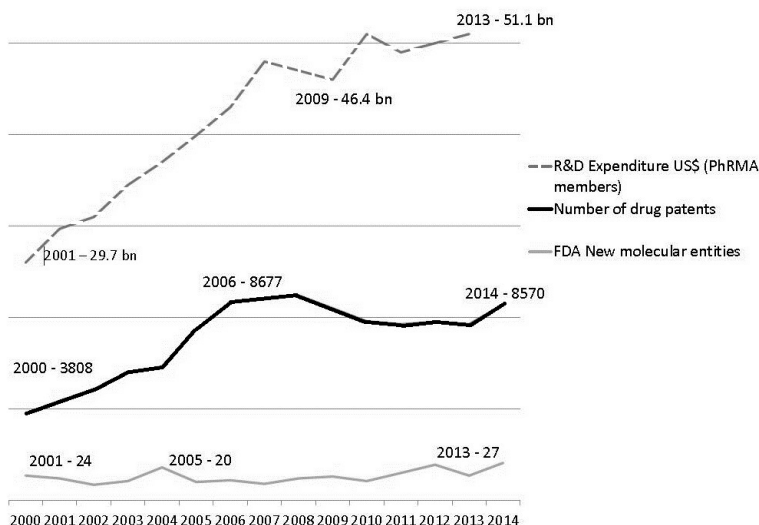
<sup>4</sup> In un caso recente di *patent settlement*, la Corte Suprema negli Stati Uniti deduce l'esistenza di una posizione dominante dall'anomalo ammontare pagato da un *originator* a un *genericista* per ritardarne l'ingresso nel mercato. Secondo la Corte Suprema le

Nel confronto concorrenziale tra *originator* e genericisti, pertanto, le difficoltà di valutazione si concentrano sull'analisi delle condotte e, in particolare, sull'esigenza di distinguere l'acquisizione e l'utilizzo dei diritti di proprietà intellettuale con finalità meramente strumentali e escludenti, dalle strategie brevettuali legittimamente volte a proteggere la giusta remunerazione per gli sforzi e gli investimenti innovativi. Tra un contenzioso brevettuale legittimo e uno meramente strumentale, tra una strategia di brevetti "dormienti" e un insieme di brevetti non ancora utilizzati ma propedeutici a ulteriori sviluppi innovativi, tra una richiesta di danni legittima e una volta a scoraggiare l'ingresso di un genericista, tra un *patent settlement* proporzionato e un *payment for delay*, il confine è estremamente sottile. Tuttavia, qualche problema nell'utilizzo della protezione brevettuale deve pur esserci se negli ultimi anni, a fronte di una crescita significativa delle spese in R&S e nel numero dei brevetti, si assiste a un continuo declino dei nuovi farmaci introdotti nel mercato (Fig. 1).

---

dimensioni anomale della somma pagata sarebbero esse stesse un indicatore del potere di mercato in quanto segnaletiche di extra-profitti e volumi meritevoli di essere difesi. Cfr. P. AREEDA, H. HOVENKAMP, *Antitrust Law 4<sup>th</sup> ed.*, par. 520, London, 2014, supplemento di H. HOVENKAMP, *Anticompetitive Patent Settlements and the Supreme Court's Actavis Decision*, disponibile in [http://papers.ssrn.com/sol3papers.cfm?abstract\\_id=2286255](http://papers.ssrn.com/sol3papers.cfm?abstract_id=2286255).

Fig. 1 - R&S, brevetti e nuovi farmaci 2000-2014



Fonte: Organizzazione Mondiale della Sanità

Proprio su questi temi si concentra gran parte dell'Indagine Conoscitiva sul settore farmaceutico conclusa della Commissione Europea nel 2009<sup>5</sup>.

Proprio sulle cosiddette strategie brevettuali “difensive” si addensano gran parte delle più recenti decisioni della Commissione e delle autorità nazionali<sup>6</sup>.

<sup>5</sup> Cfr. Communication by the Commission – Executive Summary of the Pharmaceutical Sector Inquiry Report (July 8, 2009), [http://ec.europa.eu/competition/sectors/pharmaceuticals/inquiry/citizens\\_summary.pdf](http://ec.europa.eu/competition/sectors/pharmaceuticals/inquiry/citizens_summary.pdf) and Pharmaceutical Sector Inquiry – Final Report (July 8, 2009), [http://ec.europa.eu/competition/sectors/pharmaceuticals/inquiry/communication\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/competition/sectors/pharmaceuticals/inquiry/communication_en.pdf).

<sup>6</sup> Cfr. COMP/A. 37.507/F3 - *Astrazeneca*, European Commission, 15 giugno 2005, [http://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases/dec\\_docs/37507/37507\\_193\\_6.pdf](http://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases/dec_docs/37507/37507_193_6.pdf); Case C - 457/10 P *Astrazenca AB and Astrazeneca plc vs European Commission*, Corte di Giustizia, 6 dicembre 2012, <http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?num=C-457/10>; COMP/AT 39226 – *Lundbeck*, European Commission, 19 giugno 2013, [http://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases/dec\\_docs/39226/39226\\_8310\\_11.pdf](http://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases/dec_docs/39226/39226_8310_11.pdf).

### 3. *Originator vs originator: la concorrenza prima del mercato*

Anche quando si analizzano eventuali restrizioni della concorrenza tra *originator*, strumenti tradizionali quali il mercato rilevante e la dominanza possono risultare comunque utili e adeguati. Almeno quando l'*incumbent*, il farmaco protetto dal brevetto e i relativi extra-profitti vengono minacciati e erosi dall'ingresso di un prodotto nuovo. In altri termini, quando la competizione tra *originator* non comporta l'introduzione di innovazioni "rivoluzionarie" e la nascita di nuovi mercati, l'accertamento del potere di mercato (e dell'eventuale dominanza) non costituisce un problema specifico. Anche in questi casi i problemi riguardano, piuttosto, la valutazione delle condotte, la legittimità delle strategie brevettuali nonché il difficile bilanciamento tra ciò che è legittimo per la tutela della proprietà intellettuale e ciò che può non esserlo per il diritto antitrust<sup>7</sup>.

E se invece le concentrazioni, le intese e le condotte unilaterali oggetto di valutazione riguardano mercati "futuri", mercati non ancora esistenti? La strumentazione a disposizione delle autorità di concorrenza è appropriata per cogliere l'eventuale portata restrittiva di alcune di queste condotte? In particolare, il controllo delle concentrazioni e l'applicazione degli artt. 101 e 102 del TFUE sono pienamente efficaci quando l'eventuale distorsione si verifica ancor prima della nascita del mercato?

L'Indagine Conoscitiva della Commissione sul settore farmaceutico dedica una sezione alla rivalità tra *originator* e alle eventuali ricadute

---

Per le decisioni dell'Agcm, si veda A364 - *Merck-Principi Attivi*, 21 marzo 2007, <http://www.agcm.it/concorrenza/intese-e-abusi/open/41256297003874BD/EE6153D52C3DB5CCC12572B300343157.html>, pubblicato in Boll. N. 11/2007; A363 - *Glaxo-Principi Attivi*, 08 febbraio 2006, <http://www.agcm.it/concorrenza/intese-e-abusi/open/41256297003874BD/F6DE3DE75F12767CC12571220055E7E1.html>, pubblicato in Boll. N. 6/2006; A431 - *Ratiopharm/Pfizer*, 11 gennaio /2012, <http://www.agcm.it/concorrenza/intese-e-abusi/open/41256297003874BD/9AEB2CC6CAB65EA2C1257996003333CD.html>, pubblicato in Boll. N. 2/2012. Si veda, infine, la decisione dell'Office of Fair Trading sull'abuso di *Reckitt Benckiser*, decisione n. CA98/02/011, caso CE 8931 08, 12 aprile 2011.

<sup>7</sup> Al riguardo si veda A431 - *Ratiopharm/Pfizer*, cit.

negative sulla concorrenza dinamica<sup>8</sup>. Non è chiaro, tuttavia, se le preoccupazioni della Commissione si spingano sino alle ricadute sui mercati “futuri”. Né, al riguardo, può esserci d’aiuto più di tanto, l’unico caso che riguardava il confronto tra *originator* – *Boehringer Ingelheim* – concluso senza accertamenti nel 2011<sup>9</sup>.

Al più può essere valorizzata la consapevolezza della concorrenza “innovativa” che la Commissione mostra nelle Linee Guida sugli Accordi di Cooperazione Orizzontale<sup>10</sup>.

#### 4. *La scatola degli attrezzi e la concorrenza per i mercati futuri*

Potrebbe sembrare un paradosso ma l’area che per definizione è più sensibile ai mutamenti strutturali e apparentemente più condizionata da una precisa definizione del mercato – la valutazione delle concentrazioni – è anche quella, se non più adatta, quanto meno più adattabile per fare i conti con i mercati futuri e con la concorrenza dinamica. Da un lato, infatti, il controllo delle concentrazioni è un esercizio per sua natura prospettico (cosa succederebbe a seguito della concentrazione e cosa succederebbe, invece, in assenza della concentrazione) e quindi più abituato a valutare il “futuro”; dall’altro, l’abbandono del test di dominan-

---

<sup>8</sup> Cfr. Sez. 3.3 della Pharmaceutical Sector Inquiry – Final Report, cit.

<sup>9</sup> Cfr. COMP/39.246, *Boehringer*, European Commission, 6 luglio 2011, [http://ec.europa.eu/competition/eojade/isef/case\\_details.cfm?proc\\_code=1\\_39246](http://ec.europa.eu/competition/eojade/isef/case_details.cfm?proc_code=1_39246). La Commissione contestava a *Boehringer* una strategia brevettuale volta a scoraggiare gli sforzi innovativi di *Almirall* per la cura del cancro ai polmoni. Considerato che *Boehringer* deteneva una posizione dominante nel mercato dei medicinali per la cura del cancro ai polmoni, si sarebbe trattato comunque di rivalità tra *originator* ma all’interno di un mercato già esistente. Il caso, iniziato nel 2007, si è chiuso senza l’accertamento della violazione dell’art. 102 nel 2011.

<sup>10</sup> Cfr. Linee guida UE sugli Accordi di Cooperazione Orizzontale, 2011 e, in particolare, il par. 119 dove si sottolinea come gli effetti sulla concorrenza innovativa siano importanti ma, in alcuni casi, non possano essere pienamente colti dall’analisi della concorrenza effettiva o potenziale nei mercati esistenti dei prodotti o delle tecnologie.

za, almeno a livello europeo<sup>11</sup>, consente un'analisi meno dipendente dalla definizione del mercato e meno "ossessionata" dalla costituzione o dal rafforzamento di una posizione dominante. Peraltro, anche quando l'operazione non riguarda mercati "futuri", l'analisi economica si può avvalere di tecniche che solo parzialmente richiedono il riferimento al mercato rilevante, valorizzando piuttosto la "prossimità" concorrenziale ovvero la capacità disciplinante dell'impresa oggetto dell'acquisizione.

In questa prospettiva, lo sforzo prodotto a metà anni novanta da Gilbert e Sunshine di creare artificialmente un mercato della R&D così da poter replicare, anche in assenza di un mercato vero e proprio, le analisi tipiche dell'approccio Struttura/Condotta/Performance, non appare adeguato<sup>12</sup>. Per più di una ragione viene giustamente considerato come un estremo tentativo di tenere in vita una metodologia neoclassica anche quando evidentemente risulta inappropriata<sup>13</sup>.

Se il carattere prospettico e un test meno legato alla "camicia di forza" della dominanza conferiscono al controllo delle concentrazioni un significativo grado di flessibilità, ciò non significa tuttavia che la valutazione dell'impatto di una *merger* sulla concorrenza innovativa e sul così detto benessere del consumatore sia un compito agevole. Restano da sciogliere i nodi relativi al *trade off* tra benefici di breve e effetti di medio termine sul processo innovativo e, non ultimo, riemergono prepotenti le ambiguità e le contraddizioni insite nel concetto di "consumatore medio" (sempre in dubbio se privilegiare prezzi bassi ovvero prodotti più innovativi ma più cari)<sup>14</sup>.

In linea di principio, l'"assenza" di un mercato dovrebbe pesare di meno nel caso delle intese e delle condotte collusive. È, infatti, lo stesso oggetto dell'intesa (ad es. rallentare l'attività di ricerca e ritardare l'in-

---

<sup>11</sup> Come noto a livello europeo si applica il così detto test SIEC (*Significant Impediment of Effective Competition*). A livello nazionale, invece, il test della dominanza non è stato ancora modificato.

<sup>12</sup> Cfr. R.J. GLIBERT, S.C. SUNSHINE, *Incorporating dynamic efficiency concerns in merger analysis. The use of innovation markets*, 63 *Antitrust*, L.J. 569, 1994.

<sup>13</sup> Si veda, al riguardo, R.J. HOERNER, *Innovation markets. New wine in old bottles*, 64 *Antitrust*, L.J. 49, 1995.

<sup>14</sup> Sul punto, tra gli altri, si veda F. DENOZZA, *Aggregazioni arbitrarie vs 'tipi' protetti. La nozione di benessere del consumatore decostruita*, in *Giurisprudenza Commerciale*, 6, 1 (2009), p. 1057.

troduzione di un nuovo prodotto) a definire l'ambito all'interno del quale il potere di mercato (?!) può essere esercitato e può alterare il processo concorrenziale. La definizione del mercato e il potere misurato in termini di quote, in questo caso, dovrebbero assumere una rilevanza decisamente più contenuta.

Al riguardo, tuttavia, non può non rilevarsi una palese contraddizione tra la generale limitata rilevanza delle quote quando si valuta un'intesa e la consapevolezza manifestata dal diritto comunitario in merito alla concorrenza innovativa (in particolare nelle Linee Guida UE sulla Cooperazione Orizzontale)<sup>15</sup>, da un lato, e la centralità che le quote di mercato continuano ad assumere nell'applicazione del Regolamento di Esenzione per Accordi di R&S, dall'altro<sup>16</sup>. Il Regolamento, infatti, garantisce l'esenzione a tutti gli accordi per i quali la quota congiunta non supera il 25%, finendo per esentare automaticamente tutti gli accordi che riguardano mercati "futuri", per i quali evidentemente la quota congiunta è pari a zero! Se la *ratio* ravvisabile dietro tale indulgenza appare evidente (promuovere la cooperazione finalizzata a innovazioni radicali), altrettanto evidenti appaiono i rischi concorrenziali, laddove l'accordo potrebbe essere finalizzato proprio a rallentare l'introduzione di prodotti radicalmente nuovi.

Se per il controllo delle concentrazioni e per la valutazione delle intese anche la strumentazione tradizionale sembra consentire sufficienti gradi di flessibilità per contrastare restrizioni che si possono verificare *prima* del mercato, l'applicazione dell'art.102 a condotte unilaterali volte a ritardare o scoraggiare l'attività innovativa di un altro *originator* risulta decisamente più problematica. Non esistendo (ancora) il mercato, viene a mancare anche l'eventuale posizione dominante, ovvero il presupposto per l'applicazione della norma. Siamo di fronte a un vero e proprio *enforcement gap*?

Eppure nel settore farmaceutico non è affatto infrequente che gli sforzi nell'attività di R&S e di innovazione si affievoliscano quando ci si rende conto che un altro *originator* è impegnato in attività di R&S e

<sup>15</sup> Cfr. Linee guida UE sugli Accordi di Cooperazione Orizzontale, 2011, cit.

<sup>16</sup> Cfr. EU R&D Block Exemption Regulation, Commission Regulation (EU) No 1217/2010 del 14 dicembre 2010, <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=URISERV:cc0012>.

di brevettazione nella stessa area. Di per sé simili situazioni non implicano necessariamente l'esistenza di comportamenti distorsivi della concorrenza dinamica. Anzi potrebbero essere prova proprio di un accesso confronto competitivo. Laddove, infatti, l'"esclusione" dell'*originator* rivale è il frutto di una maggiore competenza e di sforzi innovativi più efficaci, saremmo di fronte al meglio del processo competitivo, quello basato sui meriti e sulla concorrenza dinamica.

Tuttavia, le strategie brevettuali possono anche mirare solo all'esclusione del concorrente senza avere lo scopo (legittimo) di proteggere gli sforzi innovativi. In questi casi, oltre alla già citata difficoltà di distinguere le strategie brevettuali lecite da quelle meramente difensive e strumentali, ci si troverebbe nell'impossibilità di applicazione dell'art. 102 in ragione dell'assenza del suo presupposto, la posizione dominante. Oppure sarebbe necessario applicare la norma sull'abuso di dominanza, senza una posizione dominante sul mercato, Quasi un ossimoro. A meno di svincolare la dominanza dal potere... di mercato. Quanto meno, di svincolarla dal potere di mercato letto attraverso gli indicatori tradizionali.

Nella competizione innovativa tra *originator* il mercato ancora non esiste e, dunque, non c'è neanche il potere di mercato. Tuttavia, se proviamo a leggere la tradizionale definizione di posizione dominante, valorizzandone soprattutto la componente "comportamentale" ("...una posizione di potenza economica, grazie alla quale l'impresa che la detiene [...] ha la possibilità di tenere comportamenti alquanto indipendenti nei confronti dei concorrenti, dei clienti e, in ultima analisi, dei consumatori")<sup>17</sup> sembrerebbe possibile configurare il presupposto per l'applicazione dell'art. 102 anche quando l'eventuale condotta abusiva si verifica *prima* del mercato, ricavandola dalle stesse caratteristiche della condotta e, in particolare, dalla sua capacità di escludere.

In altre parole, a fronte di condotte escludenti che si realizzano al di fuori di un mercato esistente, ci si deve interrogare sulla possibilità di portare alle estreme conseguenze un approccio basato sugli effetti, per cui se la condotta dell'*incumbent* è in grado di scoraggiare l'attività

---

<sup>17</sup>Cfr. *Hoffmann-La Roche v. European Commission*, 13 febbraio 1979, <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=CELEX:61976CJ0085>.



innovativa dell'altro *originator* e, per questa via, escluderlo dal mercato futuro, allora vuol dire che l'*incumbent* "...ha la possibilità di tenere comportamenti alquanto indipendenti nei confronti dei concorrenti, dei clienti e, in ultima analisi, dei consumatori".

Un'interpretazione più ampia e flessibile del presupposto per l'applicazione dell'art. 102, per un verso appare più coerente con il test che, a livello comunitario, viene utilizzato per la valutazione delle concentrazioni, per altro verso potrebbe costituire un passo importante per convergere verso una valutazione delle condotte unilaterali più simile a quella adottata al di là dell'Atlantico, centrata sulla monopolizzazione e sul tentativo di monopolizzazione, concettualmente più adatta a cogliere gli aspetti dinamici del processo competitivo.

In alternativa, se la fattispecie lo consente, si può "aggirare" il problema e contestare la violazione dell'art. 102 solo quando, in ragione della condotta restrittiva, l'*originator* ha finalmente conquistato la dominanza sul nuovo mercato e applica "condizioni ingiustificatamente gravose". In fondo è la soluzione "creativa" che la Commissione ha adottato in un caso di *patent ambush*. A differenza dell'approccio seguito dalla *Federal Trade Commission*, che ha direttamente contestato a Rambus "l'imboscata" – ovvero di aver taciuto ai membri della *standard setting organisation* la copertura brevettuale della sua tecnologia, quando ancora non era stata individuata come tecnologia standard e quindi prima di essere dominante – la Commissione ha preferito attendere che la tecnologia diventasse essenziale, che Rambus dominasse il mercato e che, chiedendo ai suoi concorrenti *royalty* ingiustificatamente gravose, adottasse una strategia escludente<sup>18</sup>.

---

<sup>18</sup> Si vedano, al riguardo, *Rambus v. Federal Trade Commission*, 522 F.3d 456, 2008 e COMP/38636 *Rambus*, decisione della Commissione del 9 dicembre 2009, disponibile anche in [http://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases/dec-docs/38636/38636\\_1203\\_1pdf](http://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases/dec-docs/38636/38636_1203_1pdf).

### 5. La distruzione creatrice e la concorrenza come processo: due “attrezzi” utili

Nell’ottica di una valutazione più appropriata delle possibili restrizioni che possono alterare le forme più innovative e più benefiche di concorrenza, la tradizionale scatola degli attrezzi a disposizione delle autorità antitrust potrebbe beneficiare non poco anche del contributo teorico che può essere offerto da una concezione della concorrenza come processo piuttosto che come semplice *outcome*. In questo senso l’analisi economica più tradizionale, radicata nella teoria neoclassica non appare in grado di contribuire.

Assai più interessanti, invece, appaiono gli stimoli provenienti dalla così detta Scuola Austriaca e dalle teorie evoluzioniste.

Entrambe le teorie appaiono in grado di arricchire significativamente il concetto di concorrenza come “distruzione creatrice”, proprio della tradizione Schumpeteriana, riferimento obbligato quando ci si confronta con i rapporti tra mercato e innovazione nonché ponte tra l’ortodossia neoclassica e la Scuola Austriaca.

Alla sensibilità per un approccio dinamico, per l’incertezza e l’ignoranza come basi del processo di mercato, la teoria economica Austriaca e l’approccio degli Evoluzionisti affiancano la centralità del ruolo svolto dall’imprenditore sia nell’attività di invenzione e di innovazione che, soprattutto, per la sua funzione equilibratrice e non solo distruttrice. Gli Austriaci, in particolare, si distinguono dalla visione Schumpeteriana di un sistema economico in equilibrio che può essere alterato solo dalla distruzione creatrice. Il “normale” stato del sistema economico per la Scuola Austriaca è un continuo stato di disequilibrio che inevitabilmente viene messo in discussione. Coerentemente, la concorrenza viene concepita come un continuo processo di rivalità tra imprenditori<sup>19</sup>.

---

<sup>19</sup> Tra i principali contributi della Scuola Austriaca, si segnalano ai nostri fini I.M. KIRZNER, *Competition and Entrepreneurship*, Chicago, 1974; ID., *Discovery and the Capitalist Process*, Chicago, 1985; ID., *The Meaning of Market Process. Essays in the Development of Modern Austrian Economics*, London, 1992; L. VON MISES, *Human Action*, New Haven, 1949; F.A. HAYEK, *Economics of knowledge*, in *Economica*, vol. 4, pp. 33-54, ristampato in ID., *Individualism and Economic Order*, London, 1959; ID., *The meaning of competition*, in ID., *Individualism and Economic Order*, London, 1959;

Sebbene più deboli della teoria neoclassica sotto il profilo normativo, sia la Scuola Austriaca e la teoria Evoluzionista, sembrano meglio cogliere le caratteristiche di una concorrenza tra *originator*, slegata dai confini del mercato, e che può aver luogo anche prima che un vero e proprio mercato si formi. In questa prospettiva, il loro contributo può senz'altro arricchire la scatola degli attrezzi necessaria per l'applicazione delle regole di concorrenza.

### 6. Considerazioni non conclusive

Le considerazioni sin qui svolte possono essere così sintetizzate, consentendo una qualche, seppur parziale, conclusione:

- i) il confronto competitivo può aver luogo anche *prima* e *al di fuori* di un mercato esistente. Si tratta di concorrenza basata sull'innovazione che, in quanto, tale, contribuisce in misura significativa alla crescita economica e al benessere dei consumatori. Ostacolarla dovrebbe essere considerata una violazione particolarmente grave della disciplina antitrust;
- ii) gli indicatori tradizionali del potere di mercato e lo stesso concetto di mercato rilevante non sempre consentono di cogliere le condotte restrittive della concorrenza dinamica e, in particolare, le restrizioni che si sviluppano *prima* che un mercato si formi;
- iii) gli strumenti teorici offerti dall'economia neoclassica si rivelano solo parzialmente appropriati per comprendere la rivalità tra *originator*;
- iv) sul piano pratico – ovvero nell'*enforcement* della disciplina antitrust – le difficoltà di valutazione di condotte che alterano la concorrenza (o la stessa nascita) di mercati futuri, sembrano più agevolmente

---

F.A. HAYEK, *Competition as a Discovery Procedure*, in *New Studies in Philosophy, Politics, Economics and the History of Ideas*, Chicago, 1978. Per le teorie evoluzioniste, si veda, tra gli altri, J. FOSTER, *Competition, competitive selection and economic evolution*, in P. GARROUSTE, S. IOANNIDES (eds.), *Evolution and Path Dependence in Economic Ideas*, London, 2001; R. NELSON, S. WINTER, *An Evolutionary Theory of Economic Change*, London, 1982. Infine, l'immane riferimento a J.A. SCHUMPETER, *Capitalism, Socialism and Democracy*, New York, 1942.

superabili quando si analizzano processi di concentrazione o intese e accordi;

- v) decisamente più complessa la valutazione di condotte unilaterali, per le quali l'assenza di un mercato (e dunque di una posizione dominante) potrebbero sembrare ostacoli insuperabili per l'applicazione dell'art. 102. Al riguardo, però, possono risultare preziosi i contributi di teorie economiche più familiari con una concezione di concorrenza come processo (la Scuola Austriaca, gli Evoluzionisti e Schumpeter), oltre che una lettura volta a valorizzare la componente comportamentale della dominanza e l'analisi basata sull'idoneità delle condotte a produrre effetti restrittivi e escludenti. Una lettura, in sintesi, che avvicini l'applicazione del diritto comunitario al concetto di *monopolization* e di *attempt to monopolize*, tipico dell'antitrust statunitense.

# GLI INTERVENTI DELL'AUTORITÀ NEI SISTEMI DI PAGAMENTO\*

*Vito Meli*

SOMMARIO: 1. I sistemi di pagamento. 2. La MIF come intesa di prezzo. 3. Il fondamento della MIF e i mercati a due lati. 4. Gli interventi della Commissione Europea e dell'Autorità Antitrust: la prima fase. 5. Gli interventi della Commissione Europea e dell'Autorità Antitrust: la seconda fase. 6. Si tratta di un caso «fallimento del mercato»? 7. L'intervento della regolazione. 8. Conclusioni.

## *1. I sistemi di pagamento*

Nell'ambito della sessione di questo convegno relativa all'effettiva esperienza di *enforcement* della concorrenza ed alle nuove prospettive di intervento, il mio contributo riguarda il settore finanziario, all'interno del quale gli interventi delle autorità di concorrenza hanno spesso interessato i sistemi di pagamento. Ciò è dipeso dagli accordi orizzontali che caratterizzano tali sistemi. Il tentativo di questo contributo è dunque di evidenziare le linee evolutive dell'azione antitrust, ma come vedremo anche dell'azione regolatoria, portata avanti dalla Commissione Europea e dall'Autorità Antitrust Italiana in merito alla commissione interbancaria multilaterale (cosiddetta MIF) che caratterizza le carte di pagamento.

Come noto, la peculiarità dei sistemi di pagamento consiste nel loro funzionamento in circolarità: ovvero devono essere possibili rapporti fra tutti gli aderenti. Infatti, poiché ad esempio il debitore paga con una carta di pagamento e il creditore riceve un accredito sul proprio conto da parte della banca del debitore, la quale addebita l'importo al proprio cliente, vi è la necessità di prevedere le modalità di relazione fra le due

---

\* Le opinioni espresse sono dell'Autore e non impegnano in alcun modo l'Istituzione di appartenenza.

banche (che solo casualmente coincidono) affinché lo strumento adottato per il pagamento sia riconosciuto da entrambe, “regolato” e portato a termine. Questa attività di gestione delle regole di funzionamento dei sistemi di pagamento è svolta da soggetti bancari e non.

Astrattamente è possibile immaginare una situazione di rapporti bilaterali fra tutti i soggetti partecipanti al sistema di pagamento, ovvero tutti gli aderenti potrebbero stipulare i necessari contratti con tutti gli altri partecipanti. Tuttavia, in questo modo i costi di transazione sarebbero insostenibili, essendo i contratti da stipulare eccessivamente numerosi. Si consideri infatti che solo in Italia vi sono oltre 600 banche: dato che il debitore e il creditore potrebbero essere clienti di una qualunque banca, perché lo strumento di pagamento funzioni è necessario che tutte le banche abbiano in essere un “rapporto” con le altre; sarebbero necessari oltre 200 mila rapporti<sup>1</sup>. Se lo strumento di pagamento è progettato per essere accettato a livello internazionale (come normale per le carte di credito e via via anche per altri strumenti di pagamento) il numero di rapporti sale di conseguenza. Ne discende che i rapporti devono essere multilaterali, ovvero devono essere decisi in modo centralizzato affinché i partecipanti al sistema non debbano fare altro che aderirvi. Per le carte di credito tali rapporti sono costituiti dalle regole di circuito; per gli altri sistemi di pagamento dalle regole interbancarie. Ciò che rileva nel nostro esame è che in entrambi i casi si tratta di intese orizzontali.

## 2. La MIF come intesa di prezzo

Ma di che intese si tratta? Per lo più si tratta di regole tecniche e giuridiche di funzionamento. Tali accordi possono avere effetti sulla concorrenza, ma nella maggior parte dei casi non sono state oggetto di interesse da parte delle autorità antitrust<sup>2</sup>. Ma, quasi sempre sono previsti

---

<sup>1</sup> Infatti il numero di contratti necessari sarebbe pari a  $[n*(n-1)]/2$ , dove  $n$  rappresenta il numero di soggetti partecipanti al sistema.

<sup>2</sup> Benché, ad esempio, sia stata oggetto di attenzione da parte delle autorità di concorrenza la cosiddetta *Honour All Cards Rule* – HACR, che prevede che l’ esercente debba accettare come strumento di pagamento tutte le carte emesse dal circuito per il quale è convenzionato. Dato che le diverse carte possono avere differenti condizioni

anche corrispettivi economici; si parla quindi di commissioni interbancarie o *Interchange Fee* (ICF), ovvero di *Multilateral Interchange Fee* (MIF), in quanto sono commissioni interbancarie definite a livello multilaterale (non con contrattazione bilaterale). Nel caso più comune delle carte di pagamento, l'ICF/MIF è l'importo che la banca dell'esercente – la quale percepisce dall'esercente la *merchant fee* – corrisponde per ogni transazione alla banca del titolare – la quale tipicamente non è remunerata dal titolare per ogni transazione, ma solo annualmente con il canone della carta. Concretamente ciò significa che tale importo sarà uguale per tutti gli aderenti al sistema e non dipenderà da quanto essi altrimenti avrebbero dovuto contrattare bilateralmente. Talvolta la MIF è in cifra fissa, talvolta in percentuale, altre volte ancora una combinazione dei due elementi.

Sotto il profilo antitrust questi accordi costituiscono intese orizzontali di prezzo e comportano quindi la massima attenzione da parte delle autorità di concorrenza. L'illiceità di un accordo di prezzo (benché, in questo caso, non di un prezzo finale) deriva direttamente dalle previsioni di legge. In generale il divieto ha un fondamento economico ovvio: i prezzi concordati conducono ad esiti economici di tipo monopolistico. Tuttavia nel nostro caso l'importo della MIF è corrisposto dagli aderenti al sistema di pagamento agli altri partecipanti, quindi per il sistema nel suo complesso costituisce una partita di giro. A ben guardare, però, essendo l'importo della MIF il livello minimo della commissione finale<sup>3</sup>, vi è un incentivo degli aderenti al sistema alla fissazione di una MIF più alta del dovuto al fine di lucrare extraprofitti sulle *merchant fees*. Si realizzano dunque anche importanti effetti anche sui prezzi finali, intesi come prezzo di convenzionamento praticato agli esercenti e

---

economiche, ciò comporta che l'esercente non può scegliere nell'ambito del circuito di accettare solo le carte più convenienti (o meno costose). La *Honour All Cards Rule* è stata poi vietata dal Regolamento (UE) 2015/751 relativo alle commissioni interbancarie sulle operazioni di pagamento basate su carta, di cui si dirà oltre.

<sup>3</sup> La banca (o altro soggetto) *acquirer* non fisserà una *merchant fee* inferiore alla MIF perché altrimenti per ogni transazione dovrebbe corrispondere alla banca (o altro soggetto) *issuer* un importo maggiore di quello che percepisce dall'esercente, in pratica operando in perdita.

di prezzi finali praticati a tutti i consumatori, che devono necessariamente tenere conto dei costi sopportati dagli esercenti.

Inoltre, i circuiti (ad esempio Visa e MasterCard) – che fissano la MIF ma non la *merchant fee*, stabilita dai soggetti *acquirer* – tendono a incentivare la diffusione delle proprie carte adottando una MIF più elevata, dato che gli emittenti hanno più convenienza ad emettere la carta che per ogni transazione garantisce loro la commissione interbancaria più elevata. Ne consegue un effetto perverso di concorrenza che comporta un rialzo dei prezzi, invece che una diminuzione, non essendo gli esercenti in grado di rifiutare il convenzionamento per le carte più «costose»<sup>4</sup>.

### 3. Il fondamento della MIF e i mercati a due lati

Questi elementi spiegano l'interesse delle autorità di concorrenza per la MIF<sup>5</sup>. Ma per quale ragione è stata introdotta la MIF? A fondamento della MIF vengono riportate due principali interpretazioni, non necessariamente alternative, ma che comportano risultati analitici diversi:

- la MIF costituirebbe la remunerazione per il servizio svolto da ciascun aderente al sistema in favore della sua controparte;
- essa costituirebbe un trasferimento di risorse dalla banca del creditore alla banca del debitore (o, raramente, viceversa), necessaria affinché il mercato si sviluppi.

La seconda spiegazione della MIF chiama in causa il concetto di mercato a due lati (*two sided market*), caratterizzato dalla necessità di uno sviluppo armonioso dei due lati. Le politiche di prezzo nei mercati a due lati comportano l'esigenza di fissare prezzi per ciascun lato del mercato che tengano conto degli effetti su entrambi i lati. Nel caso delle

---

<sup>4</sup> Per l'esercente il pagamento con una carta di credito caratterizzata da una MIF più elevata comporterà quasi certamente il pagamento di una *merchant fee* maggiore. In questo senso, per l'esercente vi sono carte più costose e carte meno costose.

<sup>5</sup> Per avere un'idea della rilevanza del fenomeno delle commissioni interbancarie basti pensare che la Commissione Europea stima il loro ammontare per le sole carte di pagamento nell'ambito comunitario in 10 mld di € l'anno.



carte di pagamento, gli aderenti al sistema fisseranno i prezzi di ciascun lato considerando gli effetti che ne derivano su entrambe le attività di *issuing* e *acquiring*. Secondo questa interpretazione, i titolari delle carte di pagamento non sono disposti a pagare (a sufficienza e volta per volta) per il servizio di cui usufruiscono, mentre sono disposti a farlo gli esercenti, che traslano tale costo sui prezzi finali. Ne consegue che il costo dell'*issuing* (o una parte di esso) deve essere attribuito agli esercenti: così la MIF incentiva l'attività di emissione delle carte, che altrimenti si collocherebbe ad un livello sub-ottimale, deprimendo anche l'*acquiring*.

Affinché questo sistema di *pricing* funzioni è necessario impedire che il lato del mercato che sopporta i costi maggiori (gli esercenti) ribalti il costo sul lato che si vuole far pagare meno (i titolari). La MIF, quindi, esplica al meglio gli effetti desiderati in presenza della cosiddetta clausola di non discriminazione (NDR), che, nell'ambito del contratto di convenzionamento, vieta all'esercente di imporre a coloro che pagano con la carta di credito una commissione supplementare.

In relazione alle caratteristiche dei mercati a due lati occorre considerare che in tali mercati possono realizzarsi esternalità di rete indirette (diverse da quelle dirette, che per esempio caratterizzano l'adesione alla rete telefonica), tali che l'utilità dei titolari si accresce al crescere del numero degli esercenti convenzionati e viceversa. Essendo noto che in presenza di esternalità di rete il livello di consumo può essere inferiore a quello ottimale, i fautori della MIF sostengono che in un mercato a due lati ed in presenza di esternalità di rete, il trasferimento di risorse da un'attività all'altra può consentire il raggiungimento di un equilibrio caratterizzato da un grado di benessere del consumatore altrimenti irraggiungibile. Infatti, se come detto i titolari delle carte non sono disposti a pagare (a sufficienza) il servizio, l'attribuzione agli esercenti di parte del costo dell'*issuing* consente di impedire che l'attività di emissione delle carte si collochi ad un livello di consumo sub-ottimale, con ciò deprimendo anche l'*acquiring* ed impedendo lo sfruttamento delle esternalità di rete.

L'analisi, solo schematicamente abbozzata, è tuttavia parziale e non tiene conto di altri effetti:

- senza un limite alla MIF l'uso delle carte di pagamento può accrescersi oltre il livello ottimale;
- in generale, la MIF tende a essere più elevata del dovuto, sia in relazione al servizio che offre agli esercenti che in termini di efficienza allocativa;
- inoltre, non è dimostrato adeguatamente l'assunto di partenza in base al quale i titolari non sarebbero disposti a pagare il costo del servizio.

In ogni caso, si può concludere che gli aderenti al sistema potrebbero avere incentivi a fissare una MIF superiore a quella ottimale, ma anche che una MIF pari a zero potrebbe essere inferiore al livello ottimale ed indurre uno sviluppo del sistema insufficiente a sfruttare le esternalità di rete. Si giustifica pertanto un intervento pubblico sul livello della MIF.

#### *4. Gli interventi della Commissione Europea e dell'Autorità Antitrust: la prima fase*

Numerosi sono stati dunque gli interventi delle autorità di concorrenza sulle MIF. Per quanto riguarda la Commissione Europea e l'Autorità italiana si nota un'evoluzione delle modalità e degli esiti dell'intervento che consente di distinguere due diverse fasi. Appartengono alla prima fase i seguenti (principali) interventi:

##### Interventi della Commissione

Anno	Caso	Esito
1986	31.356-ABI	Rilevata una restrizione della concorrenza, ma concessa la deroga

GLI INTERVENTI DELL'AUTORITÀ NEI SISTEMI DI PAGAMENTO

1999	34.010-Nederlandse... (accordo GSA 1991); 33.793-Nederlands Postorderbond; 34.234-Verenigde Nederlandse...; 34.888-Nederlandse Organisatie...	Rilevata una restrizione ma non ostacola commercio intracomunitario (caso particolare, a seguito della Sent. Bagnasco)
2002	29.373-Visa International	Rilevata una restrizione della concorrenza, ma concessa la deroga <sup>6</sup>
2007	38.606-Groupement Des Cartes Bancaires "CB"	Rilevata una restrizione della concorrenza, (viene vietata una commissione a carico degli issuer)
2007	34.579-MasterCard I; 36.518-EuroCommerce; 38.580-Commercial Cards	Rilevata una restrizione della concorrenza; non viene concessa la deroga in quanto non è stato dimostrato beneficio

Interventi dell'Autorità italiana (AGCM e Bd'I)

Anno	Caso	Esito
Bd'I		
1994	I105-Accordi Interbancari-Abi	Rilevata una restrizione della concorrenza; viene concessa la deroga (in base all'analisi dei costi?)
1998	I360-Pagobancomat	Rilevata una restrizione della concorrenza; viene concessa la deroga in base all'analisi dei costi
2001	I360B-Abi/Co.Ge.Ban.	<i>idem</i>
2003	I360C-Abi/Accordi Interbancari	<i>idem</i>
2002	I360D-Abi/Co.Ge.Ban.	<i>idem</i>
2003	I578-Visa Italia-Commissione Interbancaria "Benzine"	Non viene avviata l'istruttoria sulla base dell'analisi dei costi

<sup>6</sup> Nel 2002, nell'ambito del primo caso VISA, la Commissione riconosce il mercato delle carte di pagamento come mercato a due lati, ma non accoglie l'argomento di VISA (e di MasterCard che era intervenuta nella procedura) secondo il quale l'*acquiring* deve necessariamente finanziare l'*issuing* se si vuole che il sistema non collassi. Pertanto, nel concedere la deroga la Commissione decide di parametrare la MIF esclusivamente al costo sostenuto dalla banca *issuer* per conto della banca *acquirer*.

2003	I574-Servizi Interbancari	Viene ritenuto che la MIF ridotta è non restrittiva, in base all'analisi dei costi (ma il caso è su CartaSi)
2004	I624-Pagobancomat	Rilevata una restrizione della concorrenza; viene concessa la deroga in base all'analisi dei costi
AGCM <sup>7</sup>		
2007	I661-Accordi Interbancari "Abi-Co.Ge.Ban."	Sono accolti impegni delle Parti in base all'analisi dei costi

Nella prima fase (grosso modo dal 1986 al 2007) le autorità di concorrenza non hanno accettato di autorizzare la MIF sulla base dell'argomento che essa è necessità per finanziare l'attività di emissione delle carte da parte dell'*acquiring*. Piuttosto, le autorità hanno acconsentito all'esistenza della MIF solo nella misura in cui di volta in volta fosse dimostrato che il suo valore era non superiore ai costi sopportati dagli *issuers* per i servizi svolti in favore degli *acquirers*. In sostanza, in questa fase, la MIF è stata intesa dalle autorità di concorrenza come la remunerazione dei costi sostenuti.

Lo strumento giuridico utilizzato è stato quello dell'esenzione in deroga, il che comporta il soddisfacimento cumulativo delle quattro condizioni di esenzione in deroga:

- l'intesa deve produrre miglioramenti nelle condizioni di offerta sul mercato;
- si deve realizzare un sostanziale beneficio per i consumatori;
- la restrizione della concorrenza è strettamente indispensabile per il conseguimento delle finalità di cui sopra;
- malgrado la restrizione, la concorrenza non viene eliminata da una parte sostanziale del mercato.

Ovvero, le imprese devono dimostrare che la MIF è necessaria e consente una gestione più efficiente del servizio e che il vantaggio di efficienza derivante dall'introduzione della MIF è trasferito (anche) ai consumatori finali. Infine, l'introduzione della MIF non deve comporta-

---

<sup>7</sup> Nel 2006 la competenza all'applicazione delle regole nazionali di concorrenza passa dalla Banca d'Italia all'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato.

re l'eliminazione della concorrenza da una parte sostanziale del mercato (ovvero, gli aderenti al sistema di pagamento devono poter concorrere su altri aspetti).

### 5. Gli interventi della Commissione Europea e dell'Autorità Antitrust: la seconda fase

Vi sono poi gli interventi principali delle autorità di concorrenza comunitaria e italiana che si possono considerare appartenenti alla seconda fase:

#### Interventi della Commissione

Anno	Caso	Esito
2009	34.579-MasterCard I	A fronte di una riduzione della MIF, la Commissione decide di non contestare l'inottemperanza (né di avviare nuova procedura) sulla base della logica del <i>tourist test</i>
2010 e 2014	39.398-Visa MIF	Sono accolti impegni delle Parti in base alla «merchant-indifference methodology, which seeks to establish the MIF at a level at which merchants have no preference whether a payment is made with a Visa Europe debit card or with cash»
2012	Regolamento 260/2012	Viene vietata la MIF per il SEPA Direct Debt (strumento di pagamento che sostituisce il RID)
in corso	40.049-MasterCard II	Ancora in corso

#### Interventi dell'AGCM

Anno	Caso	Esito
2009	I704-Assegni Mav-Commissioni Interbancarie	Sono accolti impegni delle Parti in base all'analisi dei costi e al <i>tourist test</i> (ma alcune MIF sono abolite) «ravvisabili ragioni di efficienza economica legate alla promozione della diffusione dello specifico servizio e alla corretta attribuzione dei costi sostenuti dalle diverse banche coinvolte»
2010	I720-Carte di Credito MasterCard	L'intesa è vietata in base al <i>tourist test</i> (ma il TAR annulla la decisione; in attesa del CdS)

2010	I725-Accordi Interbancari “Riba-Rid-Bancomat”	Sono accolti impegni delle Parti in base all’analisi dei costi e dell’efficienza
2010	I724-Commissione Interbancaria Pago-bancomat	Sono accolti impegni delle Parti in base all’analisi dei costi e all’«efficienza economica a livello di sistema»
2012/ 2013	AS901 e AS 1074	Viene auspicata l’adozione del <i>tourist test</i> a livello comunitario
2014	I773-Bill Payments	Sono accolti impegni delle Parti in base al <i>tourist test</i>

Nella seconda fase, ovvero dal 2009, le autorità di concorrenza si interessano più genericamente alle ragioni di «efficienza generale» e introducono il *tourist test* (più propriamente detto *Merchant Indifference Test*). Si tratta del test di indifferenza dell’ercente: la MIF deve essere tale da rendere l’ercente indifferente fra il pagamento con la carta e il pagamento con il contante. Partendo dall’assunto che l’importo della *merchant fee* è funzione del livello della MIF, esso vuole approssimare l’utilità marginale per l’ercente, considerando che lo sviluppo più efficiente del sistema è quello nel quale ciascun utilizzatore sostiene in media un costo pari all’utilità marginale.

Anche sotto il profilo procedurale emergono differenze rispetto alla fase precedente. Si nota infatti un passaggio dall’uso dello strumento dell’autorizzazione in deroga a quello degli impegni. Quest’ultimo può essere considerato di per sé come un istituto più “regolatorio” dell’esenzione in deroga, che è necessariamente limitata nel tempo e successiva ad un’analisi puntuale dei quattro requisiti di legge, nonché successiva ad una valutazione di restrittività dell’intesa (valutazione che nella procedura chiusa con impegni non viene effettuata).

In relazione alla scelta del *tourist test* quale criterio guida per la fissazione del livello della MIF consentito dalle autorità di concorrenza si deve considerare allora se esso approssimi la valutazione del livello ottimale della MIF. A nostro avviso, certamente esso è volto a incorporare le esternalità di rete, tuttavia esso non consente di tenere conto delle altre esternalità (per es., gli elevati costi sociali connessi criminalità e all’evasione fiscale, che si possono considerare fortemente ridotti con il passaggio dei pagamenti dal contante alle carte). Si può dire quindi che esso considera l’utilità degli aderenti al sistema, non l’utilità totale,

quindi non consente di massimizzare l'«efficienza generale», ma solo di massimizzare l'efficienza del sistema di pagamento.

Ciò ci porta a ipotizzare che siano individuabili tre diversi livelli ottimali di MIF, a seconda dell'approccio seguito:

- il livello della MIF parametrato alla sola remunerazione dei costi sostenuti dall'*issuer* per l'*acquirer*;
- il livello della MIF parametrato al *tourist test*, che rende l'esercente indifferente fra il pagamento con carta di credito e il pagamento in contanti;
- il livello della MIF che massimizza il complessivo benessere sociale, relativo non solo ai partecipanti al sistema delle carte di pagamento ma a tutta la collettività.

#### 6. Si tratta di un caso «fallimento del mercato»?

Travalicando quindi dai meri confini della tutela della concorrenza, ci si chiede allora se non si debba ritenere che lo sviluppo sub-ottimale dei sistemi di pagamento con carta – sviluppo sub-ottimale che si avrebbe laddove non vi fosse una compensazione fra i due lati del mercato fissata centralmente – costituisca un «fallimento del mercato» in senso classico. E, di conseguenza, se esso potrebbe essere affrontato più efficacemente *ex ante* con la regolamentazione, invece che *ex post* con gli strumenti antitrust. In altre parole, l'intervento antitrust – per sua natura *ex post* e limitato nell'analisi istruttoria – conduce solo casualmente al livello ottimale della MIF (ottimale per l'intera collettività, non solo per gli aderenti al sistema)?

La tesi in qualche modo era già stata anticipata dall'Autorità Garante nel 2002<sup>8</sup>:

...questa Autorità non può astenersi dal rilevare che l'autorizzazione ai sensi dell'articolo 4 della legge n. 287/90 [NDR: si tratta dell'autorizzazione in deroga di cui si è detto], di un'intesa che istituisce un sistema di autoregolamentazione, può non essere lo strumento più adeguato per

---

<sup>8</sup> Caso I360D-Abi/Co.Ge.Ban. Provvedimento n. 11006 del 24 luglio 2002 contenente il parere alla Banca d'Italia.

il raggiungimento dell'efficienza ed il miglioramento in termini di benessere sociale che si vorrebbero perseguire. In particolare, il ricorso all'autorizzazione, ai sensi dell'articolo 4 della legge n. 287/90, presuppone che sia lasciato agli stessi operatori di assicurare, nella soluzione di un problema di fallimento del mercato, anche una adeguata tutela degli interessi di soggetti terzi - nello specifico, i consumatori - che potrebbero trovare più appropriata rappresentanza nell'ambito di un'attività di tipo regolatorio.

### 7. *L'intervento della regolazione*

Anche la Commissione Europea, pur senza esplicitare l'argomento in questi stessi termini, si è mossa infine nella medesima direzione. L'adozione, alla fine di aprile del 2015, del «Regolamento relativo alle commissioni interbancarie sulle operazioni di pagamento basate su carta»<sup>9</sup> prevede infatti un tetto alla MIF applicabile alle carte di pagamento (non a tutte, in effetti). Inoltre, nell'ambito della nuova proposta di direttiva sui servizi di pagamento-PSD2<sup>10</sup>, la Commissione prevede anche di vietare il *surcharging* (ovvero l'imposizione da parte degli esercenti di una commissione ai clienti che pagano con carta di credito o di debito), benché solo nei casi in cui la MIF sia soggetta a regolazione. Nel complesso, quindi, le Istituzioni Comunitarie si stanno muovendo verso:

- la conferma del riconoscimento della necessità della presenza della MIF;
- il riconoscimento dell'opportunità che il livello della stessa sia soggetto ad un intervento pubblico di tipo regolatorio, affinché venga approssimato meglio il livello "ottimale";
- il riconoscimento della liceità della NDR, che diventerebbe un obbligo normativo imposto agli esercenti dalle stesse regole comunitarie, piuttosto che dalle regole di convenzionamento predisposte dai circuiti.

---

<sup>9</sup> Regolamento (UE) 2015/751 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 29 aprile 2015, relativo alle commissioni interbancarie sulle operazioni di pagamento basate su carta, pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale dell'Unione europea del 19 maggio 2015.

<sup>10</sup> Revised Directive on Payment Services (PSD2).



Tale nuovo approccio comunitario non preclude l'intervento a tutela della concorrenza, dato che il Regolamento dell'aprile 2015 prevede esplicitamente che sia «Impregiudicata l'applicazione delle regole di concorrenza», tuttavia tende a ridurre la portata generale, destinandolo alle situazioni specifiche, benché l'"assestamento" fra l'applicazione delle regole di concorrenza e la regolazione dovrà essere trovato nel prossimo futuro.

Ricapitolando, quindi, le linee evolutive in relazione al trattamento della MIF nell'ambito delle carte di pagamento possono essere sintetizzate nei seguenti punti:

- inizialmente la prassi antitrust ha individuato e affrontato un problema nuovo, quello del livello di sviluppo ottimale dei sistemi di pagamento alternativi al contante e della relazione che questo ha con le regole di concorrenza;
- le autorità di concorrenza hanno quindi applicato gli strumenti propri del diritto antitrust, evolvendo nel tipo di analisi svolta e nelle modalità procedurali, secondo le linee già descritte, ma sempre rimanendo legate all'"armamentario" proprio del diritto antitrust;
- per sua natura l'intervento antitrust non ha potuto risolvere il problema in termini di economia del benessere, ma ha evidenziato che il tema può essere considerato un «fallimento del mercato»;
- nel far ciò, l'intervento delle autorità di concorrenza ha implicitamente chiamato in causa la regolazione, che infine è stata prevista dalla Commissione.

In relazione alla scelta fatta a livello comunitario di regolazione nell'ambito delle carte di pagamento si possono fare ulteriori osservazioni relative all'individuazione della MIF quale variabile principale da porre sotto il controllo pubblico. Non ci addentriamo nella questione delle esternalità che possono derivare dall'uso delle carte di pagamento (e di altri strumenti alternativi al contante) e assumiamo comunque la presenza di tali esternalità collegate al pagamento con moneta elettronica. Come pure assumiamo che in assenza di un intervento pubblico il livello di sviluppo delle carte di pagamento sarebbe sub-ottimale. Ci si chiede però se tale sub ottimalità dipenda esclusivamente (o principalmente) dalla presenza o meno della MIF (e dal collegato divieto e meno di *surcharge*). In altri termini, l'intervento sulla MIF consente – da solo

– di riportare lo sviluppo del sistema al livello ottimale? Sul punto si può solo osservare che, sulla base degli argomenti esposti, l'intervento sulla MIF volto a consentirne lo sviluppo del sistema entro il limite al quale esso massimizza l'utilità degli esercenti non garantisce il raggiungimento del livello di sviluppo del sistema che massimizza l'utilità complessiva. Tale livello – presumibilmente più elevato dell'altro – potrebbe essere raggiunto solo con interventi regolatori ben più invasivi (si vedano, ad esempio, le ipotesi oggetto di discussione relative all'abolizione dell'obbligo di accettazione del contante in taluni Paesi).

D'altro canto, si osserva poi che la combinazione della regolazione della MIF e del divieto di *surcharge* preclude qualunque indicazione di prezzo, facendo venire meno un ancoraggio all'efficienza allocativa e rendendo, perciò, onerosa la responsabilità del regolatore nello scegliere la misura della MIF, essendo i segnali del mercato ai quali affidarsi quasi inesistenti. Se ciò spiega l'adozione come riferimento per stabilire il livello della MIF del *tourist test*, non supera però le perplessità sulla capacità di tale variabile (da sola) di rappresentare il riferimento per stabilire il livello complessivamente ottimale della MIF.

## 8. Conclusioni

Nel trarre alcune conclusioni sembra utile tratteggiare i possibili scenari alternativi, sia della prassi antitrust che dell'approccio tenuto dalla regolazione.

Non vi sono dubbi che con un orientamento più rigido, e strettamente legato ad una visione unicamente antitrust, le autorità di concorrenza avrebbero potuto vietare la MIF e la NDR<sup>11</sup>. Ciò avrebbe comportato l'assenza di commissione multilaterale, ma non avrebbe impedito contratti bilaterali che stabilivano la presenza di commissioni diverse da zero. Infatti, se è vero quanto si diceva all'inizio circa l'elevato numero dei contratti bilaterali necessari a comprendere tutti gli operatori, si deve anche considerare che la maggior parte delle transazioni avviene fra

---

<sup>11</sup> In effetti, in alcune fasi la Commissione Europea è sembrata orientata in tal senso (ad esempio nel corso del caso VISA, concluso nel 2002).

pochi grandi operatori: con pochi accordi decentrati molte (gran parte) delle transazioni sarebbero state caratterizzate da ICF diversa da zero. In termini allocativi ciò avrebbe comportato il permanere di segnali di prezzo e, sotto il profilo strettamente antitrust si sarebbe evitato che un prezzo così importante fosse deciso in modo cooperativo (dai circuiti di pagamento o dalle banche) ovvero uniformato per via della regolazione. L'insistenza sugli effetti antitrust della MIF è dettata dalla considerazione che l'uniformità (per accordo delle imprese o per regola legislativa) della commissione interbancaria comporta necessariamente l'insorgere di rischi per la concorrenza nell'ambito della fissazione della *merchant fee*, la quale è essenzialmente basata sulla MIF (come peraltro il *tourist test* postula).

Dal punto di vista più ampio, di efficienza "generale", è difficile dire se il sistema sarebbe impleso (o si sarebbe significativamente ridimensionato) per via di un divieto della MIF e della NDR (ma sul punto chi scrive è ottimista). In ogni caso, altri strumenti regolatori potevano sostenere al livello considerato ottimale l'utilizzo delle carte di pagamento (ad esempio il divieto all'uso del contante per pagamenti dai 1.000€ va nella direzione di sostenere – tra gli altri – lo sviluppo dei sistemi di pagamento con carta). Interventi di questo genere pongono anch'essi problemi di efficienza allocativa, ma evitano le distorsioni antitrust di prezzi uniformi (ovvero della MIF) decisi dalle imprese o regolati. Ci si chiede quindi se la scelta comunitaria di intervenire con la regolazione sulla MIF, piuttosto che su altre variabili, e di adottare come parametro di riferimento il *tourist test*, piuttosto che un altro, costituisca una sorta di "eredità" della prassi antitrust. In effetti ciò è anche comprensibile, in quanto l'esperienza acquisita nel corso dei procedimenti antitrust ha consentito l'affinamento dell'analisi del settore e della capacità di monitoraggio di alcune variabili. Tuttavia bisogna considerare che la prassi antitrust non ha potuto scegliere la variabile più opportuna sulla quale intervenire – essendo ovviamente legata alle previsioni di legge e potendo quindi intervenire solo laddove vi era un possibile illecito concorrenziale – mentre la regolazione non ha questo tipo di vincolo e può intervenire sulla variabile considerata più idonea a consentire il raggiungimento dello scopo.

L'evoluzione descritta lascerebbe prevedere, che – nell'ambito degli strumenti di pagamento sottoposti al Regolamento dell'aprile 2015 – difficilmente vi sarà ancora un ruolo propulsivo dell'antitrust in relazione alla MIF e alla NDR, mentre è prevedibile che vi siano sviluppi nella regolazione. Tuttavia, se anche l'evoluzione sarà nella direzione ipotizzata, senz'altro residuano spazi di intervento dell'antitrust nelle specifiche situazioni, anche di portata molto rilevante. Inoltre, si deve considerare che l'alternativa ipotetica al comportamento delle autorità di concorrenza posta in precedenza è stata effettivamente seguita, non per le carte di credito e debito, ma per altri strumenti di pagamento bancari, per i quali la MIF è stata vietata. E anche la regolazione – per taluni servizi – ha seguito tale direzione. Ad esempio questa è la soluzione scelta per il SEPA Direct Debit nel cui ambito la MIF è vietata e le decisioni degli aderenti al sistema in relazione ai prezzi sono decentrate. Resta quindi un importante ambito di competenza delle autorità di concorrenza in relazione alle MIF, sia di quelle sottoposte a regolazione che delle altre, ma nuovi temi vengono anche posti all'attenzione delle autorità antitrust in relazione al decentramento di alcune decisioni di prezzo. Questo comporta rischi riguardo a eventuali situazioni di coordinamento illecito fra gli aderenti ai circuiti di pagamento, ma anche rischi di sfruttamento unilaterale della posizione di forza spesso detenuta dalle banche nella relazione con i clienti (corporate e non), relazione che in taluni casi può avere anche carattere di *lock-in*. È necessario allora che le autorità di concorrenza vigilino con attenzione sulla materia e, in ciò, l'Autorità italiana è avvantaggiata dal poter adoperare anche gli strumenti di cui è dotata nell'ambito delle proprie competenze in materia di tutela del consumatore.

# RESTRICTIONS BY OBJECT IN THE CASE LAW OF THE COURT OF JUSTICE: IN SEARCH OF A SYSTEMATIC APPROACH

*Ginevra Bruzzone - Sara Capozzi*

SUMMARY: *1. Introduction. 2. Restrictions by object in historical perspective: from the old case-law to the expansion of the object box. 3. The risk of a biased application of Article 101. 4. Cartes Bancaires as a turning point. 5. Appreciable restrictions: can Völk and Expedia be reconciled? 5. Conduct abusive 'by nature' under article 102.*

## *1. Introduction*

In the first ten years since the entry into force of regulation no. 1/2003, the European Commission and national competition authorities have made a broad, unprecedented, use of the notion of 'restriction by object' in the application of Article 101(1) TFEU. From the point of view of competition authorities, if an agreement can be qualified as restrictive by object, applying the prohibition of anticompetitive agreements becomes easier since there is no need to prove that, in the case at issue, the agreement has either an actual or a potential anticompetitive impact on the market. In this perspective, restrictions by object are an important tool for effective enforcement.

The case-law of the Court of Justice and the General Court which accompanied this evolution allowed, to a certain extent, differing interpretations of the relevant legal criteria in order to assess whether there is a restriction of competition 'by object' within the meaning of Article 101(1). By 2013 it was apparent that, in the absence of clear boundaries between the concepts of restriction by object and restriction by effect, the system of application of Article 101, paragraphs 1 and 3, risked becoming unbalanced.

Thus, the proper use of the notion of restriction by object in EU competition law became one of the most debated topics in the EU anti-trust community. The 2013 Fordham Annual Conference started with a lively discussion of the use of restrictions by object in EU competition law. On more than one occasion Director General Alexander Italianer addressed the issue at public events<sup>1</sup>. Several Advocates General took the view that recourse to the restriction by object concept had to be more clearly defined by the Court of Justice through an appropriate systematization, even though with diverse opinions on the approach to be followed<sup>2</sup>.

In the *Cartes Bancaires* judgment of September 2014, the Court of Justice provided the needed clarification. It took into account the entire case-law, from the early cases to the most recent ones, and identified which legal criteria must be followed by means of an assessment of the systemic consequences of the different interpretations. In particular, in *Cartes Bancaires* the Court of Justice explains the reasons why the restriction by object concept should be given a strict interpretation.

*Cartes Bancaires* can be considered as a turning point for the application of Article 101. It remains to be seen how, in the forthcoming years, the Commission, national competition authorities, national and EU courts will apply the standard set out in this landmark judgment.

In parallel, in the *Expedia* preliminary ruling of 2012 the Court of Justice addressed the relation between restrictions by object and the treatment of agreements of minor importance (*de minimis*) under Article 101. In a systemic perspective it is controversial whether this judgment overrules the consolidated case-law, based on the *Franz Völk* judgement of 1969, on agreements which do not have an appreciable impact on the market.

Recent discussions on the application of Article 102 TFEU in the light of the case-law of the General Court (*Intel*) and the Court of Jus-

---

<sup>1</sup> See, for instance, A. ITALIANER, *The Object of Effects*, CRA Annual Brussels Conference on 'Economic developments in competition policy', Bruxelles, 10 December 2014.

<sup>2</sup> See, in particular, the Opinions of Advocate General Kokott in *Expedia* (C-226/11), of Advocate General Cruz Villalón in *Allianz Hungária* (C-32/11) and of Advocate General Wahl in *Cartes Bancaires* (C-67/13 P).

tice (*Post Danmark 2*) recall in some respects the debate on the use of restrictions by object in the application of Article 101. Also in the application of Article 102 it is essential to properly define the boundaries between conduct which is considered abusive by nature and conduct which should fall within the prohibition of abuse of dominance only after an assessment of its actual or potential impact on the market.

In this article we provide a reasoned overview of the evolution of the case-law on restrictions by object trying to make the most of the indications of the Court of Justice in *Cartes Bancaires*; moreover, we argue that it is possible to reconcile *Expedia* with *Völk* and that this reconciliation is necessary to attain a reasonable application of Article 101. We also discuss the recent case-law on the application of Article 102 to practices considered abusive by nature and advocate a clear framework for the future application of Article 102 consistent with the framework for the application of Article 101 and not unduly expanding the «restrictions by nature» box.

## *2. Restrictions by object in historical perspective: from the old case-law to the expansion of the object box*

As early as 1966, in *Consten and Grundig* the Court of Justice stated that «for the purpose of applying Article 101(1)<sup>3</sup>, there is no need to take account of the concrete effects of an agreement once it appears that it has as its object the prevention, restriction or distortion of competition»<sup>4</sup> and added, in *Société Technique Minière*, that in order to assess whether an agreement is restrictive by object it is necessary to consider

the precise purpose of the agreement in the economic context in which it is to be applied (...). Where, however, an analysis of the (...) clauses does not reveal the effect on competition to be sufficiently deleterious, the consequences of the agreement should then be considered and for it to be caught by the prohibition it is necessary to find that those factors

---

<sup>3</sup> For convenience, we refer to the current numbering of the articles in the TFEU also for the old case-law.

<sup>4</sup> Court of Justice, judgment of 13 July 1966, *Consten and Grundig v. Commission*, Joined Cases 56 and 58/64.

are present which show that competition has in fact been prevented or restricted or distorted to an appreciable extent<sup>5</sup>.

In *Société Technique Minière* the Court of Justice also argued that it is important to understand «the competition in question within the actual context in which it would occur in the absence of the agreement in dispute», that is with reference to the counterfactual scenario; moreover, «in order to decide whether an agreement containing a clause granting an exclusive right of sale is to be considered as prohibited by reason of its object or of its effect», it is appropriate to take into account the nature and quantity of the products covered by the agreement, the position and importance of the parties on the market for the products concerned, the isolated nature of the disputed agreement or, alternatively, its position in a series of agreements, as well as the severity of the clauses. Thus, the old case-law apparently provided clear guidance for the use of the restriction by object notion in the application of Article 101(1).

After almost fifty years from these judgments, in the modernization era, the concept of restriction of competition by object was still drawing the competition community's attention because of the intensive use made by competition authorities of the shortcut provided by the «restriction by object» approach in the application of Article 101(1). From 1 May 2004 to 13 April 2015 the European Commission adopted 90 decisions in application of article 101; 77 of these decisions concern alleged restrictions by object, not only – as obvious – in the 61 cases concerning cartels, but also with reference to horizontal agreements different from cartels (13 cases out of 19) and to vertical agreements (3 cases out of 10). A significant number of proceedings concerning alleged restrictions by object was concluded without ascertaining the infringement, with commitment decisions pursuant to article 9 of regulation no. 1/2003<sup>6</sup>. New types of practices have been included in the re-

---

<sup>5</sup> Court of Justice, judgment of 30 June 1996, *Société Technique Minière*, Case 56/65.

<sup>6</sup> See, for instance, case AT.39847, *Ebooks*; COMP/39736 – *Siemens/Areva*; AT.39398, *Visa MIF*; COMP/AT.39595 – *Continental/United/Lufthansa/Air Canada*.



restrictions by object box, e.g. exchanges of information<sup>7</sup>, the prohibition of Internet sales within a selective distribution system<sup>8</sup> as well as reverse payment settlements and co-promotion agreements in the pharmaceutical sector<sup>9</sup>. A DG Comp staff working document of June 2014, aimed to give *Guidance on restrictions of competition 'by object' for the purpose of defining which agreements may benefit from the de minimis Notice*, is remarkable for the broad overview of the variety of practices which have been considered restrictions by object in recent years<sup>10</sup>.

National competition authorities have actively contributed to this evolution by widely using the restriction by object notion, both in vertical cases and in almost all proceedings relating to horizontal agreements different from cartels<sup>11</sup>. Among the most renowned cases there is not only *Pierre Fabre*, but also *Expedia*, whereby even a partnership between two undertakings (*Expedia* and *SNCF*) for the online sale of train tickets and travel services was considered restrictive by object<sup>12</sup>.

---

<sup>7</sup> Court of Justice, judgment of 4 June 2009, *T-Mobile Netherlands BV*, Case C-8/08.

<sup>8</sup> Court of Justice, judgment of 13 October 2011, *Pierre Fabre Dermo-Cosmétique*, Case C-439/09.

<sup>9</sup> Case AT-39226 – *Lundbeck*; case AT.39685 – *Fentanyl*; case AT.39612, *Servier (Perindopril)*.

<sup>10</sup> Commission Staff Working Document – *Guidance on restrictions of competition 'by object' for the purpose of defining which agreements may benefit from the de minimis notice*, SWD(2014) 198 final; European Commission, Notice on agreements of minor importance which do not appreciably restrict competition under Article 101(1) TFEU, C(2014) 4136 final.

<sup>11</sup> Commission Staff Working Document – *Ten Years of Antitrust Enforcement under Regulation 1/2003*, SWD(2014) 230/2.

<sup>12</sup> In the *Expedia* case the classification of the partnership as a restriction by object was not challenged by the parties and therefore was not included among the issues considered by the Court of Justice in its preliminary ruling.

### 3. *The risk of a biased application of Article 101*

In light of the intensive use of the restriction by object tool by the authorities of the European Competition Network, it is important to investigate the consequences of a broad interpretation of the concept.

From the point of view of competition authorities, the restriction by object approach eliminates the need to assess, in a specific case, the actual or potential impact of the agreement on the market and therefore provides a shortcut for the application of Article 101(1). In this perspective, it furthers procedural economy and may lead to a more effective use of the available resources for the protection of competition.

Moreover a ‘by object’ approach, which easily becomes a form-based approach, may enhance the predictability of the application of competition rules; a related consequence is that a ‘by object’ approach entails a strong deterrent effect for those types of agreements or practices which are regarded as restrictive ‘by their very nature’<sup>13</sup>.

The strength of deterrence is increased by the circumstance that, once an agreement has been classified as restrictive by object, for a number of reasons it is highly unlikely that it will be considered compatible pursuant to Article 101(3) TFEU.

Firstly, after modernization the use of Article 101(3) to declare agreements compatible with the Treaty has been almost non-existent. No ‘positive’ decisions in individual cases pursuant to Article 10 of Regulation 1/2003 have been adopted by the European Commission. Moreover, in the light of the *Tele2 Polska* case-law<sup>14</sup>, national competition authorities are not allowed to adopt decisions declaring that an agreement is compatible pursuant to Article 101(3), although it is controversial that this limitation on the competences of national competition authorities is still justified, taking into account both the coordination mechanisms existing within the ECN and the fact that national

---

<sup>13</sup> See the Opinion of Advocate General Wahl in case C-67/13 P, § 35.

<sup>14</sup> Court of Justice, judgment of 3 May 2011, *Tele2 Polska*, Case C-375/09.

courts are already competent to apply article 101(3) also when an agreement meets all the conditions required for a positive assessment<sup>15</sup>.

Secondly, even allowing national competition authorities to declare agreements compatible pursuant to Article 101(3) would not be sufficient to make the assessment of a restriction by object under Article 101 different from a quasi per se prohibition. The reason is that the third paragraph of Article 101 is a legal exception rule, which in practice turns out to be a straight-jacket. Therefore, an assessment under paragraph 3 of Article 101 is significantly more rigid than an assessment of the actual or potential impact on competition under paragraph 1 of Article 101. Being based on the idea of an exception and of a benefit, Article 101(3) must be interpreted in a restrictive way and entails the reversal of the burden of proof (i.e. the task to prove that the agreement is compatible with the Treaty shifts on the undertaking). In order to obtain a compatibility assessment under Article 101(3) a number of substantive requirements must be met. In particular, the undertaking has to prove that the agreement entails efficiency-enhancing effects that more than compensate the negative effects (which for restrictions by object are not precisely identified). Moreover, the restriction must be indispensable to attain the result. Examples can be easily found of vertical agreements between undertakings with negligible market power, unable to have a significant impact on the market and therefore innocuous, which would not satisfy the requirements of paragraph 3. In other words, the structure of Article 101(3) does not allow to consider an agreement compatible with the Treaty simply by proving that it is harmless.

If anybody still believed in the possibility to rely on Article 101(3) for a compatibility assessment, the 2014 Commission staff working document on restrictions by object would bring them back to reality. As plainly recalled in that document, «experience shows that it is unlikely that restrictions by object meet the conditions provided by Article

---

<sup>15</sup> See the speech by M. SIRAGUSA at the 2013 Fordham Annual Conference, in B. HAWK (ed.), *Annual Proceedings of the Fordham Competition Law Institute, International Antitrust Law and Policy*, 2014, 26-32.

101(3)», although in exceptional cases these restrictions can be considered compatible if it is proved that they are objectively necessary<sup>16</sup>.

The strong deterrent effect associated to the classification of an agreement as restrictive by object entails, as a consequence, the need to properly define the boundaries of the object box. As pointed out by Advocate General Wahl in *Cartes Bancaires*, the advantages of the restriction by object tool materialise only if recourse to the concept is clearly circumscribed, «failing which this could encompass conduct whose harmful effects on competition are not clearly established»<sup>17</sup>.

Moreover, an improper use of the ‘by object’ shortcut in the application of Article 101(1) raises concerns for the protection of the right of defence and may unduly restrict the freedom of enterprise<sup>18</sup>.

In view of the above, it is important to avoid that a relaxation of the standard established by the *Société Technique Minière* case-law leads to a less well-balanced system of application of Article 101.

This risk emerged in particular from some positions taken by the Court of Justice in a number of judgments. For instance, in *T-Mobile* the legal criterion for ascertaining whether coordination between undertakings involves a restriction by object seemed to have become whether it is «capable in an individual case, having regard to the specific legal and economic context, of resulting in the prevention, restriction or distortion of competition within the common market»<sup>19</sup>. Pursuant to this standard, in order to consider an agreement restrictive by object it seemed sufficient that it had a potential restrictive effect.

It is evident that, following this approach, the recourse to the restriction by object concept could easily become the normal way in which Article 101 is applied, possibly accompanied by an assessment

---

<sup>16</sup> For similar conclusions, see also the Communications of the European Commission on the application of Article 101(3) (2004/C 101/08) and on vertical restraints (2010/C 130/01).

<sup>17</sup> Opinion of A.G. Wahl, Case C-67/13 P, § 36.

<sup>18</sup> See, for instance, P. CIMENTAROV, *Expanding the ‘Object Box’ and its Perverse Effects – Does EU Competition Law Condemn Innocent Behaviour?*, College of Europe, available at <https://www.mayerbrown.com/files/Publication/2a51431b-022f-4414-ae18-b9d44a22300f/Presentation/PublicationAttachment/d08c29b3-c831-470b-bb73-c8c91ec184a9/Thesis2014.pdf>.

<sup>19</sup> Case C-8/2008, § 31.

of the actual effects of the agreement (arguing that the agreement has both a restrictive object and a restrictive effect). A further consequence is the blurring of the distinction between restrictions by object and restrictions by effect, which is clear for instance in the *Allianz Hungária* judgment<sup>20</sup>.

The apex of the trend of expansion of the object box was probably reached with the already mentioned 2014 staff working document of the Commission which, taking as a benchmark the standard of the potential restrictive effect, tries to expressly list, as special cases, examples of agreements which ‘are not’ restrictions by object.

#### 4. *Cartes Bancaires* as a turning point

In its *Cartes Bancaires* judgment of September 2014<sup>21</sup>, the Court of Justice responded to the calls for a systematization of the boundaries of the object box. In this landmark judgment, the Court rejects the relaxation of the legal standard for recourse to the restriction by object concept, which in the case at issue had been used by the Commission and endorsed by the General Court; moreover, it recalls the principles of the old case law and explains why they are important in a systemic perspective.

Setting aside the judgment of the General Court, the Court of Justice stresses that the review courts have the task to assess whether a measure has been correctly regarded as restrictive by object. The EU judicature not only must establish, among other things, whether the evidence relied on is factually accurate, reliable and consistent, but also whether that evidence contains all the relevant information which must be taken into account in order to assess a complex situation and whether it is capable of substantiating the conclusions drawn from it<sup>22</sup>. According to the Court, the legal standard which must be used to consider certain types of coordination restrictive by object is not the standard set out in

---

<sup>20</sup> Court of Justice, judgment of 14 March 2013, *Allianz Hungária*, Case C-32/11.

<sup>21</sup> Court of Justice, judgment of 11 September 2014, *Groupement des Cartes Bancaires v. Commission*, Case C-67/13 P.

<sup>22</sup> Case C-67/13 P, § 46.

*T-Mobile*, i.e. the mere potential to have a negative impact on competition, but whether they reveal «a sufficient degree of harm to competition that it may be found that there is no need to examine their effects»<sup>23</sup>. The Court stresses that the rationale behind the restriction by object concept is the acknowledgment that some types of coordination between undertakings (e.g. horizontal price-fixing by cartels) can be regarded, by their very nature, as being harmful to the proper functioning of normal competition so that, on the basis of experience, the likelihood of negative effects, in particular on the price, quantity or quality of the goods or services, is so high that it may be considered redundant for the purposes of applying Article 101 to prove that they have actual effects on the market. Thus, the Court, while acknowledging that restrictions by object are an open category, links the concept of the restriction of competition by object to experience of the deleterious impact of a type of coordination on the market<sup>24</sup>.

Within this legal framework, the Court reaffirms that, in order to determine whether an agreement reveals a sufficient degree of harm to competition that it may be considered a restriction by object,

regard must be had to the content of its provisions, its objectives and the economic and legal context of which it forms part. When determining that context, it is also necessary to take into consideration the nature of the goods or services affected, as well as the real conditions of the functioning and structure of the market or markets in question<sup>25</sup>.

The intention of the parties is not a necessary factor, although competition authorities and the courts may take that factor into account<sup>26</sup>. On the contrary, according to the Court the circumstance that the agreement in *Cartes Bancaires* concerned a two-sided market and that the measures adopted by undertakings had to be assessed in the light of

---

<sup>23</sup> Case C-67/13 P, § 49-52 and 55-57.

<sup>24</sup> Case C-67/13 P, § 58. Advocate General Wahl suggests to draw indications on the sufficiently deleterious impact on the market both from experience and from economic analysis (§56, 58, 61, 79).

<sup>25</sup> Case C-67/13 P, § 53.

<sup>26</sup> Case C-67/13 P, § 54.

that type of economic context could not be neglected when identifying the object of the agreement.

Importantly, in *Cartes Bancaires* the Court of Justice stated that the General Court erred in finding that the concept of restriction of competition by object must not be interpreted restrictively; the reason is that, in the absence of a narrow interpretation, competition authorities would be exempted from the obligation to prove the effects on the market of agreements which are in no way established to be, by their very nature, harmful to the proper functioning of normal competition<sup>27</sup>.

To sum up, in *Cartes Bancaires* the Court of Justice indicates that the application of Article 101(1) by means of the restriction by object concept must be seen as a special tool to be used only for types of conduct whose harmful nature clearly emerges from settled experience. Therefore, the normal way to apply Article 101 is to assess whether the coordination between undertakings in a specific case has an actual or potential appreciable negative impact on competition variables (in particular, price, quantity and quality). This approach preserves the normal allocation of the burden of proof, consistently with the protection of fundamental rights.

The analytical framework identified by the Court of Justice has now to be applied by the Commission, national competition authorities, national courts and the General Court. In particular, it will be the basis for the review, by EU Courts, of some recent decisions by the Commission entailing recourse to the restriction by object tool with reference to non traditional types of hardcore agreements.

In its first pronouncement on restrictions by object after *Cartes Bancaires*, in the *Dole* case, the Court of Justice upheld the position of the Commission whereby the exchange of information on factors relevant to the setting of quotation prices, price trends and indications of expected quotation prices had to be considered restrictive by object<sup>28</sup>. The *Dole* judgment indicates that *Cartes Bancaires*, more than entailing a U-turn by the Court of Justice, basically straightened out of the course of EU competition policy. On the other hand, it is likely that in the light

---

<sup>27</sup> Case C-67/13 P, § 58.

<sup>28</sup> Court of Justice, judgment of 19 March 2015, *Dole Fruit Company, Inc. and Dole Fresh Fruit Europe OHG*, Case C-286/13 P.

of *Cartes Bancaires* the General Court will carefully scrutinise, in its forthcoming judgment in the *Lundbeck* case, whether the Commission was right to consider reverse payment settlements in the pharmaceutical sector as restrictive by object, taking into account the possible non anti-competitive justifications which may underlie this type of arrangements<sup>29</sup>.

### 5. Appreciable restrictions: can *Völk* and *Expedia* be reconciled?

After *Cartes Bancaires*, there remains an issue that must be resolved for a satisfactory systematization of the use of the restriction by object concept in the application of Article 101(1): it is whether the *Expedia* judgment of 2012<sup>30</sup> overturned the legal principles established by the Court of Justice in 1969 in the *Franz Völk* case<sup>31</sup>.

In *Völk* the Court stated that the prohibition of Article 101(1) is applicable only if the agreement has as its object or effect the prevention, restriction or distortion of competition within the Common Market and argues that these conditions must be understood with reference to the actual circumstances of the agreement. In particular, an agreement «may escape the prohibition laid down in Article 101(1) because, in view of the weak position of the parties on the market» it is not capable of hindering the attainment of the objectives of the single market, «even if it creates absolute territorial protection».

The *Völk* judgment was followed by a consolidated case-law whereby the prohibition laid down in Article 101(1) is not applicable to agreements which do not have an appreciable impact on the market, even in the presence of types of coordination usually qualified as re-

---

<sup>29</sup> For an overview, see G. BRUZZONE, S. CAPOZZI, *The procompetitive and anti-competitive impact of patent settlements*, in G. MUSCOLO, G. PITRUZZELLA (eds.), *The Pharmaceutical Sector between Patent Law and Competition Law: an International Perspective*, forthcoming.

<sup>30</sup> Court of Justice, judgment of 13 December 2012, *Expedia Inc. v. Autorité de la concurrence and Others*, Case C-226/11.

<sup>31</sup> Court of Justice, judgment of 9 July 1969, *Franz Völk v. Vervaecke*, Case 5/69.



strictive by object, such as clauses entailing an absolute territorial protection.

The validity of this settled case-law has become controversial because of an *obiter dictum* in the *Expedia* preliminary ruling of December 2012.

The main question addressed by the Court in *Expedia* was whether the 2001 communication of the Commission on agreements of minor importance (*de minimis*) was binding on national competition authorities. The *de minimis* Notice is a policy document which plays a different role and has not the same value as the case-law of the Court of Justice on cases with no appreciable effects. By means of that Notice the Commission indicates the conditions under which it presumes that there is not an appreciable impact on competition and commits not to institute proceedings in these cases, either upon application or on its own initiative. In particular, the 2001 *de minimis* Notice was based on market share thresholds<sup>32</sup>.

In *Expedia*, the Court of Justice explains that the Notice of the Commission is not binding on national authorities, which can prohibit agreements even below the market share thresholds provided that the agreement at stake entails an appreciable restriction of competition in the meaning of Article 101(1) as interpreted by the case-law of the Court of Justice.

This conclusion was easily predictable on the basis of general principles. The only potentially controversial statement in the *Expedia* judgment is the *obiter dictum* contained in paragraph 37, whereby

an agreement that may affect trade between Member States and that has an anti-competitive object constitutes, by its nature and independently of any concrete effect that it may have, an appreciable restriction on competition.

---

<sup>32</sup> Agreements not including specific hardcore restrictions, listed at point 11 of the Notice, were covered by the *de minimis* presumption provided that the market shares of the parties did not exceed the 10% threshold for agreements between actual or potential competitors and the 15% threshold for agreements between non competitors, with special rules in cases of cumulative effects of networks of parallel agreements.

In other words, since restrictions by object are appreciable by their very nature, they can never be considered compatible under Article 101(1) unless they are objectively justified and it being understood that in principle they may be deemed compatible under Article 101(3).

This statement has been seen by some readers, also within DG Comp, as implying that the *Völk* case-law is overturned. According to this view, today an agreement like the one considered in *Völk* could not be considered compatible with Article 101(1) by arguing that, with a market share below 0,5%, it is unable to have an appreciable impact on competition.

This strict approach, which entails a strong deterrent effect, would be impeccable if restrictions by object included only the classic hard-core cartels. However, since in the EU the object box contains a broad variety of agreements and practices, including for instance resale price maintenance and the prohibition on Internet sales in a selective distribution system, this rigidity raises serious concerns. From a policy point of view, the prohibition of agreements different from cartels when the parties have negligible market positions does not entail any benefit and, on the other hand, results in unjustified restrictions on the freedom of enterprise.

A possible way out, which has been suggested for instance in the Opinion of Advocate General Kokott in *Expedia*, is to avoid the prohibition by making reliance on the absence of an impact on trade. This condition is presumed by the Commission for market shares not exceeding 5% and turnover not exceeding €40 million<sup>33</sup>. This solution however is far from satisfactory. The requirement of a significant impact on trade is mainly a jurisdictional tool for defining the boundaries of EU competition law: all the problems resulting from the rigid approach to the assessment of the impact on competition would present themselves again at the national level. There is no easy escape: an appropriate solution must be looked for within the assessment of the impact of the agreement on competition.

Looking carefully at the reasoning of Advocate General Kokott and of the Court, it is possible to propose a different reading of *Expedia*

---

<sup>33</sup> 2004/C 101/7.

which seems preferable from a systemic perspective. Under this reading, *Expedia* does not overturn *Völk*, but merely suggests how to use the restriction by object tool in the presence of very weak market positions. A strong argument in favour of this alternative reading is that if the Court had really wished to overturn the *Völk* case law, that the Court itself describes as consolidated case-law, it would have explained its arguments clearly and not implicitly in an *obiter dictum*.

First of all, both Advocate General Kokott and the Court acknowledge that it is settled case-law that, in order to fall within the prohibition laid down by Article 101(1), agreements must have as their object or effect an appreciable restriction of competition<sup>34</sup> and that several factors may be relevant in this assessment (content, objectives, economic and legal context, structure of the market). In *Völk*, for exclusive dealing agreements, this assessment led to focus on the weak market position of the parties, whereas in different cases other factors have been considered relevant<sup>35</sup>.

Secondly, Advocate General Kokott adds that the factors to be considered when assessing whether a restriction is appreciable are not the same for all types of restrictions. In particular, Advocate General Kokott argues that for restrictions which by their nature are particularly harmful, in order to preserve the deterrent effect it may not be appropriate to exclude an appreciable impact on competition on the basis of market share thresholds, especially if the thresholds are the same which are used for restrictions by effect. In this context, the Court, at paragraph 36 of the *Expedia* judgment, stresses that some types of collusion are by their very nature harmful for competition, recalling cases different from classic cartels but still entailing some form of collusion between competitors, such as *BIDS* and *T-Mobile*. The subsequent paragraph 37 contains the statement whereby an agreement with an anti-competitive object is by its very nature an appreciable restriction of competition.

The wording of paragraph 37 allows diverse interpretations. However, looking at the *Expedia* judgment in its entirety, it is clear that the

---

<sup>34</sup> Case C-226/11, § 16 and 17.

<sup>35</sup> For instance, in *Bagnasco* the Court focused on the assessment of the object of the agreement.

object of the criticisms of the Court are not the legal principles set out in *Völk* (which are presented as settled case-law) but a homogeneous treatment for restrictions by object and restrictions by effect with reference to the *de minimis* thresholds, as well as an approach whereby an agreement is first classified as restrictive by object and then considered compatible with Article 101(1) because of its failure to meet the appreciability requirement.

The Court does not exclude the possibility, when assessing whether a restriction is sufficiently deleterious to be regarded as a restriction by object, to take into consideration not only the terms and objectives of the agreement but also the economic context, including the position of the parties on the market.

The Opinion of Advocate Kokott in *Expedia* contains the interesting suggestion to differentiate the treatment of restrictions depending on their intrinsic degree of harm. For cartels, for instance, in order to preserve a strong deterrent effect it may be justified to ignore the market position of the parties, whereas for other less intrinsically harmful restrictions (such as, for instance, resale price maintenance agreements) in the presence of very small market shares it may be reasonable to exclude the classification as restriction by object. The assessment of the economic context before classifying an agreement as restrictive by object can therefore, for some types of restrictions, neutralize the conclusion reached through a mere examination of the terms of the purported restrictive agreement<sup>36</sup>.

Under this approach, the conclusions reached by the Court in *Völk* could still be reached in a similar case: an agreement stipulated by the parties with very weak market positions should simply not be qualified as a restriction by object. In the wording of the *Völk* judgment nothing is incompatible with *Expedia*.

A similar approach has already been followed by the UK competition authority which, for RPM agreements, argues that the restriction is always appreciable «provided that it does not have only insignificant effects»<sup>37</sup>.

---

<sup>36</sup> See also the Opinion of Advocate General Wahl in C-67/13 P, §45.

<sup>37</sup> Office of Fair Trading, decision of 15 April 2010, *Tobacco*, Case CE/2596-03, § 7.33.

As recalled by Director General Italianer in his speech at the 2013 Fordham Conference, restrictions by object in EU competition law do not represent a homogenous category, but a continuum going from cartels to restrictions by effect. This heterogeneity justifies a diverse treatment of different types of restrictions within the object box: depending on the degree of harm associated to a specific type of restriction, competition authorities may be more or less willing to admit a *de minimis* assessment.

### 5. Conduct abusive ‘by nature’ under article 102

The current debate on the substantive criteria for the application of Article 102 recalls in several respects the debate on the use of restrictions by object in the application of Article 101.

The old *Hoffman La Roche* case-law links the notion of abuse of dominance to the impact of the conduct of the dominant undertaking on competition:

The concept of abuse is an objective concept relating to the behaviour of an undertaking in a dominant position which is such as to influence the structure of a market (...) and (...) has the effect of hindering the maintenance of the degree of competition still existing in the market or the growth of that competition<sup>38</sup>.

In *Glaxo*, Advocate General Colomer argued, on this basis, that there should be no per se prohibitions under Article 102: it should always be necessary, in order to apply the prohibition of abuse of dominance, to assess whether there is an actual or potential effect on competition. This argument was recently reiterated by the Court in *Post Danmark*<sup>39</sup>.

However, in the old case law the Court of Justice has often accepted truncated evaluations of the abusive nature of some types of conduct,

---

<sup>38</sup> Court of Justice, judgment of 13 February 1979, *Hoffman-La Roche*, Case 85/76, § 91.

<sup>39</sup> Court of Justice, judgment of 27 March 2012, *Post Danmark A/S v. Konkurrencerådet (Post Danmark 1)*, case C-209/10.

going as far as to consider that some specific behaviour, whenever adopted by a dominant undertaking, is abusive ‘by nature’, in particular with reference to exclusivity clauses (*Suiker Unie*, *Hoffman La Roche*, *BpB Industries*, *Tetra Pak*) and loyalty rebates (*Hoffman La Roche*, *ICI*, *Solvay*, *Michelin II*, *Tomra*).

In its Guidance Paper of 2009, the Commission proposed a more economic approach aiming to identify by means of several factors whether in a specific economic context the different types of conduct by a dominant undertaking (including exclusive dealing and loyalty rebates) are capable of having a negative impact on competition variables, *in primis* on prices.

After the publication of the Guidance Paper, for some types of conduct (low-pricing practices, margin squeeze, refusal to deal) the Court of Justice endorsed an impact-based approach. For exclusivity rebates, however, in *Intel* the General Court followed the traditional form-based approach.

In particular, the Court argued that exclusivity rebates, conditional on the customer buying all or most of its requirements from the dominant undertaking, are abusive by their very nature<sup>40</sup>. The Court considered irrelevant, for the purpose of ascertaining the existence of an abuse, a number of factors which in principle provide information which may be useful to exclude an appreciable actual or competitive impact on the market: in particular, the amount of the rebate and the share of the market concerned. The Court also excluded, in principle, the possibility to ensure a *de minimis* treatment for this type of conduct.

Moreover, the General Court endorsed the classification of certain conduct (direct payments to some undertakings conditional on their commitment to halt, delay or limit the launch of products incorporating the chips from a competitor) as ‘naked restrictions’. Naked restrictions are defined in the Guidance Paper as practices which are so harmful that an assessment of their effects on competition is not necessary.

Restrictions by nature may still escape the prohibition laid down in Article 102 if the conduct is efficiency-enhancing or is objectively justified; however, also for alleged abuses of dominance the task of prov-

---

<sup>40</sup> General Court, judgment of 12 June 2014, *Intel v. Commission*, Case T-286/09.

ing the existence of such conditions is awkward and with little chance of success.

In the appeal against the *Intel* judgment, the Court of Justice will have to assess whether the analysis of the General Court is correct. Hopefully the Court of Justice will seize the opportunity to provide a systemic framework for the application of Article 102, following an approach similar to the one adopted in *Cartes Bancaires*.

In order to avoid the risk of uncertainty and overdeterrence, also for the application of Article 102 the Court should establish a clear boundary between conduct which is considered abusive only on the basis of an assessment of its actual or potential impact on the market and conduct which is considered unlawful either by its nature or by means of a form-based truncated assessment. For the sake of consistency, it seems desirable that the Court refers to the same principles set out in the case-law on restrictions by object pursuant to Article 101(1), i.e. focuses on whether the conduct reveals in itself a sufficient degree of harm to competition.

It is worth stressing that, although some of the issues concerning the legal criteria for the application of Articles 101 and 102 are similar and *Cartes Bancaires* can provide guidance for both, for the prohibition of the abuse of dominance there is a specific additional problem.

The case-law of the Court of Justice seems to indicate a bifurcation of views on the goal of Article 102, i.e. on the kind of harm that Article 102 is meant to avoid. In some judgments the Court endorsed a more effect-based approach and looked at the actual or potential impact of the conduct on competition variables (e.g. *Post Danmark 1*), with a clear distinction between the protection of competition and the protection of competitors. In other judgments, the Court focused on the (even marginal) impact of the conduct on the structure of the market, and the distinction between the protection of competition and the protection of competitors becomes blurred. A clear example of this second type of decisions is provided by the recent *Post Danmark 2* judgment of October 2015, in which the Court of Justice argued that since the structure of competition has already been weakened by the presence of the domi-

nant undertaking, ‘any’ further weakening of the structure of competition may constitute an abuse<sup>41</sup>.

This bifurcation may be the source of diverging interpretations of Article 102, also at the national level. A systematic approach requires that the goal of Article 102 (what is meant by ‘protection of competition’) is always the same. Moreover, the only way to distinguish the protection of competitors from the protection of competition is to base the assessment of harm to competition on the external impact of the conduct on competitive variables (price, quantity, quality, variety, innovation), both in the short and in the long term. Within this framework, truncated form-based assessments are acceptable but should be used only when, on the basis of economic analysis and experience, a certain type of conduct reveals a sufficient degree of harm and therefore strong deterrence is beneficial for the attainment of the objectives of EU competition law.

---

<sup>41</sup> Court of Justice, judgment of 6 October 2015, Case C-23/14, *Post Danmark A/S v. Konkurrencerådet*, §§ 72-73. For a critical view of the absence of an appreciability (de minimis) threshold in the application of Article 102, see for instance R. WHISH, *Intel v. Commission: Keep Calm and Carry On*, *Journal of European Competition Law and Practice*, 23 November 2014.



# WITNESSING THE BIRTH OF A “QUALIFIED SUBDOMINANCE”?

*Josef Bejček*

SUMMARY: 1. Introduction. 2. Terminology. 2.1. Significant market power or economic dependence? 2.2. Options available. 2.3. Possible overlaps with other market positions. 3. Qualified sub-dominance. 4. Unilaterally unfavourable terms and conditions. 5. Flexible and opportunistic content of business “justice”. 6. Current Czech SMPA and its planned amendment – an amendment with original problems thereof? 6.1. Justification of regulation. 6.2. The aim of the regulation. 6.3. Can a sub-dominant entity existentially threaten competition? 7. Facing Unfair trade practices (UTP) between businesses (B2B) as a solution? 7.1. Kinds of UTP. 7.1.1. Ambiguous Contract Terms. 7.1.2. Lack of written contracts. 7.1.3. Retroactive contract changes. 7.1.4. Unfair transfer of commercial risk. 7.1.5. Unfair use of information. 7.1.6. Unfair termination of a commercial relationship. 7.1.7. Territorial supply constraints. 8. General lesson. 9. Conclusion. 10. Annex - overview - grocery retail regulation.

## *1. Introduction*

Power positions of business partners depend on many hardly quantifiable circumstances. Relative disparity between parties may occur even if their economic power is low in absolute terms. Two kinds of buying (demand) power may be discerned: both *market power* (stricto sensu) and *bargaining power*. The former is an explicitly objective term, whereas the latter is a more or less intuitively anticipated term that depends rather on context. Bargaining power on the demand side relates to a particular supplier and it may bring about compensatory effect (countervailing power) as a means against great supply power or against anticompetitive impact of mergers in the upstream market.

Bargaining power and its misuse in a particular case belongs to the *private law* domain (control of fairness) unlike the abuse of market power that is to be assessed from a systemic view point of the protection of competition. An unbalanced contract relationship is created ra-

ther by *economic dependence* than by bargaining power.

There is a more general dispute whether the concept of *significant (but still subdominant) market power* is to be interpreted in objective or subjective (individual) terms. Individual approach stands for an inquiry of a particular relationship unlike objective concept that relies on legally set criteria of significant market power; meeting these criteria means that the buyer's power will be assessed as significant towards *all* commercial relations between him and *all* of his suppliers (which is the recent Czech approach). This objectivised stance towards significant market power may be labeled as "qualified subdominance".

The state tries broadly to intervene into private law relations between business partners without being motivated by the protection of competition. This very rough control of the balance of contracts may be seen as a *paternalistic surrogate* for natural development; it may harm consumers and discriminate those more efficient suppliers who are able to participate in a successful method of satisfying consumers' needs within distribution chains and to share the participation costs thereof.

Numerous studies have been made especially on buying power and it is also not uncommon to adopt or at least contemplate legislative measures in this respect. Such imbalance of powers appears to be especially alarming in the field of distribution of agricultural and food products, which has become highly concentrated lately due to changing consumer demands and customs<sup>1</sup>, all that to the detriment of farmers and food producers. The well-organised agricultural and food lobby certainly also has certain influence. The purpose-driven nature of the required measures does not always accommodate more general interests and values and often even neglects the need for comprehensibility and clarity of law and its consistency. However, laws that lack clear concept or are even incomprehensible cannot be rescued by arbitrary and even inherently contradictory interpretation<sup>2</sup>. I fear that this is also probably

---

<sup>1</sup> Especially shopping for all necessities under one roof, or *one-stop-weekly-shopping*.

<sup>2</sup> A charming observation of a child from Carroll's *Alice in Wonderland* and *Through the Looking Glass* comes to one's mind in similar situations. Humpty Dumpty said that when he used a word, it meant just what he chose it to mean – neither more nor less. The question is, answered Alice, whether you can make words mean so many

true of the circumstances of the adoption, legislative and technical quality, interpretation and implementation of Czech Act No. 395/2009 Coll., on significant market power in the sale of agricultural and food products and its misuse (hereinafter the “Significant Market Power Act”, SMPA).

In this contribution to the ongoing debate, I shall first deal in general with the relevant notions and terminology, as well as the political context of the relevant laws and competition. Indeed, there are primarily doubts as to the legitimacy of the provisions concerning abuse of significant market power and the aspects of determining or inferring their objective. Then I shall turn to certain provisions of the applicable law and, in conclusion, I will comment on and evaluate its amendment which is currently being prepared and provide certain topics for discussion<sup>3</sup>.

## 2. Terminology

In the SMPA, the legislature embarked on the dangerous path of laying down self-sustaining legal definitions, which are moreover ambiguous. Interpretation of various terms by administrative authorities has yet to be subjected to judicial review and, consequently, any arguments will be hypothetical and abstract.

### 2.1. Significant market power or economic dependence?

Significant market power is defined in Section 3 (2) of the SMPA as a dependent position of a supplier vis-à-vis a buyer within the market in specific commodities, which has arisen as a result of the market situation – i.e. spontaneously. Of course, “significant” market power can

---

different things. The question is, said Humpty Dumpty, which is to be master – that’s all. Cf. [http://sabian.org/looking\\_glass6.php](http://sabian.org/looking_glass6.php).

<sup>3</sup> This is part of the GA task reg. No.: 13-14244S (Principle of Equality and Protection of the “Weaker Party” in the Conditions of Economic Imbalance and Information Asymmetry of Entrepreneurs through the Means of Public Law); based on earlier draft Tržní síla (prostá) a tzv. tržní síla významná, Antitrust 4/2014.

also generally arise in the opposite direction, i.e. in terms of a buyer's dependency on his supplier; however, this case is not covered by the definition of the statutory term.

Where a buyer becomes dependent on a certain supplier as a result of unlawful steps taken by the supplier(s) (abuse of dominant position, prohibited agreement restricting competition), the resulting situation can be dealt with under the Protection of Competition Act (further PCA). Consequently, under the applicable SMPA, a significant market power may only arise on the part of the buyer, if the latter is able to enforce unilaterally favourable business terms as a result of existing market conditions<sup>4</sup>.

Some examples of solving the issue of significant market power in objective terms are practiced in many countries<sup>5</sup>. So for example in Hungary (according to the Trade Act from 2006) identifying significant market power is according to the net turnover criterion (including mother- and daughter companies). Exceeding 100 bil. of forints means the status of significant market power without others. Even without the criterion if the buyer or any grouping thereof may be found in an unilaterally advantageous position towards suppliers. The abuse is defined in a rather vague and economically dubious and fuzzy way: "the supplier does not receive any benefit from the economic results of the large-scale selling"<sup>6</sup>.

In Lithuania the definition of SMP presupposes owing at least 20 stores with food products with selling area 400 squared meters at least, and total turnover approximately 114 mil. €.

Latvia has introduced subjective and dubious concept of dominant position generally in retail sector: proving market power of the merchant towards his suppliers is sufficient without necessity to prove it

---

<sup>4</sup> The notion of business terms and conditions is evidently used more broadly than "indirect contractual arrangement"; thus, it is an "unilaterally" favourable relation between the rights and obligations of the parties for the buyer's benefit without necessarily stipulating them in the institutionalised business terms and conditions in the sense of Section 1751 of Act No. 89/2012 Coll. (the Czech Civil Code).

<sup>5</sup> See Annex.

<sup>6</sup> See A. POKORNÁ, *Specifická veřejnoprávní ochrana odběratelsko-dodavatelských vztahů v Maďarsku*, *Potravinářská revue* 2012, 5, p. 71-73.

towards the rivals and consumers (as it is normally the case in dominant position)<sup>7</sup>.

Italian Act no 27 of 24 March 2012 accents *fair competition* in the food and agricultural sector. The retailer’s unfair behaviour does not necessarily need to be anticompetitive in terms of antitrust, it is sufficient not to achieve dominant position but only to apply unfair trading practices that are found to be against the public interest. The interpretation is nevertheless rather restrictive and the national competition authority may deal with the abuse of economic dependence only inasmuch it amounts to an abuse by a dominant company<sup>8</sup>.

Finland has specifics stemming from extremely high concentrated food retail sector. Two major grocery retail chains ensure more than 80% of the turnover at the grocery market. Therefore a “tailor-made” regulation has been approved in 2013: any grocery chain that achieved more than 30% share in the national market is considered to hold a dominant market position including its “special responsibility”. The weaker parties facing these chains are moreover exempted from the general ban of cartels<sup>9</sup>.

German regulation in Section 20 Art. GWB does not need any special category of bargaining power for food retail sector. Hindrance and discrimination is also generally prohibited to undertakings with a relatively strong market position (*markstarke Stellung*) i.e. especially in favour of small and middle-sized enterprises depend on the other party to an agreement. It is a clear concept of relative economic dependence. No pretending or fiction of market dominance for a subdominant undertaking is supposed<sup>10</sup>.

---

<sup>7</sup> Comp. A. POKORNÁ, *Specifická veřejnoprávní ochrana odběratelsko-dodavatelských vztahů v Litvě a Lotyšsku*, *Potravinářská revue* 2012, 7, p. 55-57.

<sup>8</sup> A. BUTTÁ, A. PEZZOLI, *Buyer Power and Competition Policy: from Brick-and-Mortar Retailers to Digital platform*, *Economia e Politica Industriale*, Vol. 41, 2014/4, p. 159-179.

<sup>9</sup> See M. OINONEN, *The new 30% rule: a viable solution to detrimental buyer power in the Finnish grocery retail sector?*, *European Competition Journal* 2014, vol. 10, Iss. 1, April 2014, pp. 97-121.

<sup>10</sup> The German BGH (Federal Court) clearly distinguishes between dominant position and economic dependence of small and middle-sized undertakings as a kind of “relative dominance” based in bilateral relation between individual buyers and sellers

Greece prohibits an abuse of economic dependence according to German example. The subdominant undertaking may moreover infringe prohibition of an abuse of economic dependence even without any existence of contractual relationship between the parties.

Austria applies a concept of superior market power of the buyer – if the suppliers have to rely on maintenance of the business relationship in order to avoid serious economic disadvantages.

In France, a subdominant firm may be considered to hold another undertaking in its dependency even if the former does not have a dominant position on the purchasing market.

These latter examples clearly show, that rather relative economic dependence and relative bargaining power (subjective approach) in particular case (unlike objective market power) is being taken into account in these countries.

By contrast, new nebulous concept of “objective” significant market power distinct from monopoly and dominance has been introduced in some other countries, including the Czech Republic. According to these approaches, significant market power does not reach the threshold of dominance, nevertheless it is able to distort competition as such (not only in terms of its fairness).

Portugal regulates fairness of contract terms in food and agriculture industry even without any qualifications of market power. Portuguese Act No 166/2013 on restrictive commercial practices does not pretend protection of competition and declares a new competence of the administrative *Body for food and economic security*. The goal of the act is to directly protect economic entities and to secure transparency of commercial relations even if economic competition is not necessarily distorted. Basically all undertakings are involved regardless their market power. There is an administrative way of securing fairness.

Despite grammatical interpretation of the Czech regulation that is in favour of the relative concept of economic dependence between a cer-

---

(subjective concept). Cf. P. KĚLLEZI, *Abuse below the Threshold of Dominance? Market Power, Market Dominance and Abuse of Economic Dependence*, in O. MACKENRODT, B.C. GALLEGO, S. ENCHELMAIER (eds.), *Abuse of Dominant Position: New Interpretations, New Enforcement Mechanisms? MPI Studies on Intellectual Property, Competition and Tax Law*, Berlin-Heidelberg, 2008, pp. 61-62, 77.

tain supplier and a certain buyer the Office for the Protection of Competition (hereinafter referred to as “Office” has opted for the objective concept. In fact, it equates to extension of the scope of personal applicability of a public-law rule, which can be contested – if nothing else – in terms of constitutionality<sup>11</sup>.

The adoption of said “absolute concept” also entails an important consequence related to a shift in the *aim* of the law. Indeed, this objective concept has only been adopted for pragmatic reasons at a later date (because the relative concept would be difficult to apply, and would reduce or even exclude the applicability of the SMPA) – it was originally intended to use the relative concept. Without any formal amendment to the law, its personal scope was *de facto* extended and its aim was actually changed *ex post*. Indeed, it can be inferred from the wording of the law that public-law means are to ensure substantive supervision over the correct relationships between *specific* entities in asymmetrical bargaining positions. However, the “absolute concept” of significant market power puts into this position each and every buyer who is capable of enforcing unilateral business terms only *vis-à-vis* certain suppliers; nonetheless, this line of interpretation assigns him significant market power in respect of all suppliers, even if they are dominant<sup>12</sup>.

Consequently, the application of the SMPA should also ensure that an entity with actual market power (dominance) on the supply part of the transaction cannot be forced to accept unfavourable terms by some-

---

<sup>11</sup> Under Art. 2 (2) of the Charter of Fundamental Rights and Freedoms, State authority may only be asserted in cases and within the bounds provided for by law and only in the manner prescribed by law. According to Art. 1 Sec. 1 of the Act 273/1996 Coll. on the Scope of Competence of the Office, the Office is a central administrative body, its purpose is to maintain and protect *competition* against its prohibited restriction.

<sup>12</sup> A senior employee of the Czech Office even stated on 12 November 2014 at the St. Martin conference organised by the Office that, in his opinion, a buyer with a turnover of CZK 5 billion or more can be deemed to have a significant market power in respect of all suppliers and that even a large supplier with a turnover exceeding CZK 5 billion (like Coca Cola and Prazdroj) is not capable of forcing such a buyer into different conditions than small suppliers. This represents a very extensive interpretation of the term “significant market power” that should, in fact, exist on the part of a demand sub-dominant towards a supply dominant.

one who lacks real market power, but has “significant market power”. However, this is inherently contradictory and denies not only the function of market self-regulation, but also the sense and function of the SMPA, in whatever way we understand it.

## 2.2. *Options available*

There are at least four possible options.

Option 1: if the sense of the law is to protect the weaker party and a dominant undertaking on the supply part is provided by a buyer considered to have significant market power with equally “unfavourable” terms as a sub-dominant seller, in what sense are the terms unfavourable? Is the dominant undertaking in a position of a weaker party just like its sub-dominant rivals simply because the buyer on the other side of the transaction has “significant market power”?

Option 2: if “fair competition” is to be protected, then applying the same or similar business terms in a non-discriminatory way to all the suppliers cannot be considered unfair – in contrast, is it not unfair that the bigger supplier does not enjoy better conditions than the smaller suppliers due to economies of scale? The fairness as such of the content of business terms has to be assessed according to contract law and to the private law against unfair competition in a particular case, rather than according to an rough and global public law means. As some scholars argue, this approach is more value-based and sometimes with weak or no economic evidence at all, so the assessment may stem more from ideology than from economics<sup>13</sup>.

Option 3: if the existence of competition is to be protected, the PCA

---

<sup>13</sup> See M. LAO, *Ideology Matters in the Antitrust Debate*, *Antitrust Law Journal*, Vol. 79, Issue 2 (2014), p. 666. For “the *process* of competition itself is also deemed important because of its tendency to enhance the competitive opportunities of start-ups and other less established firms” (ibid., p. 677), even the arbitrage between fierce competition and hard bargaining on one side, and moral condemnation of unfair conduct on the other side is value-based and more or less matter of beliefs rather than issue of rational arguments. Therefore policy prevails and a “honest conversation on what values should matter” would be preferred to discussions on “...economic theories as a proxy for discussion” (see ibid. p. 685).



cannot apply to a sub-dominant buyer, because it lacks structural market power that could be abused to endanger, distort or exclude competition in terms of its existence. The purpose of the in legal and political terms is thus unclear and the vicious circle brings us back to options 1 and 2, which however do not provide a satisfactory answer.

Option 4: Hypocrisy in setting or admitting the regulatory goals; in fact, redistributive goal along the vertical chain in the food retail sector is pursued, i.e. a kind of a “battle of egoisms” in favour of the well-lobbied egoism of the suppliers. Although, it is a legitimate political goal, it should not be disguised and pretended as a kind of protection of competition or of efficiency.

Contract law has enough troubles with assessing “(un)fairness” stemming from natural (yet suspicious) inequality of bargaining power and is in fact not able to cope satisfactorily with deciding what is fair at all, especially in substantive terms<sup>14</sup>. Protection of certain undertakings rather than competition would be the result presupposing different standard of treatment because of mere size of an undertaking. It is very controversial in case of dominant undertakings<sup>15</sup> and even more with regard to subdominant undertakings with stronger bargaining position. Ex post judicial or administrative distinguishing between agreements “which are the result of ‘mere commercial pressure’ and those which are the consequence of unfair exploitation”<sup>16</sup> would introduce uncertainty, infringement of the freedom of contract and autonomy of the parties and conflicting (redistributive) social goal.

### *2.3. Possible overlaps with other market positions*

Significant market power as generally defined by the law can overlap with other positions and characteristics, such as, in particular, market power, economic dependency, buying power, bargaining power,

---

<sup>14</sup> See P. AKMAN, *The Concept of Abuse in EU Competition Law*, Oxford and Portland, 2012, p. 166 ff.

<sup>15</sup> *Ibid.*, p. 169.

<sup>16</sup> *Ibid.*, p. 170. These attempts to judge the behaviour of the marketplace by the ethics of the courtrooms to the detriment of economic pressure (Eastbrook’s opinion quoted *ibid.*, p. 183) naturally weaken the role of contract and of market autoregulation.

economic position or business fairness. Significant market power is neither the same as market power nor identical to the other characteristics referred to above.

The powers of individual parties to a business transaction are conditional on a number of circumstances. The latter either cannot be determined at all or are very difficult to estimate. The parties may have different “gross” (and somehow measurable) general economic strength (e.g. profit, turnover or overall assets). They can vary in access to information and its understanding (information symmetry or asymmetry), in qualifications and expertise, in greater need of the other party than<sup>17</sup> vice versa, in self-confidence, in risk acceptance, etc.

*The demand power (buying power)* can be objective – market power on the supply side (*stricto sensu*). It is determined using objective indicators<sup>18</sup> within a certain relevant market as such, regardless of the specific partner. Demand power of major distributors makes them *gatekeepers*, i.e. buyers that cannot be fully replaced. Dependency of the producers on these distributors is also augmented by the fact that the latter have effective logistics, packaging and transport systems and, moreover, sell a constantly increasing number of products under their own private labels<sup>19</sup>, which results, along with economies of scale and high switching costs connected with a change of the distributor (if at all possible), in further dependency of producers on specific distribution channels<sup>20</sup>. Buyer power – unlike seller market power – may not inevitably reduce consumer welfare; it may cause lower input prices. If the

---

<sup>17</sup> In a specific context, the partner who is more careful can be the weaker party in contact with a risk-loving “player”, despite the fact that purely economic aspects need not suggest this.

<sup>18</sup> Cf. Section 10 of the PCA, similarly Art. 102 TFEU.

<sup>19</sup> In this respect, cf. W. MÖSCHEL, *Market Definition with Branded Goods and Private Label Products*, *E.C.L.R.* 2014, Iss. 1, p. 29 et seq. He points out, amongst other things, that products sold by businesses under their own label are sometimes identical to those sold by the same producer as an original branded product. Nevertheless, a distributor of goods under a private label continues to be a distributor, and a producer of branded goods continues to be a producer and not distributor of the goods he sells.

<sup>20</sup> Cf., in general, *Hauptgutachten 2010/2011*, No XIX, Monopolkommission: *Stärkung des Wettbewerbs bei Handel und Dienstleistungen*, Baden-Baden, 2012, p. 369 et seq.

buyers face fierce competition in downstream markets, these benefits may be passed on to consumers.

Based on practical approximation at the level of the European Commission, it was found that a buyer has a demand power if the loss of such a buyer would mean a greater than 22% drop in the producer's (supplier's) turnover<sup>21</sup>. However, this must be examined specifically and in relative terms, i.e. in relation to a specific supplier, rather than in objective terms, as is true of interpretation of so called significant market power.

The notion of *bargaining power* is broader – this term can also be reasonably used in a specific situation involving two or more partners, neither of which need to have a dominant position (objective market power). Bargaining power is an implied, intuitively and contextually extrapolated notion rather than a clear measure of the content and nature of the relationships between the parties; the existence of bargaining power can be inferred from its symptoms such as the necessity to arrive at an agreement with the other party (i.e. the lack of a reasonable alternative) or the impossibility to agree on or modify the proposed contractual terms and conditions<sup>22</sup>.

Bargaining power is a mere potentiality which in reality need not contain any problematic elements. Just the more powerful businessmen can negotiate and keep to themselves greater individual discounts or other more favourable terms than less powerful players<sup>23</sup>. The presence of duress distorting the will of the other party or even excluding it completely is also possible outside the above-mentioned potential power constellations. It has private-law consequences due to the violation of the principle of the autonomy of will (or good morals and fairness) as well as public-law (administrative-law or criminal-law) consequences in case of infringement of important public interests. There is no clear

---

<sup>21</sup> Cf. J. HAUCAP, U. HEIMESHOF, G.J. KLEIN, D. RICKERT, CH. WEY, *Die Bestimmung von Nachfragemacht im Lebensmitteleinzelhandel: Theoretische Grundlagen und empirischer Nachweis*, *WuW* 2014, Nr. 10, pp. 955-956.

<sup>22</sup> Similarly D.D. BERNHIZER, *Inequality of Bargaining Power*. *University of Colorado Law Review* [online], 2004, vol. 76, pp. 63-64.

<sup>23</sup> Cf. G. NIELS, H. JENKINS, J. KAVANAGH, *Economics for Competition Lawyers*, Oxford, 2011, p. 166.

connection between demand power and bargaining power. Demand power is not determined solely by the size of the buying entity. Smaller businesses, too, may have considerable bargaining power if consumers in their region do not have any other alternatives<sup>24</sup>.

Legal regulation governing behaviour of entities in a potentially asymmetric power situation in bargaining will necessarily find itself “treading on thin ice”, in particular due to the vagueness of the criteria for intervention and the possible arbitrary nature of such interventions, as well as because of the risk of negation of the contractual autonomy, the legal protection of ownership rights and market self-regulation through competition. This is also the case of the SMPA, which focuses on bargaining power without interpreting it in the sense of relative economic dependence of individual partners. On the contrary, the interpretation moves toward a status-objective view (quasi-dominance, qualified sub-dominance). This is joined by information asymmetry – while suppliers are quite transparent to the buyers in terms of economics and technology, this is not true vice versa. The transaction costs associated with a change of supplier are usually minuscule in comparison to the costs associated with a change of the distribution channel on the part of the producer or supplier.

Essentially, bargaining power is a result of an interplay of three factors<sup>25</sup>: external possibilities on the part of the buyer, external possibilities on the part of the seller and the bargaining efficiency. The latter of these factors may considerably influence the result if the external possibilities of both parties are equal.

The formerly promoted and in relative terms devised notion of “economic dependency” does not appear in the SMPA anymore and the Office has rejected it both in its explanatory memorandum on the amendment and in the statements of reasons for its decisions. Economic dependency is a specific relative relationship that is pre-determined neither in terms of the sector (food industry and agriculture) nor structurally (limited only to suppliers), or in terms of absolute values of an entity’s turnover or relative values of its market share. A specific rela-

---

<sup>24</sup> Srov. J. HAUCAP ET AL., cited work, p. 947.

<sup>25</sup> Srov. OECD: *Policy Roundtables Monopsony and Buyer Power*, DAF/COMP (2008) 38 of 17 December 2009, pp. 39-42.

tionship-determined economic dependency contributes to the creation of an unbalanced contractual relationship much more than the bargaining power or demand (buying) power. Depending on the given case, the buyer need not necessarily be economically dependent on the dominant partner, while in a different case another buyer may be economically dependent even on a sub-dominant partner. For this reason, “economic dependency” should be determined and investigated; however, this is very demanding and difficult in terms of obtaining evidence, which is obviously the reason why the Office chose to deviate from the original position.

The notion of economic dependency would, similarly to the notions of “good morals” and “good morals in competition” and “fair business conduct”, provide a possibility for public-law enforcement of fairness in commercial contracts, where private-law protection could potentially be unenforceable. The currently dominant “objective” interpretation<sup>26</sup> maintains that one party wields significant market power (the buyer according to Czech law) on the basis of statutory criteria, which means that if the buyer’s market power is typologically classified as “significant” on the basis of the law, the will apply to *all* commercial relationships between this buyer and all its suppliers.

### 3. *Qualified sub-dominance*

The basis of the “objective concept” of significant market power lies precisely in the fact that the buyer’s position on the market generally (!) and regardless of relation to particular business partner represents a significant distribution channel for the supply of the suppliers’ products to the consumers, and that the buyer could take unfair advantage of this position. The term “qualified sub-dominance” can perhaps be used in this respect.

---

<sup>26</sup> Cf. A. DRBAL, *Z rozhodovací praxe Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže (From the Decision-making Practice of the Office)*, *Antitrust* 2013, Iss. 4, p. 142; B. HANSLIANOVÁ, A. POKORNÁ, *Institut významné tržní síly dle zákona o významné tržní síle (Concept of Significant Market Power Under the SMPA)*, *Informační list ÚOHS* 2013, Iss. 2, p. 9 et seq.

However, this is far from being the only possible solution. Laws of many countries which stipulate special rules for non-dominant competitors are usually based on their market (buying) power (similarly to the Czech SMPA) or on the other competitors' "economic dependency" on them<sup>27</sup>.

Germany uses a non-specific regulation with no special focus on sub-dominant competitors – the German GWB (Act on the Protection of Competition)<sup>28</sup> does not interfere with the concept of dominance to protect suppliers from retail chains, but stipulates (in the form of a very general clause) that businesses may not use their greater market power against small and medium-sized competitors in order to achieve unfair restriction of these competitors.

In terms of economic evaluation, such limitation includes, in particular, situations where a small or medium-sized competitor is required to sell food products for a price lower than the selling price for which the buyer subsequently resells the products (it also applies in case of other products or services, if this happens regularly), or situations where a business charges to a small / medium-sized competitor with whom it competes on a subordinate market a higher price for the supply of products or services than the price offered for these products and services by the business on such subordinate market, unless there is an objective reason for this<sup>29</sup>.

The general nature of the German legal regulation and the broaden-

---

<sup>27</sup> Cf. A. POKORNÁ, *Specifické veřejnoprávní regulace odběratelskodavatelských vztahů ve státech Evropské unie a zákon o významné tržní síle (Specific Public-Law Regulations of Buyer-Supplier Relations in EU Member States and SMPA)*, *Informační list ÚOHS* 2013, Iss. 2, p. 7.

<sup>28</sup> Section 20 GWB, amended paragraphs 3 and 4, the amendments coming into effect on 1 January 2013.

<sup>29</sup> An interesting trend (probably not a long-term one) can be observed in Germany since the end of 2007. Since then, businesses with a demand power were prohibited from demanding conditions in business relations that brought them advantages without a substantiated reason – not only from small and medium-sized enterprises, but from *anyone* regardless of size. Thus, even large producers enjoyed the benefits of legal protection towards those with demand power. The German Monopolkommission criticised this approach (see *Hauptgutachten 2010/2011*, p. 380), because large businesses, unlike small ones, are able to defend themselves against unjustifiable requirements.

ing of its effect to include all, not just the dominant competitors (i.e. regardless of their size) should establish protection against unfavourable terms and conditions for all entities dependent on a competitor requesting such terms<sup>30</sup>. The German legislation reflects the change in power relationships between the dominant industrial enterprises and highly concentrated retail which had been under way since the 1980s. Nevertheless, the general wording does not give rise to fears in Germany that unfair contracts could be immune to challenge from small and medium-sized businesses.

The general approach in the form of a general clause of the Act, which is implemented predominantly through case law, is thus possible, although it contains a discretionary elements such as reasonability, fair consideration and appropriateness. The reluctance to introduce a new kind of regulation without clear boundaries was based mainly on the unreliability of the theoretical basis of economic dependency; it is unclear where it begins and where it ends, which raises doubts about the legitimacy of any measures in this area and leads to a strong tendency to avoid it on the part of the regulatory authorities<sup>31</sup>.

---

<sup>30</sup> Cf. S. RITTER, *Regierungsentwurf zum Gesetz zur Bekämpfung vom Preismissbrauch im Bereich der Energieversorgung und des Lebensmittelhandels*, WuW 2008, Iss. 2, p. 143

<sup>31</sup> Cf. R. SCHEELINGS, J. WRIGHT, “*Sui generis*”? *An Antitrust Analysis of Buyer Power in the United States and European Union*, 05-30, accessed 23 November 2009 at the Social Science Research Network: [http://ssrn.com/abstract\\_id=800886](http://ssrn.com/abstract_id=800886), p. 14, p. 29. Unambiguous and uncompromising as it is, the refusal of this regulation by the Bulgarian Competition Commission of 13 July 2010 in response to the Communication from the Commission of 28 October 2009 on a better functioning food supply chain can serve as *pars pro toto*. It is stated in it that the matters in question fall beyond the protection of competition and hence outside the Commission’s competence. According to the Bulgarian declaration, the concept of significant market power established in numerous EU Member States proved rather ineffective. Special laws introducing such a regulation also entail the risk of an opposite effect on small suppliers they should protect, namely that supermarkets will divert their demand to neighbouring countries with a less stringent regulation and that they will prefer bigger suppliers. It finds a solution in special laws on fair competition, information campaigns and promotion of a code of conduct, as well as in forming professional associations of small suppliers protecting the members’ rights and competition rules (cf. [http://ec.europa.eu/competition/ecn/brief/04\\_2010/bg\\_supermarket.pdf](http://ec.europa.eu/competition/ecn/brief/04_2010/bg_supermarket.pdf), accessed 15 March 2012).

However, the legislators in the Czech Republic have not avoided it and adopted a seemingly clearer and casuistic regulation through the SMPA, whose economic justification is nevertheless no more precise than “economic dependency” had ever been. The turnover criterion of CZK 5 billion on the part of the buyer<sup>32</sup> is only a rebuttable assumption deemed to be only one of the discretionary indicators<sup>33</sup> of the existence of significant market power. The decision of the Office concerning whether or not a buyer wields significant market power is essential; not meeting the turnover limit is not a guarantee of non-intervention and, conversely, excess of the limit does not predetermine that significant market power exists. Acts listed in the annexes to the SMPA are not prohibited *per se*, but only to entities who have been found to wield significant market power.

#### 4. *Unilaterally unfavourable terms and conditions*

From the viewpoint of competition, it is important whether a party may realistically avoid the influence of the stronger party (i.e. a business transaction – if the weaker party exposes itself to such influence, this is considered to be its voluntary decision), or whether the weaker party has to submit to it because of economic or other reasons. There is a further, more exact division into situations where a single individual party is in a weaker power position vis-à-vis another individual party, and situations where a party is in a stronger power position vis-à-vis a whole group of (all or most) its partners.

A moral evaluation of the contents of the terms and conditions (their advantageous or disadvantageous nature) represents a different area of consideration, which is unrelated to the protection of competition, despite its possible association with the fairness of competition. *Inequality is natural and necessary in a market economy*; it serves as a source of competitive pressure, struggle for a competitive advantage, the clash of motivations and a prerequisite for measuring the results on the market.

---

<sup>32</sup> Cf. Section 3 (3) of the SMPA.

<sup>33</sup> Cf. B. HANSLIANOVÁ, A. POKORNÁ, cited work, p. 12.



Elimination of all inequality between the parties is neither desirable nor possible: it would mean elimination of the driving force behind competition and giving up on the market’s capacity for self-regulation also in areas where it undoubtedly exist. Moreover, the suppliers can only be a “biased judge” of their own situation – it is common that great demand and bargaining power may be inconvenient to the suppliers, but the fact that it “reins them in” may result in lower consumer prices<sup>34</sup> and improvement of the products<sup>35</sup>, and thus contribute to consumer welfare.

The imbalance in relationship between the suppliers (manufacturers) on the one part and retail chains on the other part is generally evaluated completely by rote and one-dimensionally; however, this not always corresponds to the reality. Firstly, the distributors are customers of the suppliers, who would be unable to reach the end consumer at given costs without their help. Although this understanding is prevalent, the structure of the relationships is more complicated. Secondly, in relation to the supplier, the distributors are also in the position of “vendors” of their sales premises, know-how and image (for which they compensate through listing fees, “slotting fees”, contributions for advertising, etc.). Thirdly, the distributors represent competition to their suppliers if they sell the supplied products under their own private labels<sup>36</sup>. All these aspects must be considered individually and in context in any analysis of bargaining power.

While factual inequality is a natural state of affairs, the fiction of equality and correction of inequality through equality of rights represent an artificial state of affairs. Cases of glaring *material* inequality preventing or severely hindering the exercise of a right are addressed in private law by the principle of substantive correctness of a relationship (which involves evaluation from the viewpoint of good morals, fair business conduct, prohibition of abuse of a right, etc.) and also in public

---

<sup>34</sup> According to P.W. DOBSON, R. CLARKE, S. DAVIES, M. WATERSON, *Buyer Power and its Impact on Competition in the Food Retail Distribution Sector of the European Union*, <http://europa.eu.int/comm/dg04/publications/studies/bpifrs>, p. 38.

<sup>35</sup> R. INDERTS, C. WEY, *Buyer Power in Distribution*, in W.D. COLINS (ed.), *Issues in Competition Law and Policy*, ABA Antitrust Section Handbook 2008, p. 18.

<sup>36</sup> Cf. P.W. DOBSON, *Exploiting Buyer Power. Lessons from the British Grocery Trade*, *Antitrust Law Journal* 2005, vol. 72, p. 538-539.

law (e.g. prohibition of abuse of market power under the PCA, prohibition of abuse of economic position under the Act on Prices and some merits of the criminal offences).

This second public-law-group includes the SMPA, which formally declares an interest in protection of competition on a relevant market<sup>37</sup>, but in reality represents rather a smoke screen hiding the real aim – *a group protection* of suppliers of agricultural and food products against all current or potential buyers, regardless of the fact that the buyers *do not have any market power* in terms of antitrust law. Therefore, this tends to form *external protection of group- (interest-) defined justice*.

*Factually asymmetric* contracts whose internal dynamics is determined primarily by the economic position and economic power of the parties and their access to information will obviously not become *substantively symmetric* simply because of the fact that they will not include certain prohibited stipulations. The weaker supplier may not even ask for business terms and conditions<sup>38</sup> that should form the basis of business negotiation and which should reveal some of the unfair elements; the buyer might actually “incentivise” such behaviour at the expense of those suppliers who insist on the business terms and conditions. Another “incentive” may be agreed for a supplier who tolerates without complaints deviations from the agreed terms and conditions. It is also possible to favour the pliable suppliers and penalise the more resistive ones without being exposed to sanction. The “fear factor” will not be eliminated. After all, where should be the borderline between fierce competition and abusive exploitative use of bargaining position, so far the other party is not ready and willing to leave the market and is still fearing of interruption of the commercial relationship even under hard terms and conditions?

Such a competitive pressure from the opposite market side may by double-edged. It may both reduce sources and cause underinvestment and decline of innovation<sup>39</sup> (and/or quality) and, by contrast, enhance the efforts to innovations and new solutions, as well.

---

<sup>37</sup> Cf. Section 4 of the SMPA, in fine.

<sup>38</sup> Cf. Annex No. 2 to the SMPA, par. 1.

<sup>39</sup> Nonetheless, empirical evidence is not supportive of this concern. So e.g. UK Competition Commission found in 2008 (“The supply of groceries in the UK – Market

### 5. Flexible and opportunistic content of business “justice”

In the area of private law, “justice” is a matter for the parties in a legal relationship themselves, who do not rely on the State power. This is the *equalising (corrective) justice – iustitia commutativa* – that arises in an interaction of the interests of both parties and can be characterised as an indifferent intersection of their interests and values; it represents a state of affairs which is acceptable to both parties, to their satisfaction<sup>40</sup>. After all, the guiding business (moral?) principle holds true for both parties of a balanced commercial relationship, namely “buy low, sell high”<sup>41</sup>. However, such a state of affairs can only be achieved in a situation where both parties are able to express their authentic and undistorted free will, i.e. when they are both in the position of abstract equality. Equalising justice neglects the existence and comprehension of individual differences between the parties.

Precisely because this equality is and can only be abstract and no two entities can ever factually be equal in all respects, a distortion of the private autonomy of will occurs and one of the parties must adjust to the interests of its partner more than the other; in the extreme, this takes the shape of a *de facto* dictate of the stronger party hidden under the veil of a contract<sup>42</sup>. To speak of a contractual freedom in such a situation would be an insult to the notion of “freedom”, since it leaves no room for independent decision-making to the weaker party<sup>43</sup>.

In these cases the very notion of justice suffers, which overlaps with other areas than just the clash of interest of the parties – indeed, this

---

investigation, 30. April”), that “despite the undoubted strength of the big retail chains, the financial viability of grocery suppliers was not under threat, there was no evidence of decline of investment and innovation, and there were no major barriers to entry and expansion for smaller suppliers”. See G. NIELS, H. JENKINS, J. KAVANAGH, op. cited above, p. 167.

<sup>40</sup> Conceiving contractual law as the parties’ realm of freedom. Cf. the memorable statement of the liberal thinker Fouillée: he who says “contractual” says “just”.

<sup>41</sup> Conf. A. BUTTÁ, A. PEZZOLI, cited work, p. 179.

<sup>42</sup> For Stammler, the law of the strongest is the utmost lawlessness.

<sup>43</sup> Cf. W. ZÖLLNER, *Archiv für die civilistische Praxis* 1996, p. 28 ff, cited according to O.H. CHEREDNYCHENKO, *Fundamental Rights, Contract Law and the Protection of the Weaker Party*, München, 2007, p. 284.

affects the social cognisance and generally the shared ethics of what is right and decent. This reveals that in certain situations of imbalance of bargaining power, there are two opposing *private autonomies* – one of the stronger and the other of the (much) weaker party – cancelling each other to a clear advantage of the much stronger party. The principle of *distributive justice then applies*.

While corrective justice is provided for by the parties themselves through their interaction (and it belongs to the domain of private law), distributive justice requires a mediator of external values and interests (and is provided by the State or a government authority authorised by the State)<sup>44</sup>. It thus belongs to the domain of public law.

Corrective justice is an expression of internal and current bipolar context of the interests of the partners, whereas distributive justice encompasses broader, externally introduced social criteria of fairness. Unlike corrective justice which does not take account of the specific features of the participant in a legal relationship, distributive justice takes this into consideration. As a matter of fact, it represents an implicit expression of the fact that private parties to a relationship are not able to pursue their own aims, or they do so not in accordance with broader social goals and values, which are imperative. Typically, contractual freedom is suspended with respect to violation of the autonomy of will and freedom of will as a consequence of a considerable power imbalance in the contractual relationship<sup>45</sup> or due to a conflict with superior public interests, which take precedence over the interests of the parties<sup>46</sup>.

Substantive justice in a private-law relationship may be threatened or even excluded due to the merely procedural character of corrective

---

<sup>44</sup> According to G. RADBRUCH (*Rechtsphilosophie*, Section 4), equalising justice is a concept of private law and distributive justice is one of public law, as noted by O.H. CHEREDNYCHENKO in the cited work, p. 36.

<sup>45</sup> Cf. protection of employees, children, consumers, anti-discrimination regulation, etc. For example, the constitutive protectionist role of labour law and its prevalingly prohibitive contents based on the outer aspects of justice in the form of employee protection makes it a part of public law rather than of private law.

<sup>46</sup> Cf., for example, the prohibition of certain contractual acts prohibited by criminal law, competition law, tax laws, environmental laws, etc.

justice following from the formal equality of the parties, which is incapable of attaining substantive justice<sup>47</sup>. This results in a structural change in private law, which is now constitutively connected not only with commutative justice, but also enforces the “public-law” aspects of distributive justice<sup>48</sup> aiming at wealth transfers and other societal goals that are questions of policy<sup>49</sup>.

The SMPA clearly has such ambitions and the Office as an administrative body is to use it to penetrate into a domain traditionally reserved for court decision-making. The Office is supposed to decide whether the agreed business terms and conditions are unilaterally favourable or not<sup>50</sup>. These and similar external and hardly normatively definable aspects are virtually blanket and the wording of their real contents is *de facto* transferred to case law, as well as to decision-making in administrative proceedings.

However, the Office may not act as a “moral arbiter with legal implications” under the existing regulation without connection to a targeted or current significant *distortion of competition*. The Office’s competence as stipulated by law implies that the Office may only deal with<sup>51</sup> existential protection *of competition as a common property; it is not authorised to evaluate and make decisions on the fairness of agreed terms and conditions, i.e. to provide a qualitative protection against*

---

<sup>47</sup> Cf. C. W. CANARIS, *Die Bedeutung der iustitia distributiva*, München, 1997, p. 46 ff; cited according to O.H. CHEREDNYCHENKO, p. 44. The traditional private-law individualisation aspect was related to defects in the will of a party (regulation of the consequences of an error, coercion, duress) but there was also expansion towards control of the contents of the contract (cf. Section 49 of the 1964 Civil Code regulating the consequences of contractual relations under markedly unfavourable conditions, although in combination with duress, as a defect of free will).

<sup>48</sup> For more on this, see J. BEJČEK, “Privatizace” veřejného a “publicizace” soukromého práva (“Privatisation” of Public Law and “Publicisation” of Private Law), in *Základné zásady súkromného práva v zjednotenej Európe/Fundamentale Grundsätze in vereinigten Europa* (Fundamental Principles of Private Law in United Europe), Bratislava, 2008. pp. 101-131.

<sup>49</sup> Cf. A. AYAL, *Fairness in Antitrust*, Oxford and Portland, 2014, pp. 109, 157 and elsewhere.

<sup>50</sup> Under Section 3 (1) in fine, of the SMPA.

<sup>51</sup> Cf. Section 3 (1) in fine, in conjunction with Section 4 in fine, of the SMPA.

*unfair competition and to protect the individual competitors*<sup>52</sup>. There is a doctrinal agreement on this competence reaffirmed by a number of Office's decisions and court rulings. Pursuant to the law<sup>53</sup>, the Office is a central state administration body set up to support and protect competition against unauthorised restriction, not a public-law aide providing cheaper, faster (for the parties) and evidence-wise easier *assistance to dissatisfied competitors* claiming protection (which is private-law in its substance) against stronger partners.

It is true that the Act on the Competence of the Office for Protection of Competition allows for exercise of additional competence of the Office set forth by special laws<sup>54</sup>, including the SMPA. Nevertheless, the latter Act itself stipulates in its Section 5 the supervisory powers of the Office and declares that the Office's competence is set forth in the Act on the Competence of the Office for Protection of Competition. *Any* change of its substantive competence toward supervision of the fairness of competition thus lacks any legal basis.

Unfair practices or unfair terms and conditions used on the part of the buyer with approx. 10% share of the market can hardly be construed as systematic and existential threat to competition. An interpretation analogy of "cumulative effect of negligible agreements restricting competition" could be considered – i.e. a cumulative effect of sweeping and generally-applied unfair business terms and conditions – but then their effect<sup>55</sup> (not only the aim itself!) would have to be proven, not simply alleged. This would be difficult since sweeping use of essentially similar or the same allegedly unfair business terms and conditions by all significant buyers would, on the contrary, represent an equalisation of

---

<sup>52</sup> Competition law and in particular the regulation of an abuse of market power should play only a residual role (if any at all) in respect of unfair contractual terms and conditions. Cf. R. O'DONOGHUE, J. PADILLA, *The Law and Economics of Article 102 TFEU*, 2nd. Ed., Oxford and Portland, 2013, p. 860.

<sup>53</sup> Cf. Section 1 of Act No. 273/1996 Coll., as amended, on the competence of the Office for Protection of Economic Competition.

<sup>54</sup> Cf. Section 2 of the Act on Competence of the Office for Protection of Competition.

<sup>55</sup> Similar to, for example, the effect of a large number of otherwise individually negligible agreements on exclusive distribution of beer which would have a foreclosure effect on the market.

the competition circumstances on the supply side, which would comply with free competition<sup>56</sup>.

Other stated impacts on competition in the form of the foreclosure effect, exclusionary effect, spiral effect and waterbed effect and withholding investments are either hypothetical or difficult to quantify and prove in practice; nevertheless, they would have to be demonstrated in order to prove a breach of the law<sup>57</sup>. The SMPA does not include anal-

---

<sup>56</sup> This, obviously, provided that the almost identical conditions did not occur as a consequence of a prohibited agreement restricting competition.

<sup>57</sup> Hauptgutachten 2010/2011, No XIX, Monopolkommission: *Stärkung des Wettbewerbs bei Handel und Dienstleistungen*, Baden-Baden, 2012, p. 372 et seq. Really negative (detrimental) impact of buyer power has not been proved yet (ibid., p. 378). *Waterbed effect*: pushing down at one place results in a pop up elsewhere – it is believed that this is how suppliers to chains can make up for their losses in their relation to buyers without a significant market power – producers attempt to make up for the lower margins obtained with large buyers by trying to enforce tougher conditions on smaller business partners. While this is a possible consequence of demand power, it still depends on a number of influences. Similarly as possible reducing of competition in upstream markets as undertakings try to cope with lower margins enforced by the strong buyers without fostering efficiency in production; it may allegedly also lead to increase of concentration of supplier’s markets without improvement of suppliers’ efficiency (conf. A. BUTTÁ, A. PEZZOLI, work cited above, at 162 et seq.). The *foreclosure effect* may result from an individual business seeking to eliminate, entirely or partly, its competitors or a supplier through special delivery terms (such as exclusivity). This is more difficult if the relevant range of products comes from multiple producers providing a substitute source of supplies. *Exclusionary effect* essentially represents an option where suppliers (sellers) apply fighting (predatory) prices. The tactics of predatory offers can also have the exclusionary effect on an upstream market (cf. *OECD Policy Roundtables Monoposony and Buyer Power*, 2008, DAF/COMP (2008), 38, of 17 December 2009, p. 54). *Spiral effect* is a metaphor for a situation where a business with a market power seeks to improve its position towards competitors by obtaining better purchasing conditions than the others. Spiral effect exists if the demand power increases with the supply power on a downstream retail market. This, however, is a controversial strategy which may fail with the entry of more efficient competitors and efficiencies of scale that also improve purchasing conditions. *Distortion (withholding)* may result from producers’ low margins. In addition, businesses’ own product labels used instead of the producer’s brands cut the producer’s receipts from innovations. *Withholding investments* and detrimental influence on reduced consumer choice is sometimes declared as a consequence of buyer power (see A. BUTTÁ, A. PEZZOLI, ibid., at 163). Insisting on unjustified lower input costs might first: allegedly weaken the rivals of a

ogous “hard abuses of significant market power”, which would be prohibited *per se* similarly to *hard core* cartels, without the need to demonstrate their harmful effects in each individual case.

A “creeping change” in the competence of the Office through the SMPA (created through a Member of Parliament’s initiative and without proper and standard legislative review procedure and an explanatory memorandum) would be questionable at the very least; at the same time, this would not represent a reduction, but a factual appropriation of additional competence by a public administrative body. Furthermore, it appears that this trend will continue in the future since the amendment to the SMPA that is being prepared intends to delete without replacement the condition of targeted or actual significant distortion of competition on a relevant market from the general clause of abuse of significant market power<sup>58</sup>. It thus represents not only a deletion of the characteristic of “significance” of the distortion of competition, but giving up on a proof of<sup>59</sup> any *impact on competition whatsoever*. In that case, the Office would become an official (out-of-court) arbitrator of the substantive correctness of contractual relationships between parties, alt-

---

strong buyer (in a horizontal level) and reduce their innovations and ability to adapt to changing consumers’ needs, and second: lower margins may made suppliers (in horizontal level) to reduce investments and innovations and it may cause reduction of consumer choice and allegedly raising prices. It is nevertheless mere hypothetical development. An opposing scenario may be declared as possible one, as well. Lower margins achieved downstream may force the suppliers to innovate in order to make higher efficiency and to survive in the fierce competition. There is no guarantee that higher margins of the suppliers towards buyers (that would as a rule lead to higher consumer prices) would otherwise have been invested into innovations instead of to be consumed for other needs of the supplier only. An ex-post rationalization (excuse) of an allegedly hurt party may be very opportunistic, biased and flexible. After all, there has not been given yet unambiguous evidence either for the view that market power (and all the more so subdominant “significant” market power) generally “threatens innovation by lowering the return to innovative efforts or for the Schumpeterian view that concentrated markets generally promote innovation...” – cf. R.J. GILBERT, *Competition and Innovation, ABA Section of Antitrust Law, Issues in Competition Law and Policy* (W.D. COLLINS ed., 2008) p. 577, 583.

<sup>58</sup> Section 4 of the SMPA.

<sup>59</sup> According to the Explanatory Memorandum on Amendment to the SMPA, par. 1.6, p. 17.



though a substantive incorrectness need not necessarily have implications for the existence of competition. In the worst-case scenario, the negative or potential impact could be simply declared as “obvious” and self-evident (if the amendment passes into law), without any need to demonstrate it. Such a solution would hardly be compatible with the principle of legality, let alone consistency with the Constitution<sup>60</sup>.

*6. Current Czech SMPA and its planned amendment – an amendment with original problems thereof?*

Since the very necessity of the SMPA is a subject of legal and political disputes, a draft amendment was prepared with the ambition to clarify some of the outstanding issues and make the Act into a more useful legal instrument. It appears, however, that a political decision has already been made not to adopt the notion of “economic dependency” as a specific relative relationship determined neither sectorally nor structurally (restricted to suppliers only), nor by absolute turnover values or the relative share on the market. The amendment completely relies on a single notion, i.e. the absolute concept of significant market power determined in a general manner, with no regard to the specific relation between the business partners<sup>61</sup>. The CZK 5 billion turnover threshold<sup>62</sup> remains a supportive, rebuttable assumption; it does not negate Section 3 (2) of the SMPA, which sets forth relation criteria for evaluation of significant market power according to the template for assessing market power under the PCA. In fact, the ambiguous wording of the current SMPA and its draft amendment does not provide any reliable support for this clear shift towards the objective concept and could just as well serve the completely opposite notion (of relative economic dependency).

---

<sup>60</sup> An option which I find somewhat eccentric, although it was allegedly contemplated by the Office, was to regard material distortion of competition on a relevant market in the sense of Section 4 of the SMPA as material distortion of fair competition, i.e. a sort of qualitative protection.

<sup>61</sup> An approach supported by Section 3 (2) of the SMPA.

<sup>62</sup> Pursuant to Section 3 (3) of the SMPA.

### 6.1. *Justification of regulation*

The very effort to introduce an amendment obviously represents a confirmation of the legal and political opinion that this public-law regulation is, in principle, necessary. Arguments against this form of regulation are strong, but so are the interests behind the opposite opinion, which is currently stronger and more influential. The aim of the amendment is especially to remove ambiguities and the confused nature of the existing regulation. I believe the latter effort will be more successful (if the amendment is passed) – if only because of the removal of annexes which are casuistic and “fertile” in terms of their interpretations. The admitted lack of concept and ambiguity of certain terms could be compensated, if the amendment is adopted, by its formal simplicity and a greater ease of implementation of the Act on the part of the Office; nevertheless, legal certainty and predictability of decision-making and the criteria used in it are not likely to be improved.

The authors of the amendment and the related explanatory memorandum do not allow for any doubt concerning the need for an invasive, mandatory public-law regulation of business relationships, although the bargaining power of retail chains in the Czech Republic is among the lowest in Europe due to their non-existent market power and low market shares<sup>63</sup>.

The amendment does not move away from the concept of significant market power as a sort of “qualified sub-dominance” and rejects the relative concept of economic dependency of a partner in a specific business relationship. Significant market power is supposed to be understood as an objective and non-individualised position of retail chains

---

<sup>63</sup> The US is a telling example. Farmers there obviously also complain about unequal bargaining power in relation to sellers and their helplessness face to face unfair conduct, their having to accept tough business conditions, etc. Nevertheless, the federal Supreme Court concluded that antitrust law should apply only where the relevant practice distorts competition on the market as a whole and that even obviously insidious conduct of one to another (i.e. without market power) does not justify an antitrust action. Thus, antitrust law is not a substitute for the laws protecting from unfair competition. Cf. S.A. POZEN, *Agriculture and Antitrust: Dispatches and Learning from the Workshops on Competition in Agriculture, Antitrust*, Spring 2012, p. 10).

on the market<sup>64</sup>. Conversely, the concept of economic dependency, which describes long-term relationships between the individual partners more accurately and flexibly, is not an absolute concept since it relates only to individual economic subjects, its character is long-term and continuous and it creates lasting economic connections between parties<sup>65</sup>.

The rebuttable assumption of significant market power based on turnover (now not only of the buyer) will remain valid. Nonetheless, a non-exhaustive list of the merits in Section 4 of the draft amendment includes only possible violations of the law on the side of the *buyers*.

## 6.2. *The aim of the regulation*

The draft amendment aims primarily to improve the legislative-technical standard of the SMPA; it does not address the underlying aim of the original regulation. Interpretative inference, or veiling of the true aim of the regulation, is thus likely to continue. The issues connected to the bargaining power of retail chains are known and solutions are being sought also on the EU level<sup>66</sup>. The context allows to infer that the pursued aim is distributive justice introduced externally into an area where equalising justice does not work in the interaction of the interests of partners in a private-law relationship due to the *de facto* dictate in the form of a contract.

However, it is questionable whether an administrative body and administrative proceedings are best suited to achieve such balance. Thus far, the aim of “distributive justice dispensed *administratively*” has been concealed under a thin veil of the declared aim of protection of

---

<sup>64</sup> Explanatory Memorandum, p. 14. Unwittingly, the Act is constantly aimed at just one party of the relationship (buyers) and removing the formal limitation of its scope covering exclusively buyers would be more a tactical concession in favour of critics; this would in no way change the fact that the Office will continue to focus on large buyers only.

<sup>65</sup> Cf. C.S. FILHO, *A Legal Theory of Economic Power (Implications for Social and Economic Development)*, Cheltenham, 2011, p. 86, 155.

<sup>66</sup> Cf., for example, communication “Tackling unfair trading practices (UTPs) in the business-to-business food supply chain”, COM (2014) 472.

competition. This caused problems, however, since the proof of causality between unfair practices of certain retail chains and a significant distortion of competition on a relevant market, still required by the law, has been difficult to obtain. At least the competitive and confusing smoke screen of redistributive justice is to be removed by the amendment.

Despite the proposed removal of protection against significant distortion of competition from the wording of the Act, the explanatory memorandum<sup>67</sup> still counts with a negative (even merely potential) impact on competition. The explanatory memorandum thus paradoxically *anticipates* that there are merits of administrative offence, which the wording of the Act avoids on purpose and they are *omitted* from it. It is questionable whether the amendment will thus bring any greater clarity concerning what constitutes significant market power. It is not at all likely that the *legal uncertainty* concerning the scope of the permissible and prohibited acts will be removed, as the explanatory memorandum suggests<sup>68</sup>.

After the removal of the threat or damage to competition from the general clause on abuse of market power, the already raised complaint that the true aim of protection through the SMPA is individual protection, not institutional protection, will be that much harder to refute. At the same time, selective and discriminatory public-law regulation may paradoxically threaten or distort competition and consumer welfare. At least competition between suppliers through terms and conditions, from which the consumer may benefit in the end, can be effectively prevented by the law.

The aim of the regulation is further obscured by the fact that the SMPA considers itself to be a special regulation in relation to the PCA<sup>69</sup>. This special regulation, however, has a different aim than the

---

<sup>67</sup> P. 16 of the Explanatory Memorandum (on Section 4 of the SMPA): “However, any conduct which has, or could have, an *adverse impact on economic competition* on the relevant market may represent abuse of significant market power” (highlighted by the author).

<sup>68</sup> Cf. par. 1.5 of the Explanatory Memorandum, p. 16.

<sup>69</sup> Cf. Regulatory Impact Assessment (RIA) on the amendment to the SMPA, par. 1.3.

basic regulation, which is very unusual – special regulations generally contain the methods and specific ways of achieving the general aims of the implemented regulation. At the same time, the amendment anticipates that any test for prohibited acts or distortion of competition will no longer be mandatory<sup>70</sup>.

The submitters of the draft amendment to the SMPA have further stated that private-law means in the relevant area have failed. However, this is simply an intuitive conclusion unsubstantiated by any analysis of substantive prerequisites of lawmaking. Indeed, no such analysis had been performed prior to the adoption of the SMPA (since at that time, the primary reason for its adoption was that regulation “had been repeatedly requested”) and no study or estimate of the social impact of the SMPA is still available<sup>71</sup>.

It was further admitted that the problem of “undesirable practices” could not be solved through competition rules<sup>72</sup> either. As a matter of fact, the existing rules only confirm that competition on the relevant market is not threatened – and cannot be threatened by definition – by these practices, although the law<sup>73</sup> prescribes that for abuse of significant market power to exist, the definition of a threat or damage to competition must be met. Thus-conceived Act has been immensely difficult to apply reasonably.

The SMPA could also be considered a special regulation in relation to the Civil Code, especially with respect to the general protection of

---

<sup>70</sup> (Perhaps) unwittingly it was revealed that demonstrating impacts on competition is to be intentionally abandoned in order to accelerate and simplify administrative proceedings before the Office (par. 1.6. of the Explanatory Memorandum on the SMPA, p. 17). It is striking that this pragmatic “operational aspect” should take preference over the substantive element of the merits of an offence.

<sup>71</sup> It is obviously hardly conceivable that paternalistic public law regulation should be employed whenever private law “fails” in such an indemonstrable and untrustworthy manner or where a party, in the interest of preserving a contractual relationship (which shows that it is interested in the relationship and still regards it as advantageous) fears to address problems by private-law means.

<sup>72</sup> Evidently meaning their public-law branch. The applicability of the rules on protection against unfair competition was “condemned” in a perfunctory way by the above unjustified statement that private law means have failed.

<sup>73</sup> Cf. Section 4 (at the end) of the SMPA.

the weaker party stipulated by the Code. Pursuant to Section 433 of the Civil Code, “a person who acts as an entrepreneur with respect to other persons in economic transactions may not abuse his expertise or *economic position* to create or *take advantage of the dependence of the weaker party* and to achieve a *clear and unjustified imbalance* in the mutual rights and obligations of the parties”. There is probably no difference with respect to “significant imbalance in the mutual rights and obligations of the parties” under Section 4 (2)(a) of the draft amendment to the SMPA; if any difference is found, it was likely unintentional. In case of a simultaneous offence under the SMPA and the Civil Code, will the protection of the weaker party have two separate lines, or will they influence each other? While Section 433 of the Civil Code will likely be applied only in extreme cases of imbalance due to the emphasis on the principle of contractual freedom, the administrative body may be of different opinion<sup>74</sup>.

### 6.3. Can a sub-dominant entity existentially threaten competition?

This category of a sub-dominant undertaking endangering competition implicitly introduced by the SMPA in its current wording would cease to exist after amendment since the abuse of significant market power would not necessarily have to significantly threaten competition.

According to the explanatory memorandum to the SMPA, none of the three largest retail chains reaches a 12% share on the relevant market in retail sales of food and the collective share of the eight largest chains approaches 63%<sup>75</sup>. It is clear that neither of these enterprises has the market power to endanger competition, where the case-law-principle of *special responsibility of the dominant undertaking* would apply. The market of this structure is very competitive, although there is a group of leading, relatively stronger subjects<sup>76</sup>.

---

<sup>74</sup> Especially if the apodictic and axiomatic view prevails as expressed by the Office within the commentary procedure on the draft amendment that “public interest” (sic!) in fair conduct prevails over contractual freedom”.

<sup>75</sup> Explanatory memorandum on the draft amendment to the SMPA, pp. 11-13.

<sup>76</sup> According to information provided by employees of the Office at the St Martin Conference on 12 November 2014, there are about 18,000 businesses on the Czech

After the amendment, there should be a category of *sub-dominant entities* (lacking market power *stricto sensu*) that does not necessarily have to (and could not in the past) impede competition in terms of its existence but that – despite this fact – will carry a “special public-law-based responsibility”; not because of the competition environment, but for the “fairness” in dealing with partners. The SMPA would thus paradoxically impose requirements (regarding the contents of contractual arrangements) on entities exercising *sub-dominant*, yet “significant”, market power that are not required even of *dominant* competitors.

One positive aspect of the draft amendment is the formal removal of the “status-creating” position in the specific relationship (supplier or buyer). The same cannot be said about the selective classification of the field of the “punished” stronger business partner (buyer of agricultural or food products). Outside this field, only the general private-law protection of the weaker party under Section 433 of the Civil Code should perhaps apply.

The stronger buyers cannot automatically be considered harmful to the consumers. They often represent an effective counterweight to the suppliers and may use pressure against them to increase consumer welfare. This is beneficial and acceptable in terms of competition law in case of sub-dominant buyers without market power *stricto sensu*. Any successful negotiation concerning a discount on the price or other business terms means that there is still some room for price reduction or for other concessions on the part of the seller from which the consumer represented by the distributor can benefit.

Not even the “fear factor” allegedly preventing the weaker entities from advocating their rights through private-law protection can be removed through the State or EU paternalism. A true weaker party will not attempt to move against the stronger party and will not opportunistically use the “umbrella” of public-law regulation in order to compete with competitors<sup>77</sup>.

---

food market and the 50th competitor by size has a mere 0.1% share of the relevant market.

<sup>77</sup> So called “fear factor” is usually considered to be relevant for the sellers that are afraid of losing business opportunities with distributors. Sellers used to be allegedly discouraged from insisting on their own contractual requirements and are not seldom

Of course, even in the case of sub-dominant buyer, the pressure on the suppliers may impact consumer welfare negatively – through the *boomerang effect*. The seller may reduce quality in order to avoid losses due to the price reduction enforced by the buyer, since its costs remain the same – the buying power will thus make goods cheaper at the expense of quality (especially in case of non-branded food products). The decay of quality is made easier by private labels (brands) where there is no guarantee of quality assurance similar to the original branded goods<sup>78</sup>. However, these issues are surely better addressed through

---

made to comply with buyers' ones. The question is, whether sticking to the same buyer does not demonstrate that this is yet the better and still economically satisfying alternative for the seller than to leave the market. If the situation really would develop into an economic dependence, it is subject to a careful individual assessment of a particular case and it can hardly be replaced by a very rough and broad public-law-classification.

Complying the contracts and business terms with private-law requirements in terms of freedom of will, absence of undue influence, duress, etc. may be admittedly only apparent in situations of economic unbalance even under the threshold of market dominance. But it is still up to the weaker party to make its own decision on its own assessment of all pros and cons. It should not be replaced by public-law intervention about what is fair and decent in commercial relations unless workable competition is impeded. The “fear factor” manifested in an unwillingness to enforce someone's private law rights and interests might be converted into a “fear factor” to pursue someone's public-law-based surrogates thereof. Those who are fearing of the stronger party and do not enforce their private law rights are expected not to fear of the same counterparties only because of public-law-anchored– possibilities to make so? The stronger party (even though subdominant one) will probably find out some more indirect ways and means how to restore an equilibrium conformable to the real economic conditions existing between the parties and to persuade the weaker party to comply with them even despite public law “threat”. The weaker party will likely not be immune to the “fear factor” and will be reluctant to enforce its interests even if protected by public-law means. The same holds for the readiness and willingness of the weaker party to denounce the stronger party to the public authority for an alleged infringement of public law ban of certain conduct.

<sup>78</sup> Increasing importance of private labels both in terms of quality and quantity was repeatedly confirmed as a result of the sector inquiry in the food retail sector issued by the German Antitrust Authority 31. 12. 2014 (available at [http://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/EN/Sector%20Inquiries/Summary Sector Inquiry food retail sector.pdf? blob=publicationFile&v=3](http://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/EN/Sector%20Inquiries/Summary%20Sector%20Inquiry%20food%20retail%20sector.pdf?blob=publicationFile&v=3)). Surprisingly, even the markets for the procurement of private labels and for the procurement of the branded products were assessed as separate markets (see p. 6).



the supply-demand interaction on the market, potentially under supervision by a special sectoral regulator, than by an intervention of the Office acting in a “quality control” role<sup>79</sup>.

The amendment does not intend to change anything in the above concept of so called significant market power – in terms of market position towards all – included in the current SMPA. Significant market power is to be understood as an “*objective position on the market*” and not as a potential result of evaluation of the *individual relationships* of parties, since unlawful practices are applied generally. The criticism of this approach and the principal reservations against it also remain unchanged.

Significant market power is thus to mean a buyer’s “general buying power” (but not the market power in terms of the PCA) vis-à-vis all its suppliers<sup>80</sup>. However, exercising it does not have to mean a threat or distortion of competition according to the amendment<sup>81</sup>, although the RIA<sup>82</sup> betrays the continuing ambitions of the Office to protect competition in the given sector.

Bargaining power, i.e. also demand power of the retail chains, is understandable and tangible as a relative economic dependency between the parties to a contract<sup>83</sup>. By contrast, the adopted solution of a kind of

---

<sup>79</sup> The European Commission published a study on 2 October 2013 on how the possibilities of consumer choice and innovations on the European food market have changed in the past decade. It suggests that on moderately concentrated retail markets (which is typically the case of Czech distributors), greater bargaining power towards suppliers does not lead to a reduced consumer choice and less innovations. Cf. [http://europa.eu/rapid/press-release\\_IP-14-1080\\_en.htm](http://europa.eu/rapid/press-release_IP-14-1080_en.htm). It is stated in the study, amongst other things, that bargaining power on the distributors’ part need not necessarily have negative impact on competition and consumers. In some European countries, concentration on the demand side is up to three times higher than on the supply side but there are also opposite examples. National antitrust authorities have not demonstrated in their investigations that the criticised business practices of distributors would harm competition or consumers. Cf. A. ITALIANER, *The Devil is in the Retail*, accessible at [http://ec.europa.eu/competition/speeches/text/sp2014\\_04\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/competition/speeches/text/sp2014_04_en.pdf).

<sup>80</sup> Cf. p. 15 of the Explanatory Memorandum on the draft amendment to the SMPA.

<sup>81</sup> Because the text of Section 4 in fine of the SMPA is to be omitted.

<sup>82</sup> Regulatory Impact Assessment (RIA) on the SMPA, p. 21.

<sup>83</sup> The German sector inquiry into the food retail sector (cited above, p. 14) states that “even strong manufacturers with high turnover shares in the food retail sector can

“small dominant position” and the special responsibility of the sub-dominant undertaking is convenient, but controversial in its concept. The notion that there could be multiple dominant competitors on one market is rather bizarre<sup>84</sup>; there may of course be several sub-dominant entities on the market, but then they cannot have market power and thus the special responsibility of the dominant entity should not apply to them<sup>85</sup>.

### *7. Facing Unfair trade practices (UTP) between businesses (B2B) as a solution?*

The Green Paper on B2B UTPs<sup>86</sup> likely pursues a differentiated standard of protection; it focuses on a narrower area of UTP than the

---

be faced with strong bargaining power from their customers, if they have even fewer outside options than their customers”. As correctly declared, “this needs to be assessed on case-by-case basis”, and not in a normative and administrative way.

<sup>84</sup> Collective dominance obviously does not mean several dominant undertakings but rather joint action of separate sub-dominant competitors (businesses) on the market, acting towards other competitors with an impact similar to one that would exist if a dominant undertaking was active on the market.

<sup>85</sup> Some other particular problems occur; e.g. all contracts between the holder of significant market power and its partner have to be in writing. The prohibition concerns something that does not constitute an abuse of significant market power, but merely helps to conceal it and makes obtaining evidence more difficult. Thus, even completely honest contractual arrangements in terms of their content will constitute an administrative offence if they are not made in writing. This cumbersome requirement will give rise to transaction costs for the buyers and sellers, which in fact represent a “price” (paid by them) for the ease of potential investigation. Another issue is the competence of an administrative body to make decisions, for instance, on whether there is *significant imbalance in rights and obligations* of the parties to each individual transaction; from a traditional viewpoint, this should be the domain of court decision-making. The *simultaneity* of resolution of the same case by the Office and by the court, with different results, also cannot be excluded.

<sup>86</sup> Cf. Green Paper on Unfair Trading Practices in the Business-to-Business Food and Non-Food Supply Chain in Europe, COM (2013) 37, of 31 January 2013. It was supplemented with a Summary of answers on the Green Paper and Communication from the Commission concerning the tackling of *unfair trading practices in B2B food supply chain*, COM (2014) 472 of 15 July 2014.

UTP Directive (Unfair Commercial Practices Directive) in relation to the consumers within EU’s internal market<sup>87</sup>.

In the Green Paper, the Commission expresses concerns about the imbalance between the stronger and the weaker party, regardless of which of them is the supplier and which the buyer. This document was issued because of fears of an increased concentration and vertical integration on the market and the creation of international buying associations and the rise in demand power. These circumstances lead, in the Commission’s opinion, to an increased occurrence of UTPs and unbalanced business terms and conditions that are in gross contradiction with good business practice and honesty. Their common feature according to the Green Paper is the transfer of costs and entrepreneurial risk to the weaker party.

It is clear that in reality, this concerns unfair trade practices on the part of powerful retail chains used against suppliers in pre-contract negotiations, which are eventually reflected in the contractual provisions. Therefore, this concerns neither unfair competition nor prohibited trade practices in business relationships, but protection of small and medium-sized businesses (entrepreneurs) against abusive contractual arrangements<sup>88</sup>.

In relationships between professionals, these matters are generally resolved by court with the use of concepts of substantive correctness of contracts (good morals, fair business conduct, etc.). This covers not only the prohibition of abusive clauses used in the specific relevant market by the dominant competitor since the retail chains concerned are not in a dominant position on the market. The impact of such practices on the functioning of the common market is thus hypothetical and marginal, rather than fundamental – the very competence of the EU to issue this kind of regulation of fairness in business relationships between professionals is disputed<sup>89</sup>.

Furthermore, if pan-European protection against unfairness were to

---

<sup>87</sup> Directive 2005/29/EC of 11 May 2005.

<sup>88</sup> Cf. J. STUYCK, *Verbraucherschutz für KMU? Zeitschrift für Europäisches Unternehmens- und Verbraucherecht*, 2013, 3, p. 121.

<sup>89</sup> The Green Paper obviously is not a legal regulation but it expresses at least legal and political interest in a future legal regulation.

apply only to small and medium-sized businesses, its boundaries would be fuzzy since the definition of these terms is arbitrary (unlike the concept of dominant position on a market). At the same time, some practices designated as unfair *per se* and therefore prohibited may be effective and may bring benefit to consumers and promote sharp competition occurring also through business terms and conditions.

Sweeping and general erosion of contractual freedom through the anticipated the European regulation with the absence of a fundamental and credible common interest can hardly be justified. A specific general regulation<sup>90</sup> would result in shattering and incoherence of European antitrust law, unfair competition law and contractual law, which enable to address the issues raised by the Green Paper in a systematic way. It would further give rise to an avoidable regulatory conflict with private contractual autonomy. Furthermore, a regulation of business relationships which demonstrably do not threaten the functioning of the common market lies outside the Commission's competence<sup>91</sup>.

### 7.1. *Kinds of UTP*

The Green Paper on B2B UTPs is less casuistic in comparison with the UTP Directive (Unfair Commercial Practices Directive) in relation to the consumers (2005/29/EC). This need not be an expression of greater liberalism, but rather of the different purpose of Green Papers and Directives. The Commission has listed seven types of UTP which in many members states of the EU are considered commonplace<sup>92</sup>.

---

<sup>90</sup> Intending to regulate the conduct of food and non-food chains, i.e. everyone.

<sup>91</sup> Cf. R.M. HILTY, F. HENNING-BODEWIG, R. PODSZUN, *Comments of the MPI for Intellectual Property and Competition Law, Munich of 29 April 2013 on the Green Paper of the EU on Unfair Trade Practices in the Business-to-Business Food and Non-Food Supply Chain in Europe Dated 31 January 2013*, Com (2013) 37 Final, IIC 2013, p. 701 et seq.

<sup>92</sup> Nevertheless, it is admitted that a part of the professional public disagrees with any list of practices because such practices should be assessed on a case-by-case basis; it is recommended to prepare a list of desirable practices on a voluntary basis – cf. Summary of responses to the European Commission Green Paper “Unfair Trade Practices in the Business-to Business Food and Non-Food Supply Chain in Europe”, p. 21. Accessible at [http://ec.europa.eu/internal\\_market/consultations/2013/unfair-trading-](http://ec.europa.eu/internal_market/consultations/2013/unfair-trading-)

### 7.1.1 *Ambiguous Contract Terms*

are considered to be the most common form of UTPs. In essence, they make it possible to impose additional obligations on weaker contracting parties<sup>93</sup>. However, clarity, transparency and unambiguity of contractual stipulations is not “only” a requirement of fairness in business, but most of all a constitutive feature of a juridical act. Of course, the unrealistically general European measure cannot help the parties to free themselves of ambiguity of formulations written in a natural language and, moreover, in a specific changeable context. The common interpretation rules for ambiguous cases clearly apply<sup>94</sup>. The requirement for adequacy of sanctions is also established in private law and commonly included in the case law.

Unilateral imposition of an obligation in private contractual law is not permissible – a potential agreement on a change of obligation with condition precedent is a different matter. Czech private law also establishes general protection of the weaker party, even the entrepreneur, against the creation or abuse of dependency and against achieving clear and unjustified imbalance in the mutual rights and obligations of the parties.

### 7.1.2 *Lack of written contracts*

It is clear that unfair trading practices are easier to implement if contracts are not concluded in writing, since the weaker party then lacks permanent proof. However, it would be short-sighted to consider the written form of a contract as an indicator of fairness of business conduct. This could lead to avoidable transaction costs, delays and inefficiencies. The same also applies to the requirement to have the contents of contracts concluded orally be confirmed in writing by at least one of the parties<sup>95</sup>.

---

practices/docs/summary-of-responses\_en.pdf.

<sup>93</sup> Cf. par. 5.1 of the Green Paper.

<sup>94</sup> Cf. Section 55 et seq. of the Civil Code.

<sup>95</sup> Cited Green Paper, p. 19. The Civil Code (Section 559 et seq.) is based on an opposite principle. To the contrary, the sectorally limited Significant Market Power Act,

### 7.1.3. *Retroactive contract changes*

Some such changes may be arranged correctly and justifiably, even though in other cases they may be unfair if they had not been agreed in advance and in precise-enough terms<sup>96</sup>. A sweeping prohibition of such changes simply because they can be abused (as pretty much everything can be abused) would represent an unwarranted over-regulation<sup>97</sup>. The requirement for each and every contract to precisely stipulate the circumstances and rules on the basis of which the parties may change its terms and conditions is an elementary private-law requirement; in case of absence of such agreement, balanced statutory solutions including the control of the contents of the contract will be applied.

### 7.1.4. *Unfair transfer of commercial risk*

Transfer of risks to the other party<sup>98</sup> is a part of a complex of contractual arrangements tied by many connections to provisions concerning price, discounts, insurance, warranties, etc. An ambitious general prohibition of private-law balancing preventing inclusion of allocation of risk in the features of a business contract would be nonsensical. Therefore, this concerns only the “unfair” transfer of risk. This is, however, a matter of individual standards of the parties, to be determined solely on the basis of private law in each individual case. The practices concerned involve, for example, promotional and transport fees, listing and slotting fees and others, which may be both legitimate and inappropriate and abusive<sup>99</sup>. Courts and other authorities should not substitute

---

No. 395/2009 Coll., stipulates in Annex No. 3 that a contract between a supplier and buyer is to be made in writing and may not be amended without written consent of both Parties.

<sup>96</sup> If this is the case, however, then the observations on par. 2.2., option 1 are valid.

<sup>97</sup> Should everything be prohibited that can be abused, then nothing would be permitted. Indeed, abuse of law is a certain excess for which special rules are set and applied on a case-by-case basis.

<sup>98</sup> For example, liability for stolen goods goes to the detriment of the supplier to the full extent.

<sup>99</sup> The “postulates” of trade fairness which are proposed (ibid. – Green Paper, pp. 19-20), namely that contractual parties should not seek to “unduly” transfer their risk to

for free co-ordination of interests of the parties, which also manifests in the distribution and allocation of risk. Excesses are normally eliminated using antitrust law, unfair competition law and contractual law, including traditional case law.

#### *7.1.5. Unfair use of information*

The claim that legitimate requests by one of the parties for information on products should not lead to the development of this party’s own competing product, depriving the weaker party of the results of its innovation, is general in nature. Antitrust law deals with this matter specifically<sup>100</sup>. Other practices in this category (refusal to sign a non-disclosure contact or a breach of confidentiality) are covered under the regulation of private contractual law or unfair competition law.

#### *7.1.6. Unfair termination of a commercial relationship*

It is understood that termination of a relationship is a part of doing business; however, this should not be used to bully a party to the contract (a sudden and unjustified termination of a commercial relationship or termination without a reasonable period of notice). Correctness (fairness) of termination of co-operation, however, is again addressed sufficiently in antitrust and general contractual law, strictly on an individual and contextual basis (business honesty, good faith and justified expectation, return on investment, etc.).

---

the other, that considerations for “justified” services should correspond to the value of such services, that parties should never ask for payment for goods or services that have not been provided and that they should not ask for payments that are clearly disproportionate to the value or costs of the provided service, are legally redundant and should rather be part of a voluntary code of conduct.

<sup>100</sup> The regulation on block exemptions from the prohibition of cartel agreements in the transfer of technologies or case-law on the abuse of dominant position under Art. 102 TFEU.

### 7.1.7. Territorial supply constraints

This practice may impede retailers from sourcing identical goods cross-border in a central location and distributing them to other Member States. Territorial restrictions allow segmenting the market and can result in significant wholesale price differences between individual countries. However, if trade on a common market is adversely affected, the anti-cartel law applies, including the regulation of vertical restrictions. To call this practice unfair in general<sup>101</sup> is not appropriate. The purpose behind legitimate territorial restrictions of demand may be, for example<sup>102</sup>, ensuring supplies for the local market, preventing a distributor from taking undue advantage of marketing activities of another, protecting the investments of a distributor in entry to a new market, achieving economies of scale due to a limited number of distributors, and interest in ensuring standards of quality for the distributors, etc.

## 8. General lessons

It appears that one cannot expect a uniform approach to controversial practices of retail chains within the EU – currently, there tends to be a reliance on voluntary self-regulation through various codes of conduct<sup>103</sup>. This is, of course, not prevented by governmental regulation; on the contrary, setting forth reasonable boundaries of conduct vis-à-vis the weaker partners through such codes of conduct may become an instrument of prevention against State interference aimed at punishing abuse of significant market power. A mixed approach, i.e. a combination of self-regulation and credible and effective enforcement of law on the part of the regulators, would be ideal. However, credibility depends

---

<sup>101</sup> This may occur if sales below cost occur on one market, with cross-financing from other markets.

<sup>102</sup> Cf. the cited Summary, p. 23.

<sup>103</sup> Cf. Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions, *Tackling unfair trading practices in the business-to-business food supply chain*, COM (2014), 472, of 15 July 2014, p. 2.



primarily on clear terminology and rules and predictable interpretation that does not change “on the go”. The Czech legal regulation and the expected practice of its application are certainly very distant from these standards; an inherently contradictory regulation containing so many fuzzy terms cannot be “rescued” by interpretation, despite the best efforts on the part of the body applying it.

The tendency to protect the interests of the producers is clear within the European common agricultural policy as a response to the perceived imbalance in the food supply chain. Temporary *loosening of the rules for protection of competition* set forth in Article 101 (1) of the TFEU (prohibition of agreements restricting competition) is even considered with a view to ensuring an appropriate response in situations of serious agricultural market imbalances<sup>104</sup>. The likely increase in co-operation and concentration on the part of the producers could help to steady the sometimes strained relationships between the suppliers and the distributors. However, the crisis in these relationships is rather often being incited and postulated in contradiction with the reality<sup>105</sup>.

Irrespective of certain reservations concerning details, I believe that the shift toward the absolute concept of significant market power was made unavoidable due to the obscured wording of the Act and the wish to enforce it at least to some degree. In doing this, the legislator obviously did not follow any concept whatsoever since the primary purpose was to redistribute the profits, losses and risks to the disadvantage of the large buyers in a situation, where the concentration on the demand side did not require anything like that. The attempts of the officials of the Office to compensate for the lack of concept of the regulation through interpretation is understandable, since “the law has to be upheld, somehow”.

---

<sup>104</sup> Cf. the “agricultural exemptions” from the European competition rules after Regulation No. 1308/2013 was adopted; commentaries are provided by J. BLOCKX, J. VANDERBERGHE, *Rebalancing commercial relations along the food supply chain: the agricultural exemption from EU competition law after regulation 1308/2013*, *European Competition Journal*, Vol. 10, No 2, August 2014, p. 387 et seq.

<sup>105</sup> The above cited Communication of the Commission of 15 July 2014 observes (on p. 13) that practices between market participants in a food chain are in most cases fair and sustainable for both parties.

The fact that some countries (e.g. the United Kingdom, Lithuania and Hungary) apply the absolute concept of significant market power cannot in itself serve as a justification for its use in the Czech Republic. The same “logic” could be used to argue for the completely opposite viewpoint: the absolute concept of significant market power is not applied in some other countries (e.g. Germany and Greece), which instead use the concept of abuse of relative economic dependency. Surprisingly, this contradictory concept is used there even though this concept, too, is undoubtedly “difficult to apply”. This is because interventions on its basis only occur in extreme cases and it does not exclude hard and disciplinary effect of market incentives to strengthen competition on the demand side and consumer welfare.

The form and circumstances of distribution of food products have changed profoundly in the past decades. Whether this is a result of spontaneous interest on the part of the consumers in this type of mass-purchasing in hypermarkets and therefore an irreversible objective consumer behaviour trend, or if the consumer interest has been induced and manipulated by the retail chains, or whether the retail chains forced this form of purchasing on the consumers, is a matter best left to philosophical debate.

The *supply must necessarily adapt* to this new structure of demand and the institutionalised form in which it is met by the retail chains. The structure is completely reversed in comparison to the Communist era and early 1990s when the distributors were the weaker party in relation to the suppliers. The criteria for the content of legal relationships and their “fairness” must change in accordance with the changed circumstances. Suppliers interested in participating in bulk sales with large economies of scale and therefore in secure long-term profits cannot expect to receive the same treatment as in circumstances where the buyer is economically dependent on them.

The imperatives of decent behaviour, good morals, fair business conduct and newly also the protection of the weaker party regardless of its entrepreneurial or consumer status exist in Czech law and can be applied. However, such purely *individualised* imperatives cannot be applied without evaluation of the *specific* relationships between specific subjects. The very size of the stronger party, unless the party achieves

dominance on the market, or a specific “unfair” stipulation itself without evaluation of its context cannot serve as a criterion for decision-making or even the sole reason for State interference. This is the case of false positives or *over-regulation*, to which the static structural approach – applied in the Czech Republic in the form of the objective concept of significant market power in place of economic dependency – necessarily leads.

I am critical of the efforts to enforce fairness and appropriateness of business terms and conditions between businesses centrally, non-sectorally and on the European level, and moreover – to “administrate” them rather than to judge them. This represents a kind of unnecessary regulation which contrasts with unified approach to unfair trading practices in relation to the consumers, which helps create a unified standard of “consumer law”. It would make inconsistent the already existing instruments which functionally and more selectively cover the same thing that the ambitious Green Paper intends to address generally, at the cost of needless restrictive interventions in private contractual autonomy. Not even the “fear factor” allegedly preventing the weaker entities from advocating their rights through private-law protection can be removed through the State or EU paternalism<sup>106</sup>.

In my opinion, the solution does not rest in “dispensing decency and fairness” through administrative proceedings, but in enabling the other party on the market to factually (not only formally) attain a stronger position and thus reduce the factual asymmetry. The rules and business terms and conditions would be set differently in an interaction of such more balanced partners. This can be seen in the approach of the anti-

---

<sup>106</sup> The poetically formulated thoughts of Dr. RUDOLF JHERING from 1872 (*Struggle for Law, Der Kampf um's Recht*, published by the publisher of “Rozhledy”, Josef Pelcl, in Prague, 1897) have not lost its ethos to this day: “Defying grievous injustice, which in itself encourages defiance, is an obligation... of the entitled party to himself, an imperative of ethical self-preservation” (p. 28). “...Defending law is also a duty towards society”. (p. 48) “In the field of private law, too, there is a struggle between law and lawlessness, a common struggle of the whole nation in which all must stand together firmly; here again, everyone who flees betrays the common cause by strengthening the opponent’s cause, increasing his liberty and confidence” (p. 50). Extension of group or representative actions against unfair business practices could certainly contribute to fulfilment of the “struggle for law”, but that is a different story.

trust authorities to concentration on the demand as well as supply side and to exceptions from the prohibition of co-operation agreements among competitors under conditions which do not distort competition and consumer welfare, while eliminating economically unjustified transfers of risks and costs to the weaker party.

Public-law instruments should primarily be used to protect competition and consumer for good reasons. The generally weaker parties (including small businesses) should protect themselves by private-law means. The level of concentration of demand markets sometimes may cause legitimate concerns in terms of protection of working competition. A suitable antitrust treatment may be based on a local geographic relevant market analysis and relative economic dependence<sup>107</sup>, for buyer power might be exercised (sometimes admittedly with negative impact on competition) even by retailers whose general market share is not particularly high and where full-fledged dominance in fragmented retail markets is not necessary<sup>108</sup>.

If the structure of the Czech food market was different (if the concentration was higher), it would obviously be possible to address it through a greater effect of antitrust regulation – e.g. through a fictitious (artificial) narrowing of the relevant market, which would also artificially increase the distributors' share on it and thus enable the use of rules prohibiting abuse of dominance, including the special responsibility of the dominant entity.

Artificial stipulation of an assumption (or fiction) of dominance with lesser share on the relevant market is also feasible (the implications would be similar). While such experiments would be rather excessive, the SMPA is, in fact, also an experiment – indeed, surprisingly only years after it came into force we are now seeking if and how it could be applied and what we can expect from it, while we keep changing the “rescue interpretations on the go”.

---

<sup>107</sup> Cf. P. KĚLLEZI, work cited above, p. 61 ff.

<sup>108</sup> Cf. A. BUTTÁ, A. PEZZOLI, work cited above, p. 6.

## 9. Conclusion

Unequal bargaining power may be a serious problem in terms of construing a “fair” contract and it deserves to be coped with by appropriate means. Yet, the politics and law of competition are not instruments to be used in resolving private disputes of vendors and producers or their unfair competition practices unless they reach an intensity endangering the very existence and functioning of competition.

If the buying power does not distort effective competition, it should not be a subject of attention from antimonopoly authorities. The amendment to the SMPA intentionally gives up on the relation of significant market power to competition, which is not to be proven at all. This implicitly suggests that proving the negative relation of significant market power in order to protect competition is not necessary, since it is obvious, similarly as in the case of the “hard core cartels”. However, this has never been demonstrated.

It is possible simply to confess, that this is not about protecting competition but rather about fairness in *private* relationships<sup>109</sup>. Then, however, we should admit that the State – acting through the Antitrust Office – exceeds its mandate and “runs somebody else’s farm at somebody else’s costs”<sup>110</sup>.

---

<sup>109</sup> Supposed that this noble goal does in fact not only disguise an earthbound redistributive aim about the “size of the segment of the cake” among the producers and distributors. “The goals and values of competition enforcement and the hierarchy between them are not set” (so A. EZRACHI, *Sponge. The University of Oxford Centre for Competition Law and Policy, Working Paper CCLP (L) 42*, p. 27. Available at [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2572028](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2572028). Therefore an open and fair discussion concerning the goals has to be supported.

<sup>110</sup> Viewed from legal/political and economic points of view because in purely positivist terms it acts legitimately. This may seem parallel to a situation where the Office also tends to protect competitors and consumers rather than competition as such when punishing *exploitative* abuse of dominant position. Why should then the Office not protect selling entrepreneurs against “general exploitation” by sub-dominant buying entrepreneurs? The reason is, for the very least, that the “exploiting” entrepreneur lacks market power and the other party is not forced to tolerate its “exploitation” because it has no other option than to agree to the negotiated non-discriminatory conditions – unlike a relation of dependence with a completely different intensity towards a dominant undertaking or monopolist.

There is a broader consensus about the need of regulation that would face up to the somehow always growing aggressiveness of distribution chains. Two ways come usually into consideration – ad hoc legislation and the antitrust “toolbox”. But the *role of antitrust laws* does not consist in regulating asymmetric bargaining positions and in a paternalistic protection of one of them. Substantial power asymmetry should be subject to public law regulation only if it endangers competition as an institution and a public good. It is as a matter of principle provided by the prohibition of abuse of market power and by the SIEC test in pre-merger assessment.

Unlike market power that is exercised towards competitors or consumers, *subdominant* demand power or bargaining power is regularly not connected with negative impact on competition or consumer welfare. It may rather intensify and sharpen the competition and to conduce to its “creative destructivity”. Advantaged buying terms may be passed on to the consumers in a substantial extent.

Individual excesses may be better settled in a private law way by checking the *fairness* of contracts rather than in a clumsy public law way based on the abuse of significant (yet subdominant) market power or economic dependence.

The “ad hoc” public law regulation is ultimately capable of damaging competition conditions and consumers as well. Regulation of significant (yet subdominant) market power may work as a guise masking the real goal – namely the group protection of suppliers of agricultural and food products against their purchasers, regardless of whether the buyers have market power or not. It is rather an external protection of a group-defined justice.

Similar laws create in fact a category of *subdominant competitors* without market power *stricto sensu* that does not need to endanger competition in terms of its existence. Despite that they would bear special *subdominant public law responsibility* but not because of *competition* but rather because of *fairness* in their commercial conduct with partners. These laws paradoxically prescribe such sort of behavioural demands to the bearers of significant (yet subdominant) market power that normally are not required even from dominant competitors.

I do not see the way out in an administrative approach to fairness

and justice of contracts but rather in private law means or alternatively in creating actual conditions of equalizing asymmetry between the parties, such as a differentiated approach to mergers on the supply and demand sides or well-founded exemptions from the ban of cooperation among suppliers. Competition policy and competition law are not appropriate for settling private disputes or protecting the parties against the unfair practices of others (even if they have the so-called “significant market power” under the threshold of market dominance) unless such practices really affect the effective competition as such.

#### *10. Annex - overview - grocery retail regulation*

Comparative table is mainly based on the survey of national reporters presented to the Annual Congress of the International League of Competition Law (LIDC) 2013 gathered in Kiev. Question A: “The grocery retail market: is antitrust efficiently handling this market?” (merger, restrictive practices, abuse of dominant position). See more at: <http://www.ligue.org/index.php?page=kiev-reports>. Excellent research support offered Jan Kupčik from the Faculty of Law, Masaryk University Brno.





		GERMANY	AUSTRALIA	AUSTRIA	BELGIUM	BRAZIL	BULGARIA	ESTONIA	FINLAND
	SCOPE OF CL WITH RESPECT TO THE GROCERY SECTOR	only a few specific provisions in ARC, grocery sector subject to general provisions	Subject to general provisions	Subject to general CL + NVG specifically aimed to food sector	General comp. Law	general comp. Law	general comp. Law	general	general + amendment aimed specifically to two major retail chains
	BAN ON UNFAIR COMPETITION	Only in AUC		Y	Y	Y	Y	Y	Y
	PROHIBITION OF ANTICOMPETITIVE PRACTICES	Selling below cost (very limited), RPM (rule-of-reason)	Anti-competitive agreements, exclusive dealing, mergers, abuse of dominant power (specifically predatory pricing)	Y	Y - same as in EU - cartels with object or effect to restrict, abuse of dominant position	Y - violation by an object, similar to per se (cartels, abuses of DP), RPM (rule of reason)	Y - violation by object or result	Y	-
	PER SE PROHIBITIONS APPLIED TO GROCERY MARKET	Selling below cost (very limited)	Cartel conduct, primary boycotts, third line forcing, minimum and price-fixing RPM (all may be authorized in advance)	All the general per se prohibitions	RPM	"similar to per se" - cartels, abuse of DP	Y - price fixing, market and customer allocation	-	-
3	SPECIFIC PROVISION AIMED TO RETAIL MARKET	Very few in ARC	Formally none, but predatory pricing mainly aimed to retailers	NVG	N	N	N	N	The amendment of FCA (1/1/2014 entry into force) - market share over 30 % in retail food sector is dominant
4	SPECIFIC LAW OUTSIDE CL	N	N (local authorities may pass)	N	N (indirectly affected by general law – i.e. Act on the Authorization of Trade Establishments, strict rules on trading hours)	N (indirect effect of consumer-protection law)	Y (only technical standards and quality control)	Y (general provisions - Consumer Protection Act, Trading Act, Law of Obligations Act)	N

		GERMANY	AUSTRALIA	AUSTRIA	BELGIUM	BRAZIL	BULGARIA	ESTONIA	FINLAND
5	EXEMPTION OF SECTOR FROM CL	N	N (Authorisations and notifications)	N	N	N	N	N	N
ADVOCACY - 6	MARKET STUDIES BY THE COMP. AUTHORITIES	1) Food retail sector (2011 - 2013), 2) Milk sector (2008 - 2012)	Competitiveness of retail prices for standard groceries (2008)	1) sector inquiry (2007)	Report on the Price Level of Supermarket (2012)	N	Y (wheat and bread - 2005-2012, dairy products - 2010, cooking oil - 2010)	N	Study on Trade in Groceries (2012+2013), Price Formation and Market Functionality of Foodstuffs (2010)
7	REASONS FOR TAKING THE INQUIRIES	1) complaints by suppliers, high concentration, suspected cartels, 2) complaints by various undertakings on price-fixing, selling below cost, other abuses, farmers boycott in 2008	Increased grocery prices	Complaints based on the sector concentration	Consumer prices were higher than in neighbouring countries	N	sharp increase in retail prices	N	ad 1) criticism of sector concentration, questions of application of comp. Law, ad 2) Ministry decision, factors of price formation
8	MAIN TOPICS OF INQUIRIES	1) Effect of concentrations to smaller competitors, effect of buying alliances, 2) market power of retailers vis-à-vis more fragmented dairy market	Cause of price increases, relationship to lack of competition	definitions of relevant product and geographical market, buyer power, scrutinized nine products, retailers behaviour towards suppliers	Scale and possible causes of the higher prices, size of supermarkets, barriers to entry, concentration, impact of restrictive rules	N	Bread 2005 (wheat, flour and bread market and its vertical chain), Milk 2010 (competitive environment), Oil 2010 (market structure, pricing trends), Bread 2012 (revising the previous inquiry)	N	ad 1) buyer power and possibility potential unfair practices, competition conditions, ad 2) price formation, functionality of markets, high prices compared to other countries

	GERMANY	AUSTRALIA	AUSTRIA	BELGIUM	BRAZIL	BULGARIA	ESTONIA	FINLAND
9	CONCLUSIONS OF INQUIRIES  1) none, expected late 2013, 2) imbalances exist, no individual anti-competitive practices found, led to payment terms inquiry	Market is competitive, but high barriers, benefits of buyer power were partially shared with consumers, recommendation of unit pricing	High concentration, high barriers, buyer power (not wrong itself, but often limits innovation), jungle of conditions and rebates (must be dealt case-by-case), difficult cooperation, slow proceedings	12,5 % more expensive than in Netherlands, factors: slightly higher VAT, labour costs, procurement costs, low profitability policy of Carrefour and price (reduces incentives to others to reduce prices), couple of general recommendations	N	Bread 2005 (grey economy, bad state intervention organization), Milk 2010 (lack of balance between the concentrations of raw milk market and milk processing market), Oil 2010 (imbalance between seed production market and seed processing market), Bread 2012 (no price transparency, asymmetry of supply and demand side)	N	ad 1) private labels and category management may harm comp., allowances increasing entry barriers, risk prices, further inquiry necessary, strict regulation of primary production affects neutrality, different taxation depending on size of company a problem, ad 2) high prices result of high VAT, weak comp. (climate - low productivity)
MERGER CONTROL - 10	General provisions (turnover of all over EUR 500m, domestic of one over 25m, another over 5m)	General provisions	N	General provisions (combined turnover over 100 mil., two of them over 40 mil)	General provisions (combined turnover over BRL 750 mil., one of them over 75 mil.)	General provisions (combined turnover over BGN 25 mil., two or more BGN 3 mil. Or target in Bulgaria BGN 3 mil.	N	General (combined turnover over EUR 350 mil., each of at least two EUR 20 mil. In Finland)
	Authority over local mergers	ACCC	BWB, Cartel Court	BCA	CADE	CPC	ECA	FCCA
11	Case law - demand-side oriented (substitutable from the view of consumer)	substitutable or otherwise competitive goods (it varies from case to case)	Retail Market X Procurement Market	market for sale of daily consumer goods	on the basis of SSNIP test (+ in complex cases additional tests)	fast-moving consumer goods	No specific definition	Shopping basket - daily consumer goods (food, drinks, tobacco, newspapers, daily cosmetics...)

	GERMANY	AUSTRALIA	AUSTRIA	BELGIUM	BRAZIL	BULGARIA	ESTONIA	FINLAND
	ALL-IN-ONE OR DIFFERENT MARKETS FOR DISCOUNTS, SUPERMARKETS, BRICK STORES	All-in-one (question of online stores being part has not arisen)	Y	only shops that sell full range of daily consumer goods are included, lately all-in-one despite size of the shop	All supermarkets and self-service stores together	All-in-one	All-in-one	All-in-one (except kiosk, gas stations and similar businesses)
	STATUTORY DEFINITION OF MARKET	Y	Y (Austrian Cartel Act - general definition, demand-oriented)	N	N	Y	Y	N
	STATUTORY TEST TO BE APPLIED	N (Merger Guidelines of ACCC, hypothetical monopolist test)	N	N	N	Y - customer view of the goods as interchangeable	Y - interchangeable or substitutable by reason of price, quality, technical characteristics, conditions of sale or use, consumption or other characteristics	N
12	DEFINITION OF GEOGRAPHICAL MARKET	market in Australia, State, Territory or region	According to EC practice	in the past local markets, but lately national market (because of national commercial policies of super-markets)	Cities under 200 000 inhabitants - one market for each city, bigger cities have more markets	Approximately 20-30 minutes drive	30 minutes drive	conditions sufficiently homogeneous, can be distinguished from neighbouring areas
	STATUTORY DEFINITION	Y (CCA 50/6), see above	N	N	N	Y - general (the same conditions and differing from neighbouring area)	N	N - Suggested national market (but deviation in case-law)
	CRITERIA TO BE USED	SSNIP test	SSNIP test	Catchment areas of each store	Population density, distance	Conditions	N	SSNIP test
13	CONCENTRATION OF NETWORKS CONSIDERED PROBLEMATIC	N	N	N	N (on the contrary, suppliers are strong)	N (low concentration)	N	Y (it led to the above mentioned amendment)

	GERMANY	AUSTRALIA	AUSTRIA	BELGIUM	BRAZIL	BULGARIA	ESTONIA	FINLAND
	LEGAL INSTRUMENTS TO BE USED TO AVOID	N	N	N	Merger control	-	Merger control	The amendment of FCA
14	CONCENTRATION ON RETAIL SIDE TO BE A REASON FOR MERGERS ON SUPPLY SIDE	N	Y (not published decision)	Y (merger among vegetable, fruit and flower auction houses)	N	N	N	Y (Ice-cream merger, 2011; Meat producers merger, 2007)
	COUNTERVAILING FORCE CONSIDERED BY COMP. AUTHORITY	N	N	Y	N	N	N	Y
15	OPPOSITE OF 14	N	N	N	N	N	N	N
16	REMEDIES TO PROBLEMATIC CONCENTRATION	Preference of structural remedies	Clearance conditions	divestitures, behavioural remedies	no precedent (recently retail hard-line sector - divestiture)	N	N	structural or behavioural conditions (divestitures)
	HOW MANY REMEDIES IN PAST 5 YEARS	N	1 (Pfeiffer's)	N	N	N	N	-
17	INTERNET STORES BEING AN IMPORTANT PART	N (only 10% consumers ever purchased in 2012)	N (Major retailers have them)	Small market share (all the major supermarkets have internet stores)	N	N	N	N
	ANY SPECIFIC PROBLEMS (COMpetition or FAIRNESS)	Inclusion into the grocery market or not	N	N	N	N	N	N
	NOT APPLICABLE LAW SPECIALLY FOR INTERNET STORES	N	N (doubt over delivery time)	rules of opening hours, planning permissions etc. (of their very nature)	N	N	N	N (additional legislation to distance selling)



		GERMANY	AUSTRALIA	AUSTRIA	BELGIUM	BRAZIL	BULGARIA	ESTONIA	FINLAND
20	STATUTORY DEFINITION OF ABUSE OF BUYING POWER	Exemplary list of abusive practices, only general provisions on discrimination of dependent undertakings	N (generally market power - Substantial degree of power, takes advantage of it, for the purpose of preventing the entry or deterring a person from engaging in competitive conduct)	N (dominance - undertaking has a superior market position - suppliers have to rely on him)	N (but art. 102 TFEU abusive behaviour list, the same in future Code of Economic Law)	N (case-law - any potential harm)	N	N	N
	TEST BEING USED FOR SUCH ABUSES	Weighting of interests of all concerned undertakings	Many, previously primarily applied - the counterfactual test	if suppliers have alternative demand from other buyers	see above - instances of abusive behaviour	Case-by-case	N	general test on abuse of DP	N
21	LIST OF PRACTISES FROM CASE LAW	Marriage discount (purchased other competitor and wants the same prices retroactively), retroactive reductions, price marking free of charge	No specific case law practises	N (case law only for abuse of DP)	N	N	Arbitrary determination of access fees, application of most favoured customer clauses, pressure on suppliers	N	From amendment - price discrimination, predatory bidding, price reductions, exclusive dealing, bundling, unreasonable contract terms

		GERMANY	AUSTRALIA	AUSTRIA	BELGIUM	BRAZIL	BULGARIA	ESTONIA	FINLAND
COMPETITION LAW ENFORCEMENT - 22	RELEVANT CASE LAW IN LAST 5 YEARS	Rossmann (2007) - selling below cost, acquitted; Agro-food industry (2010) - not finished yet	Metcash Franklin merger (approved, broader definition of market accepted)	Dawn raids (Rewe, Spar, Sutterlüty, M-Preis), Mergers (Rewe+Billa/Meinl/ADEG, Pfeiffer - tying prices in other regions to Vienna region, Römerquelle/Coca-Cola-mineral water market, Berglandmilch - milk market - commitments in Phase I), Cartels (Rewe - RPM, Berglandmilch - fixed prices, Sugar producers - pending, breweries/HoReCa - entering the market), DP (Red Bull - dismissed, Organic corn - commitments)	Flemish association of bakeries (2008) - aim to influence price level - fine annulled on procedural grounds, Ferrero (2011) - coordinated price increases and exchange of sensitive information - dismissed	N	Vemira v. Metro (abuse of dominance, cash and carry format), The Retail Cartel (concentrated practice - coordination of commercial policy, retail and cash and carry format)	Cartel in the retail of daily product (2010, not yet prosecuted), Vodka prices cartel (2012, pre-trial)	Exchange of information (weekly sales statistics exchanged through a research company among 3 major retailers, it was terminated, no fines), Horizontal and vertical price fixing (maximum prices fixing both horizontal and vertical, fine of EUR 110 000)
23	DEALING WITH HORIZONTAL MICRO-VIOLATIONS	Prohibited, but FCO's discretion to start proceedings (guidelines - do not start if under 10 % share and no hard-core restriction) + civil remedies (compensation)	No de minimis, ACCC is responsible for enforcement (in other sector they pursued relatively small cartels so probably they would here too)	Y (hard core cartels never exempted), previous cases - driving schools (2006,2008), plumbers	Must cover at least substantial part (suggestion of FCC that it can be even on local level)	Y (rare, also private enforcement through consumers' associations)	Y (probably, judging according to other sectors cases)	Y (hard-core cartels are criminalized, but if insignificant, then symbolic fine and no criminal record)	N (de minimis rules of EU)
24	HORIZONTAL AGREEMENTS BETWEEN SUPPLIERS ON QUANTITY BEEN SANCTIONED	N	N	N (pending sugar case)	N	N	Y	N	N
24.1	RELEVANT CASE LAW IN LAST 5 YEARS	N	N	N	N	N	Poultry Cartel	N	N



		GERMANY	AUSTRALIA	AUSTRIA	BELGIUM	BRAZIL	BULGARIA	ESTONIA	FINLAND
25	INTERNAL GOVERNANCES OF RETAIL NETWORKS AS A PROBLEM	N	N	N (probably following EU block exemptions and guidelines)	N (agreements to join retail network must be analyzed - no decision yet)	N	N	N in fact, but ETK case (a cooperative, being considered as 1 undertaking - but ruled in favour, no competition violation)	N
	LEGAL INSTRUMENTS TO CONTROL	General cartel prohibition (only for independent undertakings)		N	N	N	N	N	Individual exemptions prior 2004
	COMP. AUTHORITY DEALING WITH INTERNAL RULES	N	N	N	Belgian comp. Authority	no specification	N	ECA (in fact N)	FCCA
25.1	RELEVANT CASE LAW IN LAST 5 YEARS	N	N	N	N	N	N	(ETK, 2002)	N
26	RECOMMENDED RESALE PRICES AS VIOLATION	Pure not, only if it aims to make retailer follow	Pure not, but if it indicates fixing prices, then forbidden	Y (object or effect to restrict comp., exempted if explicitly stated non-binding and no pressure)	N (in line with EU law)	N	N (but if involuntary nature, then Y)	N/Y (but probably according to EU rules - only if can be enforced)	N (according to general comp. Rules)
26.1	RELEVANT CASE LAW IN LAST 5 YEARS	Several, not yet decided	N	N (2013 Cartel Supreme Court dismissed BWB request)	N (note Flemish bakery decision - 2008)	Bearings units and housing (2001)	Danone (1998)	See above 22.	N
27	RESELLING BELOW COST PROHIBITED	Rule-of-reason (as an abuse of dominant position)	N	Y (if not objectively justified)	N (only general abuse of DP)	Y (must be unreasonably)	N (only abuse of DP)	N (only general abuse of DP/cartel)	N (only if predatory pricing)
	DE-LISTING OF SUPPLIERS PROHIBITED	Rule-of-reason (as an abuse of dominant position)	N	N (general predation/sale below cost concept)	N (only general abuse of DP)	Not expressly	N (only abuse of DP)	N (only general abuse of DP/cartel)	N
	RESALE PRICE MAINTENANCE PROHIBITED	PER SE (exceptions - drugs, books and magazines)	N	Y - per se (couple of cases where exempted under 101/3 TFEU), guidelines concerning RPM	Y	Y	Y (only if minimum price)	N (only general abuse of DP/cartel)	Y (similar to Art. 101 EU)

		GERMANY	AUSTRALIA	AUSTRIA	BELGIUM	BRAZIL	BULGARIA	ESTONIA	FINLAND
27.1	RELEVANT CASE LAW IN LAST 5 YEARS	Rossmann (2007) - selling below cost, acquitted	N	Zeitungsabonnement (selling below cost), Handsets (predation), Red Bull, Pressegrasso (allowed RPM), Benetton (uniform pricing)	N	N	Reselling below cost - Simid case (2005)	N	N (only for suppliers - Valio Oy, 2012, predatory pricing; Iittala Group Oy Ab, 2011, RPM, fined)
28	COLLECTIVE BOYCOTTS BY SMALL STORES IN LAST 5 YEARS	N	N	N	N	N	N	N	N
28.1	RELEVANT CASE LAW IN LAST 5 YEARS	N	N	N	N	N	N	N	N
29	PUNISHMENT OF RETAILERS BY SMALL SUPPLIERS	N	N	N	N	N	N	Y (protests against imported products)	N
	VIOLATION OF CL	May violate cartel prohibition or abuse dominant position + violation of section 3, 4 of AUC	N	N	N	N (only if regarded as cartel)	N (only if regarded as prohibited agreement - cartel)	N	N
	OTHER LEGAL MEANS TO FIGHT SUCH PRACTISES	N	N	N	N	N	N	N	N
29.1	RELEVANT CASE LAW IN LAST 5 YEARS	N	N	N	N	N	N	N	N
30	LARGE-SCALE STORES AGREEMENTS ON LIMITING COMP. ON PRICES	N	N	N (expected after inspections of BWB being conducted now)	Y	N	Y	See above 22.	Y

		GERMANY	AUSTRALIA	AUSTRIA	BELGIUM	BRAZIL	BULGARIA	ESTONIA	FINLAND
30.1	RELEVANT CASE LAW IN LAST 5 YEARS	N	N	N	Ferrero (dismissed for procedural reasons), 2012 (7 supermarkets, pending)	N	Retail Cartel case	N	Horizontal and vertical price fixing (2009)
31	ABUSIVELY HIGH PRICES PUNISHABLE	Y	N	Y	Y (abuse of DP)	N (only evidence of abuse of DP)	N (only if abuse of DP)	Y (if unfair)	Y (under abuse of DP)
	STANDARD TO ESTABLISH A HIGH PRICE	Hypothetical competitive price test	N	two stage test (cost side, price comparison - comparable products in other period of time)	excess of cost increase (AMP case)	No clear standard (margin, price or increase)	No clear standards (must be based on cost basis or being comparable to similar goods)	Comparison between price and economic value (Eesti Telefon), in line with two-prong EU test (CJEU United Brands), possible comparison of profit margin	follows the EU Courts case law
31.1	RELEVANT CASE LAW IN LAST 5 YEARS	Hesse Water Company (2010); proceedings over other water companies not yet finished	N	Supply of jet fuel (structural remedies to OMW around Vienna airport), PayPalife (cashless payments, fine of 7 mil. EUR)	AMP (increased fee excessive to cost increase)	N	N	Levira (if price related to economic value, the profit was too high)	N
32	WATERBED EFFECT	N	N	N	N	N	N	N	N
32.1	RELEVANT CASE LAW IN LAST 5 YEARS	N	Only matter for policy discussion	N	N	N	N	N	N
33	GENERAL REGULATIONS OF STRUCTURES AND BEHAVIOUR ASIDE FROM ICL	N	Codes of Conduct	N	N	N	N	Y (Consumer protection regulation, Trading Act, Advertising Act)	Y (Land Use and Building Act - particular stipulation concerning zoning)



		GERMANY	AUSTRALIA	AUSTRIA	BELGIUM	BRAZIL	BULGARIA	ESTONIA	FINLAND
	COMP. AUTHORITY GIVING OPINION	N	N	N	N	N	N	N	N
	REGULATION OF RELATIONSHIPS BETWEEN LARGE SCALE FOOD RETAILERS AND VERTICAL RELATIONSHIPS - 39	N	N (only in voluntary Code)	N	N	N	N	N	N
	SCOPE OF REGULATION	N	N	N	N	N	N	N	N
40	ROLE OF COMPETITION AUTHORITY	N	N	N	N	N	N (if draft is adopted, then principal enforcing authority)	N (may give recommendations and report)	N
41	LEVEL-PLAYING FIELD	N	N	N	N	N	N	N	N
	FAIRNESS OF TRANSACTIONS	N	N	N	N	N	N	N	N
	ANY JUDICIAL INTERPRETATION	N	N	N	N	N	N	N	N
42	SMALL SCALE FARMERS EXEMPTED FROM CL	Market Structure Act (setting up collectives), SME justifications for cartel, FCO's de minimis criteria	CCA - they may negotiate their conditions collectively (prior notification to ACCC)	N - generally certain practises are (not hard core)	N	N	N	N (EU de minimis rules)	EU law (associations of agricultural producers exempted from Art. 101 TFEU/its Finnish equivalent)
43	PROHIBITED NEGOTIATING PRACTISES OF LARGE SCALE RETAILERS PER SE	General provisions on abuse of dominant position if applicable	N	list of practises in annex of Directive 2005/29	Resale below cost, manifestly unfair payment terms	N	Limitation of liability for late payments	Publication of misleading information, misuse of confidential information	Certain forms of advertising, misuse of confidential information, late payments (Act on Payment Terms in Commercial Agreements)
	INSTITUTION OF IMPLEMENTATION	Parliament	N	Parliament	Parliament	N	N	N	N



	GREAT BRITAIN	HUNGARY	ITALY	JAPAN	NETHERLANDS	ROMANIA	SWITZERLAND	CZECH REPUBLIC	USA
MARKET STRUCTURE - RETAIL SIDE - CHARACTERISTICS	relatively high level of concentration	unconcentrated (largest Tesco, then national franchises of multinational companies)	moderately concentrated	Wholesale dealers and grocery retail, progressing concentration	Most of the market are supermarkets, not many hypermarkets, tough price wars	Evolution of supermarkets and discounters in past decade, strong competition	Concentrated, mostly private labels processing to groceries, consumers participate in loyalty programmes	Low concentration	Wholesalers market is of decreasing impact, competition on national markets, less on regional ones
SPECIFICS	sometimes consumer preference of farmers products, voluntary system of notification of mergers	multinational retailers have centralized acquisition system, local are dependent to local suppliers	modern distribution model	None	Producers association that sell their member's products, sometimes operate also as traders on secondary level	Considerable proportion of land used for individual needs, much land is left unexploited	Two largest retailers (Coop, Migros) set up in the end of 19th century/begin of 20th	-	Both supermarkets and producers want to cut out wholesalers
MARKET SHARES	4 main retailers - 67%	3 main players - over 40 %	modern distribution model - 70 %	Not specified	75 % of the production in supermarkets (top 3 has 85%)	Not known (but 60 % of customers prefer corner shops over supermarkets)	2 retailers hold 80 %	none of the major retailers have more than 10 %, five largest retailers do not have even 50%	Top 4 retailers 37%, top 8 50%
SUPPLY SIDE - CHARACTERISTICS	low level of concentration	highly deconcentrated, decreasing impact on GDP, but increasing employment	No generalization - some sectors unconcentrated, some increasingly concentrated	Agricultural production, agricultural cooperative	Growing concentration, most of the farmers associated in association that allows them to sell exclusively via the association	Tendency to invest in greenfield sites, small farmers, cooperations	Small proportion of GDP (1 %), highly regulated	Unconcentrated, but specific sub-markets (mineral waters, biscuits, beer, laundry agents, where the concentration is higher	Cooperative structure, price and quantity of corn (that is impacted heavily by price of oil) has an impact on animal production
MARKET SHARES	possibility to create producer organisations	3 % companies, 97 % individuals	-	Not specified	Dairy farms 25 %, fruit, vegetables and potato farming 17%, about 69,000 farmers, since 2000 - 30% in numbers	Not known	Largely unconcentrated (57,600 farms, average 3 workers/farm)	Unconcentrated	Unconcentrated, farmers associated in cooperations

	GREAT BRITAIN	HUNGARY	ITALY	JAPAN	NETHERLANDS	ROMANIA	SWITZERLAND	CZECH REPUBLIC	USA
STATUTES	The Enterprise Act	Prohibition of Unfair Market Practices and the Restriction of Competition Act (1996, CA), Trade Act, Unfair Distributional Practices Act	Regulations and Decrees, no general code	The Antimonopoly Act (AA), other statutes	Dutch Competition Act (DCA, 1998)	Competition Law (1996, CA), Law on the fight against unfair competition (1991, LUC)	The Swiss Law on Cartels (Lcart), Law on Unfair Competition (LUC)	Act on Protection of Competition (APC), Act on Significant Market Power and its Abuse (ASMP)	Sherman Antitrust Act, Clayton Antitrust Act, Robinson-Patman Act
AUTHORITY	Office of Fair Trading (OFT), Competition Commission (CC) - merged in 2014	Hungarian Competition Authority (GVH)	The Italian Competition Authority (ICA)	Fair Trade Commission (JFTC)	Authority for Consumers and Markets (ACM)	Competition Council (RCC)	Competition Commission (CC), Price Supervision Authority (PSA)	The Office for Protection of Competition (OPC)	Federal Trade Commission (FTC) + state authorities
SCOPE OF CL WITH RESPECT TO THE GROCERY SECTOR	general	general	general	general	general	general	general	general	general
BAN ON UNFAIR COMPETITION	Y	Y	Y	Y	N	Y	Y	Y	-
PROHIBITION OF ANTICOMPETITIVE PRACTISES	Y	Y	Y	Y	Y	Y	Y	Y	-
PER SE PROHIBITIONS APPLIED TO GROCERY MARKET	N	Y - hard core cartels, RPM	Y - selling below cost for dominant (over 50 %)	N	Y - the same general rules as in EU (but ACM does not seem to enforce RPM)	Y - bid rigging, RPM, market sharing, limitation of output	N	Y - in ASMP (listing fee request, retroactively, unjust return of goods,...)	-
SPECIFIC PROVISION AIMED TO RETAIL MARKET	N	Y - provisions of TD (abuse of significant market power) and UDA-PA	Regulations to monitor the structure of retail market and practices of large distributors	Designation of Specific Unfair Trade Practices by Large-Scale Retailers Relating to Trade with Suppliers (2005) - non binding, list of unfair practices	Y - national block exemptions (Decrease on the Exemption of Cooperation Agreements in Retail, The Retail Exclusivity Agreements Decree)	Y - regulations on product commercialization and market service (also predatory pricing issue) and commercialization of food products	N	Y - ASMP	N



	GREAT BRITAIN	HUNGARY	ITALY	JAPAN	NETHERLANDS	ROMANIA	SWITZERLAND	CZECH REPUBLIC	USA
SPECIFIC LAW OUTSIDE CL	Y - Groceries Supply Code of Practise (GSCOP)	N (exceptions - Built Environment Act)	Art. 62 of Law 27/2012 - on negotiation and contracting agro-food supply chain, Decree on opening times	Act on the Measures by Large-Scale Retail Stores for Preservation of Living Environment Act (1998)	N (on-going discussion, government wishes the market parties to introduce a Code of Conduct)	Y - above mentioned regulations	N	N	N
EXEMPTION FROM CL SECTOR	N	N (exceptions - Interbranch Organization Act - associations of producers and processors)	N	Some cooperative associations - aim to protect small entrepreneurs and promote fair and free competition	N	N	N	N	N
MARKET STUDIES BY THE COMP. AUTHORITIES	Groceries Investigation (2008),	2007 Study (suppliers and large retail chains), 2009 Study (buying process of agricultural products)	General Study (2007, 2013), Dry Pasta (2011)	Food manufacturers and wholesalers (2011). Large Scale Retailers and Suppliers (2012)	Vision paper on buying power (2004), Pricing in agro-food sector (2009, further answer related to this study), Study of Fisheries sector (2011)	Sector Inquiry of food retail sector (2009)	N (but it was examined as a part of the proceedings, general monitoring)	Sector Inquiry (2010)	Conference on various topics (2007), Slotting fees (2003)
REASONS FOR TAKING THE INQUIRIES	concern about many issues of competition	2007 - effect of TA, growing concentration of retailers, 2009 - low purchasing price from suppliers of specific products	Ad 1) fruit and vegetables price increase in context of change of currency, ad 2) part of the project to monitor prices	a) to understand the trade between them, b) possible abuse of DP in the sector	Agro-food sector is one of the priorities, concentrated nature, homogenous products, several complains	Complaints, several mergers in the sector	N	The situation on the market suggested competition could have been disrupted	-

	GREAT BRITAIN	HUNGARY	ITALY	JAPAN	NETHERLANDS	ROMANIA	SWITZERLAND	CZECH REPUBLIC	USA
MAIN TOPICS OF INQUIRIES	planning system, barriers to entry, restrictive covenants, retail pricing, possible collusions, concentration in local markets	2007 - relationship between large retail chains and suppliers, 2009 - sour-cherry, melon, apple and milk sector	ad 1) relation between lira/euro change and increase in prices, ad 2) product prices, especially raw material fluctuation transfer downstream	a) previous conduct might lead to the abuse of bargaining position, wholesalers sometimes bring the request of retailers to producers; b) less than 10 % ever experienced the requests possibly leading to the abuse of DP	8 basic foodstuff - eggs, apples, onions, cucumbers, bell peppers, bread and potatoes (description of distribution chain, development of prices, margins, analysis of price mechanism)	Identification of markets, most favoured client clause, slotting allowances, category management, determination of costs, potential competition law issues	N	Relations between suppliers and buyers of food and agricultural products - types of business practises are used, any breach of ASMP	-
CONCLUSIONS OF INQUIRIES	high competition on retail market, possession of land by large retailers restricts competition, no other violation found,	2007 - sometimes abuses of significant market power, fees and conditions for entering the market, the pressure on high standards positively affects competition, 2009 - legislature unable to solve deep problems like asymmetry, black market, SMEs must be more adaptable	Ad 1) large-scale retailers have impact on increasing the efficiency of entire distribution chain, street traders keep fruit and vegetable distribution costs down, improvement, in commercial organizations of farmers needed, Ad 2) the price increase went beyond the period for recovery from floods, the profit increased for industrial transformation sector, the rest kept down	a) Related trade associations are requested to explain their members the Guidelines Concerning Abuses of Superior Bargaining position, b) JF-TC will promote the fair trade and prevent the abuses	Prices at all levels increased, the most at the production level, the least at supermarket level, no indications of dominance of supermarkets, concentration has only limited influence	Preference of traditional forms of trade (corner shops), decrease shares of cash and carry, no competition between C&C and small retailers, competition between modern forms, negotiation power without DP is not concern of RCC, merger control is the best tool, increase in prices is consistent with the increasing cost of production	N	Retailers with SMP used longer payment periods, agreed discounts for early payments (it must be completely clear), OPC initiated 6 proceedings	

	GREAT BRITAIN	HUNGARY	ITALY	JAPAN	NETHERLANDS	ROMANIA	SWITZERLAND	CZECH REPUBLIC	USA
THRESHOLD FOR MERGER CONTROL IN THE SECTOR	General (combined turnover over GBP 70 mil. Or combined share of supply 25 % in UK or its substantial part)	General (combined turnover over HUF 15 bil. In Hungary, each of at least two revenue over HUF 500 mil.)	General (combined domestic turnover EUR 482 mil., at least two EUR 48 mil.)	General (not specified)	General (combined worldwide turnover over EUR 113.45 mil., two of undertakings individual domestic turnover over EUR 30 mil.)	General (combined worldwide turnover over EUR 10 mil., at least two domestic turnovers over EUR 4 mil.)	General (combined worldwide turnover over CHF 2 bil./domestic over CHF 500 mil., two of undertakings each domestic turnover over CHF 100 mil., or if dominant and working on the downstream/upstream market too)	General	General
AUTHORITY OVER LOCAL MERGERS	OFT, CC	GVH		local office of JFTC	ACM	Country's Supreme Defense Council (CSDC)	CC	OPC	Department of Justice - Antitrust Division (DOJ), FTC
DEFINITION OF RELEVANT MARKET IN THE SECTOR	Divided into 3 size categories (see below), then some retailers excluded (frozen food, specialists)	case-law: food, soft drinks and alcoholic drinks, domestic chemical products, cosmetic goods and other daily necessities	EU definition, 4 different markets for statistical purposes (superette, discount, supermarket and hypermarket)	Based on product substitutability for user, when necessary, also for suppliers	N - principles of EU competition law	all products and/or services that the consumer deems interchangeable or substitutable due to their characteristics, prices and final use	all those goods or services that are regarded as interchangeable by consumers on the one hand and by suppliers on the other hand with regard to their characteristics and intended use	goods, that are identical, comparable or mutually interchangeable from the point of view of their characteristics, price and intended use	Supermarkets - one stop shopping for food and grocery, usually more than 10,000 items, at least 10,000 square meters
ALL-IN-ONE OR DIFFERENT MARKETS FOR DISCOUNTS, SUPERMARKETS, BRICK STORES	One-stop stores (over 1400 m2), mid-size stores (280-1400 m2) and convenience stores (less than 280 m2)	Y (sometimes divided, hypermarkets can be substitutes for smaller stores, but not vice versa)	3 markets: hypermarket (hypermarket and supermarket over 1500 m2), supermarket (supermarket, hypermarket, superette) (under 1500 m2)	Different (but general supermarkets and grocery belong to the one market)	Different (supermarkets, purchase market - differences among groups of products, and franchise market)	All-in-one (C&C excluded)	Together, excluded are speciality and convenience stores and shopping tourism at the borders	-	Different markets
STATUTORY DEFINITION OF MARKET	N	N	N	N	N	Y	Y	Y	N



	GREAT BRITAIN	HUNGARY	ITALY	JAPAN	NETHERLANDS	ROMANIA	SWITZERLAND	CZECH REPUBLIC	USA
REMEDIES TO PROBLEMATIC CONCENTRATION	Divestitures	N	Divestitures, sale of brand name, mixed price	General rules of competition law applies	Divestiture, monitoring trustee, sales trustee	Merger control (behavioural or structural remedies)	Behavioural remedies, divestitures	N	Merger divestitures
HOW MANY REMEDIES IN PAST 5 YEARS	Many cases of mergers	N	Many	N	8 cases, 4 first phase remedies	10 in 17 years	N	N	4 divestitures (1-32 stores)
INTERNET STORES BEING AN IMPORTANT PART	-	N		Y	N, but growing (expected to have 20% of the market)	N	N	N	N
ANY SPECIFIC PROBLEMS (COMPETITION OR FAIRNESS)	-	N		Pharmaceutical Affairs Law prohibits to sell pharmaceutical products in internet stores	N	N	N	N	It has not been paid attention to dry groceries or non-grocery market (Amazon potential impact to grocery market)
NOT APPLICABLE LAW SPECIALLY FOR INTERNET STORES	-	N		N	Opening hours regulations	N	N	N	N
STATUTORY DEFINITION OF BUYING POWER	N	Y (TA - significant market power)	N	N - AA uses the term abuse of superior bargaining position (abuse of BP and dependency), but without definition	N - general abuse of dominance (market power on the demand side of the market - from Vision paper)	N - general abuse of DP	N - general abuse of DP	Y - ASMP (supplier becomes dependent based on the possibility of supplying its goods to the end consumers and customer can force the supplier to accept unilaterally favourable conditions	N

	GREAT BRITAIN	HUNGARY	ITALY	JAPAN	NETHERLANDS	ROMANIA	SWITZERLAND	CZECH REPUBLIC	USA
A TEST BEING USED	general assessment of dominant position (very difficult, the threshold is around 40 % usually)	Net turnover or classic assessment of market (structure, barriers, size, location, financial strength)	from supply side definition of economic dependence - excessive imbalance of rights and obligations, real possibility to find satisfactory alternatives	a party is unable to avoid requests that is substantially disadvantageous and the party has difficulties to continue the transaction	alternative sales channels for suppliers, existence of market power	the existence of dependency of an undertaking towards another while the former has no alternative solution, the exploitation of such a situation	no comparable customers on the market, additional demand of others would not cover fixed costs, the production-specific assets may not be used with reasonable effort to manufacture other goods	Regards to market structure, barriers to entry , market shares of both, financial strength, size of business network, location and size of individual stores	Market power and dangerous probability of recouping the losses incurred
PER SE OR RULE-OF-REASON PROHIBITION	N (depends on practises)	Per se (under TA) + under CA same as 102 TFEU	Per se	Rule-of-reason	Rule-of-reason	Per se	Rule-of-reason	Per se (but must be systematic)	Rule-of-reason
STATUTORY DEFINITION OF ABUSE OF BUYING POWER	N	N (but detailed indicative list of abuses)	N	Y - enumeration of practises	N	N	N - general abuse of DP	Y - systematic; violation of the rules of invoicing, general business conditions, breach of the obligations of a contract, failure to comply with conditions of sale, prohibited practises (from ASMP)	N
TEST BEING USED FOR SUCH ABUSES	N	The supplier does not receive any benefit from economic results of large-scale selling.	N	Case-by-case (if it is unjustly in light of normal business practises)	Behaviour that leads to the exclusion of parties or it can be considered exploitative	Test for buying power (dependency, exploitation)	Hindering other undertakings from starting or continuing to compete, disavantaged trading partners	N	Case-by-case
LIST OF PRACTISES FROM CASE LAW	N	Abusive listing fee, passing on retailer's cost, unjustified fees, advance billing of retailer services, unlimited return right, exclusive discounts for the retailer	From Law : refusal to sell or buy, unfairly oppressive or discriminatory contractual conditions, arbitrary interruption of dealing	Monetary contributions, unjust assignment of work to supplier's employees, unjust return of goods, unjust price reduction, coercion to purchase	N	unreasonably high prices, increased prices just after conditional clearance of merger	N	N	Capacity of plants after a merger would be less than two independent plants (reduction of production), solved by behavioural remedies

	GREAT BRITAIN	HUNGARY	ITALY	JAPAN	NETHERLANDS	ROMANIA	SWITZERLAND	CZECH REPUBLIC	USA
RELEVANT CASE LAW IN LAST 5 YEARS	Tobacco case (2003, cartel, quashed), Dairy case (2002, milk cartel, quashed),	Tesco (2008), Cora/Match/Profi (2008), Spar (2008), Auchan (2008), Metro (2008), Auchan (2009), Spar (2010) - all abuse of significant market power	Coop Estente (blocking an entrance, damaging consumers)	Martkyo (2008, grocery supermarket, unjust return of goods, assignment of work and price reduction), Eco's (2008, unjust assignment of work, price reduction and receipt of monetary contribution), Seven-Eleven (2009, franchising, prohibition of discounts to franchise member), K.K. Sanyo Marunaka (2011, grocery supermarket, all from 21)	Mergers (8 cases), 3 cartels (see below)	Profi, Interfruct and Albinuta Shops (2011, price fixing, fined)	N (all the cases concerned mergers)	N	Wholesale Grocery Products Antitrust Litigation
DEALING WITH HORIZONTAL MICRO-VIOLATIONS	N	Y (only hard-core cartels, others under de minimis exceptions)	Y (if it harms competition on significant part of the domestic market - can be municipality)	Y	N (de minimis exemptions)	Y	N (it must significantly restrict competition)	N (de minimis exception)	Y (State Attorneys General - the amount varies across the states) - cases of revenue-sharing and monopolization in California
HORIZONTAL AGREEMENTS BETWEEN SUPPLIERS ON QUANTITY BEEN SANCTIONED	N	N (but other fixing prices or dividing market cartels)	Y	Y	Y	N	N	N	Y (private class actions)

	GREAT BRITAIN	HUNGARY	ITALY	JAPAN	NETHERLANDS	ROMANIA	SWITZERLAND	CZECH REPUBLIC	USA
RELEVANT CASE LAW IN LAST 5 YEARS	N	Baker cartel (association fixing minimum prices, RPM), Mill cartel (dividing the market)	Consortium to Protect Grana Padano cheese (2001) - the set up a quota to prevent significant increase in production to keep prices the same	N	Shrimp (2003, cartel, fined), Onions (2012, cartel, fined), Pork Slaughterhouses (1999, cartel, exempted)	N	N	N	Dairy Farmers of Am. Cheese Antitrust Litigation
INTERNAL GOVERNANCES OF RETAIL NETWORKS A PROBLEM	N	Y (franchises, the question of liability for franchise conduct, lately it was franchisor)	N (but proposed to consider members of network as independent units)	Y	N	N	Y (Migros/Denner case - merger, Migros was ordered to operate Denner as an independent entity)	N	N
LEGAL INSTRUMENTS TO CONTROL	N	N	N	AA, Designation (2005) + Guidelines	-	merger control	merger control	N	N
COMP. AUTHORITY DEALING WITH INTERNAL RULES	N	GVH	ICA	Y	-	N	CC	N	N
RELEVANT CASE LAW IN LAST 5 YEARS	N	Kereskedelmi (2005, 2011)	N	Seven-Eleven (order of JFTC to stop prohibiting discounts at franchisees)	N	N	Migros/Denner (2008)	N	N
RECOMMENDED RESALE PRICES A VIOLATION	N	N (only under additional circumstances)	Y	N (if binding in fact)	N (only if combined with incentives not to deviate)	N (only if price fixing)	N (only if coercive)	N (only if it has object or effect to distort the competition)	Rule-of-reason
RELEVANT CASE LAW IN LAST 5 YEARS	N	N	Bread-making Association Rome cartel (2008) - indicating minimum price	N	N	N	N	N	N
RESELLING BE-LOW COST PROHIBITED	N	N per-se (if SMP or affects agricultural or food products)	N	Y	N	Y	N (not per se, only when in DP, then rule-of-reason)	Y	N (Y under rule-of-reason)



	GREAT BRITAIN	HUNGARY	ITALY	JAPAN	NETHERLANDS	ROMANIA	SWITZERLAND	CZECH REPUBLIC	USA
DE-LISTING OF SUPPLIERS PROHIBITED	N	N per-se (if SMP or affects agricultural or food products)	N	Y	N	Y	N (only if used as a threat)	Y	N (Y under rule-of-reason)
RESALE PRICE MAINTENANCE PROHIBITED	N	Y	Y (exceptions if shares under 30 % and not a minimum price)	Y	Y	Y	Y	Y - in ASMP	Y (pending Leegin case - overturned per se prohibition)
RELEVANT CASE LAW IN LAST 5 YEARS	N	N	N	Mitsubishi Shokuhin (2012, reselling below cost), Hamamaka (2008, RPM), Adidas Japan (2012, RPM)	N	N	N	N	Leegin
COLLECTIVE BOYCOTTS BY SMALL STORES IN LAST 5 YEARS	N	N	N	N	N	N	N	N	N
RELEVANT CASE LAW IN LAST 5 YEARS	N	N	N	N	N	N	N	N	N
PUNISHMENT OF RETAILERS BY SMALL SUPPLIERS	N	N (couple of demonstrations)	N	N	N	N	N	N	N
VIOLATION OF CL	N	N	N	Y	Y (if over de minimis thresholds)	Y (on case-by-case basis)	N	Y (possible violation of general competition law, collectively they may create market power)	Y (possibly under rule-of-reason)
OTHER LEGAL MEANS TO FIGHT SUCH PRACTISES	N	N	N	N	N	N	N	N	Collective actions by firms
RELEVANT CASE LAW IN LAST 5 YEARS	N	Egg cartel - producers set up joint venture to collectively increase the prices	N	N	N	N	N	N	N



	GREAT BRITAIN	HUNGARY	ITALY	JAPAN	NETHERLANDS	ROMANIA	SWITZERLAND	CZECH REPUBLIC	USA
GENERAL REGULATIONS OF STRUCTURES AND BEHAVIOUR ASIDE FROM CL	N	TA - significant market power	Planning regulations, granting authorizations	N	The Opening Hours Act	Government Ordinance on product commercialization and market service	N	Y - Act on Prices	Y - trade regulations, labour regulations
SECTOR SPECIFIC REGULATIONS	Scotland - minimum price for alcohol, Consumer protection from Unfair Trading Regulation	UDPA - unfair distribution in agriculture	N	Large-Scale Retail Stores for Preservation of Living Environment	N (only two collective labour agreements)	Law 321/2009 on commercialization of food products	Protective rules in agricultural sector, technical barriers to trade	Act on Food and Tobacco Products	Y - food sanitary and safety regulations
LIMIT OF SCOPE OF COMPETITION IN THE SECTOR	N	N	N	N	N	N	N	N	N
SPECIFIC CONSTRAINTS FOR LARGE-SCALE RETAILERS DEPENDING ON A STRUCTURE	N	N	N	N	N	N	N	N	N
SPECIFIC REGULATIONS APPLYING TO INTERNET STORES	N	N	N	Y - Act on Specified Commercial Transaction	N	N	N	N	Many of them exempted from state sales taxes
PROHIBITION OF RESELLING BELOW COST, DELISTING OF SUPPLIERS, RPM IN SPECIAL LAW	N	Y (reselling below cost, delisting in TA and UDPA)	N (there are many rules on competition, RPM one of them)	N	N	Y - reselling below cost (Government Ordinance, 321/2009), de-listing (321/2009)	N	N	N
PASSING ON DISCOUNTS PREVENTION (LIMITATION)	N	N	N	Y - Act against Delay in Payment of Subcontract Proceeds	N	N	N	N	N
PRODUCTS SUBJECT TO ADMINISTRATIVE PRICE CONTROL	N	N	N	Y - rice, barley, wheat, milk, butter, meat, sugar	N	N	N	N	N

	GREAT BRITAIN	HUNGARY	ITALY	JAPAN	NETHERLANDS	ROMANIA	SWITZERLAND	CZECH REPUBLIC	USA
REASON FOR SUCH REGULATIONS	N	N	N	To help stabilization of supply	N	N	N	N	N
REGULAR REVIEWS OF PRICES, PERIODICITY	N	N	N	N	N	N	N	N	N
COMP. AUTHORITY GIVING OPINION	N	N	N	N	N	N	N	N	N
RELATIONSHIPS BETWEEN LARGE SCALE FOOD RETAILERS AND SMALL REGULATED	Y - Groceries Supply Code of Practise (GSCOP)	Y - abuse of SMP (TA), but since 2012 only non-food products, unfair practises (UDPA)	N	Y - Act against Delay in Payment of Subcontract Proceeds	N (subject to general contract law)	N	N (only generally Code of Obligation)	Y (ASMP)	N
SCOPE OF REGULATION	general	general	N	Only subcontractors	N	N	N	General	N
ROLE OF COMPETITION AUTHORITY		opinions	N	To investigate and to recommend the remedies	N	possibly non-binding endorsement	recommendations	supervision, investigation, imposing obligation	N
LEVEL-PLAYING FIELD	N	Y (balanced bargaining position - UDPA)	N	Y	N	Y	N	N	N
FAIRNESS OF TRANSACTIONS	N	Y (fair market practises - TA)	N	Y	N	Y	N	N	N
ANY JUDICIAL INTERPRETATION	N	N	N	N	N	N	N	N	N
SMALL SCALE FARMERS EXEMPTED FROM CL	Association of producers possible	Block exemptions or individual exemptions under 101 TFEU. Inter-branch Organizations Act	EU exemptions	Y - Cooperatives (but without unfair practises and substantial restraint of competition)	Y - under de minimis exemptions	N (Y if they also work on retail market, they are exempted from rules in Government Ordinance)	N	N	Y (Caper-Volstead Act - farming cooperatives have limited immunity)

	GREAT BRITAIN	HUNGARY	ITALY	JAPAN	NETHERLANDS	ROMANIA	SWITZERLAND	CZECH REPUBLIC	USA
PROHIBITED NEGOTIATING PRACTICES OF LARGE SCALE RETAILERS PER SE	N	Re-purchase clause, asking for contributions to retailers' discounts, passing on liability, late payments, bonus on payment in time, exclusion of interest, sales below cost etc...	N	Unjust return of goods, price reduction, commission sales contract, assignment of work, receipt of economic benefits, unfavourable treatment in response to refusal of request or notification to JFTC, forcing suppliers to lower price, coercion to purchase, refusal to receive ordered goods	N	Requirements to suppliers to pay for services not directly linked with the sale operation, payments for expansion of retailer's network, sale space or promotion of retailer, late payments (in specific goods)	N	Payments with no correspondence to the business services, sudden interruption without a notice, rejection or returning the goods, rejection to place suppliers name or brand on product, etc. (ASMP)	N
INSTITUTION OF IMPLEMENTATION	N	NFBIH - National Food Chain Safety Office	N	JFTC	N	Parliament	N	OPC	N
AMOUNT OF CASE LAW	N	Limited	N	Not answered	N	Not answered	N	N	N
RECOMMENDED LEGISLATIVE CHANGES	No need for further specific rules, GSCOP as specific legislation is enough	TA and UDPA consolidate into one act, unnecessary overregulation in UDPA, no other players than farmers with exception under Interbranch Act, specific threshold for grocery market mergers	No further legislative changes needed, probably members of networks being considered as independent units, change in restrictive rules on commercial planning and granting authorizations by local authorities is needed, mandatory codes of conduct	Not answered	No legislative changes needed, the unfair practices should be pursued more (the self-regulation by Code of conduct is a good idea)	RCC should issue guidelines on the matter of slotting allowances, MFC clauses and buying and negotiating power	The EU Commission's Green Paper on Unfair Trading Practices should be assessed and if necessary, followed	ASMP - vagueness of terms, difficulty in interpretation, broad discretion of OPC, failure to protect the suppliers, overlapping with other legislation - need to improve the wording, replace it completely or cancel it	Narrow legislative changes to grocery sector is not a good idea, protection guaranteed to farmers should be either extended up through vertical layers of food production or removed entirely to create more balance



# NUOVI PARADIGMI DEL MERCATO DELL'ENERGIA: QUALE APPROCCIO *ANTITRUST*?

*Ciro Favia*

SOMMARIO: 1. *Premessa*. 2. *Il contesto normativo*. 3. *I presupposti per lo sviluppo del mercato della mobilità elettrica*. 4. *I possibili modelli per lo sviluppo della mobilità elettrica*. 4.1. *Il modello DSO*. 4.2. *Il modello service provider in esclusiva*. 4.3. *Il modello service provider in concorrenza*. 5. *La fase di kick-off del mercato: quale rapporto tra regolazione e concorrenza?* 6. *I possibili profili di rilevanza antitrust*. 7. *Conclusioni*.

## *1. Premessa*

Il settore dell'energia negli ultimi anni è stato caratterizzato da profondi e continui cambiamenti. In particolare, grazie agli importanti risultati ottenuti in termini di ricerca, sviluppo ed innovazione, è stato possibile assistere alla nascita di nuovi mercati, contigui a quelli tradizionali, caratterizzati da un elevato contenuto tecnologico e da importanti potenzialità di espansione.

La spinta verso nuove frontiere è stimolata principalmente dalla necessità di ottenere risposte a bisogni ed esigenze concrete. Si pensi, ad esempio, alla diffusione sempre maggiore di prodotti per l'efficienza energetica e di dispositivi per la c.d. *customer awareness*, attraverso i quali il consumatore è in grado razionalizzare i propri consumi e conseguentemente ridurre la spesa complessiva.

In tale contesto, uno dei mercati che, seppur attualmente si trovi ancora in una fase embrionale, presenta le maggiori prospettive di sviluppo, è senz'altro quello della mobilità elettrica, soprattutto in considerazione dell'elevata domanda potenziale che lo caratterizza e delle esigenze, anche di carattere strategico, cui risponde.

È evidente, infatti, che lo sviluppo della mobilità elettrica, costituendo una modalità alternativa di trasporto che prescinde dallo sfrut-

tamento di risorse in esaurimento, potrebbe svolgere nel prossimo futuro un ruolo fondamentale nel ridurre l'attuale dipendenza dell'economia europea delle importazioni di petrolio.

Non a caso già qualche anno fa il Premio Pulitzer (1992) Daniel Yergin, nel celebre saggio *The Quest: Energy, Security and the Remaking of the Modern* aveva individuato appunto nell'auto elettrica una delle principali tecnologie in grado di rappresentare una strada alternativa per il futuro del sistema energetico globale<sup>1</sup>.

Nei paragrafi che seguono, si proverà “a guardare al futuro”, ipotizzando quale possa essere il *market model* in grado di stimolare lo sviluppo del *business* della mobilità elettrica e quali potrebbero essere le dinamiche rilevanti sotto un profilo *antitrust* che potranno registrarsi una volta che tale mercato inizierà a raggiungere un certo livello di maturità.

In tale processo di sviluppo del mercato, un ruolo di particolare rilievo sarà giocato dall'Autorità garante della concorrenza e del mercato (AGCM), non tanto e non solo nell'ambito dei suoi tradizionali compiti di controllo *ex post* quanto, soprattutto, come interlocutore privilegiato – nell'ambito dei poteri di *advocacy* che le sono riconosciuti – dei c.d. *market builder* (Governo, Parlamento e Regolatori) cui sarà demandato il compito di definire le regole del gioco.

## 2. Il contesto normativo

Negli ultimi anni, ed in particolare a partire dall'adozione da parte dell'Unione europea del pacchetto “Clima ed energia 2020”<sup>2</sup>, si è assistito ad un susseguirsi di interventi legislativi, di matrice prevalentemente comunitaria, volti a stimolare lo sviluppo di nuovi mercati in grado di rappresentare una risposta alle importanti sfide che l'Europa si è posta in materia di strategie di politica energetica.

---

<sup>1</sup> D. YERGIN, *The Quest: Energy, Security and the Remaking of the Modern World*, New York, 2011: “Perhaps more than any other technology, the electric car represents a stark alternative road to the future for the global energy system”.

<sup>2</sup> Si vedano in particolare le direttive 2009/28/UE e 2009/29/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 23 aprile 2009.



Per quanto specificamente interessa in questa sede, nel recentissimo pacchetto “Unione dell’Energia”<sup>3</sup>, che ha aggiornato gli obiettivi derivanti dal pacchetto clima ed energia 2020<sup>4</sup>, è stato previsto, ad esempio, in relazione al mercato della mobilità elettrica, l’impegno da parte della Commissione ad adottare ulteriori iniziative per “de-carbonizzare” il settore dei trasporti che dipende ancora in ampissima misura dai prodotti petroliferi. In particolare, per favorire una maggiore diffusione dei carburanti alternativi si prevede che “la Commissione continuerà ad adoperarsi per promuovere la rapida realizzazione delle infrastrutture necessarie, quali le stazioni di rifornimento e ricarica”. L’Europa, infatti, “deve assumere un ruolo di *leadership* nell’elettromobilità e nelle tecnologie di stoccaggio dell’energia” attraverso “una piena integrazione dei veicoli elettrici nelle politiche di mobilità urbana e nella rete elettrica, sia come consumatori di energia sia come potenziali impianti di stoccaggio”.

Va rilevato, comunque, che un primo importante passo in tal senso è già stato fatto con l’adozione del pacchetto *Energia pulita per il trasporto*<sup>5</sup> che ha portato all’emanazione della Direttiva *sulla realizzazione di un’infrastruttura per i combustibili alternativi*<sup>6</sup>.

---

<sup>3</sup> Il Pacchetto “Unione dell’energia”, presentato dalla Commissione europea lo scorso 25 febbraio, è composto dalla Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo, al Comitato delle Regioni e alla Banca europea per gli investimenti *Una strategia quadro per un’Unione dell’energia resiliente, corredata da una politica lungimirante in materia di cambiamenti climatici*; dalla Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo e al Consiglio *Il protocollo di Parigi - Piano per la lotta ai cambiamenti climatici mondiali dopo il 2020* e dalla Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo e al Consiglio *Raggiungere l’obiettivo del 10% di interconnessione elettrica. Una rete elettrica pronta per il 2020*.

<sup>4</sup> Nello specifico il “Pacchetto Unione dell’Energia” – il cui obiettivo è quello di ridurre la dipendenza dell’Europa dalle importazioni e di garantire energia sicura, sostenibile, competitiva e a prezzi ragionevoli a tutti i cittadini dell’Unione – prevede entro il 2030, una riduzione delle emissioni di gas a effetto serra almeno del 40% (rispetto al livello 1990), una quota di energia prodotta da fonti rinnovabili almeno del 27% e un miglioramento dell’efficienza energetica almeno del 27% (rispetto allo stesso scenario di riferimento su cui era stato calcolato l’obiettivo del 20%).

<sup>5</sup> Si veda in particolare Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo, al Comitato delle Regioni

In particolare, l'articolo 4 della citata Direttiva, nel dettare alcuni importanti principi guida del processo di sviluppo della mobilità elettrica, attribuisce agli Stati Membri il compito di garantire, tra le altre cose, che:

- siano resi disponibili al pubblico entro il 2020 un numero appropriato di punti di ricarica;
- gli operatori del servizio di ricarica siano liberi di acquistare l'energia elettrica per la ricarica da un qualunque fornitore nell'Unione;
- i punti di ricarica accessibili al pubblico siano tali da permettere ai clienti di accedere al servizio di ricarica senza dover stipulare un contratto con il venditore dell'energia elettrica;
- i prezzi applicati dai *service provider* per la ricarica siano ragionevoli, facilmente e chiaramente comparabili, trasparenti e non discriminatori;
- le imprese di distribuzione cooperino su basi non discriminatorie con qualunque operatore del servizio di ricarica.

Il considerato 30 della medesima Direttiva precisa inoltre che “la creazione e il funzionamento dei punti di ricarica dei veicoli elettrici dovrebbero essere ispirati ai principi di un mercato concorrenziale con accesso aperto a tutte le parti interessate nello sviluppo ovvero nell'esercizio delle infrastrutture di ricarica”.

In Italia, è già stato avviato l'*iter* di recepimento della Direttiva 2014/94 ed il relativo termine scadrà il 18 novembre 2016.

Ad ogni modo, si rileva che, sulla scorta dei diversi *input* provenienti a livello comunitario<sup>7</sup> e in attuazione di quanto previsto dall'art. 17 *septies* della legge 7 agosto 2012, n. 134 che ha dedicato uno specifico capo (IV bis) alla predisposizione di disposizioni volte a favorire la diffusione della mobilità sostenibile, sono già presenti a livello nazionale

---

*Energia pulita per i trasporti: una strategia europea in materia di combustibili alternativi*, del 24 gennaio 2013.

<sup>6</sup> Direttiva 2014/94/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 22 ottobre 2014.

<sup>7</sup> Per una rassegna esaustiva dei diversi interventi di legislazione comunitaria che hanno interessato specificamente il tema della mobilità elettrica si veda: Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti *Piano nazionale infrastrutturale per la ricarica di veicoli alimentati ad energia elettrica*, Roma, 9 luglio 2013, par. 1.1.

linee guida generali per lo sviluppo unitario del servizio di ricarica dei veicoli elettrici contenute nel *Piano nazionale infrastrutturale per la ricarica di veicoli alimentati ad energia elettrica*, emanato nel luglio 2013 dal Ministero delle infrastrutture e dei trasporti.

### 3. I presupposti per lo sviluppo del mercato della mobilità elettrica

La mobilità elettrica è sicuramente un *business* molto articolato in quanto, per la fruizione del servizio, è necessaria la compartecipazione di più soggetti: il produttore dell'auto elettrica, il fornitore dell'energia elettrica utilizzata per alimentare l'auto, il gestore dell'infrastruttura di ricarica e il distributore, nel caso sia diverso dal gestore dell'infrastruttura, responsabile di garantire alcune attività fondamentali tra cui la misura dei prelievi di energia elettrica.

Non è dunque difficile immaginare le complessità, soprattutto di carattere tecnologico, che si sono incontrate in questa prima fase di sviluppo del mercato e che ne hanno frenato, almeno fino ad oggi, l'espansione.

Tali "barriere" sono rappresentate prevalentemente dalla sussistenza di vincoli tecnologici in relazione all'autonomia delle batterie (c.d. *range anxiety*) e ai tempi di ricarica; dalla necessità di adottare *standard* condivisi per l'interfaccia tra veicoli elettrici e punti di ricarica; dalla scarsa infrastrutturazione del territorio<sup>8</sup>.

Se con riferimento alle prime due tipologie di "barriere" si sono riscontrati negli ultimi anni progressi talmente rilevanti da considerarle ad oggi sostanzialmente superate, il problema è ancora attuale con riferimento all'assenza di una capillare diffusione sul territorio delle infrastrutture di ricarica.

---

<sup>8</sup> L'*Office of low emission vehicle* istituito presso il Ministero dei Trasporti britannico nel documento *Assessing the role of plug-in car grant and plugged-in places scheme in electric vehicle take up* (2013), in cui si valutano i primi impatti dei meccanismi incentivanti adottati per la diffusione di infrastrutture e veicoli elettrici, ricomprende tra le principali barriere allo sviluppo del mercato della mobilità elettrica anche lo scarso grado di informazione e di *empowerment* dei clienti finali rispetto a tale nuova tecnologia.

Infatti, sotto il profilo dei vincoli tecnologici, il *gap* con le auto a tecnologia tradizionale si è senz'altro notevolmente ridotto rispetto ad alcuni anni fa. In particolare, entro il 2017 si prevede che l'autonomia delle batterie possa passare dagli attuali 120 km ad oltre 250 km<sup>9</sup> ed in relazione ai tempi di ricarica si è già passati, in 5 anni, da oltre 6 ore a meno di 10 minuti. A ciò si aggiunga che, secondo alcuni recenti studi, nel 2020 dovrebbe raggiungersi la completa *price parity* tra veicoli elettrici e veicoli a motore<sup>10</sup>.

Anche sotto il profilo della compatibilità fra auto elettrica e infrastruttura di ricarica, anche grazie agli sforzi profusi dal legislatore comunitario, si sono registrati progressi decisivi. Più specificamente, si è giunti all'adozione di specifiche tecniche comuni e *standard* condivisi che oggi permettono a qualsiasi veicolo di ricaricare presso qualsiasi punto di ricarica nel territorio dell'Unione europea, eliminando alla radice il rischio che si possano configurare condotte anticompetitive dirette a sfruttare il potere di mercato eventualmente detenuto in ragione del possesso di diritti di privativa industriale.

Come anticipato, invece, è ancora fortemente attuale quello che è stato definito come il *chicken-egg problem*: le infrastrutture di ricarica non sono adeguatamente diffuse a causa del numero insufficiente di veicoli che le utilizzano e al tempo stesso l'industria manifatturiera non produce veicoli a prezzi competitivi in quanto la domanda è contenuta data la carenza di infrastrutture installate sul territorio.

Risulta evidente come, in assenza di un intervento deciso verso la risoluzione del *chicken-egg problem*, l'incertezza sia per gli operatori di mercato che per gli stessi consumatori resterebbe eccessivamente alta, determinando, di conseguenza, una riduzione degli investimenti nel settore e l'ottenimento di un risultato progressivamente sempre più sub-ottimale<sup>11</sup>.

---

<sup>9</sup> Fa eccezione Tesla che già oggi è in grado di garantire un'autonomia prossima ai 500 km.

<sup>10</sup> Eurelectric, *Position paper "Smart Charging: Steering the Charge"*, marzo 2014.

<sup>11</sup> Commissione Europea *Staff working paper, Impact assessment accompanying the document Proposal for a Directive on the deployment of alternative fuels infrastructure*, 24 gennaio 2013, pag. 28-29.

In tale contesto diventa pertanto fondamentale l'adozione di misure effettivamente in grado di superare tali incertezze e sostenere lo sviluppo del mercato, a partire dall'individuazione e dall'implementazione in tempi rapidi del *market model* da prendere a riferimento per la diffusione delle infrastrutture di ricarica.

In quest'ottica, saranno molto importanti i prossimi *step* costituiti dalla pubblicazione da parte del Ministero dei Trasporti dell'aggiornamento del Piano nazionale delle infrastrutture di ricarica dei veicoli elettrici e i lavori di recepimento della direttiva sui combustibili alternativi. Il dibattito che accompagnerà l'adozione dei due provvedimenti, inoltre, coinvolgerà inevitabilmente più *stakholder* e, fra questi, con tutta probabilità anche la stessa Autorità *antitrust* che potrebbe essere chiamata ad esprimere le proprie considerazioni anche in relazione al *market model* più adeguato per garantire, nel rispetto dei principi della concorrenza, una sufficiente diffusione delle infrastrutture di ricarica elettrica sul territorio nazionale e stimolare così la domanda di veicoli elettrici<sup>12</sup>.

Il dibattito che ha accompagnato l'adozione dei documenti comunitari, unitamente a quello che si è sviluppato presso le associazioni di categoria, ha di fatto enucleato tre diversi modelli di mercato che coincidono sostanzialmente con i tre modelli che sono stati oggetto di sperimentazione da parte dell'Autorità per l'energia elettrica, il gas e il sistema idrico (AEEGSI).

Vediamoli nel dettaglio.

---

<sup>12</sup> Ciò ad esempio è avvenuto, nel settore delle telecomunicazioni, attraverso l'indagine conoscitiva congiunta Agcm-Agcom in tema di banda larga (IC48 - *Indagine conoscitiva sulla concorrenza statica e dinamica nel mercato dei servizi di accesso e sulle prospettive di investimento nelle reti di telecomunicazioni a banda larga e ultra-larga* - 5 novembre 2014) e da ultimo, con il parere reso dall'AGCM ex art. 22 sul progetto *Strategia italiana per la banda larga*, predisposto dal governo per la realizzazione di una nuova infrastruttura di rete per i servizi di telecomunicazioni, idonea al raggiungimento degli obiettivi di copertura della popolazione e di penetrazione delle linee attive fissati dall'Agenda Digitale Europea (AS1180, 10 marzo 2015).

## 4. I possibili modelli per lo sviluppo della mobilità elettrica

### 4.1. Il modello DSO

Il primo modello è il c.d. modello DSO (acronimo di *Distribution System Operator*) in cui l'installazione delle infrastrutture di ricarica e la gestione del servizio sono affidate all'impresa distributrice di energia elettrica nell'ambito della propria area di concessione.

Tale modello, pertanto, garantisce l'esplicitarsi di dinamiche concorrenziali "a monte" (nella produzione e assemblaggio delle infrastrutture di ricarica) e "a valle" (nella fornitura di energia elettrica), ma non nella gestione del servizio di ricarica.

In ragione del ruolo svolto dal distributore che nell'ambito dell'espletamento delle sue attività – attraverso i propri sistemi informativi – si trova a comunicare contestualmente con una pluralità di operatori (*trader*), il modello in questione è in grado di garantire due importanti caratteristiche:

- 1) l'accesso c.d. *multivendor* in forza del quale ciascun utente può liberamente ricaricare presso qualunque infrastruttura di ricarica installata dal distributore, indipendentemente dal fornitore di energia elettrica prescelto<sup>13</sup>;
- 2) la *interoperabilità*, ovvero la possibilità per l'utente di effettuare la ricarica elettrica presso qualsiasi infrastruttura dislocata sul territorio nazionale, indipendentemente dal distributore che la gestisce, garantendo così anche spostamenti su lunghe tratte.

Assicurare la possibilità di ricaricare ovunque, scegliendo liberamente la propria offerta per la fornitura di energia per mobilità elettrica, potrebbe apparire un risultato scontato, se paragonato a quanto avviene con riferimento alle auto a carburante, ma così non è. Deve tenersi presente, infatti, che l'energia elettrica, ad oggi, "ragiona" ancora in termi-

---

<sup>13</sup> Nel dettaglio, l'utente accede all'infrastruttura attraverso una scheda rilasciata dal proprio fornitore di energia elettrica ed i costi associati al prelievo vengono direttamente addebitati sul proprio contratto. Tuttavia, accanto a tale modalità di ricarica (attualmente la più diffusa), potranno essere sviluppate anche altre modalità che permettano di ricaricare senza dover stipulare "a monte" un contratto con un venditore di energia elettrica.

ni di punti di prelievo statici (i c.d. POD, *point of delivery*, che troviamo presso le nostre abitazioni o i nostri uffici) mentre questo modello avrebbe il pregio – attraverso il ruolo del distributore – di consentire al POD di diventare dinamico, ovvero di seguire il cliente nei suoi spostamenti attraverso la scheda di accesso all'infrastruttura di ricarica.

Inoltre, sempre da un punto di vista tecnico, la gestione integrata della rete elettrica e delle infrastrutture di ricarica, che sono a tutti gli effetti punti di prelievo sulla rete, garantisce una migliore gestione di eventuali situazioni di “sovraccarico”, con evidenti vantaggi in termini di costi complessivi per il sistema elettrico.

Ad ogni modo, il principale valore aggiunto di questo modello risiede nella capacità dello stesso di garantire un'efficace e capillare infrastrutturazione del territorio nazionale. Infatti, l'intervento del distributore sarebbe slegato da logiche di profitto in senso stretto, e – al pari di quanto avviene per lo sviluppo della rete elettrica – i costi di investimento e operativi associati alla implementazione di questo modello sarebbero finanziati dalla collettività.

Tale ultima circostanza, ossia che i costi ricadano non sugli utenti del servizio di mobilità elettrica bensì sulla generalità degli utenti, può, *prima facie*, apparire un punto debole del modello, ma – come si vedrà in dettaglio nel successivo paragrafo 5 – appare essere un'indispensabile leva strategica per consentire, almeno in una prima fase, un adeguato sviluppo del mercato, che rappresenta il presupposto essenziale per la sostenibilità stessa degli altri modelli (paragrafi 4.2 e 4.3)<sup>14</sup>.

---

<sup>14</sup> In questo senso, tra gli altri, T. GÓMEZ, I. MOMBER, M. RIVIER ABBAD, Á. SÁNCHEZ MIRALLES (2011): *Regulatory framework and business models for charging plug-in electric vehicles: Infrastructure, agents and commercial relationships*, *Energy Policy* 39(10) 6360-75: “in order to ensure a large rollout, this business should be regulated and charging stations should be developed by the corresponding DSO. Obviously the regulation should include the mechanisms for the recovery of the costs of deploying and operating these facilities”.

#### 4.2. Il modello *service provider in esclusiva*

Il secondo modello è quello del c.d. *service provider in esclusiva*.

In questo caso, il servizio di ricarica è operato in regime di esclusiva da un soggetto individuato mediante procedura ad evidenza pubblica espletata dall'ente locale.

Uno dei principali pregi di tale modello, rispetto al precedente, è che viene garantita la concorrenza “per il mercato” nell'individuazione del soggetto gestore del servizio di ricarica. Tuttavia, il modello presenta alcune criticità, prevalentemente di carattere tecnico e operativo, che potrebbero avere ricadute negative anche da un punto di vista strettamente competitivo sul mercato a valle della fornitura di energia elettrica.

Infatti, al di là delle maggiori difficoltà che si potrebbero avere in termini di gestione dei carichi della rete di distribuzione, va evidenziato come l'accesso *multivendor* sarebbe possibile solo a valle di accordi bilaterali fra il *service provider* e ciascun *trader*, da un lato, e fra il *service provider* e lo stesso distributore, dall'altro. Ciò in quanto il *service provider* si frappone nel rapporto fra chi preleva energia dalla rete (ovvero il *trader* che poi fattura al cliente) e il distributore, responsabile dell'attività di misura.

Parimenti, la stessa interoperabilità sarebbe possibile solo a valle di accordi fra i diversi *service provider*, monopolisti all'interno delle aree geografiche di propria competenza, che consentano di autenticare reciprocamente le diverse schede presso le rispettive infrastrutture di ricarica.

L'aspetto di maggiore criticità legato all'adozione di questo modello risiede, tuttavia, nella circostanza per cui l'affidamento del solo servizio di ricarica potrebbe non garantire al *provider* un adeguato ritorno degli investimenti. È quindi tutt'altro che remota la possibilità che nella procedura di gara, all'affidamento del servizio di ricarica venga associata anche la fornitura di energia elettrica. In questi termini, gli esiti della gara avrebbero l'effetto di creare piccoli monopoli locali, coincidenti con l'area geografica dell'ente locale appaltante, anche in relazione all'attività di fornitura di energia per la ricarica elettrica, con conseguenti



possibili effetti restrittivi della concorrenza sul mercato “a valle” della fornitura stessa.

#### 4.3. *Il modello service provider in concorrenza*

L'ultimo modello è quello del c.d. *service provider* in concorrenza.

In questo caso, ogni operatore è monopolista del servizio di ricarica nell'ambito della propria stazione di ricarica, riprendendo, nella sostanza, il modello attualmente adottato per le stazioni di rifornimento dei carburanti.

Tale modello garantisce una piena concorrenza “nel mercato” fra i diversi *service provider* ma, per le sue caratteristiche intrinseche, esclude la possibilità di un accesso *multivendor* dato che ciascun *service provider* è l'unico fornitore di energia elettrica all'interno della propria stazione di ricarica.

Inoltre, al di là delle maggiori difficoltà in tema di misura e *management* della rete di distribuzione già richiamate in precedenza, il modello in questione – rispondendo a logiche prettamente di mercato – non garantirebbe l'infrastrutturazione delle c.d. aree a fallimento di mercato e orienterebbe lo sviluppo della mobilità elettrica prevalentemente nelle aree metropolitane a più alto rendimento.

Infine, non si può non rilevare che la possibilità di effettuare potenziali sinergie tra i servizi di rifornimento carburanti e ricarica elettrica ponga, in partenza, i gestori del primo servizio in una oggettiva posizione di vantaggio rispetto ai *newcomer* e, tenuto conto delle dimensioni geografiche che presumibilmente verranno individuate per il mercato di riferimento, in analogia con la distribuzione carburanti, almeno nella fase di avvio, potranno consolidarsi posizioni di mercato particolarmente rilevanti in determinati ambiti territoriali<sup>15</sup>.

---

<sup>15</sup> Per la distribuzione dei carburanti l'Autorità, nei molteplici precedenti, ha distinto tra distribuzione di carburanti su rete stradale ordinaria, la cui estensione geografica è stata fatta coincidere tendenzialmente con il territorio della Provincia, e distribuzione di carburanti su rete autostradale la cui estensione geografica, sulla base dell'assunto che impianti limitrofi situati nella stessa direzione di marcia sono sostituibili dal lato della domanda, è stata calcolata in base a percorsi lungo le tratte autostradali di raggio pari

### 5. La fase di kick-off del mercato: quale rapporto tra regolazione e concorrenza?

Alla luce delle considerazioni sopra esposte, si può affermare che non esiste un *business model* perfetto. Ognuno dei tre modelli descritti infatti presenta punti di forza e criticità.

Per questo motivo, a mio avviso, la soluzione al *chicken-egg problem* risiede nella definizione di una strategia che declini un approccio differente in ragione del diverso grado di maturità del mercato.

In particolare, in una prima fase di avvio del mercato, il modello DSO sembrerebbe l'unico in grado di garantire una infrastrutturazione minima del territorio nazionale secondo logiche di ottimizzazione e risparmio, mentre la libera iniziativa privata determinerebbe inevitabilmente una concentrazione delle infrastrutture esclusivamente nelle aree metropolitane a più alto rendimento<sup>16</sup>. Nessun operatore, infatti, sarebbe disposto a sopportare le diseconomie connesse alla gestione di tale servizio in aree extraurbane o in località remote e scarsamente popolate, in cui, per la quantità di domanda e la rilevanza dei costi fissi, la funzione di costo risulterebbe certamente subaddittiva.

Un'adeguata infrastrutturazione, a sua volta, rendendo maggiormente fruibile l'auto elettrica, avrebbe l'effetto di stimolare la domanda con positive ricadute su tutta l'industria della *e-mobility*.

Inoltre, il modello distributore, in questa fase, non escluderebbe l'iniziativa di singoli *service provider* che ben potrebbero entrare in concorrenza con il distributore nelle aree a maggior rendimento.

Questa soluzione, tra l'altro, appare in linea con quanto delineato dal recente documento di consultazione sul futuro ruolo dei DSO pubblicato dal *Council of European Energy Regulators* che prevede che, in pre-

---

circa a 100 km rispetto all'impianto di distribuzione carburanti di volta in volta preso in considerazione.

<sup>16</sup> Al riguardo, l'art. 106, paragrafo 2 del TFUE riconosce la legittimità di un intervento pubblico restrittivo della concorrenza in presenza di inefficienze del mercato che impediscano il raggiungimento di determinati obiettivi di interesse generale (nel caso specifico la fornitura di un servizio pubblico a tutti gli utenti indipendentemente dal luogo in cui sono ubicati, a condizioni di prezzo accessibili e nel rispetto di un certo *standard* qualitativo).

senza di una *specific justification* e dunque entro determinati limiti e a determinate condizioni, non sia escluso l'intervento dei distributori nell'ambito di attività potenzialmente aperte alla concorrenza<sup>17</sup>.

Peraltro, l'esistenza già oggi in capo al distributore di rigorosi obblighi previsti dal regolatore in materia di *unbundling* societario, contabile e soprattutto funzionale rendono questo modello molto vicino al modello dell'operatore di rete puro (ritenuto come preferibile dalla stessa AGCM nel recentissimo parere rilasciato sulla fibra ottica) e sono inoltre idonee ad eliminare alla radice qualsiasi rischio di sussidiazione incrociata fra attività regolata e attività in concorrenza, rischio individuato dall'Autorità in relazione ad altri mercati, come ad esempio quello postale<sup>18</sup>.

Una volta che il mercato avrà raggiunto un adeguato livello di maturità e lo sviluppo di reti sempre più intelligenti (c.d. *smart grids*) avrà permesso di attenuare gli impatti negativi in termini di gestione dalla rete sopra descritti, il ruolo del distributore – in qualità di operatore del servizio di ricarica – potrebbe progressivamente ridursi lasciando spazio alla piena concorrenza tra *mobility provider*, limitandosi ad operare nelle sole aree a fallimento di mercato dove verrebbe compensato, nel rispetto delle condizioni stabilite dalla sentenza *Altmark*, per l'assolvimento degli obblighi di servizio universale.

---

<sup>17</sup> CEER, *The future role of DSOs*, Bruxelles, 16 dicembre 2014: “DSOs may be allowed to perform activities even if there is a potential for competition under certain conditions or regulatory controls, if there is a clear, specific justification. Examples of these conditions are (...) a limited period for involvement in the new activity, or participation only when potential competition in a new market is relatively under-developed and limited participation by the DSO might help “kick start” the development of that market”.

<sup>18</sup> Il modello dell'infrastruttura separata (o dell'operatore di rete puro), sebbene per il momento non sia stato preso in considerazione dall'AEEGSI, è elencato tra i possibili modelli nel *Concept paper* di Euroelectric “Market models for the roll-out of electric vehicle public charging infrastructure” e viene descritto come segue: “EV charging infrastructure is conceived as a new, separate and independent step in the value chain, and therefore a new agent, the “charging infrastructure operator” would be created. This new operator still is a special distributor that is independent of retailing activities, and infrastructure falls under rules concerning unbundling. Retailers have access to all EV charging sockets of all charging infrastructure operators. Charging infrastructure would be financed based on the “user-pays” principle”.

## 6. I possibili profili di rilevanza antitrust

Una volta avviato il mercato, diversi sono i profili di attenzione *antitrust* che potrebbero venire in rilievo.

Innanzitutto, presupposto fondamentale per una corretta valutazione delle diverse dinamiche *antitrust* che potrebbero configurarsi, è costituito dalla definizione del mercato rilevante.

Sebbene a tendere sarà possibile individuare un unico mercato, allo stato attuale, non appare sussistere una relazione di sostituibilità reciproca tra veicoli a combustione e veicoli elettrici. In particolare, giocano un ruolo importante nell'escludere l'individuazione di un unico mercato i vincoli tecnologici, che in parte ancora caratterizzano le auto elettriche soprattutto in termini di *range anxiety*, le consistenti differenze di prezzo (in media +15% per i veicoli elettrici) e gli incentivi monetari (es. esenzione imposta di bollo) e non (es. parcheggi gratuiti, accesso ZTL) previsti per stimolare la domanda verso tecnologie di mobilità sostenibile<sup>19</sup>.

Definiti i mercati rilevanti, un altro profilo senz'altro sensibile da un punto di vista *antitrust* riguarda il c.d. *third party access* (TPA) all'infrastruttura essenziale: l'accesso deve infatti essere garantito a condizioni non discriminatorie sotto il profilo economico e tecnico da parte del gestore della rete, in modo da assicurare una piena concorrenza sui mercati "a valle". Tale profilo, tuttavia, si è particolarmente attenuato, con specifico riferimento al mercato "a valle" della produzione e vendita di veicoli elettrici, in considerazione dei progressi effettuati in tema di "standardizzazione" delle prese mentre, con riferimento al mercato "a valle" della fornitura di energia elettrica, il TPA risulterebbe automaticamente garantito, in particolare ove si optasse per il modello DSO, in considerazione degli obblighi a quest'ultimo imposti dalla regolazione.

---

<sup>19</sup> Sembra, invece, possibile individuare un mercato distinto all'interno delle stesse auto elettriche, in relazione alle auto attrezzate per il *battery swapping*. Il modello dell'auto con batteria a noleggio tuttavia, sebbene presenti alcune potenzialità quali un'importante possibilità di stoccaggio di energia rinnovabile, non si è ancora diffuso in quanto, per essere economicamente sostenibile, dati gli alti costi di investimento, necessita di un flusso di veicoli ancora più elevato rispetto a quello necessario per lo sviluppo della ricarica con presa elettrica.

Trattandosi di un *business* particolarmente articolato è possibile che la collaborazione tra i diversi soggetti potenzialmente coinvolti (distributori di energia elettrica, *retailer* di energia elettrica, produttori di batterie, produttori di auto, titolari di stazioni di rifornimento carburante) possa sfociare in accordi anticompetitivi.

Ad esempio potrebbero configurarsi accordi di cooperazione orizzontale contenenti clausole aventi ad oggetto la ripartizione dei mercati o della clientela o, con maggiore probabilità, accordi verticali tra soggetti operanti su diversi segmenti della filiera contenenti clausole di esclusiva. In particolare, è probabile il proliferare di offerte “chiavi in mano” (ad esempio vettura elettrica + infrastruttura di ricarica + fornitura di energia elettrica) veicolate o attraverso *partnership* tra diversi operatori ciascuno attivo in uno dei mercati tra loro contigui o da un unico operatore attivo in tutti i mercati interessati. Se, nel primo caso, particolare attenzione andrà prestata, come detto, a possibili accordi di licenza e clausole di esclusiva, nel secondo caso possono venire in rilievo, sotto il profilo *antitrust*, pratiche di *leveraging* volte ad estendere la posizione dominante detenuta sul mercato di un determinato prodotto agli altri mercati ad esso contigui.

Ovviamente, essendo il mercato della mobilità elettrica ancora in via di sviluppo, non si rinviene, ad oggi, una rilevante prassi decisionale *antitrust*.

Tuttavia, di particolare interesse è senz'altro un recente caso di *private enforcement*, che si è svolto dinnanzi all'*High Court of Justice of England and Wales* e che ha visto contrapposte *Ecotricity*, società britannica attiva nella produzione e vendita al dettaglio di energia elettrica e *Tesla*, società statunitense *leader* mondiale nella produzione di veicoli elettrici.

Nello specifico *Ecotricity*, per sviluppare la propria rete di infrastrutture di ricarica, aveva stipulato una serie di contratti con società di servizi autostradali contenenti una clausola di esclusiva per un periodo di 10 anni. *Tesla* per poter installare le proprie infrastrutture sulla rete autostradale si era quindi vista costretta a negoziare con *Ecotricity*, avendo quest'ultima contrattualmente vincolato la quasi totalità degli sbocchi sul mercato (ben 119 aree di servizio).

Le condizioni proposte da *Ecotricity* per l'accesso alla propria rete esclusiva, secondo le contestazioni di *Tesla*, risultavano eccessivamente onerose e tali, di fatto, da impedire l'ingresso della stessa *Tesla* sul mercato. Tali condizioni consistevano nell'obbligo in capo a *Tesla* di acquistare l'energia per la ricarica dei veicoli esclusivamente da *Ecotricity* e nel dare adeguata evidenza del *brand* di *Ecotricity* sia presso i punti di ricarica che sulle stesse auto di *Tesla*.

*Tesla*, allora, utilizzando le informazioni di cui era in possesso sulla base dell'accordo di *partnership* inizialmente stipulato con *Ecotricity* e coperto da riservatezza, si era rivolta direttamente alle società autostradali inducendole a disattendere gli accordi di esclusiva assunti con *Ecotricity*.

*Ecotricity* ha reagito proponendo ricorso d'ingiunzione dinnanzi alla Corte e a sua volta *Tesla* ha risposto accusando *Ecotricity* di abusare della propria posizione dominante costruita attraverso una rete di accordi verticali anticompetitivi.

Purtroppo il caso si è recentemente chiuso senza l'adozione di una decisione in quanto nel frattempo è intervenuto un accordo transattivo tra le parti<sup>20</sup>.

## 7. Conclusioni

Alla luce di quanto esposto, appare evidente che un pieno sviluppo della mobilità elettrica sia strettamente correlato alla risoluzione delle problematiche connesse all'individuazione del modello di mercato di

---

<sup>20</sup> Un altro caso di qualche interesse è quello che stato avviato lo scorso anno dal Ministero del commercio Cinese (uno dei tre organismi aventi, in Cina, poteri in materia *antitrust*) su presunte condotte anticompetitive nel settore automobilistico. In particolare, il Ministero ha posto la sua attenzione sull'adozione di alcune misure protezionistiche locali e sussidi illegittimi nel settore delle auto elettriche. Nello specifico, la città di *Shangai* aveva previsto la corresponsione di sussidi solo ai produttori di auto elettriche che rispettavano determinati requisiti (es. la capacità di raggiungere 50 km/h in 6 secondi), integrando, secondo il Ministero, una sorta di "bando fotografia" illegittimo da un punto di vista *antitrust* dal momento che detti requisiti erano soddisfatti esclusivamente da due aziende con sede nella stessa città di *Shangai*.

riferimento e, conseguentemente, alla definizione della linea di confine tra diritto antitrust e regolamentazione di settore.

Occorrerà, pertanto, stabilire, una volta per tutte, se e in che misura l'iniziativa economica privata sia, da sola, in grado di garantire che venga raggiunto quell'equilibrio ottimale di mercato che costituisce condizione essenziale per il corretto espletamento del processo concorrenziale o se, al contrario, sia necessario che, almeno in una prima fase, intervenga una decisione pubblica accentrata.

Nell'operare tale scelta, che necessariamente precede una più dettagliata individuazione dei profili *antitrust* che potranno venire in rilievo con lo sviluppo della mobilità elettrica, sarà fondamentale il contributo di tutti gli attori che, a vario titolo, sono coinvolti nel processo ed in particolare dell'AGCM quale interlocutore privilegiato delle istituzioni chiamate a definire il *framework* normativo e regolatorio di riferimento.





# I PROGRAMMI DI COMPLIANCE E LA GESTIONE DEL RISCHIO ANTITRUST: STATO DELL'ARTE\*

*Sacha D'Ecclesiis*

SOMMARIO: *1. Introduzione. 2. Cosa sono e a cosa servono gli Antitrust Compliance Programmes. 2.1. (Segue) Orientamenti contrapposti sulla loro efficacia. 3. L'approccio tenuto dalle Autorità di Concorrenza europee e d'ol-treoceano. 3.1. (Segue) L'esperienza dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato. 4. L'approccio tenuto dalle imprese: la guida pratica ICC alla Compliance Antitrust. 5. I riflessi sulla responsabilità della capogruppo per illeciti concorrenziali commessi dalla controllata. 6. Considerazioni finali.*

## *1. Introduzione*

Le regole di concorrenza dell'Unione europea (UE) interessano tutti coloro che svolgono un'attività economica nell'UE, in quanto si applicano direttamente a tutte le imprese che vi operano. Le imprese il cui comportamento sul mercato viola le regole dell'Unione europea in materia di concorrenza rischiano pesanti ammende e altre conseguenze negative.

La necessità di rispettare la normativa antitrust ricade giuridicamente in capo alle sole società che operano sul mercato, anche se, tuttavia, questo principio implica una necessaria presa di coscienza dei rischi legati all'attività d'impresa non solo da parte del senior management ma anche dei singoli dipendenti, le cui condotte possono essere sufficienti a fare ricadere in capo alla società la responsabilità per violazione delle regole di concorrenza applicabili. Interessano quindi non solo i dirigenti, che devono operare delle scelte nell'interesse delle loro società, ma anche i dipendenti, che hanno bisogno di orientamenti su come attuare le decisioni adottate. Anche se, ai sensi delle regole di concor-

---

\* Si ringraziano per la collaborazione prestata alla redazione del presente contributo l'Avv. Eugenia Gambarara ed il Dott. Davide Coppola.

renza dell'UE, le singole persone non sono passibili di sanzioni, le relative scelte sbagliate possono comprometterne la carriera e il posto di lavoro e mettere a repentaglio l'esistenza stessa dell'impresa<sup>1</sup>.

Ne deriva il sempre più necessario interesse della singola impresa ad investire adeguate risorse nella creazione di una vera e propria cultura antitrust e quindi nella promozione di un'adeguata comprensione delle norme sulla concorrenza da parte dei propri dipendenti, a tutti i livelli, e la conseguente importanza che la loro conoscenza riveste all'interno del patrimonio culturale dell'azienda nell'ottica di una effettiva prevenzione della commissione di illeciti anticoncorrenziali.

Questo processo di comprensione e conoscenza della normativa antitrust, e soprattutto il suo necessario radicamento nel tessuto societario, attraverso i cosiddetti *Antitrust Compliance Programmes* – dove per *compliance* si intende appunto la conformità alle norme – sta trovando oggi terreno fertile per un sano e costruttivo dibattito a livello comunitario e nazionale sulla efficacia che questi programmi possono avere soprattutto in materia di quantificazione delle sanzioni antitrust.

Se da un lato, come vedremo, sono ancora forti le resistenze della Commissione europea e della Corte di Giustizia a riconoscere nei fatti un'importanza determinante all'esistenza di programmi di *compliance*, d'altro canto in numerose esperienze nazionali è stato recentemente riconosciuto un valore giuridico forte alla loro implementazione. Ultimamente, ad esempio, l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, nella sua Comunicazione sui criteri di quantificazione delle sanzioni pecuniarie, del 22 ottobre 2014 ha valutato di poter considerare come circostanza attenuante l'adozione ed il rispetto da parte dell'impresa di un programma di *compliance* antitrust che sia in linea con le *best practices* europee e nazionali<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> Si veda *Compliance matters: What companies can do better to respect EU competition rules* – pubblicato dalla Commissione Europea (ISBN: 978-92-79-22100-2) e reperibile all'indirizzo [http://bookshop.europa.eu/is-bin/INTERSHOP.enfinity/WFS/EU-Bookshop-Site/en\\_GB/-/EUR/ViewPublication-Start?PublicationKey=KD3211985](http://bookshop.europa.eu/is-bin/INTERSHOP.enfinity/WFS/EU-Bookshop-Site/en_GB/-/EUR/ViewPublication-Start?PublicationKey=KD3211985).

<sup>2</sup> AGCM, *Linee Guida sulla modalità di applicazione dei criteri di quantificazione delle sanzioni amministrative pecuniarie irrogate dall'Autorità*. Provvedimento approvato nella sua versione definitiva il 22 ottobre 2014.

In tale ottica, questo lavoro si pone l'obiettivo di delineare i contrapposti orientamenti sull'efficacia di validi programmi di *compliance* e, una volta tracciata questa linea di demarcazione, individuare da un lato i possibili e differenti approcci adottati dalle singole Autorità anti-trust e dall'altro delimitare il perimetro all'interno del quale le imprese possono validamente muoversi per implementare dei virtuosi *Antitrust Compliance Programmes*. Infine, prima delle conclusioni, si tratterà in maniera provocatoria dei riflessi che l'esistenza di questi programmi può avere sulla responsabilità della capogruppo per gli illeciti antitrust commessi dalla controllata.

## 2. Cosa sono e a cosa servono gli *Antitrust Compliance Programmes*

Il *Compliance Programme* è un programma che definisce in maniera chiara, uniforme e persistente l'approccio che l'azienda intende adottare in merito a determinate tematiche di *compliance* (l'antitrust, nel nostro caso). Esso contiene norme comportamentali e regole di controllo specifiche cui ciascun dirigente, dipendente o altra persona fisica correlata all'azienda deve ispirarsi e deve rispettare ogni qualvolta operi in nome o per conto di essa, con l'obiettivo di garantire comportamenti integri e trasparenti, scongiurando il rischio di commissione di illeciti. Inoltre, il *Compliance Programme* disciplina le regole stesse di gestione del programma, i referenti aziendali responsabili di presidiarne l'effettiva applicazione nonché altri elementi fondanti del programma stesso.

Nella pratica, tuttavia, è necessario comprendere quali siano i passaggi affinché un'impresa possa garantire il rispetto delle regole attraverso un effettivo programma di *compliance*<sup>3</sup>.

Per assicurare l'effettivo rispetto delle regole di concorrenza dell'UE, le imprese devono anticipare i problemi – e non limitarsi a prendere provvedimenti solo nel momento in cui si presentano – elaborando e pubblicando una strategia su misura, adatta alla loro specifica situazione e alle singole necessità.

---

<sup>3</sup> Si veda sopra nota 1.

Gli obiettivi finali di tale strategia sono la creazione di una maggiore consapevolezza sui potenziali conflitti con le normative dell'UE in materia di concorrenza e la diffusione a tutti i livelli dell'impresa – dagli impiegati ai dirigenti, passando per i quadri intermedi – di informazioni adeguate su come evitarli.

Per essere efficaci le strategie di conformità devono partire da un'analisi completa dei settori in cui l'impresa corre maggiormente il rischio di violare le regole di concorrenza. Tali settori dipendono da fattori quali: l'ambito di attività (l'esistenza in passato di infrazioni in un determinato settore indica ad esempio che in tale ambito è necessario muoversi con molta cautela), la frequenza e il livello di interazione dell'impresa con i concorrenti (ad esempio nel quadro di riunioni settoriali o nell'ambito delle associazioni di categoria, ma anche nei rapporti commerciali quotidiani), le caratteristiche del mercato, ovverosia la posizione dell'impresa e dei suoi concorrenti, le barriere all'ingresso, etc.

L'esposizione ai rischi varia notevolmente a seconda della posizione che occupa ciascun membro del personale. I dipendenti particolarmente esposti a causa degli ambiti specifici di competenza (ad esempio i dipendenti che interagiscono frequentemente con i concorrenti nel quadro delle loro mansioni o in seno alle associazioni di categoria) sono informati sui rischi che corrono e sui principi fondamentali cui attenersi.

Per garantire il reale rispetto delle regole è inoltre importante divulgare la strategia di conformità a tutti i livelli dell'impresa. Per fini di chiarezza interna, la strategia è preferibilmente messa per iscritto e formulata in modo semplice in tutte le lingue di lavoro dell'impresa, in modo che tutti possano comprenderla, e confluirà, ad esempio, in un manuale/vademecum da distribuire.

Tali orientamenti interni contengono una descrizione generale delle normative dell'UE poste a tutela della concorrenza e delle loro finalità e illustrano i relativi meccanismi di applicazione, insistendo sui costi potenziali per l'impresa in caso di infrazione, in modo che i dipendenti possano comprendere meglio le ragioni di una strategia di conformità e la sua importanza. Inoltre, sono fornite specifiche istruzioni relative ai particolari settori in cui il rischio è maggiore.

Oltre a scegliere la giusta strategia e a comunicarla a tutto il personale, i dirigenti di livello più elevato devono sostenerla in modo inequivocabile e veicolare il messaggio che il rispetto della legge rappresenta una politica fondamentale dell'impresa. Si tratta di un elemento essenziale se si vuole promuovere una cultura del rispetto delle norme in seno alla società.

Per garantire un impegno duraturo in questo senso e la visibilità dell'obiettivo, viene assegnata ad un dirigente di alto livello dell'impresa la responsabilità della strategia di conformità.

La strategia di conformità, inoltre, necessita di un altro elemento chiave, la presenza di meccanismi chiari di comunicazione. Il personale è non solo consapevole dei potenziali conflitti con la normativa posta a tutela della concorrenza, ma anche conosce le persone da contattare e in quale forma farlo, qualora si manifesti una situazione di conflitto. All'interno dell'impresa, ad esempio, si nomina un responsabile della *compliance*, cui spetta il compito di informare direttamente la direzione in caso di criticità. I canali di comunicazione devono in ogni caso consentire alla direzione di intervenire rapidamente. L'importante è agire tempestivamente, a prescindere dal fatto che le Autorità garanti della concorrenza siano o meno al corrente del problema<sup>4</sup>.

Se un dipendente o un dirigente scopre un'infrazione o ha semplicemente motivi per sospettare che si sia verificata un'infrazione, il programma di *compliance* fornisce istruzioni concrete su come procedere. Un ambiente che incoraggia i dipendenti a segnalare le situazioni delicate può rivelarsi decisivo per garantire l'efficacia della strategia di conformità. Vengono organizzate sessioni di training e formazione mirate che agevolano la conoscenza delle norme comportamentali contenute nel programma e sensibilizzano ulteriormente tutti coloro ai quali si applica.

Il *Compliance Programme* così impostato, rispecchia la cultura e la specificità aziendale e testimonia l'attenzione dell'azienda verso principi etici, di integrità e di conformità alle norme interne ed esterne e, come tale, rappresenta un fattore di differenziazione e valore rispetto ai competitor, portando anche a riscuotere i consensi del crescente numero

---

<sup>4</sup> Idem.

di investitori “socialmente responsabili”, che basano le proprie decisioni di investimento su elementi aggiuntivi rispetto alla bottom line.

Per quanto concerne più nello specifico le dinamiche riguardanti l'adozione di programmi di *compliance* antitrust, diversi possono essere i motivi che spingono un'azienda a decidere di svilupparli:

- da un lato, una procedura di ispezione inaspettata, avviata dall'Autorità antitrust, può indurre un'azienda ad adottare in via d'urgenza uno specifico programma di *compliance* antitrust, in parallelo con il procedimento istruttorio e con il lavoro volto a chiarire eventuali responsabilità;
- dall'altro, il programma di *compliance* può essere sviluppato su impulso del management, il quale – consapevole del fatto che tutti i rischi aziendali rilevanti devono essere individuati e gestiti in modo efficace – sceglie di finanziare una strategia continua e coerente volta a migliorare la capacità di gestione dei rischi;
- in altri casi, l'esigenza di sviluppare un sistema di *compliance* antitrust può essere individuata dalle funzioni aziendali più sensibili al riguardo (legale, audit o finanza) o da neoassunti con una maggiore consapevolezza dell'importanza della *compliance* antitrust. Un nuovo approccio può essere necessario in quei Paesi in cui la normativa antitrust si è evoluta in modi e forme di cui l'azienda deve prendere atto e in base alle quali deve agire<sup>5</sup>;
- infine, l'opportunità di ridurre la possibilità di infrazioni future attraverso la formazione e di scoprire potenziali future infrazioni attraverso la revisione periodica delle attività aziendali.

Le osservazioni fin qui riportate evidenziano lo stato dell'arte dei programmi di *compliance*, della loro applicazione e dei loro tratti fondamentali. Tutte queste prescrizioni, tuttavia, non sembrano essere sufficienti nella pratica a fare sì che gli stessi, impostati secondo le regole di cui sopra, portino ad una *compliance* realmente efficace ed effettiva.

In effetti, l'obiettivo di un programma di *compliance* è quello di ridurre il rischio che una violazione si verifichi. Una prospettiva più am-

---

<sup>5</sup> Si veda *Guida pratica ICC alla Compliance Antitrust: Strumenti di Compliance Antitrust per PMI e imprese di grandi dimensioni* pubblicato dalla Commissione Concorrenza ICC e disponibile all'indirizzo: <http://www.iccwbo.org/Advocacy-Codes-and-Rules/Document-centre/2015/ICC-Antitrust-Compliance-Toolkit-Italian-translation/>.

pia suggerisce che un programma di *compliance* validamente implementato debba avere effetti positivi sull'efficienza e l'efficacia dei processi interni. Difatti, tutti gli sforzi messi in atto da un'impresa per garantire il rispetto delle regole di concorrenza dell'UE sono lodevoli, ma ciò che conta in ultima analisi è che le regole siano effettivamente rispettate.

Quando adottano misure pratiche atte a garantire la conformità alle normative in vigore, le imprese devono ricordare che il loro impegno sarà valutato sulla base dei risultati che hanno ottenuto; in altri termini, esse saranno valutate sulla base della loro capacità di evitare le infrazioni. Una semplice adesione di facciata a un impegno astratto e formale a rispettare le regole non serve<sup>6</sup>.

In definitiva, lo sforzo, ulteriore, richiesto alle aziende sta proprio in questo, ovvero nel passaggio dalla cosiddetta *cosmetic compliance* e quindi simbolica, formale e pedissequa applicazione del modello, ad una *compliance* efficace ed effettiva.

### 2.1. (Segue) *Orientamenti contrapposti sulla loro efficacia*

Il tema dell'utilizzo di validi programmi di *compliance* antitrust da parte delle imprese risulta essere, soprattutto negli ultimi anni, particolarmente ricorrente, e, in particolare, propone diversi spunti di riflessione sotto molteplici aspetti e prospettive. Uno tra questi è sicuramente quello che ruota attorno alla possibilità di garantire l'immunità o la riduzione di eventuali ammende inflitte alle imprese che si siano dotate di *Antitrust Compliance Programmes*. Questa, insieme ad altre riflessioni in materia, animano il dibattito nel panorama giuridico del diritto della concorrenza.

La scelta della Commissione europea, corroborata peraltro dalla pressoché unanime giurisprudenza della Corte di Giustizia, risulta ben chiara ed evidente dalla brochure *Compliance matters: What companies can do better to respect EU competition rules*, già richiamata in nota in precedenza, in cui si legge espressamente che:

---

<sup>6</sup> A. RILEY, M. BLOOM, *Antitrust Compliance Programmes – Can companies and Antitrust Agencies do more?*, *Comp Law* [2011], pg. 24.

La Commissione approva e sostiene tutti gli sforzi di conformità compiuti dalle imprese, che possono contribuire a promuovere in tutti i settori dell'economia europea un'autentica cultura della concorrenza [...]. Nel calcolo dell'importo delle ammende, si tiene sempre in debita considerazione la situazione specifica delle imprese, ma la semplice esistenza di un programma di conformità non viene considerata una circostanza attenuante. Né l'adozione di un programma di conformità viene considerata un argomento valido per giustificare una riduzione dell'ammenda inflitta al termine dell'indagine<sup>7</sup>.

La Commissione europea, infatti, non ha mai concesso una riduzione dell'ammenda, a fronte dell'esistenza di un programma di conformità al momento della violazione. Gli unici casi in cui la Commissione ha concesso una riduzione dell'ammenda, si fanno risalire ad alcune decisioni, adottate tra il 1982 e il 1992, e si trattava comunque di ipotesi in cui le società interessate avevano istituito un programma di conformità dopo l'inizio delle indagini da parte Commissione. Da quel momento, la Commissione non ha mai più concesso alcuna riduzione in presenza di *Antitrust Compliance Programmes*<sup>8</sup>.

I tribunali dell'UE hanno costantemente sostenuto questa politica, sottolineando che l'attuazione di un programma di conformità “non altera la realtà dell'infrazione e non obbliga la Commissione a concedere una riduzione dell'importo dell'ammenda”<sup>9</sup>.

Questa politica è stata oggetto di numerose critiche, nonostante sia, ancora oggi, la visione fermamente consolidata da parte della Commissione europea. In questa ottica risulta particolarmente interessante il dibattito avvenuto per il tramite di *paper* pubblicati sul *Journal of Antitrust Enforcement*, tra W.P.J. Wils, e D. Geradin, i cui articoli si intito-

---

<sup>7</sup> Si veda *Compliance matters: What companies can do better to respect EU competition rules* – pubblicato dalla Commissione Europea (ISBN: 978-92-79-22100-2) e reperibile all'indirizzo [http://bookshop.europa.eu/is-bin/INTERSHOP.enfinity/WFS/EU-Bookshop-Site/en\\_GB/-/EUR/ViewPublication-Start?PublicationKey=KD3211985](http://bookshop.europa.eu/is-bin/INTERSHOP.enfinity/WFS/EU-Bookshop-Site/en_GB/-/EUR/ViewPublication-Start?PublicationKey=KD3211985), pg. 19.

<sup>8</sup> Si veda a tal proposito quanto riportato nell'articolo di W.P.J. WILS, *Antitrust Compliance Programs and Optimal Antitrust Enforcement*, *Journal of Antitrust Enforcement*, Vol. 1, No. 1, April 2013.

<sup>9</sup> Decisione del Tribunale dell'UE del 6 marzo 2012, caso T-53/06, *UPM-Kymmene contro Commissione Europea*, paragrafi 123-124.



lano rispettivamente *Antitrust Compliance Programs and Optimal Antitrust Enforcement*<sup>10</sup> e *Antitrust Compliance Programs and Optimal Antitrust Enforcement: A Reply to Wouter Wils*<sup>11</sup>. Secondo Wils, l'esistenza di un programma di *compliance* non dovrebbe essere in grado di garantire l'immunità o la riduzione di eventuali ammende inflitte, dal momento che sarebbe ingiusto e metterebbe a repentaglio gli importanti incentivi creati dai programmi di clemenza delle Autorità garanti della concorrenza. Questo punto di vista è fermamente contestato dal Prof. Geradin, che afferma che i *Compliance Programmes* andrebbero tenuti in debita considerazione in fase di valutazione della sanzione da comminare ad un'impresa che abbia violato la normativa antitrust. Difatti, secondo quest'ultimo non è di poco conto il fatto che l'esistenza di un programma di conformità adeguatamente adottato (situazione che l'impresa in questione deve poter dimostrare), infatti, venga considerata circostanza attenuante da molte Autorità nazionali di concorrenza (si veda *infra* sul tema).

Più nel dettaglio, W. Wils fonda la sua teoria sullo studio dei possibili effetti positivi e negativi derivanti dall'adozione di *Antitrust Compliance Programmes*, rimarcando come nella pratica non vi sia alcuna evidenza empirica che gli effetti positivi prevalgano su quelli negativi. In particolare l'autore ritiene che i programmi di *compliance* abbiano sicuramente i seguenti effetti positivi:

- possono portare alla conoscibilità dell'infrazione da parte delle Autorità di concorrenza, permettendo a queste ultime di perseguire e punire coloro che abbiano commesso l'illecito e soprattutto di garantire la tutela a coloro che abbiano patito gli effetti dell'illecito;
- possono fare terminare l'infrazione in corso prima rispetto al caso in cui il programma di *compliance* non fosse stato adottato;

---

<sup>10</sup> W.P.J. WILS, *Antitrust Compliance Programs and Optimal Antitrust Enforcement*, *Journal of Antitrust Enforcement*, Vol. 1, n. 1, aprile 2013. W.P.J. Wils è Hearing Officer alla Commissione europea e Visiting Professor al King's College di Londra.

<sup>11</sup> D. GERADIN, *Antitrust Compliance Programs and Optimal Antitrust Enforcement: A Reply to Wouter Wils*, *Journal of Antitrust Enforcement*, 2013 (Forthcoming). Prof. D. Geradin è Managing Director della boutique EDGE – Legal Thinking, e Professore alla Tillburg University e alla George Mason University School of Law.

- possono (direttamente o indirettamente) prevenire l'infrazione antitrust, che sarebbe avvenuta qualora il programma di *compliance* non fosse stato implementato.

D'altro canto, però, W. Wils, espone anche quelli che sono da considerarsi effetti negativi derivanti dall'adozione di *Antitrust Compliance Programmes*, quali:

- gli effetti perversi di apprendimento che si ingenerano in un soggetto propenso a commettere illeciti che, attraverso i training e la documentazione del programma di *compliance*, arricchisca le sue conoscenze sul problema e di conseguenza su come poterlo aggirare (ad esempio, avendo appreso come evitare il rilevamento della pratica scorretta e quindi la sua punibilità);
- gli effetti derivanti dal rilevamento di un'infrazione grazie al programma di *compliance*, che portano la società a distruggere periodicamente le prove dell'illecito invece di renderlo noto alle competenti Autorità antitrust.

Nello studio dei rapporti tra effetti positivi ed effetti negativi, Wils ritiene che comunque non esista un'evidenza empirica secondo la quale i primi prevalgano sui secondi. Egli infatti assume che l'unico modo sarebbe quello di analizzare i casi trattati dalle Autorità di concorrenza. Tuttavia, logicamente, i casi in cui gli effetti positivi prevalgono su quelli negativi, e quindi quei casi in cui l'illecito antitrust non sia stato commesso grazie alla presenza di programmi di *compliance*, non saranno analizzabili perché non verranno mai portati all'attenzione delle Autorità antitrust. Quindi, nella pratica, sarà impossibile sapere quante volte i programmi di *compliance* abbiano effettivamente evitato la commissione di un'infrazione. Vi sono invece moltissimi casi in cui, nonostante l'adozione di programmi di *compliance* antitrust, gli illeciti sono comunque stati commessi in maniera fraudolenta. Questa valutazione non farebbe altro che confermare quanto sopra esposto e quindi come non vi sia una evidenza empirica tale da giustificare che gli effetti positivi derivanti dall'adozione di validi programmi di *compliance* antitrust possano prevalere su quelli negativi.

Infine, a corroborare la sua tesi, l'autore, utilizzando 4 differenti modelli societari, portati ad esempio di come possano cambiare le dinamiche aziendali con riguardo all'applicazione o meno di *Antitrust*

*Compliance Programmes*, afferma che l'adozione di questi programmi non sia da sola una condizione sufficiente a che si realizzi la reale *compliance*, ovvero la totale assenza di infrazione. Difatti, la reale *compliance* dipende da una complessa interazione di diversi fattori, tra i quali, oltre l'adozione di programmi di *compliance*, gli incentivi fissati per il management, i comportamenti esemplari tenuti da personalità chiave della società ed infine la cultura aziendale<sup>12</sup>.

In definitiva, Wils, giungendo alla conclusione che la reale *compliance* non sia raggiungibile attraverso il mero utilizzo/implementazione di soli programmi di *compliance* antitrust, non fa altro che ribadire quanto già sopra evidenziato e chiaramente espresso dalla Commissione europea, ovvero che l'adozione di *Antitrust Compliance Programmes* non possa in alcun caso determinare l'immunità o la riduzione della sanzione.

Non si è fatta comunque attendere la risposta a quanto scritto dal funzionario europeo, da parte di D. Geradin il quale ha ripreso integralmente la struttura dell'articolo pubblicato da Wils, ribattendo punto per punto alle questioni sollevate dal primo. In questa sede, per brevità, si analizzeranno soltanto alcuni degli argomenti più forti addotti da Geradin.

Il documento scritto da W. Wils solleva, a parere di Geradin, molte questioni interessanti e contiene una serie di indicazioni utili per quanto riguarda l'impatto dei programmi di conformità sul rispetto della normativa antitrust. Pur concordando con lui su alcuni aspetti, non è d'accordo con la sua visione che l'adozione di un programma di *compliance* robusto prima della commissione di una violazione delle norme antitrust non dovrebbe mai essere ricompensato dalle Autorità garanti della concorrenza.

In primo luogo, egli non è a favore di tali regole assolute dal momento che i fatti che caratterizzano ogni singolo caso sono diversi e, considerando la gravità delle ammende inflitte dalla Commissione, è

---

<sup>12</sup> C. PARKER, S. GILAD, *Internal corporate compliance management systems: structure, culture and agency*, in C. PARKER, V. LEHMANN NIELSEN, *Explaining compliance: Business Responses to Regulation* (Edward Elgar, 2011) 170, in W.P.J. WILS, *Antitrust Compliance Programs and Optimal Antitrust Enforcement*, *Journal of Antitrust Enforcement*, Vol. 1, n. 1, aprile 2013.

giusto distinguere tra le aziende che non hanno investito in *compliance* e quelle che lo hanno fatto, ma i cui sforzi non hanno dato i frutti sperati (è impossibile eliminare tutti i rischi di violazioni).

In secondo luogo, ritiene che Wils enfatizzi i potenziali effetti negativi dei programmi di *compliance* ignorando alcuni dei vantaggi ad essi legati. Ad esempio, dal momento che le violazioni delle norme antitrust sono raramente menzionate dalla stampa, i *Compliance Programmes* hanno un ruolo educativo importante. È fondamentale ricordare ai dipendenti che i cartelli non sono comportamenti normali, ma del tutto inaccettabili ed espongono l'impresa a rischi evidenti da un punto di vista sanzionatorio.

In terzo luogo, Geradin sottolinea come le Autorità antitrust potrebbero, senza impiegare troppe risorse, distinguere facilmente tra i programmi di *compliance* robusti e quelli fittizi. In effetti, la Commissione raccoglie in genere una grande quantità di informazioni sulle società che decide di perseguire, comprese le informazioni sulla cultura e valori delle aziende, gli sforzi di conformità profusi e le circostanze che hanno portato ad una violazione. Stante questo contesto, la Commissione potrebbe anche adottare delle linee guida sulle caratteristiche necessarie che i programmi di *compliance* dovrebbero contenere per essere presi in considerazione quando una multa è imposta, nonché in sede di dimostrazione probatoria che tali elementi siano presenti.

Infine, Geradin esprime la sua visione favorevole verso la scelta delle Autorità garanti di “premiare” l'adozione di validi e robusti programmi di *compliance* prima della commissione di un illecito, piuttosto che quelli adottati dopo un'infrazione.

### *3. L'approccio tenuto dalle Autorità di Concorrenza europee e d'oltreoceano*

Quanto esposto nel precedente paragrafo 2.1, ovvero il dibattito, a tratti anche abbastanza acceso, tra pratici e teorici del diritto della concorrenza sulla opportunità o meno di garantire l'immunità o una riduzione della sanzione a quelle imprese che abbiano proficuamente investito in *compliance*, non è altro che la trasposizione di quanto nella real-

tà dei fatti avviene tra le varie Autorità di concorrenza orientate alcune a garantire delle forme di tutela derivanti dall'adozione di *Antitrust Compliance Programmes* ed altre invece totalmente indifferenti a questa possibilità.

Come abbiamo già in precedenza evidenziato, la Commissione europea non ha mai ridotto l'ammenda come conseguenza dell'esistenza di un programma di *compliance*. Solo negli anni '80 la Commissione ha talora ridotto l'ammenda per adozione di un programma di *compliance* dopo l'apertura del procedimento.

Stessa politica è stata adottata negli Stati Uniti, dal *Department of Justice, Antitrust Division* secondo cui, la mera esistenza di un programma di *compliance* non è sufficiente ad evitare un'indagine antitrust o a ridurre la sua sanzione in caso di un procedimento da parte del Dipartimento di Giustizia. La ragione di ciò, secondo la Divisione Antitrust, sta nel fatto che se un programma di conformità ha fallito nel prevenire o fermare la condotta illecita ad uno stadio preliminare, allora l'azienda in questione non merita credito per il programma che ha adottato.

È bene comunque evidenziare come, in realtà, non vi sia alcuna Autorità di concorrenza che, ad oggi, garantisca l'immunità dalle sanzioni alle società che abbiano adottato un programma di *compliance* antitrust.

Vi sono invece alcune Autorità antitrust nazionali, soprattutto all'interno dell'Unione europea, che, seppur con modalità ed in momenti differenti, tengono in considerazione l'esistenza o l'introduzione di programmi di *compliance* ai fini del calcolo della sanzione. Particolarmente interessanti risultano essere le esperienze delle Autorità inglese e francese, ma soprattutto quella recente della Autorità italiana, che analizzeremo meglio nel prossimo paragrafo.

Per quanto riguarda l'Autorità inglese, la *Competition and Markets Authority (CMA)*<sup>13</sup>, è bene sottolineare che essa concede una riduzione dell'ammenda fino al 10% nel caso in cui le imprese interessate adottino, prima o dopo la scoperta dell'infrazione, dei programmi di *compliance* conformi alle linee guida. In particolare queste prevedono che

---

<sup>13</sup> La Competition and Markets Authority (CMA) dal 1° aprile 2014 ha assunto le funzioni che prima erano di competenza dell'Office of Fair Trading (OFT) e della Competition Commission (CC).

the amount of a financial penalty imposed for a competition law infringement may be reduced where adequate steps have been taken with a view to ensuring compliance [...] This can apply where these steps pre-date the infringement or where they were implemented quickly following the business first becoming aware of the potential competition infringement [...] Where the OFT considers that adequate steps have been taken and that a discount from the financial penalty is justified, the OFT will consider reducing the amount of the financial penalty by up to 10 per cent<sup>14</sup>.

Con riferimento invece all'esperienza francese, l'*Autorité de la Concurrence* ritiene che la mera esistenza di programmi di *compliance* quando sia stato commesso un illecito, non deve essere tenuta in considerazione nel calcolo della sanzione. Tuttavia, questi saranno considerati utili solo ai fini della leniency. Nei casi in cui la leniency non sia utilizzabile, e l'impresa incriminata riesca a dimostrare di aver posto fine all'illecito prima dell'inizio delle ispezioni o dell'apertura del procedimento, l'*Autorité* può considerare l'applicazione dell'attenuante nel calcolo della sanzione<sup>15</sup>. Inoltre, l'Autorità francese concede una ridu-

---

<sup>14</sup> Si vedano paragrafi 7.2 e 7.4 delle Linee Guida dell'OFT, *How your business can achieve compliance with competition law*, giugno 2011, reperibili al link: [https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment\\_data/file/284402/of1341.pdf](https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/284402/of1341.pdf)

<sup>15</sup> *Autorité de la Concurrence, Framework-Document of 10 February 2012 on Anti-trust Compliance Programmes*, disponibile al seguente sito internet: [http://www.autoritedelaconcurrence.fr/doc/framework\\_document\\_compliance\\_10february2012.pdf](http://www.autoritedelaconcurrence.fr/doc/framework_document_compliance_10february2012.pdf), § 24, 27 e 28: “[...] when an infringement has indeed been committed, the Autorité considers that it is not appropriate to take the mere existence of a compliance programme into account when determining the company or organisation’s financial penalty [...] 27. In the event that companies or organisations that have set such a compliance programme discover, thanks to this programme, the existence of a cartel between competitors, the Autorité considers that it is their responsibility, not only to cease their participation in this misconduct, but also to submit an application for leniency [...] 28. In the event that a company that has implemented a compliance programme fitting the good practices laid out above comes to discover on its own a misconduct that is not eligible to the leniency programme, before any inspection or investigation is conducted by a competition authority, the Autorité considers it is the undertaking’s responsibility to cease and redress this misconduct immediately (e.g. by amending a strategy or contracts that could be considered an abuse of dominance or a anticompetitive vertical agreement). If the undertaking can prove, based on objective and verifiable evidence, that it has ceased and redressed the practice on its own volition before any inspection or inves-

zione fino al 10% per le imprese che, durante la procedura di *settlement*, non hanno un *Antitrust Compliance Programme* al momento del rilascio della comunicazione degli addebiti, ma che si impegnano ad introdurlo, o qualora lo avessero a migliorarlo<sup>16</sup>.

### 3.1. (Segue) *L'esperienza dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*

L'adozione da parte delle imprese di programmi di *compliance* in materia antitrust è divenuta un tema di attualità anche in Italia. Infatti, proprio di recente, il 22 ottobre 2014, l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (AGCM), nella sua comunicazione sui criteri di quantificazione delle sanzioni pecuniarie, ha valutato di poter considerare come circostanza attenuante l'adozione e il rispetto da parte dell'impresa di un programma di *compliance* antitrust che sia in linea con le *best practices* europee e nazionali<sup>17</sup>.

In un generale contesto di sfiducia nei confronti degli *Antitrust Compliance Programmes*, la scelta dell'AGCM di garantire una ridu-

---

tigation is conducted by a competition authority, such a circumstance may considered a mitigating circumstance in the event that the Autorité comes to handle the case and impose a penalty”.

<sup>16</sup> Idem, paragrafi 29, 30 e 31: “[...] If an organisation or company that does not have a compliance programme in place is issued with a statement of objections [...] it may commit to change its future behaviour, in particular by setting up a compliance programme [...] 30. If, before the statement of objections was issued, the organisation or company involved had already set up a compliance programme, but that did not meet the best practices mentioned above, if it offers to improve this programme to the extent necessary to meet them, and if the Rapporteur General deems it relevant to recommend that the Autorité take such a commitment into account within the framework of the settlement procedure, the Autorité will consider that the commitment is relevant, credible and verifiable, subject to the same reservation. [...] 31. If the Autorité accepts a commitment to set up a compliance programme that meets the best practices set forth in the present framework-document or to improve an existing programme to the extent necessary to that effect, the Autorité will reduce the financial penalty of the concerned company or organisation by up to 10%. To this reduction may be added other discounts available in the framework of the settlement procedure, for a total of up to 25 %, as mentioned by the Autorité’s procedural notice on that matter”.

<sup>17</sup> Si veda sopra, nota 3.

zione della sanzione attraverso l'adozione ed il rispetto di uno specifico programma di *compliance*, sembra essere di grande coraggio.

In effetti, l'AGCM ha adottato le linee guida per la quantificazione delle sanzioni pecuniarie irrogate per le violazioni delle norme, nazionali o europee, a tutela della concorrenza, prevedendo tra le attenuanti la possibilità di una riduzione fino al 15% dell'importo base della sanzione per le imprese che abbiano adottato e rispettato uno specifico programma di antitrust *compliance*, adeguato ed in linea con le *best practices* europee e nazionali. La stessa AGCM, inoltre, subordina la concessione dell'attenuante soltanto ai casi in cui siano soddisfatti due requisiti: i) che il programma di *compliance* adottato sia in linea con le *best practices* europee e nazionali, e ii) che si dimostri un effettivo e concreto impegno al rispetto di quanto previsto nello stesso programma<sup>18</sup>.

La dimostrazione di un effettivo e concreto impegno al rispetto di quanto previsto nello stesso programma si realizza, ai sensi del paragrafo 23 delle Linee Guida, attraverso, ad esempio, un pieno coinvolgimento del management, l'identificazione del personale responsabile del programma, l'identificazione e valutazione dei rischi sulla base del settore di attività e del contesto operativo, l'organizzazione di attività di training adeguate alle dimensioni economiche dell'impresa, la previsione di incentivi per il rispetto del programma nonché di disincentivi per il mancato rispetto dello stesso, l'implementazione di sistemi di monitoraggio e auditing.

L'AGCM, nel redigere le proprie Linee Guida con riferimento all'attenuante per l'esistenza di programmi di *compliance*, ha subito l'influenza della ben più radicata esperienza canadese che ormai già da un paio di anni ha sviluppato una sensibilità verso gli *Antitrust Compliance Programmes* particolarmente spiccata. Difatti, soprattutto per quanto riguarda i requisiti elencati per la dimostrazione di un effettivo e

---

<sup>18</sup> AGCM, *Linee Guida sulla modalità di applicazione dei criteri di quantificazione delle sanzioni amministrative pecuniarie irrogate dall'Autorità*, § 23.



concreto rispetto del programma di *compliance*, il documento italiano riprende le principali scelte operate dal *Competition Bureau canadese*<sup>19</sup>.

#### 4. *L'approccio tenuto dalle imprese: la guida pratica ICC alla Compliance Antitrust*

Abbiamo fin qui trattato l'approccio scelto da alcune Autorità di concorrenza sul tema dei programmi di *compliance* antitrust e sull'impatto che questi possono avere sulla politica sanzionatoria delle stesse Autorità. Risulta però interessante ed al contempo importante analizzare l'altra faccia della medaglia, ovvero il modo in cui le aziende possono organizzare al meglio i propri programmi di *compliance* e quale sia l'approccio da tenere nell'adottarli.

La sfida fondamentale per le aziende sia in materia di antitrust, ma anche di altri settori (es. corruzione, etc.) è innanzitutto quella di riuscire a far sì che la *compliance* diventi parte integrante della cultura e della politica aziendale. Senza dubbio l'attuazione e il radicamento di tale cambiamento nella vita e nelle operazioni di tutti i giorni di una società grande e complessa creano alcune sfide, e sicuramente non è priva di problematiche intrinseche. In più, le Autorità antitrust, per come abbiamo visto nei paragrafi precedenti, non sono particolarmente favorevoli, salvo alcuni casi virtuosi, a promuovere l'adozione di validi programmi di *compliance* né tantomeno a promulgare linee guida per sostenere, e magari anche coadiuvare, le imprese nei loro sforzi di conformità.

Si tratta di un settore che ha bisogno di un cambiamento, o ancor di più, di una "spinta". Tuttavia, senza una guida chiara e senza il sostegno da parte delle Autorità antitrust, è più difficile per le aziende creare programmi di *compliance* robusti e credibili.

In questo contesto, mentre alcune Autorità hanno assunto un ruolo guida nel promuovere la *compliance* fornendo indicazioni sugli elementi che potrebbero costituire un *Antitrust Compliance Programme* credi-

---

<sup>19</sup> Competition Bureau Canada, *Corporate Compliance Programs*, 2015, disponibile al sito internet: [http://www.competitionbureau.gc.ca/eic/site/cb-bc.nsf/vwapj/cb-bulletin-corp-compliance-e.pdf/\\$FILE/cb-bulletin-corp-compliance-e.pdf](http://www.competitionbureau.gc.ca/eic/site/cb-bc.nsf/vwapj/cb-bulletin-corp-compliance-e.pdf/$FILE/cb-bulletin-corp-compliance-e.pdf).

bile (in particolare il Competition Bureau canadese e la CMA inglese), altre invece (la Divisione Antitrust del Dipartimento di Giustizia degli Stati Uniti e la Commissione UE) non hanno manifestato la stessa sensibilità verso questo tema. In assenza di norme internazionali in materia di programmi di *compliance* antitrust, il settore delle imprese ha preso l'iniziativa di fornire alcune indicazioni su come creare dei validi programmi di *compliance*<sup>20</sup>.

In particolare, la Camera di Commercio Internazionale (ICC) – l'organizzazione di business globale che rappresenta le imprese grandi e piccole in più di 80 diversi paesi – ha assunto un ruolo di primo piano nel contribuire a plasmare il pensiero su quali possano essere i passi da compiere verso la creazione di un modello di programma di *compliance* antitrust efficace e affidabile. Spinto da suggerimenti da parte della DG Concorrenza, l'OFT britannico (ora CMA) e le altre Autorità antitrust, la Task Force dell'ICC costituita per trattare temi di Antitrust *Compliance & Advocacy* ha pubblicato una *Guida pratica ICC alla Compliance Antitrust per le imprese*<sup>21</sup>.

Questa Guida è stata pensata e disegnata da imprese per le stesse aziende, con l'obiettivo di fornire strumenti pratici in materia di antitrust per le PMI e per le imprese più grandi che desiderano costruire (o rafforzare) un programma di *compliance* che possa definirsi robusto. Essa si propone di integrare materiali provenienti da Autorità antitrust e da altre fonti, concentrandosi su misure concrete che le società possono prendere internamente per implementare una cultura di conformità soddisfacente ed in grado di garantire, per quanto possibile, certezza giuridica.

La Guida è organizzata in 11 capitoli che coprono i seguenti temi:

1. La *compliance* come parte integrante della cultura e della politica aziendale
  - a. Riconoscere che l'azienda affronta rischi antitrust legati alla propria attività ed ai propri obiettivi;

---

<sup>20</sup> A. RILEY, D.D. SOKOL, *Rethinking Compliance*, *Journal of Antitrust Enforcement*, 25 agosto 2014, pag. 28 e ss.

<sup>21</sup> Si veda sopra, nota 5.

- b. Valutare in che modo l'azienda può fissare principi antitrust rispettati da tutti i dipendenti nello svolgimento delle attività di competenza;
  - c. Far sì che il management dimostri concretamente il proprio sostegno allo svolgimento delle attività d'impresa secondo canoni etici.
2. Organizzazione e risorse per la *compliance*
- a. Nominare una risorsa senior che abbia le competenze idonee a sovrintendere all'implementazione del programma di *compliance* antitrust;
  - b. Assicurare che la persona prescelta sia nelle condizioni di rispondere al top-management aziendale;
  - c. Decidere le modalità di coinvolgimento di esperti della materia per sviluppare politiche e/o orientamenti interni in materia di antitrust.
3. Identificazione e valutazione del rischio
- a. Decidere come identificare rischi e tendenze in materia antitrust, preferibilmente nel quadro del generale processo di gestione del rischio;
  - b. Valutare quali siano i controlli necessari per gestire, minimizzare o eliminare i rischi identificati;
  - c. Condividere con il senior management approfondimenti sulle misure idonee a garantire l'effettività della *compliance* e il miglioramento del programma di *compliance*.
4. Know-how in materia di *compliance* antitrust
- a. Adattare il know-how antitrust al profilo di rischio antitrust ed alle specifiche esigenze aziendali;
  - b. Decidere quale sia il miglior modo per offrire formazione interattiva e i relativi aggiornamenti.
5. Sistemi di gestione delle problematiche antitrust
- a. Gestire le questioni operative all'interno dell'azienda al fine di incoraggiare la segnalazione confidenziale;
  - b. Introdurre linee dirette ("helpline" o "hotline") opportunamente gestite per la raccolta delle segnalazioni in tema di *compliance*;
  - c. Assicurare che chi invia segnalazioni non subisca ritorsioni.

6. Gestione delle indagini interne
  - a. Adozione di procedure per lo svolgimento delle indagini interne (uso di legali interni/avvocati esterni, Commissioni di audit o speciali);
  - b. Definizione di “procedure di indagine” per stabilire come debbano essere svolte le inchieste interne;
  - c. Valutazione delle opzioni sotto il profilo legale in tema di raccolta della documentazione e delle prove e di trattazione delle risultanze delle indagini.
7. Azioni disciplinari
  - a. Introdurre una policy interna in tema di misure disciplinari/gestione delle conseguenze derivanti da violazioni del Codice di Condotta;
  - b. Stabilire quali aggravanti e/o attenuanti l'azienda debba valutare per adottare una corretta azione disciplinare;
  - c. Valutare le modalità di applicazione dell'azione disciplinare (quando, in che modo e chi vi prenderà parte).
8. Due diligence antitrust
  - a. Svolgere attività di due diligence nella fase di assunzione di nuovi dipendenti;
  - b. Valutare nel merito la conformità alla normativa antitrust attraverso approfondimenti specifici sulle attività dell'azienda;
  - c. Svolgere attività di due diligence nell'ambito delle operazioni di M&A.
9. Certificazioni di *compliance* antitrust
  - a. Stabilire un procedimento interno per la certificazione di singoli dipendenti, affinché comprendano e rispettino i requisiti di *compliance*;
  - b. Valutare pro e contro delle dichiarazioni generali, retroattive o previsionali in materia di *compliance*;
  - c. Affidarsi a certificazioni esterne, provenienti anche da soggetti terzi o (se possibile) da Autorità competenti.
10. Incentivi per l'adozione della *compliance*
  - a. Decidere se la società abbia la necessità di usare incentivi per l'adozione dei programmi di *compliance* per rafforzare l'impe-

gno profuso dal personale e dalla società ai fini dell'assimilazione della cultura della *compliance*;

- b. Decidere se e a quali forme di ricompensa la società possa ricorrere per premiare l'impegno del personale in materia di *compliance*;
- c. Considerare come il sistema di bonus della società (con riferimento ai risultati e alla performance finanziaria) possa indebolire la *compliance* effettiva o il messaggio che ne deriva.

11. Monitoraggio e miglioramento continuo

- a. Decidere come monitorare l'efficacia dei controlli (es. tramite analisi periodiche approfondite);
- b. Introdurre un piano di miglioramento del programma di *compliance*, se necessario (es. caso in cui venga avviata un'istruttoria o cambia profilo di rischio aziendale).

Per brevità, non si analizzerà ogni singolo capitolo della Guida, ma sembra opportuno rimarcare come questa sia soltanto una proposta, una lista di opzioni utile per futuri sviluppi. In effetti, non vi è alcuna ragione per cui le Autorità antitrust non possano sviluppare il lavoro svolto dall'ICC e produrre la propria guida contenente gli elementi fondamentali sui quali costruire un robusto programma di *compliance* antitrust.

*5. I riflessi sulla responsabilità della capogruppo per illeciti concorrenziali commessi dalla controllata*

Dopo aver analizzato fin qui la “teoria” sottostante all'adozione di *Antitrust Compliance Programmes*, risulta particolarmente interessante calare le sopradescritte dinamiche in un contesto “pratico” relativo ad esempio all'acceso dibattito sulla responsabilità della società capogruppo per gli illeciti antitrust commessi dalla società da essa controllata.

Questo tema, infatti, è tornato prepotentemente in auge di recente, soprattutto a seguito della decisione del 2 aprile 2014 della Commissione europea di sanzionare 11 produttori di cavi elettrici sottomarini e sotterranei che si ripartivano tra di loro clienti e quote di mercato su

scala mondiale<sup>22</sup>. La decisione segna un punto importante nel dibattito sull'opportunità o meno che le società capogruppo possano essere ritenute responsabili, e quindi sanzionate solidalmente, per illeciti commessi dalla controllata, soprattutto dal momento che, nel caso di specie, viene per la prima volta in assoluto attestata la responsabilità di un Fondo di Investimento (Goldman Sachs), con l'attribuzione di una sanzione di 37 milioni di euro in quanto controllante, durante il periodo della commissione dell'infrazione, della società Prysmian, una delle presunte partecipanti al cartello.

La straordinarietà di questa decisione sta proprio nel fatto che generalmente la Commissione europea ha sanzionato, in quanto ritenute responsabili, società industriali per gli illeciti commessi dalle proprie controllate, mentre questa volta la Commissione ha imposto una sanzione ad un fondo di private equity.

Pare pertanto opportuno, al fine di dare un inquadramento generale del problema, ripercorre brevemente le regole ed i criteri fissati dalla giurisprudenza UE sulla responsabilità della capogruppo.

Va innanzitutto ricordato che il diritto europeo della concorrenza riguarda le attività delle imprese e che la nozione di impresa abbraccia qualsiasi soggetto che eserciti un'attività economica, a prescindere dallo status giuridico di tale soggetto e dalle sue modalità di finanziamento. In tale contesto, va precisato che la nozione di impresa deve essere intesa nel senso che essa si riferisce a un'unità economica, anche qualora, sotto il profilo giuridico, tale unità economica sia costituita da più persone, fisiche o giuridiche<sup>23</sup>. Qualora una unità economica siffatta violi le regole della concorrenza, essa è tenuta, secondo il principio della responsabilità personale, a rispondere di tale infrazione.

---

<sup>22</sup> Al momento è soltanto disponibile la sintesi della decisione della Commissione del 2 aprile 2014 relativa a un procedimento a norma dell'articolo 101 del trattato sul funzionamento dell'Unione europea e dell'articolo 53 dell'accordo SEE, Caso AT. 39610 – *Cavi elettrici*, al sito internet: [http://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/HTML/?uri=CELEX:52014XC0917\(01\)&from=EN](http://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/HTML/?uri=CELEX:52014XC0917(01)&from=EN).

<sup>23</sup> Si vedano, tra le altre, sentenze *Akzo Nobel e a./Commissione* del 20 settembre 2009, C-97/08, punto 55, e *General Química e a./Commissione* del 20 gennaio 2011, C-90/09, punto 53.

Inoltre, secondo costante giurisprudenza, il comportamento di una controllata può essere imputato alla società controllante in particolare qualora, pur avendo personalità giuridica distinta, detta controllata non determini in modo autonomo la sua linea di condotta sul mercato, ma si attenga, in sostanza, alle istruzioni che le vengono impartite dalla società controllante, in considerazione, in particolare, dei vincoli economici, organizzativi e giuridici che intercorrono tra le due entità giuridiche<sup>24</sup>.

In tali circostanze, la società controllante e la propria controllata si ritiene costituiscano una stessa unità economica e, pertanto, formano una sola impresa, ai sensi della giurisprudenza UE. Il fatto che una società controllante e la propria controllata costituiscano una sola impresa ai sensi dell'articolo 101 TFUE consente alla Commissione di emanare una decisione che infligge ammende nei confronti della società controllante, senza necessità di dimostrare l'implicazione personale di quest'ultima nell'infrazione<sup>25</sup>.

In particolare, nel caso specifico in cui una società controllante detenga il 100% del capitale della propria controllata, la quale abbia violato le norme dell'Unione in materia di concorrenza, esiste una presunzione relativa in base alla quale detta società controllante esercita effettivamente un'influenza determinante sul comportamento della propria controllata.

Alla luce di tali considerazioni, è sufficiente che la Commissione provi che l'intero capitale di una controllata sia detenuto dalla sua controllante per poter presumere che quest'ultima eserciti un'influenza determinante sulla politica commerciale di tale controllata. La Commissione potrà conseguentemente considerare la società controllante responsabile in solido per il pagamento dell'ammenda inflitta alla sua controllata, a meno che tale società controllante, sulla quale incombe l'onere di rovesciare detta presunzione, fornisca elementi di prova suf-

---

<sup>24</sup> Si vedano, tra le altre, sentenze *Akzo Nobel e a./Commissione* del 20 settembre 2009, C-97/08, punto 58, e *Elf Aquitaine/Commissione* del 29 settembre 2011, C-521/09, punto 54.

<sup>25</sup> Si vedano, tra le altre, sentenze *Akzo Nobel e a./Commissione* del 20 settembre 2009, C-97/08, punto 59, *General Química e a./Commissione* del 20 gennaio 2011, C-90/09, punto 38 e *Elf Aquitaine/Commissione* del 29 settembre 2011, C-521/09, punto 55.

ficienti a dimostrare che la sua controllata tiene un comportamento autonomo sul mercato<sup>26</sup>.

La presunzione relativa di cui sopra, però, non è quasi mai stata vinta nel merito, tanto da far parlare spesso di questa come una *probatio diabolica*. È vero che non mancano sentenze che hanno annullato decisioni nelle quali la capogruppo era stata considerata responsabile delle violazioni delle controllate ma a tali esiti si è giunti quasi sempre a causa di vizi formali (si pensi alla mancata o carente motivazione da parte della Commissione circa l'adeguatezza delle argomentazioni avanzate dalle imprese al fine di vincere la presunzione di concreto esercizio di una influenza determinante)<sup>27</sup>.

La dottrina si è a questo punto interrogata sull'esistenza di un qualche spazio per poter vincere la presunzione, oppure se la possibilità di successo sia talmente irrisoria da indurre a ritenere che la presunzione sia di fatto assoluta. La giurisprudenza ha fatto cenno ad alcune situazioni "tipo" in cui le parti potrebbero dimostrare l'assenza di ogni influenza di natura operativa e strategica sulla controllata. In primo luogo, si è parlato del caso di un investitore puramente finanziario, che detiene azioni in un'impresa solo allo scopo di trarne profitti, il quale si astiene da ogni coinvolgimento nella gestione e nel controllo della partecipata. Questo test è stato applicato in numerose occasioni, ma solo nella decisione *Tabacco greggio-Spagna*, tale argomento è stato proposto con successo<sup>28</sup>. È il caso dei fondi di investimento internazionali, che appunto acquistano partecipazioni solo con la finalità di massimizzare i profitti. Tuttavia, nel recente caso *Cavi Elettrici*, questo test non sembra avere trovato applicazione. In secondo luogo si è ipotizzato che non si abbia concreto esercizio del controllo in presenza di vincoli di

---

<sup>26</sup> Si vedano, tra le altre, sentenze *Akzo Nobel e a./Commissione* del 20 settembre 2009, C-97/08, punto 61, *General Química e a./Commissione* del 20 gennaio 2011, C-90/09, punto 40 e *Elf Aquitaine/Commissione* del 29 settembre 2011, C-521/09, punto 57.

<sup>27</sup> Si veda a tal proposito la recente sentenza del Tribunale *Alstom/Commissione* del 27 novembre 2014, causa C-517/09, che annulla per difetto di motivazione la decisione della Commissione.

<sup>28</sup> Si veda Commissione Europea, 20 ottobre 2004, Comp/38.238, *Tabacco greggio-Spagna*, par. 376, 383.



natura giuridica i quali abbiano effetto di impedire il pieno esercizio del controllo (es. un legame di natura contrattuale con soggetti terzi o normativa che impedisce esercizio di influenza determinante). Infine, si è fatto riferimento alla circostanza in cui un'impresa abbia detenuto la partecipazione per un periodo di tempo ristretto, senza potere quindi incidere, direttamente o indirettamente, sulla attività commerciale della controllata. Si tratta, ad evidenza, di situazioni piuttosto eccezionali, la cui integrazione sembra interpretata in modo restrittivo dalla prassi applicativa e nella giurisprudenza<sup>29</sup>.

Disegnato il perimetro della responsabilità solidale per le infrazioni commesse dalla controllata, è quindi interessante analizzare il modo in cui l'adozione di validi programmi di *compliance* antitrust da parte della capogruppo possa impattare sulla politica sanzionatoria da parte della Commissione e delle Autorità antitrust.

L'adozione di effettivi programmi di *compliance* dovrebbe in principio escludere o limitare la responsabilità della società madre, fatta salva la possibilità che i programmi non siano stati attuati correttamente.

Tuttavia sarà il contenuto concreto dei singoli programmi adottati dalle aziende a determinare le conseguenze sul piano della responsabilità della capogruppo.

In prima battuta, l'adozione di un *Compliance Programme* potrebbe essere ritenuto un elemento indicativo della responsabilità della società controllante per le infrazioni della controllata, dal momento che le procedure interne di prevenzione degli illeciti antitrust rappresentano uno degli strumenti con cui la società controllante esercita un controllo effettivo sulla politica commerciale delle sue controllate (attraverso verifiche periodiche, audit, etc.)<sup>30</sup>. Inoltre, il comportamento illecito della controllata costituisce una prova *in re ipsa* dell'imperfetto funzionamento del programma e pertanto facilmente condannabile, secondo una

---

<sup>29</sup> F. GHEZZI, M. MAGGIOLINO, *L'imputazione delle sanzioni antitrust nei gruppi di imprese, tra "responsabilità personale" e finalità dissuasive*, in *Rivista delle Società*, anno 59/2014, settembre-ottobre 2014, fascicolo 5, pagine 1108-1109.

<sup>30</sup> Si veda sentenza del Tribunale *Schindler Holding Ltd e a./Commissione* del 13 luglio 2011, causa T-138/07, par. 88.

dinamica ben nota in sede di valutazione giurisprudenziale dei programmi di conformità ex legge n. 231/2001.

All'estremo opposto si potrebbe immaginare un *Antitrust Compliance Programme* disegnato in modo da contenere tutti gli elementi costitutivi della menzionata eccezione in tema di vincoli giuridici in grado di impedire l'esercizio del controllo da parte della capogruppo sulla controllata<sup>31</sup>, con i relativi rischi e benefici legati all'indipendenza delle controllate dalle madri, da calcolare con attenzione.

La scelta da parte delle imprese di abbandonare programmi di *compliance* "puramente cosmetici" per perseguire programmi di *compliance* "effettivi" dipenderà dunque dall'atteggiamento delle Autorità antitrust, che hanno di fronte una grande opportunità di facilitare e rendere tangibile il perseguimento dei propri obiettivi di policy.

In particolare, se la Commissione dovesse continuare a sanzionare con uguale severità i casi in cui può dimostrarsi un diretto coinvolgimento della capogruppo nell'illecito, e situazioni in cui la "colpa" della capogruppo è stata quella di non essere riuscita, nonostante gli sforzi profusi, ad impedire la violazioni anticoncorrenziali, verrebbero del tutto meno gli incentivi per le imprese a spendere tempo e risorse per svolgere due diligence, approntare programmi di *compliance* e audit antitrust<sup>32</sup>.

## 6. Considerazioni finali

Appare quindi auspicabile che le Autorità di concorrenza colgano i maggiori benefici possibili dall'adozione di questi programmi da parte delle aziende, mantenendo un atteggiamento realmente premiante nei confronti delle condotte delle aziende che implementano programmi di *compliance* effettivi, e cioè fondati su un reale contrasto di interessi all'interno delle stesse.

---

<sup>31</sup> Si veda al riguardo il ragionamento del Tribunale nel recente caso *Alstom e a./Commissione* del 27 novembre 2014, T-517/09.

<sup>32</sup> F. GHEZZI, M. MAGGIOLINO, *L'imputazione delle sanzioni antitrust nei gruppi di imprese, tra "responsabilità personale" e finalità dissuasive*, in *Rivista delle Società*, anno 59/2014, settembre-ottobre 2014, fascicolo 5, pagina 1121.

Ciò in quanto tali programmi perseguirebbero indirettamente gli stessi obiettivi delle Autorità di concorrenza, e cioè per un verso l'effettiva scoperta ed eliminazione delle condotte anticoncorrenziali – che beneficerebbe di un effetto moltiplicatore se tali programmi fossero adottati su vasta scala dalle imprese – e, per altro verso, una significativa agevolazione dell'attività investigativa ed istruttoria.

Alla luce di quanto sopra esposto si ritiene che il panorama che caratterizza i programmi di *compliance*, la loro adozione e reale implementazione, e il relativo trattamento da parte delle Autorità di concorrenza andrà osservato con attenzione e valutato alla luce della giurisprudenza che si svilupperà sul punto nel prossimo futuro, al fine di tirare le conclusioni e di stabilire soluzioni pratiche da adottare.

È in ogni caso auspicabile che, nel prossimo futuro l'AGCM, per ciò che più strettamente attiene ai procedimenti italiani, chiarisca con ulteriori dettagli, alla luce dell'esperienza del primo periodo di applicazione delle Linee Guida, le caratteristiche che devono accompagnare l'effettiva implementazione di programmi di *compliance* perché questi possano essere valutati positivamente ai fini della riduzione delle sanzioni.

Quanto esposto nelle linee guida circa l'applicazione dell'attenuante appare infatti intimamente legato a sforzi concreti profusi dalle imprese che non potranno limitarsi ad assumere iniziative meramente formali, ma dovranno farsi carico di implementare concretamente i programmi di *compliance* antitrust.

È in quest'ottica di fondamentale importanza che le imprese possano beneficiare di una maggiore trasparenza, prevedibilità ed obiettività circa le valutazioni dell'AGCM sottese all'irrogazione delle sanzioni e che pertanto si delinei presto un quadro più chiaro in materia.



## NOTIZIE SUGLI AUTORI

Arianna Andreangeli, Lecturer in Competition Law, Scuola di Legge, Università di Edimburgo, Scozia

Josef Bejček, Università di Masaryk

Gian Antonio Benacchio, Università di Trento

Ginevra Bruzzone, Assonime

Sara Capozzi, Assonime

Michele Carpagnano, Università di Trento

Roberto Chieppa, Segretario Generale AGCM

Sacha D'Ecclesiis, Avvocato in Roma

Emilio De Giorgi, Avvocato in Milano

Olivier d'Ormesson, Componente del Collegio, Autorité de la Concurrence

Ciro Favia, Enel

Aldo Frignani, Università di Torino

Luke Haasbeek, Policy officer, European Commission

Andreas Klafki, LL.M. (USA), MEGA (Paris, Madrid, Berlin/Potsdam). Head of the Brandenburg State Cartel Authority and at the same time Head of Unit, also responsible for Competition Policy

and Law, EU State Aid Law, Public Procurement Law, in the Ministry of Economic Affairs and Energy of the Land of Brandenburg in Potsdam/Germany

Vito Meli, Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato

Mattia Melloni, Componente del Collegio, Conseil de la Concorrence Luxembourg

Gabriella Muscolo, Componente del Collegio, Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato

Andrea Pezzoli, Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato

Giovanni Pitruzzella, Presidente dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato

Luigi Prosperetti, Professor of Economic Policy, University of Milan Law School

Massimo Scuffi, Magistrato di Cassazione, Presidente Tribunale di Aosta

Alberto Toffoletto, Università di Milano

**COLLANA**  
**‘QUADERNI DELLA FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA’**

**UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI TRENTO**

1. *L'applicazione delle regole di concorrenza in Italia e nell'Unione europea. Atti del IV Convegno Antitrust tenutosi presso la Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Trento* - (a cura di) GIAN ANTONIO BENACCHIO, MICHELE CARPAGNANO (2014)

2. *Dallo status di cittadino ai diritti di cittadinanza* - (a cura di) FULVIO CORTESE, GIANNI SANTUCCI, ANNA SIMONATI (2014)

3. *Il riconoscimento dei diritti storici negli ordinamenti costituzionali* - (a cura di) MATTEO COSULICH, GIANCARLO ROLLA (2014)

4. *Il diritto del lavoro tra decentramento e ricentralizzazione. Il modello trentino nello spazio giuridico europeo* - (a cura di) ALBERTO MATTEI (2014)

5. *European Criminal Justice in the Post-Lisbon Area of Freedom, Security and Justice* - JOHN A.E. VERVAELE, with a prologue by Gabriele Fornasari and Daria Sartori (Eds.) (2014)

6. *I beni comuni digitali. Valorizzazione delle informazioni pubbliche in Trentino* - (a cura di) ANDREA PRADI, ANDREA ROSSATO (2014)

7. *Diplomatici in azione. Aspetti giuridici e politici della prassi diplomatica nel mondo contemporaneo* - (a cura di) STEFANO BALDI, GIUSEPPE NESI (2015)

8. *Il coordinamento dei meccanismi di stabilità finanziaria nelle Regioni a Statuto speciale* - (a cura di) ROBERTO TONIATTI, FLAVIO GUELLA (2014)

9. *Reti di libertà. Wireless Community Networks: un'analisi interdisciplinare* - (a cura di) ROBERTO CASO, FEDERICA GIOVANELLA (2015)

10. *Studies on Argumentation and Legal Philosophy. Further Steps Towards a Pluralistic Approach* - (Ed. by) MAURIZIO MANZIN, FEDERICO PUPPO, SERENA TOMASI (2015)

11. *L'eccezione nel diritto. Atti della giornata di studio (Trento, 31 ottobre 2013)* - (a cura di) SERGIO BONINI, LUCIA BUSATTA, ILARIA MARCHI (2015)

12. José Luis Guzmán D'Albora, *Elementi di filosofia giuridico-penale* - (a cura di) Gabriele Fornasari, Alessandra Macillo (2015)

13. *Verso nuovi rimedi amministrativi? Modelli giustiziali a confronto* - (a cura di) Giandomenico Falcon, Barbara Marchetti (2015)

14. *Convergences and Divergences between the Italian and the Brazilian Legal Systems* - (Ed. by) Giuseppe Bellantuono, Federico Puppo (2015)

15. *La persecuzione dei crimini internazionali. Una riflessione sui diversi meccanismi di risposta. Atti del XLII Seminario internazionale di studi italo-tedeschi, Merano 14-15 novembre 2014 - Die Verfolgung der internationalen Verbrechen. Eine Überlegung zu den verschiedenen Reaktionsmechanismen. Akten des XLII. Internationalen Seminars deutsch-italienischer Studien, Meran 14.-15. November 2014* - (a cura di / herausgegeben von) Roberto Wenin, Gabriele Fornasari, Emanuela Fronza (2015)

16. *Luigi Ferrari Bravo. Il diritto internazionale come professione* - (a cura di) GIUSEPPE NESI, PIETRO GARGIULO (2015)



17. *Pensare il diritto pubblico. Liber Amicorum per Giandomenico Falcon* - (a cura di) MAURIZIO MALO, BARBARA MARCHETTI, DARIA DE PRETIS (2015)

18. *L'applicazione delle regole di concorrenza in Italia e nell'Unione europea. Atti del V Convegno biennale Antitrust. Trento, 16-18 aprile 2015* - (a cura di) GIAN ANTONIO BENACCHIO, MICHELE CARPAGNANO (2015)

