



Manuale Antitrust

ad uso del personale interno e delle imprese associate

Marzo 2010

I. IL DIRITTO ANTITRUST

1. Introduzione

La legislazione antitrust trae origine dalla convinzione che la tutela della concorrenza in un'economia di mercato, spingendo le imprese ad un costante confronto sui meriti, inneschi un processo virtuoso di innovazione, progresso ed efficienza con effetti favorevoli per la collettività.

La forte rilevanza quotidiana che tale materia assume nella vita dell'impresa ne rende opportuna una maggiore consapevolezza.

Obiettivo di tale manuale è per l'appunto quello di fornire una breve disamina della disciplina antitrust a beneficio di tutto il personale dell'impresa allo scopo di prevenire la commissione di comportamenti anticoncorrenziali sanzionabili.

2. La legge n. 287/90 e la normativa comunitaria

Nell'attività delle imprese italiane rilevano sia le norme previste dal Trattato di Roma sul Funzionamento dell'Unione Europea (di seguito il "Trattato") - e dagli atti successivi emanati dalle istituzioni competenti in materia – sia le disposizioni nazionali, *in primis* la Legge n. 287/90.

Il legislatore italiano ha scelto di riconoscere la supremazia dell'ordinamento comunitario rispetto a quello nazionale e proclama la volontà di evitare sovrapposizioni tra i due ordini di norme.

La preminenza del diritto comunitario è ribadita anche dal nuovo Regolamento CE n. 1/2003 che introduce, tra l'altro, per le giurisdizioni nazionali e le autorità garanti della concorrenza un esplicito obbligo di applicare, unitamente alla disciplina nazionale in materia di intese e di sfruttamento abusivo di posizione dominante, anche la relativa disciplina comunitaria.

3. Ambito di applicazione della normativa antitrust comunitaria e nazionale

Le operazioni di concentrazione (fusioni, acquisizioni, cessioni d'azienda, ecc.) rientrano nell'ambito di applicazione della normativa comunitaria (Regolamento n. 139/2004 del Consiglio) se soddisfano alcuni criteri relativi al fatturato delle imprese interessate.

La delimitazione è meno netta per quanto concerne le intese restrittive della concorrenza e i comportamenti abusivi posti in essere da imprese in posizione dominante nel mercato. Le fattispecie hanno rilevanza comunitaria se le infrazioni contestate sono idonee ad incidere in maniera apprezzabile sul commercio intracomunitario. La Commissione Europea stima essere tipicamente assente questo requisito quando si tratti di

- intese orizzontali con fatturato aggregato annuo non superiore a 40 milioni di euro, oppure di intese verticali nelle quali il fornitore abbia un fatturato annuo non superiore a 40 milioni; sempre che
- la quota di mercato aggregata delle imprese coinvolte non superi il 5% su qualsiasi parte rilevante del mercato unico.

Ugualmente prive di rilievo comunitario sono d'altro canto le intese che non generano una restrizione "sensibile" della concorrenza nel mercato unico. E secondo la Commissione Europea è priva di carattere sensibile una restrizione generata

- da un accordo tra concorrenti che detengano quote aggregate non superiori al 10% del mercato;
- da un accordo tra non concorrenti che detengano individualmente quote non superiori al 15% del mercato.;
- nel caso di mercati caratterizzati da reti parallele di produzione e distribuzione, da un accordo tra concorrenti che detengano quote aggregate non superiori al 5%, oppure da un accordo tra non concorrenti che detengano individualmente quote non superiori al 5%

In ogni caso, le intese ora dette sono comunque vietate dal diritto comunitario qualora comportino restrizioni gravi della concorrenza (ad esempio: fissazione di prezzi, limitazione della produzione, ripartizione dei mercati).

Le norme italiane si applicano, invece, ai comportamenti suscettibili di incidere in modo "consistente" sulla concorrenza all'interno del mercato italiano o in una sua parte rilevante, qualora non siano già assoggettati all'applicazione del diritto comunitario. I criteri fissati dalla Commissione Europea per valutare il carattere "sensibile" delle intese sono tenuti in conto anche dall'Autorità Garante della concorrenza e del mercato per valutare il carattere "consistente" della restrizione della competizione nel mercato nazionale.

II. LE FATTISPECIE SOSTANZIALI

1. La nozione di impresa nel diritto antitrust

Sembra opportuno ai fini dell'individuazione dei destinatari della normativa antitrust, chiarire preliminarmente, ovviando ad una lacuna normativa sia nazionale che comunitaria, la nozione di impresa.

L'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato ha elaborato nella prassi una nozione di impresa dalla portata molto ampia, che travalica i confini della nozione civilistica e comprende qualsiasi entità che eserciti un'attività economica (produzione o scambio di beni o servizi), in modo duraturo e indipendente, a prescindere dal suo status giuridico e dalle sue modalità di funzionamento.

Sotto il profilo dimensionale, il concetto di impresa trascende la singola entità economica, nel senso che più soggetti, anche se giuridicamente separati, sono considerati un'unica impresa, se operano come un'unica unità economica, con il medesimo fine commerciale e sotto una direzione unitaria.

Tale definizione comporta, ad esempio, l'irrilevanza di accordi o di concentrazioni infragruppo in quanto, essendo realizzati tra soggetti non autonomi economicamente, non comportano un mutamento della situazione di mercato.

2. Il mercato rilevante

L'individuazione del mercato rilevante costituisce il primo *step* di qualsiasi analisi concorrenziale definendo l'area geografica ed il prodotto o servizio oggetto dell'applicazione delle norme sulla concorrenza.

Il Consiglio di Stato, in diverse occasioni, ha affermato il consolidato principio secondo cui *“per mercato rilevante si intende quella zona geograficamente circoscritta dove, dato un prodotto o una gamma di prodotti considerati tra loro sostituibili, le imprese che forniscono quel prodotto si pongono tra loro in rapporto di concorrenza”*.

Il mercato rilevante viene definito sotto il profilo merceologico e da un punto di vista geografico.

2.1 Mercato del prodotto

Con la definizione del mercato del prodotto si individuano tutti i beni e/o servizi considerati fungibili o sostituibili dal consumatore in base alle caratteristiche, funzioni d'uso e prezzi.

2.2 Mercato geografico

Per quanto riguarda il mercato geografico rilevante, sulla scorta dell'esperienza comunitaria, anche in Italia esso identifica l'ambito territoriale entro il quale le imprese che forniscono quel prodotto si pongono tra loro in un rapporto di concorrenza diretta e attuale.

Tra i parametri di cui occorre tener conto nel delimitare la dimensione geografica di un mercato, occorre considerare i prezzi di vendita del prodotto, il flusso di scambi commerciali tra la zona geografica presa a riferimento e quelle contigue e le quote di mercato delle imprese operanti nel mercato geografico preso a riferimento.

3. Le intese restrittive della concorrenza

Talvolta le imprese, invece di competere tra loro, si accordano e coordinano i loro comportamenti sul mercato. La cooperazione tra imprese può avere l'obiettivo o l'effetto di restringere la concorrenza.

Tenendo conto che il coordinamento anticoncorrenziale dei comportamenti delle imprese può realizzarsi in vari modi, la legge non considera intese solo gli accordi formali, ma tutte le attività in cui è possibile individuare il concorso volontario di più operatori diretto a determinare un allineamento delle condotte commerciali di tali soggetti sul mercato.

Quando un'intesa tra imprese comporta, anche solo potenzialmente, una consistente restrizione della concorrenza all'interno del mercato, o di una sua parte, essa è vietata.

3.1 Le figure vietate

L'art. 2 della legge 287/90 ponendo la definizione di intesa restrittiva della libertà di concorrenza, menziona espressamente le tre figure degli accordi, delle pratiche concordate tra imprese e delle deliberazioni, anche se adottate ai sensi di disposizioni statutarie o regolamentari, di consorzi, associazioni di imprese ed altri organismi simili.

Elementi comuni e imprescindibili di tutte e tre le figure sono la pluralità delle parti e il concorso di volontà, anche tacito, tra le imprese che decidono di concordare le rispettive condotte, per regolare di conseguenza le proprie iniziative imprenditoriali.

3.1.1 Gli accordi

Ai fini della configurabilità di un accordo è sufficiente che vi sia l'espressione della volontà di comportarsi in un modo determinato, limitando la propria libertà sul mercato, non rilevando che l'accordo dia luogo ad obbligazioni giuridiche o che assuma vesti formali (es. un accordo scritto).

Alla luce dei precedenti comunitari e nazionali, la nozione di accordo ricomprende quindi anche una semplice manifestazione comune di volontà raggiunta nel contesto di riunioni tra rappresentanti delle imprese, anche in assenza di verbali e resoconti delle riunioni, nonché di specifici meccanismi di esecuzione dell'accordo.

3.1.2 Le pratiche concordate

La nozione di pratica concordata copre tutte le forme di intese in cui, pur mancando la formalizzazione del consenso, sussiste di fatto un allineamento delle condotte delle imprese privo di altre ragionevoli giustificazioni economiche.

Elemento essenziale è l'esistenza di una qualche forma di contatto tra le imprese, che consenta loro di conoscere le rispettive strategie commerciali.

La concertazione, che non presuppone necessariamente un accordo, ma può derivare da semplici raccomandazioni, suggerimenti o comunicazioni dei propri prezzi o di altre condizioni di vendita, deve avere inoltre una ricaduta concreta e diretta sulla condotta delle imprese.

Sul punto la casistica è molto ricca: i contatti possono assumere varie forme, da uno scambio di informazioni rilevanti sotto un profilo concorrenziale ad un incontro anche informale, all'esistenza di partecipazioni incrociate di minoranza tra società operanti nello stesso mercato etc..

La giurisprudenza vieta rigorosamente che fra gli operatori abbiano luogo contatti diretti o indiretti che possano influenzare il comportamento sul mercato di un concorrente, attuale o potenziale, o rivelare a tale concorrente la condotta che essi hanno deciso o intendono seguire sul mercato quando tali contatti abbiano lo scopo o l'effetto di creare condizioni di concorrenza non corrispondenti alle condizioni normali del mercato di cui trattasi, tenuto conto della natura della merce e delle prestazioni fornite, dell'importanza e del numero delle imprese e del volume di detto mercato.

Secondo la consolidata giurisprudenza comunitaria una serie di comportamenti di più imprese aventi lo stesso oggetto anticoncorrenziale possono essere considerati espressione di un'infrazione unica, riconducibile in parte al concetto di accordo e in parte a quello di pratica concordata, in quanto la nozione di accordo e quella di pratica concordata non sono incompatibili, condividendo la medesima natura e distinguendosi solo per la loro intensità e per le forme con cui si manifestano.

3.1.3 Le decisioni di associazioni di imprese

Nell'ambito delle decisioni di associazioni di imprese va compresa qualsiasi forma di deliberazione (es. regolamenti, delibere, circolari, raccomandazioni), anche non vincolante, assunta da organismi rappresentativi di una categoria di imprese, con lo scopo di influenzare le condotte commerciali delle imprese affiliate alterando il gioco della concorrenza.

Per associazione di imprese il legislatore intende qualsiasi struttura avente natura corporativa (dotata o meno di personalità giuridica) che, indipendentemente dal perseguimento di uno scopo di lucro, svolge la funzione di esprimere la volontà collettiva delle imprese che vi aderiscono, influenzando le singole condotte.

E' indispensabile inoltre che l'atto imputabile all'associazione determini in concreto un coordinamento dei comportamenti delle imprese sul mercato per cui la concorrenza tra le stesse ne risulti alterata.

L'associazione, pur costituendo una forma di scudo per le affiliate in termini di responsabilità, non impedisce alle Autorità, ai fini di assicurare piena efficacia alle sanzioni irrogate, di chiamare le singole associate a rispondere delle condotte della stessa, ad esempio nell'ipotesi in cui queste abbiano partecipato alla definizione del contenuto delle delibere, o abbiano agito nel controllo reciproco della loro osservanza, o nel caso in cui l'associazione non abbia svolto alcun ruolo propulsivo rilevante nell'assunzione della delibera.

Ad esempio, l'Autorità Antitrust ha imputato un'infrazione alle principali imprese biomedicali operanti nel mercato dei test diagnostici per diabetici così come alla relativa associazione di categoria, in quanto ritenuta sede privilegiata per il coordinamento dei singoli comportamenti e protagonista della strategia anticoncorrenziale .

Nel caso Associazione Italiana Editori (AGCM, Boll. n. 13/1997) l'Autorità ha rilevato i rischi antitrust che presentavano alcune decisioni assunte dagli organi sociali dell'AIE. Nell'ambito dell'associazione venivano, infatti, periodicamente scambiate informazioni sui costi di produzione e venivano discusse strategie di prezzo, poi effettivamente seguite dagli editori associati, i quali hanno aumentato annualmente, in media, il prezzo dei propri libri secondo le percentuali definite in sede associativa.

Più di recente, nel caso Listino Prezzi sulla Pasta (AGCM, Boll. N. 8/2009) l'Autorità ha considerato illegittima l'emanazione di delibere associative da parte dell'Unione Industriale Pastai Italiani (UNIP), in particolare di comunicati stampa, portate a conoscenza degli associati, concernenti l'aumento coordinato del prezzo della pasta dagli stessi deciso ed attuato. In questo caso l'Autorità ha considerato l'intesa realizzata anche con il concorso dell'associazione, mediante l'emanazione di dette delibere associative.

3.2 Le fattispecie tipizzate

L'art. 2 della Legge 287/90 e l'art. 101 del Trattato FUE (già art. 81 del Trattato CE), specificano alcuni dei comportamenti che, se realizzati, violano il diritto della concorrenza.

In particolare, sono vietate le intese tra imprese che abbiano per oggetto o per effetto di impedire, restringere o falsare il gioco della concorrenza all'interno del mercato nazionale (ex art. 2 Legge 287/1990) o rispettivamente comunitario (ex art. 101 del Trattato) o in una sua parte rilevante, anche attraverso attività consistenti nel:

- a) fissare direttamente o indirettamente i prezzi d'acquisto o di vendita ovvero altre condizioni contrattuali;
- b) impedire o limitare la produzione, gli sbocchi o gli accessi al mercato, gli investimenti, lo sviluppo tecnico o il progresso tecnologico;
- c) ripartire i mercati o le fonti di approvvigionamento;
- d) applicare, nei rapporti commerciali con altri contraenti, condizioni oggettivamente diverse per prestazioni equivalenti, così da determinare per essi ingiustificati svantaggi nella concorrenza;
- e) subordinare la conclusione di contratti all'accettazione da parte degli altri contraenti di prestazioni supplementari che, per loro natura o secondo gli usi commerciali, non abbiano alcun rapporto con l'oggetto dei contratti stessi.

3.3 Le intese orizzontali

Le intese orizzontali sono quelle che intercorrono tra soggetti che operano al medesimo stadio del processo produttivo o distributivo.

Possono essere raggruppate intorno a due poli:

- I cartelli in senso classico;
- Il boicottaggio (rifiuto concertato di contrattare).

3.3.1 I cartelli

La cartellizzazione si affida a tre modalità organizzative di carattere generale: fissazione del prezzo, limitazione della produzione e divisione dei mercati.

La fissazione dei prezzi è la forma di intesa maggiormente sanzionata.

La non vincolatività delle indicazioni di prezzo non fa venir meno il carattere anti-competitivo dell'intesa.

Il divieto colpisce anche gli accordi che prescrivono il rispetto di un livello di prezzi sia massimi che minimi, nonché quelli che si concretizzano nella fissazione di condizioni contrattuali diverse dal prezzo (garanzia, modalità di pagamento, servizi

aggiuntivi offerti ai clienti, ecc.), ma che egualmente tendono a standardizzare l'offerta sul mercato.

La limitazione della produzione è finalizzata ad aumentare i prezzi a livelli sopra-competitivi, attraverso una riduzione delle quantità prodotte dalle imprese parti dell'intesa.

La sua forma più comune consiste nella determinazione di quanto deve produrre o vendere ogni membro del cartello, lasciando che sia il mercato a stabilire il prezzo.

Altra forma è quella dell'accordo con cui si stabilisce un tetto alla produzione e la si ripartisce per quote: ogni aderente si obbliga a tagliare la propria offerta di una certa quantità o percentuale. Le quote di mercato rimangono costanti, ma la quantità offerta sul mercato si contrae, facendo lievitare i prezzi.

La compartimentazione dei mercati è prevista e bandita dalla norma in esame.

La divisione può essere su base geografica, per quote o per classi di clientela (es. accordi di allocazione reciproca di diritti di distribuzione o di fornitura esclusiva atti a creare effetti di chiusura per gli altri concorrenti).

Un esempio di cartello avente ad oggetto la ripartizione dei mercati è stato quello rilevato dall'Autorità relativo al mercato del calcestruzzo nell'area di Milano (AGCM, Boll. n. 14/03), il cui funzionamento era garantito dalla presenza di uno stringente meccanismo di controllo, fondato su uno scambio di informazioni altamente organizzato avente ad oggetto i dati relativi ai cantieri ed alle forniture, nonché su ispezioni agli impianti delle società, finalizzate a monitorare la produzione e i documenti contabili.

Nel caso relativo ai produttori dei pannelli truciolati in legno (AGCM, Boll. n. 20/2007) l'Autorità ha ritenuto responsabili le parti coinvolte per aver dato vita ad un complesso sistema di alterazione delle dinamiche competitive nel mercato nazionale della produzione e commercializzazione dei pannelli truciolari finalizzato alla cristallizzazione delle rispettive quote di mercato ed alla massimizzazione dei profitti, attraverso il contingentamento della produzione, la ripartizione della clientela, la fissazione concordata dei prezzi e delle altre condizioni contrattuali e la concertazione delle politiche di approvvigionamento di legno. Prodromico e strumentale al funzionamento di tale cartello ed al monitoraggio delle condotte che integravano l'intesa complessa è stato ritenuto l'intenso e costante scambio di informazioni sensibili tra i partecipanti alle riunioni tra i medesimi.

3.3.2 Lo scambio di informazioni

Lo scambio di informazioni confidenziali e concorrenzialmente rilevanti rappresenta uno degli strumenti collusivi preferiti dalle imprese, confondendosi facilmente con

forme di comunicazione tra imprese assolutamente lecite. Può rilevare in qualità di elemento accessorio di un più ampio accordo o come fattispecie autonoma idonea ad alterare il libero gioco della concorrenza.

Uno scambio di informazioni effettuato tra imprese dello stesso settore può presentare rischi antitrust qualora abbia ad oggetto informazioni e dati la cui disponibilità comune permette di prevedere e conoscere la politica commerciale dei concorrenti.

Ai fini dell'accertamento del carattere anti-concorrenziale dello scambio di informazioni assume primaria rilevanza la natura delle informazioni trasmesse, poiché solo lo scambio di informazioni concorrenzialmente sensibili (ad es. i prezzi, il volume delle vendite, il fatturato, i costi, le decisioni relative agli investimenti programmati, i dati del magazzino, la capacità produttiva, l'identità dei clienti, le strategie commerciali, le condizioni contrattuali applicate, ecc.) può creare un pregiudizio alla concorrenza tra imprese.

Lo scambio di informazioni può realizzarsi anche attraverso l'Associazione di categoria di appartenenza. Inoltre, una certa attenzione viene data dall'Autorità alle riunioni degli associati in seno all'Associazione: alcune intese, infatti, possono essere realizzate attraverso molteplici condotte tra cui la partecipazione a riunioni con fini anticoncorrenziali (ad esempio, quando le imprese, attraverso periodiche riunioni concordano una reciproca collaborazione allo scopo di sostituire la concorrenza con un meccanismo di concertazione delle rispettive politiche di prezzo, influenzando le scelte strategiche di ciascuna impresa e alterandone l'autonomia decisionale).

Nel caso relativo al riciclaggio delle batterie esauste (AGCM, Boll. n. 17/2009), le risultanze istruttorie hanno evidenziato come gli smaltitori avessero da tempo stabilito le migliori modalità per giungere al loro interno alla determinazione congiunta e concordata delle rispettive quote di mercato. Ciò avveniva ad esito di ripetute osservazioni e correzioni reciprocamente comunicate, attraverso uno scambio di informazioni continuato e coordinato realizzato attraverso l'associazione di categoria AIRPB (Associazione Imprese Riciclo Piombo da Batterie) e avente ad oggetto i quantitativi di batterie che ciascun operatore si attendeva di ricevere da COBAT (Consorzio Obbligatorio Batterie al Piombo Esauste e Rifiuti Piombosi) e che COBAT puntualmente ratificava. Tali condotte sono state considerate poste in essere in violazione dei principi a tutela della concorrenza ai sensi dell'articolo 101 del Trattato.

Secondo la giurisprudenza consolidata, solo un'esplicita dissociazione dall'oggetto della riunione, e non la mera partecipazione passiva alla stessa, consentirebbe alle parti di dimostrare la non adesione all'intesa.

Un altro elemento da tenere in considerazione è il livello di aggregazione dei dati scambiati. Secondo gli orientamenti comunitari, è lecito lo scambio di informazioni, anche sensibili, che concernono un numero elevato di imprese, purché non consentano l'individuazione delle condotte sul mercato di ciascuna di esse. Per

contro le informazioni disaggregate, relative cioè a singole imprese considerate individualmente, possono dar luogo a seri rischi antitrust.

Emblematico è il caso *UK Agricultural Tractor Registration Exchange* (Commissione europea, 17 febbraio 1992, GUCE 1992, L 68/19), dove la Commissione ha ritenuto che anche i dati aggregati suscettibili di essere facilmente scomposti e rivelare così informazioni delicate riguardanti i concorrenti possono integrare gli estremi di una violazione dell'art. 101 del Trattato. Il caso riveste particolare interesse in quanto lo scambio di informazioni non concerneva i prezzi, ma il volume delle vendite e le quote di mercato degli otto maggiori importatori di trattori nel Regno Unito.

3.3.3 Il boicottaggio

Il boicottaggio collettivo può essere:

- primario, se il patto mira a tagliare fuori dal mercato un'impresa o a impedirne l'ingresso;
- secondario, se le imprese coinvolte si accordano per indurre i propri clienti o fornitori a non intrattenere rapporti con un terzo concorrente.

La fattispecie non è prevista espressamente dalla legge n. 287/90 che bandisce l'impiego di condizioni diverse per prestazioni equivalenti, ma si presta ad un'agevole interpretazione *a fortiori*: il boicottaggio è una forma estrema di discriminazione.

3.3.4 La partecipazione a gare pubbliche

Anche per le gare bandite da pubbliche amministrazioni (o da soggetti a queste ultime assimilabili quanto all'obbligo di rispettare la disciplina comunitaria in tema di scelta del contraente) possono trovare applicazione i principi dettati dalla normativa antitrust, qualora le imprese per rispondere ai bandi si accordino e coordinino il proprio comportamento.

Per quanto attiene al problema della costituzione di Associazioni Temporanee di imprese (ATI), Raggruppamenti Temporanei di Imprese (RTI) e Consorzi per la partecipazione alle gare, l'Autorità ha ritenuto che tali forme di cooperazione tra imprese sono generalmente compatibili con la normativa antitrust nella misura in cui consentono a imprese che operano in fasi differenziate di una stessa filiera di poter presentare la propria offerta a gare a cui individualmente non potrebbero partecipare.

Se invece l'unione è realizzata tra imprese che producono il medesimo bene o servizio la stessa può integrare una violazione delle norme a tutela della concorrenza quando le singole imprese partecipanti avrebbero potuto

individualmente partecipare alla gara in considerazione della loro dimensione e capacità produttiva.

In una serie di comunicazioni del 2009 l'Autorità Antitrust ha affermato che:

- I. l'assegnazione di forniture di sistemi diagnostici per periodi particolarmente lunghi, pari a nove anni (ma per prodotti ad alto tasso di obsolescenza anche a sei anni), assume rilevanza sotto il profilo della concorrenza, dal momento che la lunga durata sottrae le imprese vincitrici alle regole della concorrenza per un periodo eccessivamente lungo e non risponde all'obsolescenza a cui sono soggette le apparecchiature diagnostiche; pertanto bandi di gara per tali forniture devono prevedere una durata del contratto inferiore a nove anni (che diventano sei per i sistemi diagnostici destinati a diventare rapidamente obsoleti) e rispondere all'obsolescenza degli strumenti forniti,
- II. l'ente appaltante deve limitare fortemente l'aggregazione, in un unico lotto di gara, di prestazioni fortemente eterogenee prive di qualunque nesso funzionale (fornitura strumenti diagnostici, servizi edili, prodotti di arredo, servizi informatici) ed includere nell'oggetto della gara solo attività funzionalmente connesse e strettamente necessarie al raggiungimento di uno scopo finale;
- III. le forme di cooperazione tra imprese sono generalmente compatibili con la normativa antitrust nella misura in cui consentono alle imprese che operano in fasi differenziate di una stessa filiera di poter presentare la propria offerta a gare a cui individualmente non potrebbero partecipare. Se invece l'unione è realizzata tra imprese che producono il medesimo bene o servizio la stessa può integrare una violazione delle norme a tutela della concorrenza quando le singole imprese partecipanti avrebbero potuto individualmente partecipare alla gara in considerazione della loro dimensione e capacità produttiva.

3.4 Le intese verticali

Le intese verticali intervengono fra operatori che si collocano a livelli diversi del processo produttivo (produttori/distributori).

Tali accordi possono produrre effetti restrittivi della concorrenza di due tipi:

- 1) c.d. *inter-brand*, cioè limitazioni di concorrenza tra produttori di marche diverse (ad es. gli accordi di approvvigionamento e fornitura esclusivi); e
- 2) c.d. *intra-brand*, cioè limitazioni di concorrenza tra distributori di prodotti di uno stesso fornitore, (ad es. imposizione del prezzo di rivendita, restrizioni di clientela e dei punti vendita ecc.).

Gli accordi verticali sono vietati in presenza di un mercato caratterizzato da forti barriere all'ingresso, con conseguenti effetti di *foreclosure* – tipici delle clausole di protezione territoriale assoluta, quali le esclusive territoriali o le clausole di non

concorrenza – nei confronti di nuovi entranti e con un significativo grado di concentrazione in capo ad un numero esiguo di imprese.

Nel caso *Assicurazioni Generali/Unicredito* (AGCM, Boll. n. 7/97), ad esempio, l'Autorità ha vietato l'accordo tra le società Generali e Unicredito per la distribuzione di polizze assicurative della prima attraverso il canale bancario della seconda, ritenendo che tale accordo creasse un effetto di *foreclosure* sul mercato della distribuzione delle polizze assicurative in alcune provincia del nord Italia. Nel caso l'Autorità ha dato rilievo all'elevata quota di mercato di Generali sul mercato delle polizze assicurative distribuite tramite canali tradizionali e all'elevata capacità di penetrazione del canale bancario di Unicredito presso i risparmiatori al fine di collocare i prodotti assicurativi di Generali.

3.5 Elementi costitutivi di un'intesa vietata

Dal testo normativo si ricavano i presupposti di applicazione del divieto ex art. 2 della legge 287/90 e dell'art. 101 del Trattato, che possono così sinteticamente riassumersi:

- a) l'esistenza di un'intesa;
- b) la sussistenza di un'incidenza negativa (anche solo potenziale) sul gioco della concorrenza;
- c) tale incidenza deve essere oggetto (nel senso di obiettivo, intenzione) o effetto (nel senso di tendenza in concreto a restringere la concorrenza) dell'intesa;
- d) l'incidenza negativa deve riguardare il mercato nazionale (o mercato comunitario nel caso dell'art. 101 del Trattato) o una sua parte rilevante;
- e) la restrizione della competizione deve essere "consistente" (nel caso dell'art. 2 della legge 287/1990) o "sensibile" (nel caso dell'art. 101 del Trattato)

3.6 Le deroghe al divieto di intese restrittive della concorrenza

Sul modello dell'ordinamento comunitario originario, la legge 287/1990 prevede che l'Autorità Garante possa autorizzare, per un periodo limitato di tempo, intese o categorie di intese vietate ex art. 2, che possano tuttavia:

- a) migliorare quantitativamente o qualitativamente le condizioni di offerta, ad esempio attraverso la realizzazione di economie di scala nella produzione o nella distribuzione (L'Autorità ha ed es. ritenuto sussistere un tale miglioramento in presenza di clausole di esclusiva, funzionali alla creazione di nuovi canali distributivi);
- b) comportare un sostanziale beneficio per i consumatori, in termini, ad esempio, di minori prezzi o di possibilità di avvalersi di servizi aggiuntivi, di maggiore sicurezza nell'approvvigionamento, ecc.

L'esenzione può essere concessa a condizione che essa non comporti l'eliminazione della concorrenza da una parte sostanziale del mercato e che gli stessi obiettivi non possano essere conseguiti attraverso misure meno restrittive.

Per quanto attiene agli aspetti procedurali, la richiesta di autorizzazione deve essere presentata all'Autorità, che si avvale dei poteri di istruttoria e provvede entro centoventi giorni dalla presentazione della richiesta stessa.

Laddove sussistano dubbi sulla natura lecita o meno dell'intesa, le parti possono provvedere ad una comunicazione facoltativa per ottenere una formale decisione (cd. "attestazione negativa") di non doversi procedere a istruttoria ovvero far decorrere inutilmente il termine indicato dalla legge (silenzio che preclude all'Autorità ogni iniziativa inquisitoria).

L'autorizzazione rimuove il divieto con efficacia retroattiva, comunque, non oltre il momento in cui è stata proposta l'istanza.

L'onere di provare la ricorrenza delle condizioni richieste per la deroga spetta ai soggetti richiedenti, in quanto nella posizione migliore al fine di apprezzare gli effettivi benefici derivanti dall'intesa.

Nel caso *INA/Banca di Roma* (AGCM, Boll. n. 30/1993), l'Autorità, ad esempio, ha concesso un'autorizzazione in deroga per un accordo di collaborazione reciproca tra un'impresa di assicurazione e una banca, finalizzato alla distribuzione esclusiva di prodotti assicurativi e finanziari attraverso le rispettive reti, in quanto tale accordo è stato ritenuto strumentale rispetto alla creazione di un nuovo canale distributivo, caratterizzato da minori costi di intermediazione e dall'introduzione di servizi aggiuntivi rispetto ai canali tradizionali.

Nel diritto comunitario antitrust, invece, il Regolamento del Consiglio n. 1/2003 è intervenuto abolendo il meccanismo delle esenzioni individuali e sancendo il passaggio da un sistema di notifica ed esenzione *ex ante* delle singole intese, ad un sistema di controllo *ex post*, riconosciuto, in via del tutto innovativa, ai giudici e alle autorità nazionali. Pertanto, per le intese che soddisfano le condizioni previste dall'art. 101.3 del Trattato, non occorre una preventiva comunicazione alla Commissione. Spetterà dunque alle imprese coinvolte valutare, di volta in volta, se astenersi dall'attuare l'intesa in quanto non compatibile con il diritto comunitario, oppure attuarla in quanto ragionevolmente meritevole di esenzione ex art. 101.3 del citato Trattato.

Sfruttando la possibilità consentita dall'art. 101 co. 3 del Trattato il legislatore comunitario è intervenuto d'altro canto con una serie di regolamenti di esenzione per categoria delle intese restrittive della concorrenza. In particolare i regolamenti predetti stabiliscono in linea generale le condizioni alle quali determinate categorie di intese (tra gli altri: i contratti di scambio di tecnologia, gli accordi di cooperazione, le intese verticali, gli accordi di ricerca e sviluppo) possono essere esentate a priori dall'applicazione del divieto ex art. 101 co. 1. Le intese prive delle condizioni predette non sono considerate automaticamente illecite, ma devono essere sottoposte al test di esentabilità individuale sopra ricordato.

E' importante segnalare in questa sede, che negli ultimi anni anche nell'ambito del diritto nazionale, sull'esempio della legislazione comunitaria, si è ormai diffusa la tendenza dell'Autorità a non ritenere più necessaria la notifica e l'autorizzazione ex ante alla deroga, se non per ipotetici casi di cooperazione ad ambito esclusivamente locale, bensì ad applicare un sistema di controllo ex post.

4. La posizione dominante

Il funzionamento del mercato non viene alterato dal fatto che un'impresa raggiunga elevate dimensioni, talvolta giustificate da scelte di efficienza.

Si dice che un'impresa detiene una posizione di dominanza quando può comportarsi in modo significativamente indipendente dai concorrenti e dai consumatori (ad es. fissando prezzi superiori a quelli concorrenziali, senza per questo incorrere nel rischio di un rapido e consistente ridimensionamento delle proprie quote di mercato) ed è in grado di ostacolare la persistenza effettiva dei suoi concorrenti sul mercato di cui trattasi.

Per determinare la posizione dominante occorre preliminarmente individuare il mercato geografico di riferimento e il mercato del prodotto, per poi procedere ad un'analisi delle caratteristiche strutturali del mercato e delle imprese che vi operano:

- quote di mercato (indicativamente: quote superiori al 70% fanno presumere l'esistenza di una posizione dominante, quote tra il 40% e il 70% possono essere indicative della sussistenza della posizione dominante; sotto il 40% si presume non sussista la posizione dominante);
- stabilità nel tempo delle quote di mercato (5 anni è considerato un tempo sufficiente su cui verificare la stabilità delle quote);
- ingenti capacità economiche e finanziarie dell'impresa;
- disponibilità di know how e di diritti proprietà intellettuale che consentono di assicurarsi la supremazia tecnologica;
- elevato grado di integrazione verticale;

- una reputazione consolidata presso i consumatori, lo sviluppo della rete di distribuzione;
- la presenza di barriere all'entrata e l'assenza di concorrenza potenziale.

5. L'abuso di posizione dominante

La legge non proibisce che un'impresa tenti di acquisire o mantenga una posizione dominante, ma vieta lo sfruttamento abusivo di tale raggiunta posizione all'interno del mercato nazionale o in una sua parte rilevante, in particolare vieta di:

- a) imporre direttamente o indirettamente prezzi di acquisto, di vendita o altre condizioni contrattuali ingiustificatamente gravose;
- b) impedire o limitare la produzione, gli sbocchi o gli accessi al mercato, lo sviluppo tecnico o il progresso tecnologico, a danno dei consumatori;
- c) applicare nei rapporti commerciali con altri contraenti condizioni oggettivamente diverse per prestazioni equivalenti, così da determinare per essi ingiustificati svantaggi della concorrenza;
- d) subordinare la conclusione dei contratti all'accettazione da parte degli altri contraenti di prestazioni supplementari che, per loro natura e secondo gli usi commerciali, non abbiano alcuna connessione con l'oggetto dei contratti stessi.

Ad esempio, nel caso *Ibar/Aeroporti di Roma* (AGCM, Boll. n. 21/94), l'Autorità ha ritenuto che il prezzo imposto da Aeroporti di Roma ai vettori per la prestazione di servizi di assistenza a terra per passeggeri e merci nello scalo aeroportuale di Roma Fiumicino fosse eccessivamente gravoso, in quanto comportava il pagamento di una tariffa forfettaria relativa ad una pluralità di servizi che non necessariamente poi forniva.

A titolo meramente esemplificativo, sono considerati comportamenti "anormali" se adottati da imprese in posizione di dominanza nel mercato di riferimento: praticare prezzi differenziati per diversi tipi di clienti o, in genere, prezzi ritenuti eccessivi, applicare sconti fedeltà (sconti che non dipendono da quantitativi fissati obiettivamente e validi per tutti gli eventuali acquirenti, bensì da stime legate alla capacità di assorbimento del cliente stesso) o agevolazioni particolari o porre in essere rifiuti di forniture (c.d. *refusal to deal*).

Nel caso *Enel Trade/Clienti Idonei* (AGCM, Boll. n. 48/03), l'Autorità ha ritenuto abusive alcune clausole presenti nel contratto standard di fornitura di energia elettrica offerto da Enel Energia ai clienti idonei, volte ad istituire un meccanismo di esclusive ed incentivi tali da produrre effetti escludenti ai danni dei concorrenti.

6. Le concentrazioni di imprese

Un'impresa può crescere non solo aumentando la vendita dei propri prodotti, ma anche concentrandosi con altre imprese.

Un'operazione di concentrazione si realizza con:

- a) la fusione tra due o più imprese;
- b) l'acquisizione dell'insieme o di parti di una o più imprese (rientrano in questa tipologia anche le operazioni che comportano il passaggio da una situazione di controllo congiunto da parte di più soggetti ad una situazione di controllo esclusivo o viceversa, per via della durevole e rilevante modificazione strutturale che esse determinano nell'assetto dei rapporti di controllo delle imprese coinvolte);
- c) la costituzione di un'impresa comune.

Ciò che preoccupa dal punto di vista del funzionamento del mercato, è la possibilità che un'impresa, concentrandosi con altri operatori, riduca in maniera sostanziale la concorrenza, accrescendo la propria capacità di determinare i prezzi e praticare condizioni svantaggiose per gli utenti.

6.1 Soglie di fatturato rilevanti

La legge antitrust stabilisce che tutte le operazioni di concentrazione in cui il fatturato realizzato nel territorio italiano dall'impresa acquisita o dalle imprese interessate superi determinate soglie, aggiornate annualmente tenuto conto dell'inflazione, siano comunicate all'Autorità.

L'aggiornamento di marzo 2010 ha portato queste soglie a quattrocentosessantuno milioni di Euro, per quanto riguarda il fatturato totale realizzato a livello nazionale dall'insieme delle imprese interessate e a quarantasei milioni di Euro per quanto riguarda il fatturato realizzato a livello nazionale dall'impresa target di cui è prevista l'acquisizione.

La comunicazione delle operazioni di concentrazioni ha carattere obbligatorio e costituisce un onere al cui adempimento è subordinato il conseguimento di un provvedimento favorevole dell'autorità equiparabile al silenzio-assenso.

L'Autorità quando ritiene che una concentrazione comporti la costituzione o il rafforzamento di una posizione dominante sul mercato nazionale tale da eliminare o ridurre la concorrenza in modo sostanziale e durevole, ne vieta la realizzazione.

La legge prevede anche un'ulteriore possibilità, cioè quella di autorizzare una concentrazione restrittiva della concorrenza, a condizione che rispetto al progetto originario vengano apportate modifiche idonee a rimuovere gli aspetti distorsivi.

Le fattispecie sin qui esaminate sono tuttavia sottratte all'esame dell'Autorità antitrust italiana quando ricadano nell'ambito di applicazione del diritto antitrust comunitario, che secondo il regolamento 139/2004 si applica

a) quando il fatturato totale realizzato a livello mondiale dall'insieme delle imprese interessate è superiore a 5 miliardi di ecu, e

b) il fatturato totale realizzato individualmente nella comunità da almeno due delle imprese interessate è superiore a 250 milioni di euro;

salvo che ciascuna delle imprese interessate realizzi oltre i due terzi del suo fatturato totale nella Comunità all'interno di un solo e medesimo stato membro.

Fallito questo primo test il diritto comunitario delle concentrazioni si applica in ogni caso

a) quando il fatturato totale realizzato a livello mondiale dall'insieme delle imprese interessate è superiore a 2,5 miliardi di euro;

b) in ciascuno di almeno tre Stati membri, il fatturato totale realizzato dall'insieme delle imprese interessate è superiore a 100 milioni di euro;

c) in ciascuno di almeno tre degli Stati membri di cui alla lettera b), il fatturato totale realizzato individualmente da almeno due delle imprese interessate è superiore a 25 milioni di euro; e

d) il fatturato totale realizzato individualmente nella Comunità da almeno due delle imprese interessate è superiore a 100 milioni di euro

salvo che ciascuna delle imprese interessate realizzi oltre i due terzi del suo fatturato totale nella Comunità all'interno di un solo e medesimo stato membro.

Infine i criteri comunitari di valutazione delle concentrazioni sono sostanzialmente omogenei rispetto a quelli previsti dalla legge 287/1990.

III. COME SI ATTIVA UN INTERVENTO DELL'AUTORITÀ ANTITRUST IN MATERIA DI CONCORRENZA

Un intervento dell'Autorità può essere attivato a seguito di una denuncia di un'impresa o di una pubblica amministrazione o anche di un singolo cittadino che ritenga di essere danneggiato dal comportamento contestato.

In ogni caso l'Autorità può avviare un'indagine, indipendentemente dall'esistenza di una denuncia, se sospetta che un certo comportamento sia lesivo della concorrenza.

Nel caso di concentrazioni è la stessa impresa che vuole realizzare l'operazione a presentare una comunicazione preventiva all'Autorità. In caso di omissione sono previste sanzioni amministrative.

IV. LE SANZIONI

Le intese incompatibili con il diritto antitrust sono nulle.

Nei casi di abusi e intese restrittive della concorrenza, la legge italiana antitrust prevede poi che possa essere inflitta una sanzione pecuniaria fino al 10% del fatturato delle imprese coinvolte, a seconda della gravità della violazione.

Se in seguito all'accertamento di un comportamento in violazione della legge, questo non venisse interrotto nonostante la decisione in tal senso dell'Autorità, possono essere comminate ulteriori sanzioni pecuniarie e, in caso di reiterata inottemperanza, può essere disposta la sospensione dell'attività dell'impresa fino a 30 giorni.

Altre sanzioni pecuniarie sono previste quando le informazioni richieste agli operatori del mercato non risultano veritiere o quando vengono negate.

Sono previste sanzioni pecuniarie per le imprese che omettono di comunicare preventivamente la concentrazione e per quelle che nonostante il divieto di concentrazione, effettuano comunque l'operazione.

Nell'ipotesi in cui l'operazione di concentrazione sia già avvenuta, l'Autorità può disporre il ripristino delle condizioni iniziali.

Per quanto attiene ai poteri sanzionatori della Commissione Europea il nuovo Regolamento n. 1/2003 ne prevede un rafforzamento, con particolare riferimento alla possibilità di esigere dalle imprese aderenti ad associazioni, il pagamento delle ammende comminate alle stesse associazioni (si rinvia al riguardo a quanto esplicito nelle Linee Guida a pag. 3).

V. LA COMUNICAZIONE ALL'INTERNO DELL'IMPRESA

Il linguaggio adoperato nelle comunicazioni deve essere scelto con particolare cura, considerati gli invasivi poteri dell'Autorità di accesso a qualsiasi documentazione aziendale utile ai fini dell'istruttoria nel corso di ispezioni.

Si deve ricordare che ogni tipo di traccia (appunti, lettere, memoranda contenuti su qualunque tipo di supporto cartaceo, informatico, vocale, ecc.) può essere usata dall'Autorità come prova degli illeciti in sede di indagine.

Non costituisce giustificato motivo di rifiuto o di omissione, ai fini delle sanzioni previste dall'articolo 14, comma 5, della legge n. 287/90, l'opposizione:

- a) di vincoli di riservatezza o di competenza imposti da regolamenti aziendali o prescrizioni interne, anche orali;
- b) di esigenze di autotutela dal rischio di sanzioni fiscali o amministrative;
- c) di esigenze di tutela del segreto aziendale o industriale, salvo i casi in cui l'Autorità riconosca particolari esigenze segnalate al riguardo.

Una possibile limitazione ai poteri di indagine dell'Autorità nel corso di istruttorie deriva dalla protezione della riservatezza delle comunicazioni tra un'impresa ed i propri consulenti legali esterni (c.d. *legal privilege*), in quanto comunicazioni protette dal segreto professionale.

Detta previsione vale anche per i documenti interni relativi a comunicazioni con il legale esterno, purchè riportino la dicitura "*Riservata e confidenziale: corrispondenza con il legale esterno*" sull'intestazione e siano archiviati separatamente rispetto alla corrispondenza ordinaria.